



POR JAIME ROCA
jjroca@jrocalaw.com

ASPECTOS LEGALES

SOBRE LA VENTA DE ACCIONES DE

REFIDOMSA

Recientemente el Estado Dominicano anunció la venta de una parte importante de la composición accionaria de la Compañía Refinadora (conocida como la "Refinería Dominicana de Petróleo" o por sus siglas "REFIDOMSA"), a una empresa controlada por un estado extranjero, originando una serie de debates en torno a la pertinencia y a la legalidad de la operación.

Lejos de abordar tópicos sobre la conveniencia o no, desde el punto de vista comercial, así como sus posibles implicaciones en el campo de la geopolítica, conviene examinar la legalidad de la referida operación en el marco de nuestra legislación positiva.

Bajo un estricto examen legal, nacen interrogantes sobre la posibilidad que tienen los representantes del estado, en accionar libremente, en razón de tratarse de un acto de comercio del Estado Dominicano. Así como también se debate la necesidad de que el Poder Legislativo apruebe dicha venta.

Algunos han cuestionado la legalidad de que un estado extranjero tenga alguna participación accionaria en REFIDOMSA. Otros en cambio han establecido la obligación que tiene el Estado de ofertar el 25% del capital social de dicha empresa a las Compañías Distribuidoras. Pero uno de los puntos más delicados para la República Dominicana,

lo constituye la interacción de esta negociación con las obligaciones asumidas en el DR-CAFTA.

DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD¹

Es cierto que el Estado Dominicano actúa como accionista en REFIDOMSA, desarrollando al efecto una actividad de la esfera privada. No obstante, debemos cuestionarnos, en definitiva: ¿a quién pertenece el patrimonio de REFIDOMSA? Es sabido que la totalidad de la composición accionaria de REFIDOMSA fue adquirida por el Estado Dominicano, cuando el 5 de agosto del 2008 se anunció la compra del 50% de las acciones de REFIDOMSA, pertenecientes a The Shell International Petroleum Company Ltd. Por lo cual, está fuera de toda duda que la totalidad de la composición accionaria actual de REFIDOMSA, es de la propiedad del pueblo dominicano.

Por tanto, si bien el gobierno corporativo de REFIDOMSA, responde a una reglamentación de derecho privado, ¿sucede lo mismo con la enajenación de un patrimonio público, como lo constituyen las referidas acciones? Pero también debemos preguntarnos: ¿quién gobierna el accionar de los representantes del Estado en el gobierno corporativo de REFIDOMSA? ¿Cómo medir la transparencia con que se administra los activos

que pertenecen al pueblo dominicano? La respuesta es la ley. En efecto, si bien es cierto que el Estado desarrolla en ocasiones actividades que tiene un carácter privado, no es menos cierto que los representantes del Estado han recibido un mandato del pueblo dominicano, para desarrollarlo de conformidad a la Ley.



¹ "El principio de legalidad es el principio según el cual las autoridades públicas deben respeto a la legalidad, esto es subordinación a la administración de la ley.// Nombre dado a menudo por los autores de una máxima considerada por ellos parte del derecho vigente con arreglo a la cual las decisiones individuales y especiales de la autoridad no pueden tomarse sino en virtud y de conformidad de las normas generales previamente establecidas." Henri Capitant. Vocabulario Jurídico. Legalidad (principio.) Editorial Temis, S.A. 1995, página 516.

Para una mejor ilustración, veamos la diferencia sobre las reglas que existen entre los gobernados y los gobernantes en su accionar. Mientras que los primeros, es decir los gobernados o bien los particulares, pueden hacer todo, absolutamente todo lo que la ley no prohíba², en cambio los representantes del Estado solo pueden desarrollar sus actividades estrictamente en el marco de lo que la ley les permite, como consecuencia de la implementación del Principio de la Legalidad, el cual constituye uno de los princi-



Juro por Dios, por la Patria y por mi honor, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes de la República, sostener y defender su independencia, respetar sus derecho y llenar fielmente los deberes de mi cargo



pios rectores de la organización de la Nación Dominicana.

Recordemos que todos los poderes de la nación nacen del pueblo dominicano, lo cuales se ejercen por la representación³. Esto se traduce en que los integrantes de los diferentes poderes del estado, actúan en representación del pueblo. De ahí que, el gobierno de la Nación, entre otros atributos, es esencialmente representativo⁴, dividido en 3 poderes, pero comprometidos todos al cumplimiento de la Constitución y las Leyes.⁵

De tal suerte los representantes del Estado han recibido un mandato del pueblo mismo, el cual deben desempeñarlo conforme a la Constitución y las Leyes. "En otros términos, el ejercicio de la actividad administrativa debe apoyarse estrictamente en la ley."⁶

En contraposición a lo dicho, algunos pueden aventurarse a inferir que el Poder Ejecutivo puede actuar libremente porque ninguna ley puede condicionar su accionar, porque lo contrario se traduciría en admitir la intervención del Poder Legislativo en las actividades del Ejecutivo⁷, dado que sus poderes son independientes e indelegables, y que por consecuencia ningún poder puede inmiscuirse en el área de los demás poderes.

No obstante, si bien tiene algo cierto el argumento esgrimido en el párrafo que antecede, debemos recordar que una de las principales misiones del Poder Ejecutivo es hacer cumplir la ley, y al efecto, el Ejecutivo no solo tiene la obligación de promulgar y hacer publicar las leyes y resoluciones del Congreso Nacional y cuidar de su fiel ejecución⁸, sino que además el Presidente y el Vicepresidente de la República antes de tomar la posición del cargo, están obligados a prestar el siguiente juramento: "Juro por Dios, por la Patria y por mi honor, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes de la República, sostener y defender su independencia, respetar sus derecho y llenar fielmente los deberes de mi cargo"⁹.

De igual manera, el Presidente de la República es el jefe de la Administración Pública y

le corresponde el nombramiento de los Secretarios y Sub-Secretarios de Estado, y los demás funcionarios y empleados públicos, cuyos nombramientos no se atribuya a ningún otro Poder u organismo autónomo.¹⁰

Los Secretarios de Estados, entre otras funciones de manera general, también están obligados a cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos, decretos, resoluciones y acuerdos relativos a sus respectivas ramas.¹¹

LA LICITACIÓN DE LA VENTA

Una vez despejado el tema acerca de la legalidad con la cual deben accionar los representantes del Estado, conviene evaluar lo expresado por el legislador en relación a una operación como la que nos ocupa.

La venta de las acciones de REFIDOMSA de manera imperativa debe ser sometido a un proceso de licitación pública, como al efecto lo establece la Ley marcada con el número 340-06 sobre compra y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones, modificada por la Ley 449-06. En esta Ley, de manera meridiana se estableció que todos los contratos que no se encuentren expresamente excluidos o sujetos a un régimen especial, se encuentran obligados a realizar las licitaciones correspondientes de acuerdo con los principios de eficiencia, igualdad, competencia, transparencia, publicidad, economía, flexibilidad, equidad, responsabilidad, moralidad, reciprocidad, participación y razonabilidad¹². Veamos:

Artículo 2: Están sujetos a las regulaciones previstas en esta ley y sus reglamentos, los organismos del sector público que integran los siguientes agregados institucionales: 1) El Gobierno Central; 2) Las instituciones descentralizadas autónomas y no financieras (...)

Párrafo I: A los efectos de esta ley se entenderá como Gobierno Central, la parte del sector público que tiene por objeto la conducción política y administrativa, legislativa

2 Constitución de la República Dominicana, artículo 8, inciso 3. 3 Idem, artículo 2. 4 Idem, artículo 4 inciso 3. 5 Constitución de la República Dominicana, artículo 2: La soberanía nacional corresponde al pueblo de quienes emana todos los poderes del estado, los cuales se ejercerán por representación. 6 Manuel A. Amiama. Prontuario de Legislación Administrativa Dominicana. Segunda Edición. Editorial Tiempo, S.A., página 6337 Constitución de la República Dominicana, artículo 4.8 Idem, artículo 55, inciso 2. 9 Idem, artículo 54.

va, judicial, electoral y fiscalizadora de la República, conformada por el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, la Junta Central Electoral y la Cámara de Cuentas.

Párrafo II: Para los fines de esta Ley se considerará como instituciones descentralizadas y autónomas, financieras y no financieras, a los entes administrativos que actúan bajo la autoridad del Poder Ejecutivo, tienen personalidad jurídica, patrimonio propio separado del Gobierno Central y responsabilidades en el cumplimiento de funciones gubernamentales especializadas y de regulación.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 340-06 dispone que: Los procesos y personas sujetos a la presente ley son: 1) Compra y contratación de bienes, servicios, consultoría y alquileres con opción a compra y arrendamientos, así como todos aquellos contratos no excluidos expresamente o sujeto a un régimen especial.

Los procesos expresamente excluidos se encuentran taxativamente listados por el legislador, y en modo alguno se describió algo semejante la venta del capital accionario de REFIDOMSA.

Aunque resulta sobre abundante expresarlo, la venta supone un contrato de compra venta entre el Estado Dominicano y los posibles adquirientes del 49% de la parte accionaria de REFIDOMSA.

Es importante destacar que las leyes relativas al derecho administrativo, tienen carácter de orden público, por lo cual, tienen una interpretación exegética, o bien, lo que equivale a decir, una interpretación literal. Para poder interpretar adecuadamente el texto transcrito, resulta importante destacar unos de los principios básicos que dan lugar a nuestra organización actual: Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (cuando la ley no distingue, a nosotros tampoco nos cabe distinguir).

En suma a lo anterior, poco importa que la venta recaiga sobre partes alicuotas del ca-

pital social de REFIDOMSA (acciones), toda vez que la propia Ley 340-06 en su artículo 4, definió los bienes sobre cual recae su imperio como: "objetos de cualquier índole".

¿PUEDE UN ESTADO EXTRANJERO PARTICIPAR EN EL CAPITAL ACCIONARIO DE REFIDOMSA?

Se ha cuestionado en los medios la participación de un estado extranjero en el capital accionario de REFIDOMSA. Algunos han fundamentado su opinión en el marco legal que nos brinda la Ley marcada con el No. 112 -2000. No obstante la lectura exegética de la referida Ley en modo alguno revela tal prohibición. Tal vez la confusión proviene de la Ley marcada con el número 4532-06, en cuyo texto se establece la prohibición a que ningún gobierno y soberanos extranjeros, por ningún motivo podrán obtener el derecho para la exploración, explotación y beneficio del petróleo y demás sustancias hidrocarbonadas, ni podrán ser admitidos

como socios o asociados, o accionistas por ninguna persona o compañía que disfrute esos derechos.¹³

Pero si bien ley marcada con el número 4532-06, se encuentra relacionada al petróleo y sus derivados, la misma solo va destinada a la exploración y explotación de los eventuales recursos en el sub-suelo del territorio dominicano, por lo cual, en modo alguno puede ser extendido tales prohibiciones a la participación de un estado extranjero, por medio de cualquier vehículo societario en REFIDOMSA¹⁴.

¿DEBE SER APROBADA LA VENTA DE LAS ACCIONES DE REFIDOMSA POR PARTE DEL PODER LEGISLATIVO?

Se ha referido acertadamente que la venta de las acciones de REFIDOMSA no tienen que ser llevadas para su aprobación por ante el Congreso Nacional, en razón de



10 Constitución de la República Dominicana, artículo 55, inciso 1.11 Ley Orgánica de las Secretarías de Estado, No.4378 del 10 de febrero del 1956, artículo 6, literal b).12 Ley 340-06, artículo 3.13 Ley 4532-06 sobre Petróleo, artículo 5.14 Ley 4532-06 sobre Petróleo, artículo 1 y 2.15 Constitución de la República Dominicana, artículo 55, inciso 10 y artículo 37, inciso 4.

que son bienes muebles, y solo la enajenación de inmuebles cuyo valor sea mayor de RD\$20,000.00 pesos oro requieren la aprobación del Congreso Nacional.¹⁵

Pero, si bien es cierto lo anterior, no menos cierto es que la composición accionaria y la misma conformación de REFIDOMSA, fue motivo de la ley marcada con el número 553, publicada en la Gaceta Oficial 5172 del 31 de diciembre del 1969. Por dicho marco legal se estableció que la totalidad de las acciones integrantes del capital social de la Compañía Refinadora serán suscritas en partes iguales entre el Estado y el Grupo Shell. También se estableció por ley que el Grupo Shell siempre conservaría al menos el 25% de la composición accionaria. De igual manera se estableció por ley, que el Estado Dominicano siempre conservara el 50% del capital accionario, cuyo proporción no estará a disposición del comercio (inalienables).



las leyes relativas al derecho administrativo, tienen carácter de orden público, por lo cual, tienen una interpretación exegética, o bien, lo que equivale a decir, una interpretación literal

De tal suerte si el contrato intervenido entre The Shell International Petroleum Company Ltd. y el Estado Dominicano fue objeto de la intervención del legislador, quien perfeccionó lo pactado por voto de ley, ¿no requiere la intervención del legislador en el nuevo esquema societario de REFIDOMSA? En respuesta, si bien por Ley 553 se establecieron mecanismo por los cuales las partes (El Estado y Shell) reglamentaron como podían enajenarse su respectiva participación, a nuestro modo de ver, bajo ningún concepto el Poder Ejecutivo y sus representantes pueden ir mas allá en su accionar de lo que la ley le permite, y mucho menos pueden obrar en contradicción de un texto de ley. Al respecto, bajo nuestro sistema de derecho escrito,



toda ley se mantiene vigente hasta que sea derogada expresa o implícitamente por otra ley, cuya facultad es una atribución exclusiva del Poder Legislativo¹⁶. De tal manera, nos resulta concluyente la intervención del Congreso Nacional para legitimar una nueva participación de cualquier entidad en REFIDOMSA, como consecuencia del imperio de la Ley 553.

¿DEBE OFERTARSELE A LOS DISTRIBUIDORES EL 25% DEL CAPITAL?

Se ha argumentado la obligación del Estado Dominicano en ofertar a las Compañías Distribuidoras, la venta de por lo menos el 25% del capital accionario de REFIDOMSA. Pero esto no es del todo cierto, ya que lo único que se estableció en el contrato celebrado entre el Estado Dominicano y la Shell, es la obligación que tenía esta última de ofertar una parte del capital social, correspondiente a su proporción, a las Compañías Distribuidoras, después de que la Refinería iniciase sus operaciones¹⁷. También se pactó, que en todos los casos, la Shell retendría por lo menos el 25% de la participación en las acciones de REFIDOMSA¹⁸.

Desconocemos si la Shell honró tales obligaciones, pero es evidente que por el tiempo transcurrido entre la entrada en operación de REFIDOMSA y la exigencia de esta obligación, es más que probable que haya operado una prescripción de tales derechos, toda vez que la prescripción más larga en la República Dominicana es de 20 años¹⁹.

DEL ESPINOSO TEMA DEL DR-CAFTA

Uno de los temas más espinosos y delicados en la transacción de REFIDOMSA lo constituyen las obligaciones pactadas por la República Dominicana en el DR-CAFTA.

Ciertamente el Estado Dominicano en el Capítulo 9 del DR-CAFTA asumió las obligaciones en cuanto a las contrataciones públicas. Pero también es cierto que las contrataciones públicas subordinadas a lo acordado, y que son vinculantes para la República Dominicana, se encuentran expresamente definidas, listadas y condicionadas en los textos establecidos en el indicado capítulo 9 y en los anexos 9.1.2 (b)(i) y 9.1.2 (b)(iii).

A nuestro modo de ver, ninguna de las precisiones y listas puntualizadas en los textos aludidos en el párrafo que antecede, son vinculantes para la operación cuestionada en este estudio. De igual modo, tampoco atañe a las obligaciones concertadas en el DR-CAFTA sobre transparencia²⁰.

JAIME ROCA

Socio de J. J. Roca & Asociados, Abogados Consultores y miembro del Comité Legal de AMCHAMDR. 

16 Constitución de la República Dominicana, artículo 37. 17 Ley 533, artículo 9, letra b. 18 Idem letra c. 19 Código Civil de la República Dominicana, artículo 2262. 20 DR-CAFTA, Capítulo 18.