

**LA APUESTA DOMINICANA:
A LOS INCENTIVOS O A LA COMPETENCIA**

Mirna J. Amiama Nielsen *

Resumen

Este artículo propone algunos fundamentos para orientar una política de competencia en República Dominicana. Hay que tomar en cuenta que la industria dominicana se ha desarrollado bajo el sistema de sustitución de importación. Se tomará como fuente tanto a la Ley Sherman (y las leyes que la modifican y completan) como al Tratado de Roma.

Abstract

This article proposes some key principles that might guide the adoption of antitrust legislation in the Dominican Republic. One has to take into account that Dominican industry has had a chance to develop thanks to the system of import substitution. The Sherman Law (and the laws that modify it and complete it) and the Treaty of Rome will serve as points of departure.

* Abogada. Este artículo refleja exclusivamente la opinión personal y profesional de la autora y no compromete a ninguna de las instituciones a las que pertenece, con las que trabaja o colabora.

INTRODUCCION

El análisis que sigue pretende examinar si la adopción de una legislación de competencia responde a las necesidades de regulación del mercado dominicano. El hecho es que lamentablemente y quizás por las urgencias económicas de los países en desarrollo, la práctica normal es adoptar legislaciones para impulsar procesos. Es decir, "se legisla para que haya apertura en los mercados", y no a la inversa: "hay apertura en los mercados, vamos a garantizar que sea seguro participar en ellos".

Se observa que el derecho económico está surgiendo y creciendo en los países en vías de desarrollo, no como fruto de la evolución natural de esas sociedades, sino como una fórmula propuesta sobre la base de modelos legales que han funcionado en las legislaciones de los países desarrollados. Hay poco tiempo y poca información, para que los locales puedan realmente reflexionar con profundidad sobre sus necesidades reales y sobre las respuestas legales que requieren.

La preocupación es especialmente legítima en el caso de la República Dominicana que se debate ahora en el diseño legal de sus políticas económicas basadas en el mercado. De manera específica nos concentramos en la legislación relativa a política de competencia¹. Este trabajo propone algunos fundamentos para orientar la adopción de una política de competencia en República Dominicana, como complemento de las reformas estructurales en materia económica. Para ello, plantearemos en

1 En este artículo utilizamos la frase "política de competencia" para referirnos exclusivamente a lo relativo al "antitrust" o defensa de la competencia en sentido estricto como es percibido en los EEUU. Aunque reconocemos que puede ser conocido en un sentido más amplio, abarcando asuntos como la defensa del consumidor, la competencia desleal y los derechos de propiedad intelectual, medidas "antidumping", medidas compensatorias contra subsidios, quiebra, en fin, todo lo relativo al proceso competitivo de las empresas actuando en el comercio, y esto es así sobre todo a partir de la Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Singapur en noviembre del 1996.

primer lugar la problemática de la inscripción del país en las reformas estructurales del continente con la adopción entre otras de una normativa de defensa de la competencia.

Luego nos parece pertinente demostrar que el clima legal dominicano es ambiguo en la materia y que dicha ambigüedad ha incidido en la falta de existencia de una política de competencia en el país, a través del examen de la Constitución y de una parte de la legislación adjetiva y del desarrollo de la industria dominicana bajo el sistema de sustitución de importaciones, y cómo se percibe la competencia en el país.

A continuación esbozaremos sobre cuáles pilares debe descansar el diseño de una política de competencia en la República Dominicana, tomando como fuente la Ley Sherman (y las leyes que la modifican y completan) y el Tratado de Roma, y en consecuencia cuál podría ser la mejor decisión para la República Dominicana, concluyendo con una propuesta de estrategia regulatoria para la transición de los incentivos a la competencia.

1. REGULAR LA COMPETENCIA: MODA O NECESIDAD

1.1 Las reformas estructurales.

El año 1990 marca en la República Dominicana el inicio de las llamadas "reformas estructurales", inscribiéndose así en una "ola" que había comenzado la década anterior en el resto de Latinoamérica.

La necesidad latinoamericana de replantear en la práctica todas las teorías que había aplicado sobre desarrollo económico venía empujada por una serie de factores que podemos recoger en las cuatro ideas siguientes:

- la avanzada hacia la democracia de los países latinoamericanos;
- la explosión de la pobreza en la zona marcada por un crecimiento poblacional desmesurado;

ESTUDIOS SOCIALES 130

- el cambio del entorno económico mundial;
- la explosión de la “impagabilidad” de la deuda externa y la necesidad de obtener financiamiento internacional.

Así, en 1991, Fernando Pellerano escribía que “las necesarias reformas estructurales de hoy son el fruto de los desajustes estructurales de ayer que fueron provocados por la crisis fiscal del Estado, la crisis de la deuda y el manejo inadecuado de las políticas macroeconómicas en respuesta a éstas y a las perturbaciones externas”².

La República Dominicana, como la mayoría de los países latinoamericanos, hacía descansar el grueso de sus ingresos fiscales en las recaudaciones aduaneras para financiar un Estado hipertrofiado que participaba de prácticamente todas las actividades económicas, pero que era incapaz de resistir el más mínimo examen de eficiencia en la asignación de recursos y en la producción de bienes y servicios.

Esta dispersión de actividades del Estado Dominicano, productor de energía eléctrica, botellas de vidrio, azúcar de caña, generadores de energía para automóviles, transporte aéreo, entre otras actividades³, provocó que descuidara y permitiera el descalabro de sus verdaderas funciones, que son garantizar la justicia, la salubridad, la educación básica, el orden público. La corrupción galopante, la inacción dilatoria, la hiperregulación, la hipercentralización son algunas de las características más notorias de la gestión del Estado Dominicano, por lo menos en los últimos 60 años de vida republicana.

La década de los 90 inicia con los debates más encarnizados

2 PELLERANO, Fernando, *Apertura y Reformas Estructurales, El Desafío Dominicano*, Centro de Investigación y Economía Aplicada y Fundación Friedrich Ebert, Ed. Taller, Santo Domingo, 1991, p. XXI.

3 Ver *Privatización de Empresas Públicas y Redimensionamiento del Estado en la República Dominicana*, Fundación Economía y Desarrollo, Inc. y Centro Internacional para el Desarrollo Económico, Ed. Corripio, Santo Domingo, 1993.

LA APUESTA DOMINICANA

entre los sectores pro-reforma y contra-reforma⁴. El Gobierno del Presidente Joaquín Balaguer logró, aunque no de consenso, la firma del llamado "Pacto de Solidaridad Económica", que expresaba la voluntad política de introducir fuertes correctivos económicos⁵. La semilla del cambio ya había sido plantada con temas como la descentralización del gobierno, la desregulación económica, la eficiencia en la asignación de recursos, la privatización de las empresas estatales.

"El programa de estabilización se inició efectivamente en agosto del 1990 con un extraordinario esfuerzo de corrección fiscal para detener la hiperinflación que se le había salido de control al Gobierno desde 1988 en que la tasa de inflación fue de 58%, luego bajó levemente a 41% en 1989, para dispararse en más de 100% en 1990."⁶

Este proceso se completaría con un paquete de reformas en-

-
- 4 "La eliminación de toda clase de subsidios, incentivos, exoneraciones o tratamientos preferenciales ha sido uno de los puntos más objetados por los sectores productivos nacionales. El sector agropecuario y el sector industrial de sustitución de importaciones, han manifestado su temor a ser ruinosamente lesionados si les son retirados bruscamente los mecanismos de protección arancelaria, exoneraciones a las importaciones de insumos y reducciones al pago de Impuesto sobre la Renta". De *República Dominicana Situación y Perspectiva*, Centro de Investigación y Estudio de Derecho Empresarial, Inc., vol. octubre 1991.
 - 5 Ver *República Dominicana Situación y Perspectiva*, Centro de Investigación y Estudio de Derecho Empresarial, Inc. (CEDEMPRESA), vol. octubre, Santo Domingo, 1990.
 - 6 PELLERANO, Fernando, *Apertura y Reformas Estructurales, El Desafío Dominicano*, Centro de Investigación y Economía Aplicada y Fundación Friedrich Ebert, Ed. Taller, Santo Domingo, 1991, pp. XXV y XXVI. En esos tiempos también se produjo el descalabro del sistema financiero, con quiebras masivas de las financieras y graves problemas de liquidez de los bancos comerciales, hasta el punto de ordenar el cierre temporal de tres de ellos (los cuales tuvieron que ser liquidados posteriormente). En ese tiempo el Gobierno liberalizó las tasas de interés y diversificó las carteras de préstamos como respuesta a la crisis. También logró firmar un acuerdo *stand-by* con el FMI que procuraba "reducir el déficit del sector público de un 2.1% en 1991 a 1.6 del PBI en 1992, bajar la inflación a un 12% en 1992, restaurar el crecimiento del PBI a un 3% en 1992, entre otros".

tre las que señalamos las más importantes:

- A. Reforma tributaria: en 1990 se introdujo y aplicó irregularmente a través de los Decretos Presidenciales Nos. 339-90 y 340-90 la reforma arancelaria, los que tenían la intención de ser provisionales, ante la inacción del Congreso para aprobar oportunamente el proyecto que les había sometido el Poder Ejecutivo. En febrero del 1991, técnicos de las Naciones Unidas depositaron en manos del Gobierno el proyecto de ley que reformaría el sistema de impuestos internos.⁷ Dicho proyecto se convirtió en ley y entró en vigencia el 1ro. de junio del 1992, conociéndose en la actualidad como Código Tributario⁸.
- B. Liberalización de los precios: eliminación de subsidios a productos. Todavía se está en ese proceso, pues productos considerados de primera necesidad son vigilados en sus precios por la Secretaría de Industria y Comercio, ante la inexistencia de una vigilancia y penalización contra el acaparamiento.
- C. Privatización: en esa época se hizo muy poco. Desde el 1997 la República Dominicana cuenta con una Ley General de Reforma de la Empresa Pública, llevada a cabo por el Gobierno del Presidente Leonel Fernández al capitalizar la Compañía Dominicana de Electricidad (CDE), y reformar otras empresas como la Corporación de Empresas Estatales (CORDE), la Corporación de Fomento a la Industria Hotelera (CORPOHOTEL) y el Consejo Estatal del Azúcar (CEA)⁹.

7 Ver *República Dominicana Situación y Perspectiva*, CEDEMPRESA, vol. abril, Santo Domingo, 1991.

8 Ver *República Dominicana Situación y Perspectiva*, CEDEMPRESA, vol. julio, Santo Domingo, 1992.

9 Los efectos de la ejecución de la reforma de las empresas públicas no han sido objeto de una evaluación completamente objetiva, pues hasta ahora las consideraciones se han visto impregnadas de juicios emitidos en virtud de apreciaciones de política partidaria. La Corporación Dominicana de

LA APUESTA DOMINICANA

- D. Reforma Financiera: en los 90 se eliminaron los topes a las tasas de interés. Además se iniciaron los pasos para apoyar la transición de la banca especializada al sistema de multi-banca, además de aumentar los requerimientos normativos para garantizar la liquidez del sistema financiero, fundamentalmente la banca. Esta reforma se ha venido materializando *sui generis*, pues de hecho sólo se ha concentrado en el sector bancario¹⁰. No ha habido tanta preocupación por normar las compañías aseguradoras, y mucho menos se habla de bolsa de valores¹¹.
- E. Manejo de la Deuda Externa: desde esa época el Gobierno Dominicano ha dirigido sus esfuerzos hacia la "realización de una negociación global de la deuda externa, incluyendo la posibilidad de comprar en el mercado secundario una parte sustancial de la deuda con la banca privada internacional."
- F. Reforma Laboral: el Decreto 343-90 comisionó a tres connotados juristas para la elaboración de un nuevo Código de Trabajo. El mismo pudo ser negociado entre los sectores de empleadores y trabajadores. En 1992 se logró su aprobación relativamente rápido, si se compara con otras reformas.

Electricidad fue capitalizada, conservando el Estado una participación muy cercana al 50% en el capital accionario, las empresas de CORDE fueron en parte capitalizadas, privatizadas, liquidadas, o simplemente se encuentran cerradas quedando aún empresas por reformar, como la Compañía Dominicana de Aviación; los ingenios del CEA fueron arrendados a inversionistas nacionales y extranjeros. Mayores detalles del proceso pueden encontrarse en la página de Internet de la CREP, www.crepdom.gov.do.

- 10 Lo particular de esta reforma es que también se ha venido implementando de manera irregular a través de resoluciones de la Junta Monetaria, las cuales han modificados leyes del Congreso. El contenido fundamental de esas reformas ya había sido plasmado en el proyecto de Código Monetario y Financiero, cuya redacción fue concluida en abril del 1992 y cursa en el Congreso hace años.
- 11 En República Dominicana solamente se cuenta con la Bolsa de Valores, con sede en Santo Domingo que hasta ahora negocia únicamente con papeles comerciales, por lo que se considera incipiente.

ESTUDIOS SOCIALES 130

Sin embargo, a pesar del entusiasmo de los debates, del grueso paquete de reformas, hasta 1992 sólo había sido posible concretizar la reforma arancelaria¹² junto al Código Tributario¹³ y al Código de Trabajo¹⁴.

1.2 Actitud hacia la competencia interna y externa

A pesar del enorme esfuerzo de reformar la economía dominicana, las veleidades políticas, la desinformación e indiferencia respecto de los acontecimientos económicos internacionales marcaron la década de los 80 y sobre todo a mediados de la década de los 90, hasta que la firma de los acuerdos de la Ronda Uruguay tomó de sorpresa a los sectores productivos de República Dominicana como un "huracán sin partes meteorológicas".

Sólo en 1994, el sector privado dominicano tomó conciencia de que los mercados internacionales hace años dieron un giro de 180 grados hacia la apertura y la interdependencia económica. No es coincidencia que este despertar se haya producido ante la inminencia de la puesta en vigor y aplicación de los

-
- 12 La reforma arancelaria en ese momento tuvo que iniciarse a través de un decreto, en violación a las leyes vigentes, argumentando la inacción del Congreso de la República al no aprobar a tiempo el Código Arancelario que cursaba en las cámaras, cuya aplicación se hacía urgente.
 - 13 El espíritu de los redactores del Código Tributario Dominicano fue recoger en un solo cuerpo legal todo lo concerniente a las recaudaciones fiscales internas y fortalecer el sistema de recaudaciones internas, de manera que se compensara la reducción de ingresos al Estado que produciría la reforma arancelaria. Solamente en 1998 la administración tributaria contó con el reglamento para la aplicación de ese Código Tributario. Los tribunales administrativos especiales recién están funcionando a plena capacidad. En el 2002 se aprobó una reforma fiscal importante, modificando el ITBIS y añadiendo el "anticipo del 1.5". Se espera que para el 2003 se apruebe otra reforma fiscal similar. La legislación fiscal ha vuelto a disgregarse en diversas leyes y normas administrativas dictadas por las entidades recaudadoras de impuestos, por lo que se puede decir que la norma fiscal ha ido perdiendo el espíritu con que fue creada.
 - 14 Este Código también ha encontrado serias dificultades en su aplicación, sobre todo en aquellas innovaciones en el procedimiento que pretendían hacerlo más ágil. La instalación de los tribunales especiales creados por el Código sufrió retrasos importantes al entrar en vigencia el texto de ley.

LA APUESTA DOMINICANA

acuerdos de la Ronda Uruguay que dieron origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹⁵.

La República Dominicana se ve forzada a despertar en 1994 de su hibernación de décadas, ante la inminencia de la entrada en vigor y aplicación de los acuerdos que dieron origen a la OMC. Una vez más, firmamos sin haber participado en las negociaciones de los acuerdos de la OMC¹⁶, como si fuera un contrato de adhesión.

Las reformas estructurales, que no han sido privativas de la República Dominicana, han provocado que "el mundo experimente una fiebre intensa por las políticas de competencia económica, al grado de que las discusiones sobre políticas de comercio exterior evolucionan ya hacia cómo diseñar una convivencia pacífica entre ambas políticas"¹⁷.

Como es natural, la República Dominicana comienza a contagiarse de esa "fiebre" que tiene pocos años en América Latina. Entre 1997 y 1998 se han introducido al Congreso dominicano y han estado a punto de aprobación muchos proyectos sobre competencia, corriendo el peligro de convertirse en fiebre palúdica. Hasta la fecha no existe en la República Dominicana una legislación especializada de defensa de la competencia, a pesar de que desde 1996 se viene discutiendo un proyecto de Código de Ordenamiento de Mercado.¹⁸

15 Ver *República Dominicana Situación y Perspectiva*, CEDEMPRESA, volúmenes de 1994 y 1995.

16 Esto así exceptuando el sector servicios, en el cual la República Dominicana pudo hacer una oferta coherente con su realidad legal y competitiva. También hay que considerar que éste es el sector más dinámico de la economía dominicana tanto por hacer los mayores aportes al PBI como por el impacto en la generación de empleos.

17 CASTAÑEDA, Gabriel, *Objetivos Rectores de la Política de Competencia Económica*, 10 de abril del 1998, trabajo inédito expuesto en el seminario "Competitividad Dominicana en el Siglo XXI: Ordenamiento del Comercio Global", celebrado en Santo Domingo.

18 Esta situación se mantiene, aún cuando exista desde el 2002 una Ley sobre Competencia Desleal, pues ésta sólo se refiere a las relaciones de co-

ESTUDIOS SOCIALES 130

Todavía el tema de políticas de competencia en el seno de la OMC no pasa de meras declaratorias. Nuevamente la IV Conferencia Ministerial de Doha, celebrada en el 2001, no lanzó las negociaciones inmediatamente, sino que las difirió para la V Conferencia Ministerial que tendrá lugar en el 2003. Se indicó que dichas negociaciones tendrán lugar sobre la base de una decisión que deberá ser tomada por consenso explícito en la sesión sobre modalidades de negociación¹⁹. Se mantiene el peligro de enfrentar la competencia del mundo y la necesaria adecuación legal, con plazos perentorios, debido a los compromisos asumidos por el país en los acuerdos. Esto produce la reacción más contundente en República Dominicana en lo que a reformas económicas se refiere.

“El tema de la regulación de la competencia ha sido traído a colación en la República Dominicana por diversos sectores productivos de la nación que en determinadas circunstancias sienten que sus derechos han sido vulnerados, y argumentan que la ausencia de un texto legal específico que les proteja les impide hacer valer esos derechos. Se ha observado ese fenómeno en conflictos del sector privado reseñados por la prensa escrita, así tenemos por ejemplo el caso de las telecomunicaciones, y el de la importación de cajas de empaque de frutos de exportación. Además al hacer referencia a la privatización se ha cuestionado la pertinencia de que se permitan y protejan monopolios en cier-

mercio exterior de la República Dominicana. Sin embargo, leyes especiales que norman los sectores de servicios públicos y regulados ya han abordado, aunque de forma incompleta, la regulación de competencia para dichos sectores.

19 La Declaración de Doha instruyó al grupo de trabajo que se concentrara en clarificar:

- Principios fundamentales, incluyendo transparencia, no-discriminación y justicia procesal, y medidas respecto de los carteles más duros (como los ya existentes en el transporte marítimo).
- Formas de manejar la cooperación voluntaria en políticas de competencia entre los gobiernos de los miembros de la OMC.
- Soporte para el fortalecimiento de instituciones de competencia en países en desarrollo, a través del desarrollo de capacidades.

LA APUESTA DOMINICANA

tos sectores, sobre todo de servicios públicos.²⁰ La apertura a la competencia internacional ha preocupado mucho en el sector agrícola y agroindustrial.

La adopción de una ley de competencia es una reacción ante la amenaza de la apertura progresiva e imparable de los mercados. Sobre este punto retornaremos más adelante.

Si quisiéramos ubicar en el tiempo el inicio del debate sobre una propuesta legal de regulación de competencia en la República Dominicana tendríamos que remontarnos 12 años. En 1990 la Fundación Economía y Desarrollo, Inc. planteó por primera vez de manera pública en el país, un anteproyecto de ley sobre competencia. Cuatro años después, en 1994, la consultora ECOCARIBE por encomienda de la AIRD, produjo el Anteproyecto de ley "Sobre Prácticas Desleales de Comercio y Medidas de Salvaguardia", que fue aprobado por el Congreso Nacional a comienzos de 2002²¹.

Hemos constatado que el tema no ha sido del todo ajeno, sin embargo, a la legislación sustantiva, y existen textos adjetivos que pretendieron acercarse a trazar una política de competencia sin éxito, ¿sería porque en ese entonces no era la moda? Veamos esos textos en detalle en la próxima sección.

20 AMIAMA NIELSEN, Mirna J., "Derecho de la Competencia: Legislación Antimonopólica o 'Antitrust'", Suplemento Económico, periódico *El Caribe*, Santo Domingo, 18 de enero 1994, p. 17.

21 Esta ley no refiere normas relativas a lo que hoy se conoce como defensa de la competencia o antimonopolio y las prácticas desleales de comercio que proscriben son prácticas de "dumping" y de subsidios. No obstante, vale la pena citarlo como antecedente porque revela cuál es la percepción en República Dominicana de lo que contiene una política de competencia favorable a los industriales nacionales. También es comprensible el enfoque de esta ley, toda vez que se originó en el momento en que los acuerdos de la OMC serían implementados. Por tanto, esta propuesta constituye más bien una reacción a la situación de urgencia.

ESTUDIOS SOCIALES 130

2. CLIMA LEGAL PROCOMPETENCIA

¿Por qué no ha sido posible el desarrollo en República Dominicana de una política de competencia? ¿Se deberá a su clima legal? Intentaremos responder estas preguntas realizando un análisis del texto constitucional²². Presentaremos asimismo las contradicciones que aparecen en el tejido legal, parte del cual ha sido derogado o modificado, pero que ha incidido definitivamente en la estructura y el comportamiento de los ejes productivos nacionales.

2.1 La Constitución Política Dominicana

La Constitución de la República Dominicana de 1934 protege en su art. 8, numeral 12, el ejercicio de la libre empresa, comercio e industria. Establece que este ejercicio es una finalidad principal del Estado y que el mismo debe garantizar la protección efectiva de éste y otros derechos de la persona humana.

La Constitución amplía el espíritu de esa protección cuando explica que la misma tiene como objetivo el mantenimiento de los medios que permitan a esa persona perfeccionarse progresivamente dentro de un *orden* de libertad individual y de *justicia social*, compatible con el *orden público*, el *bienestar general* y los derechos de todos.

Este párrafo introductorio a la declaración de Derechos Individuales y Sociales (art. 8) en la Constitución Dominicana aplicado al reconocimiento de la libertad de empresa, comercio e industria, trasluce, aunque no demasiado evidente, la intención del constituyente de la época (1934) de dotar a la República Do-

22 Los estudios constitucionales dominicanos son bien escasos. Solamente tres autores se han ocupado del tema: Manuel A. AMIAMA, Julio BREA FRANCO y Juan Manuel PELLERANO GÓMEZ. Estos estudios apenas analizan el componente económico. Sin embargo, recientemente se han producido documentos de cierta importancia con motivo de un estudio auspiciado por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, cuyos autores citamos más adelante.

LA APUESTA DOMINICANA

minicana de un sistema económico compatible con la política de competencia tal y como la conocemos hoy en día.

Precisamente por el reconocimiento de que es un objetivo del Estado el garantizar la justicia social y el bienestar general a través de la actividad individual y libre en la empresa, el comercio y la industria, se puede intuir un cierto criterio sobre la libre competencia, que permitiría construir la legislación adjetiva sobre competencia.

Esta búsqueda fundamental de la igualdad que ha caracterizado los regímenes de política de competencia en el planeta es plenamente reconocida por el constituyente dominicano. La consagración, en el numeral 12 del artículo 8 de la Constitución, de la *libertad de empresa, comercio e industria*, podría traducirse en términos actuales como *libertad para entrar y participar en el mercado*. Esta libertad es reforzada cuando, muy inteligentemente, reconoce como principio fundamental e inevitable el libre acceso al mercado, excluyendo solamente de dicho principio el caso de los monopolios establecidos en favor del Estado.

Este privilegio de poder monopólico estatal en la actividad económica era justificable en la época de la redacción de este artículo, cuando se reconocía la necesidad de que el Estado preservara para sí la administración de ciertos sectores considerados como estratégicos y eminentemente públicos. El reconocimiento de este privilegio estatal fue compartido ampliamente en toda la geografía mundial, sin hacer las distinciones entre países propias de la teoría económica del desarrollo²³. Hoy la redefinición del rol del Estado²⁴ como actor en la socie-

23 La realidad ha demostrado que poco importaba el nivel de desarrollo de un país, el modelo keynesiano del Estado interventor subsistía con toda su fuerza en la Inglaterra de Margaret Thatcher y en la Francia de Mitterrand. Todavía el Tratado de Roma excluye del régimen de competencia a los monopolios legales (art. 90).

24 Sobre esta temática se puede profundizar consultando los trabajos de la Fundación Economía y Desarrollo, Inc., sobre todo su publicación del 1993, *Privatización de Empresas Públicas y Redimensionamiento del Estado en la*

ESTUDIOS SOCIALES 130

dad ha derrumbado ese dogma.

No obstante, hay que reconocer al constituyente su alerta al conceder el privilegio monopólico al Estado, pues al mismo tiempo sujetó ese poder al imperio de la ley y al contrapeso de los poderes ejecutivo y legislativo cuando manifestó que la "creación y organización de esos monopolios [estatales] se hará por ley"²⁵.

Esas cuatro líneas de avanzada declaran que el contrato social dominicano se fundamenta en el reconocimiento del esfuerzo individual para el progreso (iniciativa privada) y la libertad económica. La lectura de otros derechos fundamentales reafirma este espíritu libertario y anticoncentración del poder, cuando reconoce la libertad de asociación y reunión, la libertad de trabajo (incluyendo la libertad sindical), el derecho de propiedad y el interés de eliminar el latifundio²⁶. Asimismo, la tendencia al cooperativismo es una señal de preferencia hacia el poder económico compartido.

La propiedad exclusiva, conforme a la ley, de los derechos de la propiedad intelectual es una exención eficiente del principio de libertad de acceso, pues incentiva la inversión en innovación

República Dominicana. También vale la pena destacar los trabajos y estudios que se realizan desde 1996 a cargo de una comisión del Poder Ejecutivo.

- 25 Este principio de legalidad de los monopolios estatales, eximidos de la aplicación de la prohibición se asemeja al art. 90 del Tratado de Roma. Al parecer, la fuente filosófico-histórica de ambos es la misma. Se trata de exceptuar las actividades de interés público y social. Es además, prácticamente idéntico al art. 46 de la Constitución Política de Costa Rica, que ha permitido la construcción de un régimen legal bastante avanzado en materia de competencia. Ver DACHNER, Laura, SITTENFELD H., Pamela, WEINSTOK M., Uri, *Legislación Costarricense en Materia de Competencia*, Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 2 de la DG IV de la Comisión de las C.E., p. 20.
- 26 El latifundio era la forma de concentración económica conocida en la época de redacción de estos artículos constitucionales (de los años 30 a los 60) cuando el valor patrimonial de la propiedad inmobiliaria era superior al de cualquier otro bien.

LA APUESTA DOMINICANA

tecnológica. "Sin embargo, no está claro, ni en las jurisdicciones más avanzadas, dónde está la frontera entre tal privilegio y la restricción nociva al proceso de competencia"²⁷.

Podríamos concluir entonces que estas disposiciones revelan que la Constitución Dominicana está orientada "hacia un modelo económico de libertad en el que juega un papel preponderante la iniciativa privada"²⁸. La Constitución reformada en 1994 "sigue en líneas generales lo preceptuado por el constituyente de 1963"²⁹, y en esto es ideológicamente igual al contenido de la reforma del 1966 y del 1963.

A pesar de la clara expresión de la voluntad del constituyente, como se ha explicado en los párrafos anteriores, también aparece la mano estatista y auspiciadora de privilegios en el mismo texto constitucional. Algunos privilegios son entendibles, otros no tanto.

El art. 55 de la Constitución, que prevé el estatuto del Presidente de la República, reconoce entre sus atribuciones: "10. Celebrar contratos, sometiénolos a la aprobación del Congreso Nacional, cuando contengan disposiciones relativas a la afectación de las rentas nacionales, a la enajenación de inmuebles cuyo valor (...) o cuando estipulen exenciones de impuestos en general, de acuerdo con el artículo 110³⁰ (...). 18. Disponer todo lo relativo a zonas aéreas, marítimas, fluviales y militares. 19. Determinar todo lo relativo a la habilitación de puertos y costas marítimas".

27 CASTEÑEDA, Gabriel, o. c.

28 PELLERANO, Juan Manuel, *Constitución, Empresas Públicas y Privatización, Constitución y Economía*, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Centro Universitario de Estudios Políticos y Sociales, Colección Documentos, Ed. Centenario, Santo Domingo, 1996, p. 16.

29 Idem.

30 Más adelante se explicará las repercusiones que para el desarrollo de la industria dominicana ha tenido el art. 110 de la Constitución, constituyéndose en la columna vertebral del esquema de concesiones y subsidios de todos los planes de industrialización para sustitución de importaciones.

ESTUDIOS SOCIALES 130

Así también, el art. 103 establece que: “Los yacimientos mineros pertenecen al Estado y sólo podrán ser explotados por particulares en virtud de las concesiones o los contratos que se otorguen en las condiciones que determine la ley.” Y el art. 111, párrafo III expresa: “La regulación del sistema monetario y bancario de la Nación corresponderá a la entidad emisora, cuyo órgano superior será una Junta Monetaria”.

Esta convivencia de lineamientos de mercado y lineamientos de corte planificador y centralista³¹, junto a otros problemas estructurales, puede haber provocado que el Estado no haya iniciado una política de competencia decisiva en República Dominicana.

Ahora vamos a continuar con el examen del estado de la legislación vigente, sus antecedentes y el impacto que tienen sobre la percepción del tema de política de competencia en República Dominicana.

2.2 Legislación adjetiva

En el examen de la legislación adjetiva en la República Dominicana se encuentran dos niveles de regulaciones vinculadas a la competencia, por una parte el Código Penal, y por otra parte la Ley No. 13 del 1963 de protección a los consumidores, la Ley No. 183-02 Código Monetario y Financiero, la Ley de Telecomunicaciones No. 153-98, la Ley No. 125 de 2001 General de Electricidad. Estas tres últimas contienen tanto la protección a los consumidores, como un régimen incipiente de competencia cuyo examen trasciende el alcance del presente trabajo.

El Código Penal contiene disposiciones en su Párrafo V que se inscriben en el articulado sobre “La violación de los reglamentos relativos a las manufacturas, al comercio y a las artes”, y que tienen el objetivo de penalizar los casos en los que la li-

31 CASTAÑEDA, Gabriel o. c.

LA APUESTA DOMINICANA

bertad de empresa o la libre concurrencia esté en peligro en razón de actos de fijación ficticia de precios o el esparcimiento de falsos rumores o el acuerdo entre empresarios.

Los artículos 419 y 420 del Código Penal dominicano y sus modificaciones³² y los artículos del 12 al 15 de la referida Ley 13 de 1963 prohíben las siguientes prácticas³³:

1. El esparcimiento de falsos rumores o el uso de cualquier otro artificio que consiga alterar los precios naturales (fijación de precios), que resultarían de la libre concurrencia de las mercancías, acciones, rentas públicas o privadas, o cualesquiera otras que fueren objeto de contratación;
2. El acuerdo entre dos o más industriales, productores o comerciantes (colusión), sea cual fuere la forma en que inter venga, por el cual se convenga en que alguno o algunos de ellos deje de producir determinados artículos o de negociar en ellos con el propósito de alterar el precio de éstos (repartición del mercado);
3. El acaparamiento (monopolio), para fines especulativos, de los artículos de primera necesidad;
4. El falseamiento de las pesas, pesos y medidas mediante cualquier subterfugio, para alterar los precios;
5. La inclusión obligatoria (contratos atados) de un artículo no deseado para hacer la compra de un artículo de primera necesidad (convoyage), la maquinación para alterar el precio, o la simulación de cualquier artículo.

32 El art. 419 del Código Penal Dominicano fue ampliado por la Ley No. 770 del 26 de octubre del 1934, *Gaceta Oficial*, No. 4730.

33 Del informe presentado por la autora sobre la República Dominicana para la elaboración del *Inventario de leyes y normas referidas a las practicas sobre libre competencia en el hemisferio occidental (Informe Preliminar)*, Unidad de Comercio de la Organización de los Estados Americanos, versión al 25 de octubre del 1996.

ESTUDIOS SOCIALES 130

Un examen comparativo de las legislaciones de defensa de la competencia existentes en el "Derecho Occidental"³⁴ revela que las prohibiciones contenidas en la legislación dominicana y antes señaladas, se enmarcan dentro de las disposiciones comúnmente encontradas en las leyes especiales sobre defensa de la competencia o antimonopolio.

Todas estas prácticas, exceptuando el falseamiento de pesas y medidas³⁵, constituyen claramente prácticas concertadas con el objetivo de restringir conscientemente la competencia. Tenemos que admitir que, en realidad, el espíritu del legislador al establecer estas medidas probablemente no fue procurar la protección del proceso de competencia, cuestión por demás abstracta y vaga para la época de redacción de las leyes antes citadas. Lo importante para el legislador de la época era proteger a la parte más "desvalida"³⁶ en la relación de intercambio en el mercado, el consumidor.

A pesar de ello, tenemos que agradecer la capacidad de legislar para el porvenir que tuvieron los redactores de esas medidas, pues pudieran ser interpretadas perfectamente como protectoras del proceso de competencia³⁷, reconociendo la limitan-

34 La denominación de "Derecho Occidental" o "Western Law" responde a una nueva clasificación, obra de los autores de derecho comparado modernos que reúne las ramas de Derecho Anglosajón o "Common Law" y Derecho Romano Germánico o "Civil Law" argumentando que poseen fundamentos filosóficos comunes en cuanto asumen la democracia como forma de gobierno y el capitalismo como sistema económico.

35 Esta es una medida de protección al consumidor, no de protección al proceso de competencia.

36 Esta tendencia a legislar en favor de la parte débil, produciendo desigualdad en la relación contractual se repite en el Código de Trabajo. Es más, pensamos que aún hoy la percepción de que el consumidor es la parte que necesita mayor protección en las relaciones contractuales es común y constituye el justificativo de la existencia de las leyes de protección al consumidor, aún cuando éstas hayan superado el trauma de establecer controles de precios. No evaluaremos en este trabajo si se justifica o no la existencia de leyes de protección al consumidor en un régimen de política de competencia, pero reconocemos que el debate no ha concluido en este tema.

37 Situación más deseable aún que la de proteger a los competidores.

LA APUESTA DOMINICANA

te de que algunas de ellas sólo se refieren a productos de primera necesidad.

Estas prohibiciones, que debieron ser aplicadas por los Tribunales Penales de la República Dominicana³⁸ o por la Dirección General de Control de Precios (dependencia del Gobierno), ponen de manifiesto que la legislación dominicana no es totalmente ajena al tema de defensa de la competencia, aunque la investigación en los compendios jurisprudenciales³⁹ (sentencias de la Suprema Corte de Justicia) revela que no existe jurisprudencia que desarrolle los principios establecidos por la legislación, como sucedió en los Estados Unidos con la ley Sherman.

Mutatis mutandi, nos planteamos la misma pregunta que se hace el Dr. Gabriel Castañeda, al analizar el texto constitucional mexicano⁴⁰, para obtener la misma respuesta: ¿por qué la República Dominicana no desarrolló una política de competencia completa (y hasta una legislación secundaria complementaria) si ya contaba con el soporte constitucional? Porque no contaba con la infraestructura correspondiente, aún no se habían ni siquiera planteado los ejercicios profundos de desregulación, privatización y apertura comercial. Más aún, República Dominicana apenas comienza el ejercicio. Entonces, y a pesar de que el sistema constitucional escogido en materia económica reconoce la política de competencia como su eje principal⁴¹, por lo me-

38 Los Tribunales Penales de la República Dominicana aplicarían penas de prisión y multa; la Dirección General de Control de Precios puede ordenar confiscación de artículos.

39 Los compendios jurisprudenciales revisados por la autora son los de MACHADO, BERGÉS, CHUPANI, GONZÁLEZ CANAHUATE, HEADRICK y SUBERO. Estos compendios resumen las sentencias de la Suprema Corte de Justicia únicamente, pues han sido las únicas consideradas como jurisprudencia. Por tanto no podemos asegurar que no haya habido sentencias de Cortes de Apelación o de Primera Instancia. Esta es una limitante constante en todo estudio jurisprudencial dominicano. Además fue revisado el Código Penal anotado de Artagnán PÉREZ MÉNDEZ.

40 CASTAÑEDA, Gabriel, o. c..

41 JORGE PRATS, Eduardo, "Constitución, Mercado y Reforma Económica", en *Constitución y Economía*, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra,

ESTUDIOS SOCIALES 130

nos a partir de la reforma de 1963 y no obstante los años de vigencia del Código Penal, el desempeño económico de las empresas privadas dominicanas ha tendido predominantemente hacia la concentración económica.

Esa realidad tiene causas socio-políticas, jurídicas y económicas que nos proponemos explicar a continuación.

3. INDUSTRIALIZACIÓN BAJO REGIMEN DE INCENTIVOS

¿Cuál fue el marco filosófico-jurídico que dio origen a la infraestructura productiva de República Dominicana? ¿Tiene relación con los preceptos constitucionales antes descritos? El análisis que sigue presenta la paradoja bajo la cual se generó la industria local dominicana, y los términos del “contrato social” que definió su crecimiento.

El sector productivo de la República Dominicana fue concentrado en el patrimonio de Rafael Leonidas Trujillo durante treinta años. En esta época de la historia dominicana, que va desde 1930 al 1961, se produce la transición de una sociedad eminentemente agrícola y rural a una sociedad “preurbana” y “preindustrial”.

Sin embargo, la gran paradoja es que no se genera un ambiente procompetitivo junto a la industrialización, como sería obvio esperar de tal proceso de transición. La realidad es que se produjo un efecto totalmente contrario. No se conocía otra actividad productiva que no perteneciera al tirano o contara con su favor y participación; ninguna iniciativa privada podía entrar al mercado.

“(E) núcleo de la política de crecimiento industrial en la Re-

Centro Universitario de Estudios Políticos y Sociales, Colección Documentos, Ed. Centenario, Santo Domingo, 1996, p. 184.

LA APUESTA DOMINICANA

pública Dominicana consistió en el otorgamiento de incentivos fiscales a través de contratos y otras concesiones especiales. La industria de sustitución de importaciones recibió otros incentivos como fueron la congelación de salarios (...) y la confección de un arancel proteccionista (...). Pero los incentivos más efectivos para la instalación de las nuevas industrias fueron los contratos y las concesiones especiales⁴², concesiones que se fundamentaron en el art. 90 de la Constitución de 1942⁴³.

El objetivo procompetencia del art. 8 numeral 12 fue neutralizado en sus efectos por las prerrogativas del art. 110 (antes 90), y era totalmente ignorado por todas las medidas del plan de industrialización que se ha ejecutado hasta la década de los 80.

Los monopolios, no fueron sólo permitidos, sino fomentados. Por supuesto, la limitación principal era que los monopolios estatales eran permitidos por ley y el patrimonio de Trujillo (y sus asociados) se confundía con el del Estado.

Como se observa, la industrialización y el crecimiento económico no se generaron en la República Dominicana por una política de competencia, sino por una política totalmente contraria, que originó privilegios y concentraciones de capital, todavía vigentes al día de hoy.

La caída de la tiranía trujillista produjo la lenta transición hacia la democracia y hacia la identificación nacional con el ideal liberal que había quedado plasmado en las reformas constitucionales, como ya hemos explicado. Las dos primeras décadas de transición democrática (años 60 y 70) demostraron que la adopción de una ideología política, económica, social o jurídica

42 MOYA PONS, Frank, *Empresarios en Conflicto Políticas de Industrialización y Sustitución de Importaciones en la República Dominicana*, Fondo para el Avance de las Ciencias Sociales, Santo Domingo, 1992, p. 71.

43 El texto de este artículo prevé exactamente las mismas prerrogativas que concede el art. 110 de la Constitución actual al Presidente de la República, en cuanto a su potestad de conceder incentivos y otros derechos a particulares que son prerrogativa del Estado.

ESTUDIOS SOCIALES 130

no es suficiente para que ésta se traduzca a la realidad.

La necesidad de fomentar la entrada al mercado de nuevos ofertantes de bienes y servicios provocó la creación de mecanismos legales de promoción e incentivo que originaron una clase productora de bienes y servicios. Esta clase productora competiría sólo en algunos sectores con el estado dominicano, que había "heredado" todo su patrimonio de la familia Trujillo; pero el camino no sería fácil para el país.

Entre la muerte de Trujillo en mayo de 1961 y la ascensión a la presidencia de la República de Joaquín Balaguer en 1966, ocurrieron muchos acontecimientos que marcarían el comportamiento de buena parte de los industriales por las tres décadas siguientes, por no mencionar las consecuencias políticas, que se escapan del tema de este trabajo.

Una vez muerto Trujillo, los industriales se reorganizaron y crearon la Asociación de Industrias de la República Dominicana, que tenía como objetivo entre otros "obtener que se promulguen leyes más beneficiosas para la industria dominicana; porque se dé participación a la Asociación en la redacción de esas leyes y de otras disposiciones del gobierno que de un modo u otro afecte la industria... y para propugnar porque se dé protección gubernamental razonable a las industrias cuyo desarrollo es necesario para el mantenimiento y auge de la economía del país"⁴⁴.

Durante el gobierno de Juan Bosch, los industriales no pudieron lograr que el Poder Ejecutivo sometiera al Congreso el proyecto de ley de incentivos industriales preparado por la Corporación de Fomento Industrial. Por el contrario, Bosch sometió al Congreso dos proyectos considerados como altamente amenazantes: ley de confiscación de bienes y ley de plusvalía sobre la propiedad inmobiliaria⁴⁵.

44 MOYA PONS, Frank, o. c., p. 97.

45 MOYA PONS, Frank, o. c., p. 103.

LA APUESTA DOMINICANA

El gobierno de Bosch fue derrocado el 25 de septiembre de 1963, el mismo día que había enviado al Congreso el proyecto de ley de desarrollo industrial. El reemplazo a este gobierno fue el Triunvirato, gobierno civil colocado en el poder por una junta militar, y ligado al Consejo de Estado que había gobernado después de la muerte de Trujillo⁴⁶.

El 8 de octubre de 1963 el Triunvirato dictó la Ley No. 4 de Protección e Incentivo Industrial (publicada en la *Gaceta Oficial*, No. 8793 del 9 de octubre del 1963), calificado por el sector industrial de la época como la satisfacción de una gran necesidad. En realidad sería el primer gran triunfo de los industriales, pues “Ahora, con la nueva ley, los industriales esperaban que sus negocios pudieran competir en igualdad de condiciones con las empresas del Estado y que no tuvieran que depender de la voluntad política del Presidente o de cualquiera de sus ministros para obtener la autorización de sus exoneraciones”⁴⁷.

Como “(e)sta ley resultó ser una rápida adaptación de una ley similar existente en Costa Rica (...) preparada por tecnócratas que desconocían el proceso previo de la industrialización dominicana y no entendían que los industriales más que nada deseaban que sus exoneraciones estuvieran definitivamente protegidas de los vaivenes políticos por un instrumento legal (...)”⁴⁸, pronto se detectaron sus numerosas deficiencias técnicas, a pesar de que llenó el cometido de asegurar las exoneraciones.

Pero antes de que se pensara en la reforma, hay que destacar que la Ley No. 4 produjo que la industria privada se agrupara en tres sectores, que actuarían en el mercado junto a las empresas del Estado (obtenidas de las confiscaciones de las empresas de la familia Trujillo y sus asociados). Así los empresarios privados eran:

46 MOYA PONS, Frank, o. c., p. 106.

47 MOYA PONS, Frank, o. c., p. 110.

48 MOYA PONS, Frank, o. c., pp. 112 y 113.

ESTUDIOS SOCIALES 130

- los grandes y más antiguos agrupados en la Asociación de Industrias de Santo Domingo y Santiago, que continúan expandiendo sus negocios con los incentivos fiscales;
- los industriales viejos sin afiliación institucional dispuestos a competir y ansiosos por expandirse y obtener el tratamiento de los primeros;
- y los nuevos industriales, que nunca habían tenido acceso a las fuentes de poder político ni al crédito, pero que a través de la nueva ley tenían esperanzas de crecimiento⁴⁹.

El empuje que esta ley produjo en la creación de nuevas industrias de sustitución de importaciones no se hizo esperar. "Entre enero de 1964 y enero de 1965 la Comisión de Exenciones impositivas para la Industria recibió 801 solicitudes de exoneraciones provenientes de prácticamente todas las industrias organizadas en el país. La mayoría de esas solicitudes fueron concedidas"⁵⁰. Esta ley se convirtió en un instrumento de democratización económica que favorecería una multitud de nuevas y pequeñas empresas creadas para aprovechar el creciente mercado interno y para competir con las industrias del más antiguo grupo industrial de Santo Domingo.

La nueva industria de sustitución de importaciones que se desarrollaría con la Ley No. 4 era una industria productora de bienes de consumo a partir de materias primas importadas, contraria a la industria que había surgido durante la Era de Trujillo que se basaba en la transformación de materia prima nacional.

Las estrategias de industrialización del Triunvirato no se limitaron a la mera concesión de exoneraciones a la industria, sino que integró aquellas contenidas en la Declaración de Punta del Este y en los diversos programas de la Alianza para el Progreso,

49 MOYA PONS, Frank, o. c., p. 114.

50 MOYA PONS, Frank, o. c., p. 115.

LA APUESTA DOMINICANA

que hizo de la industrialización una meta así como un instrumento para el desarrollo económico de América Latina.⁵¹

Sin embargo, la política monetaria y cambiaria del Triunvirato, trazada con la asesoría del FMI, perturbaría el desarrollo de las industrias dominicanas, provocando un descontento que iría en aumento hasta que los industriales comenzaron a exigir que se produjera una nueva ley de incentivos industriales, cuyo primer borrador se produjo en 1965.

Los industriales querían un “sistema de protección más generalizada que combinara las exoneraciones con otras medidas de protección fiscal, tales como aumento de tarifas de los artículos importados, la concesión de divisas a la par con el dólar norteamericano para financiar las importaciones y una prohibición a los artículos de consumo que ya se estaban produciendo en el país (...), era necesario modificar la Ley No. 4⁵².

La guerra civil del 1965 hizo que el gobierno se olvidara de las reformas que reclamaban los industriales, pero tan pronto Balaguer asumió el poder en 1966 los industriales insistieron en la necesidad de modificar la ley de incentivos industriales. La nueva Ley de Protección e Incentivo Industrial No. 299 fue promulgada por Joaquín Balaguer el 23 de abril del 1968 (*Gaceta Oficial*, No. 9079), después de interesantes y prolongados debates antes y durante su sometimiento al Congreso.

La ley 299 introdujo elementos novedosos e importantes:

- Limitaba la inversión extranjera a las zonas francas y a las fábricas de ensamblaje para la exportación.
- Clasificaba las inversiones industriales atendiendo, entre otros criterios, a la cantidad de materia prima doméstica e importada procesada que se utilizaba en el proceso, a la

51 MOYA PONS, Frank, o. c., p. 118.

52 MOYA PONS, Frank, o. c., p. 137.

ESTUDIOS SOCIALES 130

cantidad de importaciones sustituidas, al tamaño de la fuerza laboral a ser empleada, al valor agregado a la economía y a los efectos de la inversión en la balanza de pagos.

- Cada categoría tenía un nivel de exención impositiva. Así las zonas francas orientadas solamente al mercado de exportación (Categoría A) gozarían hasta de un 100% de exoneración de todos los impuestos; las industrias nuevas de alta prioridad nacional, especialmente aquellas que fabricarían artículos no producidos en el país, y que pretendían reemplazar productos importados en el mercado local (Categoría B) gozarían de exención de hasta un 95% de impuestos, exceptuando el Impuesto sobre la Renta; y finalmente todas las nuevas fábricas o expansiones de las industrias existentes involucradas en el procesamiento de materias primas o en la fabricación de productos para el consumo doméstico (Categoría C) con exención de hasta el 90% de los impuestos⁵³.

El debate sobre los incentivos fiscales para promover el desarrollo, no solamente industrial, sino también en otras áreas de la economía dominicana, se ha prolongado hasta los 90. En el camino, se sugirieron numerosas modificaciones a la Ley 299, que permaneció invariable hasta 1975, cuando se comienza a sugerir incentivos para la agropecuaria y la agroindustria.

De todas maneras vale la pena apuntar que el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) aseguró en su estudio de 1976⁵⁴ que la política de desarrollo industrial de Balaguer había estimulado la inversión industrial, y prueba de ello es que la inversión en el período 1968-1973 se había triplicado, en comparación el período 1963-1967, a pesar de que la creación de empleos no se correspondía con los niveles de inversión. El BID señaló tam-

53 Ley 299 de 1968, *Gaceta Oficial*, 9079.

54 Banco Interamericano de Desarrollo, *Informe Socio Económico*, 1976, citado por MOYA PONS, o. c., pp. 232 y 233.

LA APUESTA DOMINICANA

bién que “durante los años 1970-1974 cerca de la mitad del valor total de los insumos que llegaron a la República Dominicana recibieron un trato prácticamente libre de derechos como resultado de la Ley 299 (...), pero cerca de la mitad fueron destinados a sólo 50 empresas industriales. Esto sugería que de alguna manera la política industrial estaba favoreciendo la concentración del ingreso en la República Dominicana”⁵⁵.

En los años subsiguientes (década de los 80), durante los gobiernos del Partido Revolucionario Dominicano, de corte socialdemócrata, el patrón de desarrollo económico al amparo de leyes de incentivos fiscales aumentó en diversidad y complejidad, tanto por los sectores beneficiarios, como por la maraña de organismos estatales, trámites y disposiciones impositivas que se generaron.

Veamos en resumen los principales incentivos⁵⁶:

- Industria de zonas francas: exención del 100% del impuesto sobre la renta (ISR) y a la importación, liberación de obligación de canje de sus ingresos por venta de productos en el exterior. Para su aplicación se creó el Directorio de Desarrollo Industrial y el Consejo Nacional de Zonas Francas. Ley 299 y Ley 432.
- Turismo: exención total del ISR y de los derechos e impuestos a la importación, facilidades crediticias (fondo INFRA-TUR) y cambiarias. Para su aplicación se creó el Directorio de Desarrollo Turístico y el Directorio de INFRATUR. Ley 153 de 1971.
- Exportaciones no tradicionales: certificados deducibles del ISR, equivalentes a un porcentaje del precio de venta, en hasta un 25% de los ingresos (certificados de abono tribu-

55 MOYA PONS, Frank, o. c., p. 233.

56 BONETTI, Heredia, *Derecho Economía y Empresa*, Santo Domingo, Amigo del Hogar, 1990, pp. 92 a 101.

ESTUDIOS SOCIALES 130

tario) y permiso de internación temporal.

- Agroindustria de exportación: exención del ISR desde un 50% hasta un 100%, y de los impuestos de importación desde un 40% hasta un 100%, entre otras exenciones, facilidades de financiamiento (fondo FIDE). Su aplicación estaba a cargo del Directorio de Fomento Agroindustrial. Ley 409 de 1982.
- Agropecuaria: impuesto único ad valorem sobre la importación de maquinaria (5%), liberación de los impuestos a la importación de insumos, exoneración total del impuesto a los pequeños negocios, inversión en infraestructura, educación y asistencia técnica, estabilización y sustentación de precios. Su aplicación estaba a cargo del Comité Nacional de Promoción Agrícola y Ganadera. Ley 532 de 1969.
- Sustitución de Importaciones: exención de impuestos entre un 95% y un 90%, impuesto único *ad valorem* para las importaciones de maquinarias, entre otros incentivos fiscales, facilidades cambiarias, financiamiento preferencial, inversión en infraestructura. Su aplicación estaba a cargo del Directorio de Desarrollo Industrial. Ley 299 del 1968 y Ley 75 de 1983.
- Marina mercante: deducción del 100% de los dividendos reinvertidos en empresas de marina mercante, depreciación acelerada de los activos, exoneración del 100% de los derechos e impuestos de importación. Su aplicación estaba a cargo de la Secretaría de Estado de Industria y Comercio. Ley 180 de 1975.
- Proyectos forestales: exoneración del 90% del ISR, deducción por reinversión de dividendos. Ley 53 de 1982 y ley 290.
- Nuevas industrias de la región fronteriza: 100% del Impuesto sobre la Renta, financiamiento preferencial del fondo FIDE. Ley 128 de 1983.

LA APUESTA DOMINICANA

Estas y otras leyes de promoción e incentivo, concentraron los sectores productivos dominicanos y crearon estándares de competitividad fundamentados en protección a través de barreras arancelarias e incentivos fiscales⁵⁷ a los sectores productivos dominicanos.

A este cuerpo legal de incentivos, ya derogado en sus efectos fiscales en 1992 por el Código Tributario⁵⁸, se añaden todas las leyes que crearon y fomentaron monopolios y oligopolios⁵⁹.

Como se observa, el propósito constitucional antimonopolio se ha desvirtuado por una política de industrialización fundamentada en los incentivos, y peor aún, se contraponen a los más importantes grupos económicos de la República Dominicana.

La promoción e implantación de una política de competencia por parte del Estado Dominicano tendrá que tomar en cuenta esta realidad, aunque venga muy bien sustentada por la Constitución y leyes especiales fundamentadas en sólidas teorías económicas.

4. EL CAMINO DE LA REFORMA EN REPÚBLICA DOMINICANA

Descrito el ambiente económico y jurídico en sus grandes rasgos cabe plantear ahora la posibilidad de que en República

57 CABRAL, Manuel José, o. c., p. 135

58 CANAHUATE, Francisco, *Código Tributario de la República Dominicana*, Santo Domingo, Corripio, 1992, pp. 209 a 213.

59 CABRAL, Manuel José, o. c., cita parte de la legislación vigente en República Dominicana que crea directamente monopolios. De la lista vale la pena mencionar la Ley No. 4115 de 1955 que regula la Corporación Dominicana de Electricidad, la Ley No. 118 de 1966 sobre Telecomunicaciones (derogada por la nueva ley recientemente promulgada y aún no publicada por el Poder Ejecutivo), la Ley No. 146 de 1971 sobre Minería, la Ley No. 709 de 1942 sobre Hidrocarburos y demás Minerales Combustibles, la Ley 351 de 1964 sobre Juegos de Azar y la Ley 173 de 1966 sobre Protección a los Agentes Importadores de Mercaderías y Productos.

ESTUDIOS SOCIALES 130

Dominicana se apruebe una ley especial que promueva la competencia, a lo cual pretendemos aproximarnos en esta sección.

Si fuésemos a responder en base a un cálculo de mayoría, tendríamos que admitir que la sociedad de negocios y el gobierno en la República Dominicana están reclamando una "ley de competencia". En efecto, en el Congreso Nacional han sido introducidos o cursan, al menos cinco propuestas legales⁶⁰. El Poder Ejecutivo nombró una comisión cuya tarea principal es formular un proyecto de Código que contenga la normativa de competencia. Al mismo tiempo, la cúpula empresarial sometió al gobierno su propuesta sobre el tema, el Plan Nacional de Competitividad⁶¹, en la que se señala el requerimiento de reglas sobre competencia. El Diálogo Nacional⁶² concluyó con que ése es un tema prioritario en la Agenda Nacional. En los acuerdos comerciales sub-regionales recientes con CARICOM y Centroamérica⁶³, la República Dominicana ha llevado la voz cantante para que dichos acuerdos contengan disposiciones, al menos de intención, sobre legislación de defensa o promoción de la competencia.

-
- 60 Para más detalles véanse los informes "República Dominicana: Situación y Perspectiva", desde 1994, en la sección sobre Situación Legal.
- 61 Este es un plan de la Secretaría de Estado de Industria y Comercio, presentado al país en 1997, en el que se señala que uno de los elementos que permitirán insertar a los sectores productivos dominicanos en los mercados internacionales es una "ley de competencia". Sin embargo, hasta la fecha, a pesar de que ha sido adoptado y está siendo promovido por el Gobierno Dominicano en la actualidad hace falta medir los verdaderos efectos con respecto a la promoción de la competencia, puesto que todavía los discursos oficiales se dirigen a propiciar competitividad a través de incentivos y subsidios, en lugar de aumentar capacidades y democratizar las reglas del juego.
- 62 Actividad propiciada por el Gobierno de Leonel Fernández en el cual participaron representantes de la sociedad dominicana, con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre las necesidades prioritarias del país.
- 63 Del examen de la posición dominicana, tanto oficial como privada, se revela la clara intención de los negociadores de incluir el tema de políticas de competencia en los acuerdos. La autora ha participado en la elaboración de las posiciones de los grupos de trabajo del sector privado, coordinado por la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo.

Haciendo un balance, la sumatoria es positiva, pero la cuestión merece ciertamente un análisis más profundo. La realidad es que las normas jurídicas “destinadas a la regulación de competencia alcanza actualmente difusión universal”⁶⁴. “La última década se ha caracterizado por la diseminación de leyes de competencia a través de diversas jurisdicciones, especialmente en los países en desarrollo. De acuerdo con el reporte Mundial de Inversiones de la UNCTAD, más de 70 países tienen ahora leyes de competencia, en contraste con los menos de 40 en la década de los 80”⁶⁵.

Pero no puede desconocerse que paradójicamente “la legislación sobre defensa de la competencia constituye una de las ramas que con mayor facilidad han caído en desuso en los países no industrializados que han pretendido imponerla”⁶⁶.

Las naciones con liderazgo económico en la actualidad, y que poseen en consecuencia leyes de competencia de larga data, se ven tentadas a ejercer un “imperialismo jurídico” que no ha tenido resultados muy felices. La explicación es que la racionalidad del liderazgo jurídico va más allá del liderazgo económico. El precedente en los países en vías de desarrollo o empobrecidos del “Derecho de la Cooperación y el Desarrollo” es más que elocuente⁶⁷.

De manera que “imponer” al sistema económico dominicano la lógica de la política de competencia a través de una normativa, puede transformar un riesgo calculable en una catástrofe económica, jurídica y hasta institucional. Puede empeorar las

64 CABANELLAS, Guillermo, *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, Santo Domingo, Eliasta, 1983, p. 12.

65 GESNER, Oliveira, *Competition Policy in Brazil and Mercosur: Aspects of the Recent Experience*, Boletín Latinoamericano de Competencia de la Unión Europea, No. 3, 1998, p. 20.

66 Idem.

67 BUSSANI, Mauro y MATTEI, Ugo, *Making the Other Path Efficient. Economic Analysis And Tort Law in Less Developed Countries*, 1955.

condiciones de aquello que se desea corregir. "Después de todo, debe entenderse que dicha política vive una paradoja múltiple: es una política que pretende promover mercados competitivos reprimiendo a los mejores en el sentido darwiniano; es una regulación -más analítica que dogmática- que interfiere en los mercados para hacerlos más libres."⁶⁸.

La adopción de esta normativa conducirá a la empresa dominicana a enfrentar el dilema de ser competitiva en un mercado de competencia regulada. Philip Kotler⁶⁹ analiza las posibilidades de respuesta ante la nueva competencia japonesa en los 80 frente a las empresas norteamericanas, señalando que habrá respuestas provenientes del sector público y otras del sector privado, y en ambas categorías habrá respuestas competitivas y comparativas. Kotler plantea que la adopción de una normativa de competencia, así como la imposición de aranceles, cuotas y las ayudas financieras a la industria constituyen una respuesta competitiva del sector público ante la "nueva competencia".

Esta respuesta competitiva del sector público encuentra de frente las respuestas cooperativas del sector privado, como pueden ser: la concesión de licencias a compañías de otras naciones, el establecimiento de acuerdos empresariales verticales u horizontales, el fomento de la fusión y adquisición de otras compañías. Y sobre todo hay que contar las respuestas competitivas del sector privado tendentes a mejorar calidad y servicios y aminorar costos. En definitiva el autor concluye que "el proteccionismo, como línea de defensa es, en el mejor de los casos, un agente paliativo, más no curativo".

En efecto, hubo empresas norteamericanas que desarrollaron sus estrategias respaldándose a través de leyes de competencia, y otras que procuraron estrategias cooperativas entre sí

68 CASTAÑEDA, O. C.

69 En su obra *La Nueva Competencia: Más allá de la Teoría Z*, Bogotá, Norma, 1985, el autor Philip KOTLER, junto a Liam FAHEY y S. JATUSRIPITAK, amplía con ejemplos sus interesantes planteamientos.

LA APUESTA DOMINICANA

e invirtieron en tecnología y en su propia reestructuración. Al final queda demostrado que las más exitosas fueron aquellas que no se albergaron bajo la sombrilla de la legislación de competencia y procuraron hacerse más competitivas por sí mismas, a través de alianzas estratégicas con la competencia, o con los aliados naturales (inversiones conjuntas o fusiones).

Percibimos que tanto el Estado como el empresario dominicano está generando el mismo tipo de respuesta. Si no se acompaña de una verdadera estrategia competitiva de las empresas dominicanas, se puede prever la mortandad infantil de la regulación por inoperante e insatisfactoria.

En las próximas secciones intentaremos proporcionar elementos de decisión para adoptar una regulación especial de defensa de la competencia. Primero, cuál será el sistema a elegir, si el norteamericano o el europeo y, en segundo lugar, las posibles incompatibilidades de una política de competencia con otras políticas económicas de la República Dominicana y la importancia práctica de aplicar la política por etapas o fases.

4.1 Elección entre el “antitrust” y el abuso de posición dominante

Las reformas estructurales dominicanas conducirán a que el gobierno tenga poca o ninguna intervención en la economía, de manera que la asignación de recursos, los precios, los métodos de producción y distribución, y el desarrollo tecnológico se manejarán sin intervención estatal. La competencia se convierte entonces en un objetivo del orden legal, aunque no es un concepto que se define a sí mismo⁷⁰.

Lo anterior lleva a pensar que la República Dominicana, cuya

70 SULLIVAN, L.A., *Antitrust*, Hornbook Series, St. Paul, Minnesota, West Pub., p. 20.

ESTUDIOS SOCIALES 130

economía se encuentra en transición, tomó la decisión de adoptar una legislación especial sobre defensa de la competencia. La siguiente cuestión es decidir cuál sistema escoger para dotar al sistema legal de competencia de una filosofía y un diseño coherente. Esta sección pretende ayudar a dar racionalidad a la selección.

Digamos que la elección debe partir de uno de los sistemas propuestos por el "Sistema Jurídico Occidental", es decir el sistema de los Estados Unidos o el sistema de la Unión Europea. Las fuentes legales del derecho de competencia de los Estados Unidos son la "Ley Sherman" del 2 de julio de 1890, la "Ley Clayton-Robinson Patman" del 15 de octubre de 1914 y la "Ley de la Comisión Federal de Comercio" del 26 de septiembre de 1914. La fuente legal del sistema europeo es fundamentalmente el Tratado de Roma (arts. 85, 86, 87 y 90) del 25 de marzo de 1957, y numerosas resoluciones de la Comisión.

Circunscribimos la elección al "Sistema Jurídico Occidental" arbitrariamente, porque nuestras raíces jurídicas provienen de dicho sistema, aunque haya sido herencia colonial. Esto facilita la inserción de la nueva ley en el sistema jurídico nacional. Además entendemos que ampliar la discusión sobre este punto escapa con mucho a los propósitos de este trabajo. Tampoco cabe cometer la imprudencia de asumir nuestra herencia jurídica francesa con tal fidelidad que ciegue el análisis y la capacidad de decisión.

Si partimos del método de análisis de "Law and Economics", poco habría que debatir en cuanto a diferencias fundamentales, puesto que el derecho de la competencia, tanto en Estados Unidos, como en la Unión Europea, comparten la idea esencial que lo sustenta y que podemos plantear como sigue: *Los agentes económicos deben tener libertad de iniciativa, de acceso y de elección en el mercado.*

La existencia del derecho de competencia es posible gracias a la asunción de que la *competencia perfecta*, donde opera el libre juego de la oferta y la demanda sin distorsiones, es un mo-

LA APUESTA DOMINICANA

delo teórico, que si bien es demostrable mediante fórmulas y gráficos, es imposible de encontrar en la realidad, “mucho menos en la economía moderna en la que el régimen del mercado suele ser monopolístico u oligopolístico, en la que las grandes unidades industriales tienden a concentrarse en pocas manos que pueden fijar o controlar, directa o indirectamente, la oferta y la demanda y, con ellas los precios, y en la que existe una gran tendencia a que sean las grandes empresas las que dominan y configuran el mercado.”⁷¹.

Es cierto que en ese mundo teórico no hacen falta normas jurídicas puesto que no existe la posibilidad de conductas impropias. Pero considerar que en la realidad de los mercados el comportamiento de los agentes económicos será tan perfecto como un modelo matemático es una ingenuidad.

De ahí que sea oportuno que el derecho auxilie a la economía, formulando normas jurídicas que parten del hecho de que los agentes económicos no necesariamente actúan con la “pureza y lealtad” de los modelos matemáticos. La norma jurídica trabaja entonces con el concepto de *competencia imperfecta*, y formulará reglas de juego que garanticen una competencia “practicable, operativa o suficientemente eficaz”⁷².

La norma jurídica procurará la protección a la libertad de competencia, en los sistemas norteamericano y europeo, entendiendo que esta libertad comprende tres presupuestos:

- Libertad de iniciativa o de acceso a la actividad económica.
- Libertad para determinar circunstancias y modo de su actividad.
- Igualdad de los competidores ante la ley.⁷³

71 BROSETA PONT, M., *Elementos Esenciales de Derecho Mercantil*, Madrid, Tecnos, 1978, p. 106.

72 *Idem*.

73 BROSETA PONT, M., o. c., p. 107.

ESTUDIOS SOCIALES 130

De todas maneras, merece la pena acercarnos en las próximas secciones a algunos aspectos que consideramos fundamentales para comparar el sistema europeo y del sistema norteamericano.

4.1.1 Justificación de las normas jurídicas de competencia

El Tratado de Roma tuvo por objetivo general promover, en la comunidad que creaba, “un desarrollo armonioso de las actividades económicas (...), una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, un aumento acelerado del nivel de vida (...)”. Ese desarrollo técnico, expansión de los intercambios y mejoramiento del nivel de vida debía resultar de la acción de las empresas, sean éstas públicas o privadas. Estas empresas podrán desarrollar sus ofertas y su clientela libremente y los consumidores podrán elegir entre productos y servicios según su precio y calidad. La Comunidad es responsable de garantizar esta libertad, y la política de competencia es uno de los medios esenciales para cumplir esos objetivos esenciales⁷⁴.

De manera que la política de competencia comunitaria tiene una doble función:

- facilitar la formación del mercado común, impidiendo que las empresas puedan mantener o crear colusiones perjudiciales a la *integración de los mercados*;
- asegurar el buen funcionamiento del mercado común, garantizando la existencia de una *competencia efectiva* considerada como el mejor estimulante de la actividad económica.

Por su parte, el derecho de los Estados Unidos responde a una racionalidad no necesariamente equivalente. Las decisiones básicas en la economía estadounidense han sido dejadas en las manos privadas, quedando en poder del Estado, el gobierno, la

74 BAUER, Valerie, *Le droit communautaire de la concurrence: ententes et abus de position dominante*, inédito, p. 1.

LA APUESTA DOMINICANA

financiación o las compras de aquellas funciones que deben ser objeto de control social, como la educación, la salud, la seguridad nacional, entre otros.

La racionalidad de la política de competencia norteamericana se ha conformado a través de su historia legal y se puede agrupar en tres ideas fundamentales:

- Todos deben tener libre acceso al mercado, pero “hombres malos”, para satisfacer su propia avaricia pueden cortar este acceso impidiendo la competencia (convicción ciertamente populista y primaria).
- La política de competencia opera para mantener los mercados privados funcionando en forma socialmente aceptable.
- Énfasis de que la competencia procura fines sociales además de los puramente mercantiles, y es que la competencia tiende a dispersar el poder económico, el cual es un valor propio de la sociedad liberal, reduciendo la necesidad de un gran poder gubernamental que regule el poder privado⁷⁵.

Las legislaciones predominantes en materia de competencia también comparten la racionalidad interna, que se descompone en los aspectos siguientes:

- ordenar y regular la competencia;
- conocer la estructura del mercado de un país (sea interno o exterior);
- actuar racionalmente sobre los precios;
- eficacia de los órganos encargados de la defensa de la competencia;
- establecer un orden público económico al cual debe some-

75 SULLIVAN, o. c., pp. 20 y 21.

ESTUDIOS SOCIALES 130

terse el capital privado en beneficio de la economía nacional y de los consumidores.

El derecho sustantivo de competencia puede ser desglosado como sigue:

- reglas sobre las prácticas restrictivas individuales;
- reglas sobre acuerdos que conducen a prácticas restrictivas colectivas;
- control de concentraciones de capital o monopolizaciones.

El derecho de la competencia, en la actualidad más que antes comporta conceptos que pertenecen a la ciencia económica, y que son definidos por las escuelas de economía más beligerantes, y reafirmados por las decisiones de los tribunales y órganos reguladores en las jurisdicciones de que se trate. Nos referimos particularmente a los siguientes conceptos:

- **Empresa:** se utiliza este concepto para delimitar el alcance de la ley, y comprende tanto personas físicas como morales, públicas o privadas⁷⁶.
- **Mercado:** aquí interesa definir sobre cuál mercado específico se produce la conducta para decidir la competencia de la ley en cada caso; interesa también conocer y analizar el desempeño, la conducta y la estructura del mercado (sobre todo las dos últimas). Esto va a permitir evaluar la práctica restrictiva o la concentración y decidir si se prohíbe o no. Se podrá ser más específico y definir si el mercado tiene estructura competitiva o monopólica u oligopólica, si la estruc-

76 Esta última categorización de empresas públicas y privadas, tiene mayor importancia en el derecho europeo, puesto que es en esa jurisdicción donde se encontraba una participación del Estado como productor de bienes y servicios; en la jurisdicción norteamericana se reduce la relevancia de estas categorías porque el Estado interviene muy limitadamente en la economía.

LA APUESTA DOMINICANA

tura de la práctica restrictiva de la competencia es vertical u horizontal.

4.1.2 Los acuerdos prohibidos

La regulación referida a los *acuerdos prohibidos* se puede considerar prácticamente homogénea. La enumeración podrá ser más o menos exhaustiva, pero en realidad, la doctrina más aceptada en la materia considera dos grandes especies de acuerdos:

- horizontales: los que se producen entre competidores potenciales para controlar las variaciones naturales del mercado;
- y verticales: los que se producen entre proveedores y sus compradores.

Veamos en primer término la normativa norteamericana, para luego establecer la comparación con la europea.

Los *acuerdos horizontales* se encuentran prohibidos por la sección 1 de la Ley Sherman: "Todo contrato, combinación en forma de "trust" o cualquier otra manera, o conspiración (...) que restrinja el comercio".

Y han sido desarrollados por las decisiones de los tribunales, especificando los casos en que se considera que hay restricción del comercio⁷⁷. Las conductas comúnmente consideradas ilegales *per se* a través del análisis de intención y efecto son: fijación de precios, división horizontal del mercado y boicot o negativa concertada a negociar.

Las cortes norteamericanas han evaluado otras prácticas que han producido acercamiento progresivo en los precios, aunque la anticompetitividad de la práctica no fuera tan evidente. Es el caso de la *diseminación de información sobre los precios* que

77 SULLIVAN, o. c., pp. 152 a 329.

ESTUDIOS SOCIALES 130

el juez Douglas, en el caso *United States vs. Container Corporation of America* de 1969, explica cuando expresa que “el intercambio de información (...) parece haber tenido el efecto de mantener los precios dentro de un ámbito razonable (...) el resultado fue *estabilizar* los precios”.

También se encuentra el caso de la *estandarización de otros términos del contrato* que no sea el precio, que pudieran analizarse como fórmulas para incrementar la eficiencia, pero que en el fondo producen efectos patológicos sobre los precios. Podría ser la estandarización de los contratos para abrir cuentas de ahorros, las horas laborables de ciertos negocios⁷⁸ o de oferta de productos.

Existen otras actividades que por realizarse conjuntamente, por ejemplo a través de asociaciones, limitan las posibilidades de decisión de los adquirentes y por tanto reducen la competencia entre los ofertantes. Los casos de *toma de decisión conjunta*, las negociaciones conjuntas con suplidores, consumidores o sindicatos, inducción a no negociar con la competencia, entre otros, puede generar conductas anticompetitivas, dependiendo del sector productivo y de la estructura del mercado de que se trate.

Los elementos constitutivos para que se caracterice el hecho ilícito según la sección 1 de la Ley Sherman son:

- una concertación entre empresas, actuando a través de un contrato, combinación o conspiración;
- una restricción del comercio;
- incidencia en las relaciones comerciales interestatales en la Unión americana.

78 Es interesante señalar que el Tribunal de Competencia Español ha conocido de los conflictos entre los hipermercados y otros negocios por el problema de los horarios.

LA APUESTA DOMINICANA

Los acuerdos verticales entre suplidores y clientes que en derecho de los Estados Unidos están regulados por la Ley Sherman y por la Ley Clayton y han sido considerados violaciones *per se*. Se pueden clasificar como sigue:

- Acuerdo para el mantenimiento del precio de reventa: es el acuerdo entre productor y comprador en el cual acuerdan el precio por el cual el comprador podrá revender el producto, se trata de una violación *per se* a la sección 1 de la Ley Sherman.
- Acuerdos que restringen el territorio, la clientela, y la ubicación en el proceso de distribución: se trata de los acuerdos de franquicia que, aunque permiten el acceso a los pequeños y medianos negocios con un repunte importante en los últimos tiempos, pueden contener cláusulas que perjudican la competencia. Se encuentran también bajo el dominio de la sección 1 de la Ley Sherman.
- Acuerdos atados: regulados tanto por la sección 1 de la Ley Sherman, como por la sección 3 de la Ley Clayton; se trata de condicionar por ejemplo la compra de un primer producto a la adquisición conjunta de un segundo producto, no pudiendo comprar el primero sin el segundo. La ley Clayton surge para completar la aplicación que hasta ese momento se había dado a la Ley Sherman, y dispuso lo siguiente en su sección 3: "Que será ilegal para cualquier persona envuelta en comercio, en el curso de ese comercio, dar en "lease" o vender o contratar para vender bienes (...), con la condición, acuerdo o entendimiento de que el "lease" o comprador no podrá usar o adquirir los bienes (...) suplementarios o accesorios u otros bienes del competidor o competidores del "leaser" o vendedor, donde el efecto de dicho "lease" o venta (...) sea disminuir sustancialmente la competencia o tender a crear monopolio en cualquier línea de comercio."⁷⁹

79 SULLIVAN, o. c., p. 811.

ESTUDIOS SOCIALES 130

- Acuerdos de negocio exclusivo: donde un comprador hace el compromiso de hacer negocio únicamente con un determinado vendedor⁸⁰, regulados también por la Ley Clayton.

En Europa, el Tratado de Roma, en su art. 85 dispone la prohibición de los acuerdos y las excepciones a las prohibiciones⁸¹. Dicho art. 85 §1 dispone lo siguiente: Se consideran "incompatibles con el Mercado Común y prohibidos todas *los acuerdos entre empresas, todas las decisiones de asociación de empresas, y todas las prácticas concertadas (...)* susceptibles de afectar el comercio entre Estados miembros y que tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia al interior del Mercado Común".

En consecuencia, los elementos constitutivos del acuerdo ilícito, según el Tratado de Roma son:

- una concertación entre empresas;
- una restricción de la competencia;
- incidencia sobre el comercio intracomunitario;
- localización de los efectos en el mercado común.

Por tanto, en cuanto a los elementos constitutivos del acuerdo ilícito, solamente se diferencian el derecho europeo del norteamericano en lo referente al espacio geográfico sobre el cual tendrá incidencia y efecto el acuerdo.

También el derecho europeo, como el norteamericano, tipifica el tipo de prácticas que son prohibidas, a saber:

- Fijación de precios y condiciones de venta u otras condiciones de la transacción. Estos condicionamientos, que pueden ser directos o indirectos, pueden aparecer en acuerdos

80 SULLIVAN, o. c., p. 471.

81 BAUER, o. c., p. 6.

tanto horizontales como verticales. Estas prácticas incluyen la elaboración común de precios indicativos⁸², duración y condiciones de crédito, modalidades y plazos de entrega.

- Limitación del desarrollo técnico y comercial: se trata de acuerdos que consisten en limitar o controlar la producción, el desarrollo técnico, las inversiones. Podría considerarse como prohibida la práctica de determinación de cuotas de producción o de venta⁸³.
- Repartición de mercados o fuentes de aprovisionamiento: pueden ser acuerdos horizontales, donde cada productor se limita a su mercado nacional, lo que se convierte en una contradicción frontal con el objetivo de formar un mercado común regional. También, y es su terreno favorito, pueden ser acuerdos verticales, por ejemplo contratos de distribución exclusiva en un territorio determinado, o una categoría de productos determinados. La Comisión y la Corte de la Unión Europea han definido los límites que el art. 85 impone a la organización de redes de distribución.
- Prácticas discriminatorias: que consiste en aplicar a los socios comerciales condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, infligiéndoles una desventaja en la competencia⁸⁴.
- Contratos atados: en los cuales se subordina la conclusión de los contratos a la aceptación, por los socios, de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos comerciales, no tienen vínculos con el objeto del contrato. Puede tratarse de subordinar la adquisición de un bien necesario a la aceptación de una cantidad por encima de la necesitada por el comprador, o de un segundo bien que no guarda relación con el bien que se desea comprar, violando la libertad de escoger del comprador.

82 Sentencia Rhone-Poulenc del 24 de octubre de 1991, BAUER, o. c., p. 13

83 Sentencia Sandoz del 11 de enero 1990, BAUER, o. c., p. 3.

84 BAUER, o. c., p. 14

ESTUDIOS SOCIALES 130

Por supuesto, como el Tratado de Roma es una convención entre diversos Estados, su naturaleza constituye en sí misma una diferencia con el derecho de los Estados Unidos, al que solamente le concierne su comercio territorial, mientras el Tratado concierne a una región comprendida por varios estados diferentes que desean promover el comercio entre sí. Salvo esta diferencia estructural, el único tipo de acuerdo diferente a los previstos por el derecho norteamericano es el que se refiere a la limitación del desarrollo técnico y comercial.

4.1.3 Las concentraciones económicas

A continuación intentamos establecer que probablemente la principal diferencia entre el derecho de competencia europeo y el norteamericano radica en el tratamiento a las concentraciones económicas.

Partamos de la redacción de los textos legales.

La sección 2 de la Ley Sherman reza: "Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o combine o conspire, con otra persona o personas, monopolizar cualquier parte del intercambio o comercio entre los Estados [de la Unión] o con naciones extranjeras, será culpable de delito (...)"⁸⁵.

Esto significa, que al derecho de los Estados Unidos le interesa poco en este caso cuál es la conducta que exhibe la "persona"[empresa], pero sí la estructura del mercado con relación a la actividad económica que realiza el negocio. Se trata de una sola firma que tiene todo el "poder del mercado". Constituye presunción absoluta (*jure et de jure*) y que no admite prueba en contrario, el hecho que un monopolio intentará controlar el mercado y producirá efectos perversos sobre la oferta y finalmente sobre los precios.

La cuestión se hace un poco menos evidente en el caso de

85 SULLIVAN, o. c., p. 807

LA APUESTA DOMINICANA

mercados oligopólicos. Poco importa la cantidad de negocios que existan, basta con que sean dos o más firmas grandes, conscientes del poder individual de afectar los precios. Aquí interesa destacar la conciencia y la interdependencia de los negocios oligopólicos. En estos casos se habla de control de fusiones y adquisiciones por parte de la autoridad de competencia para evitar que los mercados se concentren aún más de lo que se encuentran.

El derecho de los Estados Unidos, en general, contiene disposiciones que procuran crear balance entre sus estructuras, tanto estatales como privadas, la concentración de poder dentro de la sociedad norteamericana se presume como “maligna”, y la ley procurará reducir ese poder.

El derecho de la competencia no es una excepción a esta regla, más aún es paradigmático, y las ponderaciones de la sentencia del caso ALCOA son muy claras sobre lo indeseable de la acumulación de poder económico y sus repercusiones políticas. La esencia del derecho norteamericano es la prohibición del monopolio, el “antitrust”, con matices que la jurisprudencia se ha encargado de proporcionarle, con mayor o menor tolerancia. Es una norma principalmente prohibitiva.

Por su parte el derecho europeo de la competencia creó el concepto de *abuso de posición dominante*, que contrasta con la Ley Sherman notablemente. La posición dominante concierne a una posición de poder económico detentado por una empresa que le da la potestad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado en causa, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable de cara a sus competidores⁸⁶. Entonces, a diferencia de una situación de monopolio u oligopolio, la posición dominante no excluye la existencia de una cierta competencia, pero permite a la empresa beneficiaria de esa posición influenciar notablemente las

86 Sentencia United Brands del 14 de febrero de 1978, BAUER, o. c., p. 21.

ESTUDIOS SOCIALES 130

condiciones en las cuales esta concurrencia se desarrollará, y en todo caso comportarse estando insensible a ésta⁸⁷.

En efecto, hay una serie de factores que permitirán evaluar si una empresa ostenta posición dominante en el mercado. Un factor determinante es la parte del mercado que la empresa controla. Pero también incide la propiedad de una tecnología avanzada, la reputación de una marca, la red comercial perfeccionada, la ausencia de concurrencia potencial, entre otros⁸⁸.

Como se observa, la noción de posición dominante es más amplia que la noción de monopolio, y hasta de oligopolio, si se quiere. Así que nos podemos ver tentados a asumir cierta homogeneidad entre el derecho europeo y el norteamericano. Si así nos condujera la razón, estaríamos olvidando que cada derecho califica de manera diferente a las concentraciones. Mientras la presunción absoluta de "malignidad" se atribuye a los monopolios en los Estados Unidos, el derecho europeo no condena las posiciones dominantes en sí mismas, sino el abuso de éstas⁸⁹. En este derecho la presunción no existe, la o las empresas dominantes tendrán que producir uno de los acuerdos enumerados por el art. 85 §1 (antes citado) para que pueda ser puesta en causa. De lo contrario puede actuar con cierta libertad. También se han considerado como prácticas abusivas la negativa de venta, los precios discriminatorios, los precios predatorios, la adquisición de una licencia exclusiva para impedir a un competidor entrar al mercado, la realización de una concentración⁹⁰.

87 Sentencia Hoffman-Laroche del 13 de febrero de 1979, BAUER, o. c., p. 21.

88 Sentencias Hoffman-Laroche y United Brands, antes citadas.

89 El procedimiento de notificación de fusiones es revelador de este aspecto. Mientras en el derecho de los Estados Unidos es obligatorio notificar *ex ante*, a fin de autorizar la fusión en cuestión, en Europa la notificación previa es facultativa, y los interesados solamente la harán cuando deseen prevalecerse de algunas de las exenciones (art. 4, n. 1, Reglamento No. 17 del Consejo, año 1962).

90 Las concentraciones económicas están sometidas a vigilancia conforme al Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo, modificado por el Reglamento (CE) No. 1310/97 del Consejo.

LA APUESTA DOMINICANA

Vale la pena señalar que el ejercicio del control de las operaciones de concentración durante el año 1997, en el marco de la política de competencia de la Comunidad Europea revela que "El número y la variedad de las operaciones (...) dan fe de la aceleración a lo largo de este año del movimiento de integración de la economía en el seno de la Unión Europea (...). No obstante sólo una operación se declaró finalmente incompatible (asunto *Blokker/Toys "R" Us*)"⁹¹.

Asimismo existe diferencia en relación con los monopolios públicos o legales en virtud de concesiones exclusivas otorgadas por los Estados miembros del Tratado de Roma⁹². Si bien el art. 90 §1 del Tratado dispone que dichos monopolios están sujetos a los artículos 85 y 86, su aplicación efectiva se considera relativamente reciente, pues no fue sino hasta 1991 que la Corte de Justicia ha utilizado este artículo como instrumento poderoso susceptible de limitar el poder que tienen los Estados miembros de regular un sector a través de la concesión de derechos exclusivos⁹³.

Estos monopolios en Europa abarcaban notablemente el área de los servicios públicos, lo que explica por qué la Corte dilató tanto en hacer efectiva su aplicación, dadas las implicaciones sociales y sobre todo políticas. Este es un buen ejemplo del corolario de que se necesita una infraestructura (desregulación, apertura, privatización) para desarrollar las regulaciones de competencia. Incluso, la excepción que introduce el §2 del mismo artículo, referida a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, es de aplicación rara, y la Comisión no la ha aceptado como una derogación más que en la sentencia *Corbeau* de 1993⁹⁴.

91 Boletín Políticas de Competencia de la Comunidad Europea, 1997, p. 51.

92 CARMONA, Ramón, *Régimen de los monopolios legales en el Tratado CE y Situación Actual*, Boletín Latinoamericano de la Competencia, Unión Europea, No. 3, Bruselas, 1998, pp. 121 y 122.

93 Sentencias *Francia vs. Comisión* del 19 de marzo de 1991, *Hoffner y Elser vs. Macroton GmbH* del 23 de abril de 1991, en BAUER, o. c., p. 24.

94 Sentencia *Corbeau vs. Régie des Postes* del 19 de mayo de 1993, en BAUER, o. c., p. 24.

4.2 Posible impacto de una política de competencia en República Dominicana

En esta sección pretendemos evidenciar que el impacto de una ley de competencia en el ambiente de negocios actual de la República Dominicana, no necesariamente resulta beneficioso y compatible con las políticas de promoción de inversiones y de comercio exterior del país.

Como ya avanzamos al inicio de este artículo, la República Dominicana, al igual que otros países de economías estatizadas, inició en 1990 un proceso de reformas tendentes a dotarla de una economía fundamentada en las leyes del mercado. Al inicio, las demandas de reforma incluían fundamentalmente temas puramente económicos (como recaudaciones fiscales) y, entre éstos, sólo algunos de impacto inmediato fueron reformados.

Entre 1992 y 1996 la reforma sufrió un proceso de desaceleración, debido sobre todo, a la primacía del debate sobre seguridad política. Como es natural, no existiendo garantías mínimas de sostenibilidad de la democracia⁹⁵ poco podía discutirse sobre la conveniencia de adoptar el modelo económico de libre mercado.

También se hizo urgente el debate sobre la reforma judicial. El sistema jurídico-judicial dominicano, está cimentado sobre bases endebles, que permitían y permiten la ocurrencia de toda clase de atropellos a los ciudadanos, sin ninguna respuesta verdaderamente eficiente por parte de la justicia.

Esta ineficiencia transformó el cuerpo legal en un código puramente formal, que coexiste con el código real, según el cual

95 Cada 4 años el proceso electoral en República Dominicana era un trauma que al final condujo a la reforma constitucional de 1994. En 1996 se celebraron por primera vez unas elecciones no cuestionables, y se produjeron resultados rápidos y plenamente confiables, lo que devolvió prioridad a la agenda económica.

cada quien procura "resolver" sus asuntos por sus propios medios. Esta cohabitación ha generado un clima de inseguridad jurídica que socava lo que constituye el pilar del contrato social dominicano⁹⁶.

Esa debilidad del sistema legal eleva los costos de las transacciones. Por ende las partes buscarán fórmulas más eficientes de hacer negocios, procurando reducir el riesgo jurídico⁹⁷. Entre esas fórmulas se encuentran cláusulas que garanticen la autoejecución de los convenios. Las partes contratantes harán el negocio reduciendo al mínimo las posibilidades de conflicto, que el sistema jurídico-judicial es incapaz de resolver con eficiencia y efectividad, y por tanto el riesgo, medible por el nivel de incertidumbre en la transacción, también se reduce. La repercusión en los costos de la transacción será notable.

Es interesante destacar que Rodríguez y Coate sustentan la tesis de que esos convenios autoejecutables podrían colisionar con una política de competencia aplicada con excesiva fidelidad, desincentivando así el flujo de inversiones hacia el país en cuestión.

Por tanto, una República Dominicana, en medio de reformas económicas, con una rigurosa política de competencia incluida, además promoviendo inversiones, con un débil estado de derecho, podría paralizarse, en lo que se refiere a su desarrollo económico.

¿Cómo extrapolar la exposición de motivos del juez Hand en el paradigmático caso ALCOA de la jurisprudencia de los Estados Unidos, cuando se expresa como sigue: "Hemos estado ha-

96 El trabajo de transformación se inició con la reforma constitucional de 1994 y el nombramiento de la Suprema Corte de Justicia dominicana en 1997.

97 Esta es la tesis sustentada por Douglas NORTH, Premio Nóbel de economía. Para ampliar sobre esto ver RODRÍGUEZ, A. E. y COATE, M.B., "Limits to Antitrust Policy for Reforming Economies", *Houston Journal of International Law*, Vol. 18, No. 2, Invierno 1996, pp. 312 ss.

blando de las razones económicas que llevan a prohibir el monopolio; pero, como ya hemos sugerido, existen otras basadas en la creencia de que las grandes concentraciones industriales son propiamente indeseables, independientemente de sus resultados económicos”⁹⁸. Peor aún, ¿cabría siquiera hacer el planteamiento en República Dominicana? La respuesta no parece sencilla. No debe serlo.

Si agregamos al panorama descrito, el hecho de que la administración de la política de competencia se realizará en un ambiente de “minusvalidez” jurídica, la incertidumbre se acerca a límites imponderables. Este no es un clima propicio para invertir.

Una política de competencia *enfocada* promueve la inversión proporcionando reglas claras sobre lo que constituye una conducta competitiva, inspirando confianza y estabilidad al clima de negocios. Sin embargo, “la política de competencia difícilmente permanece enfocada”⁹⁹. Por tanto es posible que una aplicación “*extremadamente estrecha* de políticas de competencia puede ser óptimo para los primeros tramos del desarrollo de un país”¹⁰⁰.

“La adopción de una política de competencia requiere tiempo, un cambio cultural e inversión [del gobierno] en instituciones adecuadas”¹⁰¹.

Existen dos posiciones extremas que deberían ser evitadas por la República Dominicana, y por cualquier país en desarrollo, al adoptar política de competencia:

- hacerla tan lenta que los cambios no ocurran; en este caso la desregulación y la privatización que se llevan a cabo no producirán los efectos deseados;

98 CABANELLAS, Guillermo, o. c., p. 36.

99 RODRÍGUEZ, A. E., o. c., p. 315.

100 RODRÍGUEZ, A. E., o. c., p. 317.

101 OLIVEIRA, Gesner, o. c., p. 21.

- hacerla tan rápida que no se ponderen las peculiaridades del mercado nacional y particularmente las necesidades presupuestarias; esta circunstancia elevaría costos en vez de ayudar al mercado¹⁰².

Por ello vale la pena considerar para la República Dominicana una adopción *progresiva* de la política de competencia. Esta es la propuesta que desarrollaremos en la próxima sección a manera de conclusión.

5. LA APUESTA DOMINICANA: CONCLUSIONES

La República Dominicana tiene que avanzar en la agenda de reformas estructurales. Los sectores productivos lo requieren para continuar su avance hacia un mercado más competitivo.

No es suficiente con desregular y privatizar. Los hechos recientes son elocuentes. Hacen falta reglas claras para invertir y de eso trata la política de competencia.

La integración paulatina y progresiva de la República Dominicana a las áreas de libre comercio de la región pone en agenda el tema de la competencia, aunque sólo sea como principio declaratorio de intención.

Los requerimientos a nivel multilateral serán muchos, pues los estados miembros de la OMC han declarado que la política de competencia tiene relación con el comercio, lo que significó un primer paso hacia el establecimiento de los principios básicos que regirán la política de competencia a nivel mundial. Las negociaciones se inician en el 2003. Este es un tema igualmente importante en las negociaciones del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

102 OLIVEIRA, Gesner. o. c., p. 21.

Entre tanto la República Dominicana va construyendo su política de competencia, al menos en los sectores de servicios públicos, las telecomunicaciones y la electricidad. Este avance, aunque apenas es sectorial, podría considerarse como señal positiva de la posible implicación empresarial en una nueva cultura. Las empresas dominicanas comienzan a entender que las reglas del juego cambiaron. Las anteriores de incentivos fiscales y protección arancelaria y cambiaria, que propiciaron su crecimiento, están en proceso de desmantelamiento y desaparición definitiva. La cooperación internacional ya se realiza sobre bases recíprocas.

Tarde o temprano habrá ley de competencia. Ojalá no demasiado tarde. Para una correcta puesta en marcha de una política de competencia no hay recetas fáciles ni mágicas. La República Dominicana puede sin embargo, aprovecharse de la experiencia de algunos países, sobre todo de América Latina, para no cometer los mismos errores.

Por todo lo antes expuesto nos parece atinado sugerir la estrategia que propone G. Oliveira¹⁰³ de CADE (Brasil) de avanzar por etapas, inspirado a su vez en las ideas de Khemani y Dutz del Banco Mundial. Naturalmente, se trata de un modelo, y el propio Oliveira reconoce que hasta la fecha no conoce país alguno que haya implementado lo que él denomina "cronograma para la adopción de política de competencia".

En resumen, se trata de comenzar con acciones que propendan a beneficiar el mercado. En esta primera fase la ley debe procurar la defensa de la competencia y la represión de los acuerdos horizontales. El órgano regulador que se cree deberá procurar asistencia técnica para entrenarse y el gobierno tendrá que invertir seriamente en ello.

Cuando la agencia en cuestión ya sea suficientemente fuerte

103 OLIVEIRA, Gesner. o. c., p. 21.

LA APUESTA DOMINICANA

como para reconocer y actuar sobre los detentadores del poder de mercado, una segunda reforma debe producirse en la ley para permitir el control de fusiones y la represión de los acuerdos verticales.

En una tercera fase, el órgano encargado de administrar la política de competencia procurará colaborar con otros organismos del Estado que regulan actividades económicas específicas.

En la fase cuarta se trata ya de la "madurez institucional" del sistema alrededor de la política de competencia, cuando se puede ya ser defensor proactivo de la misma.

La experiencia en Latinoamérica (Brasil, Perú, Venezuela) revela que las metas iniciales de la política de competencia deben ser modestas y evitar la represión y penalización de conductas, procurando sobre todo que los agentes económicos se ajusten a las nuevas reglas.

Para la República Dominicana, la confiabilidad y celeridad de los procesos es crucial, como para otras economías en transición. De lo contrario, el efecto de la puesta en vigor de la política será perverso sobre los costos de las transacciones. Además, son requisito para la supervivencia de las normas que la sustenten. En este sentido, para la República Dominicana es imprescindible la creación de un organismo independiente y altamente técnico para administrar la política. Dependiendo de las jurisdicciones judiciales o administrativas existentes sería desastroso para la puesta en marcha efectiva de una política de competencia.

La consolidación de una normativa en defensa de la competencia sólo será posible si hay voluntad política, traducida necesariamente en importantes inversiones presupuestarias.

Además, un primer acercamiento normativo en la República Dominicana deberá concentrarse en los elementos principales

de una defensa de la política de competencia y evitar el control de fusiones que no es esencial durante el período de transición¹⁰⁴.

Por tanto, entendemos que procurar la observancia de las reglas respecto de los acuerdos prohibidos otorga mayor seguridad jurídica a los inversionistas, al tiempo que defiende el ambiente procompetitivo, que es el propósito último de este tipo de reglas. Y si fuera absolutamente necesario referirse a las fusiones, es preferible que se abogue por la notificación voluntaria *ex post* de las mismas, y que el órgano regulador se encargue de observar la actuación de esos negocios en el mercado, de la manera en que se estuvo haciendo hasta hace poco tiempo en Europa.

Conocemos algunos de los argumentos en contra que podrían surgir contra esta recomendación, como los que se derivan de la experiencia europea. La Comisión argumenta para justificar su reglamento de 1989 sobre control de fusiones, que el control posterior de las fusiones en la práctica les resultó más costoso y menos practicable¹⁰⁵.

Para responder nos remitimos primero a la diferencia entre las realidades dominicana y europea, segundo al hecho de que Europa prefirió mantener el sistema de notificación *ex post* y voluntaria hasta hace muy poco tiempo, pero sobre todo a la teoría de Khemani, Dutz y Oliveira, sobre la conveniencia de las fases, que acabamos de exponer resumidamente, y por último al trabajo ya citado de Rodríguez y Coate, relativo a las limitantes de esta política en economías en transición.

Las razones para que la República Dominicana adopte una

104 Para ampliar sobre este punto véase RODRÍGUEZ, A. E., *The Role of Merger Policy in Recently Liberalized Economies*, Center for Trade & Commercial Diplomacy, Monterrey Institute of International Studies, 1996.

105 *Boletín "Relaciones con la Comisión"*, Comisión Europea, Bruselas/Luxemburgo, 1997, pp. 7 ss.

LA APUESTA DOMINICANA

política de competencia tienen que ver con su posible contribución a elevar los niveles de competitividad de las empresas; no debe constituirse en un obstáculo más.

De mantener esta idea como norte, además del fin último de toda política de competencia, que debe ser procurar el bienestar progresivo de los consumidores, se garantiza coherencia interna de la misma, en relación con los principios económicos de una economía social de mercado y con el mandato de la Constitución Dominicana. Esa es la apuesta.