

TERCER FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA  
MADRID, ESPAÑA. 19-20 DE JULIO 2005

**Tratamiento del Control de Fusiones en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia de la República Dominicana: Consideraciones institucionales<sup>1</sup>.**

En los últimos 7 años en la República Dominicana se ha venido discutiendo la necesidad de adoptar normas que regulen los mercados. Procesos de privatización, desregulación, apertura económica e incremento de la inversión extranjera directa han puesto de manifiesto la incapacidad de los códigos civiles y comerciales del siglo XIX para resolver los abusos de dominio y las prácticas desleales o restrictivas del comercio.

En 1999 se depositó en el Congreso Nacional el Código de Ordenamiento del Mercado compuesto de siete libros que abarcaban la protección de la propiedad industrial, derechos de autor, prácticas desleales del comercio, protección al consumidor, defensa de la competencia, procedimientos y la creación de un órgano regulador capaz de administrar con independencia y eficiencia ese conjunto de normas.

El debate que suscitó la pieza en torno a las amplias competencias del ente regulador<sup>2</sup>, dio al traste con el Código, mientras que sus diferentes libros se convirtieron en leyes independientes cada una con una administración distinta, aunque la gran mayoría adscritas al Ministerio de Industria y Comercio. Restan pendientes de aprobación los libros –ahora leyes- de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

Sobre este último, que ocupa la atención de este documento de discusión, el debate surgió precisamente alrededor del tema de control de fusiones.

El control de fusiones en la República Dominicana

Muchos de los argumentos en contra de un control/ autorización previa de fusiones que presenta el documento de referencia fueron los esgrimidos por economistas y empresarios dominicanos.

El tamaño de la economía dominicana, la concentración natural de los mercados y la necesidad de buscar mayores eficiencias de cara a la competencia extranjera fueron consideraciones convincentes para posponer la aprobación de la pieza.

---

<sup>1</sup> Preparado por Elka Scheker, Consejo Nacional de Competitividad.

<sup>2</sup> Se tomó como modelo el INDECOPI de Perú

Además, la enorme diferencia en cuanto al nivel de desarrollo industrial e institucional entre los países que servían de modelo de la legislación –Estados Unidos y la Unión Europea- favoreció el argumento de que las reglas de competencia son útiles en países con un sector privado e industrial altamente desarrollado y competitivo, y no para países débiles que necesitaban más de la protección contra las empresas del exterior que inundaban nuestros mercados. Esta línea de razonamiento permitió que se aprobara primero el libro/ley de prácticas desleales del comercio exterior que aborda las salvaguardas y medidas compensatorias en casos de dumping y subsidios.

Es oportuno advertir que la República Dominicana cuenta con leyes sectoriales que abordan el tema de competencia en sectores regulados y en todas ellas hay previsiones sobre la fusión en las que se obliga a las empresas a obtener la autorización previa del ente regulador so pena de nulidad de las transacciones. La autorización previa existe para las fusiones en el área de telecomunicaciones, electricidad, banca, seguros y valores.

Estas leyes sectoriales fueron promulgadas entre los años 1998-2002, lo que significa que si bien la ley de competencia como norma de carácter general no fue adoptada, los debates que inició su discusión sirvieron para poner de manifiesto la importancia de ordenar los mercados y de facultar a la Administración para intervenir a fin de asegurar la competencia en mercados estratégicos como los citados.

Actualmente, la propuesta de 1999 sobre Defensa de la Competencia se ha visto afectada por la evolución misma de esta dinámica materia. Los argumentos a favor de las eficiencias, la proliferación de reglamentos que matizan la aplicación de la ley e introducen acuerdos exceptuables y la incorporación cada vez más pronunciada de criterios de razonabilidad económica en el análisis de las fusiones, han producido un desplazamiento de la jurisprudencia hacia un menor empeño en sancionar *a priori* las actuaciones empresariales tendentes a consolidar o ampliar posiciones de dominio.

En este sentido, la República Dominicana ha visto la oportunidad de generar un ambiente propicio para reintroducir una legislación en materia de competencia, esta vez sin contemplar la autorización previa de fusiones e incorporando funciones de abogacía de la competencia.

#### Características del Proyecto:

El nuevo anteproyecto se redactó a mediados del 2004. Las elecciones presidenciales y una crisis económica que devaluó la moneda en un 50%, restaron visibilidad al proyecto. En mayo del 2005, fue reintroducido por la vía del Senado. En resumen, el proyecto:

1. Prohíbe las prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos expresos o tácitos, y los sanciona con la nulidad de pleno derecho;
2. Prohíbe el abuso de posición dominante;
3. Califica las conductas restrictivas permitiendo excepciones cuando de estas se derive una eficiencia económica, inversión productiva, innovación o sea producto de una habilitación legal. No se sanciona obtener una posición dominante o su incremento;

4. Prohíbe la conducta de competencia desleal;
5. Establece criterios para determinar si una empresa tiene posición de dominio;
6. Instituye la promoción de la cultura de la competencia como función de la autoridad y le faculta para revisar actos jurídicos estatales contrarios al orden público económico;
7. Establece un modelo de autoridad reguladora con miembros designados por el Congreso y por el Poder Ejecutivo, con patrimonio propio y autonomía técnica y administrativa.
8. Dispone un procedimiento de aplicación de la ley que aclara las competencias de los órganos administrativos y judiciales en el proceso.

Este Anteproyecto de Defensa de la Competencia, actualmente en fase de estudio por la Comisión de Industria y Comercio del Senado de la República, es una propuesta novedosa en tanto reconoce las particularidades de la evolución de los mercados en América Latina y concentra esfuerzos en promover la simplificación de trámites y eliminar barreras de entrada y salida de los mercados.

En nuestros países, los mercados han sido profundamente intervenidos y alterados por la ingerencia del Estado que en muchos casos ha impedido la competencia, relegando al sector privado a la operación de sectores poco rentables en los que a su vez necesitan del Estado para que le otorgue subsidios.

El reto de la autoridad pro-competencia en América Latina pasa por su capacidad de desarrollar Políticas Públicas de Competencia, a fin de plasmar en la sociedad el conjunto de valores y principios de la libre y leal competencia.

#### Algunas consideraciones institucionales:

En los momentos actuales existe un amplio consenso sobre la necesidad de aprobar la ley de defensa de la competencia. El contenido reformado de la propuesta de 1999, elimina el debate sobre el control de fusiones. Sin embargo, la flexibilidad de la pieza – a tono con la evolución de la materia que obliga a analizar caso por caso- ha puesto de relieve la verdadera naturaleza del problema: Con quien cuenta la administración pública para llevar a cabo las complejas funciones que consigna la ley? Una vez capacitado un contingente de profesionales para de manera técnica, sopesada y eficiente administre la ley y sus procedimientos, quien garantiza su permanencia en funciones?

La administración pública dominicana no cuenta con una verdadera carrera administrativa. Cada cuatro años con el cambio de gobierno, cambia en más de un 50% la composición de los servidores públicos, abarcando no sólo los puestos de dirección sino los cargos técnicos y personal de apoyo.

Los órganos ‘independientes’ que consignan algunas leyes especiales en las que se dispone la permanencia del incumbente en su cargo por un tiempo determinado o su designación sujeta a la preparación de ternas calificadas o concursos, han sido en la práctica intervenidas por la política.

No cabe duda de que las leyes sobre competencia son de muy compleja administración; el órgano regulador debe tener un presupuesto adecuado para apertrecharse de buenos técnicos, solicitar estudios especializados y conducir los análisis de industria o mercado requeridos. El órgano también ha de enfrentar empresas con poderío económico y recursos mayores para defender sus posiciones pero también para influenciar política o económicamente las decisiones.

Un foro enfocado a la experiencia de América Latina y el Caribe en Políticas de Competencia debe reconocer y abordar estos temas, sobre todo en momentos en que un contingente significativo de países de la región se inicia en la adopción de leyes de competencia. La ley puede correr el riesgo de quedarse en un pedazo de papel si no se dirigen recursos y esfuerzos para la creación de una institucionalidad capaz de administrarla.

Por encontrarlo de relevancia transcribo la siguiente cita del trabajo de Claudia Curiel:

*“Las condiciones económicas concretas de cada país deberán tenerse en cuenta, en particular en lo que respecta al grado de desarrollo económico, al tamaño de la economía, al peso respectivo del sector público y del sector privado y a la orientación y composición del comercio exterior. Estos elementos tienen una incidencia importante en el costo de los ajustes y, por ende, en **el tipo de objetivos específicos que, de manera realista, tratarán de adoptar las agencias de competencia.***

*La redefinición del papel del Estado constituye un elemento crucial de la reorganización económica que deberá tener lugar. El Estado habrá de realizar la tarea de garante de reglas de juego claras y transparentes y de supervisor de conductas que podrían eventualmente restringir, o que de hecho restringen, el buen funcionamiento de los mecanismos de competencia. Dentro de ese marco general, **las oficinas de competencia habrán de jugar un papel determinante, lo que requiere a su vez el logro de los siguientes objetivos: i) autonomía de las agencias, que deberán contar con un apoyo político adecuado; ii) instauración de modelos de abogacía de la competencia que permitan la remoción de las barreras a la entrada y a la operación de los mercados; iii) elaboración de mecanismos de observación (monitoring) de los mercados; iv) fortalecimiento de los organismos jurisdiccionales; v) promoción del intercambio de experiencias entre agencias de competencia; vi) reconocimiento y apoyo del papel de los actores privados; y vii) participación de las agencias de competencia en los procesos de privatización.**”* (las negritas son mías).

---

<sup>3</sup> Claudia Curiel Leidenz. DISEÑO DE UN MODELO DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA EN EL CONTEXTO DE LA IMPLANTACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA. Trabajo preparado para la Sección de Derecho y Política de Competencia y de Protección al Consumidor. UNCTAD, 1996