

# ***El Control de Fusiones y Adquisiciones en República Dominicana y su Relación con la Libre Competencia y Protección del Consumidor***



**Por: Enmanuel Montás Santana**

---

## **I. Punto de partida.**

El proceso de eficientización empresarial en cuanto al mejoramiento de los canales de producción y distribución, la calidad de servicio al cliente, junto con la apertura de mercados que se ha desarrollado con la realización de tratados comerciales multilaterales como el GATT, NAFTA y MERCOSUR, así como la puesta en vigencia de tratados bilaterales de libre comercio, ha hecho que los entes comerciales que tienen cierta incidencia económica en casi todos los rincones del planeta busquen nuevas alternativas que les permitan mejorar la calidad de sus productos o servicios para así poder enfrentar los retos de mercados más sofisticados y exigentes. Entre esas alternativas encontramos la realización de fusiones y adquisiciones de empresas como mecanismo de unificación de estructuras para obtener las ventajas de una economía de escala, también para acceder a nuevos mercados y tecnologías y como mecanismo de sinergia empresarial.

La República Dominicana no ha quedado ajena a todo este proceso, y vemos como en los últimos años la realización de fusiones y adquisiciones ha aumentado significativamente; sin embargo, y a diferencia de otros países, nosotros no tenemos una legislación sobre control de fusiones y adquisiciones lo que podría vulnerar los principios de libre competencia y de protección al consumidor que deben primar en todo mercado.

## **II. Las Fusiones y Adquisiciones: Aspectos conceptuales.**

2.1 **Fusiones:** De manera general ha sido tradicionalmente definida como “la reunión de dos o más compañías independientes en una sola”.<sup>1</sup> Se trata de una concentración económica, la que es definida en el artículo 2.2 del proyecto de Código de Ordenamiento de Mercado de la República

---

<sup>1</sup> Antonio Tellado hijo, Las Sociedades Comerciales en la República Dominicana. Editora La Edición CxA, Ciudad Trujillo, 1939.

Dominicana como “la fusión, adquisición del control o cualquier otro acto en virtud del cual se concentren las empresas, o proyecto de fusión de una o más empresas anteriormente independientes, o a la adquisición del control directo o indirecto - por una o más personas o por una o más empresas - de la totalidad o de parte de una o más empresas. El control se obtiene mediante la compra, transferencia o por cualquier otro medio, de la totalidad o de una parte del capital social o de los activos.” Como vemos esta definición cubre cualquier tipo de combinación de capitales entre empresas, sin importar la forma que tome, ya sea mediante una fusión o mediante la adquisición de sus acciones o de sus activos o para la formación de una entidad nueva.

En ese orden, se ha considerado que existen dos tipos de fusiones: 1) La fusión por absorción y 2) La fusión para la creación de una sociedad nueva. La fusión por absorción es una operación por medio de la cual firmas que por lo general tienen tamaños o volúmenes operacionales relativamente similares *colocan sus intereses en una sola firma. La firma sobreviviente es la dueña de los bienes y asume las deudas y otras responsabilidades que previamente eran propiedad o eran debidas por las firmas separadas*<sup>2</sup>. La fusión para la creación de una sociedad nueva o consolidación, consiste en la “fusión de sociedades mediante la creación de una nueva persona jurídica que las absorbe”<sup>3</sup> asumiendo esta sociedad nueva los derechos y obligaciones de las empresas que se han fusionado.

2.2 **Adquisiciones:** Por su parte, las adquisiciones son otras alternativas de combinación de grupos empresariales que nos permiten tener efectos similares mediante métodos distintos; básicamente son de dos tipos: a) Adquisición de Acciones y b) Adquisición de Bienes. La Adquisición de Acciones es una operación por la cual una empresa compra las acciones de otra empresa ya sea a cambio de dinero, acciones, bienes, Etc. La Adquisición de Bienes es aquella transacción mediante la cual una empresa adquiere los bienes que le interesan de otra empresa, por lo general a cambio de dinero, o de títulos de deuda o de capital de la empresa adquiriente, entre otros.

Sin pretender profundizar mucho en este aspecto, la adquisición de acciones tiene como *plus* que da absoluto control de la compañía adquirida con las subsiguientes ventajas que ésto implica, aunque acarrea también la asunción de las obligaciones presentes y pasadas de la compañía. La adquisición de los bienes por lo general no implica adquisición de las obligaciones de la empresa que vende dichos bienes, aunque en países como los Estados Unidos ha habido una tendencia jurisprudencial que considera que los compradores de los bienes son civilmente responsables cuando han adquirido substancialmente todos los bienes de la empresa vendedora<sup>4</sup> y cuando ésta, alegadamente, ha causado un daño a uno o varios consumidores en el ejercicio de sus operaciones. Otras consideraciones importantes son aquellas de origen fiscal, por lo que hay que analizar cuál es el impacto impositivo de cada operación en específico.

### **III. Las Fusiones y Adquisiciones: efectos en el mercado relevante.**

El propósito de las fusiones es el de aumentar la participación en el mercado para así obtener mayores ganancias. En principio esto no suena mal puesto que la idea de toda persona de negocios es la de incrementar el margen de beneficios de sus empresas, pero en materia de libre competencia el punto de vista es diferente puesto que implica la unión de entidades comerciales que antes eran competidoras entre sí y que ahora actúan como una sola, disminuyendo el poder de elección del consumidor. Las fusiones aumentan la fortaleza de los grupos empresariales envueltos puesto que pueden combinar sus estrategias para facilitar su acceso a distintos

---

<sup>2</sup> Dale A. Oesterle, *The Law of Mergers and Acquisitions*, página 2. American Casebook series, West Group, 2002.

<sup>3</sup> Guillermo Cabanellas & Eleanor C. Hoague, *Diccionario Jurídico*, Editorial Heliasta, 2001.

<sup>4</sup> Ver a William Klein & John Coffee, Jr., *Business Organization and Finance*, página 207. The Foundation Press, 1993.

mercados, mejorar la calidad de los productos o del servicio y su distribución, reducir la nómina salarial y por supuesto reducen los costos operacionales, lo que debe conllevar a una reducción gradual de los precios.

Como vemos hay grandes ventajas que se derivan de las fusiones, pero el problema mayor se presenta en aquellos casos en los cuales el mercado del producto o servicio en cuestión está muy concentrado o cerrado, o lo que es lo mismo, hay pocos participantes y/o la posibilidad de acceder a dicho mercado está muy limitada. En los Estados Unidos la forma como se mide la concentración del mercado es mediante el índice HHI (Herfindahl-Hirshman Index) utilizado por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio (FTC por sus siglas en inglés) y mediante el cual se eleva al cuadrado la porción del mercado perteneciente a cada uno de los competidores y al final se suman; si el resultado de esto (HHI) es menor a 1000, el mercado no está concentrado; si el HHI está entre 1000 y 1800 el mercado está moderadamente concentrado y si el HHI está por encima de 1800 está sumamente concentrado. Lógicamente el resultado del HHI es muy importante, aunque no decisivo, al momento de aprobarse o no una fusión.

Si tomamos como ejemplo el de las tres únicas empresas fabricantes de vehículos en un determinado territorio y las llamamos A, B y C, en la que A tiene un 50% del mercado, B un 30% y C un 20%, al momento de calcularle el HHI tendríamos que hacer la siguiente operación:

A: 50%; B: 30% y C: 20%; entonces tendríamos:  $(50)^2 + (30)^2 + (20)^2 = 2500 + 900 + 400 = 3800$ . Aunque este es un ejemplo simplista, vemos que el mercado está sumamente concentrado y una fusión, tomando en cuenta la escala HHI, sería más difícil de permitir. Ahora bien, por qué impedir una fusión o una adquisición desde el punto de vista de la libre competencia? El foco de consideración debe ser el poder de mercado que adquiere la empresa de que se trate. Una empresa con poder de mercado es aquella que tiene el poder *de subir los precios o de excluir la competencia*<sup>5</sup>, o en otras palabras, es aquella que tiene control sobre los precios de un producto o servicio dentro del mercado relevante y que podría actuar abusando de su posición dominante dada la poca capacidad substitutiva que tiene el consumidor con relación a esos productos o servicios.

Podemos apreciar entonces que las fusiones y adquisiciones aumentan la participación en el mercado de la empresa adquiriente o de la empresa a ser creada, por lo que debe tenerse en cuenta los potenciales efectos anticompetitivos que dicha operación podría acarrear. Entre esos efectos podemos mencionar aumento de los precios, ya que la competencia se ha reducido, así como también la reducción en la calidad, el servicio y la innovación puesto que al haber menos competidores hay menos incentivos para conservar a una clientela que de todas formas le pertenece a la empresa con posición dominante. Otro punto muy interesante a tomar en cuenta es el establecido en la sección 5 de la Guía de Fusiones del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos<sup>6</sup> y que hace referencia a la posibilidad de éxito que tenga la fusión ya que si ésta fracasa los bienes y servicios podrían salir del mercado afectando sensiblemente a los consumidores.

Sin embargo, y como ya mencionamos al principio, las fusiones y adquisiciones también pueden tener efectos positivos que lleven a una mejor oferta del producto o servicio de que se trate, derivada de la optimización empresarial que se puede obtener de este tipo de transacciones.

---

<sup>5</sup> Esta es la definición jurisprudencial de poder de mercado dada por las cortes de los Estados Unidos. Ver *United States v. E.I. duPont*.

<sup>6</sup> Ver a Milton Handler, Robert Pitofsky, Harvey J. Goldshmid & Diane P. Wood, *Trade Regulation*, página 873, University Casebook Series, 1997.

#### **IV. Legislación pertinente en la República Dominicana.**

La República Dominicana no cuenta con un texto específico que regule de manera general y detallada lo relativo al control de fusiones y adquisiciones; sin embargo, tenemos algunas leyes que tocan este punto directa o indirectamente. Entre estos textos tenemos a) la Ley 125-01 de Electricidad; b) la Ley 153-98 sobre Telecomunicaciones; c) la Ley Monetaria y Financiera No. 183-02; d) la Ley 146-02 sobre Seguros y Fianzas; y e) el Código Tributario (Ley 11-92).

##### **4.1 Ley General de Electricidad No. 125-01**

La Ley General de Electricidad No. 125-01 es la que viene a regir, junto con su Reglamento de Aplicación, el mercado energético de la República Dominicana. El texto capital para el tema que nos ocupa es el artículo 11, párrafo II de la ley 125-01, así como los artículos 11 y 12 del Reglamento; en efecto, el párrafo II del artículo 11 de la ley establece en su primera parte el rol de la Superintendencia de Electricidad (SIE) al decir lo siguiente:

“Así mismo, cualquier agente del mercado podrá hacer denuncias de vinculación entre las empresas del sistema para lo cual deberá aportar a la SIE, al momento de formular la denuncia, los documentos que fundamenten la misma. La SIE procederá a dar inicio a la investigación correspondiente en un plazo no mayor de treinta (30) días laborables contados a partir de la recepción de la denuncia. Dentro de esta investigación la SIE abrirá un proceso en el cual solicitará a las partes involucradas toda la documentación que estime necesaria para su edificación y valoración de la denuncia de que se trata; debiendo resolver respecto de la misma en un plazo no mayor de noventa (90) días laborables.”

El Reglamento nos da una definición de lo que consideran empresas vinculadas al establecer en su artículo 11 que se considerará empresa vinculada “a cualquier empresa subsidiaria, afiliada, controlante o relacionada con respecto a otra empresa o de algún accionista o accionistas mayoritario (s) vinculado (s) a ésta última”. Inmediatamente el Reglamento define lo que son las empresas controlantes, las subsidiarias, las afiliadas y las relacionadas<sup>7</sup>.

Más adelante el párrafo I del referido artículo 11 del Reglamento se refiere a los mecanismos de control que tendrá la Superintendencia de Electricidad para determinar quiénes son los accionistas de las empresas eléctricas, mientras que el párrafo II se refiere fundamentalmente a la facultad otorgada a esta entidad para que resuelva los casos de vinculación de empresas que pudiesen presentarse y posteriormente le da un poder sancionador en caso de que la vinculación de hecho exista. Independientemente de la rigidez que parecen presentar la Ley y el Reglamento en cuanto a los casos de vinculación, es el párrafo II del artículo 12 del Reglamento el que más nos interesa a los fines de este trabajo y cuyo contenido es el siguiente:

“Así mismo, la SIE, antes de proceder a autorizar transferencias de concesiones de generación, fusiones o ventas de acciones que involucren empresas de generación,

---

<sup>7</sup> Estas son las definiciones que provee el Reglamento en ese sentido: **Empresa Controlante:** es cualquier empresa que tenga “la posibilidad de controlar, mediante los votos en las asambleas o en el control de la dirección, a otras empresas, sea por su participación mayoritaria directa o indirectamente, mediante el control de una o más empresas cuya tenencia accionaria sumada corresponda a la mayoría de la misma; o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo de una empresa o de sus activos”. **Empresa Subsidiaria:** “una empresa es subsidiaria respecto a otra u otras, cuando ésta última tiene control de la primera”. **Empresa Afiliada:** “una empresa es afiliada con respecto a otra u otras, cuando todas se encuentran bajo un control común”. **Empresas Relacionadas:** las empresas son relacionadas “cuando tienen vasos comunicantes a través de accionistas que representen un diez por ciento (10%) o más del capital suscrito y pagado de cualquiera de las empresas o representan en calidad de directores en grupos económicos con estas características de tenencia accionaria”.

deberá investigar si las Peticionarias por sí mismas o a través de empresas vinculadas son propietarias de centrales de generación cuya capacidad total represente, a su criterio, un porcentaje significativo de la demanda máxima del SENI, que, de acuerdo a criterios establecidos reglamentariamente por el CNE, constituya una amenaza para la competencia y la libre concurrencia en el MEM".<sup>8</sup>

Vemos entonces que la SIE tiene que constatar el impacto que en el mercado tendrá la venta, transferencia o fusión entre las empresas eléctricas antes de aprobar cualquiera de estas transacciones. El celo de la ley y del Reglamento<sup>9</sup> en este aspecto es comprensible ya que es un mercado que requiere que sus participantes tengan un capital económico y conocimiento técnico que garantice no solamente su ingreso, sino además su mantenimiento en el mercado eléctrico y por eso vemos que el párrafo II del artículo 12 hace especial hincapié en la transferencia de las concesiones. La concesión, que puede ser definitiva o provisional<sup>10</sup>, probablemente es el bien intangible más importante que puede tener cualquier tipo de Empresa Eléctrica en la República Dominicana, puesto que constituye la autorización oficial para realizar los trabajos y estudios que deben culminar en la instalación y explotación de la empresa.

Si las concesiones pudieran ser libremente transferidas, entonces no tendría sentido supervigilar las fusiones y adquisiciones de empresas eléctricas y el propósito de saber quiénes son los participantes del mercado se iría también por la borda. La ley y el Reglamento han tenido esto muy en cuenta porque había consciencia del negocio que para algunos podría ser conseguir una Concesión, de cualquier tipo, para luego venderla al mejor postor. Lo dicho anteriormente se refuerza más cuando vemos que el artículo 57 de la Ley establece que "[s]in previa autorización de La Superintendencia no se podrán transferir las concesiones del servicio público de distribución o parte de ellas. Tampoco las de generación." El artículo 82 del Reglamento trata este mismo punto también.

Continuando con el artículo 12, párrafo II del Reglamento, vemos que este articulado le da amplios poderes a la CNE para determinar si la vinculación de empresas podría afectar la libre concurrencia en el mercado eléctrico mayorista y es por eso que hay que insistir en el rol que esta institución está llamada a jugar en ese sentido; esto así porque la Ley y el Reglamento parten de la premisa de que la vinculación económica entre empresas es dañina para el mercado cuando en

---

<sup>8</sup> La **SIE** es la Superintendencia de Electricidad; el **SENI** es el Sistema Eléctrico Nacional Interconectado, que según la definición que nos proporciona el Reglamento es el "[c]onjunto de instalaciones de unidades eléctricas generadoras, líneas de transmisión, subestaciones eléctricas y líneas de distribución interconectadas entre sí, que permite generar, transportar y distribuir electricidad..."; El **CNE** es la Comisión Nacional de Energía creada por la Ley 125-01; por su parte el **MEM** es el mercado eléctrico mayorista, que es definido en el Reglamento como aquel "en el cual interactúan las Empresas Eléctricas de Generación, Transmisión y Distribución y Comercialización, así como los Usuarios No Regulados, comprando, vendiendo y transportando electricidad. Comprende el Mercado de Contratos y el mercado spot"; el **Mercado de Contratos** es aquel que abarca la compra y venta de electricidad sobre la base de precios libremente pactados por las partes, mientras que el **Mercado Spot**, de conformidad con el Reglamento es "el mercado de transacciones de compra y venta de electricidad de corto plazo no basado en contratos a término cuyas transacciones económicas se realizan al Costo Marginal de Corto Plazo de Energía y al Costo Marginal de Potencia".

<sup>9</sup> El artículo 11 del Reglamento también es digno de mencionar ya que establece lo siguiente: "De conformidad con lo establecido en el párrafo II del artículo 11 de la Ley, se prohíbe la vinculación entre empresas de generación y distribución, excepto la previsión del párrafo I del artículo once (11) de la Ley." El párrafo 1 del artículo 11 establece que las empresas distribuidoras de electricidad no podrán ser propietarias directa o indirectamente de empresas generadoras de electricidad que representen el 15% de la demanda del sector eléctrico interconectado.

<sup>10</sup>La Ley define las Concesiones de la siguiente forma: **Concesión Definitiva**: es la "autorización del Poder ejecutivo que otorga al interesado el derecho a construir y explotar obras eléctricas, de acuerdo a la presente ley o cualquier otra ley en la materia". **Concesión Provisional**: es la "[r]esolución administrativa de La Superintendencia que otorga la facultad de ingresar a terrenos públicos o privados para realizar estudios y prospecciones relacionadas con obras eléctricas". Lógicamente que la primera concesión a ser obtenida es la Provisional y es la autorización que da el SIE para realizar todos los estudios correspondientes, especialmente los de impacto ambiental, los geológicos o cualquier otro que sea necesario; la Definitiva es otorgada por el Presidente de la República previa recomendación de la Comisión Nacional de Energía, y constituye la autorización para iniciar los trabajos de construcción y explotación de la empresa eléctrica.

realidad será dañina en la medida en que las autoridades competentes les permitan la realización de prácticas anticoncurrenciales.

Es por eso que entendemos que no se debe asumir que la vinculación económica empresarial es dañina *per se*, sino que por el contrario, debe analizarse cada caso en particular porque los beneficios que pueden resultar de los conglomerados económicos pueden ser sumamente ventajosos para nuestro país siempre y cuando se mantenga una estricta supervisión sobre las prácticas comerciales de los agentes del mercado y se ejerza un poder sancionador sobre éstos cuando sea necesario basándose en la Ley 125-01, su Reglamento de Aplicación y en el artículo 1382 del Código Civil.<sup>11</sup>

Podemos decir entonces que la Ley 125-01 y su Reglamento de Aplicación probablemente constituyen el texto más amplio de la República Dominicana en materia de control de fusiones y adquisiciones. La combinación de ambos nos da un marco legal sumamente celoso en ese sentido, pero al final, y a nuestro entender, el párrafo II, artículo 12 del Reglamento otorga gran poder discrecional a la Comisión Nacional de Energía en lo relativo a la aprobación o negación de fusiones y/o adquisiciones en el mercado eléctrico, lo que constituye una válvula de escape que permitiría la realización de dichas transacciones siempre y cuando la libre y leal competencia no se vea comprometida.

#### **4.2 Ley General de Telecomunicaciones No. 153-98**

La Ley 153-98 constituye de conformidad con su artículo 2 “el marco regulatorio básico que se ha de aplicar en todo el territorio nacional, para regular la instalación, mantenimiento y operación de redes, la prestación de servicios y la provisión de equipos de telecomunicaciones”. Esta ley es uno de los textos legales más modernos con que cuenta la República Dominicana y dedica su artículo 28 a las posibles transferencias en el derecho de uso o propiedad de las concesiones o licencias otorgadas por el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL), a los proveedores de servicios telecomunicacionales.

En efecto, el artículo 28.1 de la citada Ley establece lo siguiente:

“La transferencia, cesión, arrendamiento u otorgamiento de derecho de uso de cualquier título y la constitución de gravamen sobre concesiones o licencias deberán llevarse a cabo, bajo pena de caducidad, previa autorización del órgano regulador, el que no podrá denegarlos sin causa justificada. El adquirente, que deberá reunir los requisitos exigidos al otorgante, quedará sometido a las mismas obligaciones del concesionario o licenciatario.”

Este artículo hace referencia a la autorización que es requerida del INDOTEL en caso de que se vaya a realizar cualquier tipo de disposición sobre los títulos que forman parte del capital social. La finalidad de esto es la de mantener en manos de personas con suficiente solvencia financiera, tecnológica y moral el control de las empresas de telecomunicaciones; es por eso que la parte final del artículo 28.1 establece que el adquirente tendrá que cumplir con todos los requisitos del cedente y en consecuencia estará sometido a las mismas obligaciones de éste.

---

<sup>11</sup> Artículo 1382 del Código Civil: “Cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa sucedió a repararlo”. Ya que en nuestro país no existe un texto de aplicación general en materia de libre competencia y competencia desleal, el texto base para incoar cualquier demanda en esta área debe ser el artículo 1382 dado lo amplio que resulta su texto. Por otro lado un conglomerado económico puede llegar a tener una posición dominante, lo cual no tiene mayor importancia siempre y cuando no haya un abuso de dicha posición.

El artículo 28.2 establece que “[e]n las situaciones previstas en el párrafo anterior, la venta o cesión de acciones o participaciones sociales que implique la pérdida, por parte del vendedor o cedente, del control social o de la posibilidad de formar la voluntad social, requerirá la autorización del órgano regulador.” Esta sección se refiere fundamentalmente a la pérdida efectiva del control del vendedor en la entidad. En este sentido, Cambio de Control puede ser “(1) la venta de todos, o substancialmente todos los bienes del vendedor, (2) una fusión o consolidación en la cual el vendedor no es entidad sobreviviente, o (3) la adquisición por cualquier persona o entidad de las acciones del vendedor que representen al menos el 50% de las acciones con poder de voto en la elección de directores<sup>12</sup>.

El artículo 28.3 se refiere al poder que tiene el INDOTEL de no autorizar aquellas transferencias en las que el concesionario no haya cumplido con el plan mínimo de expansión<sup>13</sup> previsto en su contrato de concesión o cuando se presenten ciertas condiciones que hagan a la concesión susceptible de revocación, o cuando el concesionario no hubiese cumplido con sus obligaciones fiscales, de cancelación de derechos o de pago de los cargos por incumplimiento. El objetivo principal aquí es de no facilitar la transferencia de los títulos que representen la participación de sus miembros en la entidad, siempre y cuando dicha entidad no haya cumplido con las condiciones establecidas en el contrato de concesión, o cuando el concesionario no haya cumplido con ciertas obligaciones financieras.

Finalmente el artículo 28.4 viene a prohibir “la venta o cesión de acciones o participaciones sociales que implique la pérdida, por parte del vendedor o cedente, del control social o de la posibilidad de formar la voluntad social” cuando se presenten las situaciones previstas en el artículo 28.3. En otras palabras, se prohíbe la pérdida de control de la entidad, a diferencia del artículo 28.2 que solamente limita la cesión de control a la formalidad de cumplir con la autorización del organismo regulador.

En definitiva, vemos que la Ley 153-98 crea un mecanismo que de manera general limita la libertad de las personas en la adquisición y/o fusión de empresas de telecomunicaciones y los motivos de dicho control parecen estar enfocados a los puntos relativos a las consecuencias de dichas transacciones con relación a la libre competencia, así como también en el interés estatal de saber quienes tienen control sobre las empresas que participan en el mercado de las telecomunicaciones.<sup>14</sup> Aunque no se trata de manera detallada el control de fusiones y adquisiciones para evitar efectos perniciosos a la competencia, esto es algo que se deriva de los conceptos de competencia efectiva, competencia leal, discriminación, posición dominante y prácticas desleales contemplados en el artículo primero de la ley<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Ver Oesterle, página 194. En definitiva, el cambio de control se refiere a la modificación de las personas que efectivamente dirigen y controlan la forma de hacer negocios que tiene la empresa en cuestión. Es un asunto de hecho que se manifiesta en los porcentajes de participación que tienen los miembros en la toma de decisiones de la entidad, de conformidad con su normativa interna y con la legislación aplicable.

<sup>13</sup>En la ley el plan mínimo de expansión es definido como “el programa de instalaciones y ampliaciones de servicios y sistemas que una operadora autorizada para la prestación del servicio de telecomunicaciones se ha comprometido a cumplir, con el objeto de alcanzar las metas y objetivos convenidos en su contrato de concesión durante un periodo determinado.

<sup>14</sup> El artículo 28 se refiere a las transferencias de las acciones o participaciones sociales pero no hace mención a las posibles consecuencias de dichas transferencias en la concentración del mercado. Sin embargo, el artículo 8 se refiere a las prácticas restrictivas a la competencia y el artículo 105 (a) califica como falta muy grave la realización de prácticas anticompetitivas.

<sup>15</sup> De estas definiciones las que más nos interesan son las de **Discriminación**, práctica que la Ley define como un trato desigual a situaciones equivalentes y la de **Posición Dominante**, definida como “aquella condición en la que se encuentra una prestadora de servicios de telecomunicaciones que posee facilidades únicas o cuya duplicación sea antieconómica; o la condición en que se encuentran aquellas prestadoras de servicios que tengan una situación monopólica en el mercado de un determinado servicio o producto de telecomunicaciones, suficientemente importante como para permitirles imponer su voluntad por falta de alternativa dentro del mercado de dicho producto o servicio, o cuando, sin ser la única prestadora de dicho producto o servicio, los mismos no son susceptibles de prestarse en un ambiente de competencia efectiva”. Ambas definiciones son importantes porque parecen un tanto rígidas; en el caso de la discriminación porque hay situaciones en

Dadas esas definiciones, tenemos que admitir que el legislador sí se propuso, además de preocuparse por conocer a las personas o entidades controladoras de empresas de telecomunicaciones, evitar cualquier tipo de práctica anticoncurrencial independientemente de la forma que tome, o de las causas que influyan en ella, lo que queda demostrado por el interés que la Ley demuestra sobre este tema durante gran parte su articulado, así como también en virtud del poder reglamentario del INDOTEL en este tenor.<sup>16</sup>

#### **4.3 Ley Monetaria y Financiera No. 183-02**

Esta Ley es la que regula el sistema monetario y financiero de la República Dominicana; fue promulgada el 21 de noviembre del 2002 y contiene una cantidad significativa de secciones que ocupan el asunto relativo al control de fusiones y adquisiciones.

La primera provisión de importancia es la establecida en el artículo 35 (a) referente a la "Autorización Previa". Esta sección establece en su parte competente lo que se transcribe a continuación:

"También es obligatorio obtener la correspondiente autorización previa de la Junta Monetaria, en los casos de fusión, absorción, conversión de un tipo de entidad a otra, segregación, escisión, venta de acciones de otras entidades que representen un porcentaje mayor o igual al treinta por ciento (30%) del capital pagado, traspasos de la totalidad o parte sustancial de los activos y pasivos, así como apertura de sucursales y agencias de bancos locales en el extranjero y oficinas de representación de entidades financieras extranjeras en el territorio nacional. En cada caso se requerirá la opinión previa de la Superintendencia de Bancos."

Esta sección es bastante amplia y obliga a las entidades de intermediación financiera<sup>17</sup> a solicitar una consulta a la Superintendencia de Bancos antes de realizar cualquiera de las transacciones referidas y luego de esto obtener la autorización de la Junta Monetaria. La razón de tanto control es debido a la delicada naturaleza de las actividades realizadas por las entidades de intermediación financiera y el rol que juegan en la estabilidad económica del país.

En ese orden, las autoridades quieren saber cuales serán las consecuencias de estas operaciones en el mercado y como podrían incidir en los clientes de las entidades envueltas. En el caso de fusiones y adquisiciones, tenemos varios escenarios: a) que se trate de una fusión de una entidad de intermediación financiera en otra, con lo cual la absorbente tendrá que asumir los activos y pasivos de la absorbida; b) que haya una fusión entre iguales o consolidación, operación en la cual se crea una entidad nueva; c) que se trate de una adquisición "sustancial" de los activos de una entidad y d) que se trate de una adquisición "no sustancial" de los activos, operación que implica una transferencia poco significativa de los bienes de una empresa determinada.

---

las que debe permitirse, por ejemplo, en el caso de variaciones considerables en los gastos de elaboración y distribución del bien o servicio en diferentes regiones geográficas; en el caso de la posición dominante, como habíamos mencionado anteriormente, porque lo que se castiga es el abuso de la misma, no la posición dominante en sí.

<sup>16</sup> Un trabajo muy interesante sobre Libre Competencia y la Ley 153-98 es el publicado por Angélica Noboa en la Gaceta Judicial, ediciones Nos. 171 y 173 titulado *Política Reglamentaria del INDOTEL de promoción a la competencia*.

<sup>17</sup> Del artículo 34 de la Ley se desprende que las entidades de intermediación financiera son los Bancos Múltiples y Entidades de Crédito (Ver artículo 40), Bancos de Ahorro y Crédito (Artículo 42 de la Ley), Corporaciones de Crédito (Artículo 43) así como las Asociaciones de Ahorros y Préstamos y Cooperativas de Ahorro y Crédito cuando realicen actividades de intermediación financiera (Ver parte capital del artículo 35 en lo relativo al régimen jurídico aplicable a Asociaciones de Ahorros y Préstamos y Cooperativas de Ahorro y Crédito).

En la sección II de este trabajo tratamos las dos primeras posibilidades, y un poco de las dos últimas, pero la palabra "*sustancial*" utilizada en la ley nos obliga a hacer énfasis sobre el punto de las adquisiciones. Primero que todo, qué es sustancial? La ley nos da un posible parámetro en la primera parte del párrafo final del artículo 39 al establecer que "[c]ompete a la Junta Monetaria autorizar lo indicado en el numeral 1) del presente artículo cuando dicha adquisición supere el treinta (30%) del capital pagado de la entidad de que se trate"<sup>18</sup>. El inconveniente con este artículo es que está dentro de la sección relativa a la participación de la inversión extranjera en las actividades de intermediación financiera, es decir que no está del todo claro si aplica a las adquisiciones por parte de personas físicas o morales dominicanas.

Sin embargo, el artículo 44, relativo a las Operaciones Sometidas a Autorización Previa, establece en su sección (a) que se necesita de la autorización de la Superintendencia para "[v]ender cartera de crédito y bienes cuyo valor supere el diez por ciento (10%) del capital pagado de la entidad de que se trate, excluyendo los bienes recibidos en recuperación de créditos y las inversiones en valores". Podríamos afirmar entonces que esta parte del artículo 44 considera como venta sustancial de los activos de una empresa de intermediación financiera la venta de un 10% de su cartera de crédito y bienes.

En Estados Unidos se ha tratado bajo el concepto de la venta de *todos o sustancialmente todos* los bienes de la empresa; en efecto, se ha considerado que *si venta de los bienes es cuantitativamente vital a la operación de la corporación si está fuera de lo ordinario y afecta sustancialmente la existencia y propósito de la corporación.*"<sup>19</sup> Se ha sostenido además, que en operaciones que representen al menos el 25% del total de los bienes o ingresos de la compañía, se entenderá que hay venta de *todos o sustancialmente todos* los bienes, con las consecuencias que de ahí se pueden derivar.<sup>20</sup>

Por otro lado, el artículo 38 (e) relativo a Participaciones Significativas, establece su parte correspondiente que "[l]a adquisición de acciones representativas de más de un tres por ciento (3%) del capital pagado, o la realización de operaciones que directa o indirectamente determinen el control de más de un tres por ciento (3%) del capital pagado de los Bancos Múltiples y las Entidades de Crédito deberán ser comunicadas a la Superintendencia de Bancos". Esta es una forma de la Superintendencia saber qué personas tienen participaciones considerables en el capital de los Bancos Múltiples y las Entidades de Crédito, pero es preciso notar que se trata solamente de una comunicación y no de una solicitud de autorización para llevar a cabo la transferencia accionaria.

Otro artículo importante es el 68 (a) (2) referente a las infracciones muy graves, al considerar como tales las operaciones "de fusión, absorción, conversión, escisión y segregación que afecten a entidades de intermediación financiera, sin contar con la autorización de la Junta Monetaria". Es importante resaltar que las infracciones "muy graves" según el artículo 70 (a) (1) de la ley dan lugar a sanciones de hasta 10 millones de pesos o revocación de la autorización para actuar en el mercado financiero nacional. Este monto parece un tanto absurdo ya que las sumas involucradas son muy superiores al de la infracción y por lo tanto no hay un freno económico que limite la comisión de dichas actuaciones ilegales; en otras palabras, el monto que resulta de la multa es incomparable a los beneficios que pueden obtenerse de la realización de la transacción no autorizada. En ese sentido es importante ponderar "si la corporación siempre debe obedecer a la ley o sólo cuando los costos esperados del castigo superen a las ganancias esperadas de la

---

<sup>18</sup> El numeral 1 se refiere a la compra de acciones de Bancos Múltiples y Entidades de Crédito existentes por parte de bancos y otras entidades financieras, así como por personas físicas.

<sup>19</sup> Caso *Gimbel v. Signal Companies, Inc.* Citado por Oesterle, página 33.

<sup>20</sup> En Estados Unidos la consecuencia más importante es que los accionistas de la compañía cuyos activos están siendo vendidos tendrán derecho a votar en la transacción, lo que podría no ocurrir en caso de que el valor de los bienes envueltos no alcance el 25% del valor de los bienes o ingresos de la compañía; todo esto implica por supuesto un proceso de valoración que hay que dar a dichos bienes.

violación. Si los costos esperados del castigo se fijan a un nivel eficiente, la cuestión se contesta por sí sola: la corporación violará la ley sólo cuando sea eficiente hacerlo”.<sup>21</sup>

De todas formas este texto de ley no parece preocuparse mucho por los efectos anticompetitivos que podrían derivarse de una fusión o adquisición, sino que parece estar más interesado en la protección del mercado financiero dominicano en general.

#### **4.4 Ley de Seguros y Fianzas No. 146-02**

Esta legislación es la que regula el funcionamiento de los seguros y fianzas en la República Dominicana. Uno de sus propósitos fundamentales fue el de actualizar nuestro país en este importante campo de la economía nacional, ya que nuestra legislación anterior de la materia, la ley 126 de 1971, no estaba a la altura de estos tiempos.

Respecto al tema que nos ocupa, el primer artículo a destacar de la Ley 146-02 es el 36, que establece en su parte competente lo siguiente:

“Los aseguradores, reaseguradores, intermediarios y los ajustadores organizados de acuerdo con las leyes de la República Dominicana deberán solicitar a la Superintendencia la autorización para realizar cualquier suscripción o transferencia de acciones. A los fines remitirá el nombre, la nacionalidad, la cédula personal de identidad y electoral, registro nacional de contribuyentes y la dirección de cada uno de los solicitantes, conjuntamente con la solicitud de autorización, indicando la cantidad y el valor de las acciones que se desea suscribir o transferir.”

Esta sección se refiere a las adquisiciones de acciones de compañías aseguradoras o reaseguradoras ya existentes, y su finalidad es saber quién o quiénes son sus nuevos accionistas. Al igual que el sector bancario, este es un sector muy sensible y las autoridades desean saber, en este caso la Superintendencia de Seguros, quienes son los que manejan el negocio. En ese mismo orden el artículo 38 establece tajantemente que “[n]inguna transferencia o suscripción de acciones por parte de nuevos accionistas de los aseguradores, reaseguradores, intermediarios y los ajustadores organizados de acuerdo con las leyes de la República Dominicana, tendrá validez si no hubiere sido aprobada de antemano por la Superintendencia, previa identificación de las partes, por los medios que haya establecido dicho organismo”.

Más adelante, el artículo 168 dice que todo “asegurador o reasegurador podrá transferir total o parcialmente sus negocios a otro asegurador o reasegurador, respectivamente, mediante la cesión de su cartera, siempre que éste haya sido previamente autorizado por la Superintendencia para operar en el ramo o ramos de seguros que corresponda y siempre que obtengan la autorización de la Superintendencia” y previo cumplimiento de algunos requisitos creados en la misma Ley. Éste artículo se refiere más bien a una adquisición de los activos de una empresa por parte de otra como estrategia para entrar o afianzar su posición en el mercado de seguros o reaseguros dominicano. Como vemos, también se requiere de la autorización de la Superintendencia al igual que la venta de acciones referida en el artículo 38 de la ley, porque a fin de cuentas lo que importa es el resultado final, no la forma como se efectúe la operación.

Otro artículo importante es el 174, relativo a la fusión de compañías, que establece que “[l]os aseguradores y reaseguradores podrán fusionarse entre sí, previa autorización de la Superintendencia”. Las razones de la autorización previa de la Superintendencia ya las hemos visto antes, pero la pena es que el propósito de los controles de fusiones y adquisiciones en

---

<sup>21</sup> Richard Posner, El Análisis económico del derecho. Página 399. Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

materia de seguros sigue siendo el mismo que la mayoría de las otras legislaciones que hemos visto: el de saber quiénes son los responsables del negocio en cuestión, pero nunca el de controlar el impacto que una fusión o adquisición puede tener para la libre competencia y los consumidores.

#### **4.5 Código Tributario de la República Dominicana (Ley 11-92)**

La Ley 11-92, que rige el marco impositivo general de nuestro país, toca lo relativo a las transferencias de las acciones o reorganizaciones empresariales en su artículo 323. Este artículo establece lo siguiente:

“Art. 323.- Cuando se reorganizan sociedades y en general empresas de cualquier naturaleza, los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto de esta ley y los derechos y obligaciones fiscales correspondientes a los sujetos que se reorganizan, serán trasladados a las entidades continuadoras. En todo caso, la reorganización deberá efectuarse conforme a las normas que establezca el Reglamento, y el traslado de los derechos y obligaciones fiscales quedará supeditado a la aprobación previa de la Administración.

Se entiende por reorganización:

- a) La fusión de empresas, preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas.
- b) La escisión o división de una empresa en otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera.
- c) Las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un conjunto económico.

Además de este artículo el Reglamento para la aplicación del Código Tributario establece en sus artículos 93, 94 y 95 respectivamente, un concepto más ampliado del término de reorganización de sociedades, de lo relativo a la aprobación de la administración tributaria de estas operaciones y del procedimiento de disolución que debe seguirse de conformidad con lo establecido en el Código de Comercio en el caso de las “absorciones o de refundiciones”. Como vemos, en caso de que una empresa vaya a fusionarse en otra o que haya una transferencia de una entidad a otra, siempre que éstas constituyan un conjunto económico<sup>22</sup>, se va a necesitar la autorización de Dirección General de Impuestos Internos.

El objetivo de esta sección del Código Tributario tampoco parece ser el de controlar los efectos del control de una persona física o moral en el mercado relevante, sino más bien el de mantener la supervisión sobre las partes involucradas y para así saber, en el caso de las fusiones principalmente, la nueva entidad que recibe las obligaciones tributarias y si ésta se encuentra en capacidad de cumplirlas.

#### **V. Conclusiones.**

Hemos visto que nuestro país no está totalmente ajeno, desde el punto de vista legislativo, al control de las fusiones y adquisiciones, pero como ya hemos señalado, la impresión que resulta de la mayor parte de las leyes que hemos revisado en cuanto a este tema es que la preocupación del legislador fue la de mantener una estrecha supervisión sobre las personas que controlan los sectores que por diversas razones merecen mayor vigilancia estatal; es decir, el objetivo en la

---

<sup>22</sup> El artículo 292 del Código Tributario hace referencia al término conjunto económico refiriéndose a un grupo de empresas que se encuentran controladas o financiadas por las mismas personas, y que dichas empresas tengan operaciones conexas.

mayor parte de los casos no fue, a nuestro entender, la protección del consumidor y de la libre competencia, sino más bien la protección general de esos importantes sectores de la economía nacional.

En otras palabras, lo que se da a entender es que la intención nunca fue limitar o incentivar las fusiones y/o adquisiciones sobre la base de los posibles beneficios o perjuicios que conllevan; hasta cierto punto esto tiene sentido porque sería un absurdo pretender que cada una de las legislaciones analizadas tenga una extensa sección dedicada a la protección de la libre competencia. De hecho, entendemos que los pocos textos legales dominicanos que tratan el tema de la libre competencia y/o la competencia desleal, tienen el propósito de llenar el hueco legislativo general que padecemos en esa área del derecho para así proteger el mercado de que se trate aunque sea mínimamente. La respuesta es entonces, la aprobación de un texto legal completo que tenga aplicación general, salvo cualquier caso que de manera excepcional pueda estar exento a dicha normativa. La importancia de la aprobación de un texto de esa naturaleza es imperativa por diversas razones<sup>23</sup>, sobre todo si consideramos el desorden que existe en nuestros mercados.

Otros retos de importancia son la realización del tratado de libre comercio entre la República Dominicana y los Estados Unidos, así como la evolución del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Esto así porque nuestro mercado quedará paulatinamente libre de barreras a la entrada de productos y servicios de alta calidad que podrían sustituir a aquellos de origen nacional que no se encuentren en condiciones de competir. El problema se agravaría aún más si no hay textos legales que impidan detalladamente la realización de ciertas prácticas anticompetitivas que algunas empresas podrían verse tentadas a realizar en perjuicio de los consumidores.

Por lo anteriormente expuesto, vemos la importancia que tiene tomar conciencia y responsabilidad, sobre todo nuestros legisladores, de lo importante que es para la República Dominicana la aprobación de textos legales que cubran de manera integral lo relativo al control de fusiones y adquisiciones (y a la protección de la libre competencia y del consumidor de manera general), ya que sin menoscabar la importancia que éstas tienen en el mundo de los negocios actual, no es menos cierto que en algunas ocasiones sus consecuencias son funestas para los consumidores por el poder de mercado adquirido por determinadas empresas y más aún en estos tiempos de apertura y liberalización comercial.

---

<sup>23</sup> Entre esas razones tenemos: Límites a las prácticas abusivas que puedan realizar los oferentes de productos o servicios, lo que implicaría mayor protección a los consumidores, incentivo a un régimen de justa competencia entre los que colocan sus productos y servicios en el mercado, mayor seguridad de inversión y ajustamiento a los acuerdos internacionales que tratan la materia.