

El principio de la libertad de comercio y empresa en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

Tatiana Pérez Valencia

En el mundo actual, globalizado y caracterizado por complejos procesos de integración, nuevos derechos económicos han surgido, entre ellos el derecho a la libertad de empresa y de trabajo. Al no existir preceptos absolutos en su aplicación, cabe distinguir algunos aspectos implícitos en este principio, así como sus limitaciones, establecidas por el poder del Estado en la dirección de la economía. El trabajo evidencia que en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no se realiza una reflexión de lo que se ha de entender por este principio y sus aspectos fundamentales, contrariamente a lo que sucede con las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en las que encontramos una apreciación más directa, singular, sin limitaciones ni restricciones sobre el principio de la libertad de empresa y de comercio.

FORO

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE COMERCIO Y EMPRESA EN LOS FALLOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

A escala mundial se ha producido la integración de las economías, proceso que se ha venido dando a lo largo de la historia, hasta llegar a la etapa de globalización en la que nos encontramos. En la globalización es donde se permite la integración abierta tanto nacional como regional, pues, en la búsqueda de la competitividad y de la inserción en la economía mundial, los países se entrelazan en procesos de integración global o regional. Este proceso de integración global ha tenido mayor fuerza en los últimos

años, por el reforzamiento y vigencia de una nueva normatividad multilateral que rige para estos nuevos procesos.

Es el derecho de la integración también llamado derecho comunitario que “se caracteriza porque exige primacía sobre el derecho de los estados miembros. Es de carácter multilateral y de naturaleza colectiva; debe tener en todas partes los mismos efectos y el mismo rango”.¹ De ahí la aplicación de la supranacionalidad del derecho regional sobre el derecho nacional, que se materializa por el uso de varios mecanismos para su vigencia, entre ellos, la implementación de componentes para el control de la legalidad o de solución de diferencias.

Con dicho fin, en el caso de la Comunidad Andina (CAN), se ha implementado una estructura institucional, entre cuyos mecanismos principales y de esencial importancia está el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, órgano jurisdiccional que procura la aplicación del derecho comunitario.

Ahora bien, es necesario bajo esta perspectiva analizar ciertos principios jurídicos que han surgido de la aplicación de la normativa multilateral o regional, y que se han puesto de manifiesto en la resolución de conflictos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a saber, el principio de libertad de comercio y empresa.

Este principio implica, para autores como Ariño Ortiz, la libertad de creación de empresas y libertad de acceso al mercado, la libertad de organización del empresario y la libertad de dirección de la empresa.

El primer aspecto supone la libertad de emprender actividades económicas en el sentido de libre fundación de empresas y libre acceso a los bienes y servicios, a esta libertad de acceso se oponen las reservas de uso público de recursos o servicios esenciales, alegando en las controversias judiciales argumentos espurios por parte del Estado para justificar las medidas restrictivas; el segundo aspecto implica la libertad de organización, de elección de formas, nombre e identidad de la empresa, libre emplazamiento, constitución interna, etc., aquí cabe distinguir también restricciones o limitaciones que se han establecido a través de condicionamientos urbanísticos y territoriales que bajo el precepto de protección del interés general precautelan intereses sectoriales; sobre el tercer aspecto diremos qué significa la libertad de ejercicio de la actividad empresarial, la libertad de tomar decisiones y competir en un mercado libre, que se expresa en la libertad de producción

1. Edgar Camacho Omiste, “El marco constitucional y el principio de supranacionalidad”, en *Integración y supranacionalidad*, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina, 2001, p. 113.

(volumen, calidades), libertad de inversión, libertad de fijación de una estrategia comercial, libertad de distribución y venta, así como la libertad de competencia, sin embargo por el poder estatal de la dirección de la economía, esta libertad puede verse en detrimento.²

Visto así este precepto jurídico fundamental, antes que un análisis de su aplicación en las resoluciones y criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, nos llevarán a un estudio analítico y crítico de su aplicación, ya descrito brevemente en las líneas que constan *ut supra*. Es por ello necesario establecer bajo el parámetro de ciertos criterios constantes en las resoluciones de la Secretaría General y de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, en donde se recogen los criterios de aplicación y vigencia de estos principios.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones como órgano jurisdiccional del ente subregional, tiene jurisdicción que comprende a todos los habitantes de los países miembros pues todos son destinatarios de los efectos de la normativa subregional. Esta normativa supone su aplicación directa que prevalece sobre la normativa nacional. En varias sentencias del Tribunal es muy claro el principio de prevalencia del ordenamiento jurídico andino, así “en el evento en que exista una contradicción entre la normativa andina y una disposición nacional, de acuerdo con dicho principio no debe derogarse la norma interna, pero si debe aplicar la norma andina”.³

En un intento de recopilar la normativa andina que protege el principio de libertad de empresa y de comercio hemos traído a colación de entre las normas comunitarias las siguientes decisiones que recogen, en nuestro criterio, la protección a estos principios.

1. En el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros, que consta en la Decisión 291 publicada en el Suplemento del Registro Oficial 682, de 13 de mayo de 1991, y reformada por la Decisión 295 publicada en el Registro Oficial 705, de 14 de junio de 1991, encontramos las siguientes disposiciones:

Art. 2. Los inversionistas extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada País Miembro.

2. Este apartado expone y traduce libremente las ideas expresadas de Gaspar Ariño Ortiz, *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, Madrid, Marcial Pons-Idelco, 1995, pp. 83-92.

3. Marcel Tangarife, “Sistema jurisdiccional en el proceso andino”, *Integración y supranacionalidad*, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina, 1991, p. 165.

Art. 3. Toda inversión extranjera directa, o de inversionistas subregionales, que cumpla con las condiciones establecidas en el presente Régimen y en las respectivas legislaciones nacionales de los Países Miembros, será registrada ante el organismo nacional competente, en moneda libremente convertible.

2. En la Decisión sobre el Régimen Uniforme para empresas multinacionales andinas, Decisión 292, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 682, de 13 de mayo de 1991, garantiza la igualdad de trato de las empresas multinacionales andinas, así:

Art. 9. Las empresas multinacionales andinas y sus sucursales gozarán de un tratamiento no menos favorable que el establecido para las empresas nacionales, en materia de preferencias, para las adquisiciones de bienes o servicios del sector público.

Art. 10. Los aportes destinados al capital de las Empresas Multinacionales Andinas y sus sucursales, circularán libremente dentro de la Subregión.

3. En la decisión que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Decisión 351 publicada en el Registro Oficial 366, de 25 de enero de 1994, protege el ejercicio de la actividad económica de los autores:

Art. 1. Las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.

Asimismo, se protegen los Derechos Conexos a que hace referencia el capítulo X de la presente Decisión.

Art. 2. Cada país miembro concederá a los nacionales de otro país, una protección no menos favorable que la reconocida a sus propios nacionales en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

4. La decisión que contiene normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de países miembros de la Comunidad Andina (Decisión 456, Registro Oficial 269, de 3 de diciembre de 1999) contiene normas para garantizar la libre competencia y las prácticas sanas del comercio:

Art. 1. Las normas previstas en la presente Decisión tienen por objeto pre-

venir o corregir los daños causados a una rama de la producción de los Países Miembros, que sean el resultado de distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.

5. La Decisión 486: Régimen Común sobre propiedad industrial, Decisión 486 (Registro Oficial 258, 2 de febrero de 2001), establece la protección al derecho de propiedad de las empresas, así:

Art. 1. Con respecto a la protección de la propiedad industrial, cada País Miembro concederá a los nacionales de los demás miembros de la Comunidad Andina, de la Organización Mundial del Comercio y del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales, a reserva de lo previsto en los artículos 3 y 5 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), y en el artículo 2 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

Asimismo, podrán conceder dicho trato a los nacionales de un tercer país, bajo las condiciones que prevea la legislación interna del respectivo País Miembro.

En esta normativa de la comunidad andina, si bien no se encuentra expresamente contenido el principio de libertad de empresa y de comercio, consta en cambio los aspectos que comprenden este principio, a saber, la libertad de inversión, la libertad de creación de empresas multinacionales, la garantía de la libre competencia sana y la garantía de la protección de la propiedad de las empresas, específicamente de la propiedad intelectual.

Según el art. 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el ordenamiento jurídico de la Comunidad comprende, entre otros, el Tratado del Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; el Tratado de Creación del Tribunal y sus protocolos modificatorios; las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina; las resoluciones de la Secretaría General y los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andina.

De este marco normativo de la Comunidad Andina partiremos para el análisis de las facultades que tiene el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en cuanto a conocimiento de acciones de nulidad, acciones de incumplimiento, revisión e interpretaciones prejudiciales, para analizar en sus

decisiones de resolución de controversias, el tratamiento que se ha dado al principio de libertad de empresa y de comercio.

Para ello, emprenderemos en un análisis breve de las acciones que realiza el Tribunal para luego revisar la aplicación del principio de libertad de empresa y de comercio en sus sentencias.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Ningún ordenamiento jurídico adquiere eficacia, esto es, vigencia real, si carece de un mecanismo de control de legalidad que cumpla esta triple función: a) ejercer un control de legalidad sobre los propios organismos del sistema, a fin de asegurar que sus actuaciones se sujeten en un todo a los estatutos constitutivos del ordenamiento; b) sancionar los incumplimientos de quienes deben obedecer la preceptiva del ordenamiento, distintos de los organismos del mismo; y, c) formular una interpretación obligatoria de las normas del ordenamiento en un solo sentido, con el objeto de que sus efectos sean uniformes y generen un auténtico derecho común, general, igualitario, interpretación que tiene un influjo moderado y directivo, sobre los funcionarios encargados de la aplicación de la normatividad del ordenamiento.⁴

Hay un convencimiento entre los autores que la Comunidad Andina como una comunidad económica es una comunidad de derecho, en donde además de una normativa que la regula existe un órgano que vigila su cumplimiento, esto es, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Este Tribunal cumple, pues, la función de ser un mecanismo de control jurisdiccional.

De acuerdo al art. 8 del Tratado Constitutivo, el Tribunal es un órgano principal del Acuerdo de Cartagena, con personería jurídica de derecho internacional y de carácter supranacional. Incluso hay que tomar en cuenta la fuerza que tienen sus resoluciones caracterizadas no solo por la imparcialidad y la independencia, que deriva de la forma de selección de los magistrados; sino que también el propio Tratado en el art. 32 establece el carácter

4. Luis Carlos SÁCHICA, "El ordenamiento jurídico andino y su Tribunal de Justicia", en *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Uruguay, Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto para la Integración de América Latina, 1985, p. 12.

directo de la aplicación de las resoluciones sin necesidad de homologación alguna.

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena se crea el 28 de mayo de 1979, como órgano judicial del Sistema Andino de Integración Subregional, a través del Tratado suscrito por los cinco países miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Posteriormente, el 28 de mayo de 1996, en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, los países miembros suscribieron el Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. La sede permanente, según su Tratado Constitutivo, es la ciudad de Quito, Ecuador.

Como señala SÁCHICA, la función del Tribunal es la de “garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo de Cartagena”.⁵ Con ello se pretende resaltar la importancia del Tribunal en cuanto mecanismo de control jurisdiccional y del control de legalidad. Las principales funciones del Tribunal son las de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo y unificar la jurisprudencia mediante la interpretación prejudicial del ordenamiento jurídico andino. Conociendo entre sus facultades las acciones de nulidad, las acciones de incumplimiento, revisión y la de interpretación prejudicial.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA SOBRE EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE COMERCIO Y EMPRESA

ACCIONES DE NULIDAD

Caso 1: Proceso 12-AN-99

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Fecha: 24 de septiembre de 1999

Interpuesta por: la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI)

Asunto: Acción de Nulidad contra las Resoluciones Nos. 139 del 14 de octubre de 1998 y 179 del 14 de enero de 1999, expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Resumen: La CORPEI deduce la acción de nulidad de las Resoluciones

5. *Ibid.*, p. 25.

Nos. 139 de 14 de octubre de 1998 y 179 de 14 de enero de 1999, invocando el art. 72 del Acuerdo de Cartagena en su primer inciso, segunda parte, que habría sido “expresamente violado por la Secretaría General de la Comunidad Andina en consideración a que la cuota redimible en favor de la CORPEI es un recargo análogo a una tasa y por tanto no puede ser considerado ni gravamen ni restricción a las importaciones”.

El Tribunal, interpretando la demanda y con apoyo en el texto de los documentos oficiales que se acompañaron a la misma, particularmente, la Ley de Comercio Exterior e Inversiones (LEXI) y su reforma; los Estatutos de la CORPEI; la Resolución No. 2 del Consejo de Comercio Exterior y las Resoluciones de la Secretaría General que se demandan, advierte que con ellos se demuestra que la CORPEI es una entidad sometida al Derecho privado ecuatoriano, que entre sus funciones tiene asignada por la ley y por sus estatutos la de promover las exportaciones, para lo cual cuenta con unos recursos que en tales normas se le destinan, entre los que se destaca la cuota redimible que deben pagar los importadores de bienes al Ecuador y que ha sido calificada por la Resolución No. 139 de la Secretaría General, acusada, como gravamen y, en tal virtud, contraria al Programa de Liberación del Comercio de la Comunidad Andina. Como esta última providencia señala en su art. 2 que se “otorga un plazo no mayor de 20 días útiles para que se deje sin efecto el gravamen existente para los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena”, no queda duda de que la nombrada CORPEI vería afectados sus ingresos en la medida en que el acto administrativo comunitario se ejecutara.

Con respecto al primero de los conceptos, que es el que interesa a los propósitos de este fallo, dijo la referida norma comunitaria que “se entenderá por ‘gravámenes’ los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. No quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados”. Finalmente, en el art. 73 del Tratado se dispuso que sería la Secretaría General, de oficio o a petición de parte, el organismo comunitario encargado de determinar si una medida, adoptada unilateralmente por un país miembro, debía considerarse como gravamen o restricción o si podía inscribirse dentro de las precisas excepciones contempladas en el ya citado art. 72.

Lo primero que debe destacar el Tribunal, en cuanto a la definición del concepto de gravamen que hace la norma comunitaria, es que ella no corresponde al criterio técnico tributario que lo restringe al campo de los impues-

tos, sino que cubre una generalidad de situaciones y dominios que trascienden el ámbito de la tributación, para cobijar bajo su manto todas aquellas situaciones con las cuales se pretenda recargar el valor de las importaciones que, por estar realizándose dentro de una zona de libre comercio, no deben gravarse con suma alguna derivada del hecho mismo de la importación, a no ser que se trate del cobro de los servicios que, directamente relacionados con tal hecho, deba sufragar el importador como contraprestación por tales servicios, generalmente constituidos por operaciones de descargue, estiba y desestiba, utilización de puertos y hangares, bodegajes, trámites concernientes al levante de las mercancías y demás usuales dentro del comercio internacional de bienes.

La definición legal no restringe el concepto de gravámenes a los derechos aduaneros sino que lo amplía, de una manera bien generosa, a “cualesquier otros recargos de efectos equivalentes”, sin importar que tales recargos tengan tal o cual denominación, ni tampoco su naturaleza, que bien puede ser de carácter fiscal, de carácter monetario o de carácter cambiario y cuyo único condicionante es que incidan sobre las importaciones, encareciéndolas o dificultándolas. No encuentra, por ende, el Tribunal, ajustada a la realidad jurídica, la pretensión de asimilar el concepto de “gravamen”, utilizado por el art. 72 del Acuerdo de Cartagena, al de “impuesto aduanero”, tal como se define en el campo meramente tributario. Y ello no es correcto por cuanto el legislador andino hizo una definición especial, de carácter legal, que, en consecuencia y con seguimiento de las reglas que dicta la hermenéutica, no puede ser interpretada con un sentido o con un alcance distinto al de la definición dada por el Tratado.

Así las cosas, entiende el Tribunal, en términos generales, que cualquier suma que cobre unilateralmente un país miembro, por el hecho de importaciones que se efectúen a su territorio, provenientes y originarias de otro país miembro, sin que se pueda amparar bajo el concepto de “tasas” o de “recargos análogos”, que correspondan al costo aproximado de los servicios prestados, muy probablemente sería calificado como gravamen en los términos del art. 72. Por tanto, el Tribunal debe evitar cualquier intento de desviación, que utilizando la vía de los recargos monetarios, cualquiera fuere su naturaleza, su propósito y su destinación, pudieran realizar los países miembros, desnaturalizando con ello el programa de liberación que es, por cierto, la esencia del mercado común y uno de los fines propios del Acuerdo de Integración Subregional.

Análisis: En la presente decisión, se vislumbra vital importancia al tema tributario, estableciendo gravámenes o cargas o gravámenes adicionales a

las empresas que realizan importaciones, afectando con ellos la liberación del comercio en la subregión, pues se considera que la afección con gravámenes adicionales resta competitividad a las empresas y va en detrimento del proceso de liberación.

Ahora bien, en la mencionada sentencia no se alega expresamente la violación al principio de libertad de empresa y de comercio, pero sí en cambio a uno de sus aspectos en cuanto a la libertad de la adquisición de bienes y servicios en la subregión y a la libre competencia. El primero, por cuanto al establecer gravámenes adicionales al comercio afecta a las empresas que importan esos productos en dicho país en relación con otras empresas de los otros países de la subregión, por ende esto afecta la libre competencia porque las reglas de mercado y de precios son desiguales entre los países miembros.

INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Caso 2: Proceso 85-IP-2002

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Fecha: 24 de septiembre de 1999

Interpuesta por: el Consejo de Estado de la República de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

Asunto: Interpretación prejudicial de los arts. 81, 82 literales d) y e), 146 y 147 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y 5 del Tratado de Creación del Tribunal.

Resumen: El Banco Tequendama S.A., por medio de apoderado, solicitó ante la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Signos Distintivos, el registro de la marca CRÉDITO MULTIDIVISAS, para distinguir servicios comprendidos en la clase 35 de la Clasificación Internacional de Niza. Sin embargo, se le procede a negar por considerarlo irregistrable.

El actor fundamenta su pretensión en la violación del art. 13 incisos 1o. y 2o. de la Constitución Política de la República de Colombia, y del art. 3 inciso 6 del Código Contencioso Administrativo de ese país; y en la violación de los arts. 82 literal d), 146 y 147 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Sosteniendo, en síntesis, que la marca de servicios CRÉDITO MULTIDIVISAS no constituye un signo genérico como erróneamente lo ha calificado la oficina nacional competente de la República de Colombia.

El texto de las normas de la Decisión 344, objeto de la interpretación prejudicial, se transcribe en estas líneas:

Artículo 81. Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.

Se entenderá por marca todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona.

Artículo 82. No podrán registrarse como marcas los signos que:

- d) Consistan exclusivamente en un signo o indicación que pueda servir en el comercio para designar o para describir la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen, la época de producción u otros datos, características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales ha de usarse;
- e) Consistan exclusivamente en un signo o indicación que, en el lenguaje corriente o en el uso comercial del país, sea una designación común o usual de los productos o servicios de que se trate.

La interpretación que se da a estas normas, respecto a los signos genérico y descriptivos es que si bien la Decisión 344 en los párrafos d) y e) de su art. 82 no menciona la palabra 'genérica' ni tampoco 'descriptiva', se evidencia que constituyen, las primeras, la designación corriente del producto que amparan, y en cambio las segundas se refieren a las denominaciones que describen o designan la especie o muchas otras cualidades de los servicios que protegen, en las que además, al decir de Fernández Novoa, la indicación debe tener la virtualidad de comunicar las características a una persona que no conoce el producto. Por lo que es en términos generales:

- a) Un signo para ser registrado como marca debe reunir los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica establecidos por el art. 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Además es necesario que la marca no esté comprendida en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en los arts. 82 y 83 de la mencionada Decisión.
- b) No son registrables como marcas los signos genéricos y descriptivos de productos o servicios, cuando se refieran directamente a la cualidad que necesaria, usual o comúnmente es aplicable al nombre del bien o del servicio que se pretende distinguir.
- c) Podrán ser objeto de registro los signos que aunque sean genéricos o

descriptivos para cierto tipo de bienes, estén destinados a amparar otros respecto de los cuales no lo sean.

- d) Los signos evocativos pueden ser objeto de registro siempre que incorporen un elemento de fantasía que transmita indirectamente al consumidor, una idea o un concepto que le permita relacionar el signo con el producto o con el servicio amparado o distinguido por aquel”.

Análisis: Se alega por parte de la compañía a la que se niega el registro, entre otras cosas, la generalidad del registro de la marca MULTICRÉDITOS; ésta con ello alega la falta de norma que prohíba este registro. Si bien esta decisión no refiere expresamente al principio de libertad de comercio y empresa, lleva implícito uno de los aspectos que refiere este principio, que es la garantía de obtener licencias y autorizaciones para la apertura de sociedades como para el comercio de productos o servicios, en este caso el de otorgar el registro de la marca MULTICRÉDITOS. En esta medida se podría decir que esta limitación no afecta el principio de la libertad de comercio y empresa en la medida que precautela los mismos intereses de la compañía en la obtención del registro de dicha marca, para evitar su confusión con otros servicios que existan en el mercado.

REVISIÓN

Caso 3: Proceso 18-DR-2001

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Fecha: 12 de septiembre de 2001

Interpuesta por: República del Ecuador

Asunto: Demanda de revisión en contra de la sentencia de incumplimiento de fecha 29 de noviembre del año 2000 y leída en audiencia pública el 8 de febrero del año 2001 dentro del proceso 27-AI-2000.

Resumen: Se ha expedido sentencia dentro del proceso 27-AI-2000, de fecha 29 de noviembre del año 2000 en donde se declara el incumplimiento de la República del Ecuador del art. 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del capítulo V del Acuerdo de Cartagena y de la Resolución No. 134 de la Secretaría General. Por consiguiente, se impuso a la República del Ecuador la obligación de adoptar las medidas necesarias para cesar de inmediato la conducta contraventora.

La acción de incumplimiento se originó por la expedición por parte del Gobierno del Ecuador del Decreto No. 3303, publicado en el segundo Su-

plemento del Registro Oficial 833 de fecha 30 de noviembre de 1995, mediante el cual se establecían medidas con la finalidad de corregir distorsiones producidas por las importaciones indiscriminadas de combustible. Importaciones que causaban desequilibrios a la producción y comercialización nacional de estos productos, afectando gravemente a los ingresos que debió percibir el Estado ecuatoriano.

En la sentencia se establece que las medidas protectoras a la producción nacional del país Ecuador, en cambio, afectan la libertad de comercio con los productos de los otros países miembros.

Con dicho decreto el Ecuador alega que se pretendió establecer un tratamiento similar a todas las importaciones de combustible provenientes de cualquier país, garantizando de esta forma la equidad en la comercialización interna de estos productos, tanto elaborados en el país como de los importados. Sin embargo, el Tribunal considera que estas medidas de protección van en desmedro de los intereses de los otros países miembros.

La República del Ecuador expresa que mediante el Decreto Ejecutivo No. 3303 se reformaron los decretos ejecutivos Nos. 1433 y 1434, publicados en el Registro Oficial No. 369 de 28 de enero de 1994, que contienen el Reglamento de Regulación de Precios de los Derivados de Petróleo para consumo interno (excluidos el gas para uso doméstico, lubricantes y derivados especializados) y la valuación. Se alega la situación de fuerza mayor y caso fortuito, producida por situaciones económicas como la deuda externa e interna, las medidas de salvataje bancario, la caída de la reserva monetaria y el fenómeno de El Niño.

Sin embargo, pese a lo expuesto por la República del Ecuador el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a través de sentencia no considera los argumentos de hecho y de derecho alegados por la República del Ecuador y declaró el incumplimiento del art. 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del capítulo V del Acuerdo de Cartagena y de la Resolución 134 de la Secretaría General.

Análisis: En la presente sentencia el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina considera que el *Reglamento de regulación de precios de los derivados de petróleo para consumo interno* produce un desajuste en el manejo de los precios con los cuales se ponen en venta los productos derivados del petróleo de importación a un precio más alto del de producción nacional. Con esto no solo que se fomenta la falta de competencia sana sino que se produce una alteración artificial de los precios en los productos de importación.

Todo esto supone prácticas que van en desmedro de la integración y del comercio libre de los productos y servicios en los países de la subregión andina, por lo que el Tribunal regula estos condicionamientos que perjudican el proceso de integración andina.

En cuanto a la filosofía del principio de libertad de empresa y de comercio, diremos que se violan algunos de los aspectos que regulan este principio, a saber, la libre fijación de precios de ventas de los productos por el mercado, la desigualdad de condiciones de comercialización de los productos nacionales frente a los importados. Con todo ello, el principio de libertad de comercio y empresa se vería afectado por la disposición del decreto que precautela la producción nacional del Ecuador.

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE COMERCIO Y EMPRESA EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Dentro de la actividad económica se desarrolla el comercio en dos formas o esquemas de organización, el estatal y el liberal. Cualquiera de ellos en que se encasille una organización supone un orden económico diferente y un conjunto de métodos y procesos en donde su característica sea el predominio de la participación estatal o privada, según sea el caso.

Bajo el esquema de la organización liberal se desarrollan los principios de libertad económica y de empresa, así como el derecho de apropiación privada de los medios de producción. El primero, entendido como aquel derecho que implica “la libertad de contratos, libertad de las transacciones económicas, libertad de acceso a la actividad económica y libertad del ejercicio de ésta”,⁶ y, el segundo, como el derecho a la propiedad privada, como titularidades de derechos e intereses jurídicamente protegidos.

La libertad de comercio, libertad de entrada y de ejercicio empresarial, libertad de pactos, transacciones voluntarias, precios libres, o derecho a la empresa, se desarrolla como un principio fundamental de las actuales constituciones o cartas fundamentales.

En el caso de la Comunidad Europea, este principio se ha desarrollado con mayor énfasis, tanto por la vigencia de un proceso de integración más

6. Gaspar Ariño Ortiz, *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, Madrid, Marcial Pons-Idelco, 1995, p. 23.

global así como la vigencia y aplicación de la normativa comunitaria en Europa. Así, el mismo Tribunal de Justicia ha resaltado como jurisprudencia en sus fallos que la Comunidad Europea se trata de un nuevo ordenamiento jurídico del Derecho internacional, cuya aplicación afecta a los estados miembros, que ejercen con limitaciones sus derechos soberanos; y que también afecta a los particulares. De esta manera, se convierte el derecho comunitario en un derecho con vida propia y autonomía por lo que puede ser invocado por cualquier nacional de un Estado miembro.⁷

Reviste pues singular importancia la vigencia y aplicación directa de este derecho que, frente al caso latinoamericano, es más complejo y más eficaz.

EL TRIBUNAL DE LA JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

En todo Estado de derecho es necesario que existan los controles adecuados para la vigencia del ordenamiento jurídico existente. A ello se ha llegado luego de una evolución del constitucionalismo clásico y el Estado liberal burgués hacia el constitucionalismo social que define al Estado social de derecho. Establecido un sistema de derechos y garantías en la Constitución, surge con ella la necesidad de establecer un órgano que vigile y controle su cumplimiento, para el efecto el Tribunal Constitucional cumple su papel como órgano de control de la juridicidad.

También en el caso de una Comunidad de estados debe existir un órgano que realice el control de la juridicidad, cuya misión fundamental sea la defensa material y formal de la normativa comunitaria, a la que se deben someter todos los demás órganos, condición de validez y unidad del ordenamiento jurídico positivo y por añadidura de su regularidad.

Vale la pena anotar que la Comunidad Europea se rige por los Tratados Constitutivos de Roma y de París, así como por sus Tratados Modificatorios y Rectificatorios. En cuanto a sus órganos, el art. 4 del Tratado de la CE, modificado por el Tratado de Maastricht, establece que son cuatro: el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión y el Tribunal de Justicia; este últi-

7. Este apartado expone y traduce libremente las ideas expresadas de Ricardo Delgado, *Una propuesta para el tratamiento del dumping en el MERCOSUR*, Argentina, Boletín Latinoamericano de Competencia, 1999, p. 9.

mo es el que se encarga del control de la legalidad así como del cumplimiento de la normativa jurídica.

Es importante resaltar, entonces, dentro de un régimen comunitario, la vigencia de los derechos y garantías de los estados miembros como de sus nacionales a través del órgano jurisdiccional. Bajo este contexto, los principios de libertad económica y libertad de empresa serán protegidos por el Tribunal, en la medida en que son alegados por los particulares o los estados miembros.

Este principio se desarrolla en la normativa comunitaria europea en varios preceptos legales como son: la existencia de una reserva de ley, el respeto a la libertad de empresa y a lo que esto implica, el derecho de los consumidores y las limitaciones de la economía en general en situaciones extremas como desabastecimiento, guerra, crisis económicas, entre otras.

En breves rasgos el tratamiento que ha dado en sus sentencias el Tribunal de Justicia ha sido analizar ciertos aspectos como:

- a) El acceso a la profesión y la libertad de ejercicio: la protección jurídica de la libertad de comercio se dirige a no restringir el ejercicio del comercio y de una actividad, más allá del control que es necesario para registrar una actividad lícita de la profesión. Esto significa que las prohibiciones de ejercer cierta actividad se aceptarían siempre que vayan dirigidas a actividades ilícitas o que vayan en desmedro de la comunidad o como se expuso, del derecho de los demás. Es por esta razón que otra restricción o límite atentaría contra la libertad del ejercicio profesional o de la actividad de comercio.
- b) Licencias y autorizaciones para inicio de actividades de establecimientos: estas restricciones tratan de proteger la libre competencia entre quienes ejercen la actividad, para que la competencia en el mundo económico sea sana y proporcione los mismos derechos y garantías a quienes están ejerciendo un similar tipo de actividad. Para ello, es necesario entonces que las administraciones regionales, nacionales o supranacionales, como es el caso de la Comunidad Europea, establezcan reglas de juego claras y uniformes a todos quienes compiten en el mercado regional, nacional e inter-regional, que permitan identificar los métodos y procedimientos que hagan viable su actividad sin desmedro de los intereses de los otros competidores del mercado. Ahora bien, es necesario resaltar también que estas autorizaciones o licencias no constituyan impedimentos de la actividad, no sean dupli-

caciones de trámites administrativos o sean discriminatorios, a lo que hay que contrarrestar.

- c) Regímenes de horarios comerciales: esta norma determina horarios fijos para la atención a los clientes por parte de quienes ejercen la actividad comercial.
- d) Régimen de precios: sobre el tema diremos que se refiere a la fijación de precios por el mercado, eliminando cualquier forma de intervención estatal en el establecimiento de los precios de venta, de esta manera se permite que los comerciantes tengan libertad para adquirir o vender productos de acuerdo al precio que entre éstos acuerden, sin intervención de fuerzas extrañas al mercado.
- e) Regulación del pago a proveedores: en el mercado de bienes y servicios es cada vez más común la concentración del sistema de compras en uno o en ciertos proveedores de bienes, los cuales por lo general son grandes cadenas de almacenes que ofrecen precios con descuentos y promociones que los hacen muy interesantes al usuario o consumidor. Frente al tema, siguiendo con el *modus operandi* diremos que adicional a esta concentración del sistema de compras en unos pocos proveedores, también resalta los sistemas de pago a éstos, en donde los plazos de pago son cómodos y muy diferentes a los de los proveedores más pequeños. Esto hace que el esquema de compras a estos proveedores rompa los esquemas clásicos y básicos de los proveedores comunes.

Frente a este panorama, viene el tema de la financiación de los proveedores que al conceder plazos especiales de pago a sus clientes por la cantidad de compras que realizan corren el riesgo de mantener problemas financieros, lo que obliga a pensar en la protección a los proveedores.

Todos estos aspectos que implican la libertad de comercio y empresa están contenidos en el principio general de la libertad de empresa. Ahora, iremos más allá de la simple contemplación teórica de este derecho, pues para hacer efectiva la aplicación de esta normativa, es necesario además contar con un mecanismo de control de la juridicidad y que permita aplicar y regular este principio: para el caso de la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA SOBRE EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE COMERCIO Y EMPRESA

Es necesario, luego de la comprensión del principio de libertad de comercio y empresa, emprender en la tarea de analizar cómo en la Comunidad Europea se aplica este principio a través del órgano de control de la legalidad: el Tribunal de Justicia. Como se verá a continuación, el principio de marras, a diferencia de la aplicación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, es invocado expresamente en un sinnúmero de demandas.

En ocasiones no se lo analiza o se superpone a dicho principio los intereses de la Comunidad, o de la potestad pública y de la aplicación de las decisiones de la autoridad sobre los intereses particulares. No se toma en cuenta las diversas aristas que compromete este principio para analizar a fondo su vigencia en diferentes temas de afectación de los intereses de las empresas o personas que desarrollan una actividad económica.

Es importante, entonces, antes de entrar en el análisis de las sentencias del Tribunal, ya establecer la vigencia de la aplicación del principio de la libre empresa, en donde violentado este derecho ya no se discute más su aplicación, sino que en los casos se analiza más bien el monto de las multas o sanciones. Analicemos dos importantes sentencias:

Caso 1: ENSO ESPAÑOLA, S.A.

PROCESO 16-XI-2000 (En el asunto C-283/98 P)

Interpone: Enso Española S.A.

Asunto: Recurso de casación –competencia– art. 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 81 CE, apartado 1) - Principio de igualdad de trato.

Resumen: Mediante decisión, la Comisión impuso multas a diecinueve fabricantes proveedores de cartoncillo de la Comunidad por haber infringido el art. 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 81 CE, apartado 1). Esta decisión se adoptó como resultado de las denuncias informales presentadas en 1990 por la British Printing Industries Federation, organización profesional que representa a la mayoría de los impresores de cartoncillo del Reino Unido, y por la Fédération française du cartonnage, así como de las inspecciones efectuadas en abril de 1991, sin previo aviso, por agentes de la Comisión, de acuerdo con el art. 14, apartado 3, del Reglamento No. 17 del

Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), en los locales de una serie de empresas y asociaciones comerciales del sector del cartoncillo.

La Comisión llegó a la conclusión de que las empresas de que se trataba habían participado, al menos entre mediados de 1986 y abril de 1991 (la mayoría de ellas), en una infracción del art. 85, apartado 1, del Tratado. Pues en la mayor parte de los casos, desde mediados de 1986 hasta finales de abril de 1991, habían realizado un acuerdo y una práctica concertada iniciados a mediados de 1986 por los cuales los proveedores de cartoncillo en la Comunidad se reunían periódicamente con carácter secreto e institucionalizado con objeto de discutir y adoptar un plan industrial común para restringir la competencia; acordaban incrementos periódicos de precios para cada una de las calidades del producto en cada moneda nacional; planeaban y aplicaban incrementos de precios uniformes y simultáneos en toda la Comunidad; llegaban a un acuerdo para mantener las cuotas de mercado de los principales fabricantes a unos niveles constantes (sujetos a modificación de forma esporádica); aplicaban (progresivamente desde el comienzo del año 1990) medidas concertadas para controlar el suministro del producto en la Comunidad con el fin de garantizar la efectividad de los mencionados incrementos de precios; intercambiaban información comercial (sobre entregas, precios, interrupciones de la producción, carteras de pedidos y porcentajes de utilización de la maquinaria) para reforzar las medidas antes citadas.

En virtud de estas constataciones se imponen las siguientes multas a las empresas en cuestión.

Según la decisión, la infracción se produjo en el seno de un organismo denominado Product Group (PG) Paperboard (Grupo de estudio del producto Cartoncillo; en lo sucesivo, GEP Cartoncillo), compuesto por varios grupos o comités. Este organismo fue provisto, a mediados de 1986, de un Presidents Working Group (en lo sucesivo, PWG) compuesto por altos representantes de los principales fabricantes de cartoncillo de la Comunidad (ocho, aproximadamente). Las actividades del PWG consistían, en particular, en los debates y concertación sobre los mercados, las cuotas de mercado, los precios y la capacidad de producción. En especial, el PWG tomaba decisiones de carácter general relativas al momento y la magnitud de los incrementos de precio que debían aplicar los productores de cartoncillo. El PWG informaba a la President Conference (en lo sucesivo, PC), en la que participaba (con mayor o menor regularidad) la práctica totalidad de los directores generales de las empresas. La PC se reunió, durante el período de

que se trata, dos veces al año. A finales de 1987 se creó el Joint Marketing Committee (en lo sucesivo, JMC). El cometido principal del JMC consistía, por una parte, en determinar si se podían aplicar los incrementos de precio, y, en caso afirmativo, la manera en que se deberían efectuar y, por otra parte, en determinar los pormenores de las iniciativas de precios decididas por el PWG, país por país y para los principales clientes, con objeto de establecer un sistema equivalente de precios en Europa.

Por último, el Economic Committee (en lo sucesivo, EC) debatía, entre otras materias, sobre las fluctuaciones de precios en los mercados nacionales y la cartera de pedidos, y comunicaba sus conclusiones al JMC o, hasta finales de 1987, al Marketing Committee, predecesor del JMC. El EC estaba compuesto por los directores comerciales de la mayor parte de las empresas de que se trata y se reunía varias veces al año.

Se desprende, asimismo de la decisión que la Comisión consideró, que las actividades del GEP Cartoncillo se apoyaban en un intercambio de información a través de la compañía fiduciaria FIDES, con domicilio social en Zurich (Suiza). Según la decisión, la mayor parte de los miembros del GEP Cartoncillo facilitaban a FIDES periódicamente informes sobre los pedidos, la producción, las ventas y la utilización de la capacidad. En el marco del sistema FIDES se cotejaban los informes y se enviaban a los participantes los datos considerados conformes.

El Tribunal de Primera Instancia anuló, por lo que se refiere a la recurrente, el art. 1 de dicha decisión, en la medida en que en éste se afirma que participó en una infracción del art. 85, apartado 1, durante el período comprendido entre el mes de marzo de 1988 y el mes de febrero de 1989, y el art. 1, guión octavo, de la misma decisión, según el cual el acuerdo y la práctica concertada en los que participó la recurrente tuvieron por objeto “mantener las cuotas de mercado de los principales fabricantes a unos niveles constantes (sujetos a modificación de forma esporádica)” durante el período comprendido entre el mes de marzo de 1989 y el mes de abril de 1991.

Por tanto, lo que reformó el Tribunal de Primera Instancia es las fechas de establecimiento de la infracción, lo que afectará en el establecimiento del monto de la sanción. El Tribunal de Justicia lo que considera al caso es que el método de aplicación era el cálculo de las multas, mientras permanezca único y uniforme para todas las empresas sancionadas es válido por lo que confirma la sentencia y desecha el recurso.

Análisis: En lo que atañe a la decisión que impone multas a varias empresas por una infracción de las normas comunitarias de la competencia, el

alcance de la obligación de motivación debe apreciarse teniendo en cuenta, en particular, que la gravedad de las infracciones debe determinarse en función de un gran número de factores, tales como, entre otros, las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, y ello sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente (auto del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 1996, SPO y otros/Comisión, C-137/95 P, Rec. p. I-1611, apartado 54).

La Comisión debe normalmente utilizar un único método de cálculo de las multas impuestas a las empresas sancionadas por haber participado en una misma infracción (véase la sentencia *Musique Diffusion française* y otros/Comisión [...] apartado 122).

Mediante su recurso de casación, la recurrente solicita que se anulen la sentencia recurrida y la decisión, así como que se suprima, o por lo menos se reduzca, la multa que se le impuso, pero el Tribunal de Justicia desecha el recurso. No se discute la tipificación de la infracción pues se reconoce que se ha violentado el derecho de la libre competencia.

El análisis concluiría que en la sentencia del Tribunal de Justicia hace mención expresa al principio de libre comercio y empresa, a diferencia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina analizadas en el anterior acápite, en todo caso, vale la pena aclarar que hay una interesante exposición de motivos en el tratamiento que hace el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia sobre la significación y sobre lo que se ha de entender como principio de libre comercio y empresa, tratándose los aspectos de libre fijación de precios, apoyo a la competencia y garantía de la libre contratación de bienes y servicios, analizados como aspectos del precepto jurídico en la doctrina.

De esta manera el Tribunal, acorde con la doctrina del principio de libertad de comercio y empresa, desarrolla los lineamientos del precepto de manera singular.

Caso 2: SCA HOLDING LTD

16-XI-2000 (Asunto C-297/98 P)

Fecha: 16 de noviembre de 2000

Asunto: Recurso de casación –competencia– art. 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 81 CE, apartado 1) - Imputabilidad de la conducta infractora - Multa - Motivación - Circunstancias atenuantes

Interpone: SCA Holding Ltda.

Resumen: Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 29 de julio de 1998, SCA Holding Ltd interpuso, con arreglo al art. 49 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, un recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, SCA Holding/Comisión (T-327/94, Rec. p. II-1373; en lo sucesivo, “sentencia recurrida”), por la que el Tribunal de Primera Instancia desestimó su recurso dirigido a obtener la anulación de la Decisión 94/601/CE de la Comisión, de 13 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CE (IV/C/33833 - Cartoncillo) (DO L 243, p. 1).

Mediante la decisión, la Comisión impuso multas a diecinueve fabricantes proveedores de cartoncillo de la Comunidad por haber infringido el art. 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 81 CE, apartado 1). Los datos obtenidos en dichas inspecciones, como resultado de una serie de solicitudes de información y de documentos, llevaron a la Comisión a la conclusión de que las empresas de que se trataba habían participado, al menos entre mediados de 1986 y abril de 1991 (la mayoría de ellas), en una infracción del art. 85, apartado 1, del Tratado.

El recurrente solicita se regule las multas por la infracción sancionada, alegando que no existe un procedimiento claro sobre la determinación de las multas o su fórmula de cálculo. A lo que el Tribunal de Justicia de la CE desestima el recurso, alegando que mientras se haya aplicado un mismo procedimiento a todas las personas multadas, la facultad es válida de la Comisión para haber establecido las sanciones, ante una violación del derecho a la libre competencia.

Análisis: Si bien en la sentencia del Tribunal de Justicia de la CE no se hace una exhaustiva exposición del concepto del derecho a la libre competencia, es claro en cambio la vigencia e importancia de su aplicación que incluso con medidas coercitivas lograr su cumplimiento.

ANÁLISIS COMPARATIVO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

1. Como se manifestó en líneas anteriores, ningún ordenamiento jurídico adquiere eficacia, esto es, vigencia real, si carece de un mecanismo de control de legalidad que cumpla esta triple función de ejercer un control de legalidad sobre los propios organismos del sistema;

sancionar los incumplimientos de quienes deben obedecer la preceptiva del ordenamiento, distintos de los organismos del mismo; y formular una interpretación obligatoria de las normas del ordenamiento en un solo sentido.

2. En el caso de la Comunidad Andina, además de existir una normativa que la regula, existe un órgano que vigila el cumplimiento de esta normativa, esto es, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del Acuerdo de Cartagena. Este Tribunal cumple pues la función de ser un mecanismo de control jurisdiccional.
3. El principio de la libertad de empresa y de comercio analizado bajo los procedimientos de solución de controversias tanto ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como ante el Tribunal de Justicia de la CE, deja entrever una invocación por parte de los recurrentes muchas veces teórica pues en la solución de las controversias se deja de lado estos principios de la normativa regional como nacional, en razón del interés general y de la primacía del poder estatal y de su facultad de establecer las reglas de la dirección de la economía, estableciendo condiciones, restricciones y limitaciones materiales, territoriales, de ventajas competitivas a empresas estatales, reservándose la explotación de ciertos recursos y sectores, así como estableciendo límites en el acceso a los recursos o materias primas, a la comercialización de sus bienes e incluso a su venta, pese a la libertad de comercio y de fijación de precios establecidas como reglas generales, invocando la seguridad nacional y la potestad pública.
4. Es, entonces, el principio de la libertad de comercio y de empresa un precepto que, lejos de aplicarse, es muchas veces dejado de lado, en el aspecto objetivo de aplicación pues se alega por parte del poder público su facultad de proteger el interés general sobre el interés particular de la empresa.
5. En lo que atañe a la Comunidad Europea, en cambio, los hechos suceden todo lo contrario, pues la vigencia del derecho de la libertad de empresa y comercio, entendida como la libre fijación de precios, la competencia sana y leal y la garantía de los derechos de los consumidores, se aplican bajo el rigor de la normativa comunitaria, dando lugar incluso a sanciones onerosas en caso de que los comerciantes o las empresas incumplan estos preceptos.
6. Cabe distinguir algunos aspectos implícitos de lo que contempla la li-

bertad de comercio, que son tratados tanto en el ámbito subregional como nacional, así:

- a) El primer aspecto que supone la libertad de emprender actividades económicas es el sentido de libre fundación de empresas y libre acceso a los bienes y servicios.
- b) La libertad de organización, de elección de formas, nombre e identidad de la empresa, libre emplazamiento, constitución interna.
- c) La libertad de ejercicio de la actividad empresarial, la libertad de tomar decisiones y competir en un mercado libre, que se expresa en la libertad de producción (volumen, calidades), libertad de inversión, libertad de fijación de una estrategia comercial, libertad de distribución y venta, así como la libertad de competencia.

En todos estos casos, vale la pena aclarar que existen limitaciones al principio, pues no podemos entender que existen preceptos absolutos en su aplicación, y dejar de lado la consideración de que el poder estatal de la dirección de la economía puede verse en detrimento.

7. En las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se observa que, pese a que el recurrente hace alegaciones sobre el principio de libertad de empresa, el Tribunal no trata el tema en sus considerandos ni hace una reflexión de lo que se ha de entender por los aspectos de este principio.
8. En cambio, en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se realiza una apreciación más enfocada del tema del principio de la libertad de empresa y de comercio.

Conviene aclarar que hay una interesante exposición de motivos, aunque breve, en el tratamiento que hace el Tribunal de Justicia en las sentencias sobre lo que se ha de entender como principio de libre comercio y empresa, tratándose los aspectos de libre fijación de precios, apoyo a la competencia y garantía de la libre contratación de bienes y servicios, que son considerados como aspectos importantes del principio según la doctrina.

De esta manera el Tribunal, acorde con la doctrina del principio de libertad de comercio y empresa, desarrolla los lineamientos del precepto de manera singular, estableciendo este derecho sin limitaciones ni restricciones, como sucede en la doctrina andina.

BIBLIOGRAFÍA

- Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, Madrid, Marcial Pons-Idelco, 1995.
- Boletín Latinoamericano de Competencia*, No. 7, 1999.
- Camacho Omiste, Edgar, “El marco constitucional y el principio de supranacionalidad”, en *Integración y supranacionalidad*, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina, 2001.
- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Buenos Aires, tomo I (1984-1988), tomo II (1989-1991), tomo III (1992-1994), BID/INTAL, 1994.
- Sáchica, Luis, y otros, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Montevideo, BID/INTAL, 1985.