

HERMENÉUTICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA (TEORÍA ESENCIAL, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA NACIONALES)¹

ANGÉLICA NOBOA PAGAN ©

Para JULIANA SANTOS PINHEIRO Y
ANA LUIZA AZEVEDO DE MELLO

“En modo relativo, los derechos, libertades y garantías de la constitución salvaguardan y protegen el *núcleo esencial* de estos derechos fundamentales, contra toda restricción, entendido ese núcleo esencial como *su último reducto de defensa*.

La cuestión reside en determinar el contenido de un estándar mínimo de existencia de un derecho económico, que permita su supervivencia. En esa perspectiva, la función del estado social, a través de la Constitución y su legislación adjetiva, sería de rendimiento mínimo garantizado, siempre que ellas constituyan, el estándar mínimo para la función de cualquier derecho” (énfasis nuestro).

J.J. GÓMES CANOTILHO
Derecho constitucional

1 Editora Judicial, taller práctico *Derecho de la competencia*, Santo Domingo, sábado 29 de abril de 2004.

RESUMEN

El derecho de la competencia en República Dominicana ha sido desarrollado legalmente desde hace más de un siglo. No obstante, hasta la década de los noventa no tuvo gran aplicación práctica ni doctrinaria.

El presente artículo busca hacer una aplicación de las reglas de la hermenéutica al derecho de la competencia. Para ello, la autora comienza por exponer algunos aspectos de su teoría esencial. A continuación, hace referencia al contenido y alcance del derecho de la competencia en República Dominicana. Finalmente, se escogen algunas nociones básicas de la materia que han sido tratadas por la jurisprudencia, a fin de comprender su sentido con el auxilio de distintos métodos hermenéuticos.

Palabras clave: derecho de la competencia, hermenéutica, interpretación de normas sobre competencia, República Dominicana.

ABSTRACT

Competition law in Dominican Republic has been developing legally for over a century. However, it was only until the nineties that it found practical relevance.

The objective of this article is to apply hermeneutic rules to Competition Law. In order to achieve this, the author begins by explaining some of the aspects of fundamental theory on Competition Law. After this, some specific references are made regarding the content and scope of Competition Law in Dominican Republic. Finally, seeking to explain their interpretation, the article ends by pointing out some basic concepts on the matter studied by judges in their decisions.

Keywords: competition law; hermeneutic; competition rules interpretation; Dominican Republic.

Sumario

Introducción

Plan

Teoría esencial

Estadio constitucionalista del derecho de la competencia

Concepción jeffersoniana del derecho de la competencia

Su impacto en la legislación norteamericana

Concepción de la regulación a partir de los postulados de matriz rousseauiana

Su impacto en el sistema romanogermánico

Estadio positivista

The antitrust question

Escuela de Chicago

El impacto de la escuela de Chicago a nivel mundial

Escuela de Friburgo

El impacto de la escuela de Friburgo en Europa y Latinoamérica

¿Estadio sostenibilista o posmodernista?

Normativa

Casos concretos en aplicación de conceptos del derecho de la competencia en República Dominicana y reglas de la hermenéutica

1. Sobre el ejercicio legal de la libre empresa y el principio de finalidad del Estado
2. Sobre libre empresa y facultad de policía administrativa en sectores regulados
3. Sobre el interés público y el derecho al libre acceso a redes y servicios (colorario de la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones)
4. Práctica restrictiva a la competencia o ilícito concurrencial
5. Competencia efectiva

Conclusión

INTRODUCCIÓN

La causa eficiente del tardío desarrollo del *derecho de la competencia* (en lo adelante “DCOM”) en la República Dominicana no ha sido la carencia de previsión legal. Si el conjunto de actividades que protege el *principio de libre iniciativa* contenido en el inciso 12, artículo 8 de la Constitución², es interpretado a través del cualquier método hermenéutico, exceptuando el método literal, es decir, el método histórico, el método sistemático o el lógico o teleológico, habría que concluir que el DCOM se encuentra tutelado en el territorio que ocupa el país desde 1812, casi ininterrumpidamente³.

El problema se encuentra entre una doctrina indiferente y una labor jurisprudencial precaria. Antes de los años noventa del recién pasado siglo, son muy pocos los juristas dominicanos que legaron criterios sobre su teoría y favorecieron la perspectiva de una legislación adjetiva. Hasta la fecha, de las investigaciones realizadas por la autora de estas líneas sobre la doctrina y el debate público en la materia, únicamente hemos encontrado referencias en los trabajos sobre derecho constitucional de EUGENIO MARÍA DE HOSTOS en el siglo XIX; y en el siglo XX, la tesis universitaria de GERMÁN EMILIO ORNES, titulada “El monopolio y su situación legal en la R.D.” escrita en los años cuarenta. También son destacables los ensayos publicados por LUIS HEREDIA BONETTI y LUIS JULIÁN PÉREZ, en la revista *FORUM*; es meritorio destacar que en sus artículos en dicha publicación, que datan de los

2 El comercio, la industria y la empresa.

3 Año de la promulgación de “La Pepa” o Constitución de la monarquía española que declaró el fomento a libre empresa en la entonces provincia de Santo Domingo Oriental, actual República Dominicana. A la Pepa, siguieron las constituciones de Haití español (1821), el régimen de la Constitución haitiana (1822-1844), y las versiones de las distintas épocas republicanas dominicanas. En términos formales, sólo en los periodos de la España boba, la anexión a España y la dos ocupaciones norteamericanas, hubo una suspensión del régimen constitucional que consagraba la libre iniciativa (libre empresa, trabajo, industria, comercio, prohibición de monopolios, etc.). Conviene aclarar que la Constitución haitiana incluía ciertas disposiciones restrictivas a la propiedad, a la población dominicana (*véanse* obras de derecho constitucional de JULIO GENARO CAMPILLO PÉREZ, ARTURO PEÑA BATTLE).

años ochenta, ambos abogados destacan la importancia aplicar al proceso de privatización lo establecido en la Carta Magna, sobre la libertad de empresa⁴.

En cuanto a las decisiones judiciales, relativas al mencionado derecho fundamental, antes del *boom latinoamericano* del DCOM en los años noventa, hasta el momento, sólo hemos identificado un número muy reducido de decisiones judiciales nacionales.

Sin bien, la teoría general del DCOM, en un primer impulso⁵, es originaria del sistema de derecho anglosajón, ésta migra con bastante facilidad a los ordenamientos del sistema romanogermánico. Esa fluidez se debe a que el DCOM constituye, en las sociedades organizadas, la *dimensión conflictual*, del *núcleo esencial del derecho a la libre empresa, comercio e industria*, (en lo adelante “DLECI”) prerrogativa fundamental, común a ambas familias jurídicas, a partir del constitucionalismo moderno.

Sin el primero, el segundo no disfrutaría del mínimo estándar razonable de supervivencia y aplicación colectiva, en las sociedades impactadas por la industrialización⁶. Por tanto, en la República Dominicana, hasta la aparición una legislación adjetiva general como el pretendido *anteproyecto de Código de Ordenamiento de Mercado* (en adelante “ACOM”), que garantice un rendimiento mínimo al DLECI, en la prevención y corrección de conflictos, su estándar mínimo serán las disposiciones de la Constitución, así como ciertas leyes adjetivas sectoriales que han organizado determinados criterios de aplicación del DCOM.

4 *FORUM* 28, “Posibilidades de privatización económica en la República Dominicana”, Amigo del Hogar, Santo Domingo, R.D. 1988 y *FORUM* 14 “Anomalías y contradicciones en la legislación económica Dominicana”, Amigo del Hogar, Santo Domingo, R.D. 1984.

5 Teoría general, entendida en el sentido moderno del DCOM o derecho antimonopolios; pues con anterioridad a la *Ley Sherman* de 1890, y al constitucionalismo en sentido moderno, la monarquía inglesa tenían ciertas previsiones discrecionales relativas a la prohibición de monopolios, en el marco del antiguo régimen.

6 Nos referimos al impacto del fenómeno, en países generadores de productos industrializados, así como en países consumidores de ellos, siendo el último de éstos el caso dominicano.

Es por esta poderosa razón, que el uso y respeto de las reglas de la hermenéutica, resultan de tremenda importancia en la interpretación de las reglas del DCOM. Todo el rigor que demanda el estudio y análisis de la ciencia jurídica debe ser aplicado al aproximarlos. Por consiguiente, es preciso evadir todo vicio ocasional en la interpretación de un derecho económico, como, por ejemplo, el recorrerlo envuelto en el ropaje del dogmatismo populista o el liberal.

No se persigue negar la posibilidad de un razonamiento dogmático del DCOM. Verificamos en el presente trabajo, que su normativa surge de uno y se ha mantenido gravitando alrededor de dicho dogma. Nos referimos al dogma revolucionario de la igualdad ante la ley. Muy por el contrario, se reivindica la riqueza provista por la construcción de una filosofía del derecho, en torno a la cual, un sistema de derecho se fortalece. Aniquilar ese valor, mediante la solución pragmática de los hechos e hipótesis que rige la ley, comporta otra categoría de vicio.

Aquello que la hermenéutica proporciona al quehacer jurídico, en el caso del DCOM o de cualquier otra disciplina de derecho, es un juego instrumental y metodológico, para operar una determinada hipótesis planteada; con la utilización de estos instrumentos de interpretación, se podrá arribar a conclusiones objetivas y ajenas de cualquier tipo de sesgo, haya o no un criterio filosófico asociable al hallazgo encontrado⁷.

Desafortunadamente estos vicios de interpretación han estado muy presentes en la aplicación del DCOM en nuestro país. Como resultado, es frecuente que en desconocimiento o en nombre de éste, se comentan graves errores de derecho en lesión de intereses ajenos protegidos por la ley; se extralimiten de facultades legislativas o administrativas; se realicen acciones temerarias, sin la debida sustanciación en los hechos de la causa; y, en el peor de los casos, se vulneren derechos

7 Pensamos que si el sistema de derecho alcanza cierto grado de sofisticación, normalmente habrá posibilidad para el quehacer filosófico. Los sistemas de derechos son una creación humana, que representan, junto a otras expresiones de la humanidad, como las ideas políticas o las religiosas, la visión o el pensamiento una época determinada de la historia abarcadora de varias generaciones y culturas. El dogma no es más una expresión reconocida en algún sistema, de un pensamiento generalizado en cierto tiempo y espacio del planeta. El criterio pragmático que niega valor alguno a todo dogma, se ha transformado en el más inflexible dogma.

fundamentales y compromisos legales internacionales, amparados en la Constitución y en los tratados.

PLAN

Para realizar una correcta aplicación de las reglas de la hermenéutica al DCOM, conviene, a modo preliminar, conocer aspectos sobre su teoría esencial. Enseguida se inventariará el contenido y alcance DCOM objetivo, formado por un conjunto de leyes y tratados actualmente en vigor. Finalmente se escogen, del cuerpo normativo, algunas nociones básicas de la materia que han sido tratadas por la jurisprudencia, a fin de comprender su sentido, con el auxilio de distintos métodos hermenéuticos.

TEORÍA ESENCIAL

A modo de introducción del tema de la teoría del DCOM, escogimos esta cita:

- (...) “*Competencia*: (jurisprudencia) igualdad de derecho hipotético y privilegiado sobre una misma cosa (...).
- *La competencia como hecho de comercio*. Esa palabra presenta la idea de varias personas que aspiran a una preferencia: por ejemplo, cuando diversos particulares se ocupan de vender un mismo producto, cada uno se esfuerza de ofrecer el mejor o más bajo precio, para obtener la preferencia del comprador. *Se considera de primera vista, que la competencia es el estímulo de la industria y principio más activo del comercio*.
- (...) *Competencia interior*: es la base principal de la libertad de comercio; por sí sola, contribuye más que ningún otro medio a procurar a una nación competencia exterior. *Todo hombre es su portador (aunque no se puede agregar, por desgracia, su poseedor), pero tiene al menos los medios para procurar su beneficio; y dicha afluencia, salario de su trabajo, le rinde enseguida agradable ocupación, es por esto que ningún vicio interior en la policía de un Estado debe trabar la industria*⁸. (Énfasis nuestro). *La enciclopedia o diccionario racionalizado de las*

8 Traducción ANP.

ciencias, las artes y los oficios, artículo 3:832, vol. 3, editada en París en 1753.

Esta tesis es:

- Un siglo y medio anterior a la adopción de Ley Antimonopolios de los Estados Unidos de 1890.
- Dos siglos más antigua que la prohibición de prácticas restrictivas a restrictivas a la competencia y el abuso de posición dominante del Tratado de Roma de los estados de Europa, suscrito en 1957.

Cabe la pregunta: ¿cuánto tiempo pasará para que entre los sectores nacionales surja un *poder equilibrante*⁹ que procure vehementemente una eficaz policía estatal de la competencia, siendo ésta el principio más activo del comercio?

Los enciclopedistas, con buen tino, distinguieron entre la competencia exterior e interior, y comprendieron la correlación de ambos, a los fines garantizar un proyecto de nación. Sostenían que:

“la competencia exterior del comercio de una nación, consiste en el poder vender en el exterior, la producción de sus tierras y su industria en tal gran cantidad, en que las otras naciones venden la suya, en proporción de su población, capital y en el entendido de la fertilidad de sus tierras. Aquel que no posee esa competencia en las proporciones que venimos de referirnos, tiene indefectiblemente un poder relativamente inseguro frente al poder de los otros (...) el balance del comercio, es el balance de poderes”¹⁰.

9 FRIEDMANN, W., en su obra *El derecho en una sociedad en transformación*, pág. 313, describe el poder equilibrador como a aquellos grupos poderosos y mejor dirigidos, que puede identificar el interés público con sus propios intereses. Otros autores como DAVID LILIENTHAL y KENNETH GALBRAITH, entienden que ese poder equilibrador es necesario para frenar el poder ilimitado que el DLECI le proporciona a las grandes empresas. (Obtenido de ANÍBAL SIERRALTA, *Introducción a la juseconomía*, Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo Editorial 1988). En los Estados Unidos el movimiento *Grange* representó el poder equilibrador que enfrentó el poder ilimitado de los *trust*, y que llevó a cabo el *lobbying* la Ley Sherman.

10 *La enciclopedia*, 1753, volumen y artículo citados.

Importa destacar que estos intelectuales apenas alcanzaron a experimentar los efectos del *maquinismo* en sus albores. No obstante, claramente anticipan y advierten el interés público y social en la vigilancia y corrección de las asimetrías en el ejercicio del DLECI, que producirían los fenómenos económicos del *industrialismo* y posteriormente por la *globalización económica*.

Echamos de menos referencia alguna a la creación de instituciones que salvaguarden la competencia, en la *Agenda propositiva de la sociedad civil* presentada a los candidatos presidenciales para las elecciones 2004, valioso documento preparado por el Foro Ciudadano y la Coalición para la transparencia y la institucionalidad (CTI); en su capítulo sobre políticas económicas, a pesar de su interés manifiesto en promover la competitividad de los sectores productivos nacionales, no es mencionado el ACOM, nuestro esperado instrumento de policía estatal sobre la competencia. Tampoco el CONEP, en su *Agenda empresarial 2004*, lo menciona.

Hallazgos como éstos, confirman el compromiso de expandir la *cultura de la competencia*. Iniciativas como la llevada a cabo por *Gaceta judicial*, en sus talleres y publicaciones, entre otros esfuerzos, ayudan a canalizar un mejor entendimiento sobre los beneficios del DCOM en la *economía social de mercado*.

Para estudiar la teoría esencial del DCOM, conviene dividirla en los distintos estadios del pensamiento humano que hemos identificado al estudiar su evolución histórica. Al abordar cada uno de ellos, nos auxiliamos de una metódica. A partir de la era moderna, identificamos 3 estadios¹¹ cronológicos, luego de vencidas las estructuras opresivas y centralistas del poder político y económico de la sociedad estamental del antiguo régimen¹². A saber:

-
- 11 El surgimiento de un estadio no implica la desaparición del anterior, sino el arribo a una escala superior en la *concepción* del DCOM.
 - 12 El antiguo régimen o *Ancien Regime* denomina al período de la historia europea comprendido entre el siglo XVI al XVIII caracterizado por la monarquía absoluta que concentraban el poder legislativo, ejecutivo y judicial y mandaba sobre el ejército y todas las instituciones del Estado. El Estado y sus súbditos no son más que una propiedad del rey. Las sociedades del antiguo régimen se caracterizaban por tener la población estancada, sometida a periódicas crisis de subsistencia.

- Estadio constitucionalista (o garantista) – Método histórico.
 - o Concepción jeffersoniana del DCOM.
 - Su impacto en la legislación norteamericana.
 - o Concepción de la regulación a partir de los postulados de matriz rousseauiana.
 - Su impacto en el sistema romanogermánico.
- Estadio positivista (o racionalista) - Método sistemático.
 - o *The antitrust question*.
 - o La escuela de Chicago.
 - Su impacto mundial.
- Un posible nuevo estadio, estadio sostenibilista (o posmodernista). Método teleológico.
 - o Escuela de Harvard.
 - o Teoría de redes.

La población estaba formada por grupos muy cerrados: *la sociedad estamental*, caracterizada por la desigualdad legal entre los grupos sociales o estamentos, a favor de los privilegiados y el clero, que poseían enormes riquezas provenientes de la renta de la tierra y gozaban de exenciones fiscales y eran juzgados por leyes distintas a las del pueblo. Otro estamento no homogéneo lo formaban comerciantes ricos y banqueros, con igual poder económico, pero sin privilegios especiales. Y, por último, los campesinos. La población campesina sostenía económicamente a los países.

La economía del antiguo régimen tenía fortísima base agraria, dirigida al autoconsumo y no a la comercialización o utilización de tecnología. En muchas zonas se utilizaban el *régimen señorial o señorios*, en los cuales los campesinos, en teoría hombres libres, debían sin embargo pagar impuestos a su señor, un noble o un clérigo, en moneda, especie y trabajo. También se encuentran en este *régimen los gremios* de las actividades artesanales, *que restringían la libertad de trabajo* [oficio o empresa] de zapateros, tejedores, alfareros, al imponer el gremio, rígidos horarios, precios, salarios, herramientas, etc. (Énfasis nuestro) [http://eos.cnice.mecd.es/bachillerato/historia/rev_industrial/antiguoregimen.htm].

ESTADIO CONSTITUCIONALISTA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Con el nacimiento esta etapa evolutiva del derecho, el DLECI es erigido como un principio fundamental en las constituciones modernas que influyeron el texto de la Constitución dominicana: la Constitución de Estados Unidos, la de Cádiz o de la monarquía española, y la francesa. De esta etapa, se pueden extraer interesantes análisis bajo el método de interpretación histórica del derecho para despejar dudas respecto de lo que calla nuestra Constitución sobre el DCOM. Es decir, a través del método histórico, sobre el origen de la disposición que consagra el DLECI, será posible o no, aplicar la *regla de la integración* para superar el silencio del texto constitucional.

La hipótesis a responder es la siguiente:

¿Admitía el constitucionalismo del siglo XVIII que consagró la norma del DLECI que ha regido hasta 2004, la integración tácita de una regla de DCOM?

Para responder, nos limitaremos a repasar algunos conceptos fundamentales que los destacados maestros de una renovada *teoría del derecho natural*¹³ del siglo de las luces brindan, a conciencia de que estos pensadores vivieron en un entorno de economía agrícola y mercantilista. Por tanto, el reclamo del derecho a competir enfrentaba circunstancias distintas a las de la actualidad.

La teoría del derecho natural inserta en los principios de leyes fundamentales del siglo de las luces, tenía como blanco: en Europa, la emancipación de los gremios profesionales y del régimen de los señoríos, y el poder omnímodo de la corona y de la Iglesia; y, en el caso de las colonias de América, como la de Santo Domingo, principalmente, la liberalización de cualquier modalidad de dominación extranjera que monopolizara el comercio ultramarino y la propiedad de la tierra.

Sin embargo, las antiguas instituciones obstaculizadoras de la libertad de iniciativa al menos comparten con las modernas prácticas restrictivas

13 En el mundo clásico de Grecia y Roma se concebía la teoría del derecho natural. No obstante, en el sentido antiguo de Derecho Natural, coexistía con instituciones discriminatorias como, por ejemplo, la esclavitud.

de la competencia un rasgo: amputaban el núcleo esencial del DLECI del cual GÓMES CANOTILHO nos informa en la contemporaneidad, en forma similar a JEFFERSON y ROUSSEAU, como veremos más adelante.

Si bien aquel fue un escenario muy distinto al de la economía globalizada de hoy, el núcleo esencial del DLECI, reclamado por los movimientos revolucionarios de entonces, recogidos en las mencionadas cartas magnas, defendían como último reducto el derecho a competir, mediante el combate a los monopolios, tanto internos como externos, a través de la estructuración de garantías legales suficientes y permanentes.

CONCEPCIÓN GEFFERSONIANA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

THOMAS JEFFERSON, es el autor del texto introductorio de la *Declaración de independencia de los Estados Unidos de 1776*, que concibió un nuevo y revolucionario criterio jurídico: “Todos los hombres han sido creados iguales”; célebre dogma reproducido y ampliado en muchas cartas magnas, así como en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*, consagrando así, mundialmente, el *Principio de igualdad de no discriminación*. El DLECI es una derivación secundaria de dicho principio.

Su pensamiento es de alto interés no sólo desde el punto de vista histórico, sino demás teleológico del DLECI. Interesa determinar si este legislador integraba al DCOM en su visión. Para fortuna de la posteridad, JEFFERSON fue un escritor prolijo y sus textos han sido cuidados con esmero en la nación que fundó. Sus ideas han sido recogidas y analizadas por las instituciones académicas de todo el mundo; las variadas ocasiones en que expresó opinión respecto de los temas de comercio, monopolio internacional e interno, son fácilmente localizables en la internet.

De manera especial, en una comunicación a JOHN MADISON, remitida desde Francia, justo en el año 1789, este líder de la *sociedad filosófica americana*, escribió:

“Me gusta la Declaración de derechos hasta el momento [refiriéndose a Declaración de independencia de EE.UU.], pero debí ir más lejos. Por ejemplo,

las siguientes alteraciones y adiciones me hubieran complacido: [...] Artículo 9. Los monopolios han sido autorizados a personas para su propia producción literaria y sus propios inventos en las artes, por un término no superior a ____ años, pero no por más tiempo *ni para ningún otro propósito*¹⁴ (énfasis nuestro).

Lo anterior constituye una significativa muestra de que, desde estos años, la cuestión del monopolio y la necesidad de proteger al máximo la competencia para garantizar un mínimo rendimiento del comercio inquietaba a este pensador, muy probablemente influenciado a la sazón por las ideas de los enciclopedistas y los eventos que atestiguaba en Francia.

Nótese además que JEFFERSON admite únicamente una excepción temporal, para estimular el desarrollo de la invención y las artes, es decir, derechos de propiedad industrial e intelectual. Por tanto, y como es claramente deducible, pensaba que un monopolio no es admisible para ningún propósito de la vida doméstica estadounidense, y debió quedar incorporado a esta pieza de sus *Estatutos de la libertad* de los Estados Unidos. ERGO entendía la importancia de la libre competencia, no sólo en las relaciones Estado a Estado (competencia exterior), sino además en las relaciones de ciudadano a ciudadano (competencia interior) y hubiera preferido elevar ese criterio a la jerarquía constitucional.

SU IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN NORTEAMERICANA

A la vuelta de un siglo de la fecha en que este pensador y presidente de los EE.UU. escribió esas líneas, los Estados Unidos dictaron una de las dos primeras leyes antimonopolios en sentido moderno de

14 Traducción ANP: “*I like the declaration of rights as far as it goes, but I should have been for going further. For instance, the following alterations and additions would have pleased me [...] Article 9. Monopolies may be allowed to persons for their own productions in literature, and their own inventions in the arts, for a term not exceeding ____ years, but for no longer term, and for no other purpose.*” <http://www.virginia.edu/>

globo¹⁵. El movimiento *Grange*, poder equilibrante que promovió la promulgación de esta ley, fundamentó su necesidad en los principios de asignación distributiva de rentas y oportunidades, atribuidas al cofundador de la nación. Proclamaban la vuelta al “sueño jeffersoniano”. Este último dato histórico, confirma la hipótesis de que la ley fundamental estadounidense, contiene un silente DCOM.

CONCEPCIÓN DE LA REGULACIÓN A PARTIR DE LOS POSTULADOS DE MATRIZ ROUSSEAUNIANA

Para introducir cualquier planteamiento sobre la constitucionalidad de derechos inalienables, como el DLECI, la obra *Del contrato social o principios de derecho político*, de JEAN JACQUES ROUSSEAU, es una pieza de consulta básica. De sus pasajes extrajimos seis postulados esenciales sobre la libertad como principio, hasta llegar al arreglo de convenciones sostenibles para la organización comunitaria de derechos.

La estructura constitucional de su propuesta escalona los pasos a ser agotados para la creación y establecimiento del ámbito razonable de aplicación de un derecho individual. Conforme al siguiente análisis histórico, es posible encontrar, en cada uno de estos peldaños o supuestos, qué precisa una comunidad, sea nacional o internacional, para definir un DCOM en un estándar mínimo.

PRIMER SUPUESTO ROUSSEUANIANO. PRINCIPIO DE LIBERTAD INDIVIDUAL

ROUSSEAU plantea la libertad individual como principio del derecho natural:

“Esta libertad común es una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su primera ley es la de velar a su propia conservación, sus primeros cuidados son aquellos que él se debe a sí mismo; y tan pronto entra en la edad de la

15 El mérito de la primera ley antimonopolios en sentido moderno, pertenece a Canadá, que dictó la suya un año antes, en 1889.

razón, siendo él, el solo juez de los medios propios a conservarse, se convierte por ese hecho en su propio amo”¹⁶.

El carácter ejecutivo del hombre en la procura de la conservación es atributo que el filósofo considera potestad natural. Aplicado al DLECI, el planteamiento individual de cada persona (física o jurídica) a comerciar, emprender negocio personal o industria sin barrera alguna, atiende el deber primigenio de autoconservación.

SEGUNDO SUPUESTO ROUSSEAUIANO. PRINCIPIO DE IGUALDAD

El hombre al integrarse en una sociedad, debe ser consciente de que otros pretenderán similar grado de libertad para la procura de su autoconservación. En común acuerdo, deben legalizar el ámbito de sus actuaciones personales.

A diferencia de los primeros estudiosos del derecho natural en las antiguas Grecia y Roma (ARISTÓTELES y CICERÓN), que negaban el primer supuesto a los esclavos, ROUSSEAU aporta una nueva doctrina sobre la formación de ese derecho:

“Ya que ningún hombre tiene autoridad natural sobre su semejante, y *pues la fuerza no produce ningún derecho*, quedan, pues, las convenciones como base de toda autoridad legítima entre los hombres”¹⁷.

De ese acontecimiento, surge la necesidad de pactar. El autor sugiere a los grupos sociales convenir términos proporcionales de sus derechos subjetivos, en renuncia del ilimitado derecho natural a libertad. En el plano del derecho económico, este supuesto implica liberar las fuerzas de la oferta y la demanda y legalizar ese acuerdo a través de la declaración del DLECI de los pactantes.

16 ROUSSEAU, JEAN JACQUES, *Del contrato social o principios de derecho político*, traducción de Collection 10 18 Unión Génterales d'Éditions, Gómez Gómez Hnos. Editores; traducción de: ANGÉLICA SILVA AGUILAR, Edición: E.G. Flores, México, 1975, pág. 11.

17 *Ibidem*.

TERCER SUPUESTO ROUSSEUANIANO. PRINCIPIO REGULADOR

“Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es recibido como parte indivisible del todo”¹⁸.

La voluntad general se constituye en la rectoría de los derechos y deberes de hacer, no hacer y dar. En el plano del derecho económico, esto implica que el poder o cuota de mercado de cada quien podrá ser intervenido por el interés de la colectividad.

CUARTO SUPUESTO ROUSSEUANIANO. PRINCIPIO PROGRAMÁTICO

De tal valor es el debido agotamiento de este paso, en la construcción del DCOM, que todavía en la actualidad, si bien las constituciones modernas suelen expresar la procura del *bienestar general* en la *cláusula del estado social*, existen innumerables confusiones sobre la interpretación de este objetivo programático, cuando se aplican a las relaciones económicas.

“...varios hombres reunidos se consideran como un solo cuerpo, no tienen sino una sola voluntad que se refiere a la conservación y al bienestar general”¹⁹.

Los debates sobre el diseño para construir el trayecto entre el derecho a la autoconservación y del deber común al bienestar general, es uno de los conflictos jurídicos más complejos para la puesta en vigor del DCOM en las regulaciones de mercado. Caso a caso el sistema legal debe establecer el punto equilibrio preciso entre el interés individual de un comerciante, empresario o industrial o un grupo de éstos, en relación con el interés público compuesto por el de todos los agentes

18 ROUSSEAU, JEAN JACQUES, *op. cit.*, pág. 23.

19 ROUSSEAU, JEAN JACQUES, *op. cit.*, pág. 119.

económicos (demás comerciantes, empresarios, usuarios, e incluso el del propio reclamante, con el paso del tiempo).

Es muy común la reclamación de extralimitados ámbitos de aplicación al ejercicio del DLECI, justificada por la necesidad autoconservación de empresas e industrias, en perjuicio del bienestar general, un efecto perverso de la difusión de ideas abanderadas en el dogma liberal.

Pero asimismo y con equiparable grado de perversidad jurídica, con frecuencia se definen o mantienen imprecisas nociones del bienestar general que, por igual, conducen a errores de derecho, levantando la otra bandera, la que promueve aplicación de una suerte de *populist antitrust law*.

Más adelante, se explica como la ciencia jurídica ha racionalizado estas tendencias irracionales.

QUINTO SUPUESTO ROUSSEUANIANO. PRINCIPIO DE MUTABILIDAD

Rigurosamente, el enciclopedista advierte el carácter mutante de las circunstancias que rodean a los contratantes del pacto social y la amenaza que ese fenómeno impone sobre el objeto de su acuerdo:

“Más cuando el nudo social comienza a relajarse y el Estado a debilitarse, cuando los intereses particulares comienzan a hacerse sentir y las pequeñas sociedades a influir sobre la grande, el interés común se altera y encuentra opositores...”²⁰.

Las convenciones rigen relaciones humanas, y éstas son cambiantes. Las circunstancias que pudieron dar origen a un acuerdo colectivo amigable pueden ser sustituidas por otras nuevas, generadoras de un conflicto de interés. Las *pequeñas sociedades* del lenguaje dieciochesco del autor, bien pueden renombrarse como los monopolios u oligopolios; las *grandes sociedades*, los consumidores, pequeños comerciantes y empresarios.

20 ROUSSEAU, JEAN JACQUES; *op. cit.*, pág. 120.

El reconocimiento de la mutabilidad de las relaciones económicas es imprescindible en el diseño de una política y regulación de DCOM eficaz. De nada servirá un sistema jurídico que no prevea la asimetría de información que se produce en los mercados industrializados, como el premio Nobel, el economista JOSEPH E. STIGLITZ, estudió en el siglo XX. O que sencillamente no advirtiera que el comportamiento de las reglas de mercados conlleva cambios de comportamientos de sus agentes, que pueden derivar en conductas ilegales.

SEXTO SUPUESTO ROUSSEAUNIANO. PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD

La tendencia natural del hombre primitivo a proteger su interés individual, bajo la imprecisa idea de la efectividad y rapidez de esta vía para adquirir y conservar su bienestar privado, es sustituida por la del hombre racional ante una mejor posibilidad: renunciar a esa relativa ventaja y, en su lugar, procurar otra distinta, con mayor posibilidad de preservación en el tiempo; es decir, una posibilidad de conservación y bienestar privado, coherente con el bienestar público; o, al menos, la ventaja de alejar el malestar público que le afectará, de mantener su postura egoísta original, pues los demás miembros del pacto social podrán acudir a la fuerza. En definitiva, la racionalización de la procura del bienestar y la autoconservación.

“¿Se sigue de eso que la voluntad general sea aniquilada o corrompida? No: ella siempre es constante, inalterable y pura; pero está subordinada a otras que la arrastran. Cada quien, separando su interés del interés común, ve bien que no puede separarlo completamente; pero su parte del mal público no le parece nada junto al bien exclusivo que él pretende apropiarse, exceptuando este bien particular, él quiere el bien general por su propio interés, tan vehementemente como cualquier otro”²¹.

El *homo oeconomicus* de la *era industrial* ha tenido en cuenta en este principio cuando, al escalar el principio regulador previo, establece sistema de consecuencias (régimen sancionador) que asegure su

21 ROUSSEAU, JEAN JACQUES, *op. cit.*, pág. 121.

sostenibilidad, a partir de las primeras leyes antimonopolios. Este último supuesto rousseuiano es de gran valor para el DCOM. Su conquista en la mentalidad de clase empresarial y las organizaciones comunitarias, líderes de los cambios en los mercados y en la regulación, constituye la verdadera garantía de avance un régimen del DCOM internacional como interno, sostenible y proveedor de bienestar general. También podría considerarse como un principio de razonabilidad o proporcionalidad.

SU IMPACTO EN EL SISTEMA ROMANOGERMÁNICO

Las constituciones de Europa Central y Latinoamérica se encuentran perfiladas por estas ideas. La *cláusula del Estado social*, en el art. 8 de la Constitución dominicana es su viva expresión. No obstante, en Europa las leyes de competencia surgieron en la posguerra. En Latinoamérica, principalmente en los años noventa, aunque Chile y Argentina ya tenían leyes de competencia para la época.

Agotado este breve método histórico, en la interpretación del inciso 12, del artículo 8 de la Constitución, es necesario confirmar o no la hipótesis de la integración tácita del DCOM al bloque constitucional.

CELSO RIBEIRO BASTOS afirma que el método histórico procura alcanzar el sentido de la ley a través del análisis de sus precedentes legislativos y procura resaltar el contexto histórico de la ley en el momento que fue promulgada con todo su proceso de elaboración, para así poder prever sus consecuencias en el futuro. El método histórico no implica un estricto análisis del contexto socioeconómico que circunda a la ley en el momento de su elaboración, sino también cuál sería la intención de la ley en el futuro²².

Algunos doctrinarios como LUIS ROBERTO BARROSO defienden la posición de que el método histórico gana mayor relevancia en las normas constitucionales que en las leyes ordinarias²³. PIETRO MEROLA CHIERCHIA sustenta que no sólo se interpreta la norma, sino el substrato de valores

22 RIBEIRO BASTOS, CELSO, *Hermenéutica e interpretación constitucional*, 3ª edición revisada y ampliada, CELSO BASTOS editor, São Paulo, págs. 59 y 60.

23 *Ibidem*.

históricos, políticos e ideológicos que se encuentran en el origen de la Constitución²⁴.

Por tanto, recorridas las ideas de la enciclopedia, así como las de JEFFERSON y ROUSSEAU, sustrato esencial de los valores constitucionalistas que inspiran nuestra Carta Magna; y, luego de llevar a cabo un ejercicio para asociarlas a las circunstancias a las cuales, en la actualidad se aplica el DCOM, concluimos que éste constituye una regla de derecho integrada al núcleo esencial del principio de libre iniciativa, es decir, el DLECI, construido al amparo de la cláusula de Estado social de nuestra Constitución (art. 8, inciso 12).

ESTADIO POSITIVISTA

“La única libertad que merece tal nombre es la de perseguir nuestro bien a nuestro modo, sin privar a otro del suyo, ni obstaculizar sus gestiones para conseguirlo”. JOHN STUART MILL, 1860.

A pesar de las virtudes de las ideas iluministas, con el avance tecnológico alcanzado en el siglo XIX, hizo falta algo más que un precepto constitucional para organizar los mercados. CARLOS NARDI-GRECO señala que:

“existen tres tipos de reglas jurídicas destinadas a garantizar un sistema económico, las que corresponden igualmente a tres grandes hechos económicos:

- a) la forma de producción;
- b) la forma de relación dentro de los que concurren en la producción; y,
- c) las relaciones de cambio”²⁵.

Los dos primeros hechos estudiados por la microeconomía adoptaron forma legislativa a partir de las primeras leyes antimonopolios en sentido

24 Ibídem.

25 NARDI-GRECO, CARLOS, *Sociología jurídica*, traducción de EDUARDO OVEJERA, La España Moderna, Madrid, . 87.

moderno, siendo Ley Sherman de los Estados Unidos en el 1890 y su homóloga canadiense dictada un año antes las primeras. Respecto de la producción, la americana determinó reglas estructurales respecto del dominio de los mercados, condenando originalmente los monopolios e intentos de monopolios. Mientras que, para regular las relaciones de intercambio, se condenaron ciertas prácticas empresariales consideradas restrictivas a la competencia, entre la que se destaca la fijación conjunta de precios alejados de sus costos o colusión.

Estos estatutos reconocen la importancia de mantener una regla inhibitoria, que pusiera freno a los efectos derivados de un liberal ejercicio del DLECI. DANIEL MOORE MERINO explica que:

“la economía fijará y jerarquizará los fines y señalará los medios económicos mediante los cuales pueden alcanzarse aquéllos. Pero el derecho, traduciendo todo ello en normas jurídicas, se encargará de disciplinar el proceso”²⁶.

THE ANTITRUST QUESTION

Al inicio de este estadio positivista o racionalista del DLECI por vía del DCOM, estas leyes eran una expresión intervencionista del Estado gendarme, donde la facultad de policía tenía un énfasis hacia las medidas judiciales represivas. Cuando se avista el discurso marxista aplicado a la economía dirigida de los estados socialistas, que:

“parte de la evidencia de que la armonía espontánea de intereses es un mito y que libre competencia se convierte en una prima otorgada a los más fuertes”²⁷;

conjugado al hecho del dilema político enfrentado en la era progresista, respecto del crecimiento económico a través del estímulo de la producción industrial, basada en la protección de los grandes capitales; la política

26 MOORE MERINO, DANIEL, *Derecho económico*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pág. 38.

27 SIERRALTA, ANÍBAL, *Introducción a la juseconomía*, Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo Editorial, Lima, 1988, pág. 47.

antimonopolios sufrió reveses, manifiestos en una contradictoria labor jurisprudencial, entre los años 1890 al 1911.

La cuestión del monopolio (*antitrust question*) encuentra una conclusión con los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos a inicios del siglo XX, en aplicación de la *regla de la razón* (*rule of reason*). El alto tribunal expresó:

“Cuando la sección 2^a [se refiere a la sección 2^{a28}, de la Ley Sherman, que prohíbe los monopolios o intentos de monopolio] fue armonizada con la sección 1^a [se refiere a la disposición de la mencionada ley, que prohíbe las prácticas restrictivas a la competencia²⁹] y hecha, como al efecto se intencionó, un complemento de ésta, *resulta obvio que el criterio a ser restaurado en cualquier caso concreto, para el propósito de verificar si la violación de la sección ha sido cometida, es la regla de la razón* guiada por la ley establecida y el deber simple de hacer cumplir las prohibiciones del acto, y por tanto *sobreesee al interés público para el cual sus restricciones fueron obviamente promulgadas.*

Y es digno de observación, como previamente señalamos, con relación al *common law*, que a pesar de que el estatuto [se refiere a la Ley Sherman], por la enumeración comprensiva de sus secciones 1^a y 2^a, hace cierto, que el propósito era *prevenir indebidas restricciones de cualquier tipo y naturaleza, no obstante por la omisión de cualquier prohibición contra el monopolio en lo concreto, indica una conciencia de que el derecho de libertad individual a contratar, cuando no es indebido o impropriamente ejercido, era la forma más eficiente para prevenir el monopolio*, en vista de que la operación de las fuerzas centrífugas y centrípetas resultantes del derecho a la libertad de contratación, fueron el medio mediante el cual el monopolio será inevitablemente prevenido, si ningún poder extraño o soberano lo impone y ningún derecho a realizar contratos ilegales con tendencia monopolística es permitido. En otras palabras, el derecho a contratar es la esencia de la libertad a indebidas restricciones al derecho de

28 Toda persona que monopolice o intente monopolizar o se combine con otra y otras para monopolizar una parte cualquiera del comercio entre los diferentes estados o con otras naciones, será considerada culpable.

29 Se declara ilegal todo contrato, intriga en forma de consorcio u otra, o conspiración que pretenda limitar el comercio entre los diferentes estados o con otras naciones.

contratar” [Standard Oil Co. contra los Estados Unidos de América, 221 U.S. 1 (1911) decidido el 15 de mayo de 1911. *Docket* n° 398]³⁰.

De la célebre decisión, la regulación de mercado ha extraído varios principios rectores contenidos en leyes generales y especiales de competencia diseñados a partir de sus criterios:

1. Manifestación del principio de razonabilidad en el manejo de casos concretos de DCOM.
2. Criterio de subsidiaridad de las instituciones de la ley adjetiva en defensa de la competencia, al interés público.
3. Represión contra los actos o contrataciones basados en una conducta ilegal o con efectos ilegales.
4. Aceptación del monopolio como un hecho de comercio que encuentra su freno idóneo en la promoción de la libertad de iniciativa. Aunque posteriormente a la *teoría del monopolio*, como veremos, admitiría lo primero, pero matizaría lo segundo.
5. Reiteración de la necesidad de proteger el sistema de libre mercado mediante la facultad de vigilancia del Estado a las actuaciones de los detentadores de monopolio y de las externalidades, tales como leyes de países extranjeros, que puedan distorsionar las reglas de intercambio.

ESCUELA DE CHICAGO

Posteriormente, con el avance del siglo XX, la escuela de Chicago desarrolló teorías y modelos económicos a partir de la regla de la razón, concluyendo que las leyes de *antitrust* sólo deben sancionar conductas

30 GOLDMAN, JERRY, © Derechos registrados sobre el resumen decisiones SCJ EE.UU. OYEZ U.S., Supreme Court Multimedia, Findlaw Internet Legal Resources – Westlaw. Traducción ANP.

que alteren la competencia, y no deben intervenir en la estructura que adopten las empresas e industrias. Sin embargo, advirtieron sobre la vocación del poder monopolístico a establecer precios ineficientes a través de la *teoría del monopolio*.

RICHARD POSNER, profesor de la Universidad de Chicago, en su obra *Antitrust Law*³¹ plantea que,

“la teoría económica provee una sólida base para la creencia de que los precios monopolísticos son presumiblemente ineficientes”.

Esa presunción de ineficiencia, según el autor,

“se deriva del hecho de que los precios monopolísticos generan una escasez artificial de sus productos y por tanto conducen el precio por encima de su nivel competitivo. La ineficiencia debe entenderse el sentido más comúnmente utilizado por los economistas para explicar el monopolio y la competencia (el concepto de la eficiencia de KALDOR-HICKS³² o PARETO potencial³³).

A partir de esa comprobación, el autor y magistrado juez, propone las siguientes consecuencias en el orden jurídico:

“• *En vista de que la eficiencia es un importante valor social*, esta conclusión establece *prima facie*, una implicación que justifica la

31 POSNER, RICHARD A., 2ª edición de la Prensa de la Universidad de Chicago, Chicago y Londres, 1976, 2001, traducción ANP.

32 La eficiencia *Kaldor-Hicks* es un tipo de eficiencia económica que ocurre sólo si el valor económico de las fuentes sociales es maximizado. Una mejora en el sentido *Kaldor-Hicks* es cualquier alternativa que aumente el valor económico de las fuentes sociales. Lleva su nombre por el economista húngaro NICHOLAS KALDOR (1908-) y el británico, ganador del premio Nobel, sir JOHN HICKS (1904-1989). Esta idea está relacionada con la eficiencia de PARETO. Es ampliamente usada en economía de bienestar.

33 *La Ley de PARETO según la cual la desigualdad económica es inevitable en cualquier sociedad*, lleva el nombre de su autor, el economista matemático WILFREDO PARETO (1848-1923), quien realizó estudios sobre la distribución de las riquezas, que sirvieron de base para aplicaciones posteriores en el campo de la que se denominó “*la nueva política de bienestar*” de finales de la década de 1930. El bienestar como objetivo de la finalidad del Estado, aparece en la Constitución dominicana en esa década, fruto de las corrientes imperantes en esa época.

necesidad de *una política de competencia sobre los precios monopolísticos*.

- También implica la limitación de dicha política, visto que la eficiencia es la única finalidad de una política de competencia, *no existe necesidad de hacerla ejecutoria en áreas en las cuales la competencia es menos eficiente que el monopolio*, porque los costos de los precios monopolísticos están sobrevaluados por las economías que centralizan el producto en una o pocas firmas”.

Tanto las decisiones de la SCJ de los EE.UU. de 1911, como la teoría del monopolio, de la escuela de Chicago y la aplicación para el mundo jurídico propuesta por POSNER, son buenos ejemplos del uso del *método sistemático* en la interpretación de la ley. BASTOS RIBEIRO indica que,

“un método sistemático tiene en cuenta la interpretación de la ley dentro del contexto normativo en el cual se inserta, es decir, persigue interpretar la norma no sólo aisladamente, más en relación a las demás. Se destaca aquí la perspectiva sistémica del ordenamiento jurídico, así como su unidad, procurando atender a una visión global y estructural de la ley”³⁴.

Con similar enfoque, FERRARA refiere oportunas precisiones metodológicas, para la comprensión de la sistematización de la ley, que vienen muy a cuenta con lo ocurrido en el proceso de revisión del sentido del DCOM en los Estados Unidos. En la siguiente cita de ese autor, insertamos nuestras ideas sobre las derivaciones relacionadas con el presente estudio:

“El derecho objetivo, *de facto*, no es un aglomerado caótico de disposiciones, mas un organismo jurídico, un sistema de preceptos coordinados [*principio de razonabilidad, finalidad del Estado en protección del interés público*] y subordinados [*libertad de contratación del common law, y prohibición de monopolios y prohibición de prácticas restrictivas a la competencia, del antitrust law*] en que cada uno tiene su propio sentido. Hay principios jurídicos generales [*igualdad ante la ley*] del que se hacen deducciones [*presunción de ineficiencia de precios monopolísticos que conducen a la*

34 BASTOS RIBEIRO, *op. cit.* pág. 61.

ineficiencia] o corolarios [*supervisión poder de monopolio local o extranjero*], mientras varios principios se condicionan y restringen unos a mutuamente [*monopolio como hecho de comercio y libertad de contratación*] y constituyen desenvolvimientos autónomos en campos diversos. Así, todos los principios son miembros de un gran todo [*sistema de regulación de mercado*]³⁵.

EL IMPACTO DE LA ESCUELA DE CHICAGO A NIVEL MUNDIAL

Afirmamos que los postulados de esta escuela han tenido un éxito global, no sólo por el hecho de que su esencia se encuentra en leyes de competencia de varios continentes; sino además por una razón más contundente, los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio, tales como ADPIC, el AGCS, el MIC, el Código *antidumping*, no obligan ni estimulan a los estados miembro más que a vigilar las prácticas comerciales anticompetitivas y a mantener vigilancia sobre los monopolios creados antes o después de suscribirse el tratado, criterio fundamental de esa escuela.

ESCUELA DE FRIBURGO

La Europa de posguerra, luego de asimilar las vilezas del fascismo, incluyó en su plan de reconstrucción la elaboración de un estatuto europeo que fortaleciera y armonizara el comercio intraeuropeo y defendiera el desarrollo del continente de los poderes emergentes en Japón, Estados Unidos y la entonces Unión Soviética. Francia y Alemania fueron los estados líderes en el proceso de formación de ese tratado. Paralelamente, Alemania dictaba su primera legislación de competencia, denominada *Getsetz gegen Wettbewerb-sbeschränkungen* o acto de prácticas restrictivas. Tanto el Tratado de Roma, como esta ley alemana, fueron promulgadas en el año 1957.

35 FERRARA, FRANCESCO, *op. cit.*, pág. 143, citado por BASTOS RIBEIRO, págs. 61 y 62, traducción ANP.

Los redactores de esta ley alemana afirmaban que ese estatuto *era la Ley básica de la economía social de mercado*³⁶. Alemania asimiló en esta difícil etapa de su historia que el concepto de *economía social de mercado* era un prerrequisito intelectual indispensable para su reconstrucción. Sus iniciadores lo describían como:

“la tercera alternativa, una línea media, entre el desatada economía de mercado capitalista ausente de cualquier elemento de orden programático que predominaba en la mayoría de las naciones de Occidente entre los siglos XIX y XX, y la economía totalitaria, planificada y centralista implementada entre líneas por HITLER y STALIN; dicha línea media se dirigía a la consecución de un orden económico y societario, liberal, económicamente eficiente, duradero y social”³⁷.

Una historia poco conocida y debatida el mundo jurídico de la República Dominicana³⁸, sobre el origen del poder fascista, radica en el hecho histórico de que Alemania pasó de ser un país de cárteles con HITLER, a un país de economía social de mercado, con ADENAUER. Es justamente la tolerancia del poder económico concentrado y apoyado por la autoridad, lo que facilita al dictador la apropiación de la fuerza económica y política de esa nación. En efecto, la palabra cártel, proviene del término alemán, *kartell*.

De suprema importancia, para la comprensión del *ordoliberalismo* de la *escuela de Friburgo*, que influirá la política de competencia de Europa y Latinoamérica, transcribimos este breve resumen de la historia de los cárteles alemanes, publicado por el Gobierno alemán, para difusión internacional de sus leyes de competencia, relatado por el profesor WOLFGANG KARTTE:

“Al final del siglo XIX, muchas compañías en Alemania se habían librado de la competencia del mercado con la ayuda de cárteles que regulaban los

36 LAMPERT, HEINZ, *The Economic and Social Order of the Federal Republic of Germany*, Konrad Adenauer Stiftung, Internationale Zusammenarbeit, 1993, pág. 81, traducción ANP.

37 LAMPERT, HEINZ, *op. cit.*, pág. 57, traducción ANP.

38 En 1997, publicamos un artículo en la “Revista Económica” del *Listín Diario* sobre este tema.

precios, las cantidades y los términos generales de la oferta. En 1897 la corte imperial estableció que estos “*niños de la necesidad*”, como fueron descritos los cárteles, eran legales. Estableció dicha corte que la libertad individual a actuar incluía el derecho de las compañías a abandonar su libertad a través de la formación de acuerdos de cárteles. Esta norma abrió una válvula de escape, dirigiendo hacia la formación de nuevos cárteles. Rápidamente, Alemania fue vista como un país tradicional de cárteles entre las naciones industrializadas de Europa.

Durante la Primera Guerra Mundial, la economía cartelizada fue explotada con propósitos de producción de guerra y el ámbito de la competencia fue estrechado aún más. Para 1925, la competencia había sido eliminada en casi 2,500 mercados industriales por acuerdos de cártel. En ese momento, hubo un rápido crecimiento de los términos estándares y condiciones establecidos por las asociaciones de comercio e industria. Estas asociaciones forzaron a sus miembros rivales a tomar riesgos comerciales. Finalmente, una concentración sin precedentes ocurrió en la industria, el comercio, la prensa y la banca. Incluso antes de 1933 no había prácticamente ninguna competencia en ninguno de los mercados, y la libertad individual de acción había sido borrada de ellos.

Fue por consiguiente, fácil a los nazis tomar control de la economía. El 15 de julio de 1933 pasaron la *Ley del cártel compulsivo*, cuyas provisiones llenaban los deseos de la federación del *Reich* de las Industrias y de los cárteles ya existentes. En un corto tiempo, otros 133 cárteles fueron establecidos y los “*problemáticos de afuera*” desaparecieron de los mercados. El último remanente de competencia había desaparecido. Las industrias fueron unificadas y tomadas por la policía nazi. La libertad individual había sido totalmente eliminada. La economía ya no servía a las necesidades humanas, pero fue instrumentada para construir el imperio desprovisto de humanidad y libertad. (...)

En los años 1930 y 1940, un grupo de economistas y abogados liberales de la *escuela de Friburgo* ya habían examinado cómo proteger la economía de libre intercambio contra el perjuicio de la autodestrucción y fortalecer la justicia social. El postulado liberal de la libertad y la doctrina social cristiana fueron los valores en los cuales basaron sus estudios para vincular los sectores de la economía, la política y del derecho”³⁹.

39 KARTE, WOLFGANG, *Competition Law. Competition in the Social Market Economy of the Federal Republic of Germany. Documents on Politics and Society in the Federal Republic of Germany*. Internationes e. V. d- 5300, Bonn, 1990, traducción ANP.

EL IMPACTO DE LA ESCUELA DE FRIBURGO EN EUROPA Y
LATINOAMÉRICA

Las previsiones del Tratado de Roma en los artículos 85 y 86 [81 y 82 luego del Tratado de Maastrich], que prohíben los acuerdos restrictivos de la competencia y castigan el abuso de posición dominante, son la expresión del ordoliberalismo de la escuela de Friburgo. Leyes nacionales de competencia como la española, importan del sistema alemán los principios constitutivos de esta escuela, y predomina el criterio programático entre la ley especial y la ley fundamental, declarando la segunda a España un Estado social de derecho.

Igual fin programático de tercera vía establecen las constituciones de Brasil y Colombia. Más aún la Constitución Federal de la República Federativa de Brasil de 1988 establece en su artículo 170 lo siguiente:

“Art. 170. El orden económico, fundado por la valorización del trabajo humano y la libre iniciativa, tiene por fin asegurar todos existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social, observando lo siguientes principios: (...) II. Propiedad privada; III. Función social de la propiedad; *IV. Libre competencia*; V. Defensa del consumidor; VI. Defensa del medio ambiente; (...) Párrafo único: queda garantizado a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, independientemente de la autorización de órganos públicos, salvo en los casos previstos en la ley”.

La ley peruana de ordenamiento de mercado también sigue la misma pauta.

Finalmente, es muy importante destacar que el ACOM, preparado entre los años 1996-1998, y reformado en posteriores ocasiones, es un producto esencial de la escuela de Friburgo. El promotor inicial de su estructura temática y contenido básico, el consultor LUIS DIEZ-CANSECO, abogado peruano egresado de la Universidad Max Planck de Alemania, fue la persona que primero nos informó sobre las teorías de esta escuela en 1994, en su primera misión exploratoria como experto de la UNCTAD, junto al consultor PHILLIPE BRUSICK abogado y jefe de la misión para discutir con el gobierno de turno la necesidad de una ley de competencia en la República Dominicana.

¿ESTADIO SOSTENIBILISTA O POSMODERNISTA?

La sostenibilidad es un atributo de la ley, que los medioambientalistas nos han enseñado a respetar, conscientes de que la humanidad vive al seno de una comunidad mayor, la comunidad biótica, caracterizada por los recursos limitados. En un posmodernismo jurídico, los países en vías en desarrollo empezamos a generar dudas sobre la eficacia de las leyes de competencia ante los infranqueables problemas del subdesarrollo, manifestados en la extrema pobreza y la corrupción, los que parecen imposibilitar su eficacia, incluso en las soluciones enmarcadas en la tercera vía ordoliberal.

Por su parte, los países desarrollados también empiezan a inquietarse con los efectos adversos de la competencia o al menos, de la desregulación de la competencia en la forma en que se festinó durante los años noventa. JOSEPH E. STIGLITZ es agudo en desmentir los beneficios proyectados en la “nueva economía” de la “era digital”⁴⁰, mientras BORK habla de la “paradoja de la competencia” para explicar el fenómeno por el cual la libre competencia tiende cíclicamente a rechazar sus beneficios y acudir a la concentración, como hemos presenciado en la crisis de inicio del presente siglo.

Por tanto, más allá del racionalismo constitucional, o de la modelación de la eficiencia como agente de bienestar de los *Chicago Boys*, de las ideas de los maestros de Harvard y de los propósitos programáticos del estado social de derecho ordoliberal, la nueva generación de autores empiezan a mostrarse en cierto grado desengañados las instituciones clásicas del DCOM, cuyo nombre hasta podría soportar cambios en el futuro, por el de derecho a la eficiencia o derecho a la juseconomía, en tanto que la actividad competitiva, no es más que el proceso que conduce a un fin.

Hasta el momento se entrevé la tendencia a hilvanar la política y regulación de competencia junto a otros problemas de orden económico

40 Véase NOBOA PAGÁN, ANGÉLICA, “Debates sobre derecho de la competencia para nuevas tecnologías y control de fusiones y concentraciones”, *Gaceta Judicial*, año 8, n° 181, Santo Domingo, 2004.

y social de los estados para generar resultados sostenibles con efectos más ciertos y comprobables en el bienestar general. Todavía no identificamos una representación o corriente clara, salvo quizá por nuestro afán de asociar estas inquietudes a la teoría de redes del constitucionalista GÓMES CANOTILHO donde un posmoderno DCOM podría encontrar su nueva perspectiva. Conforme a esa tesis, los derechos fundamentales pasan por una cuarta dimensión o generación, que deberá incluir derechos económicos con un fundamento que no resida únicamente en la razón o eficiencia pura, o en el mera disciplina de mantener un orden, sino que se adentre aún más a las necesidades políticas y sociales de los pueblos, para atender a un imperativo que rebasa lo económico e incursiona en lo ético, en un *derecho a la solidaridad*⁴¹.

NORMATIVA

El DCOM como dimensión conflictual del DLECI. Desde los años noventa del pasado siglo, el derecho positivo dominicano construye un conjunto normativo tutelar del DCOM. Esta lista la comprenden los siguientes estatutos:

CONJUNTO NORMATIVO

1. Constitución de la República, dictada en 1994.
2. Acta final de negociaciones multilaterales de comercio de la Ronda Uruguay que crea la Organización Mundial de Comercio, ratificado por la Resolución 2-95 del 20 de enero de 1995, GO 9902.6; (*GATT/94*).
 - a. Acuerdo general de comercio de servicios y sus anexos, (en lo adelante el “AGCS”).

41 Véase GÓMES CANOTILHO, J.J., *op. cit.* págs. 384, 1142 y sigs.

- b. Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (en lo adelante el “ADPIC”).
 - c. Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias (Código *Antidumping*).
 - d. Acuerdo sobre medidas en materia de inversión relacionadas con el comercio (en lo adelante el “mic”).
3. La Ley 153-98 general de telecomunicaciones, promulgada en fecha del 28 de mayo de 1998, GO 9983.
 4. La Ley 20-00 de propiedad industrial, de fecha 8 de mayo de 2000, *Gaceta Oficial* 10044.
 5. El Tratado de libre comercio suscrito entre RD y el CARICOM de fecha 28 de febrero de 2001, GO 10074.
 6. El Tratado de libre comercio entre los estados centroamericanos y RD, de fecha 16 de abril de 2001, ratificado y promulgado, pendiente de publicación en *Gaceta*.
 7. Ley 87-01 que crea el sistema de seguridad social, promulgada el 9 de mayo de 2001.
 8. La Ley 125-01 general de electricidad de fecha 27 de junio de 2001, y su reglamento de aplicación.
 9. La Ley 1-01 de *Sobre Prácticas Desleales de Comercio y Medidas de Salvaguarda*, Subsidios y Medidas Compensatorias, de fecha 18 de enero de 2002.
 10. Ley Monetaria y Financiera No. 183-02, promulgada en fecha 3 de diciembre de 2002, GO 10187.
 11. Ley 126-02 de comercio electrónico, documentos y firmas digitales, promulgada el 4 de septiembre del año 2002. GO 10172.

Todas estas leyes y tratados declaran promover la competencia. No obstante:

- Sólo las disposiciones adjetivas que regulan la energía, la propiedad industrial, el *antidumping*, y las telecomunicaciones, tipifican los *ilícitos concurrenciales*.
 - o La Ley monetaria y financiera y la Ley de comercio electrónico, y la Ley de seguridad social contienen régimen sancionador, pero no establecen con claridad los ilícitos concurrenciales.
- En el caso de los tratados, tanto el suscrito con Centroamérica, el CARICOM, así como en GATT/94, se acude a mecanismo de solución de controversias.
- Ninguno de estos estatutos dispone aún de instrumentos reglamentarios basados en modelos o procedimientos basados en la teoría económica sobre precios monopolísticos para llevar a cabo una adecuada la facultad de vigilancia y policía, necesaria para la preservación de la competencia.
 - o Se podría considerar que la de *prácticas desleales de comercio* expone al menos ciertos criterios sobre debido proceso administrativo, que implican el agotamiento de un estudio económico de los hechos de la causa. Sin embargo, ese sistema no ha sido puesto en funcionamiento.

Como resultado de lo anterior, el régimen de DCOM en la República Dominicana se encuentra disperso e inconcluso. Pero es importante recordar que la ley es un producto cultural, no describe algo que inexorablemente sucede. Por el contrario, describe algo que debe acontecer⁴². De ese modo cada vez que se vaya a interpretar una situación concreta relativa a la protección del DCOM en estas legislaciones, se tendrán que utilizar raciocinios explícitos, que tomen en cuenta no

42 BASTOS RIBEIRO, pág. 25.

sólo su aspecto literal, sino, además, su aspecto lógico, sistemático e histórico. A continuación, casos concretos ocurridos en el país.

Finalmente, a esta lista de leyes recientes es necesario agregar, el curioso caso de dos leyes relativas al transporte ambas dictadas en los años sesenta, que proscriben el monopolio y la competencia desleal respectivamente. En ese decenio, nuestro país recorría un complejo tramo de su historia política, marcada por una guerra civil en el año 1965. Las ideas revolucionarias que desencadenaron esa contienda, librada justamente para dar valía a los principios constitucionales, no impedirían que el país migrase en la siguiente década al arquetipo de economía de *sustitución de importaciones*, de corte proteccionista. Todo el proceso de *los sesenta dominicanos*, no alcanzaron a producir efectos significativos en la generación de una cultura procompetitiva en República Dominicana en las dos siguientes décadas. El mencionado artículo 8, inciso 12 de la Constitución que consagra el DLECI y prohíbe los monopolios, no tendría, en los años siguientes mucha importancia, más que para validar la necesidad del mantenimiento de monopolios estatales y paraestatales. Pero a pesar de todo lo anterior, de esa etapa histórica, surgen estas leyes aún vigentes, de cuyas disposiciones se conforma parte del DCOM positivo dominicano:

“12. Ley 578 de 1964 que prohíbe los monopolios en los trabajos de carga y descarga.

13. Ley 505 de Aeronáutica Civil de noviembre de 1969⁴³.

CASOS CONCRETOS EN APLICACIÓN DE CONCEPTOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA EN REPÚBLICA DOMINICANA Y REGLAS DE LA HERMENÉUTICA

A continuación extracto y análisis de varias decisiones judiciales y administrativa en torno al DLECI y al DCOM, dictadas en el país:

43 Literal b del artículo 136.

1. SOBRE EL EJERCICIO LEGAL DE LA LIBRE EMPRESA Y EL PRINCIPIO DE FINALIDAD DEL ESTADO

“Que la *Ley 173, del 1966*, modificada, tal como lo afirma el propio impetrante, favorece la práctica de aplicación de los principios consagrados en el artículo 8 de la Constitución de la república, como resultado de la protección efectiva de los derechos constitucionales *dentro de la esfera de la libertad de empresa, comercio e industria, una de cuyas manifestaciones se encuentra precisamente en la indicada ley de protección a los agentes y representantes de empresas extranjeras, mediante la reglamentación en ella contenida; que el plazo establecido por el artículo 10 de la señalada Ley 173, se limita exclusivamente a fijar un término* mediante el cual los concesionarios nacionales deben gestionar ante el Banco Central de la República Dominicana, los registros correspondientes del contrato de concesión, agencia o representación que los habilite para el ejercicio de las prerrogativas acordadas por ese instrumento legal en beneficio del concesionario, agente o representante; que el establecimiento por la ley de un plazo para el ejercicio de un derecho bajo pena de caducidad, no contraviene las disposiciones constitucionales que el impetrante alega son desconocidas por el artículo 10 de la ley 173, *pues no se advierte que con ello se desvirtúe la finalidad impuesta al Estado en los citados artículos 8, 10, 46 y 48 de la Constitución, de protección de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que el permitan perfeccionarse dentro de un orden de libertad y justicia social; considerando, que la circunstancia de que la Ley 16-95, de inversión extranjera, haya podido modificar el artículo 12 de la Ley 173, para eliminar las trabas que existían para una empresa extranjera instalarse en el país, como alega la impetrante, aún reflejara la verdad jurídica, ese hecho no tiene influencia alguna en la solución del caso, pues de lo que se trata es de determinar si el artículo 10 de la Ley 173, de 1966, es contraria o no a la Constitución de la república, no si el mismo fue abrogado por la referida Ley 16-95; por todo lo antes expuesto procede rechazar por improcedente y mal fundada, la acción en inconstitucionalidad impetrada en el presente caso*”. (Suprema Corte de Justicia B.J. 1071, págs. 33-34).

El derecho es esencialmente voluntarista, vale decir que necesita la voluntad del intérprete. En este caso, la SCJ entendió que el plazo de sesenta días del artículo 10 de la norma infraconstitucional no requería interpretación de su parte, sino que esta era una aplicación prevista por dicha ley, de la regla constitucional. No optó el alto tribunal por aceptar la posibilidad de utilizar un método teleológico, que le permitiera ver aquello que el impetrante reclamaba; es decir, que en un escenario

de promoción a la inversión extranjera y eliminación de barreras que traban su flujo, este plazo de la Ley 173 para registrar acuerdos de concesión obstaculiza la inversión, siendo el retorno de la inversión un componente importante de garantía a la libre empresa. No obstante, pensamos que el problema quizá no reside en el plazo perentorio de los 60 días, sino en los efectos que en sentido general, dicha ley impone a las relaciones de agencia registradas.

2. SOBRE LIBRE EMPRESA Y FACULTAD DE POLICÍA ADMINISTRATIVA EN SECTORES REGULADOS

“CONSIDERANDO: que el recurrente, pretende que el INDOTEL como parte de su función de control, niegue a la compañía X la cesión de frecuencias del espectro radioeléctrico dominicano, a fin de que dicho banco obtenga, eventualmente, el pago por la concesionaria de los compromisos debidos, bajo un hipotético conjunto de alegatos presentados por dicho banco, en el sentido de que la compañía X requiere mantener dichos derechos de explotación, *pues con ellos mantendría el nivel de competitividad que permitirá cumplir sus obligaciones con el recurrente o vender su derecho a concesión y activos.*

CONSIDERANDO: que el INDOTEL muy consciente del límite racional de su derecho de intervención sobre el ejercicio de la libre empresa, de las empresas que regula, no debe rechazar la autorización de la cesión de la especie, sólo basado en el peligro de la acreencia del banco Z. *De hacerlo, estaría incurriendo en el grave vicio de sustituir el libre ejercicio empresarial a la toma de decisiones de dicha prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones, respecto de su planificación comercial y financiera, por la voluntad del Estado dominicano.*

CONSIDERANDO: que *la potestad anteriormente descrita, no es una atribución conferida por el legislador al INDOTEL.* La empresa X, como cualquier otra empresa prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones, no requiere autorización previa del INDOTEL para asumir, honrar e incluso retrasar el cumplimiento de sus obligaciones financieras.

CONSIDERANDO: *que el derecho a la libre empresa, es una prerrogativa del bloque constitucional, conforme lo establece el artículo 12, inciso 8 de la Carta Magna, que otorga al sujeto de ese derecho, la prerrogativa a ejercer*

toda la gama de actividades derivadas del quehacer empresarial: la libertad de dirección, de producción, de inversión, de fijación de políticas de distribución, compra, así como la libertad de contratación.

CONSIDERANDO: que en aplicación del *principio de razonabilidad*, que inspira al artículo 92.1 de la Ley 153-98, indicativo respecto de la mínima intervención de regulador y el máximo funcionamiento del mercado, no es posible justificar la negativa a la cesión de la especie, sólo por el inminente peligro de pérdida de un crédito que la misma pueda ocasionar a una entidad bancaria” [énfasis nuestro] (Resolución 25-04 de fecha 2 de marzo de 2004, del Consejo Directivo del INDOTEL).

La función reguladora de las telecomunicaciones no sustituye el ejercicio de la libertad de contratación de las empresas reguladas más allá de lo razonable para preservar sus objetivos. Los negocios financieros de una empresa de telecomunicaciones son regidos por su derecho constitucional a la libre iniciativa.

No obstante, conviene observar que, a fin de evitar “burbujas inflacionarias” como las llama STIGLITZ, en el sector, en lugar de intervenir en transacciones concretas, el INDOTEL debería dictar reglamentación de *contabilidad regulatoria* como el Reglamento de contabilidad separada y el Reglamento de costos y tarifas, ordenados por la Ley 153-98. Pero aún en este ámbito reglamentario, su facultad de policía recae sobre las actuaciones de mercado de las prestadoras, no sobre sus negocios financieros.

La libertad regulada en la especie, es la de entidad bancaria, no la de empresa prestataria. Esta última, reiteramos, mantiene a los fines de convenir préstamos, su libertad constitucional de iniciativa empresarial.

3. SOBRE EL INTERÉS PÚBLICO Y EL DERECHO AL LIBRE ACCESO A REDES Y SERVICIOS (COROLARIO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES)

“CONSIDERANDO: que es un criterio objeto de reevaluación por parte de este Consejo, la opinión previa sobre la suspensión del servicio en los centros de *la empresa X*, y sus efectos jurídicos, conforme los principios y objetivos del la ley. El hecho de una rescisión automática ejecutada contra *la*

empresa X, no afecta el principio de continuidad⁴⁴ del servicio de telecomunicaciones, establecido en la ley, como se esgrimió en la instancia de solicitud original, toda vez que las zonas urbanas servidas por los centros de telecomunicaciones de la empresa *X*, se encuentran igualmente servidas por distintas empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, en diversas modalidades de servicios, y en específico, la suspensión de los servicios del centro, no implicaría costos en traslado o pago excesivamente distintos para los usuarios a fin de continuar utilizando los servicios de telecomunicaciones que ofrece la empresa *X*. Este fenómeno es conocido en el derecho de la competencia bajo la noción de *sustituibilidad de la oferta*, conforme al cual el mercado relevante en cuestión, en el caso especie (las comunidades de los centros), se encuentran dotados de ofertas alternativas, en beneficio de la demanda que quedaría insatisfecha por la suspensión del servicio en los centros de la empresa *X* cuyo suplemento brinda garantía plena del mencionado principio regulatorio del derecho a la continuidad para los usuarios” [énfasis nuestro] (Resolución 68-04 10 de mayo de 2004 del Consejo Directivo del INDOTEL).

BUCKHARDT señala que, “todo intérprete legisla”. En este caso, la autoridad reguladora, en el examen concreto, hubo de interpretar si la suspensión del servicio de una empresa de telecomunicaciones ponía en peligro su derecho a la libre competencia, pues la recurrente alegaba que el INDOTEL tenía que evitar dicha suspensión, en tanto perjudicaba al principio de continuidad que favorece a los usuarios y su libertad de acceso a la red pública.

No obstante, al examinar el caso, se comprobó que la suspensión no ponía en peligro la continuidad del servicio en la zona de prestación y era producto de un compromiso contractual hecho con otra empresa pendiente de revisión por otra autoridad elegida para la solución de conflictos.

El organismo administrativo, al rechazar la solicitud, creó un precedente. Si bien es su función promover la competencia y el servicio universal, esta función debe ejercida en lo concreto, no en lo abstracto.

44 Por el Principio de Continuidad, el servicio debe prestarse en el área de concesión sin interrupciones injustificadas (Artículo 1, Ley No. 153-98). Conviene destacar que el artículo 77c) establece como objetivo del INDOTEL, defender y hacer efectivos los derechos de los usuarios, haciendo cumplir a las empresas sus obligaciones entre otros aspectos.

4. PRÁCTICA RESTRICTIVA A LA COMPETENCIA O ILÍCITO CONCURRENTIAL

“CONSIDERANDO: que la ejecución de dicha solicitud general de información, en la forma en que fue dispuesta, carece del necesario fundamento de fondo, pues cualquier inquietud respecto de la existencia de un *ilícito concurrential*, que amerite una actuación de oficio, debe ser descartada en la especie desde que hecho generador de la causa (y de las alegadas prácticas restrictivas a la competencia) es decir, la implementación de la cláusula de indexación, no demuestran una violación al marco legal y reglamentario que le es aplicable, y por ende, ha mantenido su licitud, sin que *la empresa Z* haya aportado evidencia o al menos, argumentado en el curso del proceso o mediante recurso de reconsideración posterior, lo contrario. Si la aplicación del mecanismo de indexación es lícita, no es posible que se entienda que a partir de la aplicación de éstas, se deriven ilícitos concurrentiales respecto del precio final establecido a los usuarios”. (Resolución 008-04 del 30 de enero de 2004 del Consejo Directivo del INDOTEL).

Mediante una interpretación lógica o teleológica, la autoridad consideró que si el hecho generador de la causa motivadora de la solicitud de su intervención, es decir, la presunta ilegalidad de la aplicación de la indexación de los cargos de acceso de la interconexión era rechazable, al estimar la aplicación del mecanismo contractual de indexación en cuestión, se enmarcaba en la ley; su conclusión principal arrastra la conclusión lógica y subsidiaria que le obliga a rechazar por igual un alegato de la recurrente respecto de que los precios finales a los clientes eran anticompetitivos por efecto de la indexación.

5. COMPETENCIA EFECTIVA

“CONSIDERANDO: que la solicitud subsidiaria formulada por *la empresa W* de “COMPROBAR Y DECLARAR que actualmente existe un entorno de *competencia efectiva, leal y sostenible* en el mercado de las telecomunicaciones en República Dominicana que permite la aplicación del principio de libertad tarifaria consagrado en el artículo 39 de la Ley General de Telecomunicaciones” es improcedente, pues no corresponde a la presente decisión la comprobación y declaración de estos importantes aspectos. *La comprobación de dichos hechos y eventual declaración de esa índole es una labor de política pública que actualmente el INDOTEL*

realiza con los estudios del mercado y proyectos de reglamentación con el auxilio de la firma K, de conformidad con las disposiciones legales relativas a propuestas regulatorias, del artículo 94⁴⁵ de la Ley 153-98, en cumplimiento del objetivo fijado en el artículos 77b)⁴⁶ a través de la función descrita en el artículo 78a)⁴⁷ de la Ley 153-98;” (Resolución 57-04 del Consejo Directivo de INDOTEL 23 de abril de 2004).

La Ley 153-98 define la competencia efectiva como:

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

Para comprobar ese hecho del mercado, el legislador le impone al organismo regulador la *métrica* del artículo 40 de dicha ley, que le obliga a realizar ejercicios económicos de determinación de los costos de los servicios, a fin de comprobar la existencia de una competencia efectiva. De forma específica el regulador ordena la preparación de un reglamento de tarifas y costos de los servicios. Como se trata de una reglamentación de carácter general que afecta a todo el sector regulado, debe agotar el procedimiento de consulta pública.

Por tanto, no puede el organismo, en el curso de un proceso, declarar la existencia de la competencia efectiva sin violar varias categorías de

45 “Artículo 94. Propuestas regulatorias.

En los casos en que sea necesario ejecutar acciones determinadas en beneficio del interés público, ello se hará sin perjuicio de la obligación de consulta y del derecho de participación, dictando el órgano regulador una resolución provisional ejecutoria. Dicha resolución se publicará y estará sujeta a observaciones por sesenta (60) días calendario, plazo en el que deberá tomarse una resolución definitiva. En ese plazo, y antes de la resolución definitiva, el órgano regulador puede modificar su propuesta regulatoria provisional”.

46 Artículo 77. Objetivos del órgano regulador.

El órgano regulador deberá: b) Garantizar la existencia de una competencia sostenible, leal y efectiva en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

47 Artículo 78.- Funciones del órgano regulador.

Son funciones del órgano regulador a) Elaborar reglamentos de alcance general y dictar normas de alcance particular, dentro de las pautas de la presente ley.

normas, entre ellas las del debido proceso. Por último, en atención a la sistemática de esa ley, el hecho de que el INDOTEL rechazara la solicitud de la recurrente, de la existencia en el caso concreto de una práctica restrictiva a la competencia, no significa necesariamente que la competencia en general de ese mercado (larga distancia) es efectiva.

CONCLUSIÓN

RIBEIRO BASTOS recuerda tres reglas prácticas de la hermenéutica:

- “1. La interpretación obliga a una opción dentro de varias posibles por aquella que sea la mejor.
2. Un intérprete jurídico nunca debe ser absolutamente neutro; y
3. La regla clara no necesita interpretación, *in claris cessat interpretatio*”⁴⁸.

Estas ideas resumen la recomendación central del presente estudio. La interpretación del DCOM apenas se inicia en la República Dominicana. Un estudio permanente de su contenido y continua evolución, facilitan su aproximación.

48 BASTOS RIBEIRO, op. cit. pp. 47 y 42.