

## Derecho de la Competencia

Elementos para un derecho de la competencia  
en el Ecuador

*Agustín Grijalva Jiménez, José Vicente Troya Jaramillo*

Protección de la competencia dentro del proceso  
de modernización del sector eléctrico ecuatoriano

*María Elena Jara Vásquez*

Los derechos de propiedad intelectual como  
restricción a la competencia económica

*Xavier Gómez Velasco*

La enseñanza del derecho financiero en Italia y España

*Andrea Amatucci*

Las funciones extrafiscales del tributo a propósito de la  
tributación medioambiental en el ordenamiento jurídico  
colombiano

*Carolina Rozo Gutiérrez*

Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario

*César Montaña Galarza*

Supremacía de la Constitución y tratados internacionales

*Juan Larrea Holguín*

Revista del Área de Derecho  
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR,  
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Primer semestre de 2003, edición especial • Número 1

**DIRECTOR**

José Vicente Troya Jaramillo

**EDITOR**

César Montaña Galarza

**COMITÉ EDITORIAL**

Ernesto Albán Gómez

Santiago Andrade Ubidia

Fernando Chamorro Garcés

Ximena Endara Osejo

Genaro Eguiguren Valdivieso

Patricia Herrmann Fernández

Judith Salgado Álvarez

Julio César Trujillo Vásquez

**COORDINADORA**

Dunia Martínez Molina

**SUPERVISIÓN EDITORIAL**

Jorge Ortega

**DISEÑO**

Edwin Navarrete

**IMPRESIÓN**

Ediciones Fausto Reinoso



**CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL**



**UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR**  
Ecuador

FORO es una publicación semestral arbitrada por el Comité Editorial. Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

# FORO

revista de derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /

Corporación Editora Nacional

No. 1 • I semestre 2003

	Presentación	
	<i>José Vicente Troya Jaramillo</i>	3
<b>TEMA CENTRAL</b>	<b>DERECHO DE LA COMPETENCIA</b>	
	Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador	
	<i>Agustín Grijalva Jiménez, José Vicente Troya Jaramillo</i>	5
	Protección de la competencia dentro del proceso de modernización del sector eléctrico ecuatoriano	
	<i>María Elena Jara Vásquez</i>	49
	Los derechos de propiedad intelectual como restricción a la competencia económica	
	<i>Xavier Gómez Velasco</i>	85
<b>ARTÍCULOS VARIOS</b>	La enseñanza del derecho financiero en Italia y España	
	<i>Andrea Amatucci</i>	123
	Las funciones extrafiscales del tributo a propósito de la tributación medioambiental en el ordenamiento jurídico colombiano	
	<i>Carolina Rozo Gutiérrez</i>	159
	Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario	
	<i>César Montaña Galarza</i>	203
	Supremacía de la Constitución y tratados internacionales	
	<i>Juan Larrea Holguín</i>	239
<b>RECENSIONES</b>	Santiago Andrade Ubidia, <i>LOS TÍTULOS VALOR EN EL DERECHO ECUATORIANO</i>	
	<i>José Vicente Troya Jaramillo</i>	249

	<b>Víctor Uckmar,</b> <i>PRINCIPIOS COMUNES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO</i> <i>Pablo Egas Reyes</i>	<b>253</b>
	<b>Marcelo Carlos Quaglia,</b> <i>GRUPOS DE EMPRESAS, DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DERECHOS DEL CONSUMIDOR</i> <i>Dunia Martínez Molina</i>	<b>259</b>
<b>JURISPRUDENCIA</b>	<b>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</b> <i>Tatiana Pérez Valencia</i>	<b>263</b>
	<b>Colaboradores</b>	<b>289</b>
	<b>Normas para colaboradores</b>	<b>291</b>

## Presentación

**E**l Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, desde hace una década mantiene programas académicos regulares de especialización superior, maestría y doctorado de tercer nivel. Además, con frecuencia y asiduidad, organiza otros eventos de importancia como coloquios, mesas, seminarios, cursos abiertos sobre temas de interés nacional e internacional. Constituye un ejemplo significativo de este quehacer las conferencias sobre derecho económico que han permitido difundir a nivel nacional e internacional esta disciplina.

*Profesores nacionales, del área andina, de América Latina y de Europa han impartido cátedra en los programas y eventos mencionados a los que han concurrido alumnos ecuatorianos y de otras procedencias, principalmente del área andina.*

*Tanto profesores como estudiantes han producido valiosos trabajos y reflexiones sobre variados temas jurídicos nacionales e internacionales vertidos en artículos, monografías e investigaciones que merecen salir a luz. Además, profesores y expertos internacionales en diferentes ramos han tenido la bondad de poner sus trabajos a disposición del Área de Derecho a efectos de su publicación, los mismos que serán incluidos dentro de la tabla de contenido de la revista sea en la sección de tema central o en la de artículos varios.*

*Es desde todo punto de vista necesario proyectar la imagen del área en el ámbito académico nacional, andino y en general internacional habida cuenta que en el país ha sido pionera de los estudios jurídicos de posgrado y de que su producción jurídica ha alcanzado un significativo grado de madurez.*

*Éstas, entre otras, son las razones para la presente publicación que se propone lograr la calidad y la excelencia y se suma a otras*

*que producen regularmente las Áreas de Historia, Letras y Estudios Globales de la Universidad.*

*Foro: revista de derecho es del Área, mas, se la debe considerar una casa abierta para recibir colaboraciones, iniciativas e inquietudes que sobre temas jurídicos a nivel de posgrado tenga la comunidad jurídica nacional e internacional, en particular las provenientes del ámbito universitario, pues, es parte integrante de la Universidad Andina la cual tiene la especial vocación de ser una universidad al servicio de la universidad.*

*José Vicente Troya Jaramillo*

## Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador

*Agustín Grijalva Jiménez*

*José Vicente Troya Jaramillo*

El trabajo analiza los principios fundamentales del orden público económico: el de *economía social de mercado* y *Estado social de derecho* y sus relaciones con el modelo económico del *Estado de bienestar*, junto con derechos y libertades de comercio, empresa y competencia, como antecedentes básicos para la comprensión constitucional y conceptual de la competencia económica en Ecuador. Posteriormente se describen las diversas concepciones sobre el ser y deber ser de la legislación y política de protección de la competencia con relación a la diversa importancia otorgada a la estructura, comportamiento y resultados del mercado. Finalmente el análisis se adentra en las diversas tipologías de las prácticas restrictivas de la libre competencia, como los convenios o acuerdos entre empresas, los tipos de acuerdo horizontal entre los que encontramos: fijación de precios, licitación colusoria, reparto de mercados, limitación de la producción, negativa concertada a negociar, denegación colectiva de admisión en una asociación; y los acuerdos verticales como la fijación de precios de reventa, acuerdos de exclusividad, reparto de mercado, ventas condicionadas o vinculadas. Concluye con la definición y alcance del abuso de posición dominante, concentraciones y fusiones.

FORO

### FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

La competencia como concepto económico es no solo un concepto complejo sino polémico en cuanto ha sido definido de diversas formas por distintas escuelas de teoría económica. Tal situación representa un problema hermenéutico para el Derecho, el cual aspira permanentemente a encontrar un grado de claridad en los conceptos incluidos en las normas jurídicas que permita operativizarlas.

Una forma indirecta pero sistemática de aproximarnos al marco en el cual la Constitución ecuatoriana entiende la competencia económica con-

siste en analizar este concepto en el contexto de la Constitución económica o, si se quiere, del orden público económico que la Constitución consagra.

Dentro de este orden público económico son los *principios fundamentales* los que proveen las directrices conceptuales y normativas para entender como concibe la Constitución la competencia económica. Entre estos principios destacan, por su carácter fundamental y general, los de *economía social de mercado*, *Estado social de derecho* y sus relaciones con el modelo económico del *Estado de bienestar*. Igualmente importantes son los derechos y las libertades de comercio, empresa y competencia. Desarrollamos a continuación una aproximación a estos principios y derechos para luego plantear como ellos nos conducen a una específica comprensión constitucional de la competencia económica en Ecuador.

#### ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

El art. 244 numeral 3 de la Constitución Política del Ecuador establece que: “*Dentro del sistema de economía social de mercado*<sup>1</sup> al Estado le corresponderá: ... 3) Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen”.

Esta norma constitucional destaca, adecuadamente, el activo rol que el Estado debe cumplir para que exista efectivamente competencia; a su vez esta competencia debe desarrollarse en el marco de una economía social de mercado. Tal planteamiento no es obvio, pues hay teorías económicas y políticas, especialmente el liberalismo clásico y el neoliberalismo, que más bien subrayan la conveniencia del Estado ausente o el Estado mínimo para que el mercado y la competencia funcionen.

Bajo las concepciones neoliberales el Estado debe limitarse a proveer “la garantía de un marco jurídico, la facilitación de bienes públicos, la formación de capital humano y la protección del medio ambiente, es decir, las áreas clásicas de las deficiencias del mercado”.<sup>2</sup> En efecto, bajo este enfo-

---

1. Este concepto surge en la Alemania de la segunda posguerra, como marco de acción del gobierno federal. Los principales teóricos en su etapa de origen fueron Walter Eucken y Alfred Müller-Armack, en su implementación destacó Ludwig Erhard. Ver Alfred Pfaller, *El Estado en la economía social de mercado: el modelo y la realidad alemana*, Bonn, FES, 1998.

2. Peter Oestterdiekhoff, “Política de competencia”, en varios autores, *Economía social de mercado: su dimensión social*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998, pp. 16-22.



que, el intervencionismo y las deficiencias estatales son los principales obstáculos para el desarrollo. Por tanto, corresponde al Estado exclusivamente la corrección de las fallas del mercado.

Esta, ciertamente, no es la concepción que adopta la Constitución ecuatoriana, para la cual corresponde al Estado “vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y regularlas y controlarlas en defensa del bien común” (art. 244 numeral 4).

El art. constitucional 244 enumera, en efecto, una serie de formas de intervención estatal en la economía más allá de lo consentido por el Estado mínimo neoliberal. Tales formas de intervención estatal van desde “garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza” (art. 244 numeral 1), hasta la creación de infraestructura y empresas públicas, proteger los derechos de los consumidores, fomentar el ahorro, la inversión y las exportaciones, incentivar el pleno empleo así como la mejora de salarios reales y el otorgamiento de subsidios específicos.

Esta concepción corresponde, por cierto, a la de una economía *social* de mercado, la cual es distinta de simplemente una economía de mercado. En la economía social de mercado, como lo establece el art. 242 de la Constitución, la eficiencia no es el único principio u objetivo del sistema económico pues debe coexistir con otras metas como la solidaridad, sustentabilidad y calidad que aseguren una existencia digna e igualdad de oportunidades para todos.

En otras palabras, en una economía *social* de mercado, en los términos de la Constitución ecuatoriana, el mercado no es un fin en sí mismo sino un mecanismo que debe integrarse y ser funcional a otros principios y objetivos sociales y políticos que los arts. 242 y 243 determinan y que son, a su vez, parte estructural del Estado social de derecho proclamado en el artículo constitucional 1 y desarrollado a lo largo de toda la Carta Fundamental. El recuadro 1 (ver página siguiente) presenta algunas características básicas de una economía social de mercado.

La Constitución promueve y protege el mercado y la competencia tanto como institución (art. 244 numeral 3) como en la forma de derecho a la libertad de competencia, garantizando el derecho de propiedad y las libertades de empresa y contratación (art. 23, numerales 23, 16 y 18). Pero el marco constitucional del sistema económico obliga a que el Estado intervenga de la forma y hasta el grado en que sea necesario para el logro de ciertos objetivos sociales. Intervención, por supuesto, limitada por el propio Estado de

**RECUADRO 1**

**Características de una economía social de mercado**

“En un plano todavía muy general, se puede describir la dimensión social de la economía social de mercado así:

- La eficiencia de los procesos de mercado no es el último fin, sino un medio para la realización de objetivos superiores de la sociedad como, por ejemplo, bienestar, seguridad social y libertad personal. Por ello, el Estado no solamente debe garantizar las condiciones generales de la competencia y suplir las deficiencias del mercado en varias áreas, sino que se le exige que maneje e instrumentalice el mercado en pos de objetivos sociales.
- No se supone la existencia de una armonía entre los objetivos de la política económica y los intereses de la sociedad, sino que se reconoce que los procesos del mercado están aconteciendo en un contexto social que no es indiferente a los resultados del mercado. El concepto de la economía social de mercado se basa en el marco de un orden que toma en cuenta los conflictos al interior de una sociedad y proporciona las instituciones que sirven para su regulación...
- Con frecuencia se entiende por economía social de mercado una economía de libre mercado complementada por sistemas de seguridad social y compensación bajo la supervisión del Estado. No cabe duda de que esta interpretación que, generalmente, se basa en nuestra noción del bienestar en la economía social de mercado, para la mayoría de los países en vías de desarrollo, actualmente, no representa un desafío primordial. Sin embargo, la relación entre la economía social y la de mercado no se limita a gastos sociales del Estado, intervenciones políticas de redistribución y sistemas solidarios de seguridad: el Estado tiene que velar por la máxima integración de todos los grupos sociales en la vida económica así como su participación de los resultados, acorde a sus aportes productivos”.

Peter Oesterdiekhoff, “Política de competencia”, en varios, *Economía social de mercado: su dimensión social*, p. 13.

derecho, la protección al mercado y en particular las libertades y derechos arriba mencionadas.

Para asegurar estas funciones sociales de la economía, el Estado estructura un entorno adecuado de efectos sociales redistributivos mediante la provisión de servicios y bienes públicos como salud, educación, vialidad, vivienda, seguridad ciudadana y muy especialmente seguridad social. En una economía social de mercado estas políticas sociales son inseparables y

simultáneas a las políticas económicas. Además, la sociedad civil se integra con igual fuerza mediante la participación y los consensos necesarios para la gestión democrática de ambas políticas.<sup>3</sup>

La vinculación estructural de políticas sociales y económicas y la participación ciudadana no resultan de consideraciones puramente valorativas sino que son mecanismos concretos para lograr “la máxima integración de todos los grupos sociales en la vida económica así como por su participación en los resultados, acorde a sus aportes productivos”.<sup>4</sup>

Así, en una economía social de mercado subyace la protección y promoción de ésta la convicción de que constituye un mecanismo más bien de igualación que de polarización social. La competencia puede “socializar utilidades excesivas en beneficio de la gran masa de consumidores”.<sup>5</sup> La concentración de patrimonio antes que el mercado y la competencia genera creciente desigualdad, por ello es necesario que el Estado proteja a la competencia de prácticas monopólicas y carteles y desarrolle ciertas políticas redistributivas, como las de carácter fiscal y social, orientadas a lograr mayor equidad.

En el caso ecuatoriano, el artículo constitucional 249 asigna además al Estado la responsabilidad de provisión de servicios públicos, sin detrimento de que pueda prestarlos por delegación a empresas mixtas o privadas, en cuyo caso el Estado debe controlar o regular a efectos de que tales prestaciones respondan a objetivos sociales como la universalidad, accesibilidad, continuidad y otros que este artículo expresa.

Respecto a la seguridad social, según el art. 55, ésta es deber del Estado y derecho irrenunciable de todos sus habitantes, de allí que, sin perjuicio de la participación privada, la prestación del seguro general obligatorio es responsabilidad del Estado mediante el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (art. 58).

Hay pues, diferencias fundamentales entre la economía social de mercado y la concepción neoliberal del mercado. El recuadro 2 (ver página siguiente) explica algunas de estas diferencias.

Finalmente, en lo que hace relación a la participación y a las políticas so-

---

3. Jorge Gallardo, *Los principios fundamentales de una economía social de mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 1994.

4. Peter Oestterdiekhoff, “Política de competencia”, en varios autores, *Economía social de mercado: su dimensión social*, pp. 16 y ss.

5. Alfred Pfaller, *El Estado en la economía social de mercado: el modelo y la realidad alemana*.

**RECUADRO 2**

**Diferencias entre economía social de mercado y neoliberalismo**

1. La Economía Social de Mercado es un orden social, económico, político y ético-cultural integrado, en el que a diferencia del neoliberalismo, la política económica y social son simultáneas, orientadas por los valores de justicia, libertad, solidaridad y los bienes que busca son la retribución suficiente, la distribución justa, la seguridad social y la estabilidad económica junto con la eficiencia económica, enmarcada en un Estado Social de Derecho.
2. El Estado es solidario y suficientemente fuerte para corregir, premiar y castigar, conducido por el principio de la subsidiaridad y el bien común y en el marco de una sociedad civil también fuerte, participativa, responsable y plural, erigida a través de organizaciones intermedias y de procesos democráticos, donde se dan la honestidad y la eficiencia del propio Estado.
3. La construcción de consensos con los diferentes actores sociales, para lograr acuerdos amplios con relación a la marcha de la sociedad.
4. La justicia social, a diferencia del neoliberalismo es un fin de la Economía Social de Mercado.

Jorge Gallardo, *Los principios fundamentales de una economía social de mercado.*

ciales, la Constitución establece una serie de derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales que nos llevan a las puertas de otro principio fundamental consagrado en la Constitución ecuatoriana, cual es el de Estado social de derecho.

#### ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado en el cual debe desenvolverse el mercado y la competencia en el Ecuador, según la Constitución, no es cualquier Estado sino un Estado social de derecho. Es necesario entonces aclarar los alcances de este concepto a efectos de determinar sus incidencias sobre la promoción y regulación de la competencia.

Según el art. 1 de la Constitución “El Ecuador es un Estado Social de Derecho...”. La característica fundamental de un Estado social está dada por el reconocimiento de una serie de derechos sociales, económicos y culturales jurídicamente exigibles por parte de todos los ciudadanos y las colectividades que son sus titulares. Estos derechos en buena parte se vincu-

lan a la prestación de los servicios públicos y sociales a que se hacía referencia anteriormente, así como a la seguridad social.

Entre estos derechos están el de propiedad (art. 30), trabajo (art. 35), salud (art. 42), seguridad social (art. 55), cultura (art. 62), educación (art. 66) así como los derechos de la familia y los grupos vulnerables, entre otros.

Otra característica del Estado social es el desarrollo del *derecho y principio de igualdad*, que la Constitución ecuatoriana establece en el art. 23 numeral 3. La justicia es el valor que persigue realizar el Estado social, que promueve la igualdad no en términos puramente formales de igualdad ante la ley sino creando progresivamente condiciones y oportunidades que generen una mayor igualdad material, para lo cual el Estado desarrolla políticas sociales y económicas adecuadas.

Es por esta razón que la Constitución en el art. 242 establece que la organización y funcionamiento de la economía debe “asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades de acceder al trabajo, a los bienes y servicios y a la propiedad de los medios de producción”.

Para concretar en términos progresivamente reales la igualdad y los objetivos sociales correspondientes, el Estado tiene un mandato positivo y otro negativo. Por el primero, está obligado a tratar como desiguales a los desiguales cuando tales desigualdades así lo justifiquen. Así por ejemplo, desde el art. 47 se establece un trato preferente para grupos vulnerables como niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad o de la tercera edad.

El mandato negativo, establecido en el art. 23 numeral 3, prohíbe la discriminación por razones de nacimiento, edad, sexo, religión, etc. Es decir prohíbe hacer diferenciaciones ilegítimas que la Constitución o la ley no ha autorizado expresamente.

Vinculado a estos derechos y como una capacidad necesaria para concretarlos, el Estado social tiene la capacidad de “regulación constitucional del proceso económico y del estatuto de sus principales protagonistas”<sup>6</sup> o, para usar los términos de nuestra Constitución, de *vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y regularlas y controlarlas en defensa del bien común*. Por esta razón, así como la Constitución en su conjunto expone en su parte inicial ciertos *principios generales*, también el título XII de

---

6. Ángel Garrorena, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 75.

ésta, referido al sistema económico inicia con ciertos principios generales que forman los fundamentos de la denominada *Constitución económica*.

Diez-Picazo ha definido la Constitución económica como “varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica o Constitución económica formal”.<sup>7</sup>

La intervención estatal en la economía es inherente al Estado social, así como la regulación y limitación de tal intervención es intrínseca al Estado democrático de derecho. En una economía social de mercado esta intervención se orienta a la promoción y protección de la competencia en la medida adecuada para que este mecanismo contribuya a la realización de los valores constitucionales fundamentales. Entre estos valores se halla incluso la propia libertad económica y libertad de empresa; al respecto dice Viciano:

Sin poner en duda la necesaria intervención estatal en la Economía –propia de un Estado Social–, creemos que debe realizarse un exhaustivo control sobre esta intervención para evitar, en primer lugar, que ésta pueda poner en peligro la libertad... y por otra parte que la intervención se convierta en arbitrariedad por parte del Estado... y ello es así por que el Estado Social es al mismo tiempo, Estado Democrático de Derecho y, por lo tanto, impregnado de sus características – imperio de la ley, división de poderes, sometimiento de la Administración al principio de legalidad, etc.<sup>8</sup>

## ESTADO DE BIENESTAR

Ligado y a su vez diferenciado de las nociones de economía social de mercado y Estado social, el Estado de bienestar hace referencia a “aquél en donde se resuelven contingencias individuales a través de mecanismos colectivos, sean de carácter corporativo (sindicatos, mutualidades) o de carácter estatal (seguridad social, sistema de sanidad pública, sistema de prestaciones sociales, etc.)”.<sup>9</sup> Los servicios sociales más frecuentes son los de pensiones, desempleo, salud y educación.

---

7. Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 16 de noviembre de 1981, No. 184-1981.

8. Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

9. Ramón Casilda, “El Estado de bienestar a discusión”, en Ramón Casilda y José María Tortosa (editores), *Pros y contras del Estado de bienestar*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 15.

A diferencia de la noción de *economía social de mercado*, que establece mecanismos de control y redistributivos pero manteniendo una confianza fundamental en el mercado como mecanismo de igualación e integración social, el Estado de bienestar amplifica e intensifica tales mecanismos redistributivos, desarrolla un significativo aparato burocrático para estos efectos y, en su versión keynesiana, intenta corregir fallas de mercado mediante políticas macroeconómicas de manejo de la demanda agregada.

En cuanto al *Estado social*, éste representa más bien la juridificación de una parte del Estado de bienestar: el sistema de derechos sociales y económicos constitucional y legalmente exigibles y que se traducen en una serie de prestaciones estatales,<sup>10</sup> entre las cuales destacan la seguridad social y la educación.

De esta manera mientras que la economía social de mercado y el Estado social son modelos, económico el uno y jurídico el otro, que describen en abstracto ciertos roles y objetivos económico-sociales del Estado, el Estado de bienestar es más bien una versión o concreción histórica de aquellos modelos, concreción que llega incluso a desarrollar nuevos instrumentos o principios que modifican estructuralmente el mercado y la competencia,<sup>11</sup> como lo es el manejo de la demanda agregada en su versión keynesiana.

Actualmente, el Estado de bienestar está en crisis y existe un permanente debate sobre la conveniencia de su reestructuración o desaparición. Los altos déficit fiscales y la consecuente inflación, disminución de prestaciones públicas y pérdida de soporte social han minado profundamente las bases del Estado de bienestar, al menos en la forma como fue concebido durante el crecimiento económico de la segunda posguerra. En el debate respecto al futuro del Estado de bienestar influyen los modelos presentes de economía social de mercado y Estado social puesto que ambos constituyen arraigados referentes normativos sobre el rol social que deben cumplir tanto el mercado como el Estado.

Pese a la crisis del Estado de bienestar, la economía social de mercado

---

10. Por supuesto hay políticas sociales o económicas como la monetaria y cambiaria que tienden más bien a la desjuridificación, ver Norbert Reich, *Mercado y derecho*, Barcelona, Ariel. Sobre Estado de bienestar y social, ver también Miquel Caminal Badia, *Manual de ciencia política*, Madrid, Tecnos, 1996.

11. En opinión de Alfred Pfaller el Estado de bienestar en los países industrializados "transgredió las premisas del proyecto de ordenamiento de la economía social de mercado en una medida nada despreciable y... En la realidad las funciones estatales asumieron una importancia más allá del modelo de la economía social de mercado". Alfred Pfaller, *El Estado en la economía social de mercado: el modelo y la realidad alemana*.

sigue vigente en cuanto a su planteamiento central, la función social del mercado. Así mismo, el Estado social con su constelación de derechos y garantías sociales y económicas es parte fundamental de la Constitución de gran número de estados y del Derecho Internacional.

De hecho hoy asistimos más que a un simple retiro del Estado a una redefinición de sus formas de intervención. Hoy se plantean nuevas formas de acción estatal que, antes que reemplazar al mercado, coadyuven a la competitividad internacional de las empresas, fomenten la inversión y la innovación. Una de tales formas de intervención es la protección y promoción de la competencia.

Contrariamente a la visión minimalista del Estado planteada por el neoliberalismo, mercado y Estado son estructuras que se soportan mutuamente. Aunque varias críticas neoliberales a las formas de intervencionismo estatal que distorsiona o elimina el mercado con efectos contrarios al desarrollo son correctas, ello no significa que el uno pueda existir sin el otro o que un Estado mínimo sea suficiente para el mercado. Aunque no es el lugar para profundizar sobre el tema, es conveniente señalar que la relación estructural entre mercado y Estado, cuyo primer hito en este siglo corresponde al trabajo de Weber, tiene hoy en día notoria continuidad en los trabajos teóricos y empíricos<sup>12</sup> de historiadores económicos y politólogos y economistas institucionales,<sup>13</sup> todos los cuales revelan cómo los mercados surgen de un intenso y activo rol del Estado.

Superado el falso dilema entre mercado y Estado, el debate se orienta hacia cuáles son las formas de intervención estatal adecuadas para generar desarrollo y, en este marco, qué modalidades de intervención pueden propiciar una dinamización del mercado también funcional a tal desarrollo.<sup>14</sup> Una

---

12. Destacan el premio Nobel de economía North Douglass y otros autores como Migdal, Bates, Wade, Evans, entre otros.

13. Evans cita este expresivo texto de Karl Polanyi, escrito ya en 1957: "El camino al libre mercado fue abierto y mantenido abierto por un enorme incremento en un continuo, centralmente organizado y controlado intervencionismo". Evans comenta: "Desde el principio, acorde a Polanyi, la vida del mercado ha estado entrelazada no solo a otras clases de lazos sociales, sino a las formas y políticas del Estado. Un Estado efectivo no era simplemente un apéndice del mercado, era un prerrequisito esencial de la formación de relaciones de mercado". Peter Evans, *Embedded Autonomy-States and Industrial Transformation*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 29.

14. La relación entre mercado y Estado ha sido también reconsiderada por algunos organismos multilaterales. Nótese las siguientes expresiones del Banco Mundial: "Cuando los mercados están subdesarrollados, el Estado puede a veces aliviar los problemas de coordinación y las deficiencias de información y promover el desarrollo del mercado. Muchas de las economías con mayor tradición industrial se valieron de diversos mecanismos para estimular el crecimiento del mercado en sus eta-



conclusión recurrente es la de que estas formas de intervención han cambiado y cambian históricamente, desplazándose actualmente del Estado productor al Estado regulador y promotor.

## EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La subordinación y funcionalización del mercado a objetivos sociales en modo alguno puede implicar su eliminación o distorsión injustificada por parte del Estado, pues el mercado y la competencia son tanto una institución económica que la Constitución reconoce y garantiza como una realidad vinculada esencialmente a derechos subjetivos que también la Constitución establece, como son las libertades de empresa y contratación y el derecho de propiedad que cumple su función social. Dentro de la libertad de empresa está comprendida también la libertad de competencia.

Dentro de las diversas formas adecuadas de intervención estatal una que destaca por revelar de forma contundente el carácter no autárquico ni natural del mercado y la necesidad de un marco institucional que lo preserve y ordene es justamente el derecho de la competencia.

El Derecho y las políticas de competencia<sup>15</sup> hacen relación a las normas jurídicas, instituciones y políticas públicas orientadas a proteger y promover la efectiva competencia entre los actores económicos. Típicamente, las leyes protectoras de la competencia controlan o eliminan monopolios o sus prácticas, o en términos más técnicos y exactos, reprimen el abuso de posición dominante en el mercado, controlan fusiones y una serie de acuerdos entre competidores (como por ejemplo los carteles) en perjuicio de los consumidores y además establecen una serie de excepciones al propio régimen de competencia.

Resulta especialmente interesante verificar cómo en la práctica económica el diverso poder de mercado de los actores hace que desarrollen una gran variedad de conductas o se hallen en múltiples situaciones, en las cuales la maximización de sus ganancias no coincide con los mecanismos de compe-

---

pas iniciales de desarrollo. Más recientemente, el Japón, la República de Corea y otros países de Asia oriental, además de asegurar la existencia de los factores económicos, sociales e institucionales fundamentales han utilizado toda una gama de instrumentos para la promoción del mercado... La sabiduría en la elección de las intervenciones más apropiadas y la eficacia en su aplicación revisten importancia crítica...". Banco Mundial, *Informe 1997*, p. 7.

15. Otras denominaciones de este derecho suelen ser derecho antitrust y derecho antimonopólico y de defensa de la competencia.

tencia. A su vez, la competencia es con frecuencia pero no siempre el mecanismo posible o deseable de mayor eficiencia. La competencia se revela entonces irrefutablemente como algo que debe ser protegido y que en realidad no puede existir por sí mismo, sin el marco institucional que provee el Estado.

Es por esta razón que, entendida la planeación de la economía en un sentido amplio, el derecho de la competencia representa una forma no dirigista de intervención, orientada fundamentalmente a la preservación del mecanismo de precios de mercado como eje organizador de múltiples actividades económicas.

Existen, empero, diversas concepciones, acorde a las principales escuelas económicas e ideologías políticas subyacentes, sobre qué es o debe ser una legislación y política de protección de la competencia. En cada concepción se otorga distinta importancia a la estructura, comportamiento y resultados de mercado.

En la *estructura de mercado* se considera la cantidad de oferentes y demandantes, sus encadenamientos y diversificación productiva y las dificultades de acceso al mercado. En el *comportamiento de mercado* se analiza las políticas de precios, producto y comercialización así como los comportamientos concertados y fusiones. Finalmente, los resultados de mercado hacen relación a la eficiencia, calidad y precios de productos, productividad y flexibilidad con relación a la demanda.<sup>16</sup>

Peter Oestterdiekhoff sistematiza esta variedad de concepciones en tres grandes corrientes cuyas principales características constan en el recuadro 3 (ver página siguiente).

La Constitución ecuatoriana se alinea en las concepciones funcionales del mercado y la competencia,<sup>17</sup> para las cuales no toda intervención del Estado es negativa y distorsionadora; de hecho es el propio mercado una institución social que, para existir y generar una adecuada estructura, comportamiento y resultados, requiere de una adecuada intervención del Estado. Esta intervención, cuando sea social y constitucionalmente justificable, puede incluso crear excepciones al propio régimen de competencia.

En la concepción funcional de la competencia, a diferencia de la neoliberal, la eficiencia y el supuesto beneficio macroeconómico a los consumi-

---

16. Peter Oestterdiekhoff, "Política de competencia", en varios autores, *Economía social de mercado: su dimensión social*, 1998.

17. *Ibid.*

**RECUADRO 3**

**Concepciones sobre la competencia**

1. Concepción clásica: atiende exclusivamente a la estructura del mercado, en la búsqueda de un mercado perfecto. Toda limitación de la competencia es perjudicial. El Estado debe limitarse a prohibir monopolios y oligopolios o fusiones conducentes a ellos, los cuales minan estructuralmente la concurrencia.
2. Competencia funcional: atiende a la estructura del mercado, al comportamiento de los agentes y a los resultados de mercado. Ciertas intervenciones estatales y restricciones a la competencia son aceptables cuando cumplen objetivos de descentralización, desconcentración, mejor distribución de ingresos, etc. Estas intervenciones deben ser distinguidas de otras limitaciones inaceptables que distorsionan negativamente o suprimen la competencia.
3. Concepción neoliberal: considera que la internacionalización de los mercados hace que incluso las empresas más fuertes se vean sometidas a presiones competitivas cuando no hay intervención estatal que distorsione la concurrencia. El Estado debe desregular el mercado para disminuir costos de acceso así como limitarse a impedir la formación de carteles. La concentración en sí misma no es negativa pues puede resultar de las políticas de empresas eficientes.

Peter Oestterdiekhoff, "Política de competencia", en varios, *Economía social de mercado: su dimensión social*, pp. 16-22.

dores no son el único fin de la misma. Junto a ello pueden plantearse otros objetivos incluso formalmente consagrados en la ley, tales como la redistribución del ingreso, la protección de la mediana y pequeña industria y la descentralización del poder económico.

## LIBERTAD DE EMPRESA

A más de ser parte funcional del orden público de la economía, la competencia concreta determinados derechos subjetivos públicos contenidos en la libertad de empresa.

El derecho a competir o la libertad de competencia forma parte de un derecho más amplio, el derecho a la libertad de empresa. En efecto, la libertad de empresa comprende la libertad para la creación, conservación, protec-

ción, ejercicio, transmisión y extinción de la empresa. Específicamente, dentro de la libertad de ejercicio de la empresa se halla la de organizarla y la de competir. La libertad de competir implica un “régimen de libre competencia que le permita, mediante la detracción de los clientes de los competidores, alcanzar niveles más prósperos de desarrollo; ello implica la libertad de fijación de precios y otras condiciones de contratación...”<sup>18</sup>

Una visión moderna de la libertad de empresa y de la de competencia incluida en ella, las conceptúa ya no como derechos subjetivos absolutos, es decir como derechos individuales que se oponen al Estado para proteger intereses particulares, sino como un derecho de segunda generación, un derecho social y económico del cual son titulares no solo los empresarios sino cualquier ciudadano en cuanto tiene el potencial y el derecho de acceder al mercado. La libertad de empresa es también un derecho de prestación o de crédito en el sentido de que el Estado está obligado a una serie de acciones conducentes a mantener la propia libertad de empresa y competencia en beneficio de todos y cada uno.<sup>19</sup>

Como la libertad de empresa y de competencia forma parte del orden público de la economía y es al mismo tiempo un derecho subjetivo, Viciano ha planteado que ella debe entenderse dentro de un concepto subjetivo-institucional. Subjetivo en cuanto hay titulares individuales del derecho que exigen del Estado acciones y omisiones para proteger el propio régimen de competencia y esos intereses particulares y sociales. Empero, es a la vez institucional porque forma parte de la Constitución económica y por tanto puede ser regulada y limitada en beneficio y función del bien común u otros objetivos del Estado social. Estas limitaciones, no podrían llegar al punto de anular el núcleo esencial de la libertad de competir.

Este contenido esencial hace relación a un mínimo jurídico que una vez desconocido produce la desaparición del derecho mismo. Según Viciano este contenido esencial no puede ser eliminado o restringido por el Estado social, el cual puede, no obstante, cuando sea proporcionado, razonable y necesario para alcanzar otros objetivos del Estado social, limitar y regular el contenido no esencial. Dentro del contenido esencial se hallarían las libertades de acceso al mercado, ejercicio (que incluye la de competencia) y cese de la actividad empresarial. El contenido no esencial está dado según el tipo de actividad empresarial y por tanto varía según ella.

---

18. Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 129.

19. *Ibid.*, p. 117.

## PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Buena parte de la doctrina del derecho de la competencia consiste en clasificar y esclarecer las diversas tipologías de prácticas restrictivas de la competencia, abuso de posición dominante y fusiones. Aunque estas conductas anticompetitivas son conceptualmente diferenciables, en la práctica económica suelen hallarse combinadas o utilizadas unas en función de otras. En todo caso, el estudio de cada una de ellas es útil y necesario para entender su interacción.

### CONVENIOS O ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

Las leyes de competencia generalmente prohíben una serie de acuerdos entre empresas tendientes a reducir o eliminar la competencia a efectos de aumentar ganancias incrementando precios a los compradores, impedir el acceso o expulsar a otras empresas del mercado.<sup>20</sup>

No importa la naturaleza u obligatoriedad jurídica del acuerdo o convenio, ni la forma como éste se ha expresado (oral o escrita, formal o informal), ni que el efecto restrictivo de la competencia se concrete. Es suficiente con “probar que existe manifestación de voluntad orientada a restringir, impedir o falsear la competencia, sin esperar que sus efectos se produzcan; el objetivo es suficiente, o sea, su potencialidad para afectar la competencia”.<sup>21</sup> Como estos acuerdos no necesitan ajustarse a ninguna forma contractual usual, incluyen los llamados *pactos de caballeros* (*gentlemen's agreement*) cuando tienen por objeto restringir la competencia así fuere solo el acuerdo voluntario de una parte respecto a otra.<sup>22</sup>

Estos acuerdos o convenios restrictivos se distinguen de las llamadas *prácticas concertadas*, las cuales sí implican el efecto anticompetitivo del convenio y por tanto involucran las conductas concretas de las empresas acordes a tal acuerdo, aunque no exista una declaración del mismo.

---

20. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad intelectual y competencia en México*, México, Porrúa, 1999, p. 336.

21. Delio Gómez Leyva, “Las prácticas restrictivas de la competencia”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 147.

22. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, He- liasta, 1983, p. 279.

También es necesario distinguir estos acuerdos de aquellos que tienen una finalidad legítima como los contratos comerciales que no establecen más restricciones de las necesarias ni perjudican a terceros, o las asociaciones profesionales o comerciales en cuanto sus acciones no perjudican el bien público.<sup>23</sup>

En cada caso los medios probatorios de acuerdos restrictivos varían conforme al tipo de acto, así en el caso de convenios escritos consistirán en documentos, en los convenios verbales en declaraciones de testigos o en la demostración de conductas paralelas y anticompetitivas de las empresas involucradas.<sup>24</sup>

## CONVENIOS HORIZONTALES Y VERTICALES

Los convenios horizontales son aquellos celebrados entre empresas dedicadas a las mismas actividades productivas o distributivas, es decir convenios entre empresas que trabajan en un mismo nivel productivo y en un mismo mercado relevante, hallándose por tanto en posición de competir entre ellas. Se les denominan también prácticas monopólicas absolutas. Ejemplos de acuerdos horizontales son la fijación de precios, los acuerdos para asignar clientes específicos (reparto de clientela) o territorios de venta a empresas específicas (reparto territorial del mercado), entre otros.

Los convenios verticales son los celebrados entre empresas que operan en distintos niveles o fases sucesivas de la producción o la distribución de un mismo producto o servicio. Las empresas partes de este acuerdo no están en posición de competir entre ellas y por tanto el acuerdo no puede restringir la competencia entre tales empresas, pero sí en un determinado estadio de la producción u órbita de las relaciones de mercado.<sup>25</sup> Los acuerdos verticales están comprendidos dentro de lo que algunos autores llaman prácticas monopólicas relativas. Ejemplos de este tipo de restricción son la imposición de productores sobre distribuidores en cuanto a precios de reventa, prohibiciones de vender a determinadas personas o empresas y otras expuestas más adelante.

---

23. Banco Mundial-OCDE, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, Buenos Aires, 1996, p. 41.

24. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, Ginebra, 1998.

25. Delio Gómez Leyva, "Las prácticas restrictivas de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 120.

## MÉTODOS ANALÍTICOS *PER SE* Y DE RAZONAMIENTO

Bajo el *enfoque per se* ciertos actos o acuerdos se consideran siempre ilegales sin necesidad de evaluar o probar su impacto negativo sobre la competencia, la eficiencia o el bienestar de los consumidores. Es suficiente demostrar que el acto se ha producido para sancionarlo. Varios acuerdos horizontales como la fijación de precios o la licitación colusoria suelen ser materia de prohibiciones *per se*.

En contraste, bajo el *enfoque de razonamiento* se pueden permitir ciertas restricciones a la competencia cuando se demuestra que el beneficio excede el impacto negativo de la restricción.<sup>26</sup> Este puede ser, por ejemplo, el caso de acuerdos de distribución exclusiva que faciliten acceso o disminuyan precios para los consumidores. Bajo este enfoque la autoridad de control debe sopesar, caso por caso, los efectos a favor y en contra de la competencia y la eficiencia, así como evaluar su impacto sobre los consumidores.<sup>27</sup> No siempre es fácil determinar *lo razonable* de una específica excepción a la competencia, tanto para las empresas directamente involucradas como para el bienestar público.<sup>28</sup>

## MERCADO RELEVANTE

Un mercado relevante es un mercado específico en términos de producto y área geográfica. Esta noción es básica para cualquier análisis de competencia pues las restricciones a ella no se producen en abstracto sino con relación a bienes, servicios, áreas y clientelas concretas. De allí que generalmente la autoridad de control de competencia tiene entre sus primeras actividades realizar una investigación la determinación del mercado relevante.

En términos de producto el mercado relevante es “un mercado específico de un bien específico producido o comercializado, o de la prestación de un servicio determinado”.<sup>29</sup>

---

26. Banco Mundial-OCDE, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, p. 33.

27. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 77.

28. Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 70.

29. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad intelectual y competencia en México*, p. 321. Una definición un tanto más compleja de Sullivan y Harrison caracteriza el mercado de producto como el mercado más

En términos geográficos, el mercado relevante es el definido por la localización de compradores y vendedores, lo cual lo estructura como local, regional, nacional o internacional.<sup>30</sup> Aunque es frecuente la división en mercado de producto y mercado geográfico hay que anotar que una determinación completa del mercado de producto incluye necesariamente componentes geográficos.<sup>31</sup> Para los constructores el mercado del cemento en Quito es distinto del mercado del cemento en Guayaquil.

Para definir el *mercado relevante* hay que verificar y evaluar la posibilidad y disponibilidad que tienen los consumidores o demandantes de reemplazar el bien o servicio de que se trate por bienes o servicios sustitutos de similar calidad, precio y accesibilidad.<sup>32</sup> Así por ejemplo, las galletas podrían en un determinado mercado constituir productos sustitutos del pan, aunque no necesariamente sí, por ejemplo, hay distancia significativa en precios. Si ambos productos se hallan en el mismo mercado, un aumento en el precio del pan generaría una mayor demanda en el mercado de galletas o viceversa. Es decir, cuando la cantidad demandada de un producto es afectada por el incremento del precio de otro, ello revela que los consumidores sustituyen un producto por el otro y ambos pueden considerarse dentro de un mismo mercado relevante.

En cambio, al considerar el mercado geográfico, si conforme el precio aumenta los consumidores son capaces y están dispuestos a obtener el bien o servicio de que se trate o sus sustitutos de oferentes más distantes, éstos deberán ser incluidos en el mercado relevante. Así por ejemplo, si quienes adquieren determinado tipo de vehículo en Quito están en capacidad y dispuestos a adquirirlo en Ibarra, el mercado relevante de ese vehículo en Quito deberá incluir a Ibarra.

Esta posibilidad de sustituir el bien puede ser vestida también desde el lado de la oferta, al considerar la capacidad que tiene el fabricante de reorientar la producción de un bien o servicio a sus sustitutos.<sup>33</sup> En términos

---

pequeño en el cual una determinada empresa, considerando la oferta total de un producto, podría incrementar el precio sin perder suficientes demandantes como para disminuir sus ganancias, véase E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, New York, Matthew Bender, 1994, p. 269.

30. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 55.

31. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 219.

32. Esta situación se denomina elasticidad cruzada de demanda.

33. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 55. Es la denominada elasticidad cruzada de oferta.



geográficos, cuando hay oferentes distantes que compiten o pueden competir con la empresa cuya conducta potencialmente anticompetitiva se investiga y tales oferentes pueden con facilidad expandir su oferta en el mercado de esta empresa, deben ser incluidos en el mercado relevante de ésta.<sup>34</sup> En el ejemplo antes mencionado, el distribuidor de vehículos en Ibarra es parte del mercado relevante de Quito en cuanto puede atender de forma fácil y barata a los consumidores en esta ciudad. Tanto para la oferta como para la demanda los costos de transportación tienen alta incidencia en la determinación geográfica del mercado relevante.

## TIPOS DE ACUERDOS HORIZONTALES

Hay una serie de acuerdos restrictivos entre empresas en posición de competir los cuales generalmente se consideran claramente perjudiciales para los consumidores y fuente ilegal e ilegítima de beneficio para las empresas en el acuerdo o para el cartel. Empero, hay también casos en los que los acuerdos generan mayor eficiencia, beneficiando a la comunidad.

Pese a tales excepciones, en general los acuerdos horizontales tienden a ser más restrictivos de la competencia que los verticales, de allí que a los primeros sea más frecuente aplicar un enfoque *per se* y a los segundos el enfoque de razonamiento. Algunos tipos de acuerdos horizontales son los siguientes:

### FIJACIÓN DE PRECIOS

Son acuerdos entre competidores para aumentar, fijar o en general manipular precios de compra o venta de bienes y servicios en cualquier fase del proceso productivo. Esta fijación se puede realizar de forma directa o mediante mecanismos indirectos como descuentos y rebajas, listas de precios e intercambio de información entre empresas que permita fijarlos (por ejemplo precios de costos), entre distribuidores o sobre inversiones.<sup>35</sup>

Es frecuente que en las legislaciones sobre competencia se la considere intrínsecamente contraria a la concurrencia y por tanto *ilícita per se*, lo cual

---

34. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 219.

35. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

excusa a la autoridad de control de demostrar el daño causado o de examinar las razones comerciales de su adopción.

## LICITACIÓN COLUSORIA

Los acuerdos colusorios entre proveedores del Estado que participan en licitaciones públicas son también generalmente objeto de prohibiciones *per se*. La licitación colusoria puede producirse de muy variadas formas, como por ejemplo: pactos para presentar ofertas idénticas, ficticias o excluyentes, pactos para determinar la mejor oferta o para rotar entre licitantes, presentando en cada ocasión cada empresa la oferta más baja. En estos casos las empresas participantes suelen constituir un fondo común financiado en cada caso por la empresa seleccionada para compensar a las que no lo fueron.<sup>36</sup>

Estos acuerdos pueden también combinarse con restricciones verticales. Por ejemplo, si los fabricantes de autos se ponen de acuerdo para no presentarse a una licitación pública sino mediante sus concesionarias, hay un acuerdo horizontal de licitación colusoria entre los fabricantes y una restricción vertical con las concesionarias.<sup>37</sup> Las multas u otras sanciones se imponen en algunas legislaciones en estos casos sin detrimento de las acciones penales a que haya lugar.

## REPARTO DE MERCADOS

Las empresas en posición de competir en lugar de hacerlo se reparten el mercado mediante divisiones territoriales, de la clientela o de productos.<sup>38</sup> Esta asignación de territorios, clientes o productos a firmas específicas disminuye o elimina la competencia en el mercado respectivo generando así rentas monopólicas<sup>39</sup> mediante alza de precios y suprimiendo en general los incentivos propios de la competencia.<sup>40</sup>

---

36. *Ibid.*

37. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad intelectual y competencia en México*, p. 341.

38. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 116.

39. Ganancias del los oferentes en un mercado en que la disponibilidad de un bien o servicio es artificialmente limitada.

40. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 431.

En la *división o reparto territorial del mercado*, por ejemplo, una empresa opera solo en la Sierra dejando a otra el mercado de la Costa, así cada una puede obtener beneficios de la ausencia de competencia entre ellas. Este reparto geográfico del mercado puede darse también a nivel internacional, con lo cual ciertos proveedores se limitan a realizar transacciones exclusivamente con ciertos compradores y a no competir en el mercado interior de otro proveedor.

En el *reparto de la clientela* las empresas se distribuyen la misma, acordando no realizar transacciones sino con los clientes previamente asignados a cada una. Correspondientemente, en la *división del mercado sobre la base de productos o servicios*, las empresas acuerdan no competir entre ellas en ciertas líneas de productos o servicios. Estas divisiones pueden además combinarse con otros acuerdos horizontales como la fijación de precios.

Hay, empero, que distinguir estos acuerdos entre competidores de las imposiciones que uno o varios de ellos puede imponer a otros que se hallan incluso en un nivel distinto de la producción o distribución, como por ejemplo la división de mercados que pueden imponer los proveedores con control monopólico de un mercado.<sup>41</sup>

## LIMITACIÓN DE LA PRODUCCIÓN

Otra forma de repartición de mercados se verifica cuando dos o más empresas en posición de competir acuerdan, con el fin de aumentar ilegítimamente sus ganancias, tener un volumen de producción inferior al que generarían si estas firmas compitieran entre sí. Es decir, acuerdan no ofertar más allá de una específica cantidad bienes o servicios. Esta disminución acordada de la producción causa un aumento de los precios por sobre los que fijaría un mercado que se halle funcionando adecuadamente.<sup>42</sup>

Generalmente el acuerdo de limitación de producción se realiza al existir una sobreoferta o capacidad excedente o como un mecanismo indirecto para incrementar precios.<sup>43</sup> Sin embargo, no es necesario demostrar que estos objetivos, o los efectos negativos sobre la competencia y el bienestar público, se trata de una prohibición *per se*, aunque revelar tal conducta en las

---

41. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad intelectual y competencia en México*, p. 339.

42. Henry N. Butler, *Economic Analysis for Lawyers*, Durham, Carolina Academic Press, 1998, p. 318.

43. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley sobre prácticas comerciales restrictivas*.

empresas presenta dificultades probatorias,<sup>44</sup> pues no debe ser confundido con el aumento o disminución de la producción que estas realizan normalmente acorde a las condiciones de mercado.

Así como en el caso de la fijación de precios, un mecanismo usual para concretar esta forma de reparto de mercado es asignar a cada empresa una cuota de la producción total y crear un fondo común al cual deben pagar las empresas que rebasan su correspondiente cuota a efectos de con esos fondos compensar a las demás.<sup>45</sup>

La limitación de la producción puede ser resultado también de un acuerdo para restringir el desarrollo técnico, las inversiones y la distribución. Estas limitaciones y distorsiones, además, pueden afectar no solo los precios sino la variedad y calidad de los productos y servicios, así como el ritmo de innovación y eficiencia general de la economía.<sup>46</sup>

#### NEGATIVA CONCERTADA A TRATAR O NEGOCIAR

Se produce cuando hay un acuerdo entre empresas en posición de competir por el cual se niegan a comprar, a vender y en general a negociar con otra. Es decir, las empresas concertadas se niegan a negociar con firmas que proveen a otras firmas en su mercado. Esta conducta, también denominada *boicot*, puede limitar la competencia creando barreras de entrada a la empresa afectada, aislándola y precipitando su salida del mercado.<sup>47</sup> Un ejemplo de esta restricción es el acuerdo de distribuidores para no negociar con un determinado productor que provee además a otro distribuidor, es decir a la competencia; de esta manera el grupo que organiza el boicot o la empresa dominante utiliza su poder de mercado para eliminar la competencia.

Por supuesto, hay que distinguir esta negativa colectiva a negociar con la legítima facultad que tiene una empresa de negarse a contratar individualmente.<sup>48</sup> Esta negativa individual puede deberse a razones empresariales y se halla dentro del ejercicio de la libertad de empresa. Lo que generalmente se prohíbe es el uso de esta libertad para, abusando del propio poder de

---

44. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad intelectual y competencia en México*, p. 339.

45. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

46. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 342.

47. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 110.

48. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 516.

mercado o en concertación con otras empresas, boicotear a una tercera que compite o potencialmente puede competir con ellas.

### DENEGACIÓN COLECTIVA DE ADMISIÓN EN UNA ASOCIACIÓN

Es la exclusión injustificada o discriminatoria contra ciertos competidores por parte de una asociación profesional o comercial. Tal exclusión puede ser legal y legítima cuando la empresa que desea asociarse no cumple los requisitos establecidos por las normas de la asociación o cuando hay ciertos intereses profesionales válidos que vuelvan realmente aceptable la exclusión. Pero si estas normas o políticas son claramente discriminatorias pueden constituir una forma de crear desventajas para la empresa o empresas competidoras.<sup>49</sup>

En el marco de estas asociaciones se produce generalmente un activo intercambio de información, lo cual puede ser pro o anticompetitivo. Esto depende del tipo de información intercambiada y de la estructura del mercado en cuestión. Cuando los mercados están concentrados este intercambio tiende más bien a perjudicar la competencia.<sup>50</sup>

### AUTORIZACIÓN DE EXCEPCIONES

Aunque las restricciones horizontales tienden a ser objeto de prohibiciones *per se*, es decir intrínsecamente contrarias a la competencia, el órgano oficial de control puede en ciertos casos específicos y excepcionales autorizar ciertos acuerdos restrictivos entre empresas competidoras, previa notificación de toda la información justificatoria.

Las diversas legislaciones y en especial el art. 85 del Tratado de Roma, establecen una serie de condiciones para autorizar la excepción. Así por ejemplo, el tratado las permite cuando *contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante*, además se exige que estos acuerdos no a) *impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos*; b) *ofrezcan a dichas empresas la posibi-*

---

49. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

50. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 100.

*lidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.*

Así mismo, existen en varias legislaciones posibilidades de autorización de distintos tipos de carteles. Por ejemplo, de los denominados *carteles de exportación*, los cuales posibilitan a los exportadores de un país aumentar su poder de mercado en el comercio internacional. Los carteles de crisis estructural permiten adaptar la capacidad de producción de las empresas a la disminución de las ventas a largo plazo. Un *cartel de descuentos* se orienta a evitar un exceso de descuentos, en tanto uno de *normas técnicas y tipos* busca la homogeneización de las mismas.<sup>51</sup>

Otra área de excepciones suele ser la de las exenciones sectoriales establecidas en las leyes de competencia. Mediante éstas, la prestación de servicios públicos, la banca y el sistema financiero quedan exentos del ámbito de las leyes de competencia, en cuanto se regulan mediante legislación especial. Este tipo de exenciones tiene hoy una tendencia decreciente.<sup>52</sup>

## TIPOS DE ACUERDOS VERTICALES

Se les denomina también prácticas monopólicas relativas. Como se indicó, los convenios verticales son los celebrados entre empresas que operan en distintos niveles o fases sucesivas de la producción o la distribución de un mismo producto o servicio. Las restricciones verticales consisten generalmente en limitaciones impuestas por el fabricante o distribuidor sobre el minorista.<sup>53</sup>

Por tanto, las empresas parte de estos acuerdos no compiten entre ellas, pero mediante ellos una empresa con poder de mercado puede restringir la competencia en las fases productivas o distributivas anteriores o posteriores a la fase en la que ella opera, para así beneficiarse de la limitación de competencia.<sup>54</sup> El ejemplo clásico de restricción vertical es el de la imposición de precios de reventa por parte del productor a sus distribuidores o del mayorista al minorista.

---

51. Peter Oestterdiekhoff, "Política de competencia", en varios autores, *Economía social de mercado: su dimensión social*, p. 27.

52. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

53. Varias de ellas pueden producirse también en una situación de abuso de posición dominante, la cual se estudia más adelante.

54. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 568.

En contraste a las restricciones horizontales, que suelen ser objeto de prohibiciones *per se*, a algunas de las verticales el órgano de control las suele analizar bajo el enfoque de razonamiento. En efecto, una serie de acuerdos, tales como franquicias, acuerdos de distribución preferente o exclusiva, pueden beneficiar a los consumidores o en general mejorar la eficiencia, de allí que sea necesario estudiar el acuerdo concreto para determinar sus reales efectos sobre la competencia. Los principales tipos de restricciones verticales son los siguientes:

#### FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA

Mediante esta restricción el proveedor impone a sus distribuidores o minoristas el precio fijo, mínimo o máximo al cual el producto debe ser revendido. Al imponer precios de reventa se limita la independencia económica del distribuidor y por tanto su capacidad para competir, pues los efectos en los precios de los distribuidores de un mismo producto y marca vienen a ser iguales a los de un cartel o acuerdo horizontal de fijación de precios entre estos distribuidores.

Desde otro punto de vista se argumenta que la fijación de precios de reventa puede ser pro-competitivo por cuanto los distintos distribuidores de un mismo producto de la misma marca al tener el mismo precio se ven obligados, para atraer clientes, a ofrecer servicios adicionales al consumidor.<sup>55</sup> También se ha afirmado que las rebajas excesivas de los precios de los distribuidores pueden perjudicar el prestigio de una marca o pueden generar una espiral de rebajas que perjudique al comercio; se dice también que la fijación vertical de precios puede evitar el abuso de los minoristas y permitir al productor mantener la calidad.

Pese a estos argumentos, lo que está generalmente por detrás de la fijación vertical de precios es la presión de los comerciantes para que los productores les aseguren un determinado margen de ganancia. También los fabricantes pueden aumentar ganancias mediante el incremento y fijación de precios a sus distribuidores. En ambos casos los perjudicados son los consumidores.<sup>56</sup>

Hay sin embargo otras formas de fijación vertical de precios que pueden

---

55. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 150.

56. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 579.

hallar una relativa justificación. De hecho, algunas legislaciones establecen excepciones a la prohibición de fijación vertical de precios. En algunos países no se prohíben los precios máximos de reventa y en otros se permite que el productor sugiera, pero no imponga, al distribuidor estos precios.<sup>57</sup> Es claro que el consumidor resulta perjudicado con la fijación de precios mínimos y precios fijos, pero este efecto negativo no se produce necesariamente cuando se fijan precios máximos. Si bien estos precios máximos pueden ser menores a los que eventualmente fijaría el mercado y por tanto bajar la calidad de los servicios prestados por el distribuidor, también es cierto que tales precios máximos pueden limitar también costos excesivos de distribución, los cuales encarecen los productos. Es posible, en efecto, que el juego de oferta y demanda no pueda regular adecuadamente estos precios cuando una o pocas empresas dominan la estructura de distribución de un determinado bien o servicio. En estos casos, bajo ciertas condiciones que preserven un grado de competencia entre distribuidores, se han autorizado en algunos países ciertas fijaciones de precios máximos.<sup>58</sup> En vista de la complejidad de los efectos de la fijación de precios de reventa existe cierto debate sobre si éstos deberán ser siempre evaluados bajo el enfoque *per se* o el de razonabilidad.

A efectos de conseguir que los distribuidores fijen precios, los proveedores utilizan generalmente como mecanismo coercitivo la negativa a negociar o tratar, ya estudiada en su versión horizontal anteriormente, y que constituye por sí misma otra modalidad de restricción a la competencia.

#### ACUERDOS DE EXCLUSIVIDAD

Consiste en requerir de un vendedor al por menor o en general de un distribuidor no comprar, distribuir o fabricar productos o servicios que compitan con los del proveedor u otros bienes. A cambio de esta limitación de su libertad comercial, el distribuidor recibe del proveedor derechos exclusivos para la compra, venta o reventa de bienes o servicios en un territorio determinado.<sup>59</sup> Este acuerdo afecta a los demás productores en el sentido de que les dificulta el acceso a puntos de distribución y por tanto el acceso al mercado en cuestión. Tal situación obliga a la integración vertical de las empre-

---

57. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

58. *Ibid.*

59. *Ibid.*



sas en cuanto se ven obligadas a asumir tanto la producción como la distribución.<sup>60</sup>

Al igual que con la fijación de precios de reventa, hay sin embargo una serie de argumentaciones en defensa del carácter pro competitivo de los acuerdos de exclusividad.<sup>61</sup> Así por ejemplo, se afirma que al asegurar a los productores puntos de distribución y a los distribuidores un proveedor confiable, disminuyen los costos de transacción y esto puede traducirse en menores precios para los consumidores. Además, se afirma, el productor frecuentemente disminuye los precios que cobra al distribuidor como un incentivo o compensación por el hecho de que este no venda productos de otros fabricantes.

Tanto los acuerdos de exclusividad como las ventas vinculadas, afectan o tienen impacto sobre la competencia entre productos similares de distintas marcas (*interbrand competition*). En contraste, los repartos de mercados territoriales o de clientela afectan la competencia entre distribuidores de un producto de la misma marca (*intraband competition*).

La posibilidad de que ciertos acuerdos verticales de exclusividad beneficien a los consumidores hace que estas restricciones no sean generalmente evaluadas por el órgano de control mediante el criterio de prohibición *per se* sino bajo el de razonabilidad.

## REPARTO DE MERCADO

Otro mecanismo por el cual el proveedor puede imponer exclusividad sobre el distribuidor es el reparto de mercado. Así como en los convenios horizontales, éste consiste en la asignación de territorios o clientela, pero en este caso el reparto surge de la imposición del productor sobre el distribuidor y no de un acuerdo entre quienes compiten. Así, el fabricante o proveedor asigna al distribuidor un territorio (repartición de áreas territoriales) o una clientela (repartición de clientela). En el primer caso, el distribuidor se ve impedido de vender fuera del territorio asignado o, en otros casos, de vender a quienes puedan vender fuera de esa área. En el caso de reparto de clientela, el distribuidor se ve obligado a realizar transacciones solo con una clase de clientes o a excluir otros. Así por ejemplo, el fabricante puede obli-

---

60. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 176.

61. *Ibid.*

garle a que venda solo a minoristas o a que no venda a instituciones públicas, etc.

Cuando el distribuidor es el representante exclusivo del fabricante en una determinada área o territorio o cuando el fabricante ha regulado el número de distribuidores en esta área, puede existir sin embargo competencia con productos similares de otra marca. Es decir, el tipo de competencia que se ha eliminado o restringido es solamente el que debería ocurrir entre distribuidores del mismo producto de la misma marca (intra-brand competition) en un mismo territorio o atendiendo una misma clientela.<sup>62</sup> Sin embargo se mantiene la competencia con similares productos de otras marcas (inter-brand competition), lo cual siembra dudas sobre si el distribuidor exclusivo ejerce realmente un poder monopólico.<sup>63</sup>

Esta precisión es trascendente en cuanto, sobre todo en la jurisprudencia de Estados Unidos de América, se tiende a considerar que lo realmente perjudicial para los consumidores es restringir la competencia entre productos similares de distintas marcas. El efecto negativo de las restricciones a la competencia entre oferentes de un mismo producto de una misma marca tiende a ser visto como más discutible.

El reparto territorial o de clientela, desde la óptica del fabricante, suele ser visto como un sistema de incentivos al distribuidor, que le permite además promover de mejor forma el producto y proveer mejores servicios a los consumidores. Bajo esta lógica el distribuidor se concentra en promover el producto del cual es representante exclusivo a efectos de competir con similares de otras marcas, en lugar que tener que competir con otros distribuidores del mismo producto de la misma marca. En todo caso, estas restricciones sobre aspectos distintos al precio tienden a ser analizadas bajo el enfoque de razonabilidad.<sup>64</sup>

## VENTAS CONDICIONADAS O VINCULADAS

Consiste en imponer a los compradores de un producto o servicio la compra de otros productos o servicios del mismo proveedor. Es decir, este proveedor vende un primer producto o servicio solo bajo la condición de que el comprador adquiera de él un segundo producto o servicio.

---

62. *Ibid.*, p. 174.

63. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 85.

64. Federal Trade Commission, *Promoting Competition, Protecting Consumers*, United States, 2000.

Hay varias modalidades de ventas vinculadas. Éstas pueden consistir también en condicionar la venta de un producto a la adquisición de una línea completa de los productos del mismo vendedor; también puede consistir en vender el producto dentro de un paquete de productos relacionados. Otras conductas no son técnicamente ventas vinculadas pero tienen características de ellas, tal cual sucede cuando se condiciona la venta de un producto a la adquisición de otro producto de un tercero o como en el caso de *trato recíproco*, cuando una empresa vende solo bajo la condición de que éste a su vez le compre determinado producto.<sup>65</sup> En todos los casos, el demandante está realmente interesado solo en un producto o servicio, denominado vinculante, pero el oferente le impone la adquisición de algo que en realidad no desea, al cual se denomina producto o servicio vinculado. Este segundo bien puede o no ser del mismo género o complementario del primero. La venta condicionada suele ser una estrategia de empresas con poder de mercado para colocar productos de difícil venta sujetos a competencia de productos sustitutivos.<sup>66</sup>

Tal cual ocurre con relación a otras restricciones verticales, respecto a la eficiencia y carácter competitivo o anticompetitivo de las ventas vinculadas existen criterios dispares. Desde una perspectiva se destaca que esta restricción puede disminuir o eliminar las oportunidades de venta de otros oferentes de los productos o servicios que han sido vinculados,<sup>67</sup> transfiriendo así el poder monopólico del oferente del producto vinculante al mercado del producto vinculado.<sup>68</sup> Cuando lo que se impone es una línea completa de productos puede incluso constituirse una barrera de entrada a quienes no están en capacidad de ofrecerla.

Desde otro ángulo se afirma que las ventas vinculadas pueden ser eficientes, reducir costos de producción y distribución y asegurar la venta conjunta de productos de igual calidad.<sup>69</sup> Se niega que los competidores que ofrecen el producto vinculado estén siendo desplazados del mercado, puesto que si ellos actúan eficientemente pueden ofrecerlo a un mejor precio, con lo cual incluso el fabricante del producto vinculante podría adquirirlo

---

65. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 182.

66. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

67. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 83.

68. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 183.

69. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 83.

de los mismos en lugar de producirlo.<sup>70</sup> En vista de que resulta necesario evaluar en cada caso los reales efectos de las ventas vinculadas sobre la competencia y la eficiencia, existe la tendencia a analizarlas bajo el enfoque de razonabilidad.

## ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Es necesario primero distinguir los conceptos de posición de dominio de su abuso. Lo que la legislación de competencia suele sancionar es fundamentalmente lo segundo.

### POSICIÓN DE DOMINIO

Consiste en un grado tal de poder económico en un *mercado relevante* que permite a una o varias empresas actuar en una medida apreciable independientemente de sus competidores, clientes y consumidores, lo cual hace posible entorpecer o impedir la competencia efectiva en ese mercado.

El poder económico mencionado se basa en el concepto económico de *poder de mercado*,<sup>71</sup> es decir “una situación caracterizada por barreras de entrada al mercado contra empresas competidoras, en vista del control de la empresa dominante sobre el precio y por tanto sobre sus niveles de ganancia”.<sup>72</sup>

En efecto, la empresa o empresas dominantes tienen un poder tal con respecto a determinado producto o servicio en determinado territorio (*mercado relevante*) que es capaz de sustraerse de las presiones competitivas de otras empresas que operan en el mismo mercado y fijar independientemente de estos competidores precios u otras condiciones de comercialización. La empresa dominante puede usar esta capacidad de acción independiente para entorpecer la actividad, eliminar o impedir el ingreso al mercado de empresas competidoras.

Quienes ejercen dominio pueden ser una o varias empresas.<sup>73</sup> La posi-

---

70. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 184.

71. Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, Lima, San Marcos, 1997, p. 227.

72. Henry N. Butler, *Economic Analysis for Lawyers*, p. 927.

73. Marco Velilla, “Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante”, en Belisario Becancur, et al., *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 185.

ción de dominio puede estar detentada por una empresa única o por ésta y sus filiales, en cuyo caso se lo designa como un conjunto único. Pero tal dominio puede ser ejercido también por varias empresas vinculadas o no vinculadas entre sí desde los puntos de vista jurídico y financiero.

Tal situación equivale a la existencia de un oligopolio, en la que las empresas que lo forman dominan el mercado y puede operar en conjunto como lo haría un monopolio.<sup>74</sup>

El dominio de mercado se ejerce no en abstracto sino en términos concretos, es decir en un *mercado relevante*, esto es un mercado definido o acotado en términos de producto y territorio. Existen diversas técnicas para determinar este dominio, entre las cuales destacan la cuota o participación en el mercado relevante que una o varias empresas controlan (por ejemplo, se puede calificar una posición dominante al controlar una empresa un 40% o un 50% del mercado), el total de ventas, activos, número de empleados, poder de fijación de precios, etc.

#### ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Se produce cuando una empresa con posición de dominio en un mercado abusa de dicho poder e incurre en conductas anticompetitivas orientadas a mantener o incrementar esa posición de dominio; es decir hay una explotación abusiva e impropia del control monopolístico sobre un mercado.<sup>75</sup> Como aclara Abanto, hay abuso de posición dominante no solo cuando la conducta de la empresa es abusiva o cuando sus resultados le benefician sino fundamentalmente cuando tal conducta modifica la estructura competitiva del mercado.<sup>76</sup>

La posición de dominio no es sancionada, sino su abuso; al respecto ha expresado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea interpretando el artículo 86 del Tratado de Roma: “Declarar que una empresa tiene posición dominante no es por sí mismo un reproche sino que simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina...”<sup>77</sup>

---

74. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

75. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 9.

76. Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 229.

77. Asunto 322-81 Michelin C. Comisión (1983) Rep. 3461, citado por Marco Velilla, “Una aproxima-

La legislación antitrust de los Estados Unidos de América no incluye exactamente esta categoría, pero su equivalente conceptual estaría dado por los temas relativos al monopolio y el intento de monopolización y la monopolización de mercado.<sup>78</sup>

Se exponen a continuación las principales conductas consideradas abusivas de una posición de dominio, algunas de ellas ya fueron tratadas al estudiar los acuerdos verticales.

## FIJACIÓN ABUSIVA DE PRECIOS

Consiste en la fijación por parte de la empresa o empresas con posición de dominio de precios de venta o de compra significativamente por encima de aquellos que resultarían de un mercado razonablemente competitivo.<sup>79</sup> El principal problema consiste en determinar cuándo un precio es abusivo o inequitativo; para el efecto se utilizan diversas técnicas de aceptación relativa.<sup>80</sup> Así por ejemplo, se puede calcular un precio hipotéticamente competitivo mediante la suma de costos medios de producción y un margen *razonable* de utilidades. Empero, estos costos pueden variar y resulta muy relativo determinar cuál es un margen *razonable* de utilidades. Otra técnica, de mayor aceptación por las autoridades europeas de competencia, se basa en la comparación de los precios supuestamente abusivos con los precios de iguales productos o servicios en mercados similares pero bajo condiciones competitivas.

El control de este tipo de abuso, siendo necesario, presenta riesgos evidentes. Al constituir la flexibilidad en los precios derivada de la interacción de oferta y demanda un mecanismo central del mercado, resultaría contraproducente para el Derecho y la política de competencia instaurar un control de precios, por ejemplo mediante precios máximos.<sup>81</sup> Sin embargo, por otra parte, la fijación de precios excesivos abusando de una posición dominante constituye también una forma de renta monopolística mediante la cual se expropia o transfiere de forma inaceptable ingresos de los consumidores al monopolista y se afecta significativamente el interés económico general.

---

ción al concepto de abuso de posición dominante”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 194.

78. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 9.

79. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 676.

80. Manuel Abanto Vázquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 231.

81. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 43.

## PRECIOS PREDATORIOS

Se trata de una estrategia o conducta por la cual una empresa generalmente dominante en el mercado disminuye sus precios por debajo del nivel de sus costos de producción con el propósito de expulsar a sus competidores del mercado en cuestión y proceder luego a capturar rentas monopólicas.<sup>82</sup> Las pérdidas en que la empresa predatoria incurre al vender por debajo de sus costos de producción es considerada una inversión al corto plazo que será recuperada al largo plazo cuando los competidores sean expulsados y se puedan obtener rentas monopólicas.<sup>83</sup>

La teoría de precios predatorios, aunque subsistente, ha sido objeto de numerosas críticas. Aunque existen mayores medios técnicos para determinar cuándo un precio es predatorio en comparación a cuándo es excesivo,<sup>84</sup> se cuestiona la rentabilidad que en la práctica pueden representar las maniobras predatorias para quien incurre en ellas. La empresa predatoria debe no solo bajar precios sino aumentar su producción para vender a un mayor número de compradores, lo cual incrementa sus costos. En contraste, una vez eliminados sus competidores y aumentados los precios, no es claro cómo puede asegurarse de que no hay nuevos competidores que entren al mercado relevante y eliminen así la posibilidad de captar rentas monopólicas.<sup>85</sup> Pese a estas críticas, desde otro ángulo, se sostiene que estas prácticas aunque infrecuentes sí se producen y constituyen con frecuencia un medio de presión de empresas dominantes para presionar por la venta de empresas competidoras.<sup>86</sup>

## DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS, CONDICIONES O MODALIDADES

Se produce cuando compradores en distintos segmentos de mercado deben pagar diferentes precios por el mismo bien o servicio por razones no re-

---

82. Henry N. Butler, *Economic Analysis for Lawyers*, p. 354.

83. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 246.

84. Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 232.

85. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 246.

86. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 67.

lacionadas con los costos.<sup>87</sup> En otras palabras, una empresa discrimina en precios cuando la diferencia de precios cobrada a diferentes clientes no refleja la diferencia del costo marginal de venta a esos clientes.<sup>88</sup> De esta forma, incluso precios iguales pueden ser discriminatorios cuando los costos de vender a uno y otro grupo de clientes varían debido a costos de transporte, entrega, etc.<sup>89</sup> En definitiva, la discriminación de precios hace que éstos no reflejen los costos y a su vez incrementa los costos de las empresas demandantes sujetas a discriminación, generando así una distorsión generalizada del mecanismo de precios.<sup>90</sup>

La discriminación de precios puede realizarse sobre la base de una segmentación del mercado considerando grupos de edad, localizaciones geográficas, tipos de compradores, etc. Así por ejemplo, podría haber discriminación de precios cuando una misma cadena de supermercados vende en una misma ciudad a un precio ciertos productos en una zona residencial y a otro precio los mismos productos en una zona de menores ingresos, si no existen diferencias en los costos de venta que justifiquen el diferencial de precios. También habría discriminación si siendo los costos de venta diferentes los precios son iguales. Al tener posición dominante la empresa está obteniendo mediante la segmentación del mercado beneficios adicionales sustraídos de sus compradores y que no serían posibles en una situación de competencia.<sup>91</sup>

No toda discriminación de precios, empero, es claramente anticompetitiva. Por ejemplo, cuando la demanda es inelástica, es decir cuando no aumenta o disminuye acorde al cambio de precios, las empresas tenderán a aumentar sus precios y por tanto la producción, lo cual es pro competitivo.<sup>92</sup> A la misma lógica pueden responder los descuentos por compras de altos volúmenes o por continuidad (descuentos por fidelidad),<sup>93</sup> los cuales refle-

---

87. *Ibid.*, p. 68.

88. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 306.

89. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 35.

90. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 533.

91. *Ibid.*, p. 685.

92. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 54.

93. Según la llamada *cláusula inglesa* los descuentos por fidelidad no son anticompetitivos cuando mediante acuerdo el comprador puede adquirir productos de otros oferentes que ofrecen mejores condiciones, sin perder dicho descuento. Véase Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 234.



jan además una disminución real de los costos de transacción.<sup>94</sup> No obstante estas reducciones de precios pueden tener finalidad predatoria, es decir estar dirigidos a la eliminación de competidores en un mercado dado; la distinción entre propósitos y efectos pro y anticompetitivos es en general compleja.<sup>95</sup> En todo caso, la autoridad de control deberá analizar las condiciones concretas del caso específico.

La discriminación puede referirse también a otras condiciones o modalidades de venta o compra, distintas a los precios. Así por ejemplo, conceder mayores o mejores facilidades de crédito o servicios auxiliares a unos clientes que a otros, estando ellos en condiciones equivalentes.<sup>96</sup> La discriminación puede además provenir tanto de uno o varias empresas con posición dominante como del acuerdo horizontal entre empresas.

#### NEGATIVA A TRATAR O VENDER

Esta práctica restrictiva, ya estudiada entre los acuerdos horizontales, puede surgir también de una o varias empresas en posición de dominio en el mercado. Como se expuso, la práctica consiste en negarse a suministrar un producto o servicio a un comprador. Esta negativa puede o no hallarse justificada o ser ilegal desde el punto de vista de la protección de la competencia.

Una empresa que produzca una materia prima para elaborar cierta medicina y que en cierto momento se niegue a venderla a otras empresas en vista de que ha creado una subsidiaria verticalmente integrada para fabricar por si misma el fármaco, incurriría en este tipo de práctica anticompetitiva, pues resulta claro que su intención es limitar o eliminar la competencia en la producción de la medicina.

La negativa a tratar por parte de una empresa dominante puede tener como objetivo eliminar a una empresa competidora u obligarla a adoptar una serie de imposiciones anticompetitivas, tales como fijar precios de reventa, aceptar la asignación de un mercado territorial o de cierta clientela o de un acuerdo de exclusividad.<sup>97</sup> Por otra parte, esta negativa puede también hallar fundamento en la simplificación de la distribución o como una sanción

---

94. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 35.

95. Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 232.

96. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 36.

97. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 72.

a distribuidores que no siguen determinada política publicitaria o de servicios de la empresa dominante.<sup>98</sup>

## CONCENTRACIONES Y FUSIONES

Económicamente hay *concentración* cuando un reducido número de empresas poseen o controlan una amplia proporción de la actividad económica, como por ejemplo ventas, capital o trabajo.<sup>99</sup> Hay, entonces, que distinguir la concentración como resultado económico de las *operaciones de concentración*, entendidas como los actos jurídico-económicos que la producen.<sup>100</sup> Algunas de estas operaciones son la fusión, la adquisición, la compra de activos, las empresas conjuntas (*joint ventures*) o incluso mecanismos aparentemente más indirectos como la vinculación de empresas distintas mediante consejeros comunes<sup>101</sup> u otras formas de control común como las sociedades holding.<sup>102</sup>

Desde el punto de vista económico, pueden distinguirse conceptualmente dos tipos de concentración, visualizada ésta como resultado: 1. La *concentración agregada o global*, que hace relación a la posición relativa de una o un pequeño grupo de grandes empresas en el conjunto de la economía; 2. *concentración de industria o mercado*, mide la posición relativa de grandes empresas en un mercado relevante, es decir en una industria o mercado determinado, como por ejemplo el de textiles o automóviles en determinada área geográfica. Para medir esta concentración se considera el número y tamaño de las firmas que participan en la correspondiente industria, considerando generalmente el volumen de ventas de la empresa con relación al total de la industria.

Al derecho de la competencia, en general, y al control de concentraciones en particular, les interesa la concentración de industria o mercado, pues es ésta la que tiene o puede tener incidencia restrictiva sobre la competencia en un mercado relevante.

---

98. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 684.

99. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 23.

100. Rasmilic Radoslav Depolo, "Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 206.

101. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 45.

102. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 600.

El concepto de concentración<sup>103</sup> en derecho de la competencia es más amplio e inclusivo que la noción clásica de fusión en derecho societario. En tanto la concentración hace relación al efecto macroeconómico sobre la estructura de la industria o los mercados afectados, la fusión destaca el efecto jurídico de la consolidación patrimonial, esto es la extinción o creación de una o varias sociedades.<sup>104</sup> En todo caso, la fusión es el procedimiento jurídico más definido dentro de los mecanismos de concentración, pues manifiesta mucho más claramente que cualquier otra forma de integración la voluntad empresaria de vincular activos bajo un control común.

#### MODALIDADES DE CONCENTRACIÓN SEGÚN POSICIÓN DE LAS EMPRESAS

En cuanto a las *operaciones de concentración*, éstas pueden encajar en tres diversas categorías, atendiendo a la posición que ocupan las empresas en la cadena de producción de un bien o de prestación de un servicio. Estas cuatro modalidades básicas son: 1. la concentración horizontal, 2. la concentración vertical, 3. la concentración conglomerada, 4. concentraciones transnacionales.

#### CONCENTRACIÓN HORIZONTAL

Ésta ocurre cuando dos o más empresas que producen o distribuyen bienes o servicios idénticos o similares en el mismo mercado geográfico se someten a un control común,<sup>105</sup> que puede darse mediante diversas operaciones de concentración: por *absorción*, cuando una empresa asume la propiedad o control de otra u otras; por *fusión*, cuando una o más empresas se amalgaman con una empresa existente o forman una nueva; o por la formación de una *empresa conjunta* (joint venture) distinta a las dos o más que la

---

103. Otros autores utilizan, en Derecho de la Competencia, el término fusión (*mergers*) para referirse a “cualquier acto de concentración empresaria, particularmente las compras de acciones u otras participaciones de capital”. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 599.

104. Francisco Reyes, “Grupos de sociedades subordinadas, fusiones, concentraciones, compra de activos”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 233.

105. Rasmilic Radoslav Depolo, “Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 209.

integran para desarrollar un proyecto específico y otras formas de desarrollo de control común o adquisición de control.

Las concentraciones horizontales son las que generan mayor preocupación al derecho de la competencia en vista de constituir formas de integración entre empresas competidoras.<sup>106</sup> Esta situación hace que estas concentraciones disminuyan necesariamente el número de empresas en una industria específica y por tanto la competencia, transformando la estructura misma de esa industria, aumentando las probabilidades de abuso de dominio en el mercado, de repartos territoriales y de clientela u otras prácticas restrictivas.<sup>107</sup>

Pese a la disminución de competencia que implica una concentración horizontal, hay quienes plantean que ésta puede representar en ciertos casos mejoras en eficiencia que beneficien a los consumidores.<sup>108</sup> La vinculación de empresas competidoras puede generar economías de escala,<sup>109</sup> financieras y de operación de las cuales deriven disminuciones de precios. Según este enfoque, en cada caso habrá que pesar las restricciones a la competencia generadas por la concentración contra las ventajas en eficiencia que ésta produzca. Además, la concentración producida en una industria nacional es siempre relativa en cuanto, en un mundo en creciente globalización, ésta puede y debe someterse a la competencia de empresas extranjeras.

Empero, desde otra óptica se critica la realidad de esta alternativa, puesto que tales eficiencias pueden lograrse también por el desarrollo y crecimiento de una misma empresa y de hecho empíricamente se han verificado fusiones y megafusiones horizontales que en la práctica han disminuido el nivel de eficiencia.<sup>110</sup> Por otra parte, el actual desarrollo de las fusiones internacionales, es decir entre empresas nacionales e internacionales, hace que las concentraciones en un mercado nacional no sean tan inocuas, puesto que igualmente eliminan o disminuyen la competencia.

Pese a este debate jurídico-económico sobre la conveniencia de las concentraciones horizontales, de su control y de sus repercusiones no solo económicas sino además políticas y sociales, las legislaciones de países desa-

---

106. *Ibid.*, p. 211.

107. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 43.

108. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 265.

109. Aquellas en que el costo de producción promedio por unidad decrece con el incremento del volumen de producción.

110. Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 184.

rollados y en desarrollo tienden a aplicar un control estricto sobre este tipo de concentraciones.<sup>111</sup>

## CONCENTRACIÓN VERTICAL

Se origina cuando dos o más empresas ubicadas en la misma cadena de oferta, pero en distintos eslabones o fases del proceso de producción o distribución de un bien o de prestación de un servicio se someten a un control común.<sup>112</sup> El ejemplo típico es el de la concentración de una empresa productora o proveedora con una empresa distribuidora de esa producción. Al controlar no solo la fabricación sino la distribución la empresa aumenta su poder en el mercado e incurrir eventualmente en actos anticompetitivos como dejar de suministrar sus productos a otros distribuidores.<sup>113</sup>

Los efectos económicos de la concentración vertical son diversos a los de la horizontal. La concentración vertical no elimina competidores ni disminuye su número en una industria determinada, pues las empresas que se consolidan no compiten entre sí.<sup>114</sup> Así por ejemplo, si una empresa de producción de concreto adquiere la empresa que le provee de arena, como materia prima, el número de competidores en los mercados de producción de concreto y arena permanece inalterada,<sup>115</sup> aunque ahora ambos registran la presencia de una nueva empresa verticalmente integrada.<sup>116</sup> De todas formas, a partir de la concentración podrían derivarse ciertas prácticas anticompetitivas, como sería la negativa injustificada de proveer de arena a otros productores de concreto (*negativa a tratar o vender*).

Al involucrar a empresas en fases diversas del proceso económico, es decir empresas que no compiten entre ellas, las concentraciones verticales no generan un nivel de preocupación tan intenso como las horizontales, lo cual

---

111. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 43.

112. Rasmilic Radoslav Depolo, "Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 209.

113. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 44.

114. Depolo Rasmilic Radošlav, "Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 211.

115. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 262.

116. *Empresa verticalmente integrada* es aquella que tiene la propiedad o el control de distintas fases del proceso productivo. Por ejemplo, la empresa petrolera que controla los procesos de producción, transporte, y refinamiento de petróleo a más de la distribución de combustibles.

se refleja en una mayor permisividad en el ámbito de las legislaciones. Por otra parte, las mejoras en eficiencia son más claras en este tipo de concentraciones, pues la empresa verticalmente integrada ahorra costos transaccionales<sup>117</sup> al proveerse por sí misma del producto o servicio que requiere.<sup>118</sup>

## CONCENTRACIÓN CONGLOMERADA

Implica a empresas cuya producción y mercados no se relacionan entre sí, ni en términos horizontales (entre competidores) ni en términos verticales (relación proveedor-cliente). Se suele distinguir dos tipos de concentraciones conglomeradas: 1. las concentraciones conglomeradas puras, y 2. las concentraciones conglomeradas con extensión de mercado de producto o territorio.

En las *concentraciones conglomeradas puras* la actividad económica de las empresas intervinientes no tiene, al menos en apariencia, ninguna relación. Tal sería por ejemplo, el caso de una empresa productora de automóviles que adquiera una empresa de alimentos.

En las *concentraciones conglomeradas con extensión de mercado de producto o geográfico* aunque anteriormente no ha habido ninguna relación de competencia o provisión entre las empresas hay cierta relación, aunque fuere indirecta, entre las líneas comerciales o productivas de las empresas intervinientes.<sup>119</sup> Así, en el caso de la *concentración con extensión de mercado de producto* las empresas implicadas producen bienes o servicios relacionados, complementarios o promocionables por iguales vías, como por ejemplo la fusión de un fabricante de cloro y otro de detergentes. En la *concentración con extensión de mercado geográfico* las empresas operan en iguales líneas comerciales o productivas pero en mercados geográficos totalmente separados, como cuando se fusionan dos bancos locales que operaban en áreas distintas.<sup>120</sup>

---

117. Los *costos de transacción* se refieren al “tiempo, esfuerzo y recursos necesario para buscar, negociar y consumir un intercambio”. Se incluye aquí los costos de descubrir precios de mercado u otra información relevante, elaborar y ejecutar contratos. Véase Henry N. Butler, *Economic Analysis for Lawyers*, p. 935.

118. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 266.

119. Rasmilic Radoslav Depolo, “Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 210.

120. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 263.

En principio, las concentraciones conglomeradas implican una amenaza menor para la competencia que la planteada por las concentraciones verticales. Aquellas no tienen como efecto la disminución del número de competidores o en general la restricción de competencia en un mercado relevante o la alteración de la estructura competitiva de una industria. Responden básicamente a una política de inversiones basada en la dispersión del riesgo mediante la diversificación productiva y comercial. Pese a esta aparente inocuidad, la autoridad de control deberá evaluar si tales concentraciones generan efectos que de alguna manera restringen la competencia.

## CONCENTRACIONES TRANSNACIONALES

Consiste en fusiones, absorciones o cualquier forma de adquisición de control en la cual intervenga al menos una sociedad transnacional.<sup>121</sup> La concentración puede darse incluso solo en el ámbito de las matrices de dos o más empresas transnacionales, pero es claro que sus efectos tendrán importante repercusión en los mercados nacionales donde operan sus filiales. La concentración puede verificarse también solo a nivel de ciertas filiales.<sup>122</sup> Este tipo de concentraciones presentan importantes desafíos, especialmente a las autoridades de control de países en desarrollo, puesto que vienen a constituir operaciones que aún afectando a los países receptores tienden a sujetarse primariamente al control de las autoridades de los países donde se hallan las matrices.<sup>123</sup>

## CONTROL DE CONCENTRACIONES

Mientras que el control sobre acuerdos anticompetitivos y abuso de posición dominante se ejerce sobre las conductas de las empresas en una estructura dada de mercado, el control de concentraciones atiende las consecuencias potenciales o previsibles de éstas directamente sobre dicha estructura, a efectos de que no restrinjan o eliminen la competencia.<sup>124</sup> Por tanto,

---

121. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 44.

122. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad intelectual y competencia en México*, p. 328.

123. La excepción más notoria es la de la Comunidad Europea, que ha diseñado un sistema de control ad hoc para concentraciones transnacionales, incluso cuando participan sociedades con matrices ubicadas fuera de la comunidad, pero que operan en ella.

124. Banco Mundial-OCDE, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, p. 39.

el control de fusiones se caracteriza por su acento preventivo antes que sancionatorio, pues actúa generalmente antes de que una concentración anti-competitiva se produzca, lo cual se traduce procesalmente en la predominancia en el ámbito de las legislaciones de competencia de la *notificación ex ante*.<sup>125</sup>

Hay dos sistemas de notificación en el control de concentraciones: 1. *ex ante*, 2. *post fusión*.

1. El *control ex ante* es el más generalizado y conforme a éste las empresas interesadas en concentrarse deben previamente a la concentración notificar a la autoridad de control de competencia, la cual analizará la operación y sus efectos sobre el mercado relevante, pudiendo autorizarla, condicionarla o negarla. En algunos países, antes de la notificación incluso, las empresas pueden negociar con la autoridad de control las condiciones de concentración a efectos de evitar una posterior prohibición de la misma.
2. Control post fusión presenta la desventaja de que la autoridad de control actúa solo una vez realizada la operación entre empresas. La consiguiente desconcentración casi siempre implica un proceso más complejo y costoso que el de la notificación *ex ante*.

## BIBLIOGRAFÍA

Abanto Vásquez, Manuel, *El derecho de la libre competencia*, Lima, San Marcos, 1997.

Banco Mundial, *Informe 1997*, Washington, 1998.

Banco Mundial-OCDE, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, Buenos Aires, 1996.

Butler, Henry N., *Economic Analysis for Lawyers*, Durham, Carolina Academic Press, 1998.

Cabanellas, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Heliasta, 1983.

Caminal Badia, Miquel, *Manual de ciencia política*, Madrid, Tecnos, 1996.

Casilda, Ramón, "El Estado de bienestar a discusión", en Ramón Casilda y José María Tortosa (editores), *Pros y contras del Estado de bienestar*, Madrid, Tecnos, 1996.

---

125. Rasmilic Radoslav Depolo, "Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 213.



- Depolo Rasmilic, Radoslav, "Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998.
- Evans, Peter, *Embedded Autonomy-States and Industrial Transformation*, Princeton, Princeton University Press, 1995.
- Federal Trade Commission, *Promoting Competition, Protecting Consumers*, United States, 2000.
- Gallardo, Jorge, *Los principios fundamentales de una economía social de mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 1994.
- Garrarena, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.
- Gómez Leyva, Delio, "Las prácticas restrictivas de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998.
- OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*.
- Oestterdiekhoff, Peter, "Política de competencia", en varios autores, *Economía social de mercado: su dimensión social*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998.
- Pérez Miranda, Rafael, *Propiedad intelectual y competencia en México*, México, Porrúa, 1999.
- Pfaller, Alfred, *El Estado en la economía social de mercado: el modelo y la realidad alemana*, Bonn, FES, 1998.
- Reich, Norbert, *Mercado y derecho*, Barcelona, Ariel.
- Reyes, Francisco, "Grupos de sociedades subordinadas, fusiones, concentraciones, compra de activos", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998.
- Sullivan, E. Thomas; Harrison, Jeffrey L., *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, New York, Matthew Bender, 1994.
- UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, Ginebra, 1998.
- Velilla, Marco, "Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998.
- Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.



## Protección de la competencia dentro del proceso de modernización del sector eléctrico ecuatoriano

*María Elena Jara Vásquez*

El presente trabajo busca establecer cómo se ha regulado la protección de la libre competencia en el actual esquema de funcionamiento del sector eléctrico ecuatoriano, con el fin de determinar las falencias y sugerir las correcciones pertinentes. Para el efecto se ha realizado, en primer lugar, una aproximación teórica que busca la integración de los conceptos de libre competencia, modernización, desregulación y privatización, así como comprender el modelo que adoptó el país en comparación con los otros esquemas de funcionamiento del sector eléctrico. En segundo término, se realizó un análisis normativo. El fallido proceso de privatización es objeto de una mención especial. Finalmente, se presentan las conclusiones que, en términos generales, se refieren al cuestionamiento del modelo de modernización del sector eléctrico adoptado por el país, a una reflexión sobre las relaciones entre privatizaciones y defensa de la competencia, y a la necesidad de revisar la estructura normativa en el Ecuador en torno al tema.

FORO

### ELEMENTOS INTRODUCTORIOS

Una elaborada construcción teórica que se fundamenta en la primacía de las libertades individuales, sustenta la consagración a nivel constitucional de la libre competencia<sup>1</sup> como un valor a ser promovido y garantizado por el Estado.<sup>2</sup>

1. Delio Gómez Leyva, "Las prácticas restrictivas de la competencia. Acuerdos y prácticas concertadas", en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 130. Este autor describe el contenido de la expresión *libre competencia* en los siguientes términos: "hay libertad para participar en el mercado en el cual tanto vendedores como compradores utilizan como opción la de vender y comprar, sin estar aquellos ligados a convenios o pactos que perturben la competencia, eliminándola y tomando su presencia en simulada competencia, o restringiéndola, dejando espacios reducidos para

Dentro del sistema de *economía social de mercado*, al que se adscribe el Estado ecuatoriano por mandato del art. 242 de la Constitución Política, el juego de la oferta y la demanda –bajo un esquema de intervención estatal reorientada– es el que debe imponer los precios de los bienes y servicios, situación que, finalmente, de existir un adecuado sistema de competencia entre los oferentes de bienes y servicios, debe conducir a una fijación de precios más favorables para el consumidor final, produciéndose la maximización del bienestar social como consecuencia de la suma del bienestar individual. Bajo esta perspectiva, se justifica –al menos teóricamente– la necesidad de introducir nuevos agentes en campos tradicionalmente manejados por monopolios, así como la de controlar el adecuado funcionamiento del sistema de libre competencia entre los diversos agentes económicos tanto a nivel horizontal como vertical.<sup>3</sup>

Esta línea de pensamiento ha orientado el proceso de modernización de los servicios públicos, entre ellos la fuerza eléctrica.<sup>4</sup> A continuación, se revisan las interrelaciones entre los conceptos de modernización y protección de la libre competencia, con énfasis en lo acontecido en el sector eléctrico.

---

su ejercicio, al igual que la imposición de condiciones que no son fruto o consecuencia de las leyes del mercado, convenios, pactos, o imposiciones que, de igual manera, atentan contra la libre elección del consumidor”.

2. Sobre la evolución de la protección a la libre competencia, conceptualizada como bien jurídico, ver Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, Lima, San Marcos, 1997, pp. 26 y ss. En el caso ecuatoriano, el art. 244 numeral 3 de la Constitución señala que dentro de un sistema de economía social de mercado le corresponde al Estado: “3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen”. Complementan esta disposición otras de orden constitucional, como el art. 23, numeral 16, que consagra la libertad de empresa entre los derechos civiles de las personas, o los arts. 242 y 243, que se refieren respectivamente a los principios y los objetivos del sistema económico.
3. Dentro de la expresión *agentes económicos* debe entenderse comprendidos: productores, distribuidores, proveedores y consumidores. El *nivel horizontal* se refiere a agentes que se encuentran en el mismo nivel de mercado, por ejemplo, solo productores. El *nivel vertical* se refiere a agentes que se encuentran en distintos niveles de mercado, verbigracia, a relaciones entre productores y consumidores. Una explicación en tal sentido puede ser encontrada en la obra de Manuel Abanto Vásquez, p. 21.
4. Sobre la conceptualización de *servicio público* en el ámbito del sector eléctrico, se destaca que en el caso ecuatoriano, con fundamento en la disposición del art. 4 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, se adopta una concepción *parcial*, integrando en la categoría de servicio público a las actividades de transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica y excluyendo a la de generación. Concordantemente, en el art. 249 de la Constitución se considera al *suministro* de energía eléctrica como un servicio público cuya provisión es de responsabilidad del Estado, y en el art. 1 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico se define a tal actividad como un *servicio de utilidad pública*.

## LOS PROCESOS DE MODERNIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN Y DESREGULACIÓN FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Como se señaló, las bondades de la libre competencia y la consecuente necesidad de evitar estructuras monopólicas u oligopólicas han servido en gran medida como argumento para instaurar los programas de modernización<sup>5</sup> emprendidos en los países de América Latina y el Caribe. En el ámbito de la legislación nacional, el art. 5 de la Ley de Modernización del Estado prevé, entre las áreas de acción dentro del proceso de modernización del Estado, *la desmonopolización y privatización de los servicios públicos y de las actividades económicas asumidas por el Estado u otras entidades del sector público*.

Con referencia a los procesos de modernización del sector eléctrico, la base teórica-económica para los mismos radica en concepciones apoyadas por conocimientos y técnicas novedosas “que pusieron en duda el fundamento teórico de ciertas condiciones de competencia imperfecta como los monopolios naturales que llevaba a exceptuar a los subsectores de infraestructura de la aplicación de las reglas del mercado”.<sup>6</sup> Además de las privatizaciones,<sup>7</sup> la mayoría de procesos de modernización del sector eléctrico han incluido los siguientes aspectos: reestructuración de los diferentes mercados de la cadena eléctrica –generación, transmisión y distribución–; descargo de las deudas de las empresas; ampliación del grado de autonomía de gestión, inversión y financiamiento; cambio de principios para la política de

---

5. La modernización del Estado ha sido definida como “un proceso de transformación estructural y funcional de un sistema socioeconómico o de sus partes, que se presenta como propuesta para un mejor cumplimiento de las aspiraciones de la sociedad y/o respuesta deliberada o condicionada a cambios en el contexto económico, tecnológico, ambiental e institucional en el plano mundial”. Organización Latinoamericana de Energía, OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, Quito, s.a., p. 1. Aunque estos procesos, muchas veces producidos por saltos tecnológicos, han sido continuos en la historia de la humanidad, últimamente han adquirido una connotación especial, relacionada directamente con la perspectiva de *globalización* que ha dominado las últimas décadas.

6. *Ibid.*, p. 12.

7. El término *privatización* puede entenderse en un sentido restringido o en uno amplio. Bajo el primer punto de vista, comprende únicamente la transformación de una empresa pública en privada. Según Mochón, citado por Gómez Acebo y Pombo, Abogados, *Teoría y práctica de las privatizaciones*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 16: “toda transferencia de propiedad y del control efectiva de la actividad de una empresa pública a otros agentes del sector privado mediante la venta de un paquete de acciones, de forma que la mayoría del capital sea privado...”. En sentido amplio, se refiere a toda iniciativa que se origina en los poderes públicos que tiende a reducir la intervención de éstos en la economía a través del traspaso de funciones y actividades públicas al ámbito privado.

precios; incorporación de nuevos actores; reestructuración sectorial; reforma del marco regulatorio; y, modificación en las modalidades de coordinación económica en cuanto a sus componentes principales, básicamente, en cuanto a su unidad de decisión y mecanismo de asignación de recursos.<sup>8</sup>

En el orden teórico, dentro de la reforma normativa necesaria al interior de un proceso de modernización del Estado en general y del sector eléctrico en particular, los mecanismos de desregulación<sup>9</sup> que se adopten son de fundamental importancia, especialmente si existen de por medio procesos de privatización. Esta desregulación no implica necesariamente la reducción de normas jurídicas, sino el direccionamiento de las mismas hacia el objetivo de alcanzar una situación de libre competencia sobre todo en sectores en los que tradicionalmente han existido estructuras monopólicas.<sup>10</sup>

Aunque frecuentemente se argumenta que la privatización de las entidades que prestan servicios en el área eléctrica se justifica por las ventajas que puede generar la supresión de monopolios,<sup>11</sup> existen visiones opuestas, marcadas por el escepticismo, por ejemplo, Steve Thomas señala que la introducción de la competencia en realidad ha sido un ideal de orden secundario al emprender procesos de privatización en el sector eléctrico. El autor se refiere al caso de Gran Bretaña, donde la transferencia de las actividades al sector privado se habría debido a la intención de reducir el poder de los grandes sindicatos del sector público, y a los países en vías de desarrollo, en los cuales la razón de fondo constituiría el ajuste a las exigencias de las instituciones financieras internacionales, las mismas que consideran a la privatización “como un medio que tienen los gobiernos para obtener recursos pa-

---

8. Ver Organización Latinoamericana de Energía, OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, pp. 25 y 50.

9. El concepto de desregulación o desreglamentación hace referencia a dos nociones básicas: simplificación normativa en la economía o *apertura a la libre competencia en sectores regulados, reservados a entidades monopolísticas, públicas o privadas*. *Ibid.*, p. 15. Los sectores típicamente *regulados* suelen ser: transportes aéreos y ferroviarios, telecomunicaciones, electricidad y servicios postales, en los cuales se desarrollan en mayor o menor medida funciones relacionadas con el concepto de servicio público.

10. En esta línea, es conveniente citar un pronunciamiento de la Corte chilena: “La competitividad en los diferentes segmentos del mercado debe significar sólo una garantía de entrada a los mismos, pero no la ausencia de regulaciones, las que deben existir para garantizar una competencia libre y leal cuyo objeto final sea que llegue al usuario un servicio tecnológicamente más avanzado, junto con los beneficios de una libre competencia”. SELA, “Privatizaciones, desregulación y competencia: un marco de análisis para el estudio de casos en América Latina y el Caribe”, marzo de 1999, documento publicado en internet.

11. Este argumento ha sido esgrimido en el ámbito nacional.

ra pagar sus deudas y proteger las inversiones financiadas por ellas...”.<sup>12</sup>

Lo ideal es que la privatización de los monopolios públicos se complementa con políticas de desregulación. Sin embargo, puede suceder que el Estado empiece un programa de privatizaciones sin abrir al mismo tiempo el campo a la competencia, caso en el que se arribaría a la riesgosa situación de monopolio privado de un servicio público,<sup>13</sup> situación frecuente cuando tales procesos de privatización se llevan a efecto como consecuencia de presiones coyunturales.<sup>14</sup> Abundando en el tema, resultan de interés los siguientes criterios:

...Puede ocurrir que se privatice sin liberalizar, lo que supondría la sustitución de un monopolio público por otro privado. En este último caso, el Estado debe sopesar cuidadosamente las consecuencias económicas y legales de preservar un monopolio en un determinado sector productivo, habida cuenta de que la normativa protectora de la libre competencia suele imponer como principio general el desmantelamiento de los monopolios, tanto públicos como privados.<sup>15</sup>

Por su parte, Steve Thomas advierte que las transferencias de acciones al sector privado que tienen lugar en los países subdesarrollados como consecuencia de imposiciones internacionales son “potencialmente las reformas más peligrosas”,<sup>16</sup> pues:

con frecuencia se deja a la industria eléctrica de un país en vías de desarrollo en manos de empresas de servicios públicos de grandes países desarrollados (irónicamente con frecuencia nacionalizados), los que el gobierno no puede re-

---

12. Steve Thomas, “La experiencia de Reino Unido en el sector eléctrico: el mito de la competencia”, intervención publicada en el compendio de la Primera Conferencia Regional: *Consumidores y servicios públicos en América Latina: sectores de agua, electricidad y telecomunicaciones*, Santiago, Consumers International, 1998, p. 57.

13. Sobre el tema, conviene citar lo expresado por Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 114: “La situación de los países en desarrollo, así como la de los países del bloque oriental recientemente incorporados a una economía de mercado, necesita, finalmente, un tratamiento cauteloso. Aquí la regulación y la privatización de los monopolios naturales dependen de la situación de los mercados correspondientes, del estado de desarrollo, de la eficacia de la administración y de sus instituciones...”.

14. Es interesante subrayar el énfasis de los considerandos de la Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada en el Ecuador en la crisis económica que agobia al país y la necesidad de atenuar las cargas económicas que soporta el presupuesto general del Estado.

15. Gómez Acebo & Pombo, Abogados, *Teoría y práctica de las privatizaciones*, p. 9.

16. Steve Thomas, *La experiencia de Reino Unido en el sector eléctrico: el mito de la competencia*, p. 57.

gular fácilmente... En este caso ...el sistema ha pasado hacia el peor de todos los mundos, un monopolio extranjero subregulado.<sup>17</sup>

Por las razones expuestas, la venta de monopolios naturales<sup>18</sup>—cuya conveniencia es fundamentalmente cuestionada<sup>19</sup>— la ruptura de monopolios estatales, así como la venta de una empresa estatal a un competidor que pudiera implicar la estructura de una posición de dominio, son casos en los que se recomienda mayor énfasis en las disposiciones sobre defensa de la competencia. La normativa que se diseñe debe corresponder a la situación de cada mercado, y las pautas de control de la competencia deben ser de aplicación viable, alejadas de extremos que impidan el normal funcionamiento de las entidades involucradas.

## **LA MODERNIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO, MODALIDADES DE FUNCIONAMIENTO Y POSIBILIDAD DE APERTURA A LA COMPETENCIA<sup>20</sup>**

Tradicionalmente se negó la posibilidad de introducir competencia en el subsector de la electricidad, al considerarlo en conjunto como un monopolio natural. En contra de esta visión, partiendo del cuestionamiento al concepto de monopolio natural como estructura obligada para el conjunto de etapas involucradas en el proceso de generación, transportación y distribución de energía eléctrica,<sup>21</sup> y bajo la influencia de la *teoría de los mercados*

---

17. *Ibid.*, p. 58.

18. Samuelson y Nordhalis definen al monopolio natural en los siguientes términos: “Empresa o industria cuyo costo medio por unidad de producción disminuye acusadamente en toda la gama de producción. Así, una única empresa, un monopolio, puede ofrecer la producción de la industria más eficientemente que muchas empresas”. Paul Samuelson y William Nordhalis, *Economía*, Madrid, McGraw-Hill, 1993, p. 905.

19. Eduardo Sarmiento Palacio, “Estructuras monopólicas de los servicios públicos”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 76, luego de efectuar un análisis netamente económico sobre la privatización de servicios públicos de red con base en la noción de *economía de escala* y decrecimiento en la competencia ocasionada por esta estructura, afirma que contrariamente a lo que se afirma “la presencia del monopolista público en actividades múltiples expuestas a economía de escala y complementariedades permite ofrecer los productos a menores costos, reducir las ineficiencias de los costos decrecientes y favorecer la distribución del ingreso” ... “La mejor solución para la sociedad se logra dentro de una administración del Estado que obtenga las ventajas de las economías de escala y que oriente sus poderes monopolistas a favor de la comunidad y dentro de un marco regulatorio que impida el asalto a los bienes públicos”.

20. Lo expuesto en este subtítulo recoge en gran medida información proporcionada en la publicación de la OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, pp. 27 y ss.

21. El mismo cuestionamiento cabe para el caso del gas natural.



*disputables*, se defiende actualmente el mantenimiento de monopolios naturales únicamente para las actividades de transporte, y en ciertos segmentos de la distribución.

Con este fundamento teórico, dentro de los procesos de ajuste estructural dirigidos por los organismos multilaterales de crédito, se produjo en la mayoría de países de América Latina un salto desde la *modalidad de funcionamiento de control central* (CC), en la cual el Estado planifica y ejecuta decisiones en el sector eléctrico y las actividades de generación, transmisión y distribución se integran tanto vertical como horizontalmente, hacia una *modalidad de mercado abierto* (MA). En el Ecuador, este cambio de concepción se plasmó en la sustitución de la Ley Básica de Electrificación por la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y sus normas complementarias.

En esta migración de esquemas de funcionamiento prácticamente se dejó de lado el *modelo de estructura integrada regulada* (IR) que inspira la organización del sector eléctrico en el país que es considerado como el paradigma del liberalismo.<sup>22</sup> Bajo este modelo, las empresas privadas toman la iniciativa y proponen programas de inversión al Estado que, por sí o a través de una entidad de participación social, toma las decisiones finales, las que son producto de un proceso de negociación entre empresa privada y Estado.

Las conclusiones de quienes defienden el modelo de mercado abierto pueden expresarse sumariamente de la siguiente manera:

en aquellos mercados donde la disputabilidad<sup>23</sup> es posible resulta preferible introducir la desregulación, dejando actuar libremente a los mecanismos del mercado. En cambio, en los mercados que por su naturaleza no sean directamente disputables como en el caso de las cadenas de electricidad y gas natural, es posible, mediante normas y principios regulatorios básicos, introducir la disputabilidad –competencia real o potencial–, al menos en algunas etapas.<sup>24</sup>

Para el efecto, se busca la eliminación de *costos hundidos*, relacionados directamente con las redes de transmisión y distribución, en el caso de la

---

22. Se observa la poca frecuencia del tránsito del modelo CC hacia el IR, a pesar de ser una opción teórica más compatible con mercados de menor tamaño. En esta transición, se distinguen básicamente los siguientes pasos: saneamiento financiero, ajuste jurídico organizativo-empresarial; y, reformas legales (introducción de la regulación). OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, p. 44.

23. El concepto de *disputabilidad* se refiere a la posibilidad de inclusión de competidores.

24. OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, p. 35.

electricidad. Como consecuencia, se subrayan los siguientes aspectos:

- Admisión de formaciones de monopolios regulados en las etapas de transporte y distribución, ante la consideración de que no es factible alcanzar en estos campos un nivel suficiente de disputabilidad, precisamente, en razón de los costos hundidos.<sup>25</sup>
- La regulación del transporte y la distribución, y la permisión de que terceros accedan libremente a las redes eléctricas, permite la introducción de competencia en la generación o producción, y eventualmente en la comercialización.
- Con el fin de evitar abusos de empresas integradas, se insiste en la *desintegración vertical obligatoria*<sup>26</sup> y la separación de las funciones de transporte y distribución.

En realidad, los casos de desintegración total son poco frecuentes. La presencia de economías de escala y de secuencia constituyen los argumentos centrales en contra de la desintegración, y en consecuencia, contra la adopción del modelo de mercado abierto. A pesar de estas dificultades, en el Ecuador se ha adoptado un esquema de separación rígida de las actividades del sector eléctrico. Así, en el art. 38 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico se consagra lo siguiente: “La presente Ley impone y garantiza la segmentación y separación jurídica y económica entre generadores, transmisor y distribuidores”, situación que como se verá contempla importantes casos de excepción.

A continuación se ofrece un esquema de la admisibilidad de competencia —existente o potencial— según el área de servicio del sector eléctrico, dentro de un modelo de mercado abierto:

- 
25. Es interesante la siguiente aclaración hecha en OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, p. 36: [La diferencia entre los dos conceptos, el de la “disputabilidad y costos hundidos” y el del “monopolio natural” estriba en que el primero visualiza más la dinámica del mercado en tanto que el último considera una situación estática. La subaditividad de costos, basada principalmente en la presencia de economías de escala, de alcance y/o coordinación (“costos de transacción”) es el argumento fundamental para constituir un monopolio natural, es un criterio sobre la característica de los costos en función del tamaño del sistema, mientras la disputabilidad se refiere al comportamiento de los actores en función de la estructura de sus costos].
26. En Chile y Uruguay se permite la integración vertical de las actividades de generación y transmisión, situación que por sugerir la posibilidad de abuso de una posición dominante ha ocasionado que se solicite la revisión de tal integración vertical por la Comisión Antimonopolio.

Segmento	Competencia
<b>Generación</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sector que mayores oportunidades de introducción de competencia presenta.</li> <li>• Distribuidoras y grandes consumidores<sup>27</sup> no están sujetos al suministro de una sola empresa. Pueden comprar electricidad a cualquier generadora (art. 52 LRSE)</li> <li>• Necesidad de un mercado mayorista entre generadores, distribuidores y grandes consumidores. Se requiere como condición necesaria el libre acceso a los sistemas de transmisión y distribución (arts.: 5, lit. e); 13, lit. f); 33 LRSE)</li> </ul>
<b>Transmisión</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• En los sistemas interconectados, se mantiene estructura de monopolio (art. 11, lit. d); 33 LRSE).</li> <li>• Opción: terceros pueden construir y operar una línea de transmisión fuera del área servida (art. 35, inc. 2ndo., LRSE).</li> <li>• Es posible introducir competencia a través de límites de duración en contratos (art. 39, LRSE).</li> </ul>
<b>Distribución</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Generalmente se concede a una empresa o consorcio la exclusividad, a través de una concesión. Se excluyen a grandes usuarios, quienes pueden comprar la energía a otros oferentes (arts.: 45 y 52 LRSE).</li> <li>• En algunos casos se plantea a la comercialización como un área separada (esto no sucede en el Ecuador).</li> <li>• Es posible introducir competencia a través de límites de duración en contratos (art. 39, inc. 2ndo. LRSE).</li> </ul>

A pesar de lo explicado, se advierte que la introducción de competencia en sistemas eléctricos de tamaño reducido, dependiendo de los recursos energéticos disponibles y de la estructura de la generación, presentan un problema: “La presencia de economías de escala, de secuencia (integración vertical) y alcance (integración horizontal) puede hacer recomendable el

27. En el glosario del Reglamento de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico se define al gran consumidor, como “aquél cuyas características de consumo lo facultan para acordar libremente con un generador o distribuidor el suministro y precio de energía eléctrica para consumo propio”. A través de una Regulación (003/01), el CONELEC establece como uno de los requisitos para ser calificado como Gran Consumidor, el registrar una demanda máxima igual o mayor a 2 MW, durante al menos 6 de los 12 meses anteriores a la solicitud, y un consumo de energía mínimo de 7 000 MWh en los mismos 12 meses.

mantenimiento del monopolio integrado, con mecanismos que propicien eficiencia".<sup>28</sup> Por lo tanto, en un sistema reducido caben pocos competidores en los segmentos aptos para la competencia (generación y comercialización), subsistiendo el riesgo de una coalición entre ellos a fin de manipular el mercado.

En el tránsito desde la modalidad CC (IR en algunos casos), hacia la MA, bajo el esquema de *apertura completa*, habitualmente se ha distinguido el siguiente conjunto de pasos: ajuste de precios; reforma del marco legal; reestructuración (segmentación del sector); y, desincorporación de activos (privatización), aunque es necesario aclarar que *este último paso no es inherente al proceso de apertura*. Lo que se busca en último término es introducir más participantes tanto en el lado de la oferta como en el de la demanda.

Desde la óptica de búsqueda de la competencia, la propiedad de una compañía estatal puede mantenerse intacta si no tiene una posición de control de mercado y si no tiene una situación de monopolio en alguna de las fases de la cadena energética.

## ANÁLISIS NORMATIVO

Una referencia directa al marco constitucional fue realizada en la primera parte del presente trabajo. A continuación, se revisa brevemente la normativa relacionada con el tema en dos niveles: las disposiciones marco para el proceso de modernización del Estado (Ley de Modernización y Reglamento); y, la normativa específica sobre la materia (Ley de Régimen del Sector Eléctrico y su reglamento, y el reglamento sobre el control de abusos de posiciones monopólicas en las actividades del sector eléctrico).

---

28. OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, p. 37.

## **NORMATIVA MARCO PARA EL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO**

### **1. LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA (LEY 50, R.O. 349, 31-XII-93).<sup>29</sup>**

En esta Ley deben destacarse los siguientes aspectos:

- En el art. 1, relativo al objeto de la Ley, se establece que ésta fija los principios y normas generales para regular: “c) La prestación de servicios públicos y las actividades económicas por parte de la iniciativa privada mediante la desmonopolización, la libre competencia y la delegación de los servicios o actividades previstos en el numeral uno del artículo 46 (249) de la Constitución Política de la República”. Se evidencia la relación entre apertura a la competencia y procesos de modernización, a la que se hizo referencia en la primera parte del presente estudio.
- En el art. 47 –reformado por el art. 21 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000–, sobre monopolios, se establecen los siguientes aspectos de importancia: prohibición de la existencia de monopolios en cualesquiera de sus formas y la consecuente autorización a terceros para el establecimiento de actividades o la prestación de servicios de igual o similar naturaleza, sin perjuicio de que en el caso de concesiones, licencias o permisos, éstos se otorguen en condiciones de exclusividad regulada,<sup>30</sup> solo por un período determinado, con la autorización, mediante decreto ejecutivo, del Presidente de la República o del organismo competente en el caso de los gobiernos seccionales.

---

29. Esta ley ha sido modificada por los siguientes cuerpos normativos: Ley s.n. (R.O. 693, 11-V-95); Ley 111 (R.O. 852-2S, 29-XII-95); Ley s.n. (R.O. 116, 25-VII-97); Ley 34 (R.O. 194, 14-XI-97); Ley 77 (R.O. 290-S, 3-IV-98); Ley 2000-4 (R.O. 34-S, 13-III-2000); Decreto Ley 2000-1 (R.O. 144, 18-VIII-2000); Ley 2001-56 (R.O. 483, 28-XII-2001), según historial presentado en el sistema electrónico FIEL, de Ediciones Legales.

30. En el glosario de términos contenido en el reglamento sustitutivo del reglamento general de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, se define a la “exclusividad regulada” en los siguientes términos: “Exclusividad Regulada. Es el régimen jurídico que establece el derecho a la prestación de un servicio determinado con exclusión de cualquier otra empresa, de acuerdo con las condiciones previamente establecidas, en un área geográfica y durante un tiempo determinado”.

Adicionalmente, se precisa que:

*cuando la concesión de un servicio público implique una posición dominante en el mercado,<sup>31</sup> su titular no podrá ser propietario, por sí mismo ni por terceras personas, de medios de comunicación colectiva o instituciones financieras. Cada una de estas actividades deberán ser desarrolladas, en forma exclusiva por sus administradores o propietarios.*

Sobre el citado art. 47 de la Ley de Modernización, caben los siguientes comentarios:

- La prohibición de monopolios *en cualquiera de sus formas* desconoce la realidad económica de que en algunos casos puede resultar beneficioso que se mantenga esta situación. Al respecto, conviene recordar la cita de Eduardo Sarmiento Palacio, en la primera parte de este trabajo, para quien el mantenimiento de los monopolios naturales en manos del Estado es la situación óptima para el conjunto de la sociedad.
- No existe normativa que determine en forma genérica los casos en los cuales procede la admisión de cuadros de *exclusividad regulada*, a pesar de ser una situación que se presenta frecuentemente en la prestación de importantes servicios públicos, incluyendo la electricidad. Se evidencia una vez más la necesidad de dictar normas reguladoras de la libre competencia en los procesos de modernización.
- La ausencia de nociones claras sobre protección de la competencia a través de la prohibición de prácticas abusivas hace que un concepto que merece especial atención, como el de posición de dominio prácticamente no se desarrolle, limitándose su tratamiento legal en el marco regulatorio de la modernización a la prohibición de propiedad de medios de comunicación e instituciones financieras.

---

31. Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 22, ofrece la siguiente explicación sobre el abuso de posición dominante: “Cuando determinadas empresas poderosas realizan acciones que manifiestamente tienden a eliminar competidores o a impedir la entrada al mercado de posibles competidores, sin que estas conductas impliquen una mejora de la productividad o del servicio, se estaría pretendiendo un abuso de posición dominante en el mercado”.

REGLAMENTO SUSTITUTIVO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA (DECRETO EJECUTIVO 2328, R.O. 581, 2-XII-94)<sup>32</sup>

- En el art. 94 se establece que “los concesionarios explotarán sus empresas por su propia cuenta y asumiendo los riesgos comerciales propios de esta clase de actividades bajo los principios de transparencia, libre competencia y eficiencia...”

La posibilidad de realizar privatizaciones dentro del proceso de modernización del Estado ecuatoriano (no descartada para el sector de las telecomunicaciones) agudiza la necesidad de la existencia de normas marco –no bastan las sectoriales– que defiendan a la competencia. De lo contrario, se repetirá lo sucedido en gran parte de Latinoamérica, en donde las privatizaciones en los sectores de utilidad pública “en muchos casos... se han realizado parcial o completamente al margen de legislaciones sobre la competencia”.<sup>33</sup> Esta perspectiva es más alarmante al considerar que en el Ecuador, a diferencia del resto de países latinoamericanos, no existe al momento una ley de protección de la libre competencia.

## NORMATIVA ESPECÍFICA DEL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO

### 1. LEY DE RÉGIMEN DEL SECTOR ELÉCTRICO (LEY S.N., R.O. 43, 10-X-96)<sup>34</sup>

#### Antecedentes

Como se manifestó, este cuerpo normativo, sustitutivo de la Ley Básica de Electrificación, introdujo al sector eléctrico ecuatoriano en un proceso de

---

32. Este Reglamento ha sido modificado por los siguientes cuerpos normativos: Fe de erratas (R.O. 594, 21-XII-94); Decreto ejecutivo 2849 (R.O. 736-S, 12-VII-95); Decreto ejecutivo 3202 (R.O. 813-S, 31-X-95); Decreto ejecutivo 4003 (R.O. 993, 22-VII-96); Fe de erratas (R.O. 1 000-S, 31-VII-96); Decreto ejecutivo 167 (R.O. 38, 2-X-96); Decreto ejecutivo 368 (R.O. 82, 4-XII-96); Decreto ejecutivo 649 (R.O. 156, 19-IX-97); Ley 98-12 (R.O. 20-S, 7-IX-98).

33. SELA, *Privatizaciones, desregulación y competencia: un marco de análisis para el estudio de casos en América Latina y el Caribe*, documento publicado en internet.

34. Esta Ley ha sido modificada por los siguientes cuerpos normativos: Ley 50 (R.O. 227-S, 2-I-98);

modernización bajo la modalidad de mercado abierto. En términos generales, entre los aspectos relevantes de esta Ley se encuentran los siguientes:

- a) La segmentación de la prestación del servicio, de manera que la generación, transmisión, distribución y comercialización, se lleve a cabo por varias empresas generadoras –actualmente seis–, una transmisora y varias distribuidoras –actualmente diecinueve–, independientes entre sí, y abiertas a la participación mayoritaria del sector privado nacional e internacional.
- b) En cuanto a la generación: a partir de los activos del INECEL, se previó la conformación de varias empresas, las mismas que, junto con los generadores privados, pueden celebrar contratos a plazo con los distribuidores –o grupos de ellos– libremente pactados o vender a una bolsa de energía a precio de mercado.<sup>35</sup>
- c) Creación del Centro Nacional de Control de Energía (CENACE),<sup>36</sup> entidad eminentemente técnica e independiente, encargada de programar y supervisar la operación del Sistema Nacional Interconectado, además de administrar el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM),<sup>37</sup> en el cual se llevan a cabo todas las transacciones comerciales de compra y venta de potencia y energía.
- d) Establecimiento de mecanismos de concesión, permiso y licencia, para que la empresa privada pueda proponer, construir y operar nuevas plantas de generación y solo aquellas de interés nacional que consten en el Plan de Electrificación del Ecuador, sean concesionadas mediante concurso público.
- e) Señalamiento de que la transmisión y la distribución, que son monopolios naturales de carácter nacional en el primer caso y regional en el segundo, estarán sujetas a la regulación de las tarifas y al control de calidad en la prestación de sus servicios.
- f) Creación del Consejo Nacional de la Electricidad (CONELEC),<sup>38</sup> co-

---

Ley 58 (R.O. 261-S, 19-II-98); Ley 98-14 (R.O. 37-S, 30-IX-98); Ley 2000-4 (R.O. 34-S, 13-III-2000); Decreto ley 2000-1 (R.O. 144-S, 18-VIII-2000).

35. En enero de 1999 se constituyeron seis empresas de generación y una de transmisión con los activos del ex INECEL.

36. En febrero de 1999 se iniciaron las actividades del Centro Nacional de Control de Energía (CENACE).

37. En abril de 1999 se iniciaron las actividades del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM).

38. Conformado en noviembre de 1997.



mo nuevo organismo encargado de la planificación, regulación y control del sector eléctrico ecuatoriano.

- g) Creación del Consejo de Modernización del Sector Eléctrico (COMOSEL), como un organismo ejecutor temporal, delegado por el CONAM para el cumplimiento del proceso de modernización del sector eléctrico en el país.

## **REVISIÓN DE NORMATIVA ESPECIAL SOBRE PROTECCIÓN A LA COMPETENCIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO**

- En el art. 13, lit. g) se especifica entre las funciones del Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, la de “dictar las regulaciones que impidan las prácticas que atenten contra la libre competencia en el sector eléctrico, y signifiquen concentración de mercado<sup>39</sup> en desmedro de los intereses de los consumidores y de la colectividad”. Al respecto, debe tenerse presente que entre los requisitos para ser miembro del CONELEC predominan los de solvencia de conocimientos en el campo técnico y eléctrico, sin que se haga ninguna mención a la necesidad de preparación en campos como el de defensa de la competencia, para el cual se requieren conocimientos especializados. De aprobarse en el Ecuador normativa legal sobre defensa de la competencia, el organismo de control, integrado por personal debidamente capacitado, debería tomar parte activa en cuanto a la fijación de políticas sobre la materia en el sector eléctrico.
- En el art. 31, se señala que entre las obligaciones de las empresas de generación se encuentra la de explotar sus empresas por su propia cuenta asumiendo los riesgos comerciales inherentes a tal explotación, bajo los principios de transparencia, libre competencia y eficiencia. Adicionalmente, se especifica que: “Para asegurar la transpa-

---

39. Según Radoslav Depolo Rasmilic, “Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 205. “...la concentración supone la reunión permanente de diversas empresas de una industria en un único centro de control y gestión, reagrupamiento que afecta a un mercado determinado –‘mercado relevante’– y genera en él una serie de defectos. Pero la concentración entre empresas no es sólo el reagrupamiento de las mismas, sino también el proceso, los medios por los cuales se lleva a cabo. Surge de aquí una primera distinción, ente operaciones de concentración, por un lado, y concentración como resultado, por otro”.

rencia y competitividad de las transacciones, los generadores no podrán asociarse entre sí para la negociación de contratos de suministro eléctrico o su cumplimiento. Tampoco podrán celebrar entre sí acuerdos o integrar asociaciones que directa o indirectamente restrinjan la competencia, fijen precios o políticas comunes” y que “ninguna persona, natural o jurídica por sí o por tercera persona, podrá controlar más del 25% de la potencia eléctrica instalada a nivel nacional”. Como queda establecido, mediante esta norma se restringe la posibilidad de acuerdos horizontales<sup>40</sup> contrarios a la competencia. Sin embargo, la prohibición no es absoluta. Al respecto, resulta interesante la revisión del art. 9 del Reglamento sobre el control de abuso de posiciones monopólicas en las actividades del sector eléctrico, al que oportunamente se hará una remisión más detallada.

- En el art. 33 se establece la obligatoriedad del transmisor y los distribuidores –previo pago del correspondiente peaje– de permitir el libre acceso de terceros a la capacidad de transmisión, transformación y distribución de sus sistemas. Como se anotó, esta disposición es de vital importancia dentro del esquema de competencia planteado por el modelo de mercado abierto. Abundando en el tema de protección a la libre participación de actores, en esta norma se establece la prohibición del transmisor y distribuidores de *ofrecer ventajas o preferencias en el acceso a las instalaciones para el transporte de energía, salvo excepciones que se fundan en categorías de consumidores o en diferencias concretas y objetivas que se determinen mediante el reglamento respectivo*. Finalmente, precautelando la idea de la segmentación vertical del mercado, se prohíbe que el transmisor comercialice energía eléctrica.

---

40. Delio Gómez Leyva, “Las prácticas restrictivas de la competencia. Acuerdos y prácticas concertadas”, p. 149, ofrece la siguiente explicación sobre acuerdos horizontales: “Un acuerdo horizontal es un acuerdo entre empresas del mismo nivel productivo o de la distribución, vale decir, entre empresas en posición de competir, como los atinentes a no competir en precios...”.

Dentro de las modalidades más frecuentes de acuerdos horizontales se encuentran los siguientes: fijación de precios; límites a la producción; acuerdos sobre estándares técnicos; acuerdos para limitar o controlar los mercados; acuerdos colectivos de exclusiva; compra y venta en común; limitación sobre publicidad y promoción”. De acuerdo al reglamento sobre el control de abusos de posiciones monopólicas en las actividades del sector eléctrico, la integración horizontal “Es la que existe entre dos o más empresas o sociedades distribuidoras o entre dos o más empresas generadoras, cuando pertenecen a empresas que dependan societariamente de una misma matriz, aunque no tengan la calidad jurídica de subsidiaria o sucursal; o, empresas que pertenezcan mayoritariamente al mismo propietario, socio o accionista; o, cuando sin llegar a ser accionista mayoritario, controle la administración en una, varias o todo el grupo de empresas”.

- En el art. 34, relativo a las empresas de distribución, se determina la condición de monopolio natural regional de esta actividad. En esta línea, se establece que “El CONELEC otorgará la concesión de distribución, manteniendo a un solo distribuidor por cada una de las áreas geográficas fijadas en el Plan Maestro de Electricidad”. Dada tal naturaleza, el mecanismo para evitar un perjuicio a los consumidores debido al abuso de la posición de dominio del distribuidor se encuentra en los términos del contrato de concesión, en el mismo que, por disposición legal, deben establecerse los estándares de control de los niveles de calidad de servicio, tanto técnicos como comerciales.
- En el art. 35 se establecen casos de excepción en virtud de los cuales las compañías que pertenecen a un sector del mercado pueden realizar operaciones en otro segmento. En este ámbito, el CONELEC podrá autorizar a un generador, distribuidor o gran consumidor a construir a su exclusivo costo y para atender sus propias necesidades una red de transmisión, con la finalidad de entregar energía al sistema de transmisión o recibir energía directamente de un generador, respectivamente, para lo cual establecerá las modalidades y forma de operación.
- El art. 38 es de extrema importancia en la materia que se analiza. Bajo el subtítulo *Prohibición de monopolios y garantías por parte del Estado*, se establece lo siguiente:

Garantía de la segmentación y separación jurídica y económica entre generadores, transmisor y distribuidores, tema que como se vio, en la práctica puede resultar sumamente difícil. A pesar de esta declaración en términos absolutos, en el sistema ecuatoriano sí existe tolerancia para la integración vertical que respete los parámetros de separación económica, como se verá más adelante.

Prohibición expresa de *conductas monopolísticas*:

*tales como la colusión*<sup>41</sup> para la fijación de precios por encima de aquellos que existirían en ausencia de dicha conducta colusiva; políticas predatorias<sup>42</sup> tendientes a excluir del mercado eléctrico a empresas rivales o a dificultar el in-

---

41. De acuerdo al reglamento sobre el control de abusos de posiciones monopolísticas en las actividades del sector eléctrico, “de conformidad con la primera parte del segundo inciso del artículo 38 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, se incurre en conducta colusiva cuando dos o más generadores se ponen de acuerdo, en forma fraudulenta, con el objeto de engañar o perjudicar a un tercero”.

42. Según el citado reglamento “son estrategias o acciones de una empresa o un grupo de empresas de generación, transmisión o distribución tendientes a excluir del mercado o afectar adversamente a otros agentes del mercado o a consumidores finales”.

greso de nuevas, especialmente generadores; la discriminación<sup>43</sup> en igualdad de condiciones de precios o de tratamiento con respecto al acceso a las instalaciones de transmisión y distribución; y otras similares por parte de los generadores, el transmisor o los distribuidores y que tengan por efecto eliminar o dificultar la libre competencia en el sector eléctrico o perjudicar a los consumidores por la vía de los precios.

Al respecto, caben los siguientes comentarios:

- La expresión *conductas monopolísticas* no es la más acertada. Como se explicó, por expreso mandato legal se contempla la existencia de un régimen de monopolio a nivel nacional —en la transmisión— y a nivel regional —en la distribución—. La ley debía referirse propiamente a conductas que revelen abuso de posición dominante.
- Atendiendo al alcance de términos definidos por el Reglamento para evitar abusos de posiciones monopolísticas en el sector eléctrico, la posibilidad de conductas colusivas se restringe exclusivamente a las generadoras. Parecería que esta restricción no es apropiada, ya que se deja de lado la posibilidad de colusión entre, por ejemplo, distribuidoras y generadoras. Sin embargo, atendiendo al tenor de la ley, en la que se hace referencia a las generadoras en forma especial pero no exclusiva, se puede concluir que el Reglamento ha restringido indebidamente el alcance de la norma legal, y por lo tanto, prevalece la segunda.

Se determina que el CONELEC es el organismo encargado de velar porque no se realicen prácticas que atenten contra la libre competencia en perjuicio de los usuarios, para cuyo efecto podrá iniciar las acciones judiciales a que hubiere lugar. De la misma manera, el CONELEC deberá determinar los mecanismos de reclamación que correspondan a fin de brindar una protección efectiva a los legítimos derechos de los consumidores. Al respecto, se destaca el hecho de ausencia de mecanismos judiciales y administrativos para la defensa de la libre competencia, situación que se deriva directamente de la inexistencia actual de una ley marco sobre la materia. La sujeción a

---

43. De conformidad al citado reglamento, se entiende por discriminación “el tratamiento desigual a diferentes consumidores que están en iguales condiciones, respecto de la prestación de un mismo servicio. Tal tratamiento está referido a las categorías tarifarias residencial, general y alumbrado público, para los niveles de alta tensión, media tensión y baja tensión o aquellas otras categorías o subdivisiones de clientes creadas por el CONELEC. También se considerará discriminación al tratamiento diferente a grandes consumidores en lo referente al libre acceso y a las condiciones de calidad del servicio en la transmisión y distribución”.

las vías judiciales comunes implicaría un tiempo de resolución excesivamente prolongado en una materia en la cual se requieren decisiones rápidas.

Las compañías que adquieran acciones en las sociedades anónimas, constituidas con activos de propiedad del Estado, no podrán ser relacionadas entre sí,<sup>44</sup> ni depender societariamente de una misma matriz, aunque no tengan calidad jurídica de subsidiaria o sucursal. Esta norma es especialmente relevante dentro del proceso de privatización de las compañías del sector eléctrico que se pretende iniciar.

Solo mediante la expresa autorización del CONELEC, dos o más generadores o, dos o más distribuidores podrán asociarse en un mismo grupo empresarial o fusionarse. Para escindirse se requerirá igualmente de autorización del CONELEC. El inciso contentivo de esta restricción fue declarado inconstitucional mediante Resolución No. 101-1-97 del Tribunal Constitucional (R.O. 194-S, 14-XI-97). La razón para tal declaratoria de inconstitucionalidad, según puede apreciarse en el considerando décimo tercero de la mencionada Resolución fue considerar que el inciso final del art. 38 de la Ley “permite la posibilidad de que los generadores o distribuidores de energía puedan fusionarse o asociarse entre sí para conformar grupos empresariales, sin limitación, abriéndose así la puerta para que se conformen monopolios privados”. A pesar de que el razonamiento de fondo del Tribunal Constitucional se orienta a defender la competencia, parece ser que en la práctica, con la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso, lo que se hizo fue abrir el camino para que se realicen fusiones o escisiones irrestrictamente, tanto a nivel vertical como horizontal, situación que en alguna medida se ha superado mediante la entrada en vigencia del reglamento sobre el control de abusos de posiciones monopólicas en las actividades del sector eléctrico, en los términos que se señalan posteriormente.

---

44. En el citado reglamento se establece que “se entiende por empresas relacionadas, ..., aquellas que dependan societariamente de una misma matriz, aunque no tengan la calidad jurídica de subsidiaria o sucursal, o que pertenezcan mayoritariamente al mismo propietario, socio, o accionista; o, cuando sin llegar a ser accionista mayoritario, controle la administración en una, varias o todo el grupo de empresas”.

REGLAMENTO SUSTITUTIVO DEL REGLAMENTO GENERAL  
DE LA LEY DE RÉGIMEN DEL SECTOR ELÉCTRICO  
(DECRETO EJECUTIVO 754, R.O. 182-S, 28-X-97).<sup>45</sup>

- En este reglamento se ha dedicado el segundo capítulo a la regulación del régimen de competencia aplicable en el sector eléctrico. En términos generales, se enfatiza en aspectos ya enunciados en la Ley de la materia.
- En el art. 6 se subraya el esquema de admisibilidad de competencia según el segmento del sistema eléctrico, así:
  - Todas las actividades y servicios relativos a la *generación* de la energía eléctrica serán prestados por las personas naturales o jurídicas debidamente autorizadas por el CONELEC en régimen de competencia. Complementariamente, en el art. 8 se dispone que “la actividad de generación será desarrollada como un proceso productivo de libre competencia por parte de las personas naturales o jurídicas autorizadas, mediante concesión, permiso o licencia, por el CONELEC...” La decisión de instaurar un régimen de competencia entre generadores se recalca posteriormente en el art. 50 del reglamento que se revisa.
  - La *transmisión y distribución* se ejecutarán como actividades con carácter de exclusividad regulada, al que se hizo anteriormente referencia.

Respecto a la transmisión, en el art. 9 se establece que “la actividad de transmisión será desarrollada a escala nacional por la empresa única de transmisión... con la que se suscribirá el respectivo contrato de concesión”. Posteriormente, el art. 63 del reglamento, vuelve a referirse a las características del sistema de exclusividad en la actividad de transmisión.

Con relación a la distribución, en el art. 10 se anota que:

la actividad de distribución y comercialización será desarrollada por las empresas autorizadas mediante concesión otorgada por el CONELEC, a través de sociedades anónimas, con carácter de exclusividad regulada en las áreas geográficas establecidas en el contrato de concesión. El CONELEC diseñará un mode-

---

45. Este reglamento ha sido modificado por los siguientes cuerpos normativos: Decreto ejecutivo 820 (R.O. 191-2S, 11-XI-97); Decreto ejecutivo 889 (R.O. 202, 26-XI-97); Decreto ejecutivo 1626 (R.O. 365, 10-VII-2001).

lo de empresa de distribución para cada una de las áreas geográficas a fin de comparar y medir el desempeño de las concesiones otorgadas y de fijar las tarifas a los consumidores finales.

La comparación del desempeño entre las diferentes distribuidoras es un elemento que permitirá regular las condiciones para cada concesionario así como establecer parámetros que permitan una fijación adecuada de tarifas. Adicionalmente, se anota que cuando se vulnera el citado régimen de exclusividad regulada, se estará frente a una situación de *concentración de distribución*.<sup>46</sup>

El art. 68 de este reglamento insiste en el tema del funcionamiento de las distribuidoras bajo esquemas de monopolios regionales.

- En el art. 7 se recalca que le corresponde al CONELEC dictar las reglas especiales que impidan las prácticas que atenten contra la libre competencia en el sector eléctrico y las que signifiquen concentración de mercado en desmedro de los intereses de los consumidores y de la colectividad.

#### REGLAMENTO SOBRE EL CONTROL DE ABUSOS DE POSICIÓN MONOPÓLICA EN LAS ACTIVIDADES DEL SECTOR ELÉCTRICO (DECRETO No. 1822, R.O. 408, 10-IX-2001).<sup>47</sup>

- Se inicia la revisión de este reglamento, advirtiendo que por el momento sus disposiciones son prácticamente inaplicables, como consecuencia del abandono del proceso de privatización de las compañías distribuidoras, pues en la primera disposición transitoria se especifica que “todas las actividades jurídico económicas que en este reglamento se encuentren reguladas, no serán aplicables para las empresas en las que el Fondo de Solidaridad, en representación del Estado, tenga participación en el capital de éstas, mientras no haya transferido su participación en el capital al sector privado”. Consideramos que esta formulación obedece a una concepción errada, pues en todo caso se requieren normas que eviten el abuso de posición de dominio, y con

---

46. De acuerdo al reglamento sobre el control de abusos de posiciones monopólicas en las actividades del sector eléctrico se entiende por concentración de la distribución: “convenios o acuerdos entre dos o más empresas distribuidoras dirigidos a desarrollar un poder monopólico, al margen del régimen de exclusividad regulada permitido por la ley”.

47. Reglamento sin modificaciones desde la fecha de su expedición.

mayor razón, si se planea delegar la administración de las compañías eléctricas nacionales a entidades extranjeras.

De todas formas, se revisa el contenido del reglamento con la finalidad de aproximarnos de mejor manera al tema que es motivo de análisis del presente ensayo, y porque consideramos, que varias de sus disposiciones son aplicables aunque no se proceda a la privatización.

- Como se mencionó anteriormente, lo más correcto hubiera sido que el reglamento se refiera al control de abusos de posiciones dominantes, antes que monopólicas.
- Mediante el presente reglamento se busca establecer las normas que eviten actuaciones que: a) vayan en desmedro de la competencia en la actividad de generación; b) afecten el libre acceso a la transmisión y distribución; o, c) afecten los intereses de los consumidores y la colectividad por efecto de la concentración de la distribución (art. 1).
- El Reglamento que se revisa se concentra en los siguientes aspectos:
  - Segmentación de las actividades de generación, distribución y transmisión;
  - tamaño de las empresas, tratando básicamente lo referente a actos societarios de fusión o escisión de las compañías del sector;
  - compra de acciones de compañías eléctricas constituidas con activos del Estado;
  - compraventa de energía;
  - control de abusos de posiciones *monopólicas*; y,
  - procedimientos a seguirse.
- En cuanto a la segmentación de las actividades de generación, distribución y transmisión, cabe citar las siguientes novedades con relación a lo que se había señalado:
  - Las empresas generadoras no podrán distribuir ni transmitir energía eléctrica, ni directamente ni a través de personas naturales, jurídicas o de hecho, creadas por ellas para el efecto, con la excepción señalada al revisar el art. 35 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico (art. 4).
  - Las empresas distribuidoras no podrán generar ni transmitir energía eléctrica ni directamente ni a través de personas naturales, jurídicas o de hecho, creadas por ellas para el efecto. Para los efectos de esta prohibición, no se considerará a la generación con micro centrales hidroeléctricas o sistemas renovables no convencio-



nales de pequeña capacidad, no conectados al Sistema Nacional Interconectado. Además de la remisión a la excepción contenida en el art. 35 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, antes citado, existe expresa remisión a la excepción señalada en el art. 60 de la mencionada Ley, referida a sistemas eléctricos no incorporados (art. 5).

- De acuerdo al art. 6, en la empresa de transmisión no se admitirá que un socio o grupos de socios que tengan el control sean a su vez socios mayoritarios o encargados de la operación de las empresas de distribución o generación.
- La separación económica, entre generadores y distribuidores, entre los cuales existe integración vertical, se da cuando las transacciones de compraventa de energía realizadas mediante contratos a término, son inferiores al 25% de la demanda de energía anual de la distribuidora. De superarse este límite, el CONELEC impondrá la separación correspondiente para el próximo año calendario. Como se observa, en esta norma se establece claramente la diferencia entre separación jurídica y económica de las compañías del sector.
- Sobre el control del tamaño de las empresas, se precisa lo siguiente:
  - De acuerdo al art. 8, para la escisión o fusión de las empresas distribuidoras se requerirá la autorización del CONELEC, la que será emitida con base en los estudios técnicos, económicos financieros y ambientales.

En caso de escisión no podrá crearse una empresa cuya facturación sea menor de seiscientos (600) GWh anuales de energía a sus usuarios finales. En el caso de fusión no se podrá conformar empresas cuya facturación supere el cuarenta y nueve por ciento (49%) del total de la energía facturada en el mercado nacional consolidada por el CONELEC, durante el último año calendario.

Como se aprecia, esta disposición reglamentaria se concentra exclusivamente en la escisión o fusión de empresas distribuidoras, a pesar de que el campo en el que por su naturaleza cabe mayor control de la competencia es el de la generación.

- Según el art. 9, ninguna empresa de generación o grupo de empresas de generación integradas horizontalmente podrá controlar más del 25% de la potencia eléctrica instalada a escala nacional, salvo la excepción prevista en la disposición transitoria primera, literal

D), numeral 2), de la Ley de Régimen de Sector Eléctrico.<sup>48</sup> De lo expuesto, se colige que se admite cierto grado de integración horizontal, entendida según la definición específica proporcionada en el Reglamento que se revisa, misma que ya fue citada.

- De acuerdo al mismo art. 9, ninguna empresa de distribución o grupo de empresas de distribución integradas horizontalmente podrá controlar simultáneamente los mercados de Quito y Guayaquil.
- Con relación a las compañías que compren acciones en las empresas constituidas con activos del Estado, es decir, con los activos que pertenecieron al INECEL, debe resaltarse que:
  - Las compañías generadoras constituidas con activos del Estado podrán estar bajo el control de empresas relacionadas, siempre que no se superen los porcentajes que implican separación económica, según lo que se enunció anteriormente (art. 12).
  - Las compañías que adquieran la mayoría de acciones en las sociedades anónimas de distribución o que hayan obtenido una concesión para la distribución, no podrán comprar la mayoría de acciones en las compañías de generación constituidas con activos del Estado, a no ser que mantengan la separación económica, es decir, que las transacciones de compraventa de energía realizadas bajo contratos a término, sean inferiores al 25% de la demanda de energía anual de la distribuidora (art. 13). Como se observa, se permite cierto grado de integración vertical<sup>49</sup> mientras se mantenga un régimen de separación económica.

---

48. De acuerdo a tal numeral del literal D) de la Primera Disposición Transitoria, reformado por el art. 69 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000, la empresa de generación que se conforme con los equipos, instalaciones y demás activos de propiedad del Estado en la Central Hidroeléctrica Paute, estará exceptuada de la disposición limitativa contenida en el tercer inciso del art. 31 de la presente Ley (según el cual “ninguna persona, natural o jurídica por sí o por tercera persona, podrá controlar más del 25% de la potencia eléctrica instalada a nivel nacional”), pero en ningún caso podrá superar el 33 por ciento de la potencia instalada total existente en el país. Esta disposición estará vigente hasta cuando el CONELEC determine que el incremento de la potencia instalada en el Ecuador permita que dicha empresa de generación cumpla con lo establecido en el tercer inciso del art. 31.

49. Según el glosario de términos contenido en el reglamento que se analiza, integración vertical “es la que existe entre una empresa distribuidora y la empresa transmisora o una o más empresas generadoras cuando pertenecen a empresas que dependen societariamente de una misma matriz, aunque no tengan la calidad jurídica de subsidiaria o sucursal; o, entre empresas que pertenezcan mayoritariamente al mismo propietario, socio o accionista; o, cuando sin llegar a ser accionista mayoritario, controle la administración en una, varias o todo el grupo de empresas”.

- Sobre la compraventa de energía, se establecen los siguientes aspectos de interés:
  - Con el propósito de hacer efectiva la competencia, las empresas distribuidoras convocarán a concursos públicos para la compraventa de energía para dar oportunidad, en igualdad de condiciones, a los generadores que tengan concesión, permiso o licencia otorgado de acuerdo a la Ley. Adicionalmente, en el art. 16 del reglamento se establecen los requisitos de los concursos públicos de compraventa de electricidad destinada a cubrir el mercado regulado. Se dispone que el único criterio que permita la selección sea el del precio, así se llega a determinar que “no podrán servir como base para la adjudicación de ofertas, criterios diferentes del precio tales como: ubicación, clase o tipo de planta, antigüedad o número de unidades de generación, y condición de planta existente o en desarrollo”, lo que parece extremo. Bajo esta lógica, en caso de igualdad de precios, se dispone que la empresa distribuidora comprará la energía a los oferentes que coinciden en el precio en proporción a la cantidad ofertada por cada uno siempre que los precios se mantengan, independientemente de que las cantidades sean proporcionalmente menores.
- En cuanto al control de abuso de posiciones *monopólicas* se determina lo siguiente:
  - Según el art. 19, a los concesionarios y a los titulares de permisos y licencias les está prohibido celebrar cualquier tipo de asociación, contrato, convenio o acuerdo con otros concesionarios u otros participantes en la venta de energía eléctrica *en el mercado eléctrico mayorista*, que pueda tener como efecto, ya sea directa o indirectamente, la creación de restricciones en la competencia, ya sea la colusión en el establecimiento de precios o la ejecución de políticas comunes u otros actos que pudieren afectar a otros concesionarios, grandes consumidores, consumidores finales y titulares de un permiso o licencia.
  - Se establece como responsabilidad del director ejecutivo del CONELEC la prevención, control e imposición de sanciones en primera instancia, de las conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes del sector eléctrico.

También estará a cargo del director ejecutivo del CONELEC el control de acciones conducidas intencionalmente por el transmisor, sin conocimien-

to y autorización del CENACE y del CONELEC, para favorecer el despacho de energía de ciertas plantas generadoras en desmedro de otras, particularmente en los siguientes casos:

- a) Cuando ocasione congestiones en el sistema de transmisión que provoquen un desvío ostensible del despacho programado por el CENACE; y,
- b) Cuando retarde el libre acceso de un nuevo generador, por acciones injustificadas y no previstas en el Reglamento de Libre Acceso a las Instalaciones de Transmisión y Distribución.
  - Al tenor del art. 22, las empresas distribuidoras no podrán impedir que otras personas naturales o jurídicas puedan desarrollar programas o proyectos de Electrificación Rural Descentralizada en zonas alejadas de la red de distribución, siempre y cuando éstos no vayan a ser desarrollados por la empresa distribuidora dentro de los siguientes cuatro años contados a partir de la aprobación del CONELEC y el conocimiento del distribuidor.
- En lo referente al control y a los procedimientos, debe resaltarse lo siguiente:
  - Posibilidad de actuación del CONELEC de oficio o a petición de parte para el control del cumplimiento de sus regulaciones sobre competencia (art. 24).
  - En cuanto al procedimiento, se puntualizan los siguientes aspectos (arts. 25 y 27):
    - a) Quiénes pueden presentar reclamos: los consumidores, las empresas de generación, transmisión o distribución y cualquier otro agente.
    - b) Materia sobre la que puede versar el reclamo: práctica discriminatoria o de abuso de posición dominante.
    - c) Ante quién debe presentarse el reclamo: ante el Director Ejecutivo del CONELEC.
    - d) Establecimiento de sanciones y posibilidad de impugnación:

Primera instancia: director ejecutivo del CONELEC.

Impugnación: Ante el directorio del CONELEC. Las resoluciones de este último podrán ser impugnadas ante los jueces competentes.

Lo dispuesto en el artículo que se analiza, coincide plenamente con el art. 18, lit. d) de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, al tenor del cual, es función del Director Ejecutivo:

Prevenir, conocer y sancionar, en primera instancia, conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes del sector eléctrico, incluyendo a productores y clientes, de conformidad con las leyes y reglamentos correspondientes. Las resoluciones que adopte el Director Ejecutivo podrán ser apeladas ante el CONELEC. Las resoluciones del CONELEC podrán ser impugnadas ante los jueces competentes.

- En el art. 26 se establece que el incumplimiento de las normas del presente reglamento, será sancionado de acuerdo con la ley, sus reglamentos y los contratos de concesión respectivos. A la sazón, debe resaltarse la ausencia de un régimen de sanciones claro a nivel legal o reglamentario para el caso de infracciones que atenten contra la libre competencia. Una vez más, se insiste en la necesidad de un marco general sobre el tema, que supla estos graves silencios. Por el momento, la determinación de sanciones tendría que hacerse vía contrato de concesión.
- De acuerdo con el art. 28, el director ejecutivo del CONELEC podrá iniciar acciones judiciales, civiles o penales, incluyendo medidas cautelares para asegurar el cumplimiento del reglamento. Se enfatiza en el criterio sobre la conveniencia de la instauración de trámites sumarios para el conocimiento de asuntos relacionados con la competencia.

## **REFERENCIA AL INTENTO DE PRIVATIZACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS DEL SECTOR ELÉCTRICO ECUATORIANO**

### **ANTECEDENTE NORMATIVO RELEVANTE**

El énfasis de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico en el tema de las privatizaciones fue anteriormente expuesto. Por el momento, debe precisarse que el art. 28 de esta ley es el que se refiere directamente a los mecanismos de inversión y participación del sector privado. Entre los principales aspectos de esta norma, deben resaltarse los siguientes:

- La participación accionaria del sector privado en el capital de las compañías en las que el Fondo de Solidaridad fuese accionista, se podrá realizar mediante la venta de acciones, atendiendo a la naturaleza de la empresa y el mayor beneficio para el Estado y los usuarios.
- La transferencia de acciones de propiedad del Fondo de Solidaridad,

- o del derecho preferente para suscribirlas, se llevará a cabo mediante procedimientos públicos competitivos. Para este propósito, el Fondo de Solidaridad pondrá a disposición del sector privado un porcentaje no mayor al 51% de acciones con derecho a voto o suscripción de acciones con derecho a voto en el capital de la empresa.
- De las disposiciones de este artículo, se exceptúa a la Empresa Hidropaute S.A., la que solo se podrá capitalizar en un período no menor de 5 años y luego venderse solo hasta el 49% de las acciones.

#### LA ESTRATEGIA QUE SE PROPUSO<sup>50</sup>

Los organismos competentes plantearon inicialmente la venta de las acciones de las empresas constituidas en dos etapas: primero las 19 empresas distribuidoras y luego las generadoras y la de transmisión. Según funcionarios de COMOSEL, esta secuencia permitía estabilizar el funcionamiento del mercado eléctrico mayorista, maximizar la recuperación de los ingresos por venta de energía y generar un mayor atractivo entre los inversionistas por las empresas de generación.

Para efectivizar la venta de las acciones del Fondo de Solidaridad en las compañías distribuidoras se conformaron inicialmente cuatro grupos que comprendían a las 19 distribuidoras, de acuerdo a sus características técnicas y a su ubicación territorial.<sup>51</sup> Posteriormente, el número de grupos se redujo a dos.<sup>52</sup> Más tarde, tras las decisiones del Concejo del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, que fueron de dominio público, se anunció exclusivamente la venta de las distribuidoras de la Costa, y finalmente, se abandonó el proyecto.

Para el caso de las generadoras, a privatizarse en una segunda etapa, se

---

50. La información puede ser ampliada en las siguientes páginas web: [www.conam.gov.ec] y [www.conelec.gov.ec].

51. Los cuatro grupos se integraron de la siguiente manera: el primero, integrado por Empresa Eléctrica Quito, Norte, Santo Domingo y Sucumbíos (facturación anual: 2 324 Gwh; abonados alrededor de 703 mil); el segundo, conformado por Ambato, Cotopaxi, Riobamba, Bolívar y Los Ríos (facturación anual: 677 Gwh; abonados 384 mil); el tercero, con Azogues, Centro Sur, El Oro y Sur (facturación anual: 829 Gwh; abonados: 411 mil); el cuarto, con Esmeraldas, en el sur Manabí, Santa Elena, Milagro y Galápagos (facturación anual: 1 585 Gwh, abonados: 483 mil).

52. Grupo A: Ambato, Bolívar, Centro Sur, Cotopaxi, Regional Norte, Quito, Santo Domingo, Sucumbíos, Riobamba, Eléctrica Sur. Grupo B: Guayas, Los Ríos (Emelgur), Manabí, El Oro, Esmeraldas, Los Ríos, Milagro, Santa Elena. Información obtenida en *El Financiero*, semana del 16 al 20 de julio de 2001, p. 1.

previó la vinculación del capital privado en un 51% del capital social; más el 10% del que serán beneficiarios los trabajadores del sector.

En cuanto a la empresa de transmisión (Transelectric S.A.) se propuso aplicar el mecanismo de capitalización, cuyo procedimiento habría iniciado de manera paralela con el de la vinculación del capital privado en la generación. Con este propósito, el Fondo de Solidaridad ofertaría los derechos de suscripción de acciones.

## PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### Antecedentes

- El art. 4, literal a) de la Ley de Creación del Fondo de Solidaridad dispone que serán recursos del Fondo de Solidaridad:

los que provengan de las enajenaciones de la participación del Estado en las empresas estatales, de la transferencia de los bienes de su propiedad y de las concesiones para la prestación de servicios públicos a la iniciativa privada, bajo cualquiera de los mecanismos y modalidades contemplados en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Se exceptúan los recursos que pertenecen a la Corporación Financiera Nacional, al Banco Nacional de Fomento y al Banco Ecuatoriano de la Vivienda.

- El art. 30 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana (denominada *Trole II*, Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000) agregó el art. 4A en el siguiente sentido: “Para la generación de los recursos descritos en el numeral a) del artículo anterior, el Fondo de Solidaridad podrá vender acciones de su propiedad dentro de las limitaciones y procedimientos que dispusieren las leyes especiales al respecto, sin perjuicio de la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana”.
- El citado art. 30 del Decreto Ley 2000-1 que agregó el artículo 4A, fue declarado inconstitucional por el fondo y suspendidos sus efectos por la Resolución 193-2000-TP (R.O. 234-S, 29-XII-2000). En su oportunidad, el Tribunal Constitucional hizo el siguiente razonamiento:

[El art. 30 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, al agregar en la Ley de Creación del Fondo de Solidaridad el artícu-

lo 4A, incluye una disposición que contraría el artículo 250 de la Constitución, que establece, en su inciso primero, que el capital del Fondo de Solidaridad, “se empleará en inversiones seguras y rentables y no podrá gastarse ni servir para la adquisición de títulos emitidos por el gobierno central u organismos públicos. Solo sus utilidades se emplearán para financiar en forma exclusiva, programas de educación, saneamiento ambiental, y para atender los efectos sociales causados por desastres naturales”, mientras que la disposición de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana en estudio señala que para la generación de recursos “el Fondo de Solidaridad podrá vender acciones de su propiedad”, lo que implica enajenación del capital de dicho Fondo y, del mismo modo, se plantea la posibilidad de que el Fondo de Solidaridad pueda “constituir fideicomisos mercantiles con acciones de su propiedad”, estas acciones no constituyen utilidades sino que son el capital mismo del Fondo de Solidaridad, lo cual constitucionalmente está prohibido gastarse, por tanto, contradice el art. 250 de la Ley Fundamental].

Como respuesta, el CONAM señaló que el proceso de venta de las empresas eléctricas no se basaba en el art. 30 de la mencionada Ley –que fue declarado inconstitucional– sino en los arts. 249 y 250 de la Constitución.

El 16 de octubre de 2001 el Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de que la declaratoria de inconstitucionalidad antes referida estaba vigente y debía ser respetada por todos los organismos del Estado.

Revisados estos antecedentes se concluye que el proceso de privatización de las empresas eléctricas tal como el gobierno lo había planteado, desde sus inicios estuvo amenazado por una declaratoria de inconstitucionalidad que incidió en una subvaloración de las compañías, por lo que estaba destinado a su abandono.

## **CONCLUSIONES**

### **CONCLUSIONES GENERALES**

- El proceso de modernización en el Ecuador, en términos generales, puede calificarse como caótico, ya que se produce dentro de entornos conflictivos, sin apoyo mayoritario estable y con un alto grado de riesgo, caracterizándose por intentos infructuosos de realizar las reformas. Esta realidad nos conduce a un cuestionamiento de la concepción del proceso de modernización desde sus bases. En el caso específico del sector eléctrico, la primera inquietud es conocer si el modelo de mercado abierto que se instauró a partir de la expedición de



la Ley de Régimen del Sector Eléctrico es el adecuado para la realidad ecuatoriana. Parecería que no, en razón del tamaño y las características del sector eléctrico nacional. Adicionalmente, cabe preguntarse si se analizaron otros modelos, como el de estructura integrada regulada –más acorde, según los expertos en la materia, con el funcionamiento de mercados pequeños–.

Al respecto, concluimos en la necesidad de una reflexión profunda sobre la conveniencia para el país, en atención a su realidad, de los modelos de modernización que se pretenden implantar. El marcado rechazo social y la consecuente introducción de atenuantes y modificaciones que desnaturalizan los esquemas originalmente planteados, agudizan esta necesidad.

- La normativa sobre protección a la competencia en el Ecuador es por el momento escasa y dispersa, habiéndose expedido a niveles sectoriales. Se requiere con urgencia la expedición de una ley marco, a la cual deben ajustarse las normas de cada sector. Dentro de estas normas, es necesario que se establezcan mecanismos judiciales sumarios para el conocimiento de temas relacionados con la competencia. Adicionalmente, el tema de la conformación del organismo de control es de vital importancia.
- A pesar de la difusión del discurso que justifica la realización de procesos de modernización con el fin –entre otros– de alcanzar mayor competencia, las leyes nacionales no han sido concebidas en tal sentido. La simple revisión de los considerandos de la Ley de Modernización del Estado confirma esta tesis.
- Continuando con el postulado anterior, se establece que el tratamiento de la protección de la competencia en la Ley de Modernización del Estado es deficiente. Con la prohibición absoluta de monopolios se desconoce la realidad de los monopolios naturales. Adicionalmente, el tema del abuso de la posición de dominio solo queda enunciado, y se lo vincula exclusivamente con la propiedad de medios de comunicación e instituciones financieras.

## CONCLUSIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DEL SECTOR ELÉCTRICO Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

- El repetido enunciado de la *desintegración vertical obligatoria* no coincide con lo que acontece en la realidad. La misma Ley y los reglamentos sobre la materia admiten ciertas posibilidades de integración vertical, como se demostró en el presente estudio.
- A pesar de que el segmento de generación es el que admite mayor competencia, existen aspectos en los que se excluye a este sector de regulación sobre la materia. Tal es el caso de la normativa referente al control de procesos de fusión y escisión, actualmente regulada exclusivamente a nivel reglamentario.
- En la normativa del sector eléctrico no existe un sistema claro de sanciones para el caso del cometimiento de prácticas restrictivas de la competencia. Este grave vacío legal, por el momento, debe llenarse vía contratos de concesión. Se subraya una vez más la necesidad de contar con disposiciones marco que suplan estos peligrosos silencios en las regulaciones de cada sector.
- Se requiere introducir en la legislación vigente el criterio de especialización en materia de competencia de las personas encargadas de la regulación y control de las actividades del sector eléctrico que integran el CONELEC.
- Es notoria la ausencia de normativa referente a parámetros mínimos que deben incluir los contratos de concesión en materia de protección a la competencia y de mecanismos institucionales de protección a la misma.
- Con fundamento en lo expuesto a lo largo de este trabajo, se concluye la necesidad de aclarar el concepto de *abuso de posición monopólica en el sector eléctrico*, pues en realidad se regula el *abuso de posición dominante*, tema más coherente con la estructura del sector, en el que teóricamente caben varios participantes dentro del proceso de generación.
- Tras el fallido intento de privatización y la consecuente inaplicabilidad del reglamento sobre abusos de posiciones monopólicas en las actividades del sector eléctrico, es prioritario que se actualicen sus disposiciones de conformidad con la realidad actual. Se recalca que la estructura monopólica en el sector eléctrico, concentrada en manos

públicas o privadas, requiere en todo caso de normativa que evite abuso de posiciones dominantes.

## CONCLUSIONES SOBRE LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN

- En principio, la idea de la conveniencia de privatizar entidades vinculadas con la prestación de algunos servicios públicos que implican monopolios naturales (el caso de la transmisión o de la distribución de energía eléctrica) resulta muy controvertida, pues existen estudios que demuestran que en economías de escala las prestaciones pueden ser más accesibles al público si son prestadas por el Estado.
- Desde la óptica de defensa de la competencia, la realización de privatizaciones en el sector eléctrico no es un imperativo ni aún bajo el modelo de mercado abierto adoptado en el país. Una o varias compañías estatales podrían perfectamente realizar operaciones siempre que exista un efectivo control de abuso de posición dominante. Si aún así se toma la decisión de privatizar, se requiere que estos procesos, especialmente en los que se refieren a sectores de utilidad pública, el organismo encargado de la competencia tenga un activo papel de coordinación con las entidades encargadas de la privatización.
- La reducción del Estado instrumentada a través de privatizaciones y el fomento de la libre competencia –al menos a nivel formal– han sido tendencias muy marcadas en la última década en América Latina dentro de programas de ajuste estructural. Sin embargo, la complementariedad teórica de estos dos conceptos tropieza en la realidad latinoamericana. Las privatizaciones no han sido debidamente planificadas, sino que en muchos casos han representado la alternativa más rápida para afrontar problemas de déficit fiscal. Así, con relación al caso argentino, se plantea:

Contrariamente a lo que pasó en aquellos países que pudieron darse el lujo de planear sus privatizaciones con toda serenidad, en Argentina la urgencia con que se encaró el proceso –sobre todo al comienzo– dio una clara y buscada señal de cambio del régimen económico... en lugar de comenzar vendiendo empresas en sectores donde la competencia era posible, se concretaron ventas de monopolios naturales que requerían elaboradas definiciones de sus marcos regulatorios.<sup>53</sup>

---

53. Cita de Bogotá, hecha en el documento del SELA, *Privatizaciones, desregulación y competencia: un marco de análisis para el estudio de casos en América Latina y el Caribe*.

En el Ecuador estaba sucediendo lo mismo al buscar en primer término la privatización de las distribuidoras eléctricas, monopolios naturales regionales, para atraer a los inversionistas, en lugar de iniciar el proceso por el segmento de generación, en el cual, según el modelo implantado por la Ley de la materia, sí cabe competencia.

- La incursión irresponsable en procesos de privatización, sobre todo en sociedades caracterizadas por la presencia de oligopolios –como el Ecuador– lejos de complementar efectivamente el proceso de instauración de economía de mercado, lo dificulta al trasladar importantes masas de activos estatales a un sector minúsculo de la población.
- Un papel importante de los organismos de defensa de la competencia en procesos de privatización consiste en vigilar que no se vendan los activos estatales a precios ínfimos. En el fondo, habría un abuso de posición de dominio. Otro aspecto de gran interés radica en la vigilancia de que no se produzcan concentraciones contrarias a la competencia.
- El diseño de un marco regulador adecuado es una parte esencial de las políticas públicas inmersas en la efectivización de procesos privatizadores. Los sectores de utilidad pública requieren bases reguladoras que ameritan un fuerte trabajo de investigación. En el Ecuador no se realizó esfuerzo serio a nivel de marco regulatorio que permita enfrentar adecuadamente un proceso de privatización. La ausencia de una ley sobre competencia, hasta el momento en que se entrega al comité editorial el presente ensayo, ratifica esta afirmación.
- El abandono del proceso de privatización de las eléctricas que se produjo en el país fue la consecuencia natural del conjunto de situaciones que se pretendieron ignorar: los pronunciamientos del Tribunal Constitucional; la inseguridad de los posibles inversionistas en cuanto a tarifas y rentabilidad –complicada aún más por el congelamiento de tarifas decretada por el mismo gobierno–; la falta de consenso en cuanto al tema que originó posiciones como la del Concejo del Distrito Metropolitano de Quito. Todo esto –factores que incidieron en una subvaloración de las compañías que acentuó aún más el rechazo social– no podía sino conducir al desenlace que es de dominio público.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Vásquez, Manuel, *El derecho de la libre competencia*, Lima, San Marcos, 1997.
- ALCA, Grupo de trabajo sobre políticas de competencia, “Inventario de leyes y normas nacionales referidas a las políticas sobre competencia en el hemisferio occidental”, [[www.alca-ftaa.oas.org/cp\\_comp/spanish/dlr/dlr\\_sums.asp](http://www.alca-ftaa.oas.org/cp_comp/spanish/dlr/dlr_sums.asp)].
- Araujo Moreno, María Caridad; López Baquero, Patricio, “Una propuesta para la transformación del Estado”, Quito, V Concurso de Investigación Económica, ILDIS, 1994.
- Banco Mundial, *La política de la competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana. Resumen interpretativo de la conferencia foro de las economías emergentes de mercado*, Buenos Aires, del 28 al 30 de octubre de 1996.
- Betancur, Belisario, “Aproximación al derecho de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.
- Depolo Rasmilic, Radoslav, “Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.
- Gómez Leyva, Delio, “Las prácticas restrictivas de la competencia”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.
- Grijalva, Agustín; Troya, José Vicente, “Elementos para un Derecho de la Competencia en el Ecuador”, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 1997 (inédito).
- Guzmán, Marco Antonio, *Derecho económico ecuatoriano*, tomo I, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 1996.
- Londoño Hoyos, Fernando, “Significado o no del derecho de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.
- Organización Latinoamericana de Energía, OLADE, *La modernización del sector energético en América Latina y el Caribe*, Quito, s.a.
- Reyes Villamizar, Francisco, “Grupos de sociedades subordinadas, fusiones, concentraciones, compra de activos”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.
- Samuelson, Paul; Nodhaus, William, *Economía*, Madrid, McGraw-Hill, 1993.
- Sarmiento Palacio, Eduardo, “Estructuras monopólicas de los servicios públicos”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.
- Sistema Económico Latinoamericano, SELA, *Privatizaciones, desregulación y competencia: un marco de análisis para el estudio de casos en América Latina y el Caribe*, 1999.
- Soriano, José Eugenio, “El papel del Estado y de sus agencias en un contexto de regulación”, en *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.

Thomas, Steve, “La experiencia de Reino Unido en el sector eléctrico: el mito de la competencia”, en *Compendio de la Primera Conferencia Regional: Consumidores y Servicios Públicos en América Latina: Sectores de Agua, Electricidad y Telecomunicaciones*, Santiago, Consumers International, 1998.

Velilla, Marco, “Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1996.

## **Los derechos de propiedad intelectual como restricción a la competencia económica**

*Xavier Gómez Velasco*

Este trabajo explora, de manera introductoria, una de las temáticas de mayor vigencia: la intersección entre los regímenes de propiedad intelectual y competencia económica. Los temas que trata son: el fundamento de la existencia de los derechos de propiedad intelectual según los objetivos perseguidos por el derecho de la competencia, la naturaleza jurídica de estos derechos vista asimismo desde el régimen de la concurrencia, las particularidades que la presencia de estos derechos introduce en los análisis que la aplicación de la legislación de la competencia requiere, las prácticas anti-concurrenciales que pueden realizarse a través del ejercicio de estos derechos y, por último, las medidas frente a este ejercicio.

FORO

### **INTRODUCCIÓN**

**L**a importancia contemporánea de los derechos de propiedad intelectual junto con la expansión y consolidación de legislaciones que tutelan la competencia económica exige la realización de estudios sobre las intersecciones que pueden presentarse entre estas ramas del Derecho. Si bien el régimen de propiedad intelectual –a través de las diferentes categorías o títulos que él contiene– ofrece aspectos a favor y en contra de la competencia, es nuestra intención examinar esta última faceta, sin perjuicio de recurrir a la otra para justificar la existencia y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

Planteado ese objetivo, en el segundo acápite, nos ocuparemos de conciliar los objetivos perseguidos por los regímenes de propiedad intelectual y competencia económica a fin de desestimar la aparente antinomia existente entre ellos. Allí ponemos de relieve la consecución del desarrollo tecnológico y el bienestar del consumidor como objetivos comunes a ambos regíme-

nes. En línea con ese acercamiento, en el tercer acápite, tratamos la naturaleza jurídica de los derechos de propiedad intelectual desde el régimen de la concurrencia, donde distinguimos monopolios legales y monopolios en sentido económico, a fin de demostrar que la exclusividad legalmente garantizada por la mayoría de los derechos de propiedad intelectual no conduce, inevitablemente, a una posición monopolística o dominante a favor de su titular. No obstante, en razón de la posibilidad de que los derechos de propiedad intelectual sí confieran a su titular esa posición, en el acápite cuarto, reseñamos características generales de los derechos de propiedad intelectual y otras peculiares de varias categorías de ellos que deben ser tenidas en cuenta en la determinación del mercado relevante en que el titular ejerce su derecho.

El estudio continúa, en el quinto acápite, con la señalización de las prácticas anticompetitivas que pueden cometerse a través del ejercicio de derechos de propiedad intelectual. Debido a la imposibilidad de formular tipos de conductas así como también principios generales más detallados, sentamos que el ejercicio de cualesquiera facultades que los derechos de propiedad intelectual confieren a su titular puede resultar anticompetitivo si alcanzan objetivos contrarios al régimen de competencia económica. Con todo, enumeramos ciertas conductas anticompetitivas que consideramos relevantes. Para concluir el análisis, en el sexto acápite, exponemos dos remedios al ejercicio anticompetitivo de los derechos de propiedad intelectual: el principio del agotamiento de los derechos y la concesión de licencias obligatorias. Por último, sentaremos sendas conclusiones en el séptimo y último acápite.

Es importante destacar que el presente trabajo está limitado por la complejidad de una temática que no puede ser desarrollada en un estudio tan breve sino solo de manera introductoria. En tal virtud, únicamente podemos realizar un análisis general de lo que deben ser puntos centrales de la cuestión debatida, que no pretendemos agotarla. Con todo, esperamos que estas páginas sirvan de orientación en la realización de posteriores trabajos.

## **LOS OBJETIVOS DE LOS RÉGIMENES DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMPETENCIA ECONÓMICA**

Un primer paso, ineludible para la temática aquí desarrollada, es descartar la antinomia que, en apariencia, podría pensarse que existe entre los regímenes de propiedad intelectual y competencia económica. A tal efecto,



debemos partir del fundamento de la existencia de los derechos de propiedad intelectual, para luego confrontarla con los postulados de la legislación de la competencia. En este punto, como veremos más adelante, deberemos recurrir a la dimensión *pro competitiva* de los derechos de propiedad intelectual.

En cuanto a ese fundamento, pese a las diferencias existentes entre las varias categorías o títulos de derechos de propiedad intelectual –que tornan a este régimen un conjunto de instituciones de muy variada naturaleza–,<sup>1</sup> intentaremos en este acápite realizar un análisis útil para todas ellas. A efecto de la exposición, en términos muy generales, consideramos que el régimen de propiedad intelectual comprende derechos de autor, de propiedad industrial (tanto las nuevas creaciones como los signos distintivos) y de obtenciones vegetales.<sup>2</sup> También realizamos una distinción, transversal a la anterior agrupación, entre derechos que entrañan un resultado creativo (fundamentalmente, derechos de autor, de patente de invención y de obtenciones vegetales<sup>3</sup>) y aquellos otros de función diferenciadora en el mercado (signos distintivos, principalmente, marcas).<sup>4</sup> Son estos títulos mencionados aquellos

---

1. Cfr. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo I, Buenos Aires, Heliasta, 2001, p. 563.

Atiéndase a la amplitud con que es definido el concepto de *propiedad intelectual* por el art. 2.VIII del Convenio por el que se establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (R.O. No. 885 de 3 de marzo de 1988).

2. María Yolanda Álvarez y Luz María Restrepo, *El derecho de autor y el software*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1997, pp. 25-37. Las autoras distinguen, además, una especie híbrida de derechos de propiedad intelectual a la que denominan *campos fronterizos*. También es de indicar que excluyen a las disciplinas de *competencia desleal* y *bienestar del consumidor* –pese a sus conexiones con los derechos de propiedad intelectual– debido a la autonomía alcanzada por ellas.

3. En este punto es pertinente aclarar que aun cuando del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), en su versión de 1991 (R.O. No. 109 de 16 de julio de 1997), por la redacción de su art. 1.IV, puede desprenderse la protección de descubrimientos, ello no es así en la Decisión 345 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Régimen común de protección a los derechos de los obtenedores de variedades vegetales* (R.O. No. 327 de 30 de noviembre de 1993), debido a que su art. 4 exige “la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de plantas” para acceder a la protección conferida por dicho régimen.

4. “Bajo esa rúbrica común –*derechos de propiedad intelectual*– se hace referencia a un amplio espectro de derechos de distinta naturaleza: mientras algunos se originan en un acto de creación intelectual y son reconocidos para estimular y recompensar la creación intelectual, otros, medie o no creación intelectual, se otorgan con la finalidad de regular la competencia entre productores (...) Entre los derechos de propiedad industrial, solo el de patentes y el de dibujos y modelos industriales tienen en común con el derecho de autor la finalidad de proteger la manifestación externa de un acto de creación intelectual y asegurar la obtención de un beneficio económico por su explotación (...) En cambio, la justificación del derecho marcario no se encuentra en la tutela de un acto de creación: la marca es un distintivo, un símbolo destinado a indicar quién es el responsable de los productos y servicios puestos a disposición del público. Otro tanto ocurre con los nombres y denominaciones co-

sobre los que centraremos el presente estudio.<sup>5</sup>

Por parte de aquellos derechos de propiedad intelectual relacionados con actividades creativas, desde una primera aproximación, esencialmente jurídica, se ha sostenido –mayoritariamente– que constituyen un mecanismo por el que, a la vez que se garantiza una retribución –moral y económica– a los creadores intelectuales, se incentiva el desarrollo de actividades literarias y artísticas, y de investigación y desarrollo.<sup>6</sup> Ello ha sido así, principalmente, con relación a los derechos de autor,<sup>7</sup> de patente de invención<sup>8</sup> y de obtenciones vegetales.<sup>9</sup> En otras palabras, la retribución a los creadores (medio) posibilita el mayor desarrollo en las áreas en que los derechos de

---

merciales y con las denominaciones de origen”. Delia Lipszyc, *Derechos de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Zavalla, 1993, pp. 12-13 y 15, cursivas en el texto original.

5. Efectivamente, trataremos, sobre todo, de patentes de invención, título de propiedad intelectual que ha recibido la mayor atención por parte de la legislación y doctrina de competencia económica. También realizaremos puntualizaciones sobre derechos de autor, especialmente, programas computacionales, y obtenciones vegetales. En cuanto a los signos distintivos, centraremos nuestra atención, exclusivamente, en marcas. Lo que se establece, en este estudio, con relación a estos derechos de propiedad intelectual puede considerarse, *mutatis mutandi* y con las limitaciones de cada derecho, a los demás que no son tratados individual y expresamente, pero que comparten similitudes con los ya señalados.
6. Alberto Bercovitz nos recuerda que “en todos los países, tanto los más desarrollados como los que lo están menos, se ha comprendido que las instituciones de la propiedad intelectual constituyen valiosos instrumentos para impulsar el desarrollo tecnológico e industrial”. (“Tendencias actuales en la propiedad intelectual”, en *Tendencias actuales del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 57).  
En esa misma línea de argumentación, la vigente Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador (R.O. No. 320 de 19 de mayo de 1998) considera que “la protección de la propiedad intelectual es vital para el desarrollo tecnológico y económico del país, fomenta inversión en investigación y desarrollo, estimula la producción tecnológica nacional” (tercer considerando).
7. Atendiendo a la exclusividad que confieren los derechos de autor, en el campo del aprovechamiento económico de la obra, se ha dicho que “[l]os privilegios en el Estado moderno, pregonador de la igualdad, se confieren con la finalidad de incentivar la producción intelectual y de permitir que el creador reciba una remuneración económica por la utilización, divulgación o reproducción que otros hagan de su creación”. María Yolanda Álvarez y Luz María Restrepo, *El derecho de autor y el software*, p. 58.
8. Conforme a las teorías de la remuneración y de los incentivos, “la patente está destinada a proporcionar al inventor una remuneración por la mejora tecnológica que éste ha proporcionado a la sociedad”, y además, “las patentes obran como un incentivo para asignar los recursos de la comunidad a actividades inventivas que en caso contrario sería abandonadas por su falta de rentabilidad privada, pese al interés de la sociedad en las mismas”, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo I, pp. 40-42.
9. “El objetivo principal de la legislación que establece la protección a las obtenciones vegetales, consiste en garantizar el reconocimiento del trabajo intelectual, científico y económico de una persona natural o jurídica que ha obtenido una nueva variedad vegetal”. María Isabel Patiño, *Los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, p. 15.

propiedad intelectual inciden (fin). Esta fórmula, de gran simplicidad, se vincula con la competencia económica, precisamente, porque esa retribución —necesaria a los fines propuestos— se asegura mediante la concesión de derechos exclusivos<sup>10</sup> —en el orden patrimonial,<sup>11</sup> característica de la mayoría de los derechos de propiedad intelectual—. <sup>12</sup> A manera de compensar este fin con las necesidades del acceso a la cultura y el desarrollo científico y tecnológico, la exclusividad conferida por estos derechos tiene vigencia *temporal*. Sin perjuicio de los varios reparos que caben frente a este fundamento,<sup>13</sup> es uno de los de mayor vigencia.

- 
10. “Solo la *exclusividad* de la facultad para el uso les asegura al autor y al inventor plenamente la retribución material por su obra, y es, precisamente, esta exclusividad la que debe garantizar la ley”. Philipp Allfeld, *Del derecho de autor y del derecho del inventor*, traducción de Ernesto Volkening, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 5, cursivas en el texto original.

Dicho de otro modo, “[l]a recompensa aparece como un derecho de monopolio temporario otorgado al titular de la patente, quien puede entonces explotar los derechos exclusivos y obtener los retornos de inversión en I&D”. Biswajit Dhar y C. Niranjana Rao, “La vinculación de los derechos de propiedad intelectual con el comercio”, en *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 141.

En esa misma línea, Carlos M. Correa (“Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias”, en *El Estado y el derecho económico actual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 52) señala que, con excepción de la protección de los secretos industriales y algunos supuestos en materia de derechos de autor en los que el titular solo obtiene el derecho a una compensación, “la concesión de un *ius excludendi* en el marco de distintos regímenes de propiedad intelectual tiene por fin deliberado el eliminar o restringir la competencia, a fin de asegurar que los beneficios económicos generados sean apropiados por el autor o inventor. No se trata, por ende, de un efecto secundario o inatendido, sino del medio de que se vale del derecho para alcanzar el fin propuesto”.

11. Recuérdese que los derechos de autor y de patente de invención tienen también un contenido *moral*.
12. La notable excepción la constituye el régimen de secretos industriales o información no divulgada. “El secreto industrial, a diferencia de lo que sucede con las patentes de invención, no crea un derecho que permita excluir a los terceros del empleo del conocimiento, su titular dispone de lo que la doctrina llama un monopolio de facto, que dura mientras el conocimiento se mantenga secreto”. Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, *El régimen andino de la propiedad industrial*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, p. 186.
13. Los reparos que podemos realizar son tres. En primer lugar, la *tesis schumpeteriana* de la aptitud innovadora de los monopolios (que esta sustentación parece reivindicar) está referida a las grandes empresas capitalistas, no a meros derechos de exclusividad legalmente garantizada. Respecto de esa tesis, se puede consultar Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, pp. 183-186.

Por otra parte, estos argumentos han sido rebatidos, especialmente, por el *análisis económico*, sobre todo, en materia de patentes de invención, que son los derechos de propiedad intelectual que se los considera de mayor relevancia. Al respecto, se puede consultar el resumido, pero valioso, trabajo de Pedro Portellano Díez. “La valoración del sistema de patentes: una enseñanza para el derecho de la competencia desleal”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Separata, s.l., s.e., s.a., pp. 969-981. En él, al refutar la aptitud promotora de la actividad innovadora del

A ese –insuficiente– basamento jurídico de la existencia de los derechos de propiedad intelectual, se suma ahora valoraciones que han sido introducidas por la ciencia económica. Los rasgos peculiares de la información como *bien* –que la acercan a la noción de bien público,<sup>14</sup> en sentido económico– asociados a la circunstancia de que es costosa de producir, pero barata de reproducir, determinan que los mercados de la información tengan graves fallos.<sup>15</sup> De este modo, la información tiene un alto grado de *inapropiabilidad*, lo que significa que el titular no puede apropiarse de todo el valor social que produce, verbigracia, una patente de invención.<sup>16</sup> Así las cosas, los derechos exclusivos conferidos por el Estado, vía legislación de propiedad intelectual, tienen como objetivo aumentar ese grado de apropiabilidad<sup>17</sup> mediante la suspensión de la concurrencia.<sup>18</sup> Este fundamento económico es el que, hoy por hoy, soporta a los derechos de propiedad intelectual vinculados con actividades creativas.

En cuanto a los signos distintivos, la sustentación ha sido diferente. Con relación a las marcas, tradicionalmente, se les había asignado una función

---

sistema de patentes, se afirma que: “Sin embargo, ha de indicarse que, en contra de lo que probablemente es una idea muy extendida en el ámbito jurídico, los economistas que han estudiado en profundidad la actividad innovatoria y el peso que realmente tiene en ella el Derecho de Patentes han señalado que es muy difícil acreditar que el sistema de patentes resulte indispensable para el avance tecnológico”. Más aún, ese mismo *análisis económico* ha puesto de relieve los costes sociales del régimen de patentes de invención. Otras críticas a estos argumentos pueden encontrarse en Sigrid Sterckx. “El patentamiento de invenciones tecnológicas”, en *Perspectivas Bioéticas* 7/8, Barcelona, Gedisa y Área de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1999, pp. 57-59.

14. “Consideremos la conexión existente entre la imposibilidad de la apropiación y los bienes públicos. La información contiene ideas. El hecho de que una persona use una idea no disminuye su disponibilidad para el uso de otros. Por lo tanto, la información es *no rival*. Puede resultar caro excluir a algunas personas del contacto con una idea nueva, porque la transmisión de ideas es muy barata. Por lo tanto, la información es *no excluible*. Éstas son las dos características de los bienes públicos (...) Así pues, el problema de la imposibilidad de la apropiación es esencialmente el mismo para la información y para los bienes públicos”. Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, traducción de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 165 y 167.
15. Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía*, p. 184.
16. “Según los estudios realizados por Edwin Mansfield y otros autores, el rendimiento social de la invención (es decir, el valor de los inventos para todos los consumidores y los productores) constituye alrededor del triple del rendimiento privado apropiable para el inventor (es decir, el valor monetario de la invención para el inventor)”. *Ibid.*, p. 184.
17. “El otorgamiento de derechos de propiedad exclusiva para el creador de una idea le permite apropiarse de gran parte de su valor social”, Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, p. 169.
18. “En definitiva, los diferentes tipos de derechos intelectuales coartan la libertad de industria y comercio con respecto a un bien determinado (la concepción protegida) y a una actividad económica concreta (la obtención de ganancias mediante su reproducción o multiplicación)”, Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial*, Madrid, Civitas, 1993, p. 241.

tutelar de los intereses del fabricante en la identificación del origen de sus productos o servicios en el mercado. Sin embargo, en la actualidad, se considera que lo que verdaderamente distingue una marca es un producto o servicio de otro<sup>19</sup> en procura del bienestar del consumidor.<sup>20</sup> Así es como se justifica la exclusividad, no sujeta a limitaciones temporarias, en su uso otorgada a su titular.<sup>21</sup>

Como vemos, el régimen de propiedad intelectual cuenta con múltiples argumentos justificativos que deben ahora ser enrostrados con los objetivos del régimen de defensa de la competencia económica. Esos objetivos son de la más variada índole. Sin embargo, esa multiplicidad es provechosa en la medida en que nos permiten realizar la siguiente disgregación.

En efecto, bajo una primera aproximación, el objetivo de las normas reguladoras de la competencia puede ser –como lo fue en ciertas legislaciones pioneras en la materia– la defensa del *derecho de concurrir al mercado*, como encarnación de la *libertad de empresa*.<sup>22</sup> Esto es lo que denominamos criterio *subjetivo* de la competencia.<sup>23</sup> Bajo esta premisa, surge la contradicción entre los derechos de propiedad intelectual, excluyentes por naturaleza en la explotación o utilización de lo que constituye su objeto, y la tutela de

- 
19. Jorge Otamendi, *Derecho de marcas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 8-12. El citado autor expone también funciones adicionales y secundarias a esa función distintiva.
  20. Estas dos dimensiones que desempeñan los signos marcarios corresponden a los conceptos de *objeto específico* y *función esencial* de las marcas elaborados por la jurisprudencia comunitaria europea. “Objeto específico y función esencial son dos términos acuñados por el Tribunal de Justicia para hacer referencia a dos objetivos primordiales de las marcas, la protección del fondo de comercio del titular (objeto específico del derecho) y evitación de que el consumidor sea confundido y engañado (función esencial)”. Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, Pamplona, Aranzadi, 1994, p. 299.
  21. En esta sustentación también subyace un sustrato económico. Se ha señalado que “[e]l propósito económico de la legislación de marcas no es en general fomentar la innovación y creatividad, sino en lugar de ello reducir los costos de búsqueda del consumidor a través de la identificación de la fuente de los bienes, y de ese modo incidentalmente fomentar la calidad mediante la protección de la reputación”. [“The economic purpose of trademark law is not in general to encourage innovation and creativity, but instead to reduce consumer search costs by identifying the source of goods, and thereby incidentally to encourage quality by protecting reputation”]. Robert Pitofsky, *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*. Speech before the Berkeley Center for Law and Technology, University of California, March 2, 2001, nota al final No. 6. Este documento puede ser consultado en [<http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/ipf301.htm>]. Traducción del autor.
  22. Delio Gómez Leyva, “Las prácticas restrictivas de la competencia, acuerdos y prácticas concertadas”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998, p. 129.
  23. Las denominaciones *criterio subjetivo e institucional* de la competencia corresponden a Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 62 y ss.

la competencia como derecho subjetivo. Empero, la evolución del derecho de la competencia ha determinado el ensanchamiento del abanico de objetivos propuestos. De este modo, opera un tránsito hacia el criterio denominado *institucional* de la competencia, que propugna el carácter instrumental de ésta<sup>24</sup> —entendida como situación fáctica que se desenvuelve en el mercado—. En tal virtud, se propugna la defensa de otros objetivos.<sup>25</sup> Frente a la consecución de tales objetivos, la competencia como derecho subjetivo debe ceder bajo ciertos respectos.<sup>26</sup> Este último criterio es el imperante.<sup>27</sup> Es en estos contextos como entendemos las nociones de *libre competencia* y *competencia económica*, respectivamente.

Dar cabida a objetivos que rebasen la defensa del derecho de los competidores a acceder al mercado es muy importante a la hora de sustentar la existencia de los derechos de propiedad intelectual, con su cúmulo de facultades excluyentes, y valorar las consecuencias de su ejercicio —punto este último sobre el que trataremos en el acápite quinto—. De esos objetivos, en lo que aquí interesa, conviene destacar la eficiencia económica —traducida en mayor desarrollo tecnológico— y el bienestar de los consumidores.<sup>28</sup>

---

24. Como bien ha sido sostenido, “la competencia no es un fin en sí misma, sino un medio para alcanzar el bienestar y el progreso económico de las naciones y de los consumidores”, Marco Velilla, “Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998, p. 179.

Casi con idénticas palabras, ha sido indicado que “la competencia no es un fin en sí misma, sino que está destinada a cumplir una función en el andamiaje jurídico del orden económico, que tiene que estar en línea con la finalidad del bienestar general, de bien común que lo inspira y justifica”. Roberto Dromi, *Competencia y monopolio. Argentina, Mercosur y OMC*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1999, p. 20.

25. “La razón de ser de la *institucionalización* de la *competencia económica* como objeto de protección radica en la *dimensión social* que en los últimos años ha adquirido el Derecho de la competencia que ha pasado de ser un *Derecho de clase* a ser un *Derecho de la ordenación del mercado (Marktrecht)*, que defiende la competencia como sistema en el que se garantizan no sólo los intereses de los competidores, sino también los de los consumidores y los del interés público”. Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 83, cursivas constan en el texto original.

Una relación de los diversos objetivos perseguidos por la legislación de competencia económica puede hallarse en The World Bank and Organization for Economic Co-operation and Development, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, s.l., 1999, pp. 2-4.

26. “La competencia como objeto de protección no implica necesariamente el rechazo de los ataques contra la libertad de comercio, sino que, al contrario, en algunas ocasiones supondrá la promoción de una actuación restrictiva”. Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 75.

27. The World Bank and Organization for Economic Co-operation and Development, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, p. 4.

28. En América Latina, “la eficiencia económica y el bienestar del consumidor son los principales ob-

En cuanto a la eficiencia de la economía,<sup>29</sup> uno de los múltiples objetivos perseguidos por la legislación de competencia es, precisamente, el desarrollo tecnológico.<sup>30</sup> Si, conforme vimos anteriormente, pese a las objeciones existentes, los derechos de propiedad intelectual que tutelan creaciones intelectuales tienen por finalidad el estímulo de las actividades literarias y artísticas,<sup>31</sup> y de investigación y desarrollo –vía la concesión de derechos exclusivos temporarios– forzoso es concluir que, por lo menos en el plano de los objetivos, no existe contradicción entre el establecimiento de estos derechos y el régimen que tutela la competencia económica, sino interdependencia.<sup>32</sup>

Con respecto al bienestar del consumidor, es éste otro de los objetivos –quizá el más señalado<sup>33</sup>– atribuidos a la legislación de competencia econó-

---

jetivos de la legislación sobre competencia”, Banco Mundial y Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana. Resumen interpretativo de la conferencia Foro de las Economías Emergentes del Mercado*, Buenos Aires, 28 al 30 de octubre de 1996, p. 32.

29. El concepto de eficiencia económica incluye tanto a la eficiencia en la asignación –o estática– (*allocative efficiency*) como a la dinámica (*dynamic efficiency*). Esta última tiene relación con el cambio tecnológico y la innovación. Cfr. The World Bank and Organization for Economic Co-operation and Development, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, p. 1, y Organization for Economic Co-operation and Development, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, p. 10. Este documento puede ser consultado en [<http://www.oecd.org/daf/clp/Publications/IPR.PDF>].
30. Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 67.
31. Podría pensarse que las obras protegidas por derechos de autor no tienen incidencia en el plano tecnológico. Sin embargo, ello no es así debido a que, en el actual estado de esta categoría, se encuentra la protección a los programas computacionales.
32. Los regímenes de competencia económica y de propiedad intelectual poseen efectos favorables tratándose de la actividad innovadora, no solo en sus etapas iniciales, sino también en cuanto a su continuidad. En efecto, en cuanto a la innovación inicial, se considera que la legislación de competencia promueve estructuras de mercado que la favorecen en razón de que las empresas no innovadoras quedan rezagadas y que el derecho de la propiedad intelectual también la alienta debido al atractivo que constituye la exclusividad legalmente garantizada. La continuidad de la innovación es, asimismo, materia de preocupación tanto del derecho de la competencia que regula el ejercicio de esos derechos y del de la propiedad intelectual en tanto posibilita la divulgación los conocimientos. Cfr. Debra A. Valentine, *Abuse of Dominance in Relation to Intellectual Property: U.S. Perspectives and the Intel Cases*. Speech before the Israel International Antitrust Conference, Tel Aviv. November 15, 1999, acápite II. Este documento puede ser consultado en [<http://www.ftc.gov/speeches/other/dvissraelin.htm>].
33. En efecto, tiende a asignársele un notable peso relativo a la protección del bienestar del consumidor como objetivo del derecho de la competencia frente a los demás. En tal virtud, se ha dicho que “[e]l principal objetivo de una política eficaz de competencia es, entonces, el mantenimiento del proceso competitivo, proceso que obliga a las empresas a volverse eficientes, con el objeto de ofrecer a sus compradores unos mayores niveles de satisfacción. En este orden de ideas, puede afirmarse que el destinatario y beneficiario final de las normas sobre competencia es el consumidor de bienes y ser-

mica.<sup>34</sup> Aun cuando, según vimos, el bienestar del consumidor es el fundamento vigente del régimen de signos distintivos, dicho objetivo no escapa de la atención de aquellos derechos de propiedad intelectual que tutelan creaciones intelectuales.<sup>35</sup>

Como vemos, pueden destacarse puntos coincidentes entre los objetivos de los regímenes de propiedad intelectual y de competencia económica.<sup>36</sup> Es, precisamente, la introducción del criterio *institucional* sobre la competencia lo que permite esa coincidencia.<sup>37</sup> Más todavía, se reconoce que los derechos de propiedad intelectual desempeñan una función ordenadora de la competencia en el ámbito de los derechos inmateriales. Ello es así tanto con relación a aquellos derechos que tutelan creaciones intelectuales<sup>38</sup> como también aquellos que protegen signos distintivos.<sup>39</sup> Entonces, no se trata de

---

vicios”. Marco Aurelio Zuloaga, “La perspectiva colombiana de la promoción de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998, p. 32.

34. “Típicamente, los consumidores se benefician de la competencia en al menos dos maneras: 1. la competencia trae precios más bajos; y 2. la competencia es un poderoso acicate para el desarrollo de nuevos, mejores y más diversos productos y procesos”. [“Typically, consumers benefit from competition in at least two ways: 1. competition brings lower prices; and 2. competition is a powerful spur to the development of new, better and more diverse products and processes”]. J. Sheila F. Anthony, *Antitrust and Intellectual Property Law: from Adversaries to Partners*, AIPLA Quarterly Journal, vol. 28, number 1, page 1, Winter 2000, acápite IV. Este documento puede ser consultado en [<http://www.ftc.gov/speeches/other/aipla.htm>]. Traducción del autor.

Por parte de la libertad del consumidor, “los acuerdos entre empresas, la existencia de mercados oligopólicos o monopólicos, y la posición dominante de algunas empresas contribuyen a desnaturalizar la oferta de bienes y servicios y por lo tanto a limitar el derecho del consumidor a elegir”, Roberto Dromi, Miguel Ángel Ekmekdjian y Julio Rivera, *Derecho comunitario*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 336.

35. En efecto, se argumenta que, a través de esta tutela jurídica, existe una mayor disponibilidad de bienes y servicios, así como un incremento en la difusión de los conocimientos que posibilita un mayor avance de la tecnología, todo ello en beneficio del consumidor.

36. “Las leyes de propiedad intelectual y las de competencia comparten el propósito común de promover la innovación y acrecentar el bienestar del consumidor”. [“The intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare”]. Departamento de Justicia de los Estados Unidos y Comisión Federal de Comercio, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, April 6, 1995, § 1.0, traducción del autor.

37. Cabe condecir con Guillermo Cabanellas de las Cuevas que “[e]l reconocimiento de derechos sobre bienes inmateriales debe ser así considerado no como una contradicción con los principios básicos del Derecho de la Competencia –entendido éste en sentido amplio [o como un criterio *institucional*, en nuestra terminología]–, sino como un aspecto o técnica jurídica de esa rama del Derecho”. (*Derecho de las patentes de invención*, tomo I, p. 576).

38. “Si esos derechos exclusivos no se otorgan, no existiría competencia sobre bienes inmateriales, o estaría muy restringida, porque nadie se interesaría en invertir y hacer innovaciones que podrían ser inmediatamente copiadas por los competidores”. Alberto Bercovitz, “Tendencias actuales en la propiedad intelectual”, p. 61.

39. Tampoco existiría interés en forjar la reputación y el prestigio de una marca a través de instrumentos como publicidad y calidad de los productos si cualquiera pudiera apropiarse de los beneficios re-



regímenes contrapuestos, sino interdependientes.<sup>40</sup>

Con todo, no podemos desconocer la potencialidad restrictiva de la competencia que encierran los derechos de propiedad intelectual<sup>41</sup> y la complejidad que, en consecuencia, tiene su tratamiento para el derecho de la competencia.<sup>42</sup>

## LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL A LA LUZ DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Desde el punto de vista jurídico, los derechos de propiedad intelectual (especialmente desde la doctrina en la materia), tradicionalmente, han sido definidos como *monopolios*.<sup>43</sup> En efecto, una de las teorías explicativas so-

---

sultantes de esos esfuerzos de su titular, como bien ha señalado Jorge Otamendi, *la marca es el vehículo de la competencia* (*Derecho de marcas*, p. 7).

40. “La interdependencia entre propiedad intelectual y competencia obra económica y tecnológicamente en dos sentidos. La competencia requiere de la existencia de un sistema moderno, eficaz y adecuado de protección de la propiedad intelectual. El funcionamiento efectivo de tal sistema depende asimismo de una eficiente observancia de políticas sobre competencia que aseguren tanto un clima adecuado de competencia comercial en general como un control de los abusos de los derechos de propiedad intelectual”. Pedro Roffe, “El Acuerdo TRIPs y sus efectos: el caso de los países en desarrollo”, en *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 354.
41. En esa línea, Rafael Pérez Miranda ha indicado que “[e]s difícil escindir la problemática monopólica de los derechos [privilegios] derivados de la protección legal (patentes, secreto industrial, marcas, derechos de autor), de la posibilidad de controlar el mercado...”. (*Propiedad industrial y competencia en México*, México, Porrúa, 1999, p. 301).
42. “Uno de los campos de mayor complejidad del Derecho de la competencia es el correspondiente a la relación entre las norma que protegen la libre concurrencia y las que establecen derechos de propiedad industrial”. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Heliasta, 1983, p. 689.
43. Como ejemplo, puede consultarse las siguientes posiciones. Se ha señalado que “constituyen verdaderos monopolios, por cuanto obstruyen y restringen la competencia sobre un producto o un sector económico determinado”. Ernesto Rengifo García, *El moderno derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 33.

En idéntico sentido, y con relación a los derechos de patente de invención, “el titular de la patente tiene un monopolio sobre el objeto patentado que permite excluir a los terceros de la fabricación y venta del objeto patentado”. Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, *El régimen andino de la propiedad industrial*, pp. 120-121.

Desde el punto de vista de su licitud, Rafael Pérez Miranda sostiene que los derechos de los autores, artistas o inventores son monopolios, pero de aquellos que no están prohibidos (*Propiedad industrial y competencia en México*, p. 298).

Incluso, desde el análisis económico, han surgido voces que asumen igual calificación. Entre dichos autores, Santos Pastor (*Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del de-*

bre la naturaleza de estos derechos los considera como *monopolios de explotación*, por contraposición a aquella otra que propugna que son una especie de *propiedad*. El debate entre estas dos posiciones obedece a circunstancias ideológicas.<sup>44</sup>

La definición de los derechos de propiedad intelectual como *monopolios* no es, enteramente, errada. Lo que sucede es que no se realiza una distinción, fundamental en la concatenación de los regímenes de propiedad intelectual y de competencia económica, entre *monopolios legales* y *monopolios en sentido económico*.<sup>45</sup> Los primeros son los que, como la gran mayoría de los derechos de propiedad intelectual, surgen de la exclusividad legalmente otorgada y garantizada respecto de determinadas actividades.<sup>46</sup> Los segundos, sean o no *monopolios legales*, son los que se presentan, efectivamente, en el mercado. A estos nos referiremos en los siguientes párrafos.

La noción de *monopolio*, propia de la Economía clásica, encuentra su parangón en la de *posición dominante*, concepto este último que hacen suyo la mayor parte de legislaciones sobre competencia económica.<sup>47</sup> Más que no-

---

recho, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 75-76 y 80-81) considera a los derechos de propiedad industrial (sobre todo, patentes de invención) como *monopolios naturales* surgidos de una concesión administrativa.

44. Así enseña Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo I, p. 543.

La definición de los derechos de propiedad intelectual como *monopolios* está íntimamente vinculada con la figura de los *privilegios*, que fue la que estos derechos asumieron (sobre todo, en tratándose de derechos para la publicación de obras literarias y de patente de invención) bajo los auspicios del mercantilismo. Cfr. Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 41.

En respuesta a ello, como bien han señalado Machlup y Penrose, “aquellos que comenzaron usando la palabra propiedad en conexión con las invenciones tenían un propósito definitivo en la cabeza: querían sustituir una palabra con una connotación respetable “propiedad”, por una palabra con un toque desagradable “privilegio”. Cita tomada de Pedro Portellano Díez, “La valoración del sistema de patentes: una enseñanza para el derecho de la competencia desleal”, p. 972, nota 9 *in fine*.

45. Cfr. Edward Hastings Chamberlin, *Teoría de la competencia monopolística*, traducción de Cristóbal Lara y Víctor Urquidí, México, Fondo de Cultura Económica, 1956, pp. 66-73.

Además, Guillermo Cabanellas de las Cuevas (*Derecho antimonopolístico y de defensa de la competencia*, p. 691), quien afirma que “[l]a legislación de patentes y de marcas otorgan monopolios sobre determinados inventos o signos, desde el punto de vista jurídico. Tales derechos exclusivos pueden o no reflejarse en monopolios sobre determinados mercados, en el sentido económico de tal concepto, utilizado por la legislación regulatoria de la competencia y por la jurisprudencia y doctrina a ella referida”.

46. Piénsese, por ejemplo, en las concesiones de servicios conferidas por la administración pública con carácter de exclusividad.

47. En una de las definiciones más citadas, proferida por la justicia comunitaria europea en el caso *Hoffmann-La Roche*, se sentó que “la posición dominante contemplada en el art. 86 del Tratado se refiere a una situación de fuerza económica de la que disfruta una empresa que le da el poder de obsta-

ciones contrarias, *monopolio* y *posición dominante* deben sus diferencias a su origen en distintos orbes.<sup>48</sup> Sea que se pretenda catalogar a los derechos de propiedad intelectual, ora como *monopolios*,<sup>49</sup> ora como *posiciones de dominio*,<sup>50</sup> es imprescindible el recurso a los análisis pertinentes que requiere la aplicación de las normas reguladoras de la competencia.

Uno de los primeros pasos que la aplicación del régimen de la competencia precisa es la definición de lo que constituye el *mercado relevante*, acotado en términos de producto y territorio.<sup>51</sup> A través de esta figura, y mediante el empleo de los criterios de *sustituibilidad de demanda* y *de oferta*, lo que se persigue es determinar los productos o servicios que, efectivamente, compiten en el mercado e identificar la presencia de potenciales competidores.<sup>52</sup> Efectuada dicha acotación, corresponde, luego, determinar el  *poder de mercado* de que goza una empresa —o titular del derecho, en la terminología que venimos empleando— en ese mercado relevante. A este efecto, uno de los principales factores es la *cuota de mercado*. A él se suma otro, que es el de las *barreras de entrada* al mercado.<sup>53</sup> Es en este punto donde

---

culizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado en causa y le permite actuar con una considerable independencia frente a sus competidores, sus clientes y por último, frente a los consumidores”. Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, p. 182.

48. En términos muy generales, el concepto de *monopolio*, propio de la legislación norteamericana, atiende a la estructura del mercado, y el de *posición dominante*, correspondiente al derecho comunitario europeo, busca controlar las conductas de ciertas empresas. Cfr. William Leguizamón Acosta, *Derecho constitucional económico*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 63, y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, pp. 645-646.

En razón de ello, en la determinación de lo que se considera contrario a la competencia, la *Sherman Act* (una de las principales leyes reguladoras de la competencia en la economía norteamericana), en su sección 2a., recurre al vocablo *monopolization*, en tanto que el art. 86 del Tratado de Roma (que, en la vigente numeración corresponde al art. 82) enumera una serie de conductas que considera anticompetitivas.

49. Ver nota 43.

50. “Los titulares de derechos de propiedad intelectual ocupan una posición dominante en el mercado nacional, pero lo que prohíbe el art. 333 de la Constitución [colombiana] es el abuso de la posición y no la posición misma”. Ernesto Rengifo García, *El moderno derecho de autor*, p. 34.

51. Sobre la determinación de un *mercado relevante* y *cuotas de mercado*, ver el capítulo II, *Market Definition and Assignment of Market Shares*, del trabajo preparado por The World Bank and Organization for Economic Co-operation and Development, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, pp. 10-18.

52. Para un estudio de estos conceptos, puede consultarse Gustavo Saldarriaga Lopera, “Instrumentos de análisis económico para el estudio de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998, pp. 83-105.

53. Recuérdese que la ciencia económica apunta a la inexistencia de barreras de entrada al mercado como uno de los presupuestos de la competencia perfecta. Cfr. Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía*, pp. 164-166.

juegan un rol cardinal los derechos de propiedad intelectual erigiéndose como verdaderos obstáculos para el ingreso de competidores.<sup>54</sup> Con todo, no debe sobre valorarse este rol, pues los derechos de propiedad intelectual son solo uno de tantos factores a que hay que atender.<sup>55</sup> Este es el mecanismo a través del cual debe analizarse el papel de los derechos de propiedad intelectual como fuentes de posiciones monopolísticas o dominantes.

Sentados estos criterios, podemos realizar una afirmación general en el sentido de que los derechos de propiedad intelectual no confieren siempre a su titular el *poder de mercado* suficiente para configurar una posición monopolística o dominante en un determinado mercado relevante. Ello obedece, precisamente, a los análisis de *sustituibilidad de demanda y de oferta*, necesarios en la determinación de un mercado relevante,<sup>56</sup> debido a que, por lo general, existirán sustitutos para los productos protegidos o identificados a través de derechos de propiedad intelectual. Estos tópicos los expondremos brevemente en el acápite posterior. Con todo, por el rasgo de exclusividad que, en su gran mayoría, los derechos de propiedad intelectual confieren a su titular, existe la posibilidad de que sí configuren esa posición.<sup>57</sup>

---

54. “Una barrera con poder casi absoluto es la que deriva del derecho de explotación exclusiva que otorgan las leyes de propiedad industrial y de derechos de autor a los titulares, privilegio que puede ser cedido total o parcialmente, se puede licenciar e, inclusive, arrendar”. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad industrial y competencia en México*, p. 349.

Ver además Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, pp. 656-657.

55. Una enumeración de esos factores puede encontrarse en Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, pp. 193-198.

56. “La creación de derechos legales exclusivos, sin embargo, no necesariamente establece la habilidad para ejercitar poder de mercado. Esto es verdad con respecto a la propiedad intelectual como lo es para la propiedad física. Los derechos de propiedad generalmente crean exclusividad pero el poder de mercado proviene de la naturaleza de la demanda por la propiedad. Esta demanda a su vez depende de la disponibilidad de sustitutos y de la elasticidad cruzada de demanda entre estos sustitutos posibles, y también de la elasticidad cruzada de demanda entre el artículo patentado y los bienes complementarios”. [“The creation of exclusive legal rights, however, does not necessarily establish the ability to exercise market power. This is as true with respect to intellectual property as it is for physical property. Property rights generally create exclusivity but market power stems from the nature of the demand for the property. This demands depends in turn on the availability of substitutes and the cross-elasticity of demand between these possible substitutes, and also on cross-elasticity of demand between the patented item and complementary goods”]. Organization for Economic Co-operation and Development, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, p. 15, traducción del autor.

57. “El dominio sobre derechos de propiedad intelectual a menudo provee una posición dominante en un producto cubierto por los derechos pertinentes”. [“The ownership of intellectual property rights often provides a dominant position in a product covered by the relevant rights”]. D. G. Goyder. *EC Competition Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 323, traducción del autor.

En abono de lo anterior, también se ha dicho que “[l]a protección al uso de patentes, marcas o de-

Por último, es necesario precisar que, aun cuando un derecho de propiedad intelectual confiera una posición monopolística o dominante a su titular, ello *per se* no es reprochable por parte de la legislación de competencia económica,<sup>58</sup> sino solamente el abuso de esa posición.<sup>59</sup>

## LOS DIFERENTES DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL MERCADO

Es en este punto donde se impone la necesidad de un análisis particularizado respecto de cada título de propiedad intelectual.<sup>60</sup> Empero, en línea con la orientación introductoria de este estudio, sentaremos algunos criterios generales.

De acuerdo con lo argumentado en precedencia, los derechos de propiedad intelectual no se traducen, irremediamente, en posiciones monopolísticas o dominantes. Ello se debe a los análisis de *sustituibilidad de demanda y de oferta* que requiere la aplicación del régimen tutelar de la competencia económica. Dichos análisis determinan que, según los casos, en mayor o menor medida puedan encontrarse sustitutos para los productos<sup>61</sup>

---

rechos de propiedad industrial o intelectual puede ser un factor importante para obtener una posición dominante en el mercado por el carácter de 'monopolio' que tendría la producción del producto", Gustavo Saldarriaga Lopera, "Instrumentos de análisis económico para el estudio de la competencia", p. 102.

58. "Impedir legalmente la posición dominante sería suponer, a veces, prohibir situaciones de hecho que resultan de factores exógenos a la empresa o, incluso, sancionar la eficiencia de las empresas", ver Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, p. 176.
59. En palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, "... declarar que una empresa tiene posición dominante no es por sí mismo un reproche sino que simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada en el Mercado Común". Caso Michelin. Cita de Marco Velilla, "Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante", p. 194.
60. "Los estudios del tipo mencionado [esto es, la relación entre los regímenes de propiedad intelectual y competencia económica] deberían distinguir los efectos de diferentes tipos de títulos de propiedad intelectual, según el haz de derechos exclusivos que ellos confieren. Claramente, las patentes proveen los derechos más comprensivos, y por tanto, los riesgos de la creación de monopolios y el abuso de posiciones dominantes es mayor que en otros campos, a menos que se prevean las medidas apropiadas. En el caso de los derechos de autor, la dicotomía idea / expresión limita los alcances de los derechos exclusivos. Ello se expresa, por ejemplo, en el caso del *software*. Con la admisión de la ingeniería inversa. Igualmente, la 'exención del agricultor' y la 'exención del fitomejorador' actúa (sic) como limitante del poder de mercado del titular de derechos de obtentor". Carlos María Coorea, "Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias", en *El Estado y el derecho económico actual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 51.
61. "En la mayoría de los casos es posible encontrar varios sustitutos en el mercado también para pro-

protegidos o identificados a través de derechos de propiedad intelectual.<sup>62</sup> En esos análisis debe tenerse en cuenta características generales que ofrecen todos estos derechos y otras peculiares de la categoría de que se trate a fin de determinar —conforme vimos en el acápite anterior— el *mercado relevante* en que el titular ejerce su derecho.

Son tres esas características generales. En primer lugar, la *exclusividad* en la explotación de lo que constituye el objeto protegido por el derecho. Sin perjuicio de que esta característica no conduzca, inevitablemente, a una posición monopolística o dominante, es un indicio útil a la hora de determinarla.<sup>63</sup> En segundo lugar, es necesario enfatizar que los derechos de propiedad intelectual, en mayor o menor medida, son elementos que diferencian los productos, y, en consecuencia, reducen el grado en que estos pueden ser sustituidos por otros.<sup>64</sup> Otras características, íntimamente vinculadas entre sí,

---

ductos que están protegidos por derechos de propiedad intelectual”. [“In most cases it is possible to find a number of substitutes in the market also for products that are protected by intellectual property rights”.]. The World Bank and Organization for Economic Co-operation and Development, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, p. 80, traducción del autor.

Más concretamente, “[a] pesar de que el derecho de propiedad intelectual confiere el poder de excluir respecto al específico producto, proceso u obra en cuestión, frecuentemente habrán suficientes sustitutos cercanos actuales o potenciales para tal producto, proceso u obra para prevenir el ejercicio de poder de mercado”. [“Although the intellectual property right confers the power to exclude with respect to the *specific* product, process, or work in question, there will often be sufficient actual or potential close substitutes for such product, process, or work to prevent the exercise of market power”.]. Departamento de Justicia de los Estados Unidos y Comisión Federal de Comercio, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, § 2.2, traducción del autor.

62. Dada la brevedad de este trabajo, nos remitiremos únicamente al mercado de los productos. Sin embargo, es pertinente destacar que existe otro mercado en que los derechos de propiedad intelectual son objeto de negociación. Ese mercado, en tratándose de títulos de propiedad intelectual que permiten la apropiación de conocimientos tecnológicos o técnicos, tal el caso de las patentes, modelos de utilidad, secretos industriales (cfr. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad industrial y competencia en México*, pp. 71-75) y obtenciones vegetales, corresponde a uno de *tecnología*. También puede distinguirse, en el caso de estos mismos títulos, un tercer mercado, de *innovación*, consistente de las actividades de investigación y desarrollo (cfr. Departamento de Justicia de los Estados Unidos y Comisión Federal de Comercio, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, § 3.2). Por otra parte, tampoco consideramos el mercado de servicios, sobre el que ciertos títulos de propiedad intelectual pueden tener efectos debido a que los productos protegidos a través de esos títulos son requeridos en la prestación de servicios.

63. Cfr. Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, pp. 198-199.

64. Hágase hincapié que la *sustituibilidad* es la otra cara de la *diferenciación*, apuntada esta última por la ciencia económica como uno de los presupuestos del monopolio. Al respecto es importante destacar que se ha señalado que la diferenciación de un producto puede residir en derechos de propiedad intelectual, como marcas y patentes de invención. Cfr. Edward Hastings Chamberlin, *Teoría de la competencia monopólica*, p. 65. La aptitud de la patente de invención como elemento de esa diferenciación también ha sido puesta de relieve por Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial*, p. 276.

que ofrecen ciertos derechos de propiedad intelectual –particularmente los relativos a derechos de autor sobre programas computacionales y de patente de invención– son los denominados *efectos de redes y estandarización*. El primero significa –como su nombre lo indica– la formación de *redes* que dificultan, e incluso imposibilitan, el acceso al mercado del competidor que no se acopla a ellas.<sup>65</sup> El segundo, por su parte, implica la constitución de patrones a que los competidores deben sujetarse.<sup>66</sup> En su conjunto, estos dos efectos determinan la dependencia –característica de una posición monopolística o dominante– de los competidores frente al titular de un derecho de propiedad intelectual.<sup>67</sup>

Para el análisis de las características peculiares de cada título de propiedad intelectual,<sup>68</sup> debemos retomar el fraccionamiento realizado al inicio del acápite segundo, en que distinguimos entre derechos que tutelan *creaciones intelectuales*, por una parte, y, por otra, derechos protectores de *signos mercantiles*. En los primeros, a diferencia de los segundos, encontramos una ac-

65. Con mayor detalle, se puede decir que “los productos y servicios basados en propiedad intelectual más frecuentemente exhiben ‘efectos de red’, por ejemplo, la demanda de cada individuo por el producto o servicio de una compañía en particular está positivamente relacionada con su extendido uso por otros. Este fenómeno puede más claramente ser visto con relación a equipo de comunicaciones (teléfono local, fax, mensajería instantánea) que se vuelve más valioso para los usuarios mientras más personas utilizan el servicio. Existen también efectos de red indirectos –situaciones en que los productores de productos complementarios diseñan y fabrican esos complementos para trabajar con los productos de la única empresa dominante, dejando de este modo a los potenciales retadores de esa empresa dominante sin acceso a los productos complementarios o con la carga de producir ellos mismos los productos complementarios”. [“Products and services based on intellectual property more frequently exhibit ‘network effects’, i.e. each individual’s demand for a particular company’s product or service is positively related to its widespread use by others. This phenomenon can most clearly be seen with respect to communications equipment (local telephone, fax, instant messaging) which becomes more valuable to users as more people use the service. There are also indirect network effects –situations in which producers of complementary products design and manufacture those complements to work with the products of the single dominant firm, thereby leaving potential challengers of that dominant firm without access to the complementary products or with the burden of producing the complementary products themselves”.]. Robert Pitofsky, *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*, acápite B.1, traducción del autor.
66. En tal virtud, “la formación de estándares presenta problemas antimonopolio cuando el dueño o inventor de propiedad intelectual crea un estándar que otros deben licenciar o adherir de otra manera para competir”. [“Standardization raises antitrust issues when the owner or inventor of IP creates a standard that others must license or otherwise adhere to in order to compete”.]. John Bagby, *Antitrust Aspects of Intellectual Property*, 2000, § VII. Este documento puede ser consultado en <http://www.smeal.psu.edu/courses/blaw445.bagby/lpmissuse.htm>., traducción del autor.
67. Ejemplos de estos efectos son el computador personal de IBM y el Microsoft Disk Operating System que constituyeron estándares para la industria computacional desde su aparición en 1981, ver María Yolanda Álvarez y Luz María Restrepo, *El derecho de autor y el software*, p. 241.
68. En este punto, por las limitaciones de este trabajo, no podemos sino dejar sentadas ideas centrales –que consideramos las más de mayor importancia– y en términos muy generales.

*tividad económica*, circunscrita dentro de los límites de cada derecho, reservada a la explotación exclusiva del titular. De la explotación de esa actividad se obtiene *productos protegidos* por el derecho,<sup>69</sup> a contrario de *productos identificados* en el caso de los signos mercantiles —estos sí protegidos—. Por ello, la potencialidad anticompetitiva de los primeros es mayor que la de los segundos.<sup>70</sup> Respecto de aquellos derechos que tutelan creaciones intelectuales, a fin de determinar su influencia en los análisis de *sustituibilidad de demanda y de oferta*, debe tenerse presente el objeto protegido por el derecho, la extensión de las facultades conferidas al titular y las limitaciones impuestas a éstas. Sobre la base de estas premisas, hacemos las siguientes consideraciones.

Tratándose de derechos de patente de invención, su objeto protegido, esto es, la *invención*,<sup>71</sup> puede consistir en un *producto* o *procedimiento*.<sup>72</sup> Este último tipo de patentes ofrecen derechos más amplios que el primero, pues, a más de la fabricación y comercialización del producto, incluyen

---

69. Ello es así en el caso de las patentes de invención, pues solo el titular del derecho puede explotar la invención (sea de producto o procedimiento) y obtener, de ese modo, los productos que llegarán al mercado. Lo es también con relación a derechos de autor, donde únicamente el titular puede explotar la obra, en las diferentes formas que el derecho comprende (por ejemplo, publicación de la que se obtienen ejemplares que, asimismo, son llevados al mercado). Por último, igual situación se presenta en el caso de obtenciones vegetales, en que el titular es el único facultado para explotar la variedad protegida, obteniendo, de ese modo, el material de reproducción, propagación o multiplicación.

70. Piénsese en los ejemplos siguientes. El titular de un derecho de patente de invención sobre un aditivo para combustible puede impedir que cualquiera otra persona fabrique ese aditivo. En cambio, el titular de una marca que distingue calculadoras no puede impedir que sus competidores fabriquen también calculadoras.

71. En esta exposición, consideramos que “la invención o, lo que es lo mismo, el objeto de la patente, consiste esencialmente en una regla para el obrar humano que contiene la solución a un problema técnico hasta entonces no resuelto o resuelto de manera insatisfactoria”. José Manuel Otero Lastres, “La invención y las excepciones a la patentabilidad en la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena”, intervención en el Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina, realizado en Quito los días 9 y 10 de mayo de 2001. Materiales suministrados por los organizadores del evento, p. 7.

72. Art. 14 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Régimen común sobre propiedad industrial* (R.O. No. 258 de 2 de febrero de 2001). “Por invención de producto se suele entender la regla técnica consistente en las características peculiares de un cuerpo cierto perteneciente al mundo de la materia o de la energía, determinado por su configuración o por su composición. Y por invención de procedimiento, se entiende una regla técnica consistente en la indicación de una serie o sucesión de operaciones que inciden sobre una materia (sólida, líquida o gaseosa) que se encaminan a la obtención de una cosa o de un resultado”. José Manuel Otero Lastres, “La invención y las excepciones a la patentabilidad en la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena”, p. 9.



también el empleo del procedimiento.<sup>73</sup> Por lo general<sup>74</sup> existirán sustitutos tanto para los productos protegidos<sup>75</sup> como también para el procedimiento tutelado.<sup>76</sup> Debe resaltarse, además, que, si bien el régimen de patentes acepta como una limitación a los derechos del titular la realización de actividades de investigación respecto de la invención protegida,<sup>77</sup> la exigencia de *altura inventiva* constituye un óbice para que competidores desarrollen productos o tecnologías alternativas.<sup>78</sup> En el mismo sentido opera la inexistencia del principio de *creación independiente*.<sup>79</sup>

---

73. Art. 52, *ibid.*

74. “Un significativo poder de mercado derivado de la concesión de una patente es visto como la excepción antes que la regla, ese poder de mercado está además restringido por el riesgo de que recoger altos retornos simplemente proporcionará a los competidores incentivos para tratar de ‘inventar alrededor’ de la patente, limitando su valor”. [“Significant market power from a patent grant is seen as the exception rather than the rule, that market power is further retrained by the risk that reaping high returns will simply add to competitors incentives to seek to ‘invent around’ the patent, limiting its value”.]. Organization for Economic Co-operation and Development, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, p. 15, traducción del autor.

75. “Cada artículo patentado está sujeto a la competencia de sustitutos más o menos imperfectos”, Edward Hastings Chamberlin, *Teoría de la competencia monopólica*, p. 68.

Con mayor profundidad, se ha advertido que “[el titular del derecho es, pues, un monopolista, cuya posición dominante dependerá en un cierto grado de las posibilidades de que deba o no soportar una competencia de sustitución, ya que las necesidades a que sirva el nuevo objeto probablemente serán también satisfechas, en otra medida y de otro modo, por otros objetos ya conocidos. Hay algo, sin embargo, que el invento ha de tener de insustituible, que es su propia novedad, valorada como un bien autónomo en la moderna sociedad de consumo”. Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial*, pp. 243-244.

76. “La vinculación entre derechos de propiedad industrial y posiciones dominantes es particularmente intensa en el caso de patentes, dependiendo en tales supuestos del grado en que otras tecnologías puedan dar lugar a resultados comparables a los de la protegida por derechos exclusivos”. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 696.

77. Art. 53 literal c) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

78. En efecto, la altura o nivel inventivo es un requisito de patentabilidad que exige que, para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, una invención no sea obvia ni se derive de manera evidente del estado de la técnica (ver art. 18, *ibid.*). De ese modo, “el requisito de nivel inventivo en el caso de patentes garantiza la extensión del derecho del titular a cualquier resultado que utilice el objeto o método protegido y que no cumpla con este requisito”, María Isabel Patiño, *Los derechos de obtenedores de nuevas variedades vegetales*, p. 18.

79. A diferencia de lo que sucede en materia de derechos de autor, “[en el régimen de patentes el inventor, una vez que ha obtenido el correspondiente título, tiene un control total sobre la invención patentada. La patente confiere al titular el derecho absoluto de impedir que terceros exploten la invención sin su consentimiento, incluso contra aquellos que han producido la misma invención trabajando de manera independiente, es decir, sin haber tomado en consideración la invención del titular. El monopolio es absoluto y el infractor no podrá esgrimir en su defensa la circunstancia de haber trabajado solo y de no tener conocimiento de la invención patentada”, Ernesto Rengifo García, *El moderno derecho de autor*, pp. 91-92.

Similar principio se aplica en cuanto a secretos industriales, pues “[s]i bien el preservar un secreto implica un monopolio de hecho sobre éste, nada impide a un tercero llegar por sus propios medios

En cuanto a los derechos de obtenciones vegetales, su objeto está constituido por la variedad creada.<sup>80</sup> Sus derechos se extienden sobre la explotación comercial —en variadas formas— del *material* de reproducción, propagación o multiplicación, sin perjuicio de que, bajo ciertos aspectos, comprendan el producto obtenido de la cosecha.<sup>81</sup> Nos atreveríamos a sostener la existencia de sustitutos para ese material tutelado.<sup>82</sup> Por otro lado, debido a la permisibilidad de actividades de investigación con respecto a la variedad protegida, la denominada *excepción del fitomejorador*<sup>83</sup> actúa como un criterio que posibilita el desarrollo de productos competidores —siempre que el resultado no sea una *variedad esencialmente derivada*.<sup>84</sup> No podría decirse lo mismo del llamado *privilegio del agricultor*.<sup>85</sup>

En segundo lugar, asimismo, al interior de aquella categoría de derechos tutelares de actividades creativas, encontramos los derechos de autor. Su objeto protegido lo constituye una *obra*,<sup>86</sup> para cuyo aprovechamiento el titular cuenta con una variada gama de derechos exclusivos —cuya enumeración es *numerus apertus*<sup>87</sup>—. Bajo este rubro, en ciertos casos, resulta casi impo-

---

al 'secreto' y explotarlo libremente". Begoña Venero Aguirre, "La protección legal de las invenciones", en *Los retos de la Propiedad Industrial en el siglo XXI*, Lima, INDECOPI / OMPI, 1996, p. 155.

80. Arts. 3 y 4 de la Decisión 345 de la Comunidad Andina de Naciones, ver, además, la n. 3.

81. Art. 24, *ibid.*

82. A diferencia de las patentes de invención, no existen estudios en el tema a los que podríamos remitirnos. Empero, nuestra afirmación parece ser acertada si se considera la proximidad entre los regímenes de patentes de invención y obtenciones vegetales.

83. Art. 25 literal c) de la Decisión 345 de la Comisión de la Comunidad Andina. A través de esta excepción, se "establece que la variedad protegida podrá ser utilizada sin consentimiento del obtentor para fines no comerciales, a título experimental y para la explotación y obtención de una nueva variedad", María Isabel Patiño, *Los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales*, pp. 42-43.

84. Arts. 3 y 24 penúltimo inciso de la Decisión 345 de la Comisión de la Comunidad Andina. En términos generales, una variedad esencialmente derivada es aquella que se origina de una variedad protegida, aun cuando pueda distinguirse de ésta si concuerda con ella en la expresión de los caracteres esenciales resultantes del genotipo o de la combinación de genotipos de la primera variedad.

85. Art. 26, *ibid.* Esta excepción a los derechos del titular de la variedad vegetal "establece que no lesiona el derecho del obtentor quien reserve y siempre para su propio uso o venta como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de la variedad protegida. El privilegio tiene una expresa excepción para el material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales cuando este se utilice comercialmente". No obstante, se reconoce que esta excepción a los derechos del obtentor es una utilización en el ámbito privado dirigida a pequeños agricultores. Cfr. María Isabel Patiño, *Los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales*, pp. 18 y 43-44.

86. Arts. 3 y 4 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos* (R.O. No. 366 de 25 de enero de 1994).

87. Art. 13, *ibid.*

sible la presencia de sustitutos para la obra de que se trate.<sup>88</sup> Por otra parte, sin embargo de que este instituto, movido por necesidades de educación y acceso a la información y cultura, admite excepciones a los derechos del titular,<sup>89</sup> el desarrollo de productos competidores descansa —más bien y para ciertos casos— en la dicotomía entre *idea* y *expresión*.<sup>90</sup>

Finalmente, tratándose de signos distintivos, la posibilidad de que establezcan una posición monopolística o dominante es muy excepcional debido a su mismo objeto protegido.<sup>91</sup> Ello determina, en principio, la absoluta existencia de sustitutos para los productos identificados por un signo mar-

88. “[C]uando se trata de obras intelectuales o artísticas el efecto suspensivo de la concurrencia no se encuentra paliado por ningún tipo de competencia eventual, ni siquiera de sustitución, porque el monopolio se refiere a un bien único —la creación tutelada—, frente al que no tendría sentido hablar de sucedáneos. [Elo se debe a que] el disfrute de una obra concreta y determinada no puede considerarse en ningún caso sustituible por el goce de la obra de otro autor...”. Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de Derecho Industrial*, p. 242. No obstante, parece adecuado enfrentar el problema de la falta de sustitutos en este campo desde el punto de vista de la *elasticidad de demanda* (entendida como el “grado en que la cantidad demandada responde a una variación del precio”, Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía*, p. 727) para prevenir posibles abusos del titular.

Además, debe indicarse que la ausencia de sustitutos parece inaplicable a los programas computacionales (sobre todo, los de tipo aplicativo) que, relativamente, prestan la misma utilidad a los usuarios. Cfr. María Yolanda Álvarez y Luz María Restrepo, *El derecho de autor y el software*, p. 240.

89. Art. 22 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones. No obstante, las limitaciones están referidas a un aprovechamiento privado de la obra y sin ánimo de lucro y, en tal virtud, restringidas por el concepto de *usos honrados*, bajo el que cabe entender los “que no interfieren con explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”, cfr. arts. 3 y 21 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones. En consecuencia, al amparo de estas excepciones no podría practicarse competencia alguna frente al titular.

90. Es un principio del derecho autoral que la protección conferida se extiende al modo en que las ideas son expresadas, mas no a estas mismas (art. 7 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina). Si, conforme vimos en la n. 87, existen obras intelectuales o artísticas que son insustituibles, este principio no juega rol alguno con relación a ellas. Sin embargo, tiene particular relevancia en otro tipo de obras, como, los programas de computador en la medida que no protege las *interfaces* (de usuario o de comunicación) y permite la práctica de *ingeniería inversa*, que posibilita no solo el desarrollo de equipos o programas inter operables, sino también de productos alternativos. Respecto de estos temas, consultar María Yolanda Álvarez y Luz María Restrepo, *El derecho de autor y el software*, pp. 236-258.

91. Respecto de las marcas, principal signo distintivo, se ha puesto de manifiesto que “[l]as marcas registradas, como las patentes, son monopolios porque en un sentido estrictamente legal nadie más puede usarlas; pero, al contrario que las patentes, no conducen al monopolio en sentido económico de conceder un control exclusivo sobre una clase de negocios (...) Evidentemente, el poseedor de una marca registrada no ejerce ningún grado de monopolio sobre el campo de actividad económica en el cual esa marca está en competencia con otras”. Edward Hastings Chamberlin, *Teoría de la competencia monopolística*, pp. 69 y 73. En abono de ello, se ha puesto de relieve que “[s]in perjuicio del poder de mercado que pueda derivarse de determinados signos, poder no que no deriva de la naturaleza de estos, sino de la publicidad que los acompaña y de los productos que identifican, las marcas no otorgan exclusividad alguna sobre determinadas líneas de mercaderías”. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 744.

cario, por ejemplo. Por lo tanto, una posición monopolística o dominante nacida de estos signos dependerá de factores tales como publicidad del signo y calidad y prestigio del producto por él identificado<sup>92</sup> —que, bajo ciertas circunstancias, pueden reducir el grado de sustituibilidad entre productos—.

Consecuentemente, la posibilidad de que un título de propiedad intelectual confiera a su titular una posición monopolística o dominante parece no ser la regla general.<sup>93</sup> Sin embargo, esa posibilidad aumenta a medida en que, en un mismo titular, radican varios derechos.<sup>94</sup> En ese sentido, no debe perderse de vista que la *integración de los derechos de propiedad intelectual*

---

92. Ver la cita a Guillermo Cabanellas de las Cuevas en la nota anterior. El caso United Brands, resuelto por la jurisprudencia comunitaria europea, se destacó que una posición dominante puede originarse en el prestigio de una marca conocida y apreciada por los consumidores. Ver Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, p. 215.

Con relación a los signos mercantiles en general, se ha indicado que “como ha puesto de manifiesto la doctrina, el empleo de nombres comerciales, de marcas y demás signos de identificación introduce en la competencia económica elementos monopolísticos, en cuanto que la alejan de la imagen ideal de la competencia perfecta, que supondría la absoluta indiferenciación de los concurrentes. Cualquier elemento de distinción que se incorpora a ella, origina que el mercado se desarrolle en régimen de competencia imperfecta o monopolística. En este aspecto, la posición del titular de una marca prestigiosa, sobre la que el esfuerzo del empresario y la moderna publicidad comercial han acumulado valores atrayentes para amplios sectores de la clientela, es verdaderamente la de un monopolio restringido: un monopolio de opinión...”. Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial*, pp. 244-245.

93. Una situación excepcional la constituye la doctrina de las *facilidades esenciales*. En virtud de ella, “[ciertos tipos de infraestructura, como la red nacional de distribución de electricidad o sistemas computacionales de reservación, puede considerarse que constituyen una facilidad esencial, tal que el acceso es esencial para que la competencia se desenvuelva, y la negativa a permitir el acceso a la facilidad puede significar un comportamiento abusivo”. [“Certain types of infrastructure, such as national electricity grid or computer reservation systems, may be considered to constitute an essential facility, such that access is essential for competition to develop, and the refusal to allow access to the facility may amount to abusive behaviour”.]. Barry J. Rodger y Angus MacCulloch, *Competition Law and Policy in the EC and UK*, London, Cavendish, 1999, pp. 300-301, traducción del autor. Lo importante es destacar que el objeto protegido por un derecho de propiedad intelectual puede constituir una facilidad esencial, sobre todo, en los denominados sectores de alta tecnología, como programas y equipos computacionales e innovaciones en comunicación. Cfr. John Bagby, *Anti-trust Aspects of Intellectual Property*, § VII.

94. Eso ha sido señalado con relación a los derechos de patente de invención. “De allí que la posibilidad de que una patente otorgue un monopolio, en el sentido económico del término, es por lo menos improbable y, en la práctica relativamente excepcional. Más común es la posibilidad de que un conjunto de patentes permita establecer o preservan un monopolio, pero aun ello es excepcional, según lo demuestra el examen de la jurisprudencia estadounidense en esta materia”, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo I, p. 572.

De manera más amplia, cabe pensar que una misma empresa puede ser titular de derechos de patente de invención sobre sus productos, de derechos de autor sobre los programas computacionales necesarios para la prestación de servicios de reparación y mantenimiento de esos productos, y, finalmente, de una prestigiosa marca. Esa conjugación de derechos de propiedad intelectual es más probable que configure una posición monopolística o dominante en el mercado.

*tual*, que permite una protección cumulativa y concurrente a través de varios títulos,<sup>95</sup> aumenta la posibilidad de configurar una posición dominante.

Finalmente, es necesario destacar que, en razón de todas las consideraciones reseñadas hasta aquí, se aconseja que, a efecto de la convivencia de los regímenes de propiedad intelectual y competencia económica, los derechos conferidos por el primero se sujeten a interpretaciones restrictivas.<sup>96</sup>

## PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS COMETIDAS A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Es ampliamente reconocido que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual puede ser contrario al régimen regulador de la competencia económica.<sup>97</sup> Surge, luego, la necesidad de poner límites a ese ejercicio.

---

95. Sobre esta corriente, ver Karl F. Jorda, “Derechos de propiedad intelectual. Reflexiones sobre su naturaleza e importancia”, intervención en el Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina, realizado en Quito los días 9 y 10 de mayo de 2001, materiales suministrados por los organizadores del evento, pp. 191, 193 y ss.

96. Del alcance que se dé a los derechos de propiedad intelectual dependerá, entre otras cosas, la estructura del mercado. Cfr. Andrés Moncayo von Hase, “El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos”, en *Derecho de patentes*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 115-116.

Esta clase de interpretación es relevante también al efecto de lo que se considere imitación, bajo la óptica del derecho de la competencia desleal, pues “[a corto plazo, ese fortalecimiento de los monopolios existentes amenaza la actividad económica propiamente dicha. Pues hacer la competencia no es ni más ni menos que proponer un producto similar al propuesto por otro. Ahora bien, si ese producto, todas sus variantes o declinaciones y todos sus componentes están protegidos por un derecho de propiedad intelectual, la copia, es decir en definitiva la oferta competidora, pasa a ser un ejercicio sumamente peligroso. Si el monopolio limitado –instaurado con el propósito original de la propiedad intelectual– protege al empresario frene a la copia ilícita, el monopolio desmesurado atenta lisa y llanamente contra la competencia misma”, Mireille Buydens, “Uso y abuso de la propiedad intelectual”, en *El Correo de la Unesco*, septiembre de 1999, p. 39.

97. “La utilización de derechos de propiedad industrial como medio de prácticas comerciales restrictivas no cambia en nada el carácter infractor de dichas prácticas...”: esto se dijo en el V Informe de Política de Competencia elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas. Tomado de Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, p. 273.

También la doctrina participa del mismo criterio. A manera de ejemplo, consultar el capítulo IV, “Licencias obligatorias por abuso de posición dominante”, de Carlos M. Correa y Salvador D. Bergel, *Patentes y competencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, pp. 89-109.

El mismo principio está presente en el plano legislativo. En el continente americano, la explotación exclusiva de los derechos de propiedad intelectual está exceptuada del ámbito de aplicación del régimen de concurrencia. “No obstante, es igualmente reconocido que a pesar de su naturaleza, estos monopolios están sujetos a las leyes de competencia en la medida en que se produzcan situaciones de abuso de posición dominante o prácticas monopólicas...”. Grupo de Trabajo sobre Políticas de

Si, conforme vimos en el acápite segundo, el régimen de la *competencia económica* instrumentaliza al mercado, con la consiguiente afectación a las libertades de empresa y de competencia, en aras de la consecución de ciertos objetivos, que, en lo que es materia de nuestro estudio, comprenden la eficiencia económica (desarrollo tecnológico) y el bienestar del consumidor, debemos concluir que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual tiene en estos dos objetivos sus primeras y más generales acotaciones desde el punto de vista de la legislación de competencia. Es decir, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual no puede atentar contra ni impedir el logro de esos objetivos. Pero, por otro lado, importante también, ciertas conductas restrictivas realizadas a través de derechos de propiedad intelectual serán toleradas por el régimen de la concurrencia en la medida que permitan conseguir esos objetivos.<sup>98</sup>

Ahora bien, el abanico de posibilidades de ejercicio anticompetitivo de los derechos de propiedad intelectual es muy extenso.<sup>99</sup> En este punto, valga una aclaración. Aun cuando vimos –acápite tercero– que la exclusividad

---

Competencia del Área de Libre Comercio de las Américas. Reunión celebrada en Lima, el 16 y 17 de mayo de 1996. *Inventario sobre leyes y normas nacionales referidas a las políticas sobre competencia en el hemisferio occidental*, § III. Este documento puede ser consultado en [http://www.alca-ftaa.oas.org/p\\_comp/spanishdlr/dlr\\_sums.asp](http://www.alca-ftaa.oas.org/p_comp/spanishdlr/dlr_sums.asp).

98. Es interesante ver que, aun cuando los acuerdos horizontales –es decir, los llevados a cabo entre competidores– no admiten, por lo general, excepción alguna (por ello han sido el campo preferente de aplicación del enfoque *per se*), se ha considerado que es preferible aplicar el de *razonamiento* (en que entra en juego un estudio de la relación costo y beneficio para la sociedad en su conjunto) a los acuerdos horizontales que promueven la investigación y el desarrollo. Cfr. Banco Mundial y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, p. 33.

En torno de este punto, quizá no exista mejor ejemplo que las normas comunitarias europeas. En efecto, el art. 85 del Tratado de Roma (que corresponde, en la vigente codificación, al art. 81), luego de sentar la prohibición general de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones entre empresas y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los estados miembros, señala que: “3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declarados inaplicables a: –cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas; –cualquier decisión o categoría de decisiones entre asociaciones de empresas; –cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean las indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”. (Tomado de Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, p. 549). Al amparo de esta disposición, la Comisión de la Unión Europea ha expedido varios reglamentos de exención, que pueden ser objeto de consulta para una mayor referencia.

99. Más todavía, en razón de la complejidad de esta temática, no se pueden formular principios generales, sino que es imprescindible el examen de cada caso particular. Cfr. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopolístico y de defensa de la competencia*, p. 693.

en el aprovechamiento que confieren los derechos de propiedad intelectual parecería acercarlos, tratándose de conductas anticoncurrenciales, al abuso de posición dominante, nada obsta a que también sean materia de otras prácticas contrarias a la competencia económica.<sup>100</sup>

Uno de los mayores esfuerzos en torno de la determinación de lo que constituye un ejercicio anticoncurrencial es la dicotomía *existencia y ejercicio* de los derechos de propiedad intelectual.<sup>101</sup> Dicha dicotomía, enarbolada por la jurisprudencia comunitaria europea, pese a obedecer a necesidades concretas de ese sistema de integración económica<sup>102</sup> en cuanto a la *libre circulación de mercaderías*, íntimamente asociada al régimen de competencia económica, constituye un avance en la regulación del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, pese a los reparos que se le han hecho.<sup>103</sup> En tal virtud, el ejercicio de estos derechos, aun cuando correspon-

---

100. Los tres tipos principales de conductas anticompetitivas son: abuso de posición dominante, concentraciones y acuerdos restrictivos. Cfr. Banco Mundial y Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, p. 29.

Al respecto, piénsese, por ejemplo, que los contratos de licencia pueden ser fuente de acuerdos horizontales o verticales, o, que la adquisición de patentes competidoras puede tener similares efectos a los de una concentración.

101. “La Corte de Justicia Europea ha resuelto una manera de subordinar los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual a los intereses mayores de la Unión Europea: la dicotomía Existencia / Ejercicio (...) De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de Justicia Europea, los términos del Tratado de la Comunidad Europea protegen solamente la existencia de los derechos de propiedad intelectual. Nada de lo realizado por cualquiera de las instituciones de la Unión Europea puede interferir con o disminuir la existencia de esos derechos. Sin embargo, la Corte de Justicia Europea distingue el ejercicio de derechos de su existencia. A pesar de sostener que el mero uso de esos derechos, en ausencia de algo adicional, nunca puede significar su abuso, la Corte de Justicia Europea ha sido muy voluntariosa para encontrar ese ‘algo adicional’ que constituye abuso. En tales casos, la corte no ha dudado en restringir lo que considera ejercicio abusivo de derechos de propiedad intelectual”. [“The ECJ has in fact figured out a way to subordinate the interests of IPR holders to the larger interests of the European Union: the Existence/Exercise dichotomy (...) According to the case law of the ECJ, the terms of the EC Treaty protect only the existence of intellectual property rights. Nothing done by any of the EU institutions may interfere with or diminish the existence of those rights. However, the ECJ distinguishes the exercise of rights from their existence. Though holding that the mere use of those rights, absent something more, can never amount to their abuse, the ECJ has been quite willing to find that ‘something more’ which constitutes abuse. In such cases, the court has not hesitated to restrict what it considers the abusive exercise of IPRs”]. Mercer H. Harz, *Dominance and Duty in the European Union: a Look through Microsoft Windows at the Essential Facilities Doctrine*, § II.D. Este documento puede ser consultado en <http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spg97/HARZ.html>.

102. Ello obedece a que el Tratado de Roma, en el art. 222, deja a las legislaciones nacionales el establecimiento de los derechos de propiedad, donde se incluye la propiedad intelectual.

103. Se ha señalado que constituye una tarea dialéctica grosera, pues pretende ignorar que los derechos de propiedad industrial, al igual que cualesquiera otros, no tienen otra existencia que no sea su ejer-

da a su *objeto específico*, puede ser juzgado si rebasa su *función esencial*, como cuando a través de dicho ejercicio se realizan prácticas contrarias a la competencia.<sup>104</sup>

Por nuestra parte, en aras de introducir cierta claridad sobre esta temática, proponemos que el ejercicio de cualesquiera derechos conferidos al titular de un derecho de propiedad intelectual –por el ordenamiento jurídico de que se trate– puede ser contrario a la competencia. En términos generales, únicamente por requerirlo así la exposición, consideramos que ese cúmulo de facultades puede agruparse en *explotar* el objeto protegido por el derecho, *autorizar* la explotación a terceros y *defender* el derecho. Cada una de estas facultades puede engendrar una conducta anticoncurrencial, conforme pasamos a demostrar.<sup>105</sup>

En cuanto a la *explotación* del objeto protegido, debido a la exclusividad que la mayoría de los derechos de propiedad intelectual ofrecen a su titular, éste puede llevar a cabo conductas abusivas como la imposición de *precios*

---

cicio. Cfr. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo II, p. 364.

104. “La Corte Europea en varios casos ha dado atención tanto al contenido central de los derechos de propiedad individual bajo el derecho nacional, para indagar sus límites, y a los criterios por los cuales el ejercicio de esos derechos debe ser juzgado. Estos derechos y criterios son referidos usualmente, de manera respectiva, como el ‘objeto específico’ y la ‘función esencial’ de particulares formas de propiedad intelectual bajo los derechos nacionales. En principio el uso excesivo aun de un derecho dentro del objeto específico puede ser restringido bajo el derecho de la Comunidad si podría conducir a una discriminación artificial o una restricción encubierta del comercio entre los estados miembros o podría en circunstancias especiales posibilitar el abuso de posición dominante”. [“The European court has in a number of cases given attention both to the core content of individual property rights under national law, in order to ascertain their boundaries, and to the criteria by which the exercise of those rights are to be judged. These rights and criteria are usually referred to respectively as the ‘specific subject matter’ and the ‘essential function’ of particular forms of intellectual property under national laws. In principle the excessive use even of a right falling within the specific subject matter can be restricted under Community law if it would lead to an artificial discrimination or disguised restriction on trade between Member States or it would in special circumstances enable abuse of dominant position”.]. Tomado de D. G. Goyder, *EC Competition L.*, p. 300, traducción del autor.

105. En este punto, solo realizamos una enunciación de las principales conductas anticompetitivas que han sido señaladas por los tribunales u otros estudios. No pretendemos, bajo respecto alguno, agotar la variedad de conductas que podrían presentarse.



*excesivos*,<sup>106</sup> *ventas atadas*,<sup>107</sup> *extensión de su poder hacia otros mercados*,<sup>108</sup> entre otras.

De otro lado, en relación con la *autorización* de la explotación a terceros, es un derecho del titular otorgar licencias o no.<sup>109</sup> En el primer caso, surgirá una de las preocupaciones fundamentales del derecho de la competencia,<sup>110</sup> esto es, la inclusión de cláusulas restrictivas en los contratos de licencia.<sup>111</sup> Dichos contratos son, fundamentalmente, fuente de acuerdos horizontales<sup>112</sup> o verticales,<sup>113</sup> sin perjuicio de que resulten del abuso de una po-

106. Carlos M. Correa, "Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias", p. 58.

Sin embargo, esta es una materia compleja, debido a que la exclusividad que garantizan los derechos de propiedad intelectual tiene por fin permitir la recuperación de los costos de investigación y desarrollo llevados a cabo por el titular. Conforme fue resuelto en el caso *Renault*, "[con referencia más particularmente a la diferencia de precios entre los componentes vendidos por el fabricante y aquellos vendidos por los productores independientes, debería anotarse que la Corte ha sostenido (...) que un precio más alto por el primero que por estos últimos no necesariamente constituye un abuso, porque el propietario de derechos protectores con respecto a un diseño ornamental puede legalmente requerir una ganancia sobre las cantidades que él ha invertido para perfeccionar el diseño protegido". ["With reference more particularly to the difference in prices between components sold by the manufacturer and those sold by the independent producers, it should be noted that the Court has held (...) that a higher price for the former than for the latter does not necessarily constitute an abuse, since the proprietor of protective rights in respect of an ornamental design may lawfully call for a return on the amounts which he has invested in order to perfect the protected design"]. Tomado de George A. Bermann, *et al.*, *Cases and Materials on European Community Law*, St. Paul, West Publishing, 1993, pp. 821-822.

107. Cfr. Organization for Economic Co-operation and Development, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, p. 23.

108. Existe "el principio de que el ejercicio de derechos de propiedad industrial es lícito, en tanto no tienda a extender el monopolio, poder de mercado o exclusividad derivados de tales derechos a actividades o materias no protegidas por la legislación que da origen a tales derechos". Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 691.

109. Con relación a las patentes de invención, claramente, se ha puesto de manifiesto que "[u]no de los efectos principales de las patentes es que su titular es el único facultado para decidir si realiza la fabricación, utilización o comercialización del producto patentado por sí o autoriza a llevar a cabo todas o algunas de estas actividades a terceros". Andrés Moncayo von Hase, *El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos*, p. 127.

110. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo II, p. 471.

111. Sobre este tema, se recomienda consultar Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, pp. 715-746.

No obstante, debe tenerse presente que los acuerdos de distribución contentivos de cláusulas de exclusividad territorial han sido señalados, frecuentemente, como pro competitivos.

112. Esto es lo que se conoce como *cartelización* –formación de carteles– mediante contratos de licencia entre actuales o potenciales competidores a fin de fijar precios, limitar la producción o dividir los mercados, sea a nivel de licenciante o licenciados. Cfr. Organization for Economic Co-operation and Development, *Competition Policy and Intellectual Property Right*, p. 22.

113. Tal el caso de restricciones verticales en las que un nuevo competidor, precisamente por la existencia de la práctica, requiere entrar en varios niveles del mercado de manera simultánea. Lo mismo

sición de dominio en el mercado.<sup>114</sup> En el segundo, en cambio, la negativa a conceder licencias voluntarias por parte del titular de un derecho de propiedad intelectual, puede ser, bajo ciertos respectos, una conducta anticoncurrencial.<sup>115</sup>

Por último, la misma defensa de los derechos de propiedad intelectual cuando es infundada es reconocida como una práctica contraria a la competencia.<sup>116</sup>

---

puede decirse de los casos en que, vía licencia, se impone a los licenciados la exclusividad en el uso de la tecnología del licenciador, eliminando –de esa forma– las posibilidades de emplear tecnología de otros potenciales licenciadores. Cfr. *ibid.*, pp. 22-23.

114. A manera de ejemplo, el art. 14 de la Decisión 291 de la Comisión de la Comunidad Andina, *Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*, con relación a los contratos de transferencia de tecnología externa dispone que: “Para efectos del registro de contratos sobre transferencia de tecnología externa, marcas o sobre patentes, los Países Miembros podrán tener en cuenta que dichos contratos no contengan lo siguiente:

- a) Cláusulas en virtud de las cuales el suministro de tecnología o el uso de una marca, lleve consigo la obligación para el país o la empresa receptora de adquirir, de una fuente determinada, bienes de capital, productos intermedios, materias primas u otras tecnologías o de utilizar permanentemente personal señalado por la empresa proveedora de tecnología;
- b) Cláusulas conforme a las cuales la empresa vendedora de tecnología o concedente del uso de una marca se reserve el derecho de fijar los precios de venta o reventa de los productos que se elaboren con base en la tecnología respectiva;
- c) Cláusulas que contengan restricciones referentes al volumen y estructura de la producción;
- d) Cláusulas que prohíban el uso de tecnologías competidoras;
- e) Cláusulas que establezcan opción de compra, total o parcial, en favor del proveedor de la tecnología;
- f) Cláusulas que obliguen al comprador de tecnología a transferir al proveedor, los inventos o mejoras que se obtengan en virtud del uso de dicha tecnología;
- g) Cláusulas que obliguen a pagar regalías a los titulares de las patentes o de las marcas, por patentes o marcas no utilizadas o vencidas; y
- h) Otras cláusulas de efecto equivalente...”.

Considérese también como práctica abusiva la *adquisición de patentes* para eliminar tecnologías competidoras. Cfr. Banco Mundial y Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, p. 38. Un análisis detallado de esta conducta puede encontrarse en Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, pp. 702-710, y *Derecho de las patentes de invención*, tomo II, pp. 475 y ss.

115. Ver la referencia al caso *Magill*, en que la justicia comunitaria europea resolvió que la negativa a conceder licencias de derechos de *copyright* sobre avances de listas de programación era una conducta abusiva, en D. G. Goyder, *EC Competition Law*, pp. 355-359. Dicho pronunciamiento se lo considera extensivo, incluso, a derechos de patente de invención. Cfr. Andrés Moncayo von Hase, *El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos*, p. 187.

116. Por último, la *defensa* de los derechos de propiedad intelectual puede constituir una *práctica predatoria* –distinta de la realizada a través de precios–. Por ello, de mala fe, se promueven litigios con miras a excluir rivales. Así, se consigue que nuevos competidores no puedan afrontar los costos –derivados de esos procedimientos– frente a los ya establecidos. Cfr. “Organization for Economic Cooperation and Development”, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, pp. 24-25.

Todas estas hipótesis deben entenderse sin perjuicio de que el mismo ejercicio de los derechos de propiedad intelectual sea una *farsa*, una mera cobertura, para la realización de prácticas anticompetitivas que son las que subyacen en realidad.<sup>117</sup>

A manera de conclusión, parece adecuado afirmar que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual es lícito en la medida en que no desborde los objetivos perseguidos por la legislación de esa materia, en tanto que, en el evento contrario, de perseguir objetivos contrarios a la competencia económica, podrá ser calificado de anticoncurrencial.<sup>118</sup> Pese a la laxitud y obviedad de esta conclusión, debido a la complejidad de esta temática, que impide la formulación de principios generales más detallados, es éste el único resultado al que podemos arribar.

## **EL AGOTAMIENTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA CONCESIÓN DE LICENCIAS OBLIGATORIAS COMO REMEDIOS A LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS**

Frente a la realización de conductas anticompetitivas, el régimen tutelar de la concurrencia busca, a través de diferentes tipos de medidas, la restauración de ésta.<sup>119</sup> En el caso de conductas anticoncurrenciales realizadas mediante el ejercicio de derechos de propiedad intelectual, son dos los remedios principales que buscan mantener o restablecer la competencia.<sup>120</sup>

---

117. Por ejemplo, es reconocido que los acuerdos de licencia pueden ser *simulados*, en cuyo caso es un claro indicio el poco interés de las partes en la transferencia de los derechos de propiedad intelectual en relación con el que tienen respecto de los fines anticompetitivos —ya señalados— en mercados distintos a los de esos derechos. Cfr. “Organization for Economic Co-operation and Development”, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, p. 22.

118. Ello ha sido señalado con relación a los derechos de patente de invención en los siguientes términos: “Esta coexistencia de los derechos subjetivos del patentado con el principio general de libre competencia requiere que esos derechos subjetivos se ejerzan dentro de un marco determinado, que es el previsto por la propia legislación de patentes”, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo II, p. 251.

Parece ser esa la orientación de la legislación de patentes Argentina que, en su art. 44, luego de enumerar tres conductas específicas contrarias a la competencia, sienta como criterio general que será, asimismo considerada anticoncurrencial, cualquier otro acto que encuadre en las conductas consideradas punibles por la ley que tutela la competencia. El texto de esta ley puede consultarse en *ibíd.*, pp. 859 y ss.

119. Cfr. Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, pp. 46-47.

120. Carlos M. Correa, “Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias”, p. 51.

En primer lugar,<sup>121</sup> tenemos el principio del *agotamiento de los derechos*.<sup>122</sup> La perspectiva más sobresaliente al respecto es la que nos ofrecen los sistemas de integración económica,<sup>123</sup> pues una de las esenciales libertades que los impregnan es la de movimiento de bienes.<sup>124</sup> Fuera de las barreras tarifarias que pueden restringir esa circulación, existen otras que pueden producir similares efectos. Tal es el caso del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual y, en general, de las prácticas anticompetitivas. En este entorno, se ha formulado el principio de *agotamiento de los derechos de propiedad intelectual*, en virtud del cual, las facultades impositivas del titular de un derecho de propiedad intelectual se agotan respecto de los productos protegidos que han sido puestos en el comercio por el propio titular o un tercero autorizado por él.<sup>125</sup> De este modo, el titular se encuentra inhabilitado para prohibir la importación de esos productos en el territorio en que su derecho se encuentra protegido. Estas son las llamadas *importaciones paralelas*.

Conviene resaltar, además, que la doctrina del agotamiento de los derechos, se ha dicho, es aplicable a todos los derechos de propiedad intelectual que otorgan exclusividad a su titular<sup>126</sup> y, en la actualidad, ha adquirido con-

---

121. Pese a que este principio se originó como remedio a prácticas anticompetitivas en el comercio internacional, en el estado actual, debido a su amplia recepción normativa, operarla —más bien— como un límite al ejercicio de los derechos.

122. En este punto, es importante tener presente que el art. 6 del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio deja en libertad a los estados para la adopción del régimen de agotamiento de derechos.

123. La formulación de este principio, fruto del derecho comunitario europeo, obedeció, principalmente, a la coexistencia de diversos titulares, cada cual con protección territorial en su país, respecto de un mismo derecho de propiedad intelectual. Sobre el desarrollo jurisprudencial de este principio, y sus excepciones, ver D. G. Goyder, *EC Competition Law*, pp. 301-315.

124. “En términos generales, las reglas sobre competencia y mercado libre tienen objetivos similares: la liberalización del comercio entre los estados miembros de restricciones impuestas sea por fuentes privadas o públicas”. [“In general terms, competition and free market rules have similar objectives: the freeing of trade between Member States from restraints imposed by either private or public sources”]. *Ibid.*, p. 316, traducción del autor.

Desde otra perspectiva, se ha manifestado que las normas sobre competencia protegen también la libre circulación de mercaderías y servicios. Cfr. Carlos Fernández-Lerga Garralda, *Derecho de la competencia*, p. 39.

125. Respecto de los derechos de patente de invención y de marcas, ver los arts. 54 y 158 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Para el caso de derechos de autor, este principio surge de la interpretación *contrario sensu* del art. 13 literal d) de la Decisión 351. Por último, en tratándose de obtenciones vegetales, ver el art. 27 de la Decisión 345.

126. Carlos M. Correa, “Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias”, p. 51, n. 7.

notación para el comercio internacional en general.<sup>127</sup>

El otro remedio<sup>128</sup> que se nos ofrece es la concesión de *licencias obligatorias*.<sup>129</sup> Éste cuenta con amplio respaldo normativo.<sup>130</sup> Debe indicarse que este remedio es pertinente no solo en el caso de abusos de posiciones de dominio,<sup>131</sup> sino también de otras prácticas anticompetitivas. Es necesario considerar, asimismo, que una licencia obligatoria no tiene efecto solo luego de perpetrada una conducta anticompetitiva, pues el solo riesgo de su concesión sirve también como elemento disuasivo.<sup>132</sup> En ciertas situaciones de

127. Pese a que su origen vincula esta doctrina con los sistemas de integración económica, debido a su inclusión en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, tiene perspectiva de aplicarse a todo el comercio internacional. Cfr. Carlos Correa, *El Acuerdo TRIPs y el comercio internacional: efectos sobre América Latina y el Caribe*. Este documento puede ser consultado en <http://lanic.utexas.edu/sela/docs/tripdt2.htm>.

128. “Un principio general destinado a evitar el abuso del monopolio que otorga la ley es el otorgamiento de licencias compulsivas”, Rafael Pérez Miranda, *Propiedad industrial y competencia en México*, p. 215.

129. “La licencia obligatoria ha sido definida por Máthely como la licencia decidida por la autoridad competente, sin recurrir al consentimiento del propietario de la patente, que otorga a un tercero, bajo condiciones determinadas, el derecho a explotar la invención patentada”. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las patentes de invención*, tomo II, p. 421.

130. Con respecto a derechos de patente de invención, la concesión de licencias obligatorias está respaldada en el art. 40 numeral segundo del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. También en el art. 66 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina relativo, específicamente, a prácticas contrarias a la competencia.

En materia de derechos de autor, el art. 21 de la Decisión 351 deja en libertad a los países miembros para la adopción de este régimen. Sin embargo, “[e]l sistema llamado de *licencias no voluntarias* es excepcional. Constituye una solución de compromiso que se acepta únicamente cuando es imprescindible para preservar el acceso a las obras y su difusión adecuada”. (Delia Lipszyc, *Derechos de autor y derechos conexos*, p. 238), no así en tratándose de conductas anticompetitivas.

Para el caso de variedades vegetales, podría establecerse un parangón entre el licenciamiento obligatorio y la declaratoria de *libre disponibilidad*. Más todavía si se considera que los arts. 30 a 32 de la Decisión 345, que tratan sobre dicha declaratoria, están comprendidos en el capítulo VI de dicho cuerpo de normas, intitulado “Del Régimen de Licencias”. No obstante, es necesario reconocer esta declaratoria procede, según las citadas normas, en casos excepcionales de seguridad nacional o de interés público, no prácticas anticoncurrenciales.

Por último, en tratándose de signos marcarios, si bien la legislación de propiedad intelectual no prevé, como en las categorías anteriores, la concesión de licencias obligatorias en los casos de prácticas anticoncurrenciales, ello no obsta la aplicación de este remedio desde el régimen de la competencia económica. Sin embargo, en dichos casos, quizá la marca no sea suficiente para que el competidor desarrolle su actividad, sino que se requerirá de la concesión obligatoria de una *franquicia*, contentiva, a más de derechos sobre signos distintivos, de otros sobre patentes de invención y secretos industriales, por ejemplo.

131. Carlos M. Correa, “Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias”, p. 54.

132. Organization for Economic Co-operation and Development, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, p. 11, y Carlos M. Correa, “Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias”, p. 56.

abusos de posiciones monopolísticas o dominantes, se aconseja recurrir a las licencias de importación<sup>133</sup> o el otorgamiento de más de una licencia obligatoria sobre una misma invención.<sup>134</sup> Sin embargo, la efectividad de este instituto ha sido objeto de varios cuestionamientos,<sup>135</sup> principalmente debido a la falta de arraigo de sistemas reguladores de la competencia.<sup>136</sup>

Lo importante es indicar que las medidas ofrecidas por los regímenes de propiedad intelectual y de competencia económica para remediar conductas anticompetitivas no son exclusivas<sup>137</sup> ni excluyentes entre sí,<sup>138</sup> por lo que el abanico de remedios es amplio y dependerá de cada situación y conducta particulares.

## CONCLUSIONES

Los regímenes de propiedad intelectual y competencia económica (entendida ésta según el criterio *institucional*, que dejamos expresado) comparten objetivos comunes en la consecución del desarrollo tecnológico y el bienestar del consumidor. De ese modo se puede justificar la exclusividad que confieren —la mayoría de— los derechos de propiedad intelectual a su titular.

Los derechos de propiedad intelectual son monopolios legales. No se traducen, indefectiblemente, en monopolios en sentido económico. Con todo, pueden ser fuente de una posición monopolística o dominante en un determinado mercado relevante si confieren a su titular el poder de mercado necesario para configurarla.

A efecto de determinar la existencia de una posición monopolística o do-

---

133. *Ibid.*, p. 67.

134. *Ibid.*, p. 68.

135. En dicha inefectividad, cuentan condiciones como la dimensión del mercado doméstico y la insuficiente descripción de la tecnología que dificultan —si no inhiben— la explotación por parte del titular de una licencia obligatoria, ver *ibid.*, p. 56.

136. Cfr. Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, *El régimen andino de la propiedad industrial*, p. 123.

137. Ello es, particularmente, importante en tratándose de derechos de autor y obtenciones vegetales, en que las normas aplicables (en nuestra exposición, las Decisiones de la Comunidad Andina) no prevén la concesión de licencias obligatorias por prácticas contrarias a la competencia —sin perjuicio de que estas prácticas puedan subsumirse en los supuestos sí previstos—.

138. “Los remedios contra práctica anticompetitivas pueden basarse en la legislación de defensa de la competencia, o en normas específicas de la propia legislación de propiedad intelectual. En los países industrializados se ha seguido, en general, el primer modelo, si bien en el marco de la propiedad intelectual se han desarrollado también principios específicos (como los de la doctrina del ‘patent misuse’ en los Estados Unidos)”. Carlos Correa, “Licencias obligatorias”, en *Derecho de patentes*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 186.

minante soportada sobre derechos de propiedad intelectual, dentro de los análisis de sustituibilidad de demanda y de oferta necesarios en la delimitación de lo que constituye un mercado relevante, debe considerarse características generales que ofrece el conjunto de aquellos derechos y otras peculiares de cada título o categoría. Como características generales, podemos mencionar la exclusividad legalmente garantizada por el derecho, la diferenciación de productos que esos derechos permiten y los efectos de redes y estandarización que algunos posibilitan. En cuanto a las características peculiares, hay que atender al objeto protegido por el derecho, al conjunto de facultades conferidas al titular y a las excepciones impuestas a éstas. Resultado de ello, podemos apreciar que los derechos de propiedad intelectual que protegen creaciones intelectuales tienen una aptitud anticompetitiva mayor que los que tutelan signos distintivos, pues aquellos confieren a su titular exclusividad respecto de una determinada actividad económica.

El espectro de prácticas anticompetitivas que pueden tener lugar mediante el ejercicio de derechos de propiedad intelectual es muy amplio. No existe tipificación o enunciación de principios generales detallados que pueda realizarse. Únicamente podemos adherir a la conclusión de que el ejercicio de derechos de propiedad intelectual, mediante cualesquiera de las facultades que confieren a su titular, será anticoncurrencial en la medida que con él se alcance objetivos contrarios al régimen de la competencia.

Frente al ejercicio contrario a la competencia económica de los derechos de propiedad intelectual, se erigen como remedios el principio del agotamiento de los derechos y la concesión de licencias obligatorias.

## BIBLIOGRAFÍA

- Allfeld, Philipp, *Del derecho de autor y del derecho del inventor*, traducción de Ernesto Volkening, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999.
- Álvarez, María Yolanda; Restrepo, Luz María, *El derecho de autor y el software*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1997.
- Anthony, Sheila F. *Antitrust and Intellectual Property Law: from Adversaries to Partners*, AIPLA Quarterly Journal, Vol. 28, Number 1, Page 1, Winter. Este documento puede ser consultado en <http://www.ftc.gov/speeches/other/aipla.htm>.
- Bagby, John, *Antitrust Aspects of Intellectual Property*, 2000. Este documento puede ser consultado en <http://www.smeal.psu.edu/courses/blaw445.bagby/Ipmisuse.htm>.
- Banco Mundial / Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*.

- na. Resumen interpretativo de la conferencia Foro de las Economías Emergentes del Mercado*, Buenos Aires, 28 al 30 de octubre de 1996.
- Baylos, Corroza, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial*, Madrid, Civitas, 1993.
- Bercovitz, Alberto, “Tendencias actuales en la propiedad intelectual”, en *Tendencias actuales del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Bermann, George A., et al., *Cases and Materials on European Community Law*, St. Paul, West Publishing, 1993.
- Buydens, Mireille, “Uso y abuso de la propiedad intelectual”, en *El Correo de la Unesco*, 1999.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Heliasta, 2001.
- *Derecho de las patentes de invención*, Buenos Aires, Heliasta, 2001.
- Chamberlin, Edward H., *Teoría de la competencia monopólica*, traducción de Cristóbal Lara y Víctor Urquidi, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.
- Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, R.O. No. 109 de 16 de julio de 1997.
- Convenio por el que se establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, R.O. No. 885 de 3 de marzo de 1998.
- Cooter, Robert; Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, traducción de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Correa, Carlos María, *El Acuerdo TRIPs y el comercio internacional: efectos sobre América Latina y el Caribe*. Este documento puede ser consultado en <http://lanic.utexas.edu/~sela/docs/tripdt2.htm>.
- “Licencias obligatorias”, en *Derecho de patentes*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- “Propiedad intelectual y competencia: el papel de las licencias obligatorias”, en *El Estado y el derecho económico actual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.
- Correa, Carlos María; Bergel, Salvador Darío, *Patentes y competencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996.
- Decisión 345 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales*, R.O. No. 327 de 30 de noviembre de 1993.
- Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos*, R.O. No. 366 de 25 de enero de 1994.
- Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, *Régimen común sobre propiedad industrial*, R.O. No. 258 de 2 de febrero de 2001.



- Departamento de Justicia de los Estados Unidos y Comisión Federal de Comercio, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, abril 6, 1995.
- Dhar, Biswajit; Rao C., Niranján, “La vinculación de los derechos de propiedad intelectual con el comercio”, en *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Dromi, Roberto, *Competencia y monopolio, Argentina, Mercosur y OMC*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Dromi, Roberto; Ekmekdjian, Miguel Ángel; Rivera, Julio, *Derecho comunitario*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Fernández-Lerga, Carlos, *Derecho de la competencia*, Pamplona, Aranzadi, 1994.
- Gómez Leyva, Delio, “Las prácticas restrictivas de la competencia, acuerdos y prácticas concertadas”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998.
- Goyder, D. G., *EC Competition Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- Grupo de trabajo sobre políticas de competencia del área de libre comercio de las Américas. Reunión celebrada en Lima, el 16 y 17 de mayo de 1996, *Inventario sobre leyes normas nacionales referidas a las políticas sobre competencia en el hemisferio occidental*. § III. Este documento puede ser consultado en [http://www.alca-ftaa.oas.org/cp\\_comp/spanishdlr/dlr\\_sums.asp](http://www.alca-ftaa.oas.org/cp_comp/spanishdlr/dlr_sums.asp).
- Harz, Mercer H., *Dominance and Duty in the European Union: a Look through Microsoft Windows at the Essential Facilities Doctrine*. Este documento puede ser consultado en <http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/spg97/HARZ.html>.
- Jorda, Karl F., “Derechos de propiedad intelectual. Reflexiones sobre su naturaleza e importancia”, intervención en el Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina, realizado en Quito los días 9 y 10 de mayo de 2001, materiales suministrados por los organizadores del evento.
- Leguizamón Acosta, William, *Derecho constitucional económico*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
- Ley de Propiedad Intelectual, R.O. No. 320 de 19 de mayo de 1998.
- Lipszyc, Delia, *Derechos de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Zavalía, 1993.
- Moncayo von Hase, Andrés, “El nuevo régimen de patentes de invención: extensión y límites a los derechos”, en *Derecho de patentes*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Organization For Economic Co-Operation And Development, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*. Este documento puede ser consultado en <http://www.oecd.org/daf/clp/Publications/IPR.PDF>.
- Otamendi, Jorge, *Derecho de marcas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- Otero Lastres, José Manuel, “La invención y las excepciones a la patentabilidad en

- la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena”, intervención en el Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina, realizado en Quito los días 9 y 10 de mayo de 2001, materiales suministrados por los organizadores del evento.
- Pachón, Manuel; Sánchez Ávila, Zoraida, *El régimen andino de la propiedad industrial*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- Pastor, Santos, *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1999.
- Patiño, María Isabel, *Los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.
- Pérez Miranda, Rafael, *Propiedad industrial y competencia en México*, México, Porrúa, 1999.
- Pitofsky, Robert, *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*. Speech before the Berkeley Center for Law and Technology, University of California. March 2, 2001. Este documento puede ser consultado en <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/ipf301.htm>.
- Portellano Díez, Pedro, “La valoración del sistema de patentes: una enseñanza para el derecho de la competencia desleal”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, separata, s.l., s.e., s.a.
- Rengifo García, Ernesto, *El moderno derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Rodger, Barry J.; MacCulloch, Angus, *Competition Law and Policy in the EC and UK*, London, Cavendish Publishing, 1999.
- Roffe, Pedro, El Acuerdo TRIPs y sus efectos: el caso de los países en desarrollo”, en *Propiedad intelectual en el GATT*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- Saldarriaga Lopera, Gustavo, “Instrumentos de análisis económico para el estudio de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998.
- Samuelson, Paul A.; Nordhaus, William D., *Economía*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- Sterckx, Sigrid, “El patentamiento de invenciones tecnológicas”, en *Perspectivas Bioéticas 7/8*, Barcelona, Gedisa y Área de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1999.
- The World Bank And Organization For Economic Co-Operation And Development, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, s.l., 1999.
- Valentine, Debra A., “Abuse of Dominance in relation to Intellectual Property: U.S. Perspectives and the Intel Cases”. Speech before the Israel International Anti-

trust Conference, Tel Aviv, November 15, 1999. Este documento puede ser consultado en <http://www.ftc.gov.speeches/other/dvisraelin.htm>.

Velilla, Marco, “Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998.

Venero Aguirre, Begofía, “La protección legal de las invenciones”, en *Los retos de la propiedad industrial en el siglo XXI*, Lima, INDECOPI / OMPI, 1996.

Viciano Pastor, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Zuloaga, Marco Aurelio, “La perspectiva colombiana de la promoción de la competencia”, en *Derecho de la competencia*, Santafé de Bogotá, El Navegante, 1998.



## La enseñanza del derecho financiero en Italia y España<sup>1</sup>

*Andrea Amatucci*

El trabajo analiza el pensamiento de distinguidos profesores como Griziotti y Ranelletti; el primero, fundador de la escuela económica y jurídico-financiera de Pavía, la que sostenía la unidad de la cátedra de ciencia de las finanzas y derecho financiero, en cuanto ambas tendrían como objeto el mismo fenómeno financiero; el segundo, fundador de la escuela jurídico-financiera napolitana, partidaria de la enseñanza del derecho financiero como rama del derecho administrativo. Profundiza además en el estudio de las dos corrientes en la enseñanza de la ciencia de las finanzas y del derecho financiero impartida por los juristas; la autonomía del contenido conceptual destacado por D'Alessio e Ingresso como objeto de la enseñanza del derecho financiero; el pensamiento de Sainz de Bujanda y su influencia en la institución de las cátedras de "Derecho financiero y tributario" en España; la contribución de Romanelli-Grimaldi a la individuación del fenómeno jurídico financiero como objeto de la enseñanza del derecho financiero; los aportes de Sica y Abbamonte para reconducir el fenómeno jurídico financiero a los principios constitucionales y, finalmente, la influencia de dichas contribuciones sobre el actual reconocimiento de la autonomía de la enseñanza del derecho financiero.

FORO

**G** riziotti, fundador de la escuela económica y jurídico-financiera de Pavía, sostenía la unidad de la cátedra de ciencia de las finanzas y derecho financiero, en cuanto ambas tendrían como objeto el mismo fenómeno financiero.

La elaboración didáctica que se desarrolló en las universidades en el transcurso del siglo XIX, inspirándose conjuntamente en la ciencia, la cul-

---

1. Este escrito corresponde, en principio, a la traducción que del texto en italiano hiciera el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, y cuya publicación aparece en la revista 50 de dicho Instituto. No obstante, la presente versión ha sido corregida, ampliada y mejorada por el autor, con la colaboración de su discípulo Salustiano Rinthá M.

tura y la política, favoreció, en los albores del siglo XX, la manifestación de evidentes síntomas premonitorios del interés por la búsqueda de una metodología de la enseñanza del derecho financiero, llena de motivaciones político-económicas.

Se advertía que la enseñanza del derecho tributario, el cual también nació a principios del siglo XX, tuviese que desarrollarse autónomamente; sin embargo, se intuía la utilidad relevante de una evolución paralela de la enseñanza del derecho financiero al cual pudiera referirse el curso de derecho tributario, propenso a confrontarse con un contexto propio y más amplio que manifestaba una conexión particular con la ciencia de las finanzas.

Sobre la base de esta motivación surgieron dos metodologías didácticas:

La primera línea, de naturaleza económico-jurídica, fue expresión, durante las primeras décadas del siglo XX, de las cátedras de ciencia de las finanzas y derecho financiero, las cuales, sin embargo, habían sido dictadas por economistas, quienes en su totalidad, hasta ese momento, cultivaron la enseñanza del derecho financiero en términos aproximativos.

Pero es Benvenuto Griziotti, con ocasión de su prelación al curso de ciencia de las finanzas y derecho financiero, leída en la Universidad de Catania el 25 de noviembre de 1914, sobre la *Crisi e tendenze negli studi finanziari*,<sup>2</sup> quien evidencia con rigor el contenido de esta rama del derecho público. Recordando después tal prelación<sup>3</sup> afirma que “aun antes de subir a la cátedra había encontrado los estudios financieros en crisis porque faltaba la teoría y la enseñanza del derecho financiero”; por ello, a él ha de atribuirse el notabilísimo mérito de haber sido el primero en enseñarlo, en el ámbito de aquella línea, con compromiso y con criterios que, durante los años, evolucionarían hasta alcanzar el nivel de una metodología específica.

En cambio, el 23 de febrero de 1920 leyó su prelación al curso de ciencia de las finanzas y derecho financiero de la Universidad de su ciudad natal, sobre *Il programma scientifico dell'insegnamento a Pavia e problemi*

---

2. En *Giornale degli economisti*, febrero 1915, publicado nuevamente en *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, tomo II, p. 3, Milano, Giuffrè, 1956. Griziotti nació en Pavia en 1884 y allí mismo falleció en 1956. Se licenció en jurisprudencia en 1905 y fue alumno de A. Wagner en Berlín, de P. Leroy-Beaulieu en París, de V. Pareto en Losana, de M. Pantaleoni, de A. de Viti de Marco, de R. Benini y de L. Einaudi.

3. “Lo svolgimento scientifico del diritto finanziario dalla mia prolusione di Catania (1914)”, en *Annali del seminario giuridico*, Universidad de Catania, vol. V, 1950-1951, publicado nuevamente en *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, tomo II, p. 51, Milano, Giuffrè, 1956.

*della ricostruzione finanziaria*.<sup>4</sup> Esa cátedra paviana fue la primera después de la unificación de Italia<sup>5</sup> y la más prestigiosa, ya que, como se dijo, había sido anteriormente impartida por ilustres economistas, entre los cuales se contaba Antonio de Viti de Marco,<sup>6</sup> defensor de la naturaleza sustancial del derecho financiero, antítesis de la visión formal de Vittorio Emanuele Orlando.

Sobre la base de la experiencia científica y didáctica madurada hasta ese momento, Griziotti fundó la “Escuela de Pavía” que se edifica sobre la concepción integralista, según la cual la ciencia de las finanzas y el derecho financiero estudian el mismo fenómeno. Por lo tanto, según su parecer, el análisis del fenómeno financiero debe ser al mismo tiempo económico y jurídico. La consiguiente metodología de interpretación funcional de la norma financiera implica entonces el conocimiento de sus funciones jurídicas, económicas, políticas y sociales a través de la identificación de la causa, por él concebida, preliminarmente, como contraprestación.

Esta metodología interpretativa, que se formó contemporáneamente con la del “modo de consideración económica” por obra de Ennio Becker en Alemania,<sup>7</sup> tuvo el mérito de señalar la conexión entre la investigación jurí-

---

4. En *Studi delle scienze giuridiche e sociali*, Universidad de Pavía, 1925, publicado nuevamente en *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, Milano, 1956, p. 19. Ver, “Per il progresso scientifico degli studi degli ordinamenti finanziari”, programa de la revista contenido en el primer fascículo de la *Riv. Dir. fin. Sc. fin.*, 1937, tomo I, p. 1 (trabajo publicado nuevamente en *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, tomo II, Milano, Giuffrè, 1956, p. 99).

Tal revista, publicada por la Editorial Giuffrè y aún en vida, fue fundada por el mismo Griziotti como expresión de su Escuela. Ver, G. Ghessi, “I primi cinquant’anni della Rivista di Diritto finanziario e Scienza delle finanze”, (1937-1991) en *Riv. Dir. fin. Sc. fin.*, 1996, p. 541.

5. La historia de la enseñanza de la Hacienda, en Italia, se sintetiza en la lápida situada en Pavía a lado del Instituto de Hacienda: “En su escuela en Pavía, Luigi Cossa, solícito del renacimiento de los estudios en Italia, inició en 1859, alternándola cada año con la economía política, la enseñanza de la teoría de las Finanzas, hasta que, bajo los auspicios del Consorcio Universitario Lombardo, aquí se constituyó la primera cátedra italiana...”

“Con base en el ejemplo insigne de esta Universidad, en 1886-1887 fue introducida, por ley, en el ordenamiento universitario, la cátedra de ciencia de las finanzas y derecho financiero...”

6. Nació en Lecce en 1858 y enseñó también en la Universidad de Roma desde 1887. En 1931 fue retirado de la cátedra por razones políticas.

7. Justamente en los años inmediatamente siguientes a la primera guerra mundial, nació en Alemania una verdadera ciencia jurídica tributaria, la cual evolucionó de manera tan rápida e intensa que alcanzó, en corto tiempo, un interesante nivel de autonomía que le permitió colocarse a lado de las otras antiguas disciplinas jurídicas. De hecho, los años veinte, que coincidieron en parte con la vida de la República de Weimar (1913-1933), merecen el título de años de oro de la ciencia del derecho tributario en Alemania. En el mismo período, también alcanzaron relevancia científica las investigaciones de algunos estudiosos alemanes externos a las universidades, en particular las de E. Becker (Ver, M.R. Theisen (a cargo de) *Gedenkschrift zum 50. Todestag von Dr. h.c. Enno Becker*,

dica y la investigación económica, si bien con la exasperada valoración de la causa, solo atenuada en parte mediante el recurso al principio de capacidad contributiva, introducido luego en la Constitución republicana.<sup>8</sup>

De modo particular y en relación con la formación del docente —afirma Griziotti<sup>9</sup> haciendo referencia a dicha enseñanza—, es necesario ser financieros, es decir, saber conocer y afrontar el fenómeno financiero en sus elementos esenciales, o sea, penetrar las directrices políticas, la estructura jurídica y la función económica del fenómeno financiero. A la fórmula de Carnelutti y Einaudi, según la cual el fenómeno financiero del jurista ha de ser estudiado por el jurista, Griziotti no tiene nada que oponer; sin embargo, para que la fórmula se entienda bien, hay que completarla destacando que el ju-

---

1869-1949, Oldenburg, 1990) quien había sido magistrado y artífice de aquel Código General del Derecho tributario del 1919, definido *Reichsabgabenordnung* que no obtuvo asenso y L. Waldecker (ver, *Fin. Arch.*, tomo XLII, 1925, pp. 69, 70, 72, 75), quien en cambio fue favorablemente acogido por E. Kaufmann (ver, *Recht und Wirtschaft*, 1919, p. 211), J. Jellinek (ver *Verwaltungsrecht*, tercera edición, Berlín, 1931) y quien no tuvo ocasión de fundarse sobre una sistematización de los principios generales. E. Becker fue un sostenedor de la *wirtschaftliche Betrachtungsweise*, que constituye el fulcro de la metodología interpretativa de la ley tributaria inspirada en la concepción económica. Durante ese decenio, las obras de derecho administrativo (ver, entre los últimos que consideraron el derecho tributario un sector del derecho administrativo, O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, tercera edición de 1924, tomo I, pp. 27-32; F. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, octava edición, 1928, p. 27; y W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, tercera edición, 1931) han dejado de dedicar un espacio al derecho tributario. De 1933 a 1945, durante el nazionalsocialismo, sobresalió la figura de Fritz Reinhardt (ver *Vorträge auf der Salzburger Umschulungstagung*, de 1941 *Bücherei des Steuerrechts* vol. V) quien aportó contribuciones relevantes, propuso diseños de ley y desempeñó un papel determinante dentro de la Administración financiera. En la República Federal Alemana la enseñanza es fundamentalmente de derecho tributario. Sin embargo, Ernst Blumenstein (nacido en Berna en 1876, inicialmente profesor de derecho público y luego de derecho administrativo y autor del manual *Schweizerisches Steuerrecht*, tomo I, Tübingen, 1926, y del *Sistema del Diritto delle imposte*, Milano, 1954) escribió una carta a Griziotti en la cual expresaba su plena aprobación en relación con su trabajo *Per il progresso scientifico degli studi e degli ordinamenti finanziari*. Dicha carta está referida en *Studi di Scienza delle finanze e Diritto finanziario*, Milano, Giuffrè, 1956, tomo II, p. 104, y es del siguiente tenor: “Encuentro sus páginas escritas de manera espléndida y concuerdo plenamente con su contenido. Sería un gran progreso en el campo de nuestra Ciencia si se llegara a realizar una síntesis entre los puntos de vista jurídicos, políticos y económicos. Su artículo indica justamente los caminos para llegar a este fin y creo que precisamente la doctrina italiana y en particular su Escuela, más que todas las demás, sea llamada a proceder adelante, puesto que lleva años trabajando”.

8. Ver, entre los economistas, en particular Pesenti, *Lezioni di scienza delle finanze e diritto finanziario*, Editori Riuniti, 1961, y Morselli, *Compendio di scienza delle finanze e diritto finanziario*, Padua, 1963.
9. “Sul metodo di ricerca e critica negli studi finanziari”, en *La riforma sociale*, No. 2, 1933, y publicado nuevamente en *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, tomo II, Milano, 1956, p. 94.

Ver, Francesco Carnelutti, “Introduzione allo studio del diritto processuale tributario”, en *Riv. dir. proc. civ.*, tomo I, 1932, p. 105, y Luigi Einaudi, “Intorno al metodo negli studi finanziari”, en *Saggi*, Torino, 1933, p. 531.



rista sea financiero y ya no jurista puro, tal como lo expresa Einaudi, que para el estudio político del fenómeno financiero el político sea financiero y no político puro, y que para el estudio económico el economista sea una vez más financiero y no un economista puro. Por otro lado —considera Griziotti—, no es suficiente la distribución del trabajo en el campo del Derecho, de la Política y de la Economía para el estudio de las Finanzas, cuando en muchos aspectos, si no en todos, es necesaria la triple investigación para la construcción de una institución financiera o para la solución de un problema concreto. No es posible —anota él— reservar solo a unos cuantos hombres de inteligencia excepcional esas investigaciones complejas, en tanto ellas son frecuentes y fundamentales; de otra parte, es necesaria la preparación, aunque sea solo para entender y utilizar los análisis desarrollados en ramas distintas a la propia, ya que esto implica controlar, discutir y coordinar las ideas de otros con las propias. Para Griziotti, si la preparación existe, aun solo en virtud de una media cultura, da lo mismo entonces estudiar el fenómeno financiero en sus tres elementos coesenciales: solo el financiero, quien desarrolla la investigación científica, conoce la necesidad de las investigaciones bajo los tres diferentes aspectos, para llegar a ese conocimiento hacia el cual están dirigidos sus esfuerzos. El jurista, que no es financiero —puntualiza él— no advierte la exigencia ni del político ni del economista; sus sabias investigaciones corren el riesgo de quedarse inutilizables para el conocimiento científico integral del fenómeno financiero y la unidad personal del investigador logra una mejor coordinación de los esfuerzos que, aplicados a la investigación de manera adecuada, permiten una penetración más profunda. Griziotti, en particular, escribe: “Me atrevo a afirmar que esto es cierto sobre todo en el campo propio de la ciencia de las finanzas, pero también en el mismo campo de la elaboración de los principios del derecho financiero y de la interpretación misma de las leyes financieras”. Para realizar bien esto no siempre es suficiente ser buenos juristas, es necesario ser financieros, es decir, conocer también los elementos políticos y económicos del fenómeno financiero.

En realidad, ahora es prematuro hablar de división del trabajo, porque escaseen los juristas que se dediquen al Derecho financiero y los políticos que cultiven científicamente la Hacienda. Por lo tanto, el financiero se encuentra ahora en una situación de colonizador de tierras inexploradas quien, por necesidad, ha de volverse artesano en cada oficio.

Sin embargo, los amigos Einaudi y Carnelutti querrán admitir que por el momento los economistas puros de la Hacienda ignoran y quizá no están preparados para utilizar la literatura, aunque escasa, de Derecho financiero que ahora

existe, sobre todo en Alemania. ¿Y entonces, en qué va la coordinación de los estudios? [...]

Einaudi también, por otra parte, ha completado los *Principi di scienza della finanza* con el *Sistema tributario italiano*, que en pocos meses ha alcanzado felizmente la segunda edición, debido al mérito característico de toda su obra. ¿Y qué más puede ser este *Sistema*, que expone la legislación y la jurisprudencia, si no un manual de Derecho tributario, aunque ahí no esté particularmente planteada la dogmática jurídica y tampoco se desarrolle la crítica jurídica a la jurisprudencia italiana, que tanta necesidad tiene de una revisión científica, para salir del gran empirismo de la práctica tradicional?

Entonces, también Einaudi recorre el camino que se considera fuera de discusión, no sólo porque representa el *optimum*, sino también porque es el único camino, por lo menos por el momento, posible de recorrer, por las exigencias de estudio de los complejos asuntos financieros, que son de estudiar diariamente.<sup>10</sup>

Basado en estas consideraciones sobre los requisitos formativos, Grizioti examina el asunto de la calificación de la cátedra afirmando que la unidad de la enseñanza de la ciencia de las finanzas y del derecho financiero ha de ser respetada porque se apoya sobre bases científicas, está conforme con las clásicas tradiciones italianas, selladas por el pensamiento de G. D. Romagnosi, y es el origen de la primacía y de la originalidad reconocidas a los estudios financieros italianos, que se encuentran a la vanguardia del progreso con respecto a la ciencia de las finanzas, el derecho financiero y la Jurisprudencia tributaria.

Grizioti, además, observa:

La experiencia de un período de veinte años en la Universidad de Pavía demuestra la oportuna posibilidad de formar competencias en la ciencia de las finanzas y en el derecho financiero frente a las cuales se demuestran inadecuadas, para el estudio cabal de la Hacienda, las parciales competencias para el dominio de la sola ciencia de las finanzas o del derecho financiero. Los inconvenientes resultantes del hecho que los estudiosos de las Finanzas proceden de los campos más distintos del saber (Estadística, Economía, Derecho administrativo) son inconvenientes reales que amenazan con la decadencia de los estudios financieros debido a la fácil infiltración universitaria de improvisados o apresurados cultores de los estudios financieros (en lugar de reales financieros) y que se superan de la mejor forma, exigiendo una competencia madura tanto en la ciencia de las finanzas como en el derecho financiero.

---

10. *Ibid.*

Hay que ser partidario de mantener la unidad de la cátedra para las dos enseñanzas financieras que están estrechamente relacionadas y complementadas entre sí y es posible agregar que un estudio más profundo del derecho financiero puede lograrse introduciendo, en el prospecto de las disciplinas, una segunda cátedra reservada al derecho financiero (material, formal, procesal, penal e internacional).

La relación que existe entre esta nueva cátedra (que floreció en Pavia durante algunos años hasta la drástica reforma de De Vecchi) y la primera es idéntica a la que hay entre el derecho civil y el curso de las instituciones.

Es esta la solución que debería acogerse en la reforma de la enseñanza superior, para brindar a las Universidades la posibilidad de ampliar el estudio de las múltiples leyes y asuntos jurisprudenciales en materia financiera.

Sin embargo, vale la pena retomar este interesante tema, también para considerar objetivamente opiniones distintas y situaciones concretas.<sup>11</sup>

Durante los años treinta, la cátedra de ciencia de las finanzas y derecho financiero fue temporalmente modificada en la de derecho financiero y ciencia de las finanzas,<sup>12</sup> para evidenciar así el papel predominante que quería atribuirse al derecho financiero.

## **RANELLETTI, FUNDADOR DE LA ESCUELA JURÍDICO-FINANCIERA NAPOLITANA, PARTIDARIA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO FINANCIERO COMO RAMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

La segunda metodología didáctica, que se desarrolló contemporáneamente a la primera, privilegió la conexión con la enseñanza del derecho administrativo, del cual el derecho financiero era considerado aquel sector que ponía en evidencia la peculiaridad de un contacto con la ciencia de las finanzas, sin adquirir, de todas formas, la importancia que le daba Griziotti.

En efecto, en Alemania, para la época en que se publicó el primer texto académico especializado,<sup>13</sup> el derecho financiero se enseñaba en el ámbito

---

11. "Per l'unità della cattedra di Diritto finanziario e Scienza delle finanze e per il prestigio degli studi finanziari in Italia", en *Riv. Dir. fin. Sc. Fin.*, tomo I, 1942, p. 201, y publicado nuevamente en *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, tomo II, Milano, 1956, p. 123.

12. Griziotti, "Diritto finanziario, Scienza della finanza ed Economia finanziaria", en *Riv. Dir. fin. Sc. fin.*, tomo I, 1939, p. 3, y reimpresso en *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, tomo II, Milano, 1956, p. 115.

13. Myrbach-Rheinfeld, *Grundriß des Finanzrechts*, Leipzig, 1906, y München, 1916. Publicado tam-

del derecho administrativo, aunque, a partir de 1915, L. Waldecker hubiese dictado como *libero docente*<sup>14</sup> cursos autónomos de derecho financiero y tributario en la Universidad de Berlín. Sin embargo, la tradición jurídico-financiera alemana, cuyo pensamiento científico es tan antiguo como el italiano, desconoció la unidad del fenómeno financiero, lo cual, consecuentemente, suscitó inicialmente un gran interés para luego debilitarse a lo largo del siglo. Es decir, los alemanes estuvieron siempre convencidos de la existencia de dos fenómenos financieros: el primero jurídico y el segundo económico, contrario a lo que pensaba Griziotti, para quien solo existía un fenómeno financiero jurídico y económico. En cambio, en las universidades alemanas, se difundió con rigor un compromiso creciente en relación con la enseñanza del derecho tributario, llegando a niveles entre los más avanzados en el mundo y expresados en la actualidad por la articulación de tres corrientes, una con enfoque sistemático en Köln, otra con enfoque administrativo y constitucionalista en Münster y otra con enfoque privado en Bonn, además de los enfoques autónomos de los docentes desvinculados de cualquiera de estas escuelas.

En Italia, después de la primera guerra mundial –1915-1918–, se inició el verdadero desarrollo de la enseñanza del derecho financiero, también en el ámbito de los cursos de derecho administrativo,<sup>15</sup> con base en la visión unitaria del fenómeno financiero.

La escuela siciliana de derecho administrativo, que en su momento de esplendor había de considerarse la italiana, al señalar que el derecho público se basa en la dicotomía Constitución-administración, la cual asume la figura convencionalmente difundida de un Estado que en las relaciones patrimoniales se sujeta a normas de tipo privado, se enlaza con la doctrina admi-

---

bién en lengua francesa en París (Giard et Brière) en 1910. Obra que se considera expresión de la Escuela jurídico-financiera austriaca.

14. Los exámenes para la libre docencia se abolieron en Italia hace casi treinta años. Se trataba de un examen anual convocado por el Ministerio de Educación que habilitaba a la enseñanza universitaria y otorgaba la calificación de *libero docente* y de 'profesor' sin que se estableciera alguna relación económica con la Universidad. Constituía la primera etapa de la carrera universitaria, después de la cual algunos se dedicaban a la profesión haciéndose llamar 'profesor' y *libero docente* en una específica disciplina. Otros seguían la carrera enfrentando el concurso para profesor titular. Hoy, en cambio, existe el concurso para profesor asociado y luego para profesor titular. (Nota del traductor)
15. Persico, *Principi di Diritto amministrativo*, tomo II, Nápoles, 1874, p. 55, y Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, sexta edición, Torino, 1909, p. 321. Un precedente de enseñanza de un sector del derecho financiero se remonta a Gaspare Finali quien el 23 de febrero de 1882 inauguró, con una significativa prelucción, el curso de contabilidad del Estado en la Universidad de Roma; en aquella época ni siquiera se intuía la conexión entre todos los momentos de la actividad financiera para volverlos a reunir en el objeto en una única disciplina jurídica.

nistrativa alemana que separa la actividad impositiva del derecho del patrimonio público.<sup>16</sup> De todas maneras, el derecho financiero, independientemente de cómo se considerara, es decir, tanto unitario como distribuido en las dos partes mencionadas, se concebía como un sector del derecho administrativo.

Expresión máxima de esta intuición didáctica fue Oreste Ranelletti, catedrático de derecho administrativo en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Nápoles hasta 1924 y quien dedicó al derecho financiero un espacio significativo de su enseñanza en esa Universidad. El maestro, originario de la región de Abruzzo, en efecto escribió durante el período 1910-1920 las primeras ediciones de su *Corso di diritto finanziario*.<sup>17</sup> Utilizó, durante su enseñanza en la universidad napolitana, las dos ediciones litografiadas, que inicialmente fueron destinadas de manera exclusiva para los estudiantes y luego dieron pie para la publicación en 1928 del muy apreciable *Corso di diritto finanziario*, el cual representa el primer texto italiano institucional de la disciplina<sup>18</sup> de relevancia científica.

---

16. Sobre el método en derecho público ver, V. E. Orlando, *Diritto pubblico generale*, escritos varios (1881-1940), Milano, 1954, (reimpresión inalterada), p. 3. V. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la pubblicistica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, 1981, y Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, tercera edición, München, 1924.

17. En 1928 aparece la tercera edición de su *Corso di diritto finanziario*, Milano, Tenconi, la cual es posterior a dos ediciones anteriores nunca publicadas, como ha sido puesto de presente por su discípulo de segunda generación, D'Amati, "Il diritto finanziario di Oreste Ranelletti", en *Dir. e prat. trib.*, tomo I, 1954, p. 174, nota 1. Ranelletti, nacido en Celano (Aquila) en 1868, había enseñado en Nápoles hasta el año 1924, en la única universidad existente en aquel tiempo en el sur de la Italia continental. Este autor logró establecer sobre bases científicas, gracias a sus notables dotes como estudioso de derecho administrativo y a los profundos análisis llevados a cabo en décadas anteriores, la sistematización del derecho financiero, que se convertía así en la primera en Italia, con la dificultad que entrañaba la inexistencia de trabajos análogos precedentes. Sin embargo, Ranelletti, en el artículo la "Natura giuridica dell'imposta", publicado en la revista *Imposte Dirette*, 1898, p. 193, evidencia algunos aspectos de la escuela integralista. Durante todo el siglo, numerosos profesores de la misma Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Nápoles siguieron su doctrina, dedicándose al derecho financiero desde una perspectiva metodológica y sistemática. Entre los estudiosos ilustres de la ciencia de las finanzas, si bien sensibles a los temas de derecho financiero, que han impartido docencia anteriormente (1805) en la citada Facultad, se cuenta a Francesco Saverio Nitti, nacido en Melfi, Basilicata, también en el año 1868 (ver, nota 30).

18. Anteriores análisis sobre el contenido del Derecho financiero habían sido tema de apreciables artículos. Tangorra, *Il diritto finanziario e i suoi odierni problemi* extraído del *Digesto italiano*, Torino, 1900, p. 10, afirma que el derecho financiero es una rama del derecho administrativo general, mas sin embargo, sea por la índole especial de su contenido que es todo económico, sea porque participa de la naturaleza y las tareas de la legislación social y del derecho político y económico, sea, también, por la amplitud e importancia de sus doctrinas, ha de considerarse como un Derecho de por sí o como ramificación del Derecho público, merecedora de ser considerada y estudiada aparte.

Vitagliano, "Il diritto finanziario nella scienza e nella evoluzione dello Stato moderno", en *Giorn. degli econom.*, tomo I, 1910, p. 522, observa que el derecho financiero está en el medio y participa

El rigor de la investigación, con referencias doctrinales e históricas, convirtió al *Corso di diritto finanziario* de Ranelletti en los cimientos para la construcción de una correcta metodología didáctica de la ciencia jurídica financiera.

Por ello el autor advierte, desde las premisas, la suma relevancia del tema de la relación que existe entre la ciencia de las finanzas y el derecho financiero.

Observa Ranelletti que ambas disciplinas tienen por objeto el fenómeno financiero, en el cual prevalecen la recaudación y el uso por parte del Estado de los recursos necesarios para garantizar los servicios públicos, pero cambia el punto de vista desde el cual cada una de ellas lo estudia. La ciencia de las finanzas lo trata bajo el perfil económico (y por esto social) y político, es decir, examinando las instituciones financieras para alcanzar un modelo de organización y funcionamiento más acorde al interés general, o sea, para garantizar el más provechoso sistema de recaudación y empleo, por parte del Estado, de los recursos necesarios para la generación de servicios públicos; es justamente a través de estas consideraciones que él encuentra las razones para definirla una ciencia social y sobre todo política. El derecho financiero es para Ranelletti, en cambio, una ciencia que estudia el fenómeno financiero desde el punto de vista jurídico; es decir, analiza las normas dirigidas a regular la organización y la actividad financiera del Estado, reglamentando en particular los elementos constitutivos de la obligación tributaria, el procedimiento tributario, los gastos públicos y el presupuesto. De ahí la necesidad, por él evidenciada, de enseñar el derecho financiero privilegiando sus conexiones con el derecho administrativo, a través de una metodología que implica una referencia moderada a la ciencia de las finanzas; consecuencia de dicho planteamiento es la conveniencia de la división de la enseñanza común de las dos disciplinas defendida por Griziotti.

De indudable relevancia política es el análisis de los fines que el Estado persigue mediante el uso de los recursos adquiridos a través de las relaciones jurídicas financieras: entre estos fines Ranelletti, en efecto, señala también aquellos asociados con la función social.

Su tesis intervencionista, sin embargo, se diferencia de todos los planteamientos extremos tendientes a convertir la Hacienda en un instrumento de

---

del derecho constitucional y del derecho administrativo, porque incluye argumentos de una y otra disciplina los cuales, por su importancia, merecen un estudio aparte y se funden en una unidad orgánica por medio de un carácter común, es decir *su contenido económico*, su referencia al fin único de procurar para el Estado las riquezas necesarias para el logro de los fines estatales. Para una visión más amplia sobre dichos aspectos ver, Conigliani, *Il diritto pubblico nei sistemi finanziari*, Bologna, 1892.

confiscación y redistribución de las riquezas de los particulares. De hecho, él considera al Estado legitimado a sustraer a los particulares, para propósitos sociales, solo aquella parte de las rentas individuales necesaria para sostener las Instituciones encargadas de garantizar el cumplimiento de las exigencias públicas.

Interesante, también, es el concepto de dominio fiscal tal como Ranelletti lo plantea. La diversidad del fin, que el Estado persigue mediante cada una de las diferentes categorías de sus bienes, se refleja en la disciplina jurídica a la cual ellos están sujetos y en la correspondiente especificación dogmática. Así el Estado, a través de las normas financieras, ejerce su poder de imperio para alterar la relación económica normal de intercambio, a veces para favorecer al consumidor, permitiéndole adquirir cierto producto a un costo notablemente inferior al precio de mercado, o inclusive al precio de costo (teoría de los precios políticos), otras veces para conseguir con ello mismo una utilidad superior a la que un precio de competencia permitiría (teoría de los monopolios fiscales).

El problema de la conexión entre ingresos y gastos asume, para Ranelletti, una naturaleza política que afecta el momento de la imposición, siendo del todo indiferente al sucesivo momento jurídico del cumplimiento de las distintas obligaciones.

El ejercicio de la potestad tributaria no debe proceder de un albedrío de la autoridad estatal, sino que está sujeto a los principios de la equidad y de la justicia. El concepto causal elaborado por Ranelletti reviste un valor general de naturaleza político-económica, que excluye cualquier relevancia jurídica limitada a la relación intersubjetiva individual. La motivación objetiva de la imposición se aparta del concepto de causa civilista, que expresa la función económico-social de los contratos.

Ranelletti sentó los cimientos de la escuela jurídico-financiera, que puede calificarse como “napolitana” bajo el preponderante perfil universitario, pero “meridional” desde el punto de vista territorial, ya que la Universidad de Nápoles fue, por setecientos años, la única en el sur del continente y por ende atrajo los mejores talentos de todas aquellas regiones.

La rama barea creció robusta y lozana. En efecto, Ranelletti formó dos generaciones de alumnos ilustres quienes enseñaron en particular en la Universidad de Bari,<sup>19</sup> fundada justamente en la víspera de su traslado a la Uni-

---

19. La Universidad de Nápoles nació en 1224. La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bari fue fundada en 1925 y la Facultad de Economía y Comercio en 1939. La Universidad de Palermo

versidad de Milán. De hecho, en la Universidad de Bari enseñó Giorgio Tesoro,<sup>20</sup> fundador de la *Rivista italiana di diritto finanziario*, publicada en aquella ciudad y fusionada, después de la segunda guerra mundial, debido a las dificultades económicas de aquel período, con la *Rivista de diritto finanziario e scienza delle finanze* fundada por Griziotti. Achille Donato Giannini,<sup>21</sup> catedrático de ciencia de las finanzas y derecho financiero en la Universidad de Bari, elaboró con rigor los conceptos fundamentales de aquel sector esencial del derecho financiero constituido por el derecho tributario. Éste, a su vez, fue maestro de Nicola D'Amati, quien, como digno descendiente y estimulado por los contactos científicos que tuvo también con Ranelletti directamente, asumió con empeño la investigación y la enseñanza del derecho tributario y financiero dictado desde la cátedra de ciencia de las finanzas y derecho financiero, garantizando la continuidad de esta corriente metodológica hasta el fin del siglo XX. Valioso ha sido el aporte de D'Amati<sup>22</sup> al análisis del pensamiento de Ranelletti.

---

se fundó en 1781, pero en Sicilia, gracias también a los docentes de las universidades de Catania, fundada en 1434, y Messina, se afirmó una importante tradición didáctica que privilegió el derecho tributario. En la Universidad de Palermo se inició en 1957.

20. *Appunti di diritto finanziario*, Soc. Foro It. Roma, 1936, "Sull'autonomia del diritto finanziario", en *Annali del Seminario giuridico-economico dell'Università di Bari*, tomo II, 1936, p. 73. *Principi di diritto tributario*, Bari, Macri, 1938. Luego se trasladó, por razones políticas, a los Estados Unidos. La *Rivista italiana di diritto finanziario* era dirigida por Giorgio Tesoro, Achille Donato Giannini y otros.

21. El tributarista de Puglia (nacido en 1888 en Foggia y muerto en Roma en 1965) fue, junto con Antonio Berliri (autor de *Principi di diritto tributario*, Milano, Giuffrè, en tres volúmenes de los cuales el tercero fue publicado en 1964), el punto de referencia de la doctrina también de lengua española. Giannini fue autor de *Elementi di diritto finanziario e contabilità di Stato*, Milano, Giuffrè, 1936, y del famoso manual, publicado en varias ediciones por la editorial Giuffrè de Milán, *Istituzioni di diritto tributario* (la novena edición, a cargo de Romanelli-Grimaldi, es de 1965). Relevantes son, en efecto, los *Concetti fondamentali del diritto tributario*, Utet, Torino, 1956, que constituye el primer volumen del *Trattato di diritto tributario* el cual se compone de catorce volúmenes, de los cuales dos (II y III) son dedicados al contencioso, a las sanciones y a los otros tributos individuales.

Giannini enseñó derecho administrativo (en las universidades de Cagliari –de 1936 a 1939– y de Trieste –de 1940 a 1941–) y ciencia de las finanzas y derecho financiero en la Universidad Católica Sacro Cuore de Milán hasta 1947, año en el cual fue llamado por la Universidad de Bari, capital de su región natal, la Puglia.

22. El "Diritto finanziario di Oreste Ranelletti", en *Dir. e prat. trib.*, tomo I, 1954, p. 174. D'Amati, nacido en Bari el 9 de julio de 1928, aunque de origen lucano (Irsina), observa que la divergencia del derecho financiero de la ciencia de las finanzas no se detiene en la diferencia del punto de vista desde el cual las dos disciplinas estudian el fenómeno financiero de la adquisición y el empleo, por parte de las entidades públicas, de las riquezas necesarias para la producción de los servicios públicos, siendo en muchos casos diferente la problemática misma que forma el objeto. Las dos disciplinas, precisa él, no solo difieren entre ellas porque estudian, cuando existe identidad del objeto tomado en consideración, el mismo fenómeno desde puntos de vista divergentes, sino también porque con-



En 1925, Ranelletti fue llamado a enseñar en la Universidad de Milán, no lejos de la Universidad de Pavía a donde, cinco años antes, se había trasladado Griziotti. La región de Lombardia representó, por lo tanto, en los años veinte el área iluminante de la esfera didáctica en la cual estaban comprometidos los ideadores de las dos metodologías. Sobre estos solidísimos cimientos se levantaría la escuela milanesa.

---

sideran aspectos muy distintos del mismo hecho. En realidad, señala D'Amati, si bien la primera expresión es indiscutible y evidente, no es igual de clara la comprensión de la segunda expresión: objeto de la ciencia de las finanzas es la actividad del Estado que busca los medios aptos para procurar los fines que se propone, mientras que el derecho financiero tiende a la construcción de un sistema de relaciones que permita al Estado, en las formas que cada vez aparecen más oportunas, adquirir y posteriormente erogar los medios necesarios para la producción y el funcionamiento de los servicios públicos. Y esto no puede determinar, anota, con relación a la primera y más superficial observación de los fenómenos financieros, el convencimiento de la absoluta identidad del objeto de la ciencia de las finanzas y del derecho financiero que estudian, bajo aspectos diversos, el mismo fenómeno de la adquisición y del empleo de los recursos públicos. Sin embargo, observando de manera más cumplida la consideración jurídica del dato financiero, él aclara que surge la necesidad de separar los dos diversos aspectos de los cuales esta consideración, aparentemente unitaria, se compone: el proceso nomogenético con el cual está estrechamente relacionada la actividad hermenéutica; la elaboración científica que construye, sobre una base lógico-jurídica, un sistema de principios generales y de derivaciones especiales. Según el parecer de D'Amati, el primer aspecto, puesto que expresa la resultante de la totalidad ético-social de un determinado ordenamiento político, recibe de la realidad fenoménica y espiritual un colorido y una vitalidad que permite a la norma individual superar su misma formulación originaria y por lo tanto está relacionado con todos los aspectos de la vida social tomados en consideración. Bajo este perfil, nunca se podrá desconocer la imprescindibilidad de la conexión de la ciencia de las finanzas con el derecho financiero, a fin de la exacta y precisa determinación del contenido de las diferentes normas. Diferente es el realce que él da al segundo aspecto de la consideración jurídica de la finanza pública, la cual, a fin de construir un armazón dogmático, solo puede utilizar instrumentos y conceptos jurídicos y, bajo este perfil adicional, el derecho financiero reivindica necesariamente una autonomía exploradora propia, siendo su problemática exclusiva y de tal naturaleza que no puede recibir de la economía ninguna contribución apreciable.

De lo contrario, a la observación usual en doctrina sobre las dificultades que presenta la enseñanza conjunta de la ciencia de las finanzas y del derecho financiero, sería fácil para D'Amati objetar que, una vez superados esos obstáculos, se disfrutaría cuanto menos del resultado de una investigación completa y exhaustiva, mientras que, en cambio, un estudio que quisiera apurar el fenómeno financiero en todos sus aspectos políticos, económicos, jurídicos y sociológicos, reuniría, en sustancia, problemas tan distintos que parecería afecto de elefantiasis.

Naturalmente, el reconocimiento de la separación científica y didáctica de las dos disciplinas financieras, no debe arrojar como resultado, por las razones por él expuestas, su recíproco aislamiento, puesto que primero que todo la interpretación de las normas financieras es casi imposible sin una preventiva definición económica de la base sobre la cual la imposición incide y además muchos capítulos de la ciencia de las finanzas tienen por objeto el estudio del efecto de una norma jurídica. Esta íntima soldadura recíproca de todos los aspectos de la Hacienda es, según D'Amati, dentro de la consideración científica, fecunda de resultados, siempre y cuando sea previamente precisada la línea de demarcación existente entre ellos.

Entonces, según él, es posible, consecuentemente con la mejor doctrina general del Derecho que ha reconocido la enorme importancia, a fin de la interpretación de las leyes y de los factores económico-sociales que constituyen la especie, proceder a la construcción de un sistema de derecho finan-

Termina así la primera fase del proceso de evolución didáctica del Derecho financiero. Las dos metodologías paralelas de enseñanza del derecho financiero, conducidas por Griziotti y Ranelletti, respectivamente, han alcanzado un resultado decisivo, dando así impulso a la segunda fase.

---

ciero, rigurosamente jurídico, pero al mismo tiempo abierto a todos los resultados no solo alcanzados por la ciencia de las finanzas, sino también de todas las otras ciencias políticas, económicas y sociológicas que estudian el fenómeno financiero.

De tales elaboraciones surgen más convincentes las argumentaciones con base en las cuales se justifica ya no la vinculación a una única enseñanza de la ciencia de las finanzas y del derecho financiero, sino sus intensas conexiones.

Ranelletti, a quien el Prof. Gustavo del Vecchio (autor de *L'introduzione alla finanza pubblica*, Padua, 1957) había transmitido el extracto del artículo de D'Amati, contestó con la carta que incluimos a continuación y que contiene algunas consideraciones sobre la enseñanza del Derecho financiero por cierto merecedoras de ser divulgadas y publicadas en la misma revista *Dir e prat. trib.*, (tomo I, 1954, 238):

“Apreciadísimo y estimado Profesor, los extractos, que usted tuvo la atenta amabilidad de enviarme y la carta, también muy gentil (como siempre) que les acompaña, me dieron realmente mucho gusto, más que por mi y mis viejas lecciones, por su Instituto y por su joven y valioso asistente.

Con grande confortación he apreciado que un Instituto de Economía y Finanza en Italia cuida el estudio, además de la ciencia de las finanzas, del derecho financiero, puesto que la altísima importancia, doctrinal y práctica, de esta *importantísima rama de nuestro derecho público* encuentra en los jóvenes una absoluta falta de preparación por parte de nuestra Universidad.

El origen de aquellas lecciones se debió justamente a esta exigencia. Cuando, por solicitud del Senador Rector Mangiagalli, el Ministro de aquel entonces ordenó mi traslado a Milán en 1924 para la organización de la nueva Universidad milanesa y luego para el ordenamiento de la Facultad de Jurisprudencia (materias y docentes), yo, considerando que la Facultad de Jurisprudencia tiene como fin principal el de formar los jóvenes para la vida jurídica nacional y que por ende las materias económicas y políticas debían estudiarse también como presupuesto y base de aquellas jurídicas, propuse (y fue aceptado) que los términos del binomio: “Ciencia de las finanzas y derecho financiero” se volcaran: “Derecho financiero y ciencia de las finanzas”. Sin embargo, después de algunos meses de búsqueda, la Facultad, por no haber encontrado quien asumiera esa enseñanza, me pidió que la impartiera yo como responsable de la innovación. Así nacieron aquel curso y aquellas lecciones que dicté por cinco años. Pero, posteriormente, debido a la muerte del Prof. Gobbi y al retiro (por razones políticas) de otro docente, el Prof. Mortara lamentó la deficiencia de la enseñanza de las materias económicas en la Universidad: yo puse mi cargo a disposición de la Facultad. Y fue llamado de Pisa el Profesor Borgatta. Así terminó el curso de derecho financiero (entendido así como es necesario entenderlo) y se regresó a la ciencia de las finanzas con alguna referencia a la ley tributaria. Aquellas lecciones, entonces, (recogidas por un estudiante, hoy en día profesor Scherillo de historia del derecho romano aquí en Milán) se cerraron en 1928. Y sobre ellas nunca más he vuelto a... Reciba mi más atento saludo, O. Ranelletti”.

Comparar además, sobre estos temas, el apreciable trabajo de D'Amati, “Il diritto tributario e la tradizione giuridico-finanziaria italiana”, en *Riv. trib.*, No. 6, 1958; “Nozione critica del diritto finanziario”, en *Dir e prat. trib.*, tomo I, 1957, p. 209; “Il discorso sul metodo nel diritto finanziario”, en *Jus*, 1959, p. 39; “Le basi storiche e sistematiche dell'autonomia del Diritto finanziario”, en *Dir e prat. trib.*, tomo I, 1982, p. 3; *Teoria e critica del diritto finanziario*, Bari, 1981; y, “Unità e sistematicità del diritto finanziario”, en *Dir. e prat. trib.*, tomo I, 1988, p. 3.

## **LAS DOS CORRIENTES EN LA ENSEÑANZA DE LA CIENCIA DE LAS FINANZAS<sup>23</sup> Y DEL DERECHO FINANCIERO IMPARTIDA POR LOS JURISTAS**

La metodología de Griziotti utilizó en el ordenamiento didáctico una enseñanza fundamental que comprendía también el derecho financiero. Sin embargo, esta metodología, basada en una enseñanza “integrada” del derecho financiero y la ciencia de las finanzas, no recibió una aceptación considerable.<sup>24</sup>

Por el otro lado, la metodología de Ranelletti se desarrolló en el ámbito de otra enseñanza fundamental la cual no contenía de forma explícita el derecho financiero que, por ende, era visto como un sector del derecho administrativo. En el plano didáctico, el contacto con la ciencia de las finanzas era mucho más moderado. Aún no existían las condiciones para lograr la inserción, en el ordenamiento didáctico, de la enseñanza del derecho financiero, una disciplina que estaba en curso de formación. A partir de este momento, entonces, los cultores del derecho tributario y financiero tuvieron la oportunidad de enseñar desde las cátedras de ciencia de las finanzas y derecho financiero, fundamentales en las facultades de Jurisprudencia y de Economía y Comercio, cátedras que siempre habían sido dictadas por economistas, quienes, debido a la debilitación del método integralista, seguían enseñando solo ciencia de las finanzas, de vez en cuando con alguna superficial referencia al derecho financiero.

La línea jurídico-financiera, en efecto, se articuló en el ámbito de dicha cátedra de ciencia de las finanzas y derecho financiero o del solo derecho financiero, en dos direcciones: una primera corriente impulsada por el noble fin de dictar desde una cátedra obligatoria la enseñanza del derecho tributario, considerado opcional en aquellas facultades donde su enseñanza se había instituido.

---

23. Disciplina económica también conocida como Hacienda Pública o Ciencia de la Hacienda.

24. “Su di un recente tentativo di ricostruzione storica della teoria della finanza pubblica in Italia”, en *Riv. Dir. fin. Sc. fin.*, 1995, p. 3, refiriéndose a la concepción de Griziotti, Domenicantonio Fausto observa que se trata de una línea metodológica no por todos compartida y que, con el pasar de los años, sus mismos alumnos Pugliese, Vanoni, Pesenti, Steve, Parravicini y Forte (para recordar solo los mayores) no siempre han seguido observando, pero que sigue siendo siempre una parte inseparable de los contenidos de la tradición italiana de la Hacienda pública. Ver, también de Fausto, “La polemica sull’unità disciplinare tra Scienza delle finanze e Diritto finanziario”, en *Il pensiero economico italiano fra le due guerre (1915-1943)*, *Quaderni di storia economico-politica*, tomo VII, 1990, p. 223.

Algunos catedráticos de derecho administrativo impartían, como suplentes, las cátedras de ciencia de las finanzas y derecho financiero para desde ahí enseñar en efecto el derecho tributario. Entre ellos figuran Giovanni Miele hasta 1978 y Enzo Capaccioli, quien fue también catedrático de derecho tributario hasta 1969.

A partir de 1948, la Universidad Católica Sacro Cuore de Milán llamó, para dictar la cátedra de ciencia de las finanzas y derecho financiero, hasta ese entonces impartida por Achille Donato Giannini quien a su vez se trasladaba a la Universidad de Bari, a Enrico Allorio<sup>25</sup> quien provenía de la enseñanza de procedimiento civil, enseñanza a la cual volvió luego, cuando pasó a la Universidad Estatal de Milán.

Con el apreciable fin de promover el crecimiento progresivo de nuevas generaciones de docentes en las disciplinas jurídico-tributarias, continuó el momento de elevadísima calificación con el traslado, en la Universidad de Roma, del derecho procesal civil al derecho tributario, de otro grande maestro, Gian Antonio Micheli.<sup>26</sup>

El escaso grupo de ganadores de los primeros concursos de derecho tributario, quienes, en calidad de titulares, dictaron las cátedras de ciencia de las finanzas y derecho financiero en la segunda mitad del siglo XX, estuvo compuesto por Víctor Uckmar (quien de manera brillante siguió los pasos de su padre Antonio, fundador en 1929 de la Revista *Diritto e pratica tributaria*) y su alumno Corrado Magnani en la Universidad de Génova, por Enrico de Mita, quien volvió al derecho tributario a principios de los años noventa como alumno y sucesor de Allorio en la Universidad Católica de Milán, por Gaetano Liccardo, primero en la Universidad de Nápoles y luego en

---

25. Nacido en Vercelli el 14 de julio de 1914, profesor titular de derecho procesal civil desde 1940 en Macerata y desde 1941 en Padua, fue profesor titular de ciencia de las finanzas y derecho financiero en la Universidad Católica del Sacro Cuore de Milán de 1948 a 1974 y nuevamente profesor titular de derecho procesal civil en la Universidad Estatal de Milán. Fue autor de *Diritto processuale tributario*, Torino, Utet, 1969 (quinta edición). La Universidad Católica ya había mostrado sensibilidad para esa línea por haber llamado Piero Bodda, ya titular de derecho administrativo desde 1933 en las universidades de Messina, Pavia y Turín, a impartir esa cátedra.

26. Nació en Milán en 1913 y murió en Roma en 1980. Fue profesor titular de procedimiento civil en las universidades de Parma (1938-1940), de Messina (1942-1943), de Urbino (1943-45), de Bari (1946-1948), de Parma (1949-1956) y de Florencia (1957-1962) y de derecho tributario desde 1963 a 1964 en la Universidad de Roma, donde fundó una importante escuela que cuenta con numerosos y reconocidos docentes. Alumnos de Micheli fueron Fantozzi, Fedele, Gallo, Lupi, Perrone, Puoti y Tremonti, todos titulares actualmente de derecho tributario en las universidades de Roma. Ver la voz "Diritto tributario e diritto finanziario", en *Enciclopedia del diritto*, tomo XII, Milano, 1964, p. 1119, y *Corso di diritto tributario*, Torino, Utet, 1970, que alcanzó la séptima edición en 1984.

la Segunda Universidad de Nápoles, y por Andrea Parlato en la Universidad de Palermo desde 1971.

En cambio, la segunda corriente de la línea jurídico-financiera se adhirió más a la enseñanza de Ranelletti, dedicándose con empeño al estudio y a la enseñanza del derecho financiero.

El objetivo era el de mantener viva la enseñanza del derecho financiero con el propósito de estimular una reforma del ordenamiento didáctico que extrapolara esta disciplina de la enseñanza de ciencia de las finanzas y derecho financiero, la cual, por lo tanto, se había vuelto, con la excepción de algunos casos, dominio de los economistas.

En un principio, trabajan en esta dirección precisamente dos de los principales alumnos juristas de Griziotti: Mario Pugliese y Ezio Vanoni.

Pugliese, catedrático de derecho financiero en la Universidad de Trieste, es el autor de *Istituzioni di Diritto finanziario-Diritto tributario*.<sup>27</sup> Confía él en que sus “Istituzioni” puedan brindar una contribución al desarrollo de los estudios de derecho financiero en Italia y constituir, al mismo tiempo, un instrumento útil para la enseñanza en nuestras universidades de esta materia, con la cual se relacionan “intereses tan importantes de los particulares y del Estado”.

Vanoni, catedrático de ciencia de las finanzas y derecho financiero en las universidades de Cagliari, Padua, Venecia y Milán, publicó la primera monografía italiana sobre el tema metodológico.<sup>28</sup>

- 
27. Cedam, Padua, 1937, originado de un curso universitario, litografiado. Nació en Bologna en 1903. En el periodo 1934-1938 fue titular de derecho financiero y ciencia de las finanzas en las universidades de Trieste y desde 1939 de derecho financiero en la Universidad de Córdoba en Argentina, donde murió en 1940. Lo sucedió, por indicación de Griziotti, Dino Jarach –nacido en Milán en 1915 y muerto en Buenos Aires en 1996– quien permaneció en la Universidad de Córdoba hasta 1951. De 1951 a 1961 impartió las cátedras de finanzas públicas y derecho financiero en el Instituto Tecnológico del Sur y de 1961 a 1974 la cátedra de Finanzas Públicas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Fue autor de dos obras consideradas clásicas en la materia: *El hecho imponible*, tercera edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, y *Curso superior de derecho tributario*. Relevante fue la contribución de ambos, junto con el español Gabriel Franco, a la enseñanza del derecho tributario y financiero en las universidades de América Latina.
28. *Natura e interpretazione delle leggi tributarie*, Padua, 1932, publicado nuevamente en *Opere giuridiche*, tomo I, Milano, 1961, p. 299. Interesantes son sus *Lezioni di scienza delle finanze e diritto finanziario*, Roma, Officine Arti Grafiche, 1934. Nació en Morbegno (Sondrio) en 1903 y murió en Roma en 1956.

## LA AUTONOMÍA DEL CONTENIDO CONCEPTUAL DESTACADO POR D'ALESSIO E INGROSSO COMO OBJETO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO FINANCIERO

La escuela jurídico-financiera napolitana,<sup>29</sup> fiel a la corriente de Ranelletti, se fortaleció mucho en aquel período por mérito de Francesco D'Alessio y Gustavo Ingrosso.

D'Alessio, catedrático de derecho financiero y ciencia de las finanzas en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Nápoles, es autor de una publicación, impresa por la misma Facultad, titulada *Corso di diritto finanziario*,<sup>30</sup> que contiene sus lecciones recogidas por un alumno. Afirma éste en la presentación que, con la reciente reforma relativa al ordenamiento de los estudios superiores, la antigua y tradicional cátedra de "Ciencia de las finanzas y derecho financiero", dictada en la universidad napolitana por ilustres economistas, se ha convertido en la de "Derecho financiero y ciencia de las finanzas", cuya titularidad ha sido confiada a un jurista, Francesco D'Alessio, desde 1915 catedrático de derecho administrativo en las mayores universidades. Sin embargo, aún en forma de lecciones, observa el alumno, la materia está distribuida orgánicamente, de acuerdo a un sistema científico preordenado por el maestro, quien emprendió "tal vez el primero en Italia" la reconstrucción de un cuadro completo de la parte general del derecho financiero que armonice el análisis del derecho positivo con los principios dogmáticos de la ciencia jurídica.

Ingrosso, en cambio, fue profesor de "Contabilidad del Estado" en la misma Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Nápoles hasta 1925 y, durante el período 1935-1946, publicó en tres volúmenes *Istituzioni di Diritto finanziario*, texto que adoptó en calidad no tanto de catedrático de Contabilidad del Estado, como sí de profesor suplente de ciencia de las finanzas y derecho financiero en la misma Facultad desde 1949 hasta 1952. En 1954

---

29. En relación con sectores específicos, ver, E. Scandale, *La riscossione delle imposte dirette*, Nápoles, Jovene, 1933, y M. Di Lorenzo, Nápoles, Jovene, 1934.

30. Nacido en Montescaglioso (Basilicata) el 27 de mayo de 1886 y muerto el 2 de abril de 1949. Tal *Corso* fue publicado en tres volúmenes (entregas) también recogidos en uno solo, Nápoles, Jovene, 1937, en donde a partir de la página 25 empieza un interesante análisis de las relaciones con las otras disciplinas. D'Alessio es también autor de "Premesse allo studio del diritto finanziario", en *Riv. it. Dir. fin.*, tomo I, 1937, p. 111. No obstante, en realidad la contribución de D'Alessio no se traduce aun en una reivindicación motivada de autonomía del Derecho financiero. Así también D'Amelio, "L'autonomia del Diritto ed in particolare del diritto finanziario nell'unità del Diritto", en *Riv. Dir. fin. Sc. fin.*, tomo I, 1941, p. 1.

volvió a elaborar esos tres volúmenes en un amplio manual de *Diritto finanziario*.<sup>31</sup>

El compromiso principal de Ingresso consistió en trasladar la metodología didáctica de Ranelletti, arraigada fundamentalmente en los principios de derecho administrativo, al mismo contexto didáctico en el cual se ubicó la de Griziotti, es decir, en el ámbito de las cátedras de ciencia de las finanzas y derecho financiero.

Ingresso, al igual que Ranelletti y D'Alessio, comparte el planteamiento de Griziotti, puesto que concuerda con la unidad del fenómeno financiero. Él observa que en la base de todo sistema financiero está la actividad financiera, expresión de la soberanía del Estado que se manifiesta con el ejercicio de la potestad de imperio. Considera que los procedimientos que la administración financiera adopta para alcanzar los fines del Estado afectan una materia que es económica.

Sin embargo, Ingresso hace una notable contribución a la determinación del objeto del derecho financiero, señalando dos momentos de la actividad financiera: el primero, que precede su manifestación como acto jurídico; el segundo, que coincide con ella. Tales momentos son objeto de dos disciplinas: el primero, económico-social, es estudiado por la ciencia de las finanzas y por la política financiera. Dada la "identidad de la materia de estudio", él considera que el derecho financiero, relacionado con el segundo momento, evidencia vínculos estrechos de conexión con las otras dos disciplinas e intercambia con ellas los frutos respectivos de la elaboración. Tal como el derecho financiero presupone el conocimiento de los motivos económicos y sociales de los institutos positivos de los cuales contiene el régimen jurídico, así recíprocamente la ciencia de las finanzas, para llegar a la individuación y a la reconstrucción teórica de las leyes constantes y necesarias de los

---

31. Publicado por Jovene, Nápoles, ver en particular pp. 6 y 31. Ingresso, nacido en Gallipoli (Puglia), el 2 de mayo de 1877, ganó el concurso para la cátedra de Derecho Administrativo en 1926; a pesar de ello, el Ministro no le dio curso por razones de orden político. La carrera de Ingresso fue reconstruida y, por ende, fue admitido nuevamente en servicio cómo titular de Contabilidad del Estado desde el 1 de noviembre de 1943 y jubilado el 1 de noviembre de 1952. A partir del año académico 1949-1950 también estuvo a cargo de Ciencia de las Finanzas y Derecho financiero en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Nápoles. Él restableció la línea jurídica sucediendo en la enseñanza a Francesco Saverio Nitti, quien como titular de Ciencia de las Finanzas y Derecho financiero en la misma Facultad, había abandonado voluntariamente la enseñanza el 16 de octubre de 1921 para no someterse a los principios políticos de la época, pero admitido nuevamente en servicio desde el 1 de abril de 1944 después que el profesor Celestino Arena había dejado dicha cátedra en el año 1942, por haber sido trasladado a la Facultad de Economía y Comercio de la Universidad de Nápoles.

fenómenos financieros, debe tener en cuenta los términos en los cuales ellos han sido acogidos por las legislaciones positivas. Sin embargo, Ingresso<sup>32</sup> agrega que, si bien es común la materia de estudio, bien distinto es el respectivo campo teórico del derecho financiero y de las otras disciplinas financieras que son sociales.

Por lo tanto, Ingresso está de acuerdo con Griziotti en considerar idéntico el objeto de estudio, pero se distancia de él cuando separa el “campo teórico” de las dos disciplinas, uno jurídico y uno económico. Rechaza, entonces, una visión integralista y reivindica la autonomía del contenido conceptual jurídico, aun confirmando las conexiones atribuidas por la escuela de Pavía.

Pero, lo más interesante es la reivindicación de la dignidad científica del derecho financiero.<sup>33</sup> Ingresso observa que la doble consideración de la identidad de materia —objeto de estudio del derecho financiero y de la ciencia de las finanzas— y del carácter eminentemente teórico de esta cultura, ha generado la opinión equivocada que el derecho financiero, como producto de la legislación positiva, deba considerarse un “dato comprobado”, con la consecuencia que el fenómeno financiero, como acto jurídico, no se considera susceptible y digno de un tratamiento científico. Los motivos de esta condena son el carácter contingente y sobre todo la inestabilidad de los institutos financieros positivos que imposibilitarían la formación de un sistema teórico de los principios.

La notable contribución de Ingresso fue la de demostrar el contrario, es decir, la existencia de un fondo común y constante de reglas y principios que obedecen a exigencias teóricas de naturaleza jurídica, política y social vinculadas, por necesaria derivación ideológica, a la doctrina general del Estado y, más precisamente, a las relaciones de derecho público, como son el procedimiento tributario, las garantías del ciudadano en materia de presupuesto y el sistema de la jurisdicción y de los controles de la *Corte dei Conti*.

Ingresso<sup>34</sup> reconoce la “especificación” y los “particularismos” del derecho tributario correspondientes a una exigencia teórica. Sin embargo,<sup>35</sup> sustenta que las diferentes partes que componen el derecho financiero pueden

---

32. *Diritto finanziario*, Nápoles, Jovene, 1954, p. 10.

33. *Ibid.*, p. 10, nota 1.

34. *Ibid.*, p. 14.

35. *Ibid.*, p. 17.



reconducirse a una unidad desde el punto de vista conceptual. El único hilo conductor, es decir, el único principio de unidad orgánica, en el derecho financiero es el factor económico (criterio cualitativo).<sup>36</sup> De esta manera, Ingresso magistralmente ha continuado la construcción de la escuela napolitana.

Alumno suyo fue Gaetano Liccardo, primero catedrático de ciencia de las finanzas y derecho financiero en la Universidad de Nápoles Federico II y luego en la Segunda Universidad de Nápoles a partir de su fundación.

### **SAINZ DE BUJANDA Y LA INFLUENCIA DE SU PENSAMIENTO EN LA INSTITUCIÓN DE LAS CÁTEDRAS DE “DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO” EN ESPAÑA**

El mérito de haber dado impulso a la investigación científica y a la enseñanza del Derecho financiero en España debe atribuirse indiscutiblemente a Fernando Sainz de Bujanda, catedrático de derecho financiero y tributario en la Universidad Complutense de Madrid.

El primer momento es meramente científico, caracterizado fundamentalmente por las contribuciones de Sainz de Bujanda, aportadas entre los años 1945 a 1970<sup>37</sup> y recogidas en seis volúmenes de la colección *Hacienda y Derecho*.

La irreprochabilidad de su orientación<sup>38</sup> está demostrada por la elección del siguiente pasaje tomado de un escrito de Carnelutti, ya analizado por Griziotti, y que Sainz de Bujanda quiso poner a lado del título del primer volumen de su *Sistema*: “Es mejor estudiar el fenómeno financiero con profundidad desde un solo lado, que no desde todos los lados de la superficie,

---

36. *Ibid.*, p. 14.

37. El Maestro dejó un gran vacío entre sus numerosos alumnos, pues falleció en la primavera de 1999. Ver sus trabajos: “Concepto y contenido del derecho financiero”, en *Revista de derecho privado*, 1945; “La autonomía del Derecho financiero, Aspectos científicos y didácticos”, en *Hacienda y Derecho*, tomo II, Madrid, 1962, p. 47. Sainz de Bujanda es autor también de una obra majestuosa, el *Sistema de derecho financiero*, subdividida en dos volúmenes publicados en 1977 y 1985, respectivamente.

38. Notable es la sucesiva difusión de tal interés científico. Ver, De Juano, “La crisis del Derecho y el derecho financiero”, en *Derecho fiscal*, 1967, p. 1407; Canetero-Pérez, *Derecho financiero*, Madrid, 1968; J. Lasarte Álvarez, “Notas para la historiografía del Derecho financiero”, en *Revista española de derecho financiero*, No. 1, 1974, “El valor formativo del derecho financiero”, en *Hacienda y Derecho*, tomo VI, Madrid, 1973. Fundamental es el trabajo de Eusebio González García, “Derecho fiscal, derecho financiero y derecho tributario”, en *Revista de derecho financiero y de Hacienda Pública*, No. 104, 1973, p. 393.

como puede hacerse con una media cultura; tampoco es necesario agregar que cuando el fenómeno financiero lo estudia el jurista, debe estudiarlo como jurista, es decir, con sus métodos y con sus principios”.

Este concepto es afianzado por Sainz de Bujanda, según el cual el derecho financiero, considerado como disciplina científica, es aquella parte del Derecho que atiende al estudio de la actividad financiera de las entidades públicas, ya que dicha actividad parece calificarse, por sus connotaciones conceptuales, como jurídica.<sup>39</sup> Él dedica mucho espacio a esa temática, analizando las diferentes teorías sobre la autonomía del derecho financiero respecto a las disciplinas científicas no jurídicas.<sup>40</sup> Sainz de Bujanda, sobre la base de un conocimiento profundo de las teorías elaboradas por los estudiosos italianos, considera<sup>41</sup> que el jurista debe saber interpretar y aplicar el derecho, enseñarlo y tomar parte en su creación.

Cuando el jurista toma en consideración los resultados de la ciencia de las finanzas, no quiere decir que debe confundirlos con aquellos proporcionados por el Derecho. En el plano operativo, los criterios anteriormente expresados actúan con mayor flexibilidad, siempre y cuando se adopten las precauciones indispensables para garantizar el conocimiento estrictamente jurídico. En el plano de la producción normativa, la contribución del jurista consiste en incluir, en el campo legislativo formal, los conceptos elaborados por la teoría económica de la hacienda pública, teniendo en consideración la realidad socioeconómica sobre la cual opera el Derecho.

El planteamiento dogmático de Sainz de Bujanda, fundado en el análisis del estado de evolución de la ciencia jurídica financiera en Italia, expresa un progreso significativo porque consolida la autonomía científica y didáctica del derecho financiero de la ciencia de las finanzas, ya evidenciada por In-grosso.

El segundo momento fue científico-legislativo y coincidió con el estudio del proyecto de la *Ley General Tributaria*<sup>42</sup> de 1963. Por casi dos años es-

---

39. *Sistema de derecho financiero*, tomo I, Madrid, 1977, p. 322.

40. *Ibid.*, p. 339.

41. *Ibid.*, p. 385.

42. En España, el debate se encendió sobre el art. 25 de la Ley General Tributaria la cual en el punto 3 establece que, cuando el hecho imponible se remite a conceptos económicos, el criterio para calificarlo tendrá en cuenta la situación y las relaciones económicas existentes, independientemente de la forma jurídica que se utiliza. Eugenio Simón Acosta (*El derecho financiero y la ciencia jurídica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Belonia, 1985) afirma que, a través de la interpretación teleológica la cual se orienta hacia el significado técnico económico, los conceptos de naturaleza económica entran en el derecho financiero. Sin embargo, por medio del método “principalista” no

tuvo comprometida en este diseño una Comisión de la cual formaron parte las más ilustres figuras de docentes de la época, entre los cuales estaba el mismo Sainz de Bujanda.

El tercer momento, que es el que más interesa, fue científico-didáctico. Desde 1970 se desmembró la enseñanza común de “Economía política, ciencia de las finanzas y derecho tributario” y se instituyeron las primeras cinco cátedras de “Derecho financiero y tributario”. Ciertamente, los estudios de Sainz de Bujanda influenciaron el acoplamiento, aún vigente en España, de las dos disciplinas jurídicas en una misma enseñanza. La intensa y constante evolución científica de los últimos treinta años del siglo XX es el resultado de las investigaciones realizadas por los cada vez más numerosos docentes españoles en todos los temas fundamentales del derecho tributario y, por una parte consistente de ellos, también sobre el derecho financiero. Con respecto a la comunidad científica jurídico-financiera y tributaria española, los docentes representan las actuales escuelas que se distinguen en dos áreas: la primera expresa una sola grande escuela que se declara jurídico-financiera además de jurídico-tributaria, reivindicando como maestro, naturalmente, a Sainz de Bujanda y que recoge casi dos tercios de los docentes distribuidos, con equilibrio, en tres líneas (andaluza, valenciana y madrileña); de la segunda área participa el otro tercio de los docentes quienes expresan dos escuelas jurídico-tributarias fundadas por Calvo Ortega y Pérez de Ayala respectivamente.

---

se puede sustituir la voluntad de la ley mediante el arbitrio interpretativo. El riesgo de la alteración del significado jurídico por parte del sentido económico es advertido por Victoria Eugenia Combarros Villanueva, “La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica”, en *Rev. esp. de der. fin.*, No. 44, 1984, p. 485; César Albiñana-García Quintana, “La interpretación económica de las leyes tributarias”, en *Rev. Der. fin. Hda. públ.*, No. 144, 1979, p. 1383; y José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de derecho financiero español*, Madrid, 1995, reconducen, sin embargo, la interpretación económica y la teleológica; Juan Martín Queralt y Carmelo Lozano Serrano, *Curso de derecho financiero y tributario*, Madrid, 1990, niegan que exista un hecho imponible de naturaleza jurídica en contraposición con uno económico. La unidad del derecho financiero está, sin embargo, garantizada por la constitución financiera, como observa Luis Sánchez Serrano, *Tratado de derecho financiero y tributario constitucional*, Madrid, 1998.

## LA CONTRIBUCIÓN DE ROMANELLI-GRIMALDI A LA INDIVIDUACIÓN DEL FENÓMENO JURÍDICO FINANCIERO COMO OBJETO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO FINANCIERO

Un fundamental paso hacia adelante en el conocimiento del objeto del derecho financiero fue dado, en el ámbito de la escuela jurídico-financiera napolitana, por Vincenzo Romanelli-Grimaldi.<sup>43</sup> En su valiosa prelucción “*Metodologia del diritto finanziario*” al curso de ciencia de las finanzas y derecho financiero en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Nápoles 1959-1960, que a partir de aquel año académico y hasta su escisión se formaría sin interrupciones con una dirección jurídica, él evidencia que las dos disciplinas contenidas en la misma asignatura tienen dos objetos distintos, es decir, el fenómeno económico-financiero y el fenómeno jurídico-financiero, respectivamente.

Se aprecia por sutileza y claridad el análisis con el cual Romanelli-Grimaldi demuestra cómo la expresión “fenómeno financiero” se presta para indicar dos conceptos diferentes. “Como se sabe —afirma el insigne jurista— la palabra fenómeno puede asumirse en dos significados. En un sentido, que podríamos definir técnico, indica una manifestación digna de observación y de la cual se estudian las causas. En otro sentido, simplemente significa cosa manifestada, manifestación, lo que aparece.

Ahora, si el primer significado puede, tal vez, adaptarse bien al objeto de la ciencia de las finanzas que, como ciencia económica, de tipo abstracto, matemático, busca las leyes causales o de interdependencia del hecho financiero, considerado en sí y por sí, o sea en su calidad íntima de finanza, es evidente de inmediato, *ictu oculi*, cómo la expresión, en el significado en el que se está considerando, sea del todo ajena al objeto de estudio del derecho financiero.

Cuando los juristas identifican el objeto del derecho financiero en el fenómeno financiero, se refieren a la primera expresión, la del fenómeno en el sentido de cosa manifestada por la realidad jurídica, en contraposición con, o, más bien, distinta de la realidad efectiva de la manifestación social; y, en la conexión con el otro término financiero, no quieren en absoluto referirse al concepto de finanza considerado en sí y por sí y en su calidad íntima; si no que, sobreentendiendo entre las dos expresiones de fenómeno financiero la otra de jurídico, se

---

43. Nació en Nápoles en 1904 y murió en Turín en 1963. Trasladado de la Universidad de Pisa, donde había sido titular de derecho administrativo, leyó dicha prelucción el 3 de diciembre de 1959, en *Rass. Dir. pubb.*, tomo I, 1960, p. 1, revista dirigida por Alfonso Tesaurò y editada por Jovene, Nápoles.

proponen llegar, con el término financiero, sólo a una identificación formal y exterior de la disciplina. En otras palabras, los juristas, cuando afirman que el derecho financiero tiene por objeto el fenómeno financiero, quieren, con esta fórmula, designar y circunscribir la esfera o, más bien, la materia en la cual interviene el Derecho.<sup>44</sup>

Romanelli-Grimaldi somete a un cuidadoso examen los numerosos inconvenientes de los cuales ha sido y todavía es causa la incidencia ejercida por la escuela integralista sobre los estudios financieros. Para convencerse de esto, observa, es suficiente ojear el primer manual de derecho tributario que se tenga a disposición para ahí encontrar definiciones, clasificaciones y organizaciones de conceptos que, si bien pueden tener relevancia en el campo económico, son del todo irrelevantes en la esfera jurídica; de este modo, es interesante, a manera de la ejemplificación, pensar en la distinción entre impuesto, tasa y contribución especial, términos que el legislador, en sus disposiciones, usa promiscuamente y sin un conocimiento claro de la definición que recibieron de la ciencia de las finanzas. Y en verdad, agrega él, la circunstancia que un hecho específico haya provocado una ventaja particular para cierta categoría de personas o un gasto peculiar para la entidad pública o, aun, se trate de un servicio indivisible o divisible dado por el Estado al contribuyente, es jurídicamente irrelevante cada vez que el legislador sea inducido a vincular a ese evento el nacimiento de una obligación legal regulada de manera totalmente idéntica a la de un impuesto típico; de igual manera es jurídicamente irrelevante la circunstancia que la obligación nazca automáticamente para el sujeto pasivo, sin que el mismo desarrolle una actividad, o que el nacimiento de la obligación se vincule a una iniciativa del sujeto mismo, a la cual la ley refiere el vínculo obligatorio.

Romanelli-Grimaldi considera que ninguna manifestación de la vida social puede ser indiferente para el jurista; obviamente, el conocimiento de las otras ciencias sociales le es de auxilio para evaluar y apreciar la realidad formal que el ordenamiento jurídico le presenta; naturalmente, anota, esto no quiere decir que las ciencias sociales deban fusionarse con la jurídica, sino que sencillamente ellas constituyen un presupuesto de la ciencia jurídica.

Acentuando el alejamiento de la escuela de Pavía, él pone en justo relieve los efectos que realmente produciría la teoría de Griziotti si se profundizara su análisis crítico. Es evidente, afirma Romanelli-Grimaldi, que con la concepción de la interpretación funcional se está más allá de cualquier lími-

---

44. *Rass. Dir. pubb.*, tomo I, 1960, p. 1.

te razonable en el que debe mantenerse cualquier interpretación, la cual, evidentemente, es investigación y no invención del Derecho y se está más allá de las exageraciones de la interpretación teleológica que, por otra parte, la misma doctrina integralista afirma superar. La investigación hermenéutica, agrega él, es convertida en licencia y, por así decirlo, se navega en pleno “Derecho libre”, que significa la anarquía del Derecho y que, además, debe considerarse excluido del ordenamiento jurídico italiano.

Los interesantes enfoques ofrecidos por Romanelli-Grimaldi amplían el horizonte, estimulando sucesivas reflexiones.

Desde la premisa que los objetos de la ciencia de las finanzas y del derecho financiero están incluidos en la misma actividad financiera, resulta, en efecto, arbitrario deducir que ésta constituya el mismo objeto de ambas ciencias. Es como opinar que la psicología y la cardiología, puesto que estudian al hombre, se caracterizan por la identidad de objeto, variando solo el aspecto bajo el cual se examina. Sin embargo, es claro que la referencia común al organismo humano y la relación que existe entre la actividad síquica y la fisiológica, puesta en evidencia por la psicología, no permiten en absoluto afirmar que no se trata de objetos de estudio diferentes, sino del mismo objeto examinado desde puntos de vista distintos.

Es, por lo tanto, equivocado opinar que el derecho financiero y la ciencia de las finanzas tienen por objeto la “actividad financiera”, que, en cuanto representa el límite dentro del cual operan diferentes ciencias, no puede constituir el objeto de ninguna de ellas. La lógica no está del todo en condición de seguir un método único y universalmente válido para cada objeto sobre el cual se refleja. Es cierto que la investigación científica constituye actividad cognitiva, pero ésta, a pesar de que asuma unos caracteres fundamentales, cuya existencia condiciona su naturaleza peculiar, se uniforma y se plasma de acuerdo a las exigencias propias de los diferentes fenómenos sobre los cuales actúa. Puesto que un fenómeno dado constituye el objeto de estudio del cultor de una ciencia individual, su método de investigación asume caracteres peculiares, aptos para distinguirlo del método seguido por cultores de otras ciencias. En consecuencia, entonces, cuando más investigaciones se realizan sobre un único fenómeno, no obstante se analice desde puntos de vista diferentes, es necesaria la coordinación de dichas investigaciones, ya que ellas siguen un método idéntico, impuesto por la exigencia de una visión unitaria del fenómeno mismo. Pero, si las dos investigaciones se reflejan sobre fenómenos completamente distintos, sus métodos asumen, naturalmente, caracteres propios. La investigación del cultor de la ciencia de las finanzas se diferencia netamente de la del estudioso del derecho finan-

ciero por las peculiaridades metodológicas, impuestas por la discriminación del objeto, al igual que la investigación del físico es disímil de la del filósofo. La investigación del economista asume, en efecto, un carácter prevalentemente causal, mientras que la investigación jurídica se muestra como posición y organización de relaciones de derecho.

## **LAS CONTRIBUCIONES DE SICA Y ABBAMONTE PARA RECONducIR EL FENÓMENO JURÍDICO FINANCIERO A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

La escuela jurídico-financiera napolitana siguió recorriendo este interesante camino gracias a Vincenzo Sica, inicialmente catedrático de derecho público y luego titular de la misma cátedra de ciencia de las finanzas y de derecho financiero de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Nápoles, quien, en su monografía *Bilancio dello Stato e programmazione economica (profili giuridici)*,<sup>45</sup> consolida en el plano constitucional la distinción neta entre los objetos de las dos disciplinas realizada por Romanelli-Grimaldi.

De hecho, él observa que cambia la materia misma de la investigación, ligada ya no a la conducta de los operadores públicos, a la medida de los efectos producidos sobre la economía del país, sino ligada a las calificaciones de los comportamientos de dichos sujetos y de sus organizaciones en el ejercicio de las situaciones referidas y reguladas por una determinada normativa y en el ámbito de las relaciones resultantes.

De la economía financiera se pasa entonces al derecho financiero, caracterizado y diferenciado de ella en su metodología y, antes que todo, en su mismo objeto.

Sica se da cuenta de la dificultad de diferenciación entre los tipos de evaluación de objetos asumidos, pero destaca que la identidad de los sujetos, que operan en el orden jurídico y en el orden económico, no impide su distinta relevancia en perspectivas y en sistemas de relaciones diferentes. Pone el acento no solo sobre la distinción neta entre los objetos de las dos disciplinas, sino también sobre el concepto unitario de un fenómeno jurídico financiero en expansión.<sup>46</sup>

---

45. Sica, nacido en Castel San Giorgio, provincia de Salerno, el 15 de diciembre de 1924 y fallecido prematuramente, publicó tal texto con la editorial Liguori, Nápoles en 1964.

46. *Bilancio dello Stato e programmazione economica (profili giuridici)*, Nápoles, Liguori, 1964, p. 7.

Sica, en efecto, observa que el ordenamiento estatal contemporáneo expresa, con correspondencia y en función de su mayor complejidad y especialización respecto a los ordenamientos estatales modernos, una fenomenología financiera por cierto más amplia y articulada. Además, advierte que el fenómeno financiero ha de asumirse en su entereza, en la complejidad unitaria de sus componentes y de sus factores para poder entender su estructura y sus lineamientos esenciales y los datos diferenciales, ya que dicha unidad no es solo una realidad lógica, resultado de la necesidad de evaluar la plenitud de un fenómeno, sino también la resultante positiva del mismo ordenamiento estatal asumido al igual que su sistema normativo.

A través de la rigurosa interpretación de las normas constitucionales que fijan las situaciones de los sujetos legitimados a operar en el ciclo completo de provisión, administración y gasto de los medios económicos, él analiza las esferas de competencia relativas, las actividades atribuidas y las relaciones subjetivas y objetivas.

De otra parte, destaca que también en el sector financiero<sup>47</sup> es radical la diferencia entre Estado contemporáneo y Estado moderno. En el primero, observa, toda la organización puede reconducirse a la comunidad, ya que la potestad tributaria se legitima a través de la inversión en los gastos públicos dirigidos a la realización de los fines de la colectividad, individuados por su organización representativa.

Es evidente que Sica continua el análisis de Romanelli-Grimaldi más específicamente sobre la base de la interpretación de las normas constitucionales en materia de presupuesto, confirmando la línea jurídica de la enseñanza. Por lo tanto, el fenómeno financiero es unitario, como observa Griziotti, pero no es único puesto que, de éste, existen dos: uno jurídico y otro económico.

Otro insigne maestro de la escuela napolitana jurídico-financiera es Giuseppe Abbamonte, el cual, ya antes catedrático de derecho constitucional, sucesor en la misma cátedra de ciencia de las finanzas y derecho financiero de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Nápoles y autor del *Corso di diritto finanziario*,<sup>48</sup> recoge la herencia didáctica de la cátedra y continua la misma línea trazada por Sica dirigida a fundar sobre bases constitucionales la decisiva y brillante intuición de Romanelli-Grimaldi.

En efecto, piensa Abbamonte, para demostrar la unidad del derecho fi-

---

47. *Ibid.*, p. 134.

48. Nápoles, Liguori, 1969. Nació en Nápoles el 17 de marzo de 1923.



nanciero, que la constitucionalidad de la ley tributaria y de la ley del gasto se funda sobre los mismos principios que se deducen de la relación entre estas dos leyes.

Él observa que la actividad financiera del Estado de bienestar desempeña la función de proveer los medios necesarios para las intervenciones redistributivas que son los instrumentos más idóneos para ejecutar la igualdad de hecho en la lógica de la extrafiscalidad. El asunto de la redistribución, advierte Abbamonte, se destaca cuando se observa la asignación de los ingresos, puesto que la actividad financiera no es inmediatamente un medio de redistribución. Por esto, él considera extremadamente útil la investigación de las consecuencias de la aplicación de una norma financiera, en sesión de control de legitimidad, especialmente con respecto a la igualdad de hecho. La obligación de perseguir esta garantía, puntualiza, rige tanto en el momento de institución de los tributos como en el que se delibera el gasto, en el cual, sin embargo, la evaluación debe realizarse con suficiente amplitud de opiniones, porque la deliberación del gasto ocurre de acuerdo a una serie muy compleja de motivos y la correlación entre ingresos y gastos proporciona elementos útiles para el control de legitimidad del gasto.

Abbamonte asocia la visión unitaria del fenómeno financiero en la Constitución con la correcta relación entre ciencia de las finanzas y derecho financiero. En efecto, anota<sup>49</sup> que, en sesión de delimitación del campo de la investigación jurídica, la cual no ha de confundirse con la económica, es necesario advertir la indispensable contribución de la ciencia de las finanzas para establecer si de las leyes procede la igualdad de trato.

A lado de las otras motivaciones, relativas a la exigencia de investigación y de enseñanza exclusivamente jurídica, Abbamonte coloca la importancia del papel unitario del derecho financiero desempeñado por el principio de redistribución.

---

49. *Corso di diritto finanziario*, Nápoles, Liguori, 1969, p. 36, y *Principi di diritto finanziario*, Nápoles, Liguori, 1975, p. 34. El valor de las contribuciones del profesor "emérito" es ilustrado en la presentación de *Scritti* en su honor, publicados por Jovene, Nápoles, 1999. Tales escritos contienen (tomo I, p. 163) una contribución de Álvaro Rodríguez Bereijo, catedrático de derecho financiero y tributario y, hasta 1999, presidente de la Corte Constitucional de España, quien me relató que el estudio del *Corso* de Abbamonte le amplió el horizonte.

## LA INFLUENCIA DE DICHAS CONTRIBUCIONES SOBRE EL ACTUAL RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO FINANCIERO

Inspirándome en la enseñanza de tantos ilustres maestros y con el orgullo de pertenencia a la escuela jurídico-financiera napolitana, he seguido recorriendo —en calidad de ganador en 1972 del concurso<sup>50</sup> de ciencia de las finanzas y derecho financiero y catedrático de dicha disciplina<sup>51</sup> desde 1978 en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Nápoles, denominada mientras tanto “Federico II” en homenaje a quien la fundó en 1224— el camino trazado por ellos, que nos ha conducido hasta la actual celebración del primer siglo de vida de la ciencia jurídica financiera.

Los análisis por mí desarrollados, en particular en el tema de la interpretación de la norma de derecho financiero<sup>52</sup> y de la función y reglamentación del presupuesto del Estado,<sup>53</sup> y luego objeto de una ulterior reflexión en mi

---

50. La victoria del concurso para la cátedra de ciencia de las finanzas y derecho financiero por parte de un jurista ha sido declarada legítima por el Consiglio di Stato, con decisión de la sección VI, No. 434 del 20 de diciembre de 1974 (en *Il Consiglio di Stato*, 1974, p. 1713). Este órgano, en efecto, estableció lo siguiente: “Las argumentaciones de los recurrentes se basan sobre una premisa de hecho indudablemente exacta, es decir que la cátedra en cuestión ha sido insertada, de manera prevalente, en el ámbito de los estudios jurídicos, con todas sus necesarias consecuencias con relación a la selección de los votantes, la valoración de la afinidad, los juicios sobre los trabajos de los candidatos y así sucesivamente: lo que, en cambio, no parece exacto es que dicha selección sea censurable sobre el plano formal al igual que sobre el de la congruidad y de la racionalidad. En efecto, es una constatación obvia, deducible de la denominación misma de la cátedra, que se trata de un curso con estructura compuesta, como bien lo han destacado los defensores de las partes en causa con citas doctrinarias de sentido opuesto, ambas válidas desde el respectivo punto de vista. Y si bien es cierto que en el pasado no han faltado los intentos para conducir hacia una unidad la originaria duplicidad de los objetos de la enseñanza, no se puede desconocer que actualmente recorran caminos completamente distintos, el uno absorbido nuevamente en aquel ámbito económico que le es propio, el otro reconstruido en términos rigurosamente jurídicos-públicos. Todo lo anterior, en el plano de la política legislativa, puede exigir un desdoblamiento de la cátedra, pero en el plano más concreto de la línea administrativa se traduce en un amplio poder discrecional acerca de la prevalencia de uno u otro aspecto, cuyo mérito no es juzgable en esta sede. Por otro lado, aparecen inconsistentes también las censuras de ilegitimidad, *sub specie* exceso de poder, centradas sobre el tema de la composición de los cuerpos electorales y de la mesa examinadora ya que, en la perspectiva escogida, es del todo lógico y consecuente considerar afín, a la materia en concurso, gran parte de las disciplinas jurídicas y en especial el derecho administrativo, del cual el tributario y el contable no son sino unos sectores relativamente autónomos... La falta de fundamento de todas las censuras impone concluir con el rechazo de ambos recursos”.

51. Después de la misma experiencia didáctica realizada en las facultades de Economía y Comercio de la Universidad de Cagliari y de Bari, lo mismo que en relación solo con el derecho financiero, en la Facultad napolitana de Ciencias Políticas, que tuve el honor de presidir.

52. *L'interpretazione della norma di diritto finanziario*, Nápoles, Jovene, 1965.

53. *Funzioni e disciplina del bilancio dello Stato*, Nápoles, Jovene, 1970.

manual *L'ordinamento giuridico finanziario*, que ha alcanzado en 1999<sup>54</sup> su sexta edición, me convencen que el jurista debe acercarse al ordenamiento financiero con método riguroso y particular que permita destacar todo el contenido económico real.

Resulta evidente el papel central que cumple, en el ámbito de los estudios jurídicos de la hacienda pública, el tema de los contenidos de las fuentes primarias, que a menudo involucran al intérprete en temáticas de análisis económico del Derecho, las cuales convierten a este ordenamiento en objeto de interesante investigación jurídica.

Fue pujante entonces la necesidad de romper con aquellos esquemas formalistas y con los tecnicismos, limitando además cualquier perspectiva más amplia, que sin embargo la Economía y la Política, hace tiempo, tienden a asignar a la actividad financiera. El Derecho necesita tomar nota de esta realidad más compleja, intentando aprovechar en la individuación de las normas de base todos aquellos momentos de conexión y de análisis que regeneren los contenidos de dichas normas a la luz de las más recientes contribuciones doctrinarias.

Se justifica, de esta manera, la investigación sobre las normas constitucionales que, valoradas por las referencias a los temas de la igualdad, de la capacidad contributiva, de la progresividad y de la planeación, proporcionan contenidos concretos y modernos al asunto de la reserva de ley, ya no ajena a ellos, sino explicación formal de ellos mismos.

Con base en estas consideraciones, también genera interés el tema del presupuesto, como instrumento de política económica, porque responde a la exigencia de afirmar, en términos unitarios, los procesos complementarios del ingreso y del gasto, dando al Derecho la posibilidad de conocer, también en el plano formal, la unicidad sustancial del proceso de administración financiera pública, la cual en efecto representa un momento fundamental de verificación de la función de la ley de presupuesto de condición de operatividad de las leyes tributarias, además de los delicados equilibrios entre Parlamento y gobierno, en una perspectiva cada vez de más intensa subordinación a los parámetros de origen comunitario.

El análisis de la relevancia constitucional de las conexiones entre nuestro ordenamiento y las normas internacionales constituye, en verdad, estímulo para una amplia reflexión sobre los condicionamientos que dichas

---

54. Editado por Jovene, Nápoles.

normas ejercen sobre el ordenamiento financiero interno, en una perspectiva destinada a ampliarse con la acentuación de los complejos procesos de agregación internacional y de externabilidad de los ordenamientos estatales. El actual proceso de armonización y unificación a nivel europeo y de globalización de los procesos económicos a nivel mundial, confirman que este aspecto ya representará un tema que caracteriza nuestra disciplina.

La identificación del fundamento constitucional y del significado de los instrumentos de actuación, de la adaptación del ordenamiento financiero interno con el comunitario, permite entender los aspectos más significativos de las fuentes secundarias, las cuales muestran signos tangibles de dicha adaptación, en una delicada afirmación de complejos equilibrios entre normas constitucionales y principios sobre los cuales se funda la unidad europea.

En particular, el desarrollo de algunos aspectos de actual importancia en el tema de la valoración del interés público, referido al resultado económico y al proceso productivo, convierte aquella particular norma financiera, que es la ley tributaria proyectada hacia fines extrafiscales con todas sus implicaciones, en protagonista de la acción de intervención pública en los interesantes contextos, respectivamente, de la política regional de desarrollo en la dimensión comunitaria y de la protección del medio ambiente.

Tales perspectivas permiten demostrar la validez del análisis del derecho tributario que no prescinda del derecho financiero del cual, de todas formas, nunca se pierde el contenido pleno de juridicidad.

Las evoluciones científicas y didácticas del derecho tributario y del derecho financiero están estrechamente ligadas. Cada una alimenta la otra. La ciencia jurídica tributaria necesita crecer en una autonomía útilmente condicionada, es decir, con referencias constantes a la evolución científica y didáctica del derecho financiero, de la cual absorbe los elementos sustanciales en el fenómeno económico y social-financiero.<sup>55</sup>

---

55. La doctrina alemana (Hans Jürgen Papier, *Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip*, Berlín, 1973) evidencia, sin embargo, una reserva de ley jurídica financiera como principio constitucional de democracia. De acuerdo a las observaciones de Klaus Tipke y Joachim Lang (*Steuerrecht*, décimosexta edición, Köln, 1998, p. 14) y de Klein (dirigido por, *Öffentliches Finanzrecht*, Berlín, 1993) el derecho tributario es una parte del derecho financiero público y la enseñanza tributaria económica financiera es una componente de la Economía pública; por lo tanto, la temática de las relaciones entre ciencia de las finanzas y derecho financiero se transfiere al derecho tributario, desarrollando la concepción de Becker. Dentro del debate intenso, profundo y continuo sobre el modo de consideración económica de la ley tributaria, está contenida la prestigiosa comparación de la doctrina jurídica alemana sobre la relación entre ciencia de

Bajo tal óptica, me parece que la investigación alcanzará nuevos resultados útiles, adicionando problemas a los tradicionales del Derecho de los impuestos y estableciendo con ellos vínculos oportunos, que tratan de utilizar todos los elementos positivos de un moderno derecho público de la econo-

---

las finanzas y Derecho financiero. Rudolf Willelms ("Finanzwissenschaftliche Erkenntnisse als Auslegungselemente", en *Von der Auslegung und Anwendung der Steuergesetze*, Stuttgart, 1958, p. 67) sostiene que el ordenamiento jurídico tributario ha de construirse sobre los resultados de la ciencia de las finanzas de manera teórica y sobre las metas alcanzadas por la ciencia de las finanzas de manera práctica.

Helmut Urbas (*Der wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht*, Frankfurt, Bern, Paris, 1987, p. 287) observa que en particular en el derecho tributario, dirigido fuertemente hacia la economía, siempre se debe examinar si y en qué medida son determinantes los conocimientos económicos y, por ende, el modo de consideración económica. Sobre la prevalencia de la sustancia se ha pronunciado Klaus Tipke ("Von der formalen zur materialen Tatbestandslehre", en *StuW*, 1993, p. 105).

Ver, Strickrodt, *Finanzrecht*, Berlín, Bielefeld, München, 1975, y Klein, (a cargo de) *Öffentliches Finanzrecht*, Berlín, 1993. Por lo tanto, la doctrina alemana demuestra cierto interés por el fenómeno financiero, aun negando su unidad.

Juan Martín Queralt, Carmelo Lozano Serrano, Gabriel Casado Ollero y José M. Tejerizo López, *Curso de Derecho financiero y tributario*, Madrid, 1996, p. 32; Martín Queralt, "La constitución española y el derecho financiero", en *Hacienda Pública Española*, No. 63, 1980, p. 97; F. I. Carrera Raya, *Manual de derecho financiero*, Madrid, 1993, p. 94; y Lozano Serrano, "Intervencionismo y derecho financiero", en *Revista de derecho financiero*, No. 55, 1987, p. 325, observan que el Derecho, al igual que la Política, la Economía y la Sociología, puede legítimamente asumir como objeto de conocimiento la actividad financiera, concretamente el ordenamiento jurídico financiero, y que la conexión entre ingresos y gastos públicos es la esencia de la actividad financiera y por consiguiente su análisis científico debe realizarse en el ámbito de una disciplina de naturaleza unitaria, con una metodología común y con base en la directriz de un principio común: la justicia financiera. En pro de la autonomía del Derecho financiero se han pronunciado varios juristas españoles.

Ver, E. Simón Acosta, *El derecho financiero y la ciencia jurídica*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1985. Él definió los lindes del derecho financiero en términos negativos, o sea identificando lo que no es parte de dicha disciplina, con particular referencia a los ingresos patrimoniales y con referencia a Sainz de Bujanda, Ingresso y D'Amati. (En esta misma perspectiva se orientan también algunos estudios de R. Calvo Ortega, "Consideraciones sobre los presupuestos científicos del derecho financiero", en *Hacienda pública española*, 1970, p. 123). Él considera la autonomía como consecuencia lógica de la coexistencia de dos factores: la existencia de una conexión entre relaciones sociales que por su desarrollo necesitan un ordenamiento jurídico; la existencia de un principio jurídico específicamente aplicable a tales relaciones.

Rodríguez Bereijo contribuye de manera significativa a la solución de tal problemática con el documento, *Introducción al estudio del derecho financiero*, Madrid, 1976, p. 27. Él percibe en el derecho financiero un derecho redistributivo inspirándose en Abbamonte, Sainz de Bujanda, Vicente-Arche Domingo, "Hacienda pública y administración pública", en *Hacienda pública española*, No. 26, 1974, p. 10; C. Palao Taboada, *Derecho financiero y tributario*, tomo I, Madrid, 1987, p. 2; M. A. Rodríguez Ruiz, "Consideración sobre el concepto de derecho financiero", en *Hacienda pública española*, No. 92, 1985; Capo Bavona y De Borogorda, *El patrimonio de Estado*, Madrid, 1977, p. 341. Los textos fundamentales españoles de derecho financiero más actuales son de José Juan Ferrero Lapatza, *Curso de derecho financiero español*, Madrid, 1995, y de Juan Martín Queralt, Carmelo Lozano Serrano, Gabriel Casado Ollero y José M. Tejerizo López, *Curso de derecho financiero y tributario*, Madrid, 1996, p. 32.

mía, sin resolver en ello, por supuesto, la perspectiva específica del derecho financiero.

El derecho tributario tiene así la oportunidad de confrontarse con un contexto jurídico propio más amplio, al cual pertenece, recibiendo el plasma vital que, en dosis oportunas, ofrece la ciencia de las finanzas.

La validez de tales conceptos está demostrada, primero que todo, por el análisis del contenido del complejo y delicado tema, que se pone en fase de elaboración de la metodología interpretativa de la ley tributaria y que consiste en la determinación de los criterios (*Wirtschaftliche Betrachtungsweise* para la doctrina alemana e *interpretación económica de las leyes tributarias* para la doctrina española) que deben ser de ayuda para el proceso de conocimiento de la densa motivación económica, resultado de la intervención de la ciencia de las finanzas en apoyo al legislador y, consecuentemente, del significado de los institutos de otras ramas del derecho por tal ley recibidos. Es necesario establecer la relación que existe entre el fenómeno jurídico-financiero, del cual el tributario es parte fundamental, y el fenómeno económico-financiero. La exactitud del análisis sobre la relación que une dos fenómenos análogos presupone que sean considerados en una misma dimensión. Solo de tal manera es posible entender la medida exacta de la contribución que la ciencia de las finanzas ha de aportar a la investigación jurídico-financiera y luego a la investigación jurídico-tributaria.

Gracias a los resultados persuasivos, alcanzados por la doctrina al amanecer del tercer milenio y que han permitido pasar gradualmente de una imagen confusa y opaca del objeto del derecho financiero a principios del siglo XX, hasta una suficientemente nítida en el ocaso del mismo siglo, ha iniciado la tercera fase del proceso didáctico en el cual la enseñanza de ciencia de las finanzas y derecho financiero se ha dividido en dos asignaturas autónomas.<sup>56</sup>

---

56. El sector científico-disciplinario N13X contiene, según d.p.r. (decreto del presidente de la república) 12/4/1994, también la disciplina "Derecho financiero" que absorbe explícitamente la de "Ciencia de las finanzas y derecho financiero". El sector POIC contiene, en cambio, la enseñanza "Ciencia de las finanzas" que absorbe la otra "Ciencia de las finanzas y derecho financiero". Los sectores han sido rediseñados mediante DM 23/6/1997 y por el Consejo Universitario Nacional con dictamen del 11/2/1999, según el cual el sector "Derecho tributario" contiene las siguientes disciplinas: "Derecho financiero, derecho tributario, derecho tributario comparado, sistemas fiscales comparados". Corresponde a cada Facultad atribuir al derecho financiero el espacio didáctico considerado oportuno.

El D.M. 11/2/1994, que por consiguiente ha modificado el ordenamiento didáctico universitario relativamente a la licenciatura en Jurisprudencia, en el art. 11 establece que es obligatorio una enseñanza por cada una de cinco áreas ahí indicadas; el área 4 se titula "Derecho tributario" y se conecta con el correspondiente sector científico-disciplinario N13X.

Ha concluido un asendereado y fascinante proceso secular que ha conferido dignidad de autonomía didáctica al derecho financiero, autonomía que sin embargo ha de fundarse en una equilibrada e intensa conexión con la ciencia de las finanzas, mirando con atención los fenómenos vinculados en la actividad de cobranza y de gasto, así como justamente se configura, por lo general, el proceso de intervención del operador público sobre la economía.

De esta manera, por fin, se han construido las condiciones para una nueva perspectiva didáctica que quiere ser de estímulo para las nuevas generaciones de docentes del derecho tributario a sostener la continuación de la enseñanza del derecho financiero.

Expresando una consecuencia histórica<sup>57</sup> respecto a la tradición italiana<sup>58</sup>

---

57. El fuerte llamado a la tradición, dirigido a los docentes de la tercera generación, es de D'Amati, "Il 'Diritto tributario' e la tradizione giuridico-finanziaria italiana", en *Riv. trib.*, 1958, p. 409.

Para un testimonio reciente de la Escuela siciliana, ver, Ferlazzo Natoli, "Presupposti metodologici di un corso di Diritto finanziario", en *Riv. dir. trib.*, tomo I, 1997, p. 593.

58. D'Amati, "Il discorso sul metodo nel diritto finanziario", en *Jus*, 1959, pp. 39, 1, inicia afirmando que "La esencia de la cuestión metodológica financiera consiste, como es sabido, en el problema del encuentro entre el Derecho y la Economía en el dato concreto. En verdad, este problema, aun interesando la actividad financiera en su totalidad, afecta de manera más directa el campo tributario, donde la conexión entre *forma jurídica* y *sustancia económica* presenta un carácter particularmente marcado".

En vísperas del tercer milenio, el derecho financiero –nacido, apenas a principios del siglo XX, junto con el derecho tributario que de él es componente fundamental como disciplina jurídica autónoma– está en condición de fundarse sobre una sólida madurez científica que seguramente permitirá superar las difíciles pruebas que resulten de los procesos de internacionalización en curso.

El laborioso camino hasta aquí recorrido por todos los sistemas financieros contemporáneos y las implicaciones de carácter teórico, que de tales transformaciones han surgido, proponen con prontitud una pausa de reflexión sobre los "nuevos" principios que en la tradición científica internacional han venido emergiendo, por lo cual a partir de ellos pueda iniciar aquel trabajo adicional de profundización capaz de indicar continuidad.

De esta manera, se logra vislumbrar la nueva función que esta peculiar sección del Derecho ha venido desempeñando, en el ámbito de las ciencias jurídicas, y luego la particular y, en algunos aspectos, original actitud de procedimiento de construcción de los específicos ordenamientos. En este contexto se ubican los análisis sobre el orden de las fuentes con sus propios ámbitos de competencias individuales y caracterizados dentro de una metodología de la interpretación que, aun tomando de la teoría general, necesita calificaciones adecuadas para adaptarse a una construcción técnica de la norma financiera totalmente influenciada por el proceso económico subyacente.

Esta mirada global logra evidenciar una relevancia universal de la teoría general del derecho financiero que, ya garantizada por sus cimientos conceptuales, halla acentuación en los principios de unidad, veridicidad y transparencia del presupuesto, de reserva de ley, capacidad contributiva, progresividad e igualdad sustancial y, cada vez más, de la certeza del derecho: principios ya difundidos en las cartas constitucionales europeas y útilmente releídos, en clave moderna, por una doctrina cada vez más refinada culturalmente.

Mirando a un pasado menos reciente hay que observar que los contenidos universales de la teoría

y española, que exalta la unidad del fenómeno financiero contrariamente a la tradición alemana,<sup>59</sup> y utilizando con metodología apropiada la ciencia de las finanzas que estudia un fenómeno financiero distinto, se contribuirá al desarrollo didáctico que beneficiará al mismo derecho tributario, que en Italia ya ha alcanzado niveles notables, en un contexto europeo,<sup>60</sup> con el despegue del tercer milenio.

---

general del derecho financiero han dado la posibilidad a Escuelas de diferentes países de participar, a menudo de manera autónoma, de dicho desarrollo científico.

59. En efecto, Klaus Tipke, *Die Steuerrechtsordnung*, tomo I, Köln, 1993, 1980, observa que en los países latinos (como Italia y España) los textos institucionales tradicionales son de derecho financiero. Él, sin embargo, aún dedicando un capítulo a los principios constitucionales financieros, manifiesta perplejidad sobre el futuro de esta disciplina jurídica. Distinta es la convicción de Klaus Vogel, titular de derecho tributario en la Universidad de München, como se deduce de la carta que me envió el 18 de junio de 1999 con el siguiente contenido:

“Estimado amigo y colega,

Usted tuvo la amabilidad de hacerme enviar de la Editorial la nueva edición de “L’Ordinamento giuridico finanziario”. Por esto le agradezco de todo corazón. La obra impresiona por su planteamiento riguroso y por su proyección hacia posteriores desarrollos. Nosotros aún no tenemos en la literatura alemana un manual de Derecho financiero que analice tan a fondo también el Derecho europeo. Una vez más mil gracias y mis más cordiales saludos.

Atentamente, Klaus Vogel”.

60. Por esta razón, en el año víspera de un nuevo milenio, nació, a cargo de la Universidad de La Sapienza de Roma, la primera *Rivista di diritto tributario internazionale*, que tengo el honor de dirigir junto con Uckmar y Puoti, quien la fundó.



## Las funciones extrafiscales del tributo a propósito de la tributación medioambiental en el ordenamiento jurídico colombiano

Carolina Rozo Gutiérrez

La autora refiere las funciones extrafiscales del tributo en orden a la tributación medioambiental en el sistema jurídico de Colombia. En primer término plantea el problema. En segundo lugar presenta la *extrafiscalidad* como instrumento del Estado social, hurga en su justificación, esencia y particularidades; no soslaya la referencia al principio de capacidad contributiva, y ejecuta una valoración de las críticas levantadas en torno al frágil asunto de la *extrafiscalidad*. Un tercer acápite se ocupa de la sustentación de la tributación medioambiental, analizando la insuficiencia del principio contaminador-pagador como su fundamento; así mismo, ya en los dominios de los tributos ambientales, enfoca la idoneidad del *impuesto*. Antes de arribar a importantes conclusiones, la autora realiza una somera revisión a la tributación medioambiental en Colombia, a la luz de su sistema jurídico.

FORO

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La clásica noción de tributo, entendido como la prestación económica con carácter obligatorio, establecida por la ley y destinada al cubrimiento de los gastos públicos, se ha enriquecido con la afirmación de que dicha exacción pecuniaria debe consultar el principio de *capacidad contributiva*, sustento sobre el cual se ha construido la teoría moderna del derecho tributario.<sup>1</sup>

La destinación del tributo a la financiación de los gastos de Estado, es

1. Los profesores Andrea Amatucci y Eusebio González definen el concepto de tributo como “la prestación patrimonial impuesta conforme a las leyes, a fin de obtener la contribución de todos a los gastos públicos sobre la capacidad contributiva y en medida más que proporcional”. “El concepto de tributo”, en *Tratado de derecho tributario*, tomo II, Bogotá, Temis, 2001, p. 6.

decir, la finalidad *recaudatoria*, representa *uno* de los objetivos del tributo, como fue reconocido desde la concepción tributaria de Gianinni,<sup>2</sup> conforme al cual, “la finalidad del impuesto es procurar un ingreso al Estado, pero es necesario decir que *tal finalidad no constituye siempre el único motivo de la imposición*; de hecho, la utilización del impuesto se presta también para la consecución *de fines no fiscales*”;<sup>3</sup> con lo cual, la clásica doctrina del derecho tributario, acepta la existencia de tributos *extrafiscales*.

La evolución doctrinaria, así como la recepción constitucional y legal posterior del derecho tributario, igualmente ha propugnado por el reconocimiento de una función del tributo, alternativa a la función típicamente recaudatoria, la cual corresponde a la noción de función extrafiscal del tributo.

En el más amplio contexto de las finalidades extrafiscales, los ordenamientos constitucionales imponen al Estado la tarea de protección y promoción de determinadas actividades que se dirigen al ordenamiento social, económico e incluso político de la colectividad. En aras de la concreción de las finalidades que superan las metas puramente financieras, los tributos extrafiscales se configuran para el estímulo o desestímulo de específicas conductas que representan el interés estatal.

Dentro de la multiplicidad de posibles finalidades *extrafiscales* que el Estado pretende obtener, además de la primaria fase recaudatoria de los instrumentos puramente fiscales, los ordenamientos constitucionales modernos reconocen en la protección del medio ambiente una política digna de intervención estatal, que se constituye en la más representativa de los tributos extrafiscales.

Así mismo, se ha recurrido a este instrumento con la pretensión de desestimular determinados consumos nocivos, desincentivar conductas que se alejan de los objetivos sociales, así como para impulsar la realización de políticas económicas de fomento a la vivienda y el ahorro.

Las medidas administrativas para la tutela ambiental constituyen ahora un plano secundario dentro de las alternativas con las cuales cuenta el Estado social para la consecución de una efectiva protección del medio ambiente. En este ámbito, los tributos extrafiscales con funciones medioambienta-

---

2. A. D. Gianinni, *Instituciones de derecho tributario*, traducción de Fernando Sainz de Bujanda, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1957.

3. *Ibid.*, p. 64.

les, han adquirido especial relevancia ante su comprobada efectividad en la lucha por la eficacia del derecho a un ambiente sano perdurable.

El estudio de la legitimidad de la extrafiscalidad tributaria, en el contexto del principio de capacidad contributiva, es el punto de partida de este trabajo, para aproximarse a un sintético análisis de la fiscalidad medioambiental.

¿Son los tributos extrafiscales ajenos a los principios constitucionales tributarios? ¿Podría predicarse de toda institución extrafiscal la capacidad de obtener finalidades no fiscales? ¿Es necesaria la existencia de una categoría autónoma denominada tributo no recaudatorio? Interrogantes que serán ahondados en este estudio, bajo la perspectiva de la admisibilidad del instrumento extrafiscal y sus implicaciones en la teoría constitucional del derecho tributario.

Es necesario verificar en qué medida y bajo cuáles circunstancias específicas los tributos extrafiscales, y en especial aquellos dirigidos a la protección del medio ambiente, consultan el postulado de capacidad contributiva. En caso contrario, habrá que predicarse de la extrafiscalidad una noción ajena a dicho principio, y, por tanto, apartada de las mínimas consideraciones de justicia tributaria.

Se pretende, igualmente, una revisión crítica del postulado contaminador-pagador, sobre el cual se ha estructurado la tributación medio ambiental tradicional, para culminar con un breve acercamiento a la incipiente tributación ambiental colombiana, así como una conclusión crítica que recoja las perspectivas en dicho campo.

## **LA EXTRAFISCALIDAD COMO INSTRUMENTO DEL ESTADO SOCIAL**

### **JUSTIFICACIÓN DE LA TRIBUTACIÓN EXTRAFISCAL**

Superando la noción jurídica de tributo destinado a los fines puramente recaudatorios, la tesis de que el tributo puede dirigirse a finalidades extrafiscales, proviene de la teoría del *intervencionismo económico*, para la obtención de determinados objetivos estatales, que no necesariamente se identifican con las metas financieras.

En un análisis primario, el intervencionismo estatal podría estar respaldado en la existencia de tributos sin finalidades recaudatorias, como mani-

festación del directivismo del Estado en lo económico y social. No obstante, y con apoyo en la doctrina económica reciente, así como en las ideologías políticas imperantes no resulta aceptable denominar a los tributos extrafiscales o con finalidad no recaudatoria tributos *intervencionistas*, ante la evidente reducción del papel del Estado en el contexto de las doctrinas políticas y económicas actuales, que propugnan por una reelaboración del liberalismo político y económico, con una intervención moderada de la esfera pública en las actividades del ámbito privado.<sup>4</sup>

Con fundamento en ello, se ha efectuado una revisión crítica de la intervención del Estado a través del esquema tradicional de la finanza pública,<sup>5</sup> que ha concluido con la crisis de las políticas públicas clásicas de intervención y el advenimiento de nuevas posturas estatales, entre las que se encuentra la reelaboración de las políticas extrafiscales más relevantes, como es el caso del medio ambiente, la reorganización del consumo y el ahorro como objetivos macroeconómicos, el impulso de políticas agrarias en el caso europeo, las políticas de vivienda, entre otras finalidades, que se han instrumentalizado a través de tributos no exclusivamente recaudatorios.

En el caso específico de la protección del medio ambiente, este redimensionamiento de las medidas tributarias de intervención supone trascender de las tradicionales tasas ecológicas a instrumentos tributarios más eficientes y que representen de forma más adecuada los intereses que subyacen en un esquema tributario con direccionamiento ambiental.

Bajo ese entendido, los tributos constituyen instrumentos cuyo cometido es mucho más que recaudatorio, puesto que eficazmente concretan las más diversas políticas públicas.

En la ciencia del derecho se reconoce el carácter instrumental de los institutos jurídicos, en este caso tributarios; parte de la doctrina jurídica moder-

- 
4. Desde tiempo atrás fue desestimada la existencia de los instrumentos financieros *neutrales*, bajo la concepción de que la hacienda pública implica un esquema jurídico que influye en el ordenamiento económico y social de los ciudadanos.
  5. Raffaele Perrone, desde una perspectiva hacendística, pone de presente que: “Esta difusa divergencia entre objetivos y efectos de las políticas fiscales se pone de manifiesto en la tendencial pérdida de consenso que ha caracterizado la acción de la finanza pública en las democracias occidentales en el último cuarto de siglo, por las crecientes dificultades que encuentran las políticas de reequilibrio y reclasificación del gasto público que emplean los tradicionales instrumentos de política fiscal”. “La imposición y el ambiente”, en *Tratado de derecho tributario*, tomo II, dirigido por Andrea Amattucci, Bogotá, Temis, 2001, p. 424.
  6. Entre la cual se destaca especialmente Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1987.

na<sup>6</sup> ha advertido el advenimiento de una nueva concepción del derecho que ha denominado *derecho promocional*, según el cual la ciencia jurídica no es un fin en sí mismo, sino que constituye un medio eficaz para la obtención de determinados objetivos de la colectividad.

En conjunción con las normas del denominado derecho promocional, cuya virtualidad es el cumplimiento de los objetivos sociales a través de la implementación de la ciencia jurídica, se encuentran las denominadas normas de *disuasión o persuasión*, creadas con el objeto de desestimular determinadas conductas atentatorias contra el orden social, económico, e incluso ambiental.

En esta visión instrumental de la ciencia jurídica, el derecho tributario no permanece ajeno a la obtención de los objetivos de la colectividad, como lo reconoce Tipke,<sup>7</sup> quien al respecto afirma: “el moderno Derecho tributario está concebido con una doble finalidad, ya que no sirve exclusivamente a la obtención de recursos, sino que, al mismo tiempo, *persigue dirigir la economía y la redistribución de las rentas y los patrimonios*”.<sup>8</sup>

Las normas de carácter extrafiscal buscan, por una parte, alentar y promover determinadas conductas que participan de los intereses generales de la comunidad, como puede ser la preservación de un medio ambiente sano, y por la otra, pretenden obstaculizar o hacer más gravosa la realización de conductas que no se adecuan a los intereses colectivos.

El Estado, en este ámbito, asume la protección de las finalidades de interés general, como es el caso de la efectiva tutela del medio ambiente, desestimulando conductas contaminantes, o estimulando comportamientos protectores del ambiente, para lo cual interviene con la creación de tributos. El tributo asume, por tanto, una función de reordenamiento social, económico e incluso cultural.<sup>9</sup>

Nuestra estructura constitucional, impone el reconocimiento de la tributación extrafiscal entendida en el más amplio contexto del Estado social, según el cual corresponde al Estado el cumplimiento de los objetivos políticos, sociales, culturales, e incluso ambientales, que exceden las meras metas financieras y de recaudo.

El objetivo ambiental, en la esfera del derecho público, ha adquirido la

---

7. Klaus Tipke, *La ordenanza tributaria alemana de 1977*, Madrid, Civitas, REDF, No. 14, 1977.

8. *Ibid.*, p. 360.

9. Perfecto Yebra Martul-Ortega, “Los fines extrafiscales del impuesto”, en *Tratado de derecho tributario*, tomo II, dirigido por Andrea Amatucci, Bogotá, Temis, 2001.

connotación de garantía constitucional, bajo la noción jurídica que ampara la concepción del Estado social de derecho, el cual “conduce a que las garantías sociales no queden relegadas en la región vaporosa de una promesa meramente programática de la que tomaría nota el legislador, que es el primer obligado, sino a reconocerle una vinculación jurídica directa. Sólo así serían en realidad auténticas garantías, y sólo así también se podría reconocer a una Constitución el carácter de constitucional social de Derecho”.<sup>10</sup>

Se concluye por tanto, que la tributación extrafiscal se justifica en el contexto de las obligaciones jurídicas que el ordenamiento constitucional otorga al Estado social de derecho. Los objetivos del Estado social, dentro de los cuales es prioritario garantizar la tutela del medio ambiente, la función social de la propiedad, el consumo y el ahorro macroeconómicos, el acceso equitativo a la vivienda digna, entre otras, requieren la estructuración de tributos que superen las simples metas financieras del Estado, y adquieran valor material de instrumentos que reordenen las conductas económicas y de producción, así como la eficaz protección del ambiente sano.

En el concreto espacio de los tributos medioambientales, es necesario verificar si las tradicionales tasas ecológicas cuentan con una configuración tributaria eficiente, y representan de forma adecuada, la naturaleza de tributo como recondutor social, económico y cultural.

## NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCES DEL TRIBUTO EXTRAFISCAL

El punto de partida del presente estudio consiste en establecer si resulta admisible la existencia de una categoría conceptual autónoma, denominada *tributos extrafiscales o tributos no fiscales*, o por otra parte, si las finalidades recaudatorias de todo tributo, *pueden coexistir* o de hecho coexisten, con objetivos que carecen de naturaleza financiera.

En este sentido, resulta imperativo determinar si la finalidad recaudatoria es de la *esencia* de todo tributo y por lo tanto, si un instrumento tributario cuya finalidad no sea estrictamente financiera es conceptualmente admisible, en cuyo caso podría afirmarse la existencia de una prestación económica de otra especie, diferente a la tributaria.

---

10. Ernst Forsthoff, “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, en *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 89.

Efectuando un esfuerzo por encontrar una definición del tributo como institución, dentro de la cual no es necesario incluir la totalidad de elementos, reglas y relaciones jurídicas que comprende el fenómeno, Ferreiro Lapatza<sup>11</sup> afirma que solo una de las características es realmente relevante para la definición de tributo: *la prestación debida* de una suma de dinero, obligación establecida en la ley. “El tributo como institución, como esquema normativo complejo de conductas y relaciones sociales, descansa así, debemos subrayarlo una vez más, sobre la idea de obligación: *es una obligación*. ... El derecho tributario... nace y se desarrolla para regular, proteger y hacer aplicable esta obligación. La Ciencia del Derecho tributario ha de centrar permanentemente su atención en esta obligación sin perder nunca de vista que en función de ella deben ser entendidas y analizadas siempre todas las reglas del ordenamiento tributario...”<sup>12</sup>

Si se coincide en que la única noción *esencial* del tributo estriba en su carácter obligacional, cuya fuente es legal, en principio puede afirmarse que la contribución a los gastos públicos es un elemento *principal* de toda especie tributaria, mas no de la esencia de la misma.

La doctrina tradicional del derecho tributario identificó la función recaudatoria como elemento fundamental del tributo, como se desprende de la concepción expuesta desde la obra de Hensel,<sup>13</sup> en la cual se definió al impuesto como la “prestación pecuniaria única o continuada, que no representa una contraprestación especial, e impuesta por una comunidad de Derecho público *para la obtención de ingresos* a cargo de aquellos en quienes se verifica el presupuesto de hecho al que la ley une la obligación de la prestación”.<sup>14</sup>

En el ámbito de la doctrina nacional, a partir de la obra de hacienda pública de Esteban Jaramillo,<sup>15</sup> se afirmó la posibilidad de la existencia de impuestos extrafiscales: “En tesis general, los impuestos tienen por único objeto procurarle recursos al fisco. Pero este principio científico sufre modificaciones en concepto de algunos tratadistas, que se muestran partidarios, *ya de los tributos como estimulantes de la producción, ya de aquellos que moralizan, por la supresión de ciertos consumos, ora de los que se establecen*

---

11. José Juan Ferreiro Lapatza, *Ensayos sobre metodología y técnica jurídica en el derecho financiero y tributario*, Barcelona, Marcial Pons, 1998.

12. *Ibíd.*, p. 291.

13. Albert Hensel, *Diritto tributario*, traducción de Dino Jarach, Milano, Dott A. Giuffrè, 1956.

14. *Ibíd.*, p. 2.

15. Esteban Jaramillo, *Tratado de ciencia de la hacienda pública*, Bogotá, Voluntad, 1960.

*para proteger las industrias, ya por último, de los que se proponen realizar determinados fines sociales*".<sup>16</sup>

El desarrollo doctrinario más reciente,<sup>17</sup> igualmente, ha rescatado la función no financiera de los tributos para algunos denominados como tributos de ordenamiento. Por lo tanto, la destinación del tributo al cubrimiento de los gastos del Estado es función *principal* de la institución tributaria, puesto que, ante la ausencia de la finalidad recaudatoria, la obligación patrimonial establecida por la ley no correspondería a una obligación tributaria propiamente dicha, y se confundiría con exacciones patrimoniales de otra índole establecidas legalmente.<sup>18</sup>

No de otro modo se justifica que la obligación tributaria deba tener en consideración la *capacidad contributiva* del sujeto obligado, puesto que es necesaria la medición del grado en el cual el sujeto pasivo del tributo ejercerá su deber solidario para contribuir a los gastos públicos. Luego la invocación al principio de capacidad contributiva, sobre el cual se funda la estructura actual del derecho tributario, es consecuencia del otorgamiento de la función recaudatoria al tributo. De ello es factible concluir que si bien es el elemento principal, el carácter financiero no es de la esencia de las instituciones tributarias.

El fundamento de la existencia de las obligaciones tributarias es la pertenencia a una colectividad organizada,<sup>19</sup> que exige la participación solidaria en el cubrimiento de los gastos públicos, razón por la cual dicha contribución a la financiación de los objetivos comunes debe efectuarse conforme a los parámetros derivados del principio de capacidad contributiva, bajo el supuesto de que no todos los miembros de la colectividad, se encuen-

---

16. *Ibid.*, p. 165.

17. La doctrina ha reconocido ampliamente la existencia de tributos extrafiscales. Al respecto, en la obra de Concha Pérez de Ayala, *Temas de derecho financiero*, Universidad Complutense de Madrid, 1990, se reconoce la existencia de tributos con *finalidades* extrafiscales o tributos denominados por la autora como de *ordenamiento*. En la obra de Fernando Pérez Royo, *Derecho financiero y tributario*, Civitas, 1994, se hace referencia a que el carácter contributivo, caracteriza al tributo como institución, sin que sea factible excluir propósitos o finalidades diversas a las estrictamente recaudatorias.

18. Caso en el cual puede hacerse referencia a prestaciones económicas tales como precios públicos, multas administrativas, entre otras, sometidas al principio de legalidad, pero ajenas a la finalidad de contribución solidaria al financiamiento de los gastos públicos.

19. Por esta razón, es que los profesores Eusebio González y Andrea Amatucci, en la obra citada, consideran que el tributo representa la síntesis entre soberanía y solidaridad.



tran en capacidad de contribuir de forma idéntica al cubrimiento de los gastos estatales, que son de interés para la comunidad.<sup>20</sup>

El carácter principal, que ostenta la finalidad recaudatoria del impuesto, manifiesta la imposibilidad de estructurar una categoría autónoma que carezca en su totalidad de funciones financieras; dichas funciones pueden *coexistir* con otras de diversa naturaleza, e incluso pueden adquirir un *papel secundario*, caso en el cual las *funciones de recaudo se verán desplazadas por objetivos extrafiscales*, que coexisten con mayor relevancia, con las finalidades puramente financieras,<sup>21</sup> como se encuentra plasmado en diversos textos legislativos.

Dada la ausencia de definición de tributo en la legislación colombiana sobre la materia, resulta pertinente la definición de tributo que se encuentra en la Ley General Tributaria Española (1963): “Los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumentos de la política económica general, atender las exigencias de estabilidad y progresos sociales, y procurar una mejor distribución de la renta nacional”.

Por su parte, la Ordenanza Tributaria Alemana dispone: “la obtención de recursos puede constituir un fin secundario”.<sup>22</sup>

La concepción normativa del tributo, manifiesta que las finalidades extrafiscales o no exclusivamente recaudatorias, no solo corresponden a *una* de las posibilidades con que cuenta el legislador, a la hora de configurar un determinado tributo. Conforme con las normas expuestas, la finalidad extrafiscal constituye un imperativo que categóricamente el propio legislador se impone, para salvaguardar las garantías constitucionales del Estado social.

En esta concepción de finalidades extrafiscales como imperativo de la figura tributaria, Fichera<sup>23</sup> afirma que “uno de los aspectos esenciales de la actividad tributaria es la extrafiscal”, para concluir que *los tributos deben obtener directa y autónomamente*, los fines del ordenamiento constitucional.<sup>24</sup>

---

20. El art. 95-9 de la Constitución Política Colombiana expresamente consagra el deber solidario de contribuir a los gastos públicos en condiciones de justicia y equidad.

21. Ello explica la posición de la obra citada de Gianinni, según la cual: “la utilización del impuesto se presta... también para la consecución de fines no fiscales”.

22. Art. 3.1.

23. F. Fichera, *Imposizione ed extrafiscalità nel sistema costituzionale*, Napoli, Scientifiche Italiane, 1973, pp. 54 y ss.

24. Para Matías Cortés, la finalidad no debe formar parte del concepto de tributo. Al respecto véase Matías Cortés, *Ordenamiento tributario español*, tomo I, Madrid, Cívitas, 1986, pp. 160 y ss.

Advertida la imposibilidad conceptual de un tributo que carezca de la finalidad recaudatoria, pero bajo el entendido de que las finalidades financieras pueden adquirir un papel de menor relevancia, compartimos la distinción efectuada por la doctrina,<sup>25</sup> la cual se sintetiza de forma que permita el entendimiento de la problemática. Es necesario diferenciar:

1. Los efectos no fiscales de los tributos, derivados por naturaleza de todo gravamen impositivo.
2. Los fines no fiscales de los tributos, cuyo origen se encuentra representado en técnicas minoratorias tales como deducciones, exenciones, o disminuciones generales de la carga tributaria.<sup>26</sup>
3. Los tributos extrafiscales propiamente dichos, los cuales tienen atribuida una función extrafiscal coexistente o prevalente frente a la función recaudatoria,<sup>27</sup> de desestímulo de conductas o consumos específicos. Categoría dentro de la cual se encuentran los tributos medioambientales.

En cuanto al primer aspecto, es decir, los efectos no fiscales de la tributación, puede afirmarse que todo tributo implica necesariamente la realización de efectos extrafiscales, en la medida en que estimula o desincentiva determinadas conductas de los particulares, sin que por ello pueda afirmarse la existencia de verdaderos tributos extrafiscales.

Como ejemplo tipo de tributos con funciones extrafiscales de forma primordial, se encuentra *el impuesto sobre tierras infrutilizadas* del ordenamiento tributario español, en el cual el sujeto pasivo del gravamen efectúa el pago *por no cultivar sus tierras*. En caso de obtener recaudo relevante derivado del tributo, ello sería indiciario de un fracaso de la política agraria.<sup>28</sup>

Se han estructurado igualmente, en calidad de tributos con funciones extrafiscales, mayores gravámenes sobre impuestos existentes, como es el caso del *mayor gravamen aplicable al impuesto al patrimonio*, establecido en

---

25. Al respecto ver Casado Ollero, *Los fines no fiscales de los tributos*, citado por María de los Ángeles Guervos Maillo, *El impuesto Balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 27.

26. En el caso colombiano, los tributos extrafiscales dirigidos a la protección y control del medio ambiente, consagran múltiples incentivos, por la realización de inversiones en dicho sector, como es el caso de deducciones y descuentos tributarios.

27. Ello explica el texto del art. 3.1 de la Ordenanza Tributaria Alemana, que dispone: "*la obtención de recursos puede constituir un fin secundario*".

28. Luis Manuel Alonso González, en *Los impuestos autonómicos de carácter extrafiscal*, Madrid, Marcial Pons, 1995, afirma, siguiendo a Tipke, que lo obtenido por el recaudo es un producto residual o de desecho.

algunos ordenamientos europeos, el cual se paga por mantener *propiedades desocupadas*, ante una evidente demanda de vivienda en el mercado.

De la distinción doctrinaria es factible concluir que los denominados tributos extrafiscales en realidad corresponden a tributos que, aunque participen de la noción jurídica doctrinaria y legal, tienen atribuidas funciones extrafiscales que expresamente coexisten con la finalidad de recaudo, concurrencia en la cual lo financiero puede incluso ser residual.

Por lo tanto, la *estructura* del tributo en su totalidad, es decir la verificación de las funciones de incentivo o de desestímulo de los elementos estructurales del tributo, sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa, indicará la presencia de expresas atribuciones extrafiscales. La atribución de específicas funciones de carácter extrafiscal debe diferenciarse de los simples fines o efectos extrafiscales, los cuales no hacen parte de la voluntad legislativa, pero se producen de forma colateral, bajo el predominio de la función financiera de la institución.

Sobre este punto en particular, De la Rosa<sup>29</sup> afirma que si la extrafiscalidad es un fenómeno que atañe a la *función* de las normas, “podrá ser analizado en forma adecuada tan solo si se supera la vieja concepción de acudir al objeto de la norma jurídica, a lo prejurídico o a la *política tributaria*, en vez de al mismo *derecho tributario* y a la ciencia jurídica”.<sup>30</sup> En este contexto, el autor propugna por un análisis de la estructura misma del fenómeno jurídico que corresponde a la extrafiscalidad, lo cual reitera la necesaria referencia a la estructuración de los elementos de la obligación tributaria, para establecer con certeza la presencia de un tributo extrafiscal. No basta con las simples intenciones gubernamentales mientras la norma jurídica tributaria no refleje el carácter extrafiscal del instrumento tributario.

Siguiendo a Tesauro,<sup>31</sup> si el objeto en este caso extrafiscal de la norma, no es revelado expresamente por el legislador, corresponde a un dato ideológico de carácter *extrajurídico*, en el cual se reconoce cierta relevancia fun-

---

29. Salvatore de la Rosa, “Los beneficios tributarios”, en *Tratado de derecho tributario*, dirigido por Andrea Amatucci, tomo I, Temis, 2001. Aunque el autor se refiere a la extrafiscalidad en la arista específica de los beneficios tributarios, las consideraciones que expone referidas a la forma de abordar el problema de los fines no fiscales de los tributos, resultan perfectamente aplicables para aproximarse al estudio de los tributos no recaudatorios.

30. *Ibid.*, p. 391.

31. Francesco Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, tomo I, Parte Generale, sexta edición, Torino, Utet, 1998, citado por De la Rosa.

cional, pero no constituye el objeto jurídico, en estricto sentido, de la norma de naturaleza no recaudatoria.

De las consideraciones expuestas, se deduce que la naturaleza extrafiscal del tributo debe estar presente en el hecho generador, la base gravable, el sujeto pasivo y la tarifa del tributo, debe desprenderse de cada uno de los elementos estructurales del impuesto, y, por ello, el carácter de desincentivo de determinadas conductas, en este caso atentatorias contra el ecosistema, debe ser coherente con la obligación tributaria.

La doctrina igualmente ha distinguido<sup>32</sup> dos categorías identificables en el fenómeno extrafiscal: la extrafiscalidad *interna*, ligada a las disminuciones o modificaciones de la capacidad contributiva, y la extrafiscalidad *externa*, determinada por los objetivos de política social y económica del Estado.

En el caso de la extrafiscalidad interna, la capacidad contributiva resulta delimitada, como consecuencia de la valoración de diversos factores que afectan dicho principio, como es el caso de la ausencia de aptitud para contribuir, o en ausencia de justicia material, caso en el cual se habla de *erosión* de la obligación tributaria. Esta clase de extrafiscalidad resulta más apreciable en el caso de minoraciones estructurales del tributo.

La extrafiscalidad de carácter externo, u originada en el directivismo económico, se manifiesta en la creación de tributos, cuya estructura pretende lograr, la concreción de dichos objetivos económicos y sociales y en ella es necesario verificar que jurídicamente dichas funciones no financieras se articulen adecuadamente, bajo la premisa del cumplimiento de los postulados del derecho promocional: *los tributos extrafiscales deben desincentivar la realización de una conducta dañosa para los objetivos sociales, y deben alentar comportamientos que beneficien las metas constitucionalmente definidas como generales.*

Un punto de relativo interés lo constituye el análisis de la destinación específica de los tributos de carácter extrafiscal. En principio podría afirmarse que, dada la función no fiscal, la destinación de los recursos producto de un tributo no recaudatorio debe dirigirse de manera específica a la finalidad encomendada al impuesto. No obstante, este condicionamiento en cuanto al destino del recaudo no resulta igualmente viable, en el caso de los tributos

---

32. Al respecto se encuentra la obra de María Silvia Velarde Aramayo, *Beneficios y minoraciones en derecho tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 59-61.

que pretenden desincentivar conductas in genere, verbigracia, las actividades que atentan contra el medio ambiente.

En ese preciso caso, la destinación del producto del impuesto a las finalidades ambientales no resulta imperativa, máxime cuando el objetivo recaudatorio es meramente subsidiario. En otros términos, dado que la función financiera de los tributos cumple un papel residual o de desecho en el caso de los impuestos con verdaderas funciones extrafiscales, la afectación de los recursos a la actividad que se pretende promover no es imperativa, pues el instrumento de promoción no es recaudatorio.

Como ejemplo de los tributos extrafiscales, cuyo producto no necesariamente se afecta a la financiación de las actividades que el Estado pretende promover, Alonso González<sup>33</sup> afirma: “Este es el supuesto en que se encuadran diversos gravámenes sobre el juego. Legalizado, pero todavía enjuiciado negativamente, el legislador intentará que el producto de la fiscalidad sobre el juego, sirva, sino para paliar los daños sociales de los que se considera causa principal, sí al menos para aliviar las penas que padecen sectores de nuestra sociedad especialmente necesitados”.<sup>34</sup>

En los casos en los cuales los tributos tienen adjunta a la función extrafiscal una función financiera, resultaría más lógico, desde la perspectiva presupuestaria, ligar el producto de dichos tributos a una afectación especial.

Finalmente, desde la perspectiva de la hermenéutica tributaria, la extrafiscalidad tiene interesantes efectos jurídicos. La lógica extrafiscal, permite que se adopte un método de interpretación de la norma tributaria de índole principalista, que obliga al intérprete a ahondar en el contenido normativo, acudiendo, para esclarecer el sentido legal, a principios y valores constitucionales no estrictamente tributarios.

La interpretación tributaria desde esta perspectiva, no se agota por tanto en la referencia necesaria a los principios constitucionales tributarios,<sup>35</sup> sino que en el campo de los tributos extrafiscales, las consideraciones sociales y económicas normativizadas por la Constitución, los valores integran-

---

33. *Ibid.*, p. 30.

34. Aunque resulta discutible el carácter extrafiscal de los impuestos al juego, en virtud de los altos niveles de recaudo, en el caso colombiano igualmente se destina su recaudo, a la atención de necesidades de salud y educación.

35. En el caso colombiano justicia, equidad, progresividad y eficiencia.

tes del Estado social de derecho constituyen elementos fundamentales a la hora de interpretar las normas tributarias.<sup>36</sup>

## EXTRAFISCALIDAD Y CAPACIDAD CONTRIBUTIVA

Yebrá Martul-Ortega<sup>37</sup> advierte la presencia de un tributo extrafiscal si una norma tributaria trata una situación económica en forma diversa, a pesar de que es similar a otros supuestos, sin que haya variado la capacidad contributiva.<sup>38</sup>

En principio podría argumentarse la incompatibilidad de los tributos extrafiscales con el principio de capacidad contributiva, postulado angular de la tributación, puesto que, como se ha expuesto, la capacidad contributiva del sujeto debe ser consultada en virtud de su contribución a los gastos del Estado. Esta primera hipótesis podría sustentarse en que, ante la ausencia de un interés de cobertura de los gastos públicos, no sería esencial invocar el principio de capacidad contributiva para determinar en qué medida se contribuye al fin solidario.

El argumento hipotético advierte el análisis hacia una nueva perspectiva con la cual debe ser abordado el principio de capacidad contributiva, a la luz de los tributos que tienen atribuidas funciones no fiscales.

Ante la posible pugna entre las funciones extrafiscales y el principio de capacidad contributiva, cabe definir de forma sintética en primer término dicho postulado como principio límite del derecho tributario moderno.

Con apoyo en el desarrollo jurisprudencial europeo, se ha identificado<sup>39</sup> la capacidad contributiva con la idoneidad a la subjetividad pasiva del tributo, en el ámbito de una relación jurídica-tributaria, en lo cual se advierte una coincidencia trascendental con la previsión constitucional colombiana

---

36. La tarea interpretativa no puede sin embargo desprenderse del análisis, en primer término, de los principios constitucionales tributarios, para descender a la estructuración extrafiscal de la interpretación constitucional. Así lo pone de presente Clemente Checa González, en *Interpretación y aplicación de las normas tributarias: análisis jurisprudencial*, Valladolid, Lex Nova, 1998, p. 179.

37. *Ibid.*

38. Sobre este punto, Vogel, citado por Alonso, obra citada, hace un aporte significativo, distingue entre las finalidades del sistema impositivo, ámbito en el cual puede ubicarse las necesidades extrafiscales, y la función de un impuesto en concreto.

39. Andrea Amatucci y Eusebio González, "El concepto de tributo", en *Tratado de derecho tributario*, tomo I, pp. 3-17.

que, si bien no consagra de forma expresa el principio de capacidad contributiva, establece que el deber de contribuir se encuentra limitado por los conceptos de justicia y equidad. Así mismo, agrega la Carta fundamental el postulado de que el sistema tributario debe ser equitativo en su totalidad.<sup>40</sup>

Para Amatucci y González, en una posición del todo compartible, el principio de capacidad contributiva no puede agotarse en la prohibición de la arbitrariedad y la irrazonabilidad del legislador tributario, ni en la simple aptitud particular a la contribución. Con la doctrina publicista alemana, los autores afirman que el tributo es una *expresión de soberanía*, por lo cual el fundamento del tributo es la pertenencia a una colectividad organizada, que requiere la participación solidaria para la obtención de sus propios fines.

El principio de capacidad contributiva se identifica, por tanto, con la riqueza que puede ser cobrada legítimamente, con fines solidarios en los que confluya la actividad pública y privada. El deber de solidaridad es la *síntesis entre socialidad y libertad*, puesto que el concurso a los gastos públicos, es realizado conforme al sacrificio proporcional de la riqueza de los ciudadanos, es decir, con fundamento en el principio de progresividad.

En ese sentido, se entiende que los autores citados afirmen que *la capacidad contributiva es presupuesto, límite y fundamento del pago del tributo*, bajo la premisa conceptual de que dicho postulado es la idoneidad para ser sometido a la potestad tributaria, de acuerdo al principio de progresividad.<sup>41</sup>

En este sentido, también se ha pronunciado la Corte Constitucional Colombiana, al afirmar que “la capacidad contributiva es el verdadero índice de solidaridad en el cumplimiento de los deberes cívicos”.<sup>42</sup>

De forma coincidente, Moschetti<sup>43</sup> define la capacidad contributiva como la capacidad económica considerada idónea para realizar en el campo económico y social, las exigencias colectivas recogidas en la Constitución.

Sobre las bases conceptuales expuestas, la supuesta confrontación entre las políticas extrafiscales con el principio de capacidad contributiva resulta un tanto desdibujada, puesto que la aptitud para ser sujeto pasivo de un tributo extrafiscal igualmente debe ser medida, en relación con la solidaridad

---

40. Arts. 95 numeral noveno y 363 de la Constitución Política colombiana.

41. Cabe agregar cómo, para los profesores Amatucci y González, la capacidad contributiva no se encuentra subsumida por el principio de igualdad de hecho, el cual se refiere con mayor exactitud a la capacidad económica, ya que el postulado en estudio cuenta con validez autónoma, en virtud de que expresa solidaridad en los intereses de la comunidad.

42. Corte Constitucional, sentencia C-1060A de 2001, conjuez ponente: Lucy Cruz de Quifones.

43. Francesco Moschetti, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, Cedam, 1973, p. 59.

al fin común que se pretende alcanzar mediante la utilización de un instrumento de carácter impositivo de funciones puramente fiscales.<sup>44</sup>

Los tributos con funciones no financieras no pueden apartarse del principio de capacidad contributiva, pues de lo contrario prevalecería un interés específico sobre la justicia tributaria, valor constitucional digno de toda tutela jurídica: “(se) permite al legislador establecer tributos con fines distintos al puramente recaudatorio, con fines en este preciso sentido, *extrafiscales*, siempre que se respeten las exigencias mínimas del principio de capacidad; que los fines queridos por el legislador sean también y amparados por la Constitución; que su consecución esté encomendada por ella al Estado y a los demás entes públicos, y que su consecución influya o se refleje, directa o indirectamente, en el nivel de gasto público o en su distribución”.<sup>45</sup>

Desde la perspectiva de la contribución proporcional y solidaria a la obtención de las finalidades extrafiscales, la existencia del principio de capacidad contributiva parece incuestionable, aunque se ha fundamentado la tributación medioambiental en el principio de quien contamina paga, cuya validez será objeto de posterior análisis. No existe un abandono de la justicia tributaria, criterio amplio dentro del cual puede situarse el postulado de la capacidad contributiva, puesto que, como lo afirma Sainz de Bujanda,<sup>46</sup> en todo caso de incompatibilidad de las instituciones tributarias extrafiscales con la justicia tributaria, deberá darse prevalencia a la justicia en la tributación.

Se coincide con la posición del profesor Amatucci, al afirmar que “el principio de capacidad contributiva, es impuesto al legislador en relación con toda norma de recaudación, aunque no tenga como finalidad la financiación de los gastos públicos”.<sup>47</sup> Lo cual resulta coincidente con reconocer

---

44. Sobre este punto resulta interesante el pronunciamiento de constitucionalidad referido al impuesto sobre tierras infrutilizadas, del cual se ha hecho referencia, puesto que el Tribunal Constitucional Español, en sentencia de 26 de marzo de 1987, afirma con relación al principio de capacidad contributiva: “El impuesto sobre tierras infrutilizadas no lesiona el principio de capacidad económica solo porque recaiga sobre la utilización insuficiente o la obtención de rendimientos inferiores al óptimo legalmente señalado para las fincas rústicas, pues este hecho de significado social y económicamente negativo es por sí mismo revelador de la titularidad de riqueza real o potencial, o como señala el Letrado del Estado, de una renta virtual cuya dimensión mayor o menor determina la mayor o menor cuantía del impuesto”. A nuestro juicio, la capacidad contributiva debe ser real, con el propósito de que el tributo no devenga en inconstitucional.

45. José Juan Ferreiro Lapatza, *Ensayos sobre metodología y técnica jurídica en el derecho financiero y tributario*, p. 288.

46. Fernando Sainz de Bujanda, *Hacienda y derecho III*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

47. Andrea Amatucci, *El ordenamiento jurídico financiero*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2002, p. 427.



que el tributo extrafiscal no pierde su carácter de tributo, y por tanto no puede despojarse de los principios que le resultan propios.<sup>48</sup>

En este sentido, y siguiendo a Amatucci,<sup>49</sup> la capacidad del sujeto para ser sometido a la imposición, debe resultar de la verificación de datos objetivos, como es el caso de la fuerza económica, entre otras; circunstancias que, trasladadas al fenómeno de la imposición ambiental, suponen que debe tenerse en cuenta la capacidad de contaminación. El punto consiste en establecer si solo debe gravarse la capacidad contaminante potencial, en conjunción con las conductas que deterioran el ambiente.

Sin embargo, y dadas las especiales funciones del tributo extrafiscal, para su establecimiento será necesario acudir a otros principios conexos con el de capacidad contributiva, tales como el de *razonabilidad, proporcionalidad y necesidad del tributo*, que en una visión amplia podrían incluso integrarse a la concepción genérica de justicia tributaria, que es, en últimas, la aspiración máxima de la capacidad contributiva como límite de la institución tributaria.

La reelaboración del principio de capacidad contributiva en el contexto de las funciones extrafiscales del tributo supone otorgar a este postulado una connotación amplia de *justicia tributaria* enmarcada en los fines constitucionalmente tutelados por el ordenamiento. Moschetti ejemplifica algunos de los elementos que el operador jurídico debe tener en cuenta para la interpretación de los tributos de carácter extrafiscal:

1. En ningún caso pueden gravarse situaciones no indicativas de capacidad económica.<sup>50</sup>
2. No basta la existencia de cualquier interés determinado por el legislador tributario para que la tributación extrafiscal se legitime. Es necesaria la presencia de un interés colectivo que se adecue en los principios y metas constitucionales.
3. Los principios constitucionales de los sectores económicos afectados

---

48. En la obra de Eusebio González García, *Concepto actual de tributo: análisis de jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 21, acertadamente se afirma: "puede ser conveniente o deseable utilizar los tributos para cumplir otros fines, también constitucionalmente protegidos, siempre que esa utilización no contradiga o desvirtúe la esencia del tributo".

49. *Ibid.*, p. 428.

50. Es necesario aclarar que la potencia económica del sujeto, identificada con capacidad económica, no necesariamente coincide con el concepto de capacidad contributiva, referido a la idoneidad para ser sujeto pasivo del tributo, con fundamento en los principios constitucionales.

por la existencia de un determinado tributo extrafiscal deben ser respetados.

4. El tributo extrafiscal debe ser coherente y no debe ser utilizado como sanción.<sup>51</sup>

Respecto al primero de los límites, De Mita<sup>52</sup> coincide en que debe gravarse un hecho económico relevante, una manifestación de riqueza, dentro de una aplicación matizada del principio de capacidad contributiva.

En este contexto, las funciones extrafiscales del tributo han de ser constitucionales, en el sentido de que el legislador podrá establecer tributos no recaudatorios, siempre que se trate de proteger otros valores constitucionalmente tutelados, lo cual no implica que sea desnaturalizado el tributo de los principios constitucionales que le son predicables.

Sobre la invocación del principio de capacidad económica, algunos autores<sup>53</sup> han propugnado por predicar el principio de capacidad económica del sistema tributario globalmente considerado, y no de cada tributo extrafiscal en particular.

Se concluye que no existe incompatibilidad entre el principio de capacidad contributiva y los tributos extrafiscales, los cuales deben consultar este postulado, entendido bajo la óptica genérica de justicia tributaria.

## **EXAMEN DE LAS CRÍTICAS A LA EXTRAFISCALIDAD**

Efectuado el estudio de la naturaleza jurídica, y las características más relevantes del fenómeno extrafiscal, resulta procedente confrontar la teoría de los tributos no recaudatorios, con las principales críticas que se han propuesto doctrinariamente contra la admisibilidad jurídica de dichas instituciones. Las principales críticas se sintetizan así:

La extrafiscalidad implica un sacrificio de la equitativa distribución de la carga fiscal, lo cual permitirá la existencia de distorsiones a los principios constitucionales tributarios.<sup>54</sup>

---

51. Francesco Moschetti, "El principio de la capacidad contributiva", en *Tratado de derecho tributario*, dirigido por Andrea Amatucci, Bogotá, Temis, 2001, p. 279.

52. Enrico de Mita, *Principi de diritto tributario*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1999, pp. 91 y 92.

53. Como es el caso de Alonso González Luis, *Los impuestos autonómicos de carácter extrafiscal*, p. 39.

54. Como exponentes de esta preocupación científica se encuentran Fernando Sainz de Bujanda, en su

Los tributos extrafiscales no están acompañados de resultados ostensibles, en virtud de la aplicación del criterio de la eficiencia.

Las finalidades constitucionales perseguidas por los tributos no recaudatorios pueden obtenerse más eficazmente por la vía de los gastos públicos.<sup>55</sup>

En cuanto al primero de los cuestionamientos, a nuestro juicio, la extrafiscalidad no puede entenderse como una limitación a la justa distribución del pago de tributos. Como se ha expuesto, los tributos extrafiscales deben obligatoriamente consultar la capacidad contributiva, entendida en el más amplio contexto de la justicia tributaria. La redimensión del principio de capacidad contributiva en el ámbito de los tributos de carácter no fiscal, lejos de abandonar la justicia en la tributación, representa la concreción de la misma, al limitarse por supuestos muy específicos.

Los tributos extrafiscales deben tener como referente siquiera un índice de capacidad económica o riqueza, los intereses pretendidos con el instrumento deben ser constitucionalmente tutelados bajo la coherencia estructural de que la totalidad de los elementos de la obligación tributaria se dirijan a dicha función avalada por el ordenamiento constitucional. Igualmente debe acudirse al *test* de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad del instrumento tributario no financiero, que se efectúa contra el texto constitucional. Todos los elementos descritos constituyen el fundamento de la justicia tributaria que inspira la distribución de las obligaciones tributarias.

No puede pretextarse la asunción de figuras extrafiscales, con el propósito de crear tributos que se aparten de la justicia en la tributación, puesto que es elemento fundamental del tributo no recaudatorio su coherencia con los principios constitucionales tributarios.

Desde otro punto de vista, la eventual distorsión de los principios constitucionales que suponen la justicia tributaria, no encuentra fundamento en las instituciones tributarias extrafiscales, como se desprende de la posición expuesta por parte de la doctrina más autorizada, según la cual los fines de política económica y social que constituyen las funciones atribuidas a los tributos extrafiscales se encuentran en estrecha vinculación con el conteni-

---

obra *Lecciones de Derecho Financiero*, así como Javier Lasarte Álvarez, *El sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, citado por Antonio Cubero Truyo, *La simplificación del ordenamiento tributario (desde la perspectiva constitucional)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 17.

55. En esta línea crítica se encuentra Álvaro Rodríguez Berejío, "El sistema tributario en la Constitución", *Revista Española de Derecho constitucional*, No. 36, 1992, citado por Cubero Truyo.

do mismo del principio de justicia tributaria, entendida desde la concepción jurídica constitucional de justicia.<sup>56</sup>

Bajo esta óptica, la justicia tributaria se encuentra estrechamente ligada con el principio de igualdad real, así como con el de solidaridad, postulados consagrados en la mayoría de constituciones modernas. En este sentido, la justicia como valor protegido por el ordenamiento constitucional es una noción con un contenido jurídico que no puede ser vaciado: "... es esta misma justicia (en general) la que basa los principios de política social y económica expresados en la Carta Magna, con un contenido redistributivo y con un fundamento de solidaridad que guarda evidentes relaciones con los propios principios tributarios".<sup>57</sup>

No debe olvidarse que las funciones atribuidas a los tributos no fiscales, constituyen objetivos *intraconstitucionales* en términos de Cubero Truyo,<sup>58</sup> es decir son tutelados por la propia Constitución como derechos del Estado social. Los tributos extrafiscales no solo deben alcanzar la justicia en la tributación, sino que constituyen un medio eficaz para la obtención de la justicia social y económica.

En cuanto al segundo cuestionamiento, que atribuye a los instrumentos tributarios no fiscales ineficacia o escasez de resultados concretos, dicha objeción puede ser examinada en conjunción con la tercera, que propugna por que la intervención del Estado en los órdenes social económico de la colectividad se efectúe directamente a través de gasto público, sin acudir a la extrafiscalidad.

Estas dos objeciones no representan un cuestionamiento de la naturaleza jurídica misma de la figura, como sí lo representaba la crítica referida al abandono del principio de justicia tributaria. Las dos críticas restantes en realidad critican la figura por los efectos de las mismas, más estrechamente vinculados con temas de derecho presupuestario.

En primer término, podría afirmarse que uno de los postulados emblemáticos del Estado social de derecho desde la perspectiva constitucional, manifiesto en el deber de contribuir, lo constituye el principio de solidaridad.

---

56. Al respecto, puede verificarse a Carmelo Lozano Serrano, *Exenciones tributarias y derechos adquiridos*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 32.

57. Carmelo Lozano Serrano, *Exenciones tributarias y derechos adquiridos*, p. 32. Aunque el autor concluye la imposibilidad de negar el postulado de justicia en materia de exenciones tributarias, los planteamientos expuestos son aplicables a la extrafiscalidad como fenómeno genérico.

58. Antonio Truyo Cubero, *La simplificación del ordenamiento tributario (desde la perspectiva constitucional)*.

Conforme con dicho postulado, la pertenencia a una colectividad organizada obliga a la contribución de los objetivos sociales.

En segundo lugar, los tributos constituyen un medio de transmisión de recursos del sector público al sector privado, en orden a financiar el gasto necesario para la realización de las actividades encomendadas al sector público en toda economía de mercado. Los tributos deben permitir su utilización instrumental al servicio de los fines de política económica y social, y, particularmente, para eliminar las grandes diferencias en la distribución de la renta y la riqueza, y asegurar un crecimiento de la economía en condiciones de estabilidad interna y externa.<sup>59</sup>

Para responder los cuestionamientos, podría afirmarse igualmente que si no se acude a la vía del gasto público directo, ello puede obedecer a que resulta más eficaz recurrir a tributos extrafiscales, con lo cual la segunda objeción resulta un tanto desdibujada.

Por otra parte, resulta ostensible la trascendencia de los tributos de carácter extrafiscal, en las haciendas locales, en aquellos ordenamientos tributarios que han consagrado un régimen de poder tributario territorial,<sup>60</sup> puesto que los entes territoriales pueden optar, dentro de las facultades jurídicas de la órbita de la autonomía competencial, por establecer tributos con atribución de funciones extrafiscales, que permitan la ejecución de las tareas de reactivismo económico y social, conforme a las necesidades locales y regionales.<sup>61</sup>

## FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA TRIBUTACIÓN MEDIOAMBIENTAL

La consideración y protección del medio ambiente ha evolucionado de su primaria concepción de simple política social y económica de Estado, en

---

59. Clemente Checa González C., *Interpretación y aplicación de las normas tributarias: análisis jurisprudencial*, p. 181.

60. En el caso colombiano, la Constitución reconoce poder tributario normativo de forma exclusiva, en cabeza del Congreso Nacional. A los entes territoriales, les ha otorgado potestad tributaria, es decir facultades de procedimiento y gestión, en relación con los tributos creados por la ley. Los entes locales, solo se encuentran facultados para establecer los tributos que cuenten con una ley de autorización, en la cual sean definidos los elementos esenciales de la obligación tributaria. Al respecto se encuentran los arts. 150 numeral 11 y 338 de la Constitución Política.

61. Así fue reconocido por la Sentencia del Tribunal Constitucional Español, No. 37 de 26 de marzo de 1987, la cual fundamentó la utilización de instrumentos tributarios de carácter extrafiscal por parte de las comunidades autónomas, en los principios constitucionales de política social y económica.

la cual se enmarcó el derecho a la existencia del ambiente sano, para arribar a la noción jurídica del denominado *bien ambiental*, entendido como un bien público, limitado y escaso.

En relación con esta noción de bien ambiental, Rosembuj afirma: “El bien ambiental supera la clasificación tradicional de propiedad privada y propiedad pública..., puesto que su matriz es común, exhibiendo el carácter superador del interés o derecho subjetivo singular o específico, a favor del interés indeterminado de todos a su conservación y desarrollo”.<sup>62</sup>

Bajo esta perspectiva, el bien público ambiental es objeto de protección estatal y de intervención directa ciudadana, y, por tanto, su supervivencia dependerá de la repercusión de los respectivos costos de su mantenimiento, en la totalidad de los ciudadanos conforme a dos aspectos: *su capacidad contributiva* y *su capacidad de contaminación*.

Los elementos para la distribución de los costos del deterioro de dicho bien público se articulan, en la actualidad, con fundamento en el principio de solidaridad, el cual se justifica partiendo del reconocimiento de las condiciones reales de contaminación del ambiente mundial. Para los efectos particulares del derecho ambiental, la solidaridad como principio se ha entendido en su sentido amplio, como “defensa global del ambiente, en sentido espacial y temporal, entre las generaciones presentes y futuras”.<sup>63</sup>

En este contexto, igualmente el derecho de propiedad tutelado por la Constitución adquiere relevantes connotaciones, puesto que la función social de la propiedad se ha enriquecido con la afirmación de que dicha función social supone *la explotación racional del suelo, para efectivizar las relaciones sociales equitativas*, en relación con dicha propiedad. La utilización de los recursos naturales para la realización de actividades económicas debe obedecer a los parámetros de utilidad general y solidaridad social.<sup>64</sup>

Con relación a este tema, la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado una interesante teoría denominada *public trust*, según la cual, partiendo del concepto de cosa común del derecho romano, el interés ambiental es de propiedad de la ciudadanía; la administración pública es fiduciaria de dicho interés, pero no propietaria del bien ambiental. En dicha calidad, la administración debe conservarlo y defenderlo, bajo la subordinación a los intere-

---

62. Tulio Rosembuj, *Los tributos y la protección del medio ambiente*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 259.

63. *Ibid.*, p. 42.

64. Al respecto véase A. Amatucci, *El ordenamiento jurídico financiero*, pp. 406 y ss.

ses ciudadanos, que son los reales beneficiarios del encargo. No obstante, la administración pública fiduciaria no es la guardiana exclusiva del bien ambiental, puesto que, dado que la ciudadanía es constituyente del encargo fiduciario, le interesa intervenir directamente en su destinación y protección.

Como aplicación del principio de solidaridad, el deber de contribuir al gasto público en materia ambiental supone en una primera fase que quien contamina paga, con el objeto de que el Estado pueda enfrentar la prevención y la corrección de la contaminación, pero no solo se efectúa desde la perspectiva de la responsabilidad por el daño aisladamente considerado, sino que involucra la solidaridad en la reparto de los costos ambientales.

La evidente finalidad extrafiscal de los tributos ambientales no debe confundirse con el carácter sancionatorio de las medidas de protección y tutela. Es unívoca la doctrina que desconoce la existencia de algún carácter sancionatorio en dichos tributos, pues de lo contrario se confundiría la naturaleza tributaria con la finalidad de las diversas medidas administrativas, contravencionales o incluso penales. La extrafiscalidad, en ningún caso, supone sanción de conductas empleando medios tributarios en calidad de represión.

La concepción jurídica de bien ambiental bajo la cual se identifica la protección efectiva del medio ambiente no pretende, por tanto, la simple obtención de recursos por la utilización de un bien público, sino que en virtud del principio de solidaridad se exige el esfuerzo común de contribuir para la defensa y conservación del ambiente, desde una arista más activa que la simple responsabilidad por el daño, dada la existencia del derecho al ambiente sano, reconocido por los órdenes constitucionales.<sup>65</sup>

## **INSUFICIENCIA DEL PRINCIPIO CONTAMINADOR-PAGADOR, PARA FUNDAMENTAR LA TRIBUTACIÓN MEDIOAMBIENTAL**

El difundido principio según el cual *quien contamina paga*, fue aceptado formalmente por la Declaración de Comunidades Europeas de 1973, reiterado por la Recomendación No. 74/436 Euratom CEE de 1975, así como por el Tratado de Maastricht de 1992. En el contexto colombiano, dicho principio no fue recogido expresamente, aunque puede deducirse su aplica-

---

65. Verbigracia, arts. 78 y siguientes de la Constitución Política de Colombia.

ción de la ley 99 de 1993, que reguló el tema de los tributos medioambientales en el país.

El principio contaminador-pagador supone que el agente contaminante debe soportar los costos de la degradación ambiental, y, por tanto, el gasto de prevención y control de la contaminación.

Bajo la óptica de la solidaridad, justificada entre otras razones por las realidades fácticas de contaminación, dicho principio no implica que el contaminador deba responder por todos los daños derivados de la contaminación, sino exclusivamente hasta un nivel máximo de responsabilidad fijado administrativa o legalmente, lo cual implica de suyo la existencia de un nivel de contaminación permitido, del cual no puede hacerse responsable al contaminador.

Diversos sectores se han pronunciado en contra de la asimilación jurídica del postulado contaminador-pagador, con fundamento en la supuesta promoción de la degradación del ambiente, al hacer coincidir el hecho generador de un determinado tributo con una conducta nociva, en lugar de realizar políticas de prevención genéricas que impidan la realización de conductas perjudiciales.

Dicha crítica es coincidente con la propugnada por Alonso,<sup>66</sup> quien reconoce que, si bien se obtiene la redistribución de los costos medioambientales, se descuida *la modificación de las conductas en el sentido de desanimar a las que contaminan y estimular a las que no lo hacen*.

Podría afirmarse que la crítica al postulado desconoce la responsabilidad colectiva de los ciudadanos en la protección del medio ambiente, fundado en un principio generalmente constitucionalizado, como es el caso de la solidaridad ciudadana. Como afirma Rosembuj: “El criterio contaminador-pagador entra en nuestro ordenamiento jurídico fundamental a través de la indispensable solidaridad colectiva en el derecho y deber de protección ambiental”.<sup>67</sup> Igualmente, la crítica propugnaría por un aumento desmesurado del gasto público, en aras de atender las políticas preventivas, en lugar de que los propios ciudadanos contribuyan en adición a las políticas estatales.

Sin embargo, la aplicación absoluta de este principio en el contexto tributario, implica determinadas problemáticas, puesto que la noción de equivalencia indemnizatoria, intrínseca en el postulado quien contamina paga,

---

66. Luis Alonso González, *Los impuestos autonómicos de carácter extrafiscal*, p. 103.

67. Tulio Rosembuj, *Los tributos y la protección del medio ambiente*, p. 73.



es en principio ajena a las obligaciones impositivas. El problema nuclear consiste en establecer si estamos en presencia de una simple responsabilidad por el daño, y, en ese caso, cómo compatibilizarla con medidas de carácter tributario, en las cuales predomina el principio de capacidad contributiva. En otros términos, ¿una medida tributaria puede fundamentarse en una noción indemnizatoria? Y, en adición a dicho interrogante, ¿un tributo fundado en el principio de quien contamina paga, puede consultar el principio de capacidad contributiva?

En la recomendación citada de 1975, emanada de la Unión Europea, con respecto al principio contaminador-pagador se afirmó:

El canon (medida fiscal) tiene por objeto incitar al responsable de la contaminación a que adopte, por propia iniciativa, con el menor coste, las medidas necesarias para reducir la contaminación de que sea causante (función de estímulo) y/o se haga cargo de su participación en los gastos de las medidas colectivas, como por ejemplo, los gastos de depuración (función de redistribución). El canon deberá fijarse en función del nivel de contaminación emitida, según un procedimiento administrativo adecuado.<sup>68</sup>

La OCDE<sup>69</sup> manifestó la preocupación por que la medida fiscal que pretenda la asunción de los costos de la degradación fiscal, atienda la capacidad de pago, es decir, que la capacidad de contaminación potencial o real, sea directamente proporcional con la capacidad de pago. Sin embargo, no puede efectuarse una asimilación absoluta del principio contaminador-pagador para fundamentar la invocación de instrumentos tributarios, puesto que la noción de responsabilidad por el daño, que inspira dicho postulado, no puede ser identificada con los elementos del tributo, ni siquiera desde la perspectiva no recaudatoria.

El fundamento de la tributación medioambiental no debe estribar exclusivamente en la compensación o la indemnización por la realización de una conducta dañosa, puesto que ello haría intrascendente la utilización de un instrumento fiscal frente a un mecanismo administrativo, como es el caso de las multas por actividades contaminantes.

Dentro de la noción del denominado derecho promocional, el tributo extrafiscal debe cumplir dos propósitos: debe ser lo suficientemente disuasivo como para desestimular la realización de conductas atentatorias en este ca-

---

68. Texto de la recomendación, citado por Alonso, *ibid.*, p. 99.

69. OCDE, *Economic Instruments for Environmental Protection*, París, 1989, p. 28.

so contra el ambiente, y, a la vez, debe alentar comportamientos que se identifiquen con las metas constitucionalizadas, en este caso, debe incentivar conductas de protección efectiva al ambiente. Dichos propósitos no resultan compatibles con el carácter simplemente indemnizatorio del principio contaminador pagador.

La tributación medioambiental encuentra su fundamento en los efectos jurídicos de la asimilación del bien ambiental, el cual es objeto de protección en virtud del principio de solidaridad. El deber solidario de contribuir para la protección del bien ambiental, con las connotaciones que ello implica, ubica al instrumento impositivo en el máximo plano de relevancia, dentro del contexto de la obtención de las metas colectivas.

Bajo la perspectiva del deber solidario frente al bien ambiental, la capacidad contributiva debe ser necesariamente invocada en la estructuración de una figura impositiva de índole extrafiscal para la protección del medio ambiente, dentro del supuesto de que ningún tributo extrafiscal debe alejarse de las consideraciones de justicia tributaria. Resulta imperativo establecer cuál es el tipo tributario idóneo para la realización de los objetivos solidarios cuyos fines se encuentran dirigidos a la tutela del bien ambiental.

## **LOS TRIBUTOS AMBIENTALES. IDONEIDAD DEL IMPUESTO EN EL CONTEXTO DE LA TIPOLOGÍA TRIBUTARIA**

Como concreción del deber de contribuir de forma solidaria a la tutela efectiva del bien ambiental, se arriba a la concepción de la tributación medioambiental. Es necesario establecer la estructuración de un esquema impositivo que realice, de forma más idónea, las funciones extrafiscales atribuidas a los tributos medioambientales.

Un primer aporte sobre la tributación medioambiental lo representa la teoría del profesor Andrea Amatucci,<sup>70</sup> según la cual es posible gravar cuatro categorías de hechos imposables de los tributos encaminados a la protección del medio ambiente: 1. Gravar la explotación de los recursos naturales, en aras de desincentivar su uso o por lo menos, limitándolo. 2. Gravar el ciclo productivo, con el propósito de incentivar tecnologías *menos contaminantes*. 3. Someter a tributación la transformación de materia virgen en mer-

---

70. *L'ordinamento giuridico finanziario*, citado por Rosembuj.

cancia, puesto que se contaminan cíclicamente las reservas de la materia prima. 4. Describir, como hecho imponible, la producción e intercambio de bienes. En principio esta posición podría considerarse extrema, teniendo en cuenta la existencia de otros tributos que gravan las producciones industriales, y que la propuesta implica la consagración del ciclo productivo como hecho imponible, lo cual desestimularía la inversión en el sector y el desarrollo.

En estos casos, sería preferible reconocer minoraciones fiscales a los empresarios que disminuyan el impacto contaminante de sus actividades, lo cual incide en que la configuración del tributo está dirigida en su totalidad a las finalidades extrafiscales del medio ambiente, pero no se tipifica un hecho imponible tan estricto como el ciclo de la producción, lo cual implicaría serias objeciones a la luz del desarrollo económico e incluso social.

En su reciente obra,<sup>71</sup> el autor realiza otro aporte en estas materias: la venta de los derechos de contaminación, es decir, la venta de certificados que corresponden a la máxima contaminación permisible en una determinada área geográfica.

Como se expuso a propósito de los criterios para reconocer unos tributos con función extrafiscal, y no simplemente un tributo con efectos no fiscales, el tributo medioambiental deber estar, en su estructura, dirigido a la consecución de las metas de tutela medioambiental.

En esta percepción estructural, el hecho imponible del tributo debe tipificar la realización de la conducta que resulta atentatoria contra el ambiente, para desincentivar su realización. Correlativamente, las exenciones y no sujeciones deben ajustarse al presupuesto de hecho que ha sido tipificado en la norma como hecho generador de la obligación tributaria. En cuanto a la base gravable, y a la tarifa, su cuantificación debe corresponder con la categoría de la conducta tipificada en la medida de su capacidad contributiva.

En un segundo ámbito, es necesaria la configuración de estímulos, minoraciones de base e incentivos tributarios, dirigidos a las actuaciones que se opongan a la conducta nociva, presupuesto del hecho imponible del tributo.

Con referencia a la medición de la capacidad contributiva en concreto aplicada a un instrumento tributario de índole medioambiental, Rosembuj,<sup>72</sup> sintetizando el pensamiento del profesor Amatucci, afirma que:

---

71. Andrea Amatucci, *El ordenamiento jurídico financiero*, p. 422.

72. Tulio Rosembuj, *El tributo ambiental*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1994, pp. 65-66.

...Si el tributo fuera dirigido a tutelar el ambiente no podría sino gravar el comportamiento que lo deteriora, desalentándolo. No obstante, la calificación ecológica del presupuesto del impuesto, expresión de solidaridad, en cuyo ámbito entra el deber de contribución, denuncia la legitimidad en conexión con las otras condiciones que son la esencia del principio de capacidad contributiva, que se infiere de las demás garantías constitucionales.

Y agrega: “En consecuencia, *todo* el sistema tributario puede contribuir a la finalidad ecológica y ello a través de una miríada de tributos que tienden a estimular la ordenada explotación de los recursos naturales, la utilización de tecnologías no agresivas con el ambiente... y por último la eliminación de residuos”.<sup>73</sup>

Resulta trascendente establecer cuál de los instrumentos que ofrece la tipología tributaria, resulta más idóneo para la realización de los objetivos extrafiscales descritos, y cómo concordar dicho instituto, con un sistema tributario dirigido a fines similares.

En un primer plano se encuentran las tasas y las contribuciones especiales, denominados por Ataliba<sup>74</sup> tributos vinculados.

En cuanto a la tasa, el Modelo de Código Tributario para América Latina OEA/BID, las define como “el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente... su producto no puede tener un destino ajeno al servicio que constituye el presupuesto de la obligación”. Definición que se agrega afirmando que el hecho generador puede recaer en la prestación de un servicio público o en la realización de una actividad administrativa.<sup>75</sup>

Por su parte, las contribuciones especiales, han sido definidas como los “tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento del valor de sus bienes, como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos”.<sup>76</sup>

---

73. *Ibid.*, p. 67.

74. Gerardo Ataliba, *Hipótesis de incidencia tributaria*, traducción de Roque García Mullin, Lima, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 1987.

75. Para Ramón Valdés Costa, en *Curso de derecho tributario*, Desalma, Temis, Marcial Pons, 1996, p. 145, los elementos característicos de la tasa son: la divisibilidad, la naturaleza jurídica de la prestación estatal, su efectividad, la ventaja obtenida por el particular, la voluntad, el destino de recaudación y su equivalencia.

76. Art. 26 de la Ley General Tributaria Española.

En el caso de las tasas y las contribuciones especiales, es apreciable una situación de cierta equivalencia, que se concreta en una retribución efectuada por el particular de lo obtenido por parte de la administración.<sup>77</sup> En estos términos, su establecimiento se encuentra condicionado a la realización potencial o efectiva de una actividad administrativa, por lo cual en este caso no hay libertad configurativa del instrumento tributario por parte del legislador.<sup>78</sup> Siguiendo los parámetros del Modelo de Código Tributario para América Latina, y la legislación española, también son ostensibles los límites cuantitativos, en la medida en que el producto de las tasas está destinado al servicio que las origina, y en el caso de las contribuciones especiales, es deseable que la base gravable corresponda a un porcentaje superior al 90% del valor total de la obra.<sup>79</sup>

En este sentido, la naturaleza extrafiscal que en teoría deberían comprender los instrumentos tributarios, no resulta tan clara a la luz de la estructura de los tributos vinculados, dada la relación del importe pagado con el servicio o la obra pública realizada por el Estado. Los condicionamientos de la estructura de las tasas y las contribuciones limitan la realización de un objetivo extrafiscal, que solidariamente atañe a la totalidad de los ciudadanos, en relación con su capacidad efectiva o potencial contaminante.

No es la pretensión reducir la demanda de los servicios y obras realizados por el Estado; un tributo vinculado de naturaleza extrafiscal podría generar este efecto, ya que su objetivo residual es el recaudo, y su objetivo principal es propiciar la realización de determinadas conductas en este caso de tutela ambiental. Dada la subsidiaridad de la finalidad recaudatoria, no sería admisible propiciar la disminución en el gasto público destinado a obras públicas o actividades administrativas.

---

77. En el Anteproyecto del Modelo de Código Tributario de Colombia para América Latina, elaborado por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, se define tasa como “la prestación pecuniaria establecida por el titular del poder tributario, exigida de manera compulsiva y obligatoria por un ente estatal o privado, por la realización de una actividad de carácter administrativo que afecta de manera directa al obligado”. La contribución especial es definida como “La prestación pecuniaria... para financiar una actividad que afecta de manera directa a un sector económico o social, e indirecta a los miembros que pertenecen al mismo sector”.

78. Alonso, citando a Ángeles García-Frías, *Los fines extrafiscales de las tasas*, señala: “La tasa extrafiscal que se hubiera establecido en razón de un servicio prestado a un contribuyente por una administración se encuentra ahora enormemente recortada en sus posibilidades de influir en alguna dirección en la conducta del sujeto, puesto que el importe de su cuota tiene unos límites evidentes, y además, no demasiado altos en la mayoría de los casos”.

79. Alonso, pone de presente igualmente que una contribución extrafiscal, desincentivaría la realización de obras para comunidades determinadas, al reducir la demanda de dichas obras o servicios.

Por último, los cuestionamientos doctrinales en cuanto a las deficiencias teóricas de esta clase de tributos, al no consultar de manera profunda el principio de capacidad contributiva, tampoco se acomodan a los objetivos de la extrafiscalidad que, como se ha expuesto, impone reconocer que el tributo medioambiental debe consultar dicho postulado.

La alternativa que pareciera adecuarse con mayor precisión a las funciones extrafiscales de los tributos medioambientales es el establecimiento de un impuesto dirigido a tales fines.

En oposición a los denominados tributos vinculados, el impuesto no condiciona su hecho generador a la realización de una determinada actividad estatal. “Desde el punto de vista de su función, por tanto, el impuesto podría definirse como la cuota individual a los gastos públicos”,<sup>80</sup> “Impuestos son tributos cuyo hecho imponible no supone en ningún caso una actividad administrativa”.<sup>81</sup> Los únicos condicionamientos corresponden a la verificación de un índice de capacidad contributiva, que el legislador pretende gravar, y en la prohibición de confiscatoriedad, criterio intrínseco a toda noción impositiva.

Por la naturaleza del hecho imponible, los impuestos representan los instrumentos tributarios idóneos para la obtención de las metas extrafiscales. Dicho impuesto de carácter ambiental debe considerar en su hecho generador conductas degradatorias del medio ambiente.

En principio pareciera lógico que se estructure sobre la base de alícuotas progresivas conforme al nivel de contaminación. Así es reconocido por Perrone,<sup>82</sup> que respecto al impuesto sobre energía, afirma: “...la caracterización ambiental de nuestro sistema tributario, mediante la introducción de un impuesto general sobre la energía, que también lleve a cabo, mediante el empleo de alícuotas diferenciadas, el interés colectivo primario al respeto de los equilibrios ecológicos y que prevea correctivos para adaptarla a la situación personal de cada uno de los contribuyentes y la posibilidad de desarrollar la autonomía regional en el sector de los impuestos ambientales, individualizan algunas líneas evolutivas del sistema tributario que discrepan de

---

80. Antonio Berlir, *Principios de derecho tributario*, volumen I, traducción de Fernando Vicente-Arche, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1964, p. 333.

81. José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de derecho financiero español*, Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 178.

82. Rafael Perrone, “La imposición y el ambiente”, en *Tratado de derecho tributario*, tomo II, dirigido por Andrea Amatucci, p. 445.

los límites y los vínculos impuestos por la Constitución al ejercicio de la potestad legislativa en el campo fiscal”.

El escenario tributario completo supone que el sistema fiscal se encuentre dirigido de forma estructural a la consecución de los fines medioambientales, con la implementación y articulación además de exenciones, minoraciones, y beneficios tributarios dirigidos a esta finalidad.<sup>83</sup>

Debe reconocerse, finalmente, que los tributos no pueden ser los únicos medios para la protección del medio ambiente, puesto que es necesario la realización de políticas preventivas estatales, así como de medidas administrativas drásticas, que conformen un sistema congruente con las finalidades estatales constitucionalizadas.

## BREVE APROXIMACIÓN A LA TRIBUTACIÓN MEDIOAMBIENTAL EN COLOMBIA

Descendiendo al plano legislativo colombiano, la ley 99 de 1993 creó instrumentos tributarios dirigidos a la protección del medio ambiente. Específicamente reguló las denominadas por la ley tasas retributivas y compensatorias, en los siguientes términos:

Art. 42. Tasas Retributivas y Compensatorias. La utilización directa o indirecta de la atmósfera, del agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicio, sean o no lucrativas, se sujetará al pago de *tasas retributivas* por las consecuencias nocivas de las actividades expresadas.

También podrán fijarse *tasas para compensar* los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales renovables. Queda así subrogado el artículo 18 del Decreto número 2811 de 1974.

El hecho generador de las tasas retributivas se vincula a las consecuencias nocivas para el ambiente, que puede implicar la utilización de los recursos naturales. La utilización directa o indirecta de los recursos se condi-

---

83. En cuanto a los beneficios tributarios otorgados a los contribuyentes que concreten el deber de solidaridad frente a la protección del medio ambiente, de forma genérica pueden agruparse en dos sentidos: 1. Las reducciones de impuestos para el fomento de la realización de las inversiones en el medio ambiente, y 2. Las aceptaciones de amortizaciones aceleradas en inversiones de descontaminación.

ciona a que se genere la consecuencia nociva, para que exista obligación tributaria. La definición reglamentaria del concepto de consecuencia nociva, demuestra que dicha circunstancia puede ser incluso potencial, propugnando por el uso correcto de los recursos naturales.<sup>84</sup>

Desde la perspectiva legal, el hecho generador de las tasas retributivas se encuentra estrechamente ligado al tradicional principio según el cual quien contamina paga, dada la necesaria producción de consecuencias nocivas.

Las tasas compensatorias, por su parte, se identifican con obligaciones tributarias establecidas con el propósito de sufragar los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales. Sin embargo, no existe una descripción clara de los elementos configurativos del hecho generador de las tasas compensatorias, en la medida en que se delega a la autoridad administrativa su establecimiento, bajo la posibilidad de que los entes administrativos establezcan tasas de esta índole.

Esta previsión legal, que permite al órgano ejecutivo establecer tasas compensatorias, sin previa definición siquiera del hecho generador del tributo, resulta claramente inconstitucional, por violación directa del art. 338 de la Carta, el cual consagra el principio de reserva de ley en materia tributaria. El legislador debe establecer los elementos esenciales de la obligación tributaria, con excepción de la tarifa, la cual puede ser fijada por autoridades administrativas, dentro de los límites (método y sistema) establecidos por la ley.

En el hecho generador de la tasa compensatoria ambiental se *presume* la necesaria utilización de un recurso natural con consecuencias nocivas para el ambiente. Dicha inferencia se deduce, puesto que la norma exclusivamente radica la distinción entre tasas retributivas y compensatorias, en que los recursos derivados del pago del tributo se destinarán al mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales. Como resulta obvio, la destinación de un instrumento tributario no determina una distinción de la naturaleza jurídica del tributo, y, en este sentido, conforme a la legislación vigente, puede afirmarse que no existe ninguna distinción jurídica entre el hecho generador de las tasas retributivas y compensatorias.

El hecho generador de los tributos descritos, por tanto, coincide con la

---

84. El decreto 901 de 1997 define consecuencia nociva como "el resultado de incorporar al recurso hídrico una o varias sustancias contaminantes, cuya concentración y caudal sean potencialmente capaces de degradar el recurso". Aunque la definición solo se refiere expresamente a la utilización de recursos hídricos, la ley incorpora dentro del hecho generador de la tasa igualmente la utilización de la atmósfera y el suelo.



realización de vertimientos o emisiones de sustancias nocivas a la atmósfera, el suelo o el agua.<sup>85</sup> Dicha coincidencia en cuanto al hecho generador ha desdibujado la línea fronteriza entre ambos tipos de tasas, aunque subsiste la distinción más con un criterio finalístico de derecho presupuestario, que no modifica los supuestos del nacimiento de la obligación tributaria.

El sujeto activo de dichos tributos, es el Ministerio del Medio Ambiente,<sup>86</sup> a quien es atribuida la facultad de definir los respectivos costos y beneficios, sobre cuya base deben ser calculadas las tasas.<sup>87</sup>

En cuanto a los criterios determinados por la ley para la determinación de las tasas, llama la atención que la legislación establezca que la tasa debe incluir el valor de depreciación del recurso afectado. Reconocida la dificultad de ponderar el desgaste de los recursos del ambiente, no puede adoptarse la postura extrema neoliberal, que propugna porque todos los costos sean valorados conforme a las fuerzas del mercado, con inclusión de los costos medioambientales. En este caso, conforme a la legislación, deben valorarse en cada caso concreto, pero en consideración a factores objetivos genéricos.

La ley 99 de 1993 igualmente creó una tasa por la utilización de aguas en los siguientes términos.

Art. 43. Tasas por Utilización de Aguas. La utilización de aguas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, dará lugar al cobro de tasas fijadas por el Gobierno Nacional que se destinarán al pago de los gastos de protección y renovación de los recursos hídricos, para los fines establecidos por el artículo 159 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protec-

---

85. Lo cual, se insiste, no debe ser confundido con la conducta contravencional de contaminar por encima de niveles permisibles, puesto que en este caso, se trata de una actividad ilícita.

86. Aunque las titulares del crédito tributario propiamente dicho, son las Corporaciones Autónomas Regionales, dependencias del Ministerio del Medio Ambiente, que tienen atribuidas competencias en materia de protección del ecosistema y desarrollo regional.

87. Sobre este punto, la Corte Constitucional, ante el examen de constitucionalidad de la ley 99 de 1993, en la Sentencia C-495/96 afirmó: "La consagración de un método y un sistema no significa necesariamente la expresión aritmética o numérica mediante fórmulas exactas, sino que mediante la ley, ordenanzas y acuerdos se recojan también hipótesis normativas mediante las cuales se puedan definir los costos y beneficios que fijen la tarifa como recuperación de los costos que les presenten o participación en los beneficios que les proporcionen las autoridades administrativas competentes en materia de ingresos públicos, de forma que las autoridades administrativas pueden ejercer excepcionalmente un poder tributario derivado de las tasas o contribuciones, en forma precaria y limitada. El legislador no desconoció la determinación del sistema y método para calcular el costo del servicio, señalando la forma como la autoridad administrativa debe definir la tarifa de las tasas. Tal determinación legal del sistema y el método para definir el costo de un servicio, sólo puede juzgarse en cada caso concreto y tomando en consideración las modalidades peculiares del mismo".

ción al Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974. El Gobierno Nacional calculará y establecerá las tasas a que haya lugar por el uso de las aguas.

Como se aprecia, el hecho generador de la tasa de aguas corresponde exclusivamente a la utilización de dicho recurso. La norma no condiciona el hecho generador del tributo a la realización de conductas nocivas sobre el agua, elemento configurativo del hecho imponible en el caso de las tasas retributivas y compensatorias. La flexibilidad en la configuración de la tasa de aguas se efectuó igualmente bajo la delegación a las autoridades administrativas, del establecimiento concreto del tributo, lo cual pone de manifiesto la inconstitucionalidad de la norma en estudio, ante la indefinición legal de los elementos esenciales de la obligación tributaria, derivada del uso del agua.

La insuficiencia de los textos legales en relación con la regulación de las tasas compensatorias y la tasa por el uso de aguas manifiestan la clara violación del principio de reserva de ley, entendida como la exigencia de que el legislador determine directamente el núcleo esencial de las materias reservadas a sus competencias, en este caso, los elementos de la obligación tributaria. En ese ámbito esencial no pueden intervenir las autoridades administrativas.

En este campo se ha distinguido la denominada reserva relativa, en la cual el principio de reserva de ley adquiere una connotación atenuada, y en éste se exige la regulación directa de la ley de los elementos fundamentales de la obligación tributaria, delegando a los actos administrativos, la posibilidad de desarrollo de dichos elementos estructurales; por contraposición con la denominada reserva legal absoluta, la cual exige la regulación directa de una materia de forma integral.<sup>88</sup>

En la Constitución colombiana se ha acogido la teoría de la reserva de ley relativa, en la cual los elementos esenciales del tributo deben estar regulados directamente por la ley, sin intervención alguna de los reglamentos administrativos, los cuales desarrollan los elementos fundamentales y establecen los procedimientos de gestión tributaria. Dicho principio es estricto en materia del establecimiento de impuestos. En el caso de las tasas y contribuciones, como se ha expuesto, la determinación de la tarifa puede ser delegada por la ley, al órgano ejecutivo.

---

88. La distinción entre reserva legal absoluta y relativa, se profundiza en la obra de Eusebio González García, "Principio de legalidad tributaria en la Constitución de 1978", en *Seis estudios sobre derecho constitucional e internacional tributario*, Edersa, 1980, pp. 63 y ss.

En el caso específico de la ley 99 de 1993 se advierte una clara violación del principio de reserva de ley, puesto que, a excepción de la tarifa, los elementos esenciales deben regularse directamente por la ley. En cuanto a las tasas compensatorias, ni siquiera se encuentra definido el presupuesto de hecho que da origen a la obligación tributaria, y, obviamente, no están regulados el resto de los elementos fundamentales.

Con referencia a la tasa por utilización de aguas, se *introduce un criterio* para la determinación del hecho generador, pero este es claramente insuficiente, puesto que no establece los términos en los cuales el uso del agua, genera el tributo. Pareciera que todo uso genera la obligación de pagar una tasa, y, en este caso, no podría hablarse de un tributo con funciones extrafiscales de protección del medio ambiente.

Los cuestionamientos expuestos desvirtúan la constitucionalidad de las normas analizadas, ante la indefinición de los elementos del núcleo esencial de la obligación tributaria.

El artículo 43 de la ley 99 de 1993 igualmente creó una inversión forzosa para todo proyecto que en su ejecución involucre el uso del agua, consistente en que el 1% del total de la inversión debe destinarse para la recuperación de la cuenca hidrográfica correspondiente a la fuente hídrica depreciada.

Planteada la acción de inconstitucionalidad contra la ley 99 de 1993, a las tasas retributivas se les endilgó que su conexión con el principio de quien contamina paga otorgaba a las mismas un carácter punitivo, ajeno a la esfera tributaria. En cuanto a las tasas compensatorias, se afirmó que la expresión legal “también podrá fijarse tasas para compensar los gastos...”, implicaba una violación del principio de reserva de ley, al permitir que las autoridades administrativas establecieran sin límite alguno, tributos cuya configuración corresponde al Congreso. Fue advertida, igualmente, la total indeterminación en cuanto al hecho generador de la tasa por utilización de aguas, puesto que, a juicio de la demandante, todo ser humano sería sujeto pasivo potencial de dicho tributo, dado que la norma no definió las condiciones en las cuales el acceso al agua generaría el cobro de una tasa. Igualmente fue cuestionada, por violación del principio de equidad, la inversión forzosa por utilización de aguas, al permitir que un mismo sujeto pasivo se vea obligado simultáneamente al pago de tasas retributivas, compensatorias, tasa por utilización de aguas, e igualmente sometido a la inversión forzosa, por la realización de una misma actividad económica.

Así mismo fue cuestionada la norma, a la luz de la prohibición constitu-

cional, de que las rentas nacionales tengan destinación específica; dado que las tasas medioambientales creadas por la ley representan rentas de orden nacional, dirigidas específicamente a integrar el presupuesto de las Corporaciones Autónomas Regionales, entes administrativos responsables de la ejecución de las políticas ambientales.

La Corte Constitucional<sup>89</sup> desestimó los cargos de inconstitucionalidad, afirmando que las tasas retributivas carecen de naturaleza punitiva, puesto que en realidad corresponden a tributos que tienden a financiar los costos de las conductas degenerativas del ambiente; específicamente la Corte afirmó:

...(Las tasas retributivas) sólo deben pagarlas las personas que utilizan tales recursos, para depositar desechos siempre que se cause un efecto nocivo, definido técnicamente. En el mundo moderno, la prestación de este servicio (recepción de desechos), implica costos que alguien debe pagar, porque en casi todos los casos afectan a la sociedad; por tanto, es claro que al Estado le corresponde cobrar esos costos a través de tasas.

En este caso, la Corte Constitucional dio aplicación a la teoría del coste social como fundamento de las obligaciones tributarias. Conforme a dicha tesis, las actividades económicas comportan determinados costos sociales, por lo tanto, el impuesto es el instrumento idóneo para que el sujeto que genera unos efectos perjudiciales a la sociedad, retribuya a la misma los perjuicios causados con su actividad.

Aunque se trata de la invocación de una teoría económica, se ha constituido en el fundamento de la aplicación de instrumentos tributarios dirigidos a la protección del medio ambiente, con el objeto de internalizar los costos generados en el control de la degradación del medio ambiente.

El alto tribunal consideró, que existe una estrecha relación entre el valor pagado a título de tasa por el *usuario* que utiliza el ambiente sano, y el nivel de deterioro ocasionado por el mismo.

En cuanto a las tasas compensatorias, interpretó que corresponden al reintegro de los costos incurridos por el Estado, en el manejo conservación y descontaminación de los diversos recursos; considerando que se diferencian de las tasas retributivas, en el hecho de que en las primeras no se busca la creación de incentivos permanentes. Para la Corte, tanto las tasas compensatorias como las retributivas, corresponden a las tasas derivadas de la prestación de un servicio público específico.

---

89. Sentencia C-495 de 1996. Magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

Con referencia a la violación del principio de legalidad consagrado en el artículo 338 de la Carta, según el cual en virtud de disposición legal las autoridades administrativas pueden fijar la tarifa de las tasas como recuperación de los costos derivados de los servicios, siempre y cuando la propia ley determine el método y el sistema para definir dichos costos. En ese caso, la Corte consideró que el método y el sistema estaban definidos por la norma acusada. Sin embargo, la sentencia no se refirió a la absoluta indefinición del hecho generador, y los elementos esenciales en el caso de las tasas compensatorias, desconociendo la vulneración de la reserva de ley en esta materia.

En el cargo por la violación de la prohibición constitucional de la existencia de rentas nacionales de destinación específica, la Corporación incurrió en un grave error al negar la naturaleza tributaria de las tasas medioambientales, con el propósito de afirmar que la prohibición constitucional no les resulta aplicable,<sup>90</sup> en contradicción con el propio texto de la sentencia, y desconociendo la evolución jurisprudencial de la Corte, la cual ha avanzado en materia de tipología tributaria.

Con referencia al cargo de la supuesta violación del principio de equidad, al imponer de forma coincidente y simultánea cuatro gravámenes ambientales: tasa retributiva, tasa compensatoria, tasa por utilización de aguas, así como de inversión forzosa, la Corte consideró que cada uno de los gravámenes superaba el juicio de razonabilidad y proporcionalidad, puesto que atendía a supuestos diversos,<sup>91</sup> y por tanto no vulneraba el principio constitucional de la equidad en materia tributaria.

En este punto, es necesario analizar si los tributos medioambientales previstos en la legislación cumplen de forma idónea con los principios de los tributos extrafiscales.

En cuanto a las tasas retributivas, el hecho generador cumple de forma

---

90. Resulta evidente el error de la Corporación, no solo al negar la naturaleza tributaria de las tasas medioambientales después de haberlas sometido al estricto examen del principio de legalidad, contenido en el art. 338 de la Carta, sino que además, y en contradicción con el propio texto de la sentencia, las denominó “contribuciones”. Afirmó expresamente la Corte en la sentencia que comento: “Esta Corporación ya ha sostenido que la prohibición contenida en el art. 359 de la Carta se refiere fundamentalmente a las rentas de naturaleza tributaria y las contribuciones aquí estudiadas, las cuales son tasas... son rentas no tributarias, por tanto, no son destinatarias de la referida prohibición”. Al parecer, el desconocimiento de la evolución jurisprudencial en materia de tipología tributaria constituye un caso aislado de la jurisprudencia.

91. En cuanto a la constitucionalidad de la inversión forzosa, afirmó el alto Tribunal: “...es constitucionalmente razonable que se imponga un deber social fundado en la función social de la propiedad, tendiente a la protección e integridad del medio ambiente”.

genérica con la finalidad de desestimular conductas contaminantes, puesto que describe el supuesto de hecho originario de la obligación tributaria, como la utilización de los recursos naturales, generando consecuencias nocivas sobre los mismos.

La tasa retributiva cuenta con carácter instrumental, para la obtención de disminución de niveles de contaminación sobre el agua, suelo y la atmósfera. Sin embargo, en lo que hace referencia al principio de capacidad contributiva, se aprecian algunos vacíos.

Como se ha expuesto, la capacidad contributiva en el ámbito de los tributos medioambientales, encuentra como referente los criterios de la justicia tributaria en general, y, de forma particular, debe atender a la capacidad de contaminación del sujeto pasivo del tributo. En cuanto a la capacidad de contaminación como criterio de referencia en las tasas retributivas, a nivel del reglamento<sup>92</sup> se define, incluso utilizando fórmulas matemáticas, la noción de consecuencia nociva para los recursos hídricos, se establece un factor regional, que cuantifica los costos sociales y ambientales de los vertidos puntuales en fuentes hídricas, lo cual demuestra que el tributo, y específicamente la tarifa del mismo, se fundan en consideraciones técnicas, que determinan la capacidad contaminante del agente.

No obstante, no se establece un sistema para diferenciar el tratamiento tributario aplicable a sectores económicos cuyas actividades pueden ser más lesivas del ecosistema, así como reglas más precisas en cuanto a las industrias que necesariamente deben acudir a tecnologías contaminantes en sus procesos productivos.

Es en buena parte ausente la reglamentación en estas materias, que solo se ha referido a las tasas retributivas por el uso del agua, pero no ha penetrado en la utilización de los demás recursos naturales, cuyo desarrollo reglamentario resulta imperativo; así como una reglamentación completa de los elementos constitutivos de las tasas compensatorias, y la tasa por utilización de agua.

Puede concluirse que tal como se encuentran regulados, los instrumentos tributarios medioambientales de la legislación colombiana,<sup>93</sup> en realidad

---

92. Decreto 901 de 1997.

93. En la legislación colombiana igualmente se encuentran previstos algunos impuestos especialmente afectados al medio ambiente, como es el caso de la sobretasa al impuesto de timbre sobre vehículos, así como la contribución especial de valoración derivadas de obras descontaminantes, los cuales desvirtúan la noción intrínseca del principio contaminador pagador, puesto que generalizan el principio de solidaridad en materia de imposición ambiental.

no pretenden alcanzar funciones exclusivamente financieras. Aunque existen vacíos de regulación, los elementos *disponibles* de la obligación tributaria, estructuran un comportamiento que estimula la contaminación de los recursos.

## CONCLUSIONES

- Los tributos extrafiscales se encuentran sustentados en la visión instrumental de la ciencia jurídica, según la cual el derecho está obligado a la consecución de los fines sociales tutelados por la Constitución. Bajo la óptica promocional del derecho tributario, los tributos constituyen mecanismos eficaces para desincentivar conductas atentatorias contra los objetivos del interés general, así como para estimular la realización de actividades que permiten el logro de las metas de la colectividad, dentro de las cuales ocupa un papel prioritario la defensa del medio ambiente sano.
- Como manifestación concreta de la vinculación jurídica del Estado social y de derecho, el tributo asume la función de reductor social, económico, político y cultural de la comunidad.
- La destinación a la cobertura de los gastos públicos es un elemento principal de la institución tributaria, mas no es de su esencia. En ese sentido, las funciones extrafiscales del tributo –no identificables con los simples objetivos o efectos extrafiscales– pueden coexistir con la función recaudatoria; en dicha concurrencia de funciones fiscales y extrafiscales, las funciones financieras pueden ser incluso residuales o de carácter secundario.
- La extrafiscalidad de las funciones atribuidas a un tributo solo es predicable si la totalidad de los elementos estructurales de la obligación tributaria se dirigen a la obtención del objetivo no financiero. La obligación tributaria, en su conjunto, debe ser funcionalmente extrafiscal.
- Los tributos extrafiscales deben consultar la capacidad contributiva, entendida en su acepción genérica de justicia tributaria, que supone someter al tributo extrafiscal a precisos límites: debe acudirse a la capacidad económica del sujeto pasivo, los intereses extrafiscales deben ser tutelados por el ordenamiento jurídico constitucional, y a los sectores que soportan el tributo debe respetárseles sus derechos constitucionales. Superando la simple técnica de la aplicación de los prin-

- cipios tributarios, el tributo extrafiscal debe ser razonable, proporcional y necesario, criterios conexos a la noción genérica de justicia.
- En todo caso, los tributos extrafiscales de índole ambiental deben acudir a la capacidad contributiva en los términos expuestos, y a la capacidad, incluso potencial, de contaminación.
  - El medio ambiente no pertenece a la simple esfera de la garantía constitucional, sino que puede predicarse una juridización del concepto, a partir del reconocimiento de la existencia de un verdadero bien ambiental, como un bien limitado, escaso y cuya protección interesa a los ciudadanos, constituyentes y beneficiarios del encargo de la administración del mismo, en virtud de la aplicación del principio de solidaridad.
  - El principio contaminador-pagador no es fundamento suficiente para la tributación medioambiental, puesto que en ella debe primar el deber solidario de protección al medio ambiente y no la simple indemnización por el daño ecológico.
  - El instrumento fiscal que resulta idóneo para la realización de los objetivos extrafiscales medioambientales es el impuesto ambiental, puesto que el hecho generador de la obligación tributaria exclusivamente supone un índice de capacidad contributiva, que debe ser medido conforme a los principios que inspiran la justicia tributaria y la capacidad de contaminación.
  - Las tasas ambientales consagradas en la legislación colombiana cumplen, de forma genérica, con su objetivo de estimular conductas degradatorias del ambiente, aunque se advierte la presencia de vacíos en cuanto al análisis de la capacidad contributiva y la capacidad contaminante del sujeto pasivo del tributo.
  - Se advierte la insuficiencia de regulación en cuanto a los elementos de la obligación tributaria derivada de las tasas medioambientales en Colombia, lo cual desestima la constitucionalidad de las mismas, y por tanto, la función extrafiscal implícita en dichos instrumentos tributarios.
  - Es deficiente el desarrollo de los instrumentos tributarios creados por la legislación colombiana para la tutela del ambiente sano. El desarrollo de las políticas que involucren tributación medioambiental, constituye un reto que trasciende las fronteras nacionales. Siguiendo los ordenamientos jurídicos europeos, la tributación medioambiental puede configurar un principio de armonización regional, que concre-



te decisiones políticas mancomunadas, en cuanto a la protección del ambiente.

- Crear instituciones jurídico-tributarias que promuevan las finalidades del Estado social de derecho es tarea prioritaria, puesto que los sistemas tributarios deben ser coherentes con los objetivos comunes y con el interés general, sin perjuicio de que tributos extrafiscales se integren con el sistema tributario en su totalidad. En este sentido, los sistemas tributarios con instituciones de carácter extrafiscal constituyen una de las más relevantes expresiones del Estado social.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alonso González, Luis M., *Los impuestos autonómicos de carácter extrafiscal*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- Amatucci, Andrea, *El ordenamiento jurídico financiero*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2002.
- Amatucci, Andrea; González, Eusebio, “El concepto de tributo”, en *Tratado de derecho tributario*, tomo I, dirigido por Andrea Amatucci, Bogotá, Temis, 2001.
- Ataliba, Gerardo, *Hipótesis de incidencia tributaria*, traducción de Roque García Mullin, Lima, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 1987.
- Berlir, Antonio, *Principios de derecho tributario*, volumen I, traducción de Fernando Vicente-Arche, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1964.
- Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1987.
- Carrizosa Umaña, Julio; Cruz de Quiñones, Lucy; Macías Gómez, Luis Fernando, *Nuevo régimen jurídico del medio ambiente*, Medellín, Ediciones Rosaristas-Dike, 1994.
- Checa González, Clemente, *Interpretación y aplicación de las normas tributarias: análisis jurisprudencial*, Valladolid, Lex Nova, 1998.
- Cortés, Matías, *Ordenamiento tributario español*, tomo I, Madrid, Civitas, 1986.
- Cubero Truyo, Antonio, *La simplificación del ordenamiento tributario (desde la perspectiva constitucional)*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- De la Rosa, Salvatore, “Los beneficios tributarios”, en *Tratado de derecho tributario*, tomo I, dirigido por Andrea Amatucci, Bogotá, Temis, 2001.
- De Mita, Enrico, *Principi de diritto tributario*, Milano, Dott A. Giuffrè, 1999.
- Domingues de Oliveira, José Marcos, *Direitto tributário e meio ambiente*, Río de Janeiro, Renovar, 1995.
- Ferreiro Lapatza, José Juan, *Curso de derecho financiero español*, Madrid, Marcial Pons, 1993.

- *Ensayos sobre metodología y técnica jurídica en el derecho financiero y tributario*, Barcelona, Marcial Pons, 1998.
- Fichera, F., *Imposizione ed extrafiscalità nel sistema costituzionale*, Napoli, Scientifiche Italiane, 1973.
- Figuroa, Aimée, “Los instrumentos económico fiscales para la protección ambiental: virtudes y vicios”, ponencia para la Segunda Conferencia de Derecho Económico, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 1999.
- Forsthoff, Ernst, “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, en *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- Gianinni, A. D., *Instituciones de derecho tributario*, traducción de Fernando Sainz de Bujanda, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1957.
- González García, Eusebio, *Concepto actual de tributo. Análisis de jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- “El principio de legalidad tributaria en la Constitución de 1978”, en *Seis estudios sobre derecho constitucional e internacional tributario*, Edersa, 1980.
- Guervos Maillo, María de los Ángeles, *El impuesto Balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- Hensel, Albert, *Diritto tributario*, traducción de Dino Jarach, Milano, Dott A. Giuffrè, 1956.
- Instituto de Estudios Económicos, *Aspectos económicos y jurídicos del medio ambiente*, Madrid, IEE, 1980.
- Jaramillo, Esteban, *Tratado de ciencia de la hacienda pública*, Bogotá, Voluntad, 1960.
- Lozano Serrano, Carmelo, *Exenciones tributarias y derechos adquiridos*, Madrid, Tecnos, 1988.
- Martín Fernández, Javier, *Tasas y precios públicos en el derecho español*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- Moschetti, Francesco, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, Cedam, 1973.
- “El principio de la capacidad contributiva”, en *Tratado de derecho tributario*, tomo I, dirigido por Andrea Amatucci, Bogotá, Temis, 2001.
- OCDE, *Economic Instruments for Environmental Protection*, París, 1989.
- Pérez de Ayala, Concha, *Temas de derecho financiero*, Universidad Complutense de Madrid, 1990.
- Pérez Royo, Fernando, *Derecho financiero y tributario*, Madrid, Civitas, 1994.
- Perrone, Raffaele, “La imposición y el ambiente”, en *Tratado de derecho tributario*, tomo II, dirigido por Andrea Amatucci, Bogotá, Temis, 2001.
- Pages I Galtés, Joan, *Fiscalidad de las aguas*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

- Plazas Vega, Mauricio, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, Bogotá, Temis, 2000.
- Rosembuj, Tulio, *El tributo ambiental*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1994.
- *Los tributos y la protección del medio ambiente*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- Sainz de Bujanda, Fernando, *Hacienda y derecho III*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- *Lecciones de derecho financiero*, Madrid, Universidad Complutense, 1993.
- Tipke, Klaus, *La ordenanza tributaria alemana de 1977*, REDF, No. 14, Madrid, Civitas, 1977.
- Valdez Costa, Ramón, *Curso de derecho tributario*, Bogotá, Temis, 1996.
- Velarde Aramayo, María Silvia, *Beneficios y minoraciones en derecho tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Yebra Martul-Ortega, Perfecto, “Los fines extrafiscales del impuesto”, en *Tratado de derecho tributario*, tomo II, dirigido por Andrea Amatucci, Bogotá, Temis, 2001.



## Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario

*César Montaña Galarza*

En el presente artículo introductorio al estudio del *derecho comunitario*, Montaña Galarza pone especial énfasis en el avance de esta disciplina en el contexto de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), sin dejar de lado precisas referencias a cuestiones inherentes al sistema jurídico de la integración europea, y a doctrina especializada. Presenta también algunas puntualizaciones en torno al concepto, la naturaleza, los principios y las características del derecho comunitario. También se ocupa de las relaciones de este novel sistema jurídico con el derecho internacional y con el derecho estatal de los países miembros de los esquemas de integración. De manera particular se ocupa de las fuentes del derecho comunitario andino, para concluir con una referencia al vasto y dinámico ámbito de aplicación de este nuevo orden jurídico supranacional.

FORO

### GENERALIDADES

**E**l motor de los procesos de integración es, por excelencia, y al menos en principio, el conjunto de intereses económicos que exhiben los estados y que se proyectan en una dimensión extra nacional. Esos intereses originan relaciones, y éstas, lógicamente, son gobernadas con los principios y reglas económicas y jurídicas que se aplican como elementos de las políticas de diversa naturaleza de cada uno de los países que participa en un proyecto integrador. En algunos procesos, sobre todo en los más adelantados, el factor económico deja de ser el principal, brindando espacio a logros que se podrían alcanzar en el vasto segmento social.

A ciencia cierta, diremos que el Derecho no es ajeno al establecimiento de una correlación con la economía y sus problemas, lo que asegura una dinámica jurídico-económica inagotable y con múltiples efectos, enfocada a mejorar los sistemas económicos nacionales y, como consecuencia de esto, el nivel de vida de toda la sociedad, cuestión en buena parte auspiciada hoy

en día por el incremento de las relaciones internacionales, de la cooperación entre los países, y el avance de los procesos de integración.

Con certeza afirmó Richard Posner que:

... el aspecto más interesante del movimiento del derecho y la economía ha sido su aspiración a colocar el estudio del derecho sobre una base científica, con una teoría coherente, con hipótesis precisas deducidas de la teoría, y verificaciones empíricas de las hipótesis. El derecho es una institución social de enorme antigüedad e importancia, y no puedo ver ninguna razón para que no sea susceptible al estudio científico. La economía es la más avanzada de las ciencias sociales, y el sistema legal contiene muchos paralelos y se traslapa con los sistemas que los economistas han estudiado con éxito.<sup>1</sup>

La afirmación que consta en el párrafo precedente no requiere comprobación ni a guisa de ejercitar el más recalcitrante análisis crítico. El desarrollo económico y social necesita que las instituciones jurídicas interpreten y entiendan el fenómeno económico, y que se traduzca en el marco indicativo de las relaciones que se suscitan en una comunidad, en cualquier nivel que aquellas se den. Si bien la colaboración de estas dos disciplinas –Derecho y Economía– es real en otros ámbitos, bastante más ocurre en los procesos de integración entre países.

El fenómeno encarnado por la integración es susceptible de que se le aplique un sinnúmero de disposiciones del derecho económico nacional e internacional, y del derecho internacional público; Roberto Salazar Manrique ha opinado al respecto que:

El derecho es una de las formas de asegurar la conformidad de la sociedad al modelo económico en boga. En ese sentido el derecho en su aplicación continuada, y en su vigencia real, al recoger el fenómeno económico plasmado en la norma jurídica o en las demás fuentes del derecho... ejerce una misión orientadora de la sociedad y de los órganos que la componen.<sup>2</sup>

Como se ve, la ciencia jurídica servirá de vehículo para lograr los obje-

- 
1. Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, primera edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 11, frase del juez Richard A. Posner, en Michael Faure y Roger Van den Bergh, comps., *Essays in Law and Economics*, 1989.
  2. Roberto Salazar Manrique, "Fundamentos jurídicos del derecho comunitario andino", en *Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos Europeos y Americanos*, Santafé de Bogotá, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena / Comunidad Europea / Cámara de Comercio de Bogotá, 1995, p. 76.

tivos comunes mediatos e inmediatos que se han propuesto alcanzar los países que se integran, esto es, lograr un desarrollo equilibrado y armónico en condiciones de equidad, cohesión política, aumento en el nivel de vida de los pueblos, crecimiento del comercio, crecimiento económico y generación de ocupación, justicia a nivel internacional.

Una función del Derecho, a la luz de los acontecimientos del nuevo orden internacional, consiste en que éste deberá recoger con solvencia fenómenos como el de la globalización económica, en el cual las relaciones entre organizaciones internacionales, comunidades económicas, países, y entre personas naturales y jurídicas (empresas transnacionales), convierten a los actores en titulares de objetos jurídicos protegidos y que se manifiestan incluso con una proyección extra nacional, muchas veces produciendo efectos de monta para las economías nacionales. Lo contrario, es decir su desconexión con la realidad presente, implicaría el maridaje del desorden y la injusticia. Por ello, es pertinente la existencia de un cuerpo normativo que regule estas realidades y que se convierta en un instrumento efectivo de apoyo al trajinar integrador en busca de alcanzar objetivos comunes. Precisamente ese recurso es el derecho de la integración económica o comunitario, que, como un nuevo orden jurídico, permitirá aproximarnos a la inquieta dinámica de las actividades pública y privada y sus formas de operar, especialmente hacia lo externo del país que se integra, es decir, respecto de los nuevos negocios jurídicos internacionales (prácticas de comercio y nuevas formas de contratación), de los mecanismos que generen seguridad institucional y jurídica, del logro de un crecimiento económico sostenido y sustentable, del logro de un nivel de vida más elevado. El acometimiento de estos sensibles temas se hará gradualmente, en forma pausada y calculada, así el derecho de la comunidad se constituirá en marcador del ritmo del proceso, atendiendo a sus necesidades de ampliación (ingreso de nuevos miembros) y/o profundización (lograr niveles más complejos o avanzados de integración, por ejemplo el mercado común, o la unión económica).<sup>3</sup>

Una disciplina como el derecho comunitario, nacido para hormar las cotidianas e importantes situaciones señaladas, no puede pasar desapercibido ni en el quehacer de los juristas y jueces, peor aún en los salones de la aca-

---

3. Entre los niveles de integración económica más importantes que han logrado identificar estudiosos y doctrinarios de la materia, señalamos: a) regímenes de preferencias arancelarias (no son precisamente los constitutivos de procesos de integración comunitaria); b) zonas de libre comercio; c) uniones aduaneras; d) mercado común; e) unión económica; f) unión económica completa; g) unión política.

demia. Por virtud de ello, a riesgo de ser poco cauto, anoto algunos comentarios y reflexiones.

## CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO COMUNITARIO. LA SUPRANACIONALIDAD

### CONCEPTO

Si requerimos de una fecha o de la ubicación cronológica del nacimiento del derecho comunitario, me aventuro a decir que se gesta ya de una manera que permite un estudio sistemático, a mediados del siglo XX, cuando en 1951 el Grupo de los Seis (Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Francia, Alemania, Italia) firmó en París el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero* (TCECA),<sup>4</sup> y que hoy luego de poco más de medio siglo y de la adopción de importantes nuevos instrumentos, ampliaciones y reformas, ha dado lugar a la Unión Europea.<sup>5</sup>

La firma y posterior ratificación del TCECA puso a una parte de Europa en la vía de la integración económica como uno de sus primeros objetivos. Sirviéndose de la *integración funcional*<sup>6</sup> —a base de una integración parcial y paulatina por sectores económicos, con la idea central que ciertas funciones del Estado podrían ser asumidas por organismos supranacionales sin que se produjera una abdicación formal de la soberanía nacional— y trabajando en orden a consolidar la solidaridad internacional entre los estados participantes, este grupo del viejo continente —ahora por demás superado en número—<sup>7</sup> no ha desmayado en su afán de lograr una integración que desbor-

---

4. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), adoptado en París el 18 de abril de 1951, vigente desde el 25 de julio de 1952.

5. Tratado de la Unión Europea (TUE), adoptado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, vigente desde el 1 de noviembre de 1993.

6. A mediados del siglo XX, luego de la segunda guerra mundial, Jean Monnet, en ese entonces presidente del Plan francés de Modernización Económica, ofreció al Ministro de Asuntos Exteriores en el Gobierno de Georges Bidault, Robert Schuman, una alternativa con posibilidades de frenar las consecuencias de un proceso de independencia efectiva de Alemania Occidental. Así, fue Monnet quien dio a luz un *modelo de integración funcional* en Europa, sustentado en sus propias experiencias en el campo de la cooperación internacional.

7. Los países que en la actualidad son miembros de la Unión Europea son: República Federal de Alemania (1958), Austria (1995), Bélgica (1958), Dinamarca (1973), España (1986), Finlandia (1958), Francia (1958), Grecia (1981), Irlanda (1973), Italia (1958), Luxemburgo (1958), Países Bajos (1958), Portugal (1986), Reino Unido (1973), Suecia (1995). Los diez países que culminarán el pro-



da los estrechos espacios del comercio y la inversión a nivel transnacional. Uno de los instrumentos más valiosos para tal adelanto sin duda es el derecho de la comunidad, que indudablemente de manera directa tiene el soporte de las políticas gubernamentales enfocadas hacia la consolidación de la integración a niveles complejos.

Es así que el derecho comunitario prematuramente se erige como un nuevo orden jurídico, que ha tenido sin duda mayor desarrollo en Europa, muestra de ello son el amplio acervo comunitario,<sup>8</sup> la abundante producción bibliográfica, y los elaborados fallos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que han construido y afirmado las bases de este nuevo orden jurídico. Los fundamentos o principios que iluminan el hacer comunitario del viejo continente se desenvuelven en dos grupos; el primero, referido a la estructura de la Unión Europea y que toma en cuenta al principio democrático, a la Comunidad de derecho, a la igualdad de los estados miembros, al principio de la doble legitimidad, y al marco institucional único; el segundo, referido a la acción y al funcionamiento de la Unión, asimilando el respeto a las identidades nacionales, la lealtad comunitaria, el principio atributivo de competencias, la subsidiariedad y la proporcionalidad, la solidaridad económica y política y la suficiencia de medios, la transparencia, el equilibrio institucional, y la progresividad.<sup>9</sup>

Si miramos a América andina, el estado de la cuestión demuestra un evidente deprimido desarrollo; sin embargo, no todo es negativo. Cuando se cumplían treinta años de integración, en virtud de la suscripción del Acuerdo de Cartagena (AC), en mayo de 1999, en la Comunidad Andina (CAN) se habían dictado aproximadamente 450 *decisiones* sobre diversas materias;<sup>10</sup> a ello hay que sumar un buen número de sentencias del Tribunal de

---

ceso de adhesión en 2004 son Polonia, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Lituania, Letonia, Estonia, Chipre y Malta.

8. El acervo comunitario (*Aquis communautaire*) es el conjunto de derechos y obligaciones existente en un momento determinado del proceso de construcción comunitaria, abarcando, en primera instancia, el contenido de los tratados constitutivos así como el derecho derivado y los acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad. Pero el acervo comunitario comprende también determinados acuerdos celebrados entre los estados miembros. La aceptación del acervo comunitario es exigida a todo Estado que pretenda su adhesión a la Comunidad, con objeto de garantizar la uniformidad jurídica necesaria para lograr la integración económica. Antonio Remiro Brotóns, ed., *Breve diccionario del Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Centro Español de Relaciones Internacionales (CERI), 1993, pp. 17 y 18.
9. Una explicación acerca de los principios básicos de la Unión Europea consta en Paz Andrés Sáenz de Santa María, *et al.*, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999, pp. 91-105.
10. Héctor Maldonado Lira, *30 años de integración andina*, Lima, Secretaría General de la Comunidad

Justicia del Acuerdo de Cartagena (TJAC).<sup>11</sup> De allí que en esta ocasión no podemos soslayar la mención a un acervo comunitario andino que ya es considerable, así como a la existencia latente de algunos de los principios y fundamentos que anotamos para el caso del derecho europeo, v. gr. la comunidad de derecho, el respeto a las identidades nacionales, y el equilibrio institucional.

Este novísimo ordenamiento jurídico que regula los procesos de integración económica entre estados ha sido denominado por estudiosos europeos como derecho comunitario; otros, como Alberto Zelada Castedo, en el medio andino se inclinan por llamar a este conjunto de disposiciones derecho de la integración económica regional, sosteniendo que no se trata de una cuestión puramente terminológica, aduce que detrás de la denominación está una concepción, así el derecho comunitario es un derecho singular de un proyecto de integración entre estados que es la Comunidad Europea, lo que se llamó después las Comunidades Europeas y lo que se llama ahora la Unión Europea.<sup>12</sup> Esta opinión no es incontestable ya que actualmente se puede afirmar que en la Comunidad Andina también contamos con un derecho comunitario, aunque en un principio se pudo haber nominado como derecho de la integración económica. Para mayor comodidad del lector, salvando sutiles intentos de diferenciación y posiciones encontradas, aquí desde el inicio estamos utilizando los términos derecho comunitario; así también lo han asumido varios estudiosos de esta rama jurídica especializada.

Desde hace pocas décadas los países han abandonado formas de integración primitivas –v. gr. por la fuerza–,<sup>13</sup> y han ido formando o se han adherido a sistemas de integración que, por virtud de los tratados fundacionales (derecho comunitario originario), han creado órganos e instituciones de carácter supranacional dotados de poder normativo. Al mismo tiempo, esos órganos e instituciones en aras de lograr objetivos concretos han construido verdaderas redes de disposiciones de distinta índole –explicitadas por el co-

---

Andina, 1999, pp. 202-227. De nuestra parte añadimos que hasta abril de 2003 el número de decisiones adoptadas asciende a 542; mientras, el de las resoluciones asciende a 713.

11. El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena hasta el primer semestre de 2002 ha editado diez volúmenes que contienen la jurisprudencia del organismo.
12. Alberto Zelada Castedo, “La integración en América, sus principales tratados”, en varios autores, *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena / Universidad Andina Simón Bolívar, 1997, p. 64.
13. Una explicación al respecto se encuentra en Miguel Ángel Ekmekdjian, “Los procesos de integración”, en *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, segunda edición, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 3-21.

nocido derecho comunitario derivado—,<sup>14</sup> llamadas a facilitar la integración en varios bloques económicos. Vale citar, por cierto, el positivo esfuerzo realizado en la Unión Europea —como también en la Comunidad Andina— para lograr una codificación aceptable del derecho originario y del derecho derivado de estas comunidades, que buena parte se encuentra en ediciones de papel y últimamente en novedosas páginas web.<sup>15</sup>

Como habíamos aludido tangencialmente, en definitiva, el acercamiento de los estados nacionales se propicia por decisiones políticas, sustentadas en instituciones supranacionales e independientes, capaces de regir aquellos sectores en los que la acción común resulta más eficaz que la de los estados por separado. Sobre el tema basta enunciar el caso de la Unión Europea respecto al mercado interior, la moneda común, la cohesión económica y social, la política exterior, y la seguridad común. En la Comunidad Andina se puede hablar de trabajos encaminados en los campos del medio ambiente, la libre circulación de bienes (adopción del Arancel Externo Común), capitales y personas, así como en la armonización legislativa.<sup>16</sup>

Lo cierto es que contando con mecanismos debidamente regulados, las iniciativas y decisiones políticas se transforman en normas jurídicas de la integración, que sirven a la comunidad para construir el camino para el cumplimiento de los objetivos planteados por los países miembros. Dejamos sentado que no en todos los casos esas disposiciones cuentan con legitimidad democrática, y tampoco en todos los casos transparentan mecanismos establecidos en las constituciones nacionales para el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo de sus facultades para crear disposiciones jurídicas.

Los vínculos creados —en varios órdenes— son muy fuertes, ya casi no es posible concebir a un Estado aislado y sin formar parte de un grupo integrado. Hay quienes incluso opinan que dichos lazos derivados de los tratados de integración son mucho más fuertes de aquellos concebidos en el derecho internacional clásico, que siempre adolecieron de una notoria falta de coactividad. Se podría decir que los procesos de integración son irreversibles, al

---

14. En Europa se dictan reglamentos, directivas, y decisiones; mientras, en la Comunidad Andina se adoptan decisiones y resoluciones.

15. Las páginas electrónicas en las cuales se puede consultar importante información sobre los sistemas de integración europeo y andino, se encuentran en las siguientes direcciones web: [<http://www.comunidad.andina.org>], y [<http://europa.eu.int/>] o [<http://curia.eu.int/>].

16. Los tres puntos anotados constan como los más importantes según la *Agenda de la CAN de cara al nuevo milenio*.

menos cuando se encuentran en una fase de desarrollo avanzada (mercado común); sin embargo, tomar una decisión de denuncia del tratado de integración fundacional respectivo es factible, más aún desintegrarse, pero estimo con un alto costo para el país que se retira y eventualmente para la Comunidad.

Frente al derecho internacional clásico y al derecho internacional económico, el de la integración no es la panacea en cuanto tiene que ver con la coercibilidad del ordenamiento, aunque hay que reconocer que los esquemas de integración más avanzados –Unión Europea y Comunidad Andina– cuentan con sistemas orgánicos formados por instituciones dotadas de competencias y atribuciones para cuidar de los tratados fundacionales, declarar e interpretar el orden jurídico de la integración, y sancionar –por vía de sentencias judiciales– a los estados incumplidos, lo que hace que la fuerza –limitada aún– para aplicar el orden jurídico de la integración supere a la que existiría en el orden jurídico del derecho internacional general y del derecho internacional económico. En el ámbito de estos últimos, sistemáticamente, la coercibilidad se traduce en la aplicación de medidas orientadas a privar a los países incumplidos de los beneficios del acuerdo puntual que se trate, o a determinar restricciones de índole económica.

Adicionalmente el derecho comunitario es por esencia discriminatorio respecto de los países que no son miembros del esquema de integración que se trate, mientras que no discrimina a lo interno del grupo; incluso coadyuva para instrumentar correctamente cláusulas específicas conocidas en el ámbito de los intercambios internacionales como las de trato nacional y nación más favorecida. Guy Isaac en su *Manual de derecho comunitario general* sostiene que el derecho de la integración o derecho comunitario –él los concibe como similares– no es un derecho extranjero ni siquiera un derecho exterior, es un derecho propio de los estados miembros, tanto como su derecho nacional, con la especial característica de coronar la jerarquía normativa en todos ellos.<sup>17</sup>

Se entiende al derecho comunitario como disciplina independiente, autónoma, producto de sus propias fuentes, por lo tanto, distinta del derecho internacional público, del derecho internacional económico, y del derecho nacional de los estados miembros de un esquema de integración.<sup>18</sup> Así ha

---

17. Guy Isaac, *Manual de derecho comunitario general*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 16.

18. Miguel Ángel Ekmekdjian, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, p. 68.

quedado sentado en sinnúmero de sentencias dictadas por los tribunales de justicia andino y europeo.

Podría decirse que el ordenamiento jurídico comunitario es el conjunto de disposiciones contenidas en los tratados, convenios, acuerdos, protocolos, etc., de integración suscritos por países, y aquellas propias emanadas por los órganos e instituciones de la comunidad, encaminadas a reforzar la cooperación e integración entre estados, y eventualmente a concretar la unificación económica, social y política, de una área geográfica determinada. También puede ser definido como aquel derivado de tratados de integración que han creado organismos e instituciones comunes o comunitarios supranacionales. Dichos acuerdos han entrado en vigor según principios clásicos del derecho consuetudinario, contenido en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (1969),<sup>19</sup> y del derecho internacional público.

A los arbitrios del derecho comunitario tendrán que sujetarse la comunidad y sus organismos, los estados participantes con sus órganos e instituciones, e incluso las personas naturales o jurídicas públicas o privadas de los países miembros.

Para construir un concepto de este ordenamiento jurídico conviene puntualizar que la concepción de la soberanía del Estado juega un papel protagónico, pues como paso previo para el cabal entendimiento de esta nueva dimensión del derecho, es requisito *sine qua non* abandonar la idea absoluta de la soberanía, y adoptar una posición laxa, que la conciba como flexible, divisible, relativa o permeable. Un entendimiento renovado de la soberanía es compatible con un proceso de integración y sus múltiples efectos.

El conjunto de elementos aludidos constituye la médula de este nuevo sistema jurídico. Puede haber muchos conceptos, pero siempre en ellos se incluye el carácter funcional y el utilitario, en provecho de meritorios objetivos del grupo de países participantes en la comunidad. De allí que es necesario que quienes interpretan las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario deban hacerlo sin soslayar la utilización de métodos y criterios hermenéuticos concretos, así entre los más comunes para este efecto están el gramático, el literal-exegético, el axiológico, el sistemático, y el teleológico, sobre todo estos dos últimos. Para la sanidad del sistema, todas las disposiciones del derecho comunitario deberán ser declaradas y explicadas por

---

19. El Ecuador es parte suscriptora de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados desde el año 1969, sin embargo, hasta la fecha aún no la ha ratificado. Para una revisión del texto de la Convención recomendamos revisar la siguiente página web: [<http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>].

organismos jurisdiccionales y administrativos especializados, creados para tal efecto por los estados miembros de la comunidad, para cuyas opiniones o fallos podrán valerse de los principios del derecho comunitario, de los convenios internacionales vigentes, de la costumbre internacional, de los principios generales del derecho, de las decisiones judiciales, y de la doctrina más aceptada.

Los tribunales de justicia europeo<sup>20</sup> y andino<sup>21</sup> son, por excelencia y exclusión, los únicos órganos facultados para declarar el derecho comunitario, en provecho de su correcta aplicación e interpretación homogénea, sirviéndose para el efecto de las competencias otorgadas en sus respectivos tratados de creación. En el caso andino, como complemento, en sede administrativa es importante el rol que desempeña la secretaría general, especialmente en los procesos por incumplimiento de los mandatos contenidos en la normativa comunitaria por parte de los estados.

Quien aplica el derecho comunitario finalmente es el juez nacional de inicial o de última instancia, con base en una estrecha relación de cooperación con el juzgador comunitario. Ahora bien, la mentada cooperación puede dejar de serlo cuando consideramos que las disposiciones de la integración obligan, entre otros, a los jueces nacionales, sin que necesariamente les “solicite su contribución”.

El comunitario es un ordenamiento jurídico que en virtud de sus principios –primacía, aplicación directa e inmediata, efecto directo– se convierte en normativa propia de cada uno de los estados miembros, que además goza de un lugar privilegiado, está en la cima, incluso sobre la constitución nacional según la corriente internacionalista del derecho, aunque estudiosos de países de tradición constitucionalista no lo acepten de esta forma. Por ello, la mayor o menor fortuna en torno a la recepción que le dan los sistemas ju-

---

20. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene competencia para atender diversas clases de recursos, así: el recurso por incumplimiento, el recurso de anulación, el recurso por omisión, la acción de indemnización, los recursos de casación. Además, tiene a cargo las cuestiones prejudiciales. El Tribunal de Justicia de Primera Instancia actualmente es competente para pronunciarse en primera instancia sobre: todos los recursos de anulación, recursos por omisión y recursos de indemnización, interpuestos contra la Comunidad por personas físicas o jurídicas; los recursos interpuestos contra la Comisión en virtud del Tratado CEEA por las empresas o asociaciones de empresas; los litigios entre la Comunidad y sus funcionarios y agentes. Ver: “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, [<http://www.curia.eu.int/>].

21. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en virtud de su Tratado de Creación, tiene las siguientes competencias (arts. 17 al 40): acción de nulidad, acción de incumplimiento, interpretación prejudicial, recurso por omisión o inactividad, función arbitral, y jurisdicción laboral.

rídicos de los diferentes países, y su consecuente disímil entendimiento por parte de jueces nacionales.<sup>22</sup>

La reflexión que aquí cabe se traduce en plantear la necesidad de emprender en una sistematización teórica del derecho comunitario que, previa una cosmovisión de la ciencia jurídica, descienda, se sitúe y centre su atención en los espacios integrados, y que, además, trascienda a la órbita de los estados miembros y sus nacionales, sin descuidar la tradición jurídica constitucional de aquellos, pero siempre apuntando a la consolidación del Derecho como una sola ciencia social en perfecta armonía de sus partes.

Con la integración, los países han licenciado crear disposiciones que configuran un nuevo ordenamiento jurídico que rige para ellos y sus ciudadanos, con efectos que incluso podrían afectar los derechos fundamentales y consecuentemente su bienestar. He aquí un abre boca para dimensionar la importancia singular de esta nueva especialización jurídica, y la eventual afectación para las relaciones sociales y económicas en un área que busca identificar cada vez más segmentos de la vida pública y privada como compartidos.

El ordenamiento jurídico de la integración es creado por los tratados fundacionales y por actos normativos<sup>23</sup> de los órganos e instituciones de la comunidad. Estos órganos e instituciones dan vida a este ordenamiento al ejercer sus competencias en virtud de los poderes que los estados les han otorgado en materias puntuales. En la misma medida, ellos han perdido o limitado su soberanía respecto a los ámbitos conferidos a la comunidad, sin perjuicio de reservarse para sí el resto de competencias, que en todo caso serán ejercidas de conformidad a las políticas comunitarias y en calidad de hacedores del interés común. Es menester reflexionar que embarcarse y ser parte en un proceso de integración comunitaria implica necesariamente un costo para la constitución nacional de los países que se integran, pérdida por demás resarcida cuando los avances en el proceso proveen adelanto a los pueblos de los países involucrados.

---

22. En el caso de la Constitución Política de la República del Ecuador, el art. 163 determina que: "Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía".

23. Es frecuente encontrar en algunos textos europeos la asimilación de la competencia normativa en cabeza de algunos órganos comunitarios, a la facultad de legislar, que en nuestro medio se entiende mejor como un atributo de los parlamentos nacionales.

## NATURALEZA DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA SUPRANACIONALIDAD

Entre las cualidades distintivas del derecho comunitario precisamente están su naturaleza *sui géneris*, y su estatus *supranacional*, cuestiones que lo diferencian del derecho internacional público clásico, del derecho internacional económico, así como de los ordenamientos jurídicos nacionales de los países miembros, con los que paradójicamente se amalgama incardinándose, y está condenado a coexistir en armonía y supraordenado. La esencia de esta disciplina jurídica obedece a sus particulares connotaciones, su ámbito y alcance, los principios que lo sustentan, las peculiares características que lo adornan.

Al abordar esta temática surge la noción de supranacionalidad, que se ha ido moldeando desde el nacimiento de la *Comunidad Europea del Carbón y del Acero*. En la actualidad, este término no se comprende como la creación de un nuevo Estado, un super Estado con soberanía territorial propia, sino al contrario, dentro del sistema jurídico que estudiamos, consiste en la negación del *imperium* al estilo romano, y la afirmación de la autonomía de gestión que crean los estados que se integran.<sup>24</sup> La supranacionalidad debe manifestarse como un fenómeno en el que prevalecen dos características fundamentales:

1. La transferencia de una porción de la soberanía con delegación definitiva de competencias; y,
2. la existencia de órganos e instituciones comunitarias autónomas, en las que la toma de decisiones y expedición de fallos sean aceptados por todos los países de la comunidad, sin que se les oponga ninguna restricción de carácter jurídico, peor de carácter político.<sup>25</sup>

Debemos anotar que la primera condición no implica sostener ni aceptar que las instituciones comunitarias gozan de soberanía originaria, sino de porciones delegadas de ella para su ejercicio en el ámbito del sistema de integración.

Esta referencia que hacemos a la supranacionalidad se expresa en lo que la doctrina ha llamado principios de *primacía* y *efecto directo*, que pasamos

---

24. Mónica Rosell, "Marco institucional y seguridad jurídica en la Comunidad Andina", en [<http://www.comunidadandina.org/docs/legis.htm>].

25. Michael Schueitzer, *Derecho europeo*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 150-152.



a tratar de inmediato. El principio de *aplicabilidad directa o inmediata* merece nuestra atención en un acápite posterior.

## PRINCIPIOS DEL DERECHO COMUNITARIO

Los obstáculos para la aplicación de las disposiciones del derecho comunitario residen en la adopción de la concepción dualista del Derecho por parte de algunos países, que se explicita desde las relaciones entre el sistema jurídico de la comunidad y el ordenamiento jurídico nacional;<sup>26</sup> también se presentan otras dificultades por la incorrecta o inexistente definición de los niveles jerárquicos normativos en las constituciones políticas de los estados.

Cuando un país participa en un sistema comunitario lo ideal sería que previamente resuelva los problemas de orden constitucional —amén de otros relacionados con sus sistemas económicos y financieros, respeto a los derechos fundamentales, régimen democrático— que se presenten a la hora de aplicar correctamente el derecho internacional. Actuar de esta forma responsable ayudará para que el ordenamiento jurídico comunitario sea eficaz. Respecto a este tema, según Salazar Manrique, en Europa hay evidencia de que una gran parte de los países lo han hecho antes o después de su incorporación a la comunidad, así: Países Bajos, Irlanda, Portugal, Gran Bretaña, España y Grecia. Los países miembros de la CAN no realizaron ninguna adaptación de sus estructuras constitucionales antes de la suscripción de los tratados constitutivos, sino que este ejercicio se ha ido dando posteriormente, con reformas puntuales e incluso dictando nuevas constituciones que, entre otras cuestiones —aunque no en todos los casos— han clarificado su posición frente al orden jurídico internacional abriendo las puertas a las posibilidades de integración en todos los segmentos. Por ejemplo, la Constitución Política de la República del Ecuador (CPE), de 1998, en el art. 163 determina que los tratados internacionales tendrán jerarquía superior a las leyes, pero por debajo de la Constitución, cuestión que difiere harto del anterior art. 94 de la Constitución de 1979, que condenaba al derecho internacional a estar subordinado a las leyes. En nuestro caso, verificamos un importante avance en la materia. Adicionalmente, es pertinente señalar que el párrafo tercero del art. 162 de la CPE dispone que: “La aprobación de un tratado o

---

26. Roberto Salazar Manrique, “Fundamentos jurídicos del derecho comunitario andino”, p. 86.

convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma”, lo que significa que la aprobación de esos instrumentos internacionales comporta el compromiso del Ecuador de reformar la carta política. Esto último convalida, en el caso del derecho comunitario, la posición bastante aceptada por parte de doctrinarios europeos especialmente, en el sentido que este ordenamiento jurídico posee un *poder reformativo* importante como uno de sus atributos y que éste no solo se presenta frente a las normas fundamentales sino además a las demás del ordenamiento doméstico.

Llamamos la atención en el sentido que lo relatado también puede explicar en parte la lentitud que la comunidad ha demostrado para su desarrollo en diversos campos, y las dificultades de los países para entender y cumplir los mandatos de las normas del Acuerdo de Cartagena, aunque al mismo tiempo habremos de reconocer que el velo que en repetidas ocasiones colocaron los estados al proceso —justificados casi siempre por necesidades de política económica— bien pudo opacar los lineamientos normativos y las obligaciones correlacionadas. Adicionalmente, evidenciamos otros asuntos de peso, como: el conflicto bélico entre Ecuador y Perú hasta hace poco pendiente de resolución, la competencia interna en el ámbito de los productos nacionales exportables, el establecimiento de medidas proteccionistas que afectan al comercio exterior, la inestabilidad política, falta de gobernabilidad en la región, corrupción en todos los niveles de la administración pública y en el sector privado, la no adopción de políticas comunes, el hecho de privilegiar intereses unilaterales y particulares.

Para que funcione un esquema de integración comunitaria con todos sus efectos es necesario que las disposiciones jurídicas tengan plena recepción en los países miembros, es decir, los regímenes jurídicos internos deben ser enteramente compatibles con la aplicación del derecho comunitario y del derecho internacional público. Es verdad que en no pocos casos estas condiciones no se dan, bien porque la estructura constitucional no lo permite, o porque la interpretación jurídica y la jurisprudencia interna se resisten a reconocer los principios básicos del ordenamiento de la integración.

La eficacia de los principios de *primacía* y *efecto directo* está dada por dos obligaciones elementales que se imponen los países en vía de integración; por un lado, una obligación de hacer, que consiste en adoptar las medidas que se requieran para asegurar el cumplimiento del derecho comunitario; y, por otro, una obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni usar ninguna medida contraria al ordenamiento jurídico de la comunidad o que obstaculice su correcta aplicación (art. 4 del TCTJAC). Entonces, pode-

mos colegir que el papel de los estados se decantará por dos vías perfectamente delimitadas: o permanecen en el proceso, o se excluyen de él. Situar-se en una posición intermedia no beneficia a sus socios comunitarios ni al Estado indeciso.

Hay que reconocer que los principios del derecho comunitario son garantías de su autonomía, imperatividad, y eficacia, que le permiten proclamar que despliega efectos por sí mismo, que prevalece frente a la pretensión de aplicabilidad de una norma incompatible.<sup>27</sup> Sobre el tema, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en sentencia de nulidad del 10 de junio de 1987 expresó que:

...el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los Organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho Ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de Derecho, cual es la constituida en el Pacto Andino.<sup>28</sup>

Hablar de los principios de *primacía* y de *efecto directo*, así como del de *aplicabilidad directa o inmediata*, es referirse a fundamentos cardinales cuyos conceptos mantienen estrecha vinculación, y que persiguen un mismo fin, el de garantizar la imperatividad y la aplicación inmediata y directa del derecho de la comunidad, es decir, avalar su eficacia. Por virtud de estos prolegómenos se afirma la idea de que este sistema jurídico ostenta ventaja e independencia frente a cualquier otro ordenamiento jurídico, sea estatal o extra nacional.

Respecto a los principios de *primacía* y *efecto directo* se puede decir que son connaturales al derecho comunitario, que le sirven para impedir que los demás ordenamientos jurídicos condicionen o limiten su campo de acción, cumplen la función de afianzar la conservación y la eficacia del propio sistema jurídico. Curiosamente, han sido desarrollados por las expresiones jurisprudenciales de los tribunales comunitarios, mas no por fórmulas positivas de los tratados constitutivos.<sup>29</sup>

---

27. Paz Andrés Sáenz de Santa María, *et al.*, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, p. 459.

28. Junta del Acuerdo de Cartagena, *Gaceta Oficial*, No. 21, 15/07/1987.

29. Paz Andrés Sáenz de Santa María, *et al.*, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, pp. 458 y 459.

## LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO

Esta máxima implica la prelación del derecho de la comunidad sobre el derecho nacional en caso de conflicto; es la condición existencial que allana el camino a la concepción de un sistema jurídico común a los estados miembros. En caso de conflicto, el derecho comunitario rige y se aplica con preferencia al ordenamiento interno, en aquellas materias atribuidas a la comunidad, es incondicional para todos los casos frente a este último.

El principio de *primacia* de las normas comunitarias no permite que los países miembros aleguen normas de su ordenamiento jurídico doméstico para incumplir sus obligaciones en el marco del proceso de integración. Algo más importante aún es que la disposición comunitaria solo podrá ser modificada por otra de la misma naturaleza, mas no por ninguna dictada por el Poder Legislativo de los estados miembros del proceso. Junto a semejantes previsiones, el derecho de la comunidad también está exento del control constitucional por parte de los países miembros. Solo una especie de control *cuasi constitucional* es posible a cargo del tribunal comunitario que se trate, mejor dicho, por medio de un control de legalidad de los actos normativos de las instituciones comunitarias.<sup>30</sup>

En varios fallos, el TJAC ha señalado la preeminencia del derecho de la comunidad, sosteniendo que prevalece en su aplicación sobre las disposiciones de los ordenamientos internos. En la sentencia del proceso 3-AI-96, citando algunos autores, el tribunal andino señaló a la primacía como la virtud del ordenamiento comunitario para anteponerse a un mandato de derecho interno que sea contrario, cualquiera sea el rango de este último.<sup>31</sup>

Resumiendo, el ordenamiento jurídico comunitario requiere que resulte imposible oponerle una disposición nacional de cualquier clase, ya sea anterior o posterior, así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia europeo, especialmente en la sentencia de 15 de julio de 1964, caso *Costa c. ENEL*, asunto 6/64:

---

30. En el sistema de integración europeo el Tribunal de Justicia de las Comunidades realiza este control por medio del recurso de anulación, que permite a los estados miembros, al Consejo, a la Comisión y, bajo ciertas condiciones, al Parlamento solicitar la anulación total o parcial de disposiciones comunitarias, y a los particulares solicitar la anulación de los actos jurídicos que los afecten directa e individualmente. En la Comunidad Andina este control se ejecuta por medio de la acción de nulidad (arts. 17 a 22 AC).

31. Mónica Rosell, "Marco institucional y seguridad jurídica en la Comunidad Andina".

... Del conjunto de estos elementos resulta, que surgido de una fuente autónoma, el derecho nacido del Tratado, no podría, pues, en razón de su naturaleza específica original, dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier naturaleza que sea, sin perder su carácter comunitario y sin cuestionarse la base jurídica misma de la Comunidad; ... la transferencia operada por los Estados de su ordenamiento jurídico interno en beneficio del ordenamiento jurídico comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, implica, pues, una limitación definitiva de sus derechos soberanos contra la cual no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de Comunidad.<sup>32</sup>

Como efectos de la regla de *primacía* se pueden señalar: las categorías de *inaplicabilidad* e *invalidéz* de la norma nacional opuesta al derecho comunitario.

La *primacía* del ordenamiento de la integración causa como primer recaudo el desplazamiento de la norma nacional contraria, la neutralidad de su fuerza; también obliga a interpretar el derecho interno de acuerdo al de la comunidad. Este principio además compele a los estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la eficacia del derecho comunitario o a reparar los daños derivados del incumplimiento de sus disposiciones.

Por virtud del principio que analizamos se puede afirmar que en la relación entre el derecho de la comunidad y el sistema jurídico nacional, se aplica la teoría del *monismo moderado*, una variante del *monismo absoluto* de Kelsen, que, a diferencia de éste, tolera la inaplicabilidad de la norma interna al hecho concreto que se controvierta cuando el absoluto preconiza la derogatoria automática de la disposición estatal. El *monismo moderado* ha sido sustentado por el maestro de la Universidad de Viena, Alfred Verdross.

La *primacía* del orden comunitario es general, no solo corresponde al derecho originario, sino también al derivado, o sea, beneficia al ordenamiento jurídico de la comunidad en su conjunto, o mejor dicho, al derecho nacido del tratado fundacional que se trate. Finalmente, diremos que obliga a todos los órganos de los estados miembros (nacionales y subnacionales), especialmente a los jurisdiccionales.

---

32. Paz Andrés Sáenz de Santa María, *et al.*, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, p. 461.

## EL EFECTO DIRECTO DEL DERECHO COMUNITARIO

La *aplicabilidad directa o inmediata* en el derecho comunitario europeo se la ha entendido como una de las cualidades formales de este peculiar ordenamiento; como aquella propiedad que lo hace no precisar de interposición normativa para integrarse en el orden jurídico de los estados miembros, así es que: “las disposiciones comunitarias penetran en el orden jurídico interno sin el auxilio de medida nacional alguna”.<sup>33</sup> Mientras, el *efecto directo*, en sentido material, se relaciona con la posibilidad de invocación de la disposición comunitaria, permite que toda persona solicite a su juez que le aplique los tratados, protocolos, decisiones, resoluciones, etc., del sistema comunitario; se trata del derecho que les asiste a las personas naturales o jurídicas, de suplicar ante su juez nacional la aplicación del ordenamiento de la comunidad en sus relaciones de carácter jurídico con las administraciones públicas o los particulares; también a falta de norma nacional o en sustitución de ella si fuere incompatible.<sup>34</sup> El *efecto directo* es una categoría jurídica no surgida del acervo comunitario, aunque en él ha desplegado un óptimo desarrollo, sino del derecho internacional público vía acuerdos internacionales que contengan la admisión del principio; en consecuencia, en el derecho internacional debe constar la voluntad del Estado de conferir mediante tratado directamente derechos en el orden interno a los particulares. En cambio, en el ordenamiento jurídico comunitario que estudiamos sucede lo contrario, supondría la creación de derechos en la esfera de los particulares por vía convencional, sin más, contra la voluntad de los estados partes.<sup>35</sup> Ahora bien, cabe reflexionar si es o no posible una situación en la cual los estados miembros decidan dicha creación contra su voluntad. Definitivamente, pensamos que no, porque los estados que intervienen en un proceso de integración comunitaria lo hacen a sabiendas de las ventajas que conlleva identificarse con otros que experimentan las mismas o similares necesidades, que intentan lograr iguales o parecidas metas, pero que ahora, en lugar de trabajar unilateralmente, lo harán en conjunto, luego de haber reconocido intereses comunes, y en virtud de la asunción del resultado de una sumatoria de la cooperación y la solidaridad internacionales.

Todas las disposiciones del derecho comunitario someten a los poderes

---

33. *Ibid.*, p. 476. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de abril de 1968, Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/lippe GmbH c. Hauptzollamt Paderborn, asunto 28/67.

34. *Ibid.*, p. 476.

35. *Ibid.*, p. 477.

de los estados miembros –se entiende en todo su territorio– sin limitaciones de orden estatal, regional o municipal; por su parte, el ciudadano común adquiere obligaciones y derechos cuyo cumplimiento puede solicitar y, es más, exigir ante sus tribunales nacionales, como ante las instancias administrativa y judicial supranacionales.<sup>36</sup>

En Europa se consagró el principio de *efecto directo* desde que el tribunal de las comunidades dictó la sentencia en el caso Van Gend & Loos, de 5 de febrero de 1963, en la que el Tribunal consideró que el art. 12 del Tratado de Roma tiene *efecto directo*, creando derechos a favor de los particulares, que los estados miembros deben respetar; este ha sido un asunto calificado como *líder* en la materia. Este principio comporta que la imposición al Estado miembro sea clara y precisamente establecida, no sujeta a condiciones o calificaciones, ni atribuyéndole facultades discrecionales en la implementación.<sup>37</sup>

#### APLICABILIDAD DIRECTA O INMEDIATA DEL DERECHO COMUNITARIO

El ordenamiento jurídico comunitario reivindica la concepción monista del derecho, como sistema que excluye su consideración y la del derecho nacional como compartimentos estancos, es decir, está basado en la unidad del sistema jurídico. Por regla general, las disposiciones del derecho comunitario se aplican de manera inmediata, en tanto tal, sin ninguna recepción ni transformación en el ámbito interno de los estados que son parte de la comunidad. Como se ha dicho, la integración de estados en la medida en que implica atribuciones de poder normativo a órganos e instituciones supranacionales, solamente puede concordar con el monismo que, a su vez, es la única concepción compatible con un sistema de esta naturaleza. El dualismo es rechazado en las relaciones comunidades / estados miembros. Los tratados que originan una comunidad crean un ordenamiento jurídico propio que está integrado en el sistema jurídico nacional de los estados participantes, desde la entrada en vigencia del tratado fundacional, y que se impone a sus órganos jurisdiccionales.<sup>38</sup>

---

36. Mónica Rosell, “Marco institucional y seguridad jurídica en la Comunidad Andina”.

37. Florencia González-Oldekop, *La integración y sus instituciones*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, pp. 58, 59.

38. Guy Isaac, *Manual de derecho comunitario general*, cuarta edición, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 190-191.

La *aplicabilidad directa* deriva del concepto de supranacionalidad, de esta forma las disposiciones comunitarias no requieren de ningún procedimiento de recepción en el ordenamiento interno de los países miembros para surtir todos sus efectos frente a los órganos de la comunidad, a las instancias estatales, y a los ciudadanos. La disposición comunitaria, una vez promulgada,<sup>39</sup> adquiere de manera automática el carácter de derecho positivo en el ordenamiento interno de los estados que se integran; así se lee en el texto del art. 2 del TCTJAC que dice: “Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina”.

El derecho comunitario andino originario o derivado es inmediatamente aplicable en el orden jurídico nacional de los estados miembros, lo que trae las siguientes consecuencias:

- a) El sistema jurídico de la comunidad está integrado de pleno derecho en el ordenamiento interno de los estados, sin que necesite ninguna fórmula especial de introducción; sin embargo, el inciso segundo del art. 3 del TCTJAC dispone que: “Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro”;
- b) las normas de la integración ocupan su lugar en el ordenamiento jurídico interno, en calidad de derecho comunitario; y,
- c) los jueces nacionales están obligados a aplicarlo.<sup>40</sup>

En el ámbito europeo, la jurisprudencia señala que la *aplicación directa* del derecho comunitario no puede ser desconocida argumentando cuestiones de constitucionalidad sobre validez de disposiciones nacionales. Este criterio se expresó en la sentencia del caso Simmenthal del 9 de marzo de 1978, mediante la cual, entre otras cosas, el Tribunal intentó resolver la antinomia entre derecho comunitario y derecho interno; afirmó que el prime-

---

39. Para el caso europeo recomendamos ver los arts. 251 y 254 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Para el caso andino, el art. 3 del TCTJAC determina que “Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigencia en cada País Miembro”.

40. Guy Isaac, *Manual de derecho comunitario general*, 1997, p. 191.



ro no solo disfrutaba –frente al doméstico– de fuerza pasiva y preferente aplicación, lo que se traducía en la inaplicabilidad, en el desplazamiento de la norma interna contraria, sino también de fuerza activa, que generaba la invalidez consiguiente, o al menos bloqueaba la adopción válida, de la norma nacional incompatible.<sup>41</sup> En la Comunidad Andina, el inciso primero del citado art. 3 del TCTJAC determina que: “Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo [...]”. Por lo tanto, en el ámbito comunitario andino, la *aplicabilidad directa o inmediata* nace del derecho positivo, y se proyecta afirmándose por medio de la jurisprudencia del TJAC.

## CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO COMUNITARIO

El Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), cuando prologó el *Manual de derecho de las Comunidades Europeas* de Nicola Catalano, asignó al ordenamiento jurídico comunitario los siguientes caracteres específicos: operativo, pragmático, transitorio y flexible.<sup>42</sup>

### DERECHO OPERATIVO

Las disposiciones comunitarias obedecen a una dialéctica que, al ejercitarse, produce efectos concretos. Este conjunto de disposiciones jurídicas determina lo que han de hacer los sujetos de la integración para cumplir los objetivos señalados en los tratados que dieron origen al sistema. En otras palabras, trata de ser la camisa de fuerza de nuevas realidades y relaciones entre los actores del proceso (comunidad, instituciones supranacionales, estados miembros, organismos e instituciones públicas, sujetos particulares).

Se trata de un derecho *operativo* porque permite caminar hacia la feliz concreción de las metas y objetivos que inspiraron la integración; para ello, servirá de sustento a las modificaciones de las instituciones y órganos co-

---

41. Paz Andrés Sáenz de Santa María, *et al.*, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, pp. 461-462.

42. Nicola Catalano, *Manual de derecho de las Comunidades Europeas*, Buenos Aires, BID/INTAL, 1988, pp. 22-31.

munitarios, como para la ampliación y profundización del sistema. Se puede afirmar que este carácter *operativo* hace comunión con la teoría funcionalista de la integración, mas no con la corriente federalista, que también ha sido discutida especialmente en el ámbito europeo.

## DERECHO PRAGMÁTICO

Las actividades reguladas por el derecho comunitario buscan en la práctica materializar las metas y los objetivos de la integración constantes en los tratados constitutivos. Por lo dicho, la validez y eficacia de este novel sistema jurídico están supeditadas a la utilidad para incidir en el avance hacia las diferentes etapas del proceso integrador. Concordante con el punto, Alberto Zelada Castedo,<sup>43</sup> en su *Derecho de la integración económica regional*, habla de la validez material, territorial y personal de este ordenamiento jurídico, lo que ayuda a explicar:

- a) Las materias que regula este nuevo orden jurídico;
- b) los territorios o espacios geográficos en donde son válidas y están vigentes sus disposiciones; y,
- c) los sujetos titulares de los derechos y obligaciones creados por las mismas.

El carácter eminentemente práctico del ordenamiento jurídico comunitario permite logros concretos; sin embargo, ello no excluye la abstracción teórica rigurosa y objetiva de la cual no debe carecer ninguna de las ramas de las ciencias sociales, menos la jurídica. Esto último se corrobora si analizamos que buena parte de este nuevo ordenamiento ha sido logrado de las reflexiones doctrinales subsumidas en las sentencias de los tribunales supranacionales.

Al hablar del derecho comunitario estamos mentando a una disciplina científica que juega un rol preponderante en la concreción de los objetivos de un grupo de países embarcados en una misma empresa, pero no unilateralmente, sino de la mano con otras disciplinas como la Economía, la Sociología y la Política, que, pese a requerir –como el Derecho– elevadas discusiones abstractas, no pueden asumir distancia con lo fáctico.

---

43. Alberto Zelada Castedo, “La integración en América, sus principales tratados”, pp. 121-183.

## DERECHO TRANSITORIO

Por virtud de esta característica el derecho comunitario es pasajero, temporal, y rige hasta cuando se alcancen los objetivos perseguidos en cada nivel de integración. Por ejemplo, es obvio que las disposiciones jurídicas dictadas para crear una *zona de libre tránsito* o *libre comercio* dejarán de ser necesarias cuando ésta se constituya, pero en cambio aparecerá la necesidad de otras disposiciones para mantener y manejar esta etapa, o para hacerla evolucionar hacia una *unión aduanera*, un *mercado común* o hacia una *comunidad económica*.<sup>44</sup> A nuestro juicio, este rasgo típico también se identifica con la corriente funcionalista de la integración, pues se explicita cuando surgen necesidades de profundización del proceso. No olvidemos, en esta parte, que también se puede llegar a consolidar una zona de libre comercio prescindiendo de un esquema comunitario y sus instrumentos jurídicos, pero sirviéndose únicamente de acuerdos de derecho internacional económico tendentes a lograr intercambios comerciales con libertad.

Hay quienes piensan que, cuando se logre una integración total –unión política o una nueva forma de organización política hasta ahora desconocida–,<sup>45</sup> el derecho de la comunidad se convertirá automáticamente en ordenamiento público interno de la nueva comunidad políticamente unida, precisamente gracias a la presencia *a priori* de ese cúmulo de normas *sui generis* que analizamos (acervo comunitario).

## DERECHO FLEXIBLE

Un proceso de integración se inicia con la firma de un *tratado marco* o *tratado fundacional*, o, como también se le ha denominado, la *constitución*

---

44. Miguel Ángel Ekmekdjian, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, pp. 29 y ss.

45. Actualmente, en Europa se están desarrollando discusiones álgidas en torno al futuro de la Unión y a la forma que ésta debe adoptar como un nuevo modelo político de organización de estados. Se habla incluso de la elaboración de un nuevo y amplio tratado fundacional, que a decir de muchos estudiosos tendría claros rasgos de una *constitución europea*, es decir, de una carta que instituya una organización política auténtica. Si aceptamos hablar de ese cardinal documento, nos inclinamos por pensar en una *constitución a la europea*, por las cuestiones inherentes solo al proceso europeo de integración, que en su misma dimensión y con similares cualidades no se replica en el orbe. Está pendiente, por cierto, la discusión acerca de la naturaleza jurídica del documento que sustentará esa nueva organización política, cuestión que no se mira venir pacífica, debido a encontrados criterios que ya se han hecho públicos desde la academia, desde los sectores sociales, desde las instancias públicas nacionales, y, por supuesto, desde las autoridades comunitarias.

*comunitaria*,<sup>46</sup> ya que contiene los principios básicos y las normas fundamentales orgánicas, dogmáticas y programáticas<sup>47</sup> que deben ser necesariamente elásticas y de alcance general, a fin de que puedan ser desarrolladas por disposiciones secundarias o derivadas, que se adecuarán a las necesidades de adelanto del proyecto integrador. De esta manera, se comprueba que la rigidez jurídica en esta materia es a todas luces censurable.

El largo camino que un proyecto de integración debe recorrer encontraría más escollos que los normales si no existiera la cualidad mutante de las disposiciones de la integración; éstas deberán regir sin interrupción el inexorable adelanto en las sucesivas etapas del proceso.

A los caracteres citados, Luis Carlos SÁCHICA<sup>48</sup> agrega los siguientes:

a) Es un derecho de cumplimiento voluntario; la naturaleza de la comunidad internacional priva de coercibilidad al ordenamiento jurídico de la integración, pues ella detenta medios persuasivos para hacer valer su derecho frente a los estados incumplidos ante cuestiones relacionadas con las violaciones de hacer o de no hacer, a su cargo. Para ello, primeramente, instituye el principio por el cual las disposiciones del derecho comunitario prevalecen sobre las del derecho nacional de los países miembros en las materias encomendadas a la comunidad; en segundo lugar, el sometimiento de los sujetos al ordenamiento jurídico comunitario se logra por los beneficios —básicamente de carácter económico— que por su cumplimiento se les puede conceder. Respecto de esta primera característica propuesta por SÁCHICA, nuestra posición ya está definida por reconocer que en alguna medida la institucionalidad comunitaria ha logrado materializar la coercibilidad de su ordenamiento jurídico.

El proceso de integración es cotidiano, lento, pausado y progresivo, sin fríos cálculos ni presiones; se logra al aunar los intereses generalmente políticos y económicos de las partes (solidaridad e interdependencia) hasta que

---

46. Para una explicación más amplia de la consideración de los tratados fundacionales de la integración como una constitución material, aconsejamos revisar el amplio y actual estudio de Laura Dromi San Martino, *Derecho constitucional de la integración*, Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons / Ciudad Argentina / Universidad Complutense de Madrid, 2002, pp. 123-150.

47. Hay quienes piensan incluso, que en la *constitución comunitaria* o en el tratado fundacional, se verifica la existencia de los tres poderes clásicos del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), conforme están dispuestos normalmente en las constituciones nacionales, pero claro está, interactuando en el ámbito supranacional.

48. Luis Carlos SÁCHICA, *Derecho comunitario andino*, segunda edición, Bogotá, Temis, 1990, pp. 10 y ss.

se fusionen y se conviertan en comunitarios, es decir, cuando se dé la gran mancomunidad de lo intergubernamental y lo comunitario.

b) Es un derecho de excepción, por medio de sus disposiciones no deroga a las del derecho internacional económico que se le opusieren, sino que éstas continúan vigentes para el comercio internacional del país que trate con terceros, excepto para el que se ejecuta entre los países de la zona integrada, que en cambio se rige por aquellas normas.

Recordemos que, por su especificidad y sus ámbitos de validez –material, formal, territorial y personal–, el derecho comunitario permite mayores beneficios al intercambio entre los sujetos que forman parte del sistema integrado que al que se realiza con quienes no son parte del bloque; así cabe reflexionar que el derecho de las comunidades de estados es discriminatorio respecto a quienes no participan de ellas.

De otro lado, Jean-Víctor Louis<sup>49</sup> en forma relativamente detallada incluye como características específicas del derecho comunitario a las siguientes:

- a) La atribución de competencias definitiva de los países miembros a la comunidad y sus órganos e instituciones;
- b) el sistema institucionalizado de creación de disposiciones, por cuanto las instituciones que crea la comunidad están en capacidad de dictar normas generalmente de derecho derivado como las *decisiones* que dicta la Comisión de la CAN;
- c) la comunidad de derecho, porque tiene un orden jurídico que la rige y orienta para el cumplimiento de los objetivos de la integración;
- d) los métodos de interpretación propios, que son puestos en práctica por los tribunales de justicia de los sistemas de integración;
- e) la flexibilidad y rigor en la adaptación de la constitución comunitaria, por las características generales del ordenamiento jurídico comunitario y por las etapas que deben superar los países organizados en comunidad, atendiendo los diferentes niveles de la integración; y,
- f) la personalidad jurídica internacional, por cuanto los países al asociarse convierten a la comunidad en sujeto de derecho internacional,<sup>50</sup>

---

49. Jean-Víctor Louis, *El orden jurídico comunitario*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1995, pp. 13 a 92.

50. El art. 48 del Acuerdo de Cartagena, inscrito en la sección J que trata *De la Personería Jurídica Internacional y de los Privilegios e Inmunidades*, determina que: “La Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional”. El Tratado Constitu-

capaz de nombrar y designar comisiones, de negociar y de obligarse con el resto de sujetos del orden jurídico internacional.

Calogero Pizzolo<sup>51</sup> señala como características del derecho comunitario: su incorporación inmediata o automática; el efecto directo o eficacia directa; aplicabilidad por los jueces nacionales; la primacía. Por nuestra parte, pensamos que el autor está confundiendo las cualidades congénitas de este ordenamiento jurídico con sus principios o ideas fundamentales, mismas que le sirven de base como orden de conocimientos sobre el cual se apoyan los razonamientos orientados a interpretarlo.

## RELACIONES DEL DERECHO COMUNITARIO CON EL DERECHO INTERNACIONAL Y CON EL DERECHO INTERNO

### CON EL DERECHO INTERNACIONAL

El soporte y la base fundamental para la negociación, suscripción, aprobación y ratificación de los tratados de integración es precisamente un plexo jurídico formado por disposiciones del derecho internacional público y de la constitución nacional. Sin embargo, la comunidad lo sobrepasa, ya que ha creado su propio ordenamiento jurídico, autónomo y con escasos límites.<sup>52</sup> Asimismo, conforme se ha señalado, crea sus propios órganos e instituciones con poder normativo cuyo producto (derecho derivado) obliga a los estados y a sus ciudadanos. Hablamos entonces de entes que crean el derecho comunitario, institucionalmente y de forma descentralizada.

Los esquemas de integración comportan una transferencia parcial y permanente del ejercicio de la soberanía estatal a las entidades comunitarias, respecto a materias específicas, que, una vez cedida, va transformándose de acuerdo a las necesidades de desarrollo del proceso. En cambio, en las cues-

---

tivo de la Comunidad Europea, en el art. 281 (antiguo art. 210) dispone que: “La Comunidad tendrá personalidad jurídica”.

51. Calogero Pizzolo, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, EDIAR, 2002, pp. 154-179.

52. Uno de ellos ha sido identificado como el conjunto de normas referidas a los derechos fundamentales, o a aquellas que hacen a la organización político administrativa de los estados parte de un esquema de integración, en este último caso, hablamos de lo que en Europa se ha dado en llamar el *principio democrático*.

tiones internacionales clásicas, los estados negocian para autolimitar<sup>53</sup> su soberanía respecto de casos concretos; así tenemos que el derecho internacional es casuístico. A su turno, el derecho comunitario comparte sus dominios celosamente y con naturalidad con los ordenamientos jurídicos internacional, y constitucional federativo.<sup>54</sup>

Regular las relaciones de cooperación entre los gobiernos de varios estados, sin que exista en ellos el propósito de integrarse, es la tarea fundamental del derecho internacional; por su parte, el derecho comunitario establece y regula las relaciones entre estados que han escogido como rúa del orden estatal externo integrarse, para lo cual permiten actuar en conjunto a segmentos de su soberanía, persiguiendo propósitos del bien común; además, dan a luz un sistema institucional con sus respectivos organismos, con competencias y atribuciones enmarcadas en los tratados fundacionales y sus anejos.

Aquellos pactos orientados para formar áreas integradas hace que los estados no puedan formular reservas al ratificarlos, y que la interpretación de sus normas deba ser con *sentido finalista*, o sea, en el rumbo más favorable a la integración, que es el objetivo final que se pretende, cosa que no ocurre con los tratados del derecho internacional clásico.

El derecho comunitario, a diferencia del internacional, se integra automáticamente al sistema jurídico de los estados miembros en virtud de sus principios; los sujetos de este ordenamiento jurídico *sui generis* no solamente son los estados sino también los organismos comunitarios supranacionales, y las personas naturales y jurídicas públicas o privadas de los países miembros.<sup>55</sup>

Acerca de estas relaciones, Florencia González-Oldekop sostiene que:

Si bien desde el punto de vista formal, el derecho comunitario de las Comunidades Europeas, tanto el originario como el derivado, puede ser considerado como derecho internacional, debe también ser distinguido del derecho interna-

---

53. La autolimitación es perceptible cuando se negocian y se suscriben acuerdos fiscales internacionales, esto en sede de derecho internacional tributario. Los estados autolimitan su soberanía fiscal, en aras de atenuar o eliminar la doble o múltiple imposición a cargo de los contribuyentes, y adoptan métodos de imposición (de imputación y/o exención básicamente) que pueden implicar –entre otras opciones– el reparto de la materia imponible entre los estados, o la renuncia de la pretensión de imposición de uno de ellos en favor del otro.

54. Fernando Uribe Restrepo, *El derecho de la integración en el Grupo Andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, p. 62.

55. Jorge Antonio Giammattei, “Nociones de derecho comunitario centroamericano”, ponencia presentada en el Seminario de Derecho Comunitario, Managua, 1997, p. 4.

cional tradicional por su contenido, sus instrumentos y sus fuentes. Por ello los autores otorgan al derecho comunitario un carácter distinto, sin preocuparse mayormente, sin embargo, de hablar de la autonomía del mismo en relación al derecho internacional.

Añade que: “Las principales bases de la diferencia del derecho comunitario con el derecho internacional tradicional son: el contenido, los instrumentos y las fuentes”.<sup>56</sup>

Ciertamente, las diferencias son notorias, y a ellas hay que sumar que los fines del derecho comunitario difieren de los del derecho internacional público clásico, por su alcance como por su utilidad para crear nuevas situaciones, es decir, las disposiciones comunitarias pueden abarcar un cúmulo de cuestiones que tradicionalmente no han sido tratadas en conjunto por el derecho internacional tradicional o que han sido abordadas segmentada y parcialmente. Para concluir esta parte, diremos que el sistema jurídico internacional difícilmente podrá crear las relaciones y resultados que sí puede materializar el derecho comunitario, por ejemplo, la creación de un mercado común, la adopción de una moneda única entre los países que se integran.

## CON EL DERECHO INTERNO

El derecho comunitario simplemente no tendría vigencia si por debajo suyo no subyace un conjunto de disposiciones que lo acoge, y que está recogido en la carta política nacional de cada país miembro, cuestión que tiene como efectos, por un lado, la vigencia plena –salvo sus propios recaudos– del orden jurídico comunitario, y, por el otro, su observancia a cargo de las instancias judiciales y administrativas del Estado. Existe, pues, correspondencia, y un espíritu de dependencia entre estos dos ordenamientos jurídicos (nacional y supranacional).

Los sistemas jurídicos estatales proveen vida al derecho supranacional porque permiten su aplicación, abriendo en primer término esta posibilidad en el nivel constitucional, asunto que se compadece con la incontestable realidad de que los sujetos del derecho comunitario finalmente son los ciudadanos de los países involucrados. Aquí aprovechamos para plantear una curiosa cuestión, la *interdependencia de los ordenamientos jurídicos*, que

---

56. Florencia González-Oldekop, *La integración y sus instituciones*, p. 54.



condena al olvido la posibilidad de supervivencia autárquica de los mismos, y reafirma –haciendo palmaria– la existencia de un unívoco sistema jurídico, aplicable y con vigor para estados con una homogénea o parecida tradición en cuanto hace a su organización política y de derecho.

Para nuestro interés es válido imaginar el planteamiento *kelseniano* al configurar una pirámide tendente a explicar la jerarquización normativa de un sistema jurídico, pero en este caso trasladada al espacio en el cual se insertan los países cuando participan en un proceso de integración comunitaria. Tenemos, entonces, una figura poliédrica coronada por el derecho comunitario originario o fundacional de la comunidad; enseguida, y en sentido descendente, tenemos al derecho comunitario derivado, al derecho internacional público, para luego continuar con las normas constitucionales, y la legislación secundaria de los estados nacionales.

De esta manera, en primer lugar habremos de remarcar que el monismo es coherente con la existencia y vigor del derecho comunitario, es decir, en la mente de los juristas de la comunidad debe prevalecer la concepción del derecho como una ciencia social única, pero que se expresa en diferentes niveles normativos; y, en segundo lugar, insistiremos sobre la imposibilidad de que las normas jurídicas de la integración, nacidas del tratado fundacional, sean objeto de control constitucional por parte de las autoridades jurisdiccionales estatales; como ya dijimos, dicho control –constitucional o de legalidad en el ámbito comunitario– está a cargo de los tribunales supranacionales. Además, en los casos en los cuales el tratado constitutivo de la comunidad fue objeto de control constitucional *a priori* en sede nacional, se da lugar a que el derecho que en consecuencia se dicte esté exento de dicho examen.

## **FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO**

El ordenamiento jurídico de un espacio comunitario está formado por un sinnúmero de disposiciones que son el producto de la voluntad de los estados miembros, y de los organismos creados para dictar un marco jurídico auténtico que lo regule. Dichas disposiciones –como dijimos– están jerarquizadas. El art. 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN anota las fuentes directas del ordenamiento jurídico de la CAN, y una suerte de prelación –aunque no explícita– entre los diferentes tipos de disposiciones, así:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales;
- b) El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus protocolos modificatorios;
- c) Las *decisiones* del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las *resoluciones* de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

Debemos señalar que en estricto derecho, el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino (TCPA), del año 1979, también debe ser considerado dentro de las fuentes directas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Actualmente, está pendiente de ratificación el Protocolo Adicional al TCPA, y el Protocolo Adicional al TCPA sobre Elecciones Directas y Universales de sus Representantes, adoptados el 23 de abril de 1997.

#### DERECHO COMUNITARIO ORIGINARIO EN LA COMUNIDAD ANDINA

Las disposiciones superiores son las fundamentales o primarias: en la Comunidad Europea se las denomina *derecho comunitario originario*, y son las que forman el derecho *constitucional* de la comunidad. En la CAN tenemos al Acuerdo de Cartagena con sus protocolos e instrumentos adicionales, como el de adhesión de Venezuela del 13 de febrero de 1973, y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con sus protocolos modificatorios, como el de Cochabamba, Bolivia, del 28 de mayo de 1996, mediante el cual se hicieron reformas relevantes al sistema judicial andino.

Entre los protocolos podría citarse los de Lima y Arequipa del 30 de octubre de 1976 y 21 de abril de 1978, en su orden, por los cuales se amplían los plazos del Acuerdo de Cartagena; el Protocolo de Quito, del 12 de mayo de 1987, mediante el cual se hicieron varias modificaciones de alcance general al AC; el Protocolo de Trujillo, del 10 de marzo de 1996, por el que se hicieron importantes reformas orgánicas al AC, y del Protocolo de Sucre, del 25 de julio de 1997, que introdujo tres nuevos capítulos al AC.<sup>57</sup> Hay que

---

57. Jorge Luis Suárez Mejías, "La Comunidad Andina: un proceso de integración en constante evolu-

añadir en el cardumen normativo de derecho comunitario andino originario, al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino (1979), y a sus Protocolos Adicionales (1997) en cuanto sean ratificados por los países miembros del Acuerdo.

#### DERECHO COMUNITARIO DERIVADO EN LA COMUNIDAD ANDINA

El conjunto de disposiciones jurídicas adoptadas por las instituciones comunitarias habilitadas para tal proceder, encaminadas a alcanzar los objetivos de los tratados y en aplicación de los mismos constituye el derecho comunitario derivado. Emana de los instrumentos internacionales fundamentales por medio de las instituciones por ellos creadas, por lo que no es producto del derecho internacional clásico, como lo es el derecho originario, sino de un poder normativo singular conferido a los organismos de la integración y que, entre otras cosas, desarrolla las normas fundacionales.

Hablar de un carácter derivado implica subordinación de este nivel normativo a los acuerdos fundacionales (derecho originario), lo que se manifiesta de la siguiente manera:

- a) Los tratados son el fundamento, la base y límite del derecho secundario o derivado; el alcance de los actos de las instituciones y desarrollo formal se limita estrictamente a lo previsto en los tratados;
- b) las instituciones en virtud de poseer competencias específicas no pueden adoptar actos sobre las materias a ellas vedadas, sino solamente en las que hayan sido atribuidas o sean necesarias para alcanzar los objetivos de los tratados.<sup>58</sup>

Las disposiciones de derecho derivado en la CAN están contenidas en *decisiones* del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (art. 17 AC), y de la Comisión (art. 21 AC); equivalen a lo que se conoce en la Comunidad Europea como los *reglamentos* (art. 189 TCE); y, las *resoluciones* de la Secretaría General (art. 29 AC), que corresponden a las conocidas en Europa como *decisiones* (art. 189 TCE). En la CAN no existen las *directivas* comunitarias, que son del sistema europeo y que obligan al Estado

---

ción", en separata de la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 111, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1999, pp. 1 y ss.

58. Paz Andrés Sáenz de Santa María, *et al.*, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, pp. 429 y 430.

miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. En cambio, se emiten *recomendaciones* por parte del Parlamento Andino (art. 43 AC), y *dictámenes* que los puede realizar la Secretaría General (art. 24 TCTJAC).

Cabe reflexionar que el TCTJAC nada dice sobre las fuentes indirectas del derecho comunitario que no podemos dejar de lado a riesgo de sucumbir en serios e irreparables errores en cada ocasión que se intente interpretar las disposiciones de este ordenamiento jurídico. Como fuentes indirectas del ordenamiento jurídico de la comunidad tenemos: la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la doctrina, y el derecho internacional público. En la CE cuenta también el *acervo comunitario*. Estas fuentes indirectas son necesarias para la interpretación y aplicación del derecho comunitario, ellas pueden ser utilizadas de manera subsidiaria, como en efecto lo han hecho en Europa el Tribunal de Luxemburgo, y en la CAN el Tribunal de Justicia.<sup>59</sup> Claramente, y a guisa de conclusión, es factible asentir que el ordenamiento jurídico comunitario derivado es aquel dictado en consecuencia del derecho comunitario originario.

## ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

Este singular sistema jurídico de la integración está llamado a regir las acciones de la comunidad de que se trate, le proveerá de un marco normativo que, sin embargo, concierne también a los estados integrados y sus ciudadanos, y a las instituciones supranacionales, para realizar los cometidos constantes en los tratados originarios. Este especial ordenamiento jurídico no ignorará las variables económica, política y sociológica de la integración, por cuanto, por definición, el derecho es una ciencia social determinada en alta medida por situaciones de orden político. El derecho comunitario busca como último fin el bienestar general de la comunidad, entendida ésta como el conjunto de estados y sociedades en ella comprendidas. Acertadamente, Fernando Uribe Restrepo dice: “El derecho comunitario aspira a ser la

---

59. Jorge Luis Suárez Mejías, “La Comunidad Andina: un proceso de integración en constante evolución”, p. 5.

normatividad jurídica que sirve de fundamento a la integración económica y que la controla, regula y orienta”.<sup>60</sup>

Bien lo han sostenido también algunos otros autores: el derecho comunitario no solo se aplicará a los estados miembros, sino que también tendrá sus efectos respecto de los nacionales de cada uno de esos estados, comprende las esferas nacional e internacional, rige en la territorialidad que configuran los países integrados. Esto tiene que ver con los ámbitos de validez del derecho comunitario que también aquí se han señalado.

El ordenamiento jurídico de la integración copará los campos o materias cedidos por cada uno de los países para su arbitrio, en pos de materializar las metas y objetivos del proceso, y se complementará con el derecho nacional para su plena vigencia. De ello se puede colegir que el campo sobre el cual este nuevo orden jurídico desplegará sus efectos será tan amplio como lo determinen los estados miembros del proyecto integrador. Habida cuenta de lo variopinto e inconmensurable que puede ser el ámbito de este nuevo sistema jurídico, los europeos han trabajado la noción de *subsidiariedad*, contenida positivamente en el art. 5 del TCE (antiguo artículo 3 B.), que dispone:

La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigne.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.

Fácilmente nos percatamos que muchas de las cuestiones abarcadas por esta disposición son de difícil o imposible aplicación práctica, de allí que, como ya se indicó, como contraparte también se ha trabajado la noción de *principio democrático*, a manera de límite intocable a la acción de la comunidad y sus instituciones. Curiosamente este rudimento —y muchos otros— aún no ha sido discutido en la Comunidad Andina.

El ordenamiento jurídico de la integración es básicamente normativo o regulador, y pocas ocasiones orientador. No le corresponde ser el motor que

---

60. Fernando Uribe Restrepo, *El derecho de la integración en el Grupo Andino*, p. 43.

impulse el proceso integrador, se limita a ordenar los comportamientos y a armonizar los hechos, carece de propia capacidad para cambiar la realidad,<sup>61</sup> cuestión que corrobora que siempre el Derecho, la norma jurídica, va detrás de los hechos, de la materialidad, para regularlos, no para crearlos.

Recurriendo a Mauricio Plazas Vega,<sup>62</sup> diremos que una idea que debe estar presente en las reflexiones y en las disposiciones del derecho de la integración económica o derecho comunitario es la de amalgamar lo fáctico, lo axiológico, y lo normativo, de tal forma que así comprobaremos que cada elemento no existe autónomo, sino como unidad concreta, y que el orden jurídico es el nexo que integra el hecho en el valor.

Finalmente, luego de esta entrega introductoria, opino que en futuros trabajos se debe escudriñar acerca de: la eficacia del derecho comunitario en el ámbito subregional andino, su aplicación por parte de los jueces nacionales, el control de legalidad que realizan los tribunales comunitarios, las eventuales diferencias que podamos encontrar entre las concepciones europea y andina de esta rama jurídica, las relaciones entre la constitución nacional y el derecho comunitario, entre otras; de tal forma que vayamos construyendo racional y críticamente los sustentos teóricos que iluminen oportunamente los avances en el sistema jurídico del proceso de integración andina.

## BIBLIOGRAFÍA

- Brotóns, Antonio Remiro (ed.), *Breve diccionario del Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Centro Español de Relaciones Internacionales, 1993.
- Catalano, Nicola, *Manual de derecho de las Comunidades Europeas*, Buenos Aires, BID/INTAL, 1988.
- Cooter, Robert; Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Dromi San Martino, Laura, *Derecho constitucional de la integración*, Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons / Ciudad Argentina / Universidad Complutense de Madrid, 2002.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996.

---

61. *Ibid.*, p. 45.

62. Mauricio Plazas Vega, *Derecho tributario comunitario. La armonización tributaria en el sistema andino de integración*, Bogotá, Legis, 2001, p. xix.

- Giammattei, Jorge Antonio, “Nociones de derecho comunitario centroamericano”, ponencia presentada en el Seminario de Derecho Comunitario, Managua, 1997.
- González-Oldekop, Florencia, *La integración y sus instituciones*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- Isaac, Guy, *Manual de derecho comunitario general*, Barcelona, Ariel, 1985.
- *Manual de derecho comunitario general*, Barcelona, Ariel, 1997.
- Junta del Acuerdo de Cartagena, *Gaceta Oficial*, No. 21, 15/07/1987.
- Louis, Jean-Víctor, *El orden jurídico comunitario*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1995.
- Maldonado Lira, Héctor, *30 años de integración andina. Balance y perspectivas*, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina, 1999.
- Mangas Martín, Araceli; Liñán Nogueras, Diego, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- Mengozi, Paolo, *Derecho comunitario y de la Unión Europea*, Madrid, European Secretariat for Scientific Publications, Tecnos, 2000.
- Pizzolo, Calogero, *Globalización e Integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, EDIAR, 2002.
- Plazas Vega, Mauricio, *Derecho tributario comunitario. La armonización tributaria en el sistema andino de integración*, Bogotá, Legis, 2001.
- Rosell, Mónica, “Marco institucional y seguridad jurídica en la Comunidad Andina”, en [<http://www.comunidadandina.org/docs/legis.htm>].
- Sáchica, Luis Carlos, *Derecho comunitario andino*, Bogotá, Temis, 1990.
- Sáenz de Santa María, Paz Andrés, et al., *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999.
- Salazar Manrique, Roberto, “Fundamentos jurídicos del derecho comunitario andino”, en *Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos Europeos y Americanos*, Santafé de Bogotá, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena / Comunidad Europea / Cámara de Comercio de Bogotá, 1995, pp. 75-112.
- Schuweitzer, Michael, *Derecho europeo*, Buenos Aires, Depalma, 1987.
- Suárez Mejías, Jorge Luis, “La Comunidad Andina: un proceso de integración en constante evolución”, en separata de la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 111, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1999.
- Tamames, Ramón; López, Mónica, *La Unión Europea*, Madrid, Alianza, 1999.
- Uribe Restrepo, Fernando, *El derecho de la integración en el Grupo Andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990.
- Zelada Castedo, Alberto, *Derecho de la integración económica regional*, Buenos Aires, BID/INTAL, 1989.
- “La integración en América, sus principales tratados”, en varios autores, *La in-*

César Montaña Galarza

*tegración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena / Universidad Andina Simón Bolívar, 1997.



## Supremacía de la Constitución y tratados internacionales

*Juan Larrea Holguín*

El presente artículo presenta de manera resumida la evolución histórica del resguardo de la Constitución Política del Ecuador por medio del control constitucional frente a los tratados internacionales. Incorpora además una reflexión que resalta la importancia del perfeccionamiento del derecho a través de la relación armónica entre la legislación interna e internacional en pos de la unidad del sistema jurídico, y especialmente en la defensa de los derechos humanos protegidos constitucionalmente. Muestra la necesidad de establecer las pautas para la correcta interpretación de la legislación nacional con base en grandes principios como la libertad, la igualdad, y la no discriminación, contenidos en varios instrumentos internacionales.

FORO

Según el art. 272 de la Carta Política vigente, “La Constitución es la ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deberán mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteren sus prescripciones”.

La Constitución de 1998 agrega este importante inciso: “Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior”.

La teoría ampliamente difundida bajo la autoridad de Kelsen, de la estructura piramidal del orden jurídico de modo que la Constitución sustenta y da valor a las demás normas, en realidad ha sido vivida mucho tiempo antes en los estados democráticos. En Latinoamérica, la fundación misma de las Repúblicas coincide o se expresa mediante la elaboración de Cartas Constitucionales, cuyo valor primario, por encima de toda otra norma positiva temporal, está fuera de dudas; además, son frecuentes las declaraciones teóricas de esa supremacía constitucional.

Nuestra Primera Carta, la de 1830, estatuye que todo funcionario jurará fidelidad a la Constitución y las leyes (art. 69), y que la persona que no jurare no se reputará como miembro de esta sociedad. Tal disposición se conservó en 1835 (art. 109), agregándose ya en esta remota Carta que “se declaran en vigencia todas las leyes y decretos que rigen al presente, en cuanto no se opongan a la Constitución” (art. 112); esta segunda disposición plantea ya en forma técnica la supremacía constitucional. Iguales términos encontramos en 1843 (arts. 105 y 111); en 1845 (art. 139); en 1850 (art. 135); falta en la Carta de 1852; en la de 1861 solamente se habla del juramento (art. 127); tampoco se encuentra nada en 1869 ni en 1878; la Carta de 1883, vuelve a la fórmula del juramento (art. 132); la de 1896 declara más directa y categóricamente la superioridad de la Constitución: “Es la Suprema Ley de la República y cualquiera ley secundaria, decreto, reglamento, ordenanza, disposición o tratado público que estuviere en contradicción o se apartare de su texto, no surtirá efecto legal alguno” (art. 132); la fórmula se repite infaliblemente en las siguientes Cartas: en 1906 (art. 6), en 1929 (art. 161), en 1945 (art. 163), en 1946 (art. 193) en 1967 (art. 257), en la Nueva de 1978 (art. 137) y en la actual, de 1998, que refuerza la declaración de la supremacía constitucional, en los artículos 272, 273 y 274, asegurando, además, los variados mecanismos para hacer efectivo este principio.

La consecuencia práctica de declarar sin valor toda norma que contraríe a la Ley Suprema debía plasmarse en un procedimiento y la atribución de competencia a algún o algunos organismos para declarar la inconstitucionalidad y la no-vigencia de las leyes, ordenanzas, reglamentos, etc., que se opusieran a la Constitución. Como dice Cerda Medina: “Dentro de la función genérica de jurisdicción política cabe mencionar el control de la constitucionalidad de las leyes como la más alta salvaguardia del Estado de derecho. El contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes obliga a los órganos gubernamentales a realizar sus funciones dentro del área preestablecida por las normas constitucionales, actuando al mismo tiempo, como eficiente garantía de los derechos individuales”.<sup>1</sup>

Tanto los actos de gobierno como las normas legislativas deben, pues, ajustarse a la Constitución; ésta es la Ley Suprema del Estado y se impone a todos los ciudadanos y a las diversas autoridades, de cualquiera de las ra-

---

1. Algunos aspectos del sistema constitucional chileno, *Revista de Derecho*, No. 165, Concepción, 1977, p. 122.

mas o funciones: tanto los funcionarios ejecutivos, como los representantes legislativos o los magistrados del Poder Judicial, deben acatar la Constitución. Ahora bien, para que el control de la constitucionalidad de los actos sea eficaz, se requiere un organismo independiente que cuide de ello, o que las diversas funciones ejerzan un control recíproco. Las dos fórmulas se han intentado en nuestra historia y finalmente parece imponerse una que combina las dos a la vez: el Tribunal Constitucional ejerce unas funciones de vigilancia específicas, y, además, a cada función le toca cumplir y hacer cumplir, a las otras y a los ciudadanos, la Constitución.

La Corte Suprema, por su condición de máxima autoridad en lo jurisdiccional y su independencia política, juega un papel de singular importancia en el resguardo de la constitucionalidad. Ya la Carta de 1869 le concedía especiales atribuciones en este sentido, siguiendo lo que establece la Constitución de los Estados Unidos de América. La Ley Suprema de 1929 volvió a confiar a la Corte Suprema el control constitucional, pero fue sobre todo la Constitución de 1967 la que estableció variadas formas de intervención de la Corte Suprema para asegurar la plena vigencia y acatamiento de la Ley Fundamental; le correspondía informar sobre los proyectos de ley objetados por el Presidente como inconstitucionales; podía suspender la vigencia de leyes que considera contrarias a la Carta Política; le tocaba resolver sobre las reclamaciones de inconstitucionalidad de las ordenanzas (art. 157), además de que, al ejercer la atribución de dictar jurisprudencia obligatoria, de hecho podría interpretar la Constitución o resolver problemas de real o aparente contradicción entre las leyes secundarias y la primera ley.

Mérito grande de la Carta de 1967 fue también el de señalar con energía las responsabilidades del Presidente de la República, de los ministros y más altos funcionarios (art. 220), disponiendo que el Tribunal de Garantías constitucionales resuelva sobre su juzgamiento por violaciones de la Constitución. Del mismo modo, los diputados y senadores se declaraban responsables por un voto favorable a medidas anticonstitucionales (art. 126), lo cual se echa de menos en la Nueva Carta del 78. También los concejales responden por sus votos en resoluciones contrarias a la Suprema Ley (art. 33 de la Ley de Régimen Municipal). Sería conveniente que en la Carta Política se dejara bien sentada esta responsabilidad de los ciudadanos que forman parte de organismos colegiados.

Entre las atribuciones de los ministros y agentes fiscales se enumera la muy importante de velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, debiendo observar oportunamente la violación de estos preceptos.

La Carta de 1978 ha recogido adecuadamente lo establecido en la de 1967 como fruto de toda una progresiva evolución histórica y confería amplias facultades a la Corte Suprema para intervenir en la guarda de la Constitución. Puede, en efecto, “suspender” los efectos de las leyes que considere inconstitucionales; esta atribución se extiende a la totalidad de ellas o a una parte, según lo juzgue necesario, y puede ejercerla a petición de parte o aún de oficio. La suspensión no es una derogación, sino que consiste en dejar sin efecto o aplicación, hasta que la Cámara Nacional de Representantes resuelva definitivamente si la ley es o no inconstitucional. Tanto los efectos de la suspensión como los de la resolución del legislador que confirme o revoque lo dispuesto por la Corte, no tendrán consecuencias retroactivas; esto es muy razonable y conforme a los sanos principios jurídicos y democráticos, puesto que de otra manera se viviría en una absoluta incertidumbre sobre el contenido y obligatoriedad del Derecho. Como observa Schiessler,<sup>2</sup> este carácter irretroactivo de las medidas legislativas es de definitiva trascendencia para el recto orden jurídico y la debida garantía de los ciudadanos. Muchas constituciones reafirman el principio de la irretroactividad de las normas legislativas, así por ejemplo la de México de 1917, en su artículo 14, contiene una declaración absoluta en este sentido.

Las atribuciones de la Corte Suprema sobre suspensión de las leyes que juzgare inconstitucionales, pasaron al Tribunal de Garantías Constitucionales, en virtud de la reforma del año 1983. Esta misma reforma amplió, en cambio, la facultad de declarar la inconstitucionalidad en los casos particulares a los tribunales de lo Contencioso y Fiscal. La segunda reforma es muy acertada, puesto que esos altos tribunales deben en todo equipararse a la Corte Suprema. En cuanto a lo primero, esto es, el pasar la competencia de la Suprema al Tribunal de Garantías Constitucionales, a mi modo de ver no tiene mayor trascendencia en sí misma; lo que importa es que exista un tribunal verdaderamente imparcial que pueda ejercer el control de la constitucionalidad y que esté provisto de medios eficaces para hacerse respetar. Ahora bien, ese tribunal bien podría ser la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional. Lo verdaderamente importante consiste en rodear al organismo que sea de la suficiente independencia e imparcialidad. Esto se logra a través de una adecuada integración de sus miembros, de la estabilidad de los mismos, de desligarlos de otras funciones o representaciones políticas y de asegurarles una adecuada inmunidad, junto a justa remuneración. Estas

---

2. Cfr. Guillermo Schiessler, *Algunos aspectos técnicos de la nueva Constitución*, Concepción, 1977.

medidas no se han asumido precisamente con relación al Tribunal Constitucional, como luego veremos, de modo que habría sido preferible dejar en manos de la Corte Suprema un asunto tan delicado. En todo caso, se puede aún perfeccionar el sistema a través de una buena Ley Orgánica del Tribunal, y, de ser posible, de una reforma en cuanto a su misma organización. Antes de las reformas de 1996 y de la codificación del 98 no había una verdadera paridad de intervención de las tres funciones del Estado en el nombramiento de los miembros, sino que predominaba en absoluto el Congreso, y no había las suficientes exigencias de capacidad para quienes sean nombrados miembros. A este respecto, véase la respetable opinión, en el mismo sentido, del Dr. Hernán Salgado.<sup>3</sup>

Nuevamente se ha modificado el sistema por la reforma de 1996, que crea el Tribunal Constitucional, al cual corresponde decidir en última instancia, mientras que se ha suprimido la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema. En lo demás se recogen los indicados principios en el actual 274 de la Codificación de 1998.

## **LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA**

Un punto especialmente delicado es el de la constitucionalidad de los tratados y más instrumentos internacionales. En primer término, es obvio que su negociación, suscripción, ratificación y entrada en vigencia, tienen que seguir las normas constitucionales, pues de otro modo serían formalmente inconstitucionales. Por otra parte, lo mismo que las leyes internas, deben guardar conformidad con las disposiciones materiales de la Carta Política, no oponerse a ellas, pues si se produjere esa anomalía serían materialmente inconstitucionales. Ahora bien, una vez ratificado un tratado y canjeados los instrumentos de ratificación, en el orden internacional el tratado tiene plena validez, y se sustrae a la simple declaración de cualquier autoridad o poder interno de un país, en lo relativo a su validez. Luego, si hay una causa de inconstitucionalidad, sea formal o material, este es un problema que debe resolverse no solo atendiendo a las normas internas del Estado, sino respetando los principios y disposiciones del derecho internacional. El Estado que llegare a la conclusión de que un tratado válidamente celebrado y ratificado resulta inconstitucional, deberá o bien revisar y reformar su de-

---

3. *La reforma de la Constitución*, Quito, 1988, p. 202.

recho interno o acudir a los procedimientos aceptados por el derecho internacional para desahuciar, reformar o llegar a la anulación del tratado, pero no puede unilateralmente hacerse justicia por sí mismo.

A este propósito es interesante considerar lo que dispone la Constitución francesa de 1958: “Los Tratados o Acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes bajo reserva para cada tratado o acuerdo de su aplicación por la otra parte” (art. 55). Y, aún con mayor precisión, la Constitución de Holanda reformada en 1956 dice: “Las disposiciones legales en vigor en el Reino no serán aplicables cuando dicha aplicación sea incompatible con las disposiciones obligatorias para los ciudadanos contenidas en los Acuerdos concluidos antes o después de la adopción de dichas disposiciones legales” (art. 66), y en el artículo 63, se considera la posibilidad de que un tratado derogue disposiciones “constitucionales” siempre que haya sido aprobado por los dos tercios de los miembros del Parlamento. Se trata, en fin de cuentas, de una manera de reformar la Constitución. La Constitución española de 1978 considera también esta posibilidad de tratados que reformen la Constitución, los mismos que deben ser aprobados por las Cortes.

La codificación de 1998 sigue esta línea, y establece que para la aprobación de un tratado que contiene normas contrarias a la Constitución es preciso proceder a la previa reforma de la Ley Suprema; y una vez perfeccionado el tratado tendrá fuerza obligatoria con una jerarquía superior a la que corresponde a las leyes ordinarias.

Otro asunto que debe considerarse es el de si toda norma constitucional deroga automáticamente toda norma legal inferior, de cualquier género que sea. En principio, las declaraciones de la supremacía constitucional llevan a pensar que la derogación es absoluta, total y sin reservas; pero si se medita mejor las cosas hay que distinguir algunos casos especiales en los que la regla de la derogación automática no puede funcionar. Concretamente, hay reglas constitucionales de carácter muy genérico o programático, que requieren de una nueva actividad legislativa que las especifique para llegar a tener pleno vigor; por ejemplo, el principio de la igualdad de los cónyuges, establecido por la Carta de 1967, requirió de la Ley 256 CLP de 4 de junio de 1970 para reformar disposiciones específicas del Código Civil, que no se coordinaban con el precepto constitucional, pero que podían reformarse de diversas maneras posibles, entre las cuales era necesario escoger una, como efectivamente lo hizo aquella ley 256. Casos parecidos se plantearán ahora con la nueva Constitución, por ejemplo en lo relativo a los efectos civiles a las uniones maritales de facto. En realidad, sucede que en

estas circunstancias no se trata de una radical oposición entre un precepto legal y la ley fundamental, sino del planteamiento de nuevos principios que suponen una revisión y acomodación racional de la legislación secundaria, por tanto, ésta no queda automáticamente modificada, sino que debe ser reformada, cuanto antes, por los caminos legales. Se podría hablar en estos casos de una obligación de legislar, y de una violación de la Constitución por omisión, si el legislador no provee adecuadamente la reforma de leyes secundarias para ponerlas en perfecta armonía con la ley fundamental. Sin embargo, los jueces y tribunales no pueden negar la administración de justicia y han de aplicar las normas en la forma que consideren más ajustada al respeto debido a la Ley Suprema, negándose a obedecer cuanto se oponga a la Constitución.

No hay mayor dificultad teórica en la aplicación del principio de la superioridad jerárquica de la Constitución respecto de las demás leyes del país, pero si se han hecho reparos sobre la relación de la Ley Suprema con los tratados internacionales. Efectivamente, el ejercicio de la soberanía del Estado parece exigir que siempre prevalezca la Constitución, incluso sobre los convenios o tratados internacionales. No admitían muchos autores que de ninguna manera pudiera imponerse una norma no emanada del parlamento, una regla ajena al sistema jurídico interno.

Pero, bien mirado el problema, los tratados implican el mismo ejercicio de la soberanía que las leyes internas. La soberanía consiste en el poder de decidir en última instancia, y nos hallamos ante dos vertientes de aquel poder soberano: la ley ordena las relaciones internas y el tratado se refiere a las relaciones internacionales.

Cuando el legislador aprueba una Ley y ésta es sancionada y promulgada por el Jefe del Estado, dicha norma obliga a los ciudadanos lo mismo que a las autoridades, es vinculante para todos los estamentos del orden interno. Y cuando el Jefe de Estado, dentro del ámbito de sus funciones, suscribe un tratado y muchas veces con la ratificación de la Función Legislativa, entra en vigencia también en el orden interno, al igual que la ley, obliga al sector público y al privado, a todos, pues es el mismo Estado el que se ha comprometido en el orden internacional y no puede el orden interno estar en contradicción con ese acto de soberanía.

Además, hay que considerar el principio “*pacta sunt servanta*”, que se halla en la base misma de las relaciones civilizadas entre los pueblos y sin el cual no sería posible ningún orden jurídico que trascendiera las fronteras nacionales. Al obligarse un Estado por cualquier convenio con otro u otros,

o con toda la comunidad internacional, queda ciertamente vinculado por los compromisos adquiridos, limita de alguna manera su soberanía, pero lo ha hecho precisamente en ejercicio de la misma soberanía; porque puede decidir en última instancia, tanto en el orden interno como en el externo, que el Estado ha contraído las obligaciones que ha juzgado convenientes y debe necesariamente cumplirlas.

Sería absurdo escudarse en disposiciones de leyes nacionales, para incumplir las obligaciones internacionales; el Estado debe proceder, en el uso de su poder soberano, de modo sensato, armonizando las obligaciones que contrae en el orden externo con las posibilidades legales que le da el orden interno.

Si se produce el hecho anómalo e indeseable de un conflicto entre las normas constitucionales y las provenientes de convenciones internacionales, el Estado debe cuanto antes remediar tal desequilibrio, reformando sus leyes y recurriendo a los medios normales de reforma o desahucio de los tratados si no hubiere otro expediente jurídico adecuado.

La interpretación de las leyes y de las normas internacionales de origen convencional se ha de orientar por esos mismos principios: no cabe contradicción entre unas y otras, sino que se ha de buscar el sentido que armonice las disposiciones aún en los casos en que parezcan contradictorias. La correcta interpretación será la que salva la unidad del sistema jurídico.

Sabidamente ha dispuesto la actual codificación de nuestro derecho constitucional que no se puede dejar de aplicar una norma de superior jerarquía por la carencia de disposiciones reglamentarias u otras de inferior grado. Han quedado muchas veces sin eficacia práctica real numerosas disposiciones contractuales de orden internacional, por aducir algunos funcionarios la carencia de leyes o reglamentos internos que las aplicarán; ese falso razonamiento queda proscrito por la actual Carta y ningún funcionario o ciudadano puede escudarse en deficiencias de la legislación interna para dejar de cumplir los compromisos internacionales. Esto tiene enorme importancia, por ejemplo, con relación a los convenios promovidos por la Organización Internacional del Trabajo, y a los cuales se ha adherido el Ecuador.

Igualmente, los grandes principios de libertad, de igualdad, de condena de las discriminaciones, que se contienen en varios instrumentos mundiales o americanos, deben guiar la interpretación racional y progresista de nuestra legislación interna, sin consentir jamás un retroceso en el avance hacia la plena aplicación de los ideales éticos.

En una palabra, la armónica relación entre el orden interno y el externo



se presenta como cuestión de primera importancia para el perfeccionamiento del Derecho y para la garantía de una vida social civilizada. Esto alcanza la máxima trascendencia cuando se trata de los derechos humanos, especialmente resguardados por el art. 18 de la Constitución, que establece que los tratados internacionales que los protejan serán “directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”, de suerte que la unidad del sistema jurídico impide que, bajo pretexto de falta de leyes o reglamentos, queden sin aplicación estos grandes principios que protegen la vida, la dignidad y la integridad de la persona. Finalmente merece recordarse que también reconoce el texto de la Suprema Ley, en el artículo 19, los derechos que “derivan de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su desenvolvimiento moral y material”, con lo cual se da una pauta muy segura para la recta interpretación tanto de la Constitución como de los tratados internacionales.



Santiago Andrade Ubidia, *LOS TÍTULOS VALOR EN EL DERECHO ECUATORIANO*, Quito, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2002, 509 pp.

La obra contiene un tratamiento completo y exhaustivo de los títulos valor en el derecho ecuatoriano. A este propósito el autor alude a la legislación de otros países, particularmente de Alemania, España, Italia, Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Perú y Venezuela. También hace referencia al derecho norteamericano. Utiliza una amplia bibliografía de autores nacionales, latinoamericanos y europeos de reconocida autoridad que son citados con precisión al pie de página

y cuya nómina consta al final del libro. Refiere la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia ya aquella expedida anteriormente como tribunal de tercera instancia, ya la emitida en casación. Al propósito se vale de las compilaciones que han elaborado autores ecuatorianos entre los que cabe mencionar al doctor Juan Larrea Holguín. En ocasiones alude a la jurisprudencia foránea. En total 767 citas.

Se la debe considerar la culminación en el entorno nacional de otras de carácter monográfico que le han precedido, entre las que cabe señalar *El cheque* de Patricio Borja Maldonado (1966); *El pagaré a la orden* de Ángel Cantos Mendoza (1988); *Instituciones de derecho mercantil ecuatoriano* de Miguel Macías Hurtado (1988); *La letra de cambio, el pagaré a la orden y el cheque en la realidad procesal ecuatoriana* de Héctor F. Orbe (1989); *Manual elemental de derecho mercantil ecuatoriano* de José Alvear Icaza; *Requisitos de la letra de cambio* de Eduardo Carmigniani Valencia (1999).

El libro es de carácter monográfico. Afronta un segmento del derecho mercantil de gran importancia y actualidad, el cual sufre los desafíos de los documentos electrónicos y de la *desmaterialización*. La autonomía de este saber o su ubicación en el derecho civil, en el procesal o en el mercantil es una de las cuestiones de importancia que se aborda en la obra. Esta índole monográfica contrasta con su extensión más propia de un curso. Bien podría habérsela denominado *Curso sobre los títulos valor en el derecho ecuatoriano*. Una u otra caracterización no inciden en la importancia del trabajo que es amplio, riguroso, sistemático, revelador de los conocimientos teóricos y prácticos que ostenta el autor. Contrastan sus bue-

nas hechuras con los libros jurídicos, que, salvo contadas excepciones, sin mayor tiento, en los tiempos que corren, ponen a circular desaprensivos autores que antes que contribuir a los estudios jurídicos procuran notoriedad barata. Saludamos, pues, este aporte al conocimiento de los títulos valor, que a no dudarlo se proyectará dentro y fuera del país.

La obra consta de seis capítulos que corresponden a seis temas debidamente diferenciados. El primero concierne a las generalidades, el segundo al derecho cambiario, el tercero a la letra de cambio, el cuarto al pagaré a la orden, el quinto al cheque y el sexto a la factura cambiaria. Los dos primeros capítulos son de tenor general, los cuatro restantes analíticos. Amén la mencionada bibliografía y las abreviaturas y finalmente anexos que contienen varias convenciones internacionales y leyes uniformes mencionados en el desarrollo de los temas estudiados, documentos que no son de fácil acceso y que reunidos ilustran los mismos. Por su interés se los enuncia: I Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas; II Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, Nota explicativa de la CENUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales; III Ley Uniforme sobre letra de cambio y al pagaré a la orden; IV Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo; V Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques; y, VI Ley Uniforme de Ginebra sobre el cheque.

El capítulo primero toca aspectos introductorios y acota el campo de conocimiento que es objeto de estudio. Es el espacio dedicado a las varias denominaciones, cuestión de importancia que incide en la naturaleza de los títulos valor y que lleva de la mano al tema de las definiciones dentro del cual se delimita el alcance del trabajo. El autor subraya la posición de Garrigues y anota la necesidad de revisar las notas típicas y de aludir a la evolución histórica. De este modo introduce un sentido dinámico en la visión de los títulos valor. En consonancia con tal temperamento pasa revista a lo que denomina el desafío de la desmaterialización que hoy está en boga y que aún suscita inquietudes que deberán despejarse paulatinamente cuando se consoliden los estudios e investigaciones sobre el comercio electrónico, el documento electrónico y la firma digital.

En el mismo capítulo el autor propone una cuestión trascendente para la consolidación de este ramo jurídico al interrogar si es posible formular una teoría general de los títulos valor. Sobre el tópico da razón de las diferentes posiciones y adhiere a la de Gómez Leo de que, al no existir una

normatividad comprensiva de todos y cada uno de los títulos valor, es necesario diseñar una teoría supletoria e integradora. Tal aserto le sirve de guía a lo largo de la obra en cuya composición sobresale el empeño en unificar los tratamientos y soluciones de los puntos en donde suele aparecer la falta de acuerdo. Estimo que este es un aporte de importancia y un mérito del estudio.

Coadyuvan a la mejor comprensión y delimitación del análisis de los títulos valor el tratamiento de sus elementos constitutivos y el contraste con otros títulos que son de simple legitimación o que constituyen contraseñas de legitimación. Igual efecto producen los subtemas inherentes a la evolución jurídica, a la clasificación, a la circulación, al ejercicio de los derechos y a la extinción de los títulos valor. Merece mención especial el tema de las excepciones que se puede oponer y su carácter personal o real, de acuerdo, salvo fraude o mala fe, al hecho de la circulación. Así mismo es de subrayar que junto a la explicación doctrinaria va la legislación ecuatoriana, su evolución y la jurisprudencia, característica que es común a todos los capítulos del libro.

El capítulo segundo atañe al derecho cambiario. Se encuentra redactado bajo el supuesto de que existe tal ramo jurídico, si bien puede discutirse su pertenencia o no a otro ramo como el mercantil o su autonomía. El problema surge cuando para referirse al derecho cambiario consustancial aparece la necesidad de concretizarlo y de examinar los principales tipos, singularmente la letra de cambio, el pagaré a la orden y el cheque. De todos modos las notas de abstracción, formalidad y competitividad conforman al intento un *corpus* de importancia. La evolución de los diferentes títulos valor se encuentra debidamente trazada. Los sistemas francés y alemán se delinean con gran propiedad y se da por añadidura razón del sistema anglosajón poco referido en nuestra literatura y cuyo conocimiento es de gran utilidad. Es muy significativo el ítem 16.6 atinente a la evolución del derecho cambiario ecuatoriano. Valiéndose del valioso aporte de Basadre, Macías Hurtado, Estupiñán Viteri y Borja y Borja, este último autor del informe que sirvió de base para la codificación del Código de Comercio efectuada en 1960, el autor de la obra nos introduce magníficamente en un capítulo de la historia del derecho patrio tan poco cultivada en nuestro medio. Finalmente, dentro de este capítulo se teoriza sobre los enfoques cambiarios que dimanen de las legislaciones antes mencionadas. Los caracteres de los títulos cambiarios que constan al concluir el capítulo empatan con lo que viene luego, el estudio particular de cada uno de los principales títulos valor.

Los capítulos siguientes, según queda anotado, están dedicados al estudio riguroso y completo de cada uno de los títulos valor. El mayor espacio se concede a la letra de cambio respecto de la cual en forma exhaustiva se afronta todos los temas que suelen surgir. Tiene peculiar importancia la alusión al sistema norteamericano. El espacio concedido al pagaré a la orden es notoriamente menor tanto más que varias de las regulaciones de la letra de cambio le son aplicables. Destaca la clara distinción que se hace entre ambos instrumentos. El cheque que ha sufrido un *capitis diminutio* en la legislación ecuatoriana al haberse limitado su circulación, se analiza con iguales rigurosidad y amplitud. Tiene particular interés la mención de las modalidades no reconocidas en nuestra legislación algunas de las cuales tienen algún grado de vigencia en el país por lo cual cabría analizar la conveniencia de integrarlas al sistema jurídico. El último capítulo está dedicado al estudio de la factura cambiaria, título valor que no se encuentra incluido en nuestra legislación. La función económica de este instrumento así como su naturaleza jurídica invitan a considerar seriamente la posibilidad de integrarlo a la normativa del país. En los ámbitos económico y jurídico, inclusive en el orden bancario, con frecuencia se ha aludido a la factura cambiaria. Parece ha llegado la hora de adoptar una decisión al respecto y el estudio que se comenta sirve de apoyo al propósito.

Como colofón cabe afirmar que el libro referido es una obra de mérito en sí y para sí. Lo primero porque con independencia de cualquier consideración se trata de un trabajo acabado, realizado con ahínco y perseverancia, con conocimiento y claridad, con solidez y profundidad, condiciones que sirven de ejemplo para esfuerzos similares en el campo de las ciencias sociales. Lo segundo porque es una contribución de valor y trascendencia a la ciencia jurídica.

*José Vicente Troya Jaramillo*

Víctor Uckmar /  
 Apéndice de José Oswaldo Casás, *PRINCIPIOS COMUNES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO*, Bogotá, Temis, 2002, 213 pp.

Suele pensarse que algunos temas referentes a las ciencias jurídicas en un momento determinado pueden estar descontextualizados, ya que el desarrollo de las distintas sociedades hace que las nuevas realidades se impongan sobre concepciones supuestamente arcaicas para los hechos que vivimos en la actualidad. Sin embargo de lo dicho, también es importante mencionar que a muchos de los principios generales del derecho parece que el tiempo no les ha-

ce mella alguna, toda vez que los mismos se mantienen de forma incólume, siendo la base de muchos de nuestros ordenamientos constitucionales y legislativos. Un ejemplo claro de esta última posición, es el relativo a los principios básicos del derecho tributario (fiscal o impositivo para efectos de este resumen), que han sido recogidos desde antaño por las constituciones de los distintos países del mundo.

Entre los estudios de los principios del derecho fiscal, sin duda alguna aparecen con notable fuerza los presentados por Víctor Uckmar, profesor emérito de la Universidad de Génova y uno de los principales exponentes contemporáneos del derecho tributario. La obra que tenemos el privilegio de comentar tuvo su primera edición en el año de 1959 en italiano, para luego de cuarenta años, esto es en 1999, conocer las actualizaciones de la misma en una segunda edición. Este libro ha sido traducido al portugués, con dos ediciones, y recién en el año 2002 se efectúa su traducción al idioma castellano en esta edición de la editorial colombiana Temis, con el aditamento y aporte significativo del profesor argentino José Oswaldo Casás, sobre la aplicación de los principios constitucionales del derecho tributario en su país, siguiendo la temática esbozada por el Prof. Uckmar, pero manteniendo siempre la independencia de sus opiniones en torno a los temas planteados.

Se podría pensar en un primer momento que este estudio realizado en 1959 no tiene un asidero o aporte importantes para nuestros días; sin embargo, las investigaciones realizadas tienen total vigencia para el presente, ya que inclusive el autor realiza un análisis del derecho comparado, sin soslayar el derecho latinoamericano, demostrando cómo nuestros sistemas

recogen las concepciones jurídico tributarias, inicialmente desarrolladas, aunque primitivamente en Europa, desde el siglo XI en adelante.

El más notable aporte realizado por el Prof. Uckmar es que no se conforma con explicar de forma teórica y sosa los principales conceptos de los principios constitucionales del derecho impositivo, sino que, por el contrario, presenta al lector una amplia cosmovisión del desarrollo de dichos principios, estableciendo la simiente y los cimientos de los mismos, a fin de entender de mejor manera la verdadera esencia jurídica de estos institutos.

Como se indicó, el libro tiene dos partes diferenciadas, por un lado las investigaciones del Prof. Uckmar, y una segunda parte, denominada apéndice, escrita y aportada por José O. Casás sobre el derecho argentino, quien sigue los temas generales establecidos por el autor italiano. Se difunden tres principios del derecho tributario: principio de legalidad, principio de igualdad y principio de la competencia. A continuación, y dada la naturaleza de este resumen, se efectuarán algunos comentarios, rápidos y sucintos, sobre los temas específicos tratados por los autores.

El autor italiano ratifica, a manera de introducción, la autonomía científica del derecho tributario tan debatida y por fin aceptada a mediados del siglo pasado. Como consecuencia de la independencia del derecho fiscal, las constituciones de distintos países, tanto de Europa como de América (donde se incluye a los Estados Unidos de Norteamérica), han incorporado en sus redacciones a los grandes principios del derecho tributario sin excepción, aunque dándoles matices propios de cada realidad, sin que esto signifique la alteración conceptual de los mismos. De forma inmediata se pasan a resumir estos principios.

**Principio de legalidad.** El autor afirma que “la primera exteriorización del principio de que ninguna prestación pecuniaria puede ser impuesta si no es deliberada por los órganos legislativos se la encuentra en la Carta Magna”, que no es sino la Constitución inglesa dictada por Juan Sin Tierra en junio del año 1215. Inclusive, se retrotrae a la segunda parte del año 1000 para explicar ciertos inicios incipientes de la institucionalización de este principio tributario, también en Inglaterra.

Posteriormente el autor va analizando cómo este principio se afianza en la misma Inglaterra con la proclama contenida en los denominados *Petition of Rights* y, posteriormente, el *Bill of Rights* en 1689, donde se ratificó el postulado de que “no podía crearse ninguna imposición sin el consentimiento previo del Parlamento”. Hace un análisis pormenorizado de la



evolución del principio en el derecho italiano, francés y norteamericano, enfatizando en los procesos revolucionarios de liberación de estos dos últimos países en el siglo XVIII, en cuyas primeras constituciones se encuentra consagrado el principio de legalidad fiscal.

Una vez explicado estos antecedentes importantes, el Prof. Uckmar define lo que significa el principio de legalidad, el mismo que debe partir de la división de poderes de un Estado, en el cual, en materia tributaria, necesariamente cualquier exacción del patrimonio de los ciudadanos debe estar autorizada y neutralizada por el parlamento, ya que éste es la representación de la gente dentro de la balanza del poder. Solo con esta aceptación un tributo puede tener vida jurídica plena.

Expone también el autor temas tan importantes sobre el procedimiento especial para la aprobación de las leyes tributarias, así como el siempre polémico tema de la retroactividad. En el primero dilucida cómo se introduce la iniciativa de presentar y aprobar las leyes impositivas en países como Inglaterra, Irlanda y Nueva Zelanda, así como en estados federales. Al respecto, vale la pena recordar que en el Ecuador, la iniciativa para la presentación de proyectos de ley que creen, modifiquen o extingan tributos, se encuentra constitucionalmente asignada al Presidente de la República, sin que el Congreso Nacional tenga esta facultad, aunque una vez presentada la propuesta es indispensable su aprobación.

En cuanto al tema de la retroactividad, efectúa una ilustración, también basada en la historia y en el derecho comparado, para fundamentar que todo tributo legalmente establecido rige para el futuro, aunque presenta algún ejemplo como el establecido en la Constitución rusa, donde se establece que “las leyes que agravan la situación del contribuyente no tienen eficacia retroactiva”, lo que significaría que, en el caso contrario, cuando son favorables al contribuyente, sí podrían ser retroactivas. Situación controvertida, que también existe en la Constitución del Ecuador.

Dentro de este punto, dos temas finales son tratados por el autor: el primero, la destinación del recaudo de los tributos con fines extrafiscales, y si esto puede afectar al principio de legalidad, tomando en cuenta que en un primer momento las leyes fiscales deberían “tener como finalidad exclusiva procurar ingresos al Estado”, sin embargo, explica que pronunciamientos de cortes supremas de justicia de Argentina y los Estados Unidos de Norteamérica han ratificado el cumplimiento del principio de legalidad, con la presencia de normas que tienen como finalidad cumplir fines extrafiscales. El segundo tema es el referente a la certeza que debe tener el le-

gislador al momento de crear las normas tributarias, porque esto ataca la arbitrariedad y contribuye a que se cumpla en todas sus partes con el principio de legalidad.

De su parte José O. Casás, al tratar sobre el tema, haciendo referencia al derecho argentino, recuerda en un primer momento que este principio en nuestras realidades jurídicas es denominado de *Reserva de Ley*, pero que en definitiva tiene las mismas características que el principio de legalidad tributaria. Este autor en su estudio hace una serie de aportes referentes a su entorno. Así, partiendo de antecedentes históricos, aporta sobre temas interesantes, por ejemplo, la flexibilización del principio de legalidad, con la presencia de los reglamentos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados, y se pregunta hasta qué punto la figura de estos instrumentos legislativos atenta contra la reserva de ley. Analiza el contexto argentino y la forma de aprobación de las leyes impositivas; y dedica finalmente un tópico a la seguridad jurídica.

**Principio de igualdad.** Al explicar este principio el autor italiano manifiesta que tiene dos connotaciones: una jurídica y otra económica. La primera tiene que ser entendida como la “paridad de posiciones, excluyendo los privilegios de clase, de raza y de religión” a fin de que los ciudadanos se encuentren en iguales posibilidades ante un mismo sistema jurídico; y, mientras que la segunda debe ser comprendida como la “obligación de contribuir a la cargas públicas en igual medida, entendido en términos de sacrificio y...en relación con la capacidad contributiva de cada uno”.

Un punto de singular importancia tratado es el referente a la presencia de beneficios fiscales y su incidencia en el cumplimiento del principio de igualdad. Explica la presencia de beneficios, en primer lugar, cuando por razones políticas se determinan normas que tienen como objetivo evitar una escondida finalidad política contra ciertos grupos sociales, como por ejemplo, grupos religiosos o culturales, en donde sí se estaría cumpliendo con el principio toda vez que dichos grupos no tienen una finalidad de lucro en la sociedad. Especialmente las exenciones en favor de las religiones en general, se encuentran establecidas en muchas constituciones de algunos países: Brasil (1946 y 1988), Italia (1929, Concordato de Letrán), así como en México, Argentina y Chile, entre otras.

Siguiendo el tema, se acentúa el criterio sobre el cumplimiento de este principio, cuando los beneficios fiscales apuntan a favorecer a ciertos grupos, los cuales no tienen una capacidad contributiva cierta, frente a sus potenciales iguales en un momento determinado, como por ejemplo, en el

caso de inundaciones, conmociones nacionales, y similares. Sin embargo de lo dicho, el problema sobre la legalidad de las exenciones podría exteriorizarse cuando se presentan sin que exista el inconveniente de la capacidad contributiva, sino que su finalidad sea económica, dirigida hacia algún sector económico con fines extrafiscales. ¿Hasta qué punto este tipo de beneficios cumplirá con el principio de igualdad tributaria?

Antes de analizar brevemente este punto, el profesor genovés nos introduce en la conceptualización de la *capacidad contributiva*, indicando que “significa la fuerza económica de los sujetos o de los hechos previstos en el hecho imponible. Pero, puede significar la aptitud de estos sujetos para poder ser alcanzados por el impuesto...”. Por tanto, la capacidad contributiva, establecida en el hecho imponible, mide la posibilidad cierta de pago de la imposición establecida. Este es el punto más importante para determinar el cumplimiento del principio de igualdad en una norma que establece un impuesto.

Dentro de esta cuestión, recalca que existe cierto tipo de beneficios fiscales que se convierten en una violación del principio, al establecer provechos a ciertas actividades que por razones de manejo legislativo han conseguido una prebenda económica en un momento determinado, lo que viola los principios constitucionales de igualdad y generalidad de la tributación.

Otro tema de singular importancia es el relativo a la progresividad y su definición fiscal. Este es uno de aquellos tópicos que se encuentran presentes indeleblemente en nuestras constituciones, pero que cuya conceptualización es difícil de limitar. En todo caso, se refiere a la conveniencia de contar con tablas progresivas o proporcionales, según el tributo que se trate, porque lo que se busca en definitiva es que se cuide la capacidad contributiva del ciudadano a ser gravado.

Finalmente, topa el estudiado tema de las limitaciones de la recaudación, indicando si una alícuota de impuesto en un momento puede convertirse en confiscatoria. Este problema es de honda envergadura porque establecer hasta cuánto un tributo es confiscatorio o no depende de un estudio muy avanzado de la capacidad de pago de los contribuyentes y, por ende, del análisis de la violación del principio de igualdad y generalidad.

José O. Casás, en torno a la legislación de su país, analiza el tema tomando como punto de partida la base teórica del principio: *la igualdad como valor, principio y derecho*, haciendo una referencia importante sobre lo que significa la igualdad y la generalidad. Dentro de este último punto es-

tudia las connotaciones jurídica y social sobre lo que significa la igualdad ante la Ley y los distintos casos en que ésta puede ser violada. Al concluir aborda también la tesis de los beneficios fiscales en su país, manteniendo los criterios esbozados por el Prof. Uckmar.

**Principio de competencia.** El último de los principios analizados es el referente a la competencia legislativa que tienen tanto los entes nacionales como los locales para la creación, modificación y extinción de tributos. Al respecto, se hace una diferenciación entre estados federales y estados unitarios.

Como en el caso de los principios anteriores, se efectúa una relación histórica del desarrollo del Estado y su influencia en la determinación de las cargas fiscales. Lo más importante sobre el tema, y en lo cual los autores coinciden, es que serán las constituciones de los distintos países las que establezcan un punto de diferenciación sobre la competencia legislativa en la creación de impuestos. Así, tanto en los estados federativos como en los que no lo son, ciertos impuestos serán determinados por el Estado como tal, mientras que otros lo serán por los territorios o poderes locales, según sea el caso, pero siempre autorizados por una norma constitucional, que recoge el principio en cuestión.

Como corolario de todo lo dicho, el Prof. Uckmar concluye que sin lugar a dudas existe un conjunto de principios constitucionales comunes indiscutibles, por lo que se puede afirmar que: “1. los impuestos pueden ser aplicados solamente con base en una ley...; 2. todos los contribuyentes deben ser puestos, frente a las cargas fiscales, en un plano de igualdad, entendido como generalidad y uniformidad en la imposición, abolición de privilegios,...y distribución de los impuestos sobre la base de la capacidad contributiva;...; y 3. ...la potestad tributaria, debe ejercerla dentro de los límites establecidos en la Constitución...”.

*Pablo Egas Reyes*

Marcelo Carlos Quaglia,  
**GRUPOS DE EMPRESAS,  
 DEFENSA DE LA COMPE-  
 TENCIA Y DERECHOS DEL  
 CONSUMIDOR**, Buenos  
 Aires, Fondo Editorial  
 de Derecho y Economía,  
 FEDYE, 2002, 238 pp.

La obra muestra la naturaleza cambiante del derecho frente a los desafíos de las nuevas realidades y necesidades mercantiles y sociales, por lo que constituye un aporte importante y guía para la comprensión de la regulación de la competencia económica en Latinoamérica, poniendo como base los límites que se imponen a la autonomía de la voluntad dentro del ámbito de las alianzas estratégicas de empresas, al momento de la creación de la mismas, y la prevención correctiva del Estado a través de su aparato legislativo claramente delimitado en Argentina, en el que encontramos la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, la Ley 22802 de Lealtad Comercial, y la Ley 25156 de Defensa de la Competencia, que no son —como claramente analiza el autor— materias y objetos de regulación encontrados, sino que, al contrario, buscan en su conjunto el desarrollo económico empresarial, manteniendo reglas claras para todos, auspiciando la eficiencia y el progreso empresarial general, junto con la defensa de los consumidores.

Por lo anotado, consideramos que la obra que reseñamos es oportuna, motivo de análisis y preocupación actual ya por la importancia en el desarrollo económico que puede implicar, como por la novedad del tema, afirmación que queda demostrada con el claro ejemplo de la evolución de este nuevo derecho en Argentina, en donde el desarrollo jurídico, a pesar de sus imperfecciones, se conecta con la realidad y necesidad actual, en razón de que la concentración empresarial es un fenómeno precisamente contemporáneo y real que debido a su amplitud necesita la preocupación del mundo jurídico.

El autor utiliza con criterio y precisión una amplísima bibliografía dentro de la que encontramos doctrina (74 libros, 125 artículos de revistas y publicaciones, 31 ponencias y conclusiones de congresos), jurisprudencia (19 referencias a jurisprudencia y resoluciones nacionales argentinas), normativa (4 códigos, 13 leyes, 3 decretos), y una resolución de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor del Ministerio de Economía, listado que es detallado al final del texto.

La obra contiene un tratamiento de tres temas íntimamente relaciona-

dos y desarrollados en capítulos claramente diferenciados: *la autonomía de la voluntad*, abordada de manera más bien genérica, tema base para el desarrollo del trabajo y principio en el que se sustentan los protagonistas de la concentración empresarial; el estudio se adentra posteriormente en las *alianzas estratégicas de empresas*, y, finalmente, el autor se centra en el *análisis de la legislación argentina* sobre grupos de empresas, defensa del consumidor y de la competencia.

En el primer capítulo encontramos definiciones introductorias, la naturaleza de la autonomía de la voluntad, aludiendo brevemente a la evolución histórica del principio y a la necesidad de enmarcarla en el ámbito económico y social actual, de tal forma que si bien la autonomía de la voluntad deba reinar en la ámbito de las alianzas estratégicas de empresas, también sea regulada e incluso limitada en cuanto afecte o no al orden público. Reafirma el autor la importancia del contrato como principal fuente de las obligaciones.

En el capítulo segundo se introduce una breve noción de empresa, su naturaleza jurídica y el resultado de su evolución como es la concentración empresaria y sus formas básicas desde las ópticas jurídica y económica, lo que nos conduce a concluir lo necesario y positivo de la tipificación de las figuras que no buscan solamente seguridad jurídica, sino además divulgación, control social y certidumbre, como afirma Diez Picazo, citado por Quaglia: "...la reglamentación contractual deja de ser propiedad de grupos al generalizarse el contenido por medio de la ley; asimismo la sola circunstancia de figurar en la ley difunde la figura y estimula el interés de los juristas en su estudio".

En el tercer capítulo, y como una primera parte del desarrollo de la trigología comercial argentina, se desarrollan los objetivos y bienes jurídicos de la *Ley de lealtad comercial* y de la *Ley de defensa del consumidor*. Luego de definir la competencia leal y desleal, se analizan las conductas específicas desde la óptica de las alianzas estratégicas de empresas, con el fin de establecer cómo la legislación antimonopolio busca reafirmar la competencia evitando que se desarrolle ilícitamente, tipificando y mostrando los múltiples y variados medios y prácticas desleales, detallando con criterio el contenido de la Ley 22802 de Lealtad Comercial Argentina. El autor en este capítulo también hace expresa mención al tratamiento de la lealtad comercial en el MERCOSUR.

Finalmente, en este mismo capítulo aborda la defensa del consumidor, su necesidad, nacimiento y evolución por etapas, enunciando en términos

generales el contenido de la ley, para detenerse en importantes puntos para su comprensión, como son: ámbito de aplicación a través del análisis del concepto jurídico de consumidor, y luego el efecto de la norma sobre las alianzas empresariales como las pautas publicitarias y las alianzas estratégicas de empresas; la responsabilidad por la garantía legal y solidaria a productores, importadores, distribuidores y vendedores; entrecruzamiento de información entre las empresas conjuntas; entre otros.

En el capítulo cuarto el lector encontrará interesantes antecedentes históricos que actúan como fuentes inspiradoras de la ley de defensa de la competencia de Argentina; hablamos de la regulación del derecho antimonopolio americano (especialmente estadounidense) y del europeo, con sus respectivas diferencias; el primero, en un ámbito de expansión hacia la constitución de empresas multinacionales (sociedad con sedes en diversos países del mundo), y el segundo, dentro de la integración supranacional, claros ejemplos que demuestran que la aceptación de la libertad de mercado no es óbice de controles estatales que aseguren esa libertad. Encontramos también una breve alusión a las legislaciones brasileña, mexicana, canadiense y sudafricana, de las que se analiza el enfoque de los procedimientos de control de fusiones previo, preventivo o posterior, análisis que como bien anota el autor nos permitirá determinar cómo será la política legislativa en cada país, esto es, si este mecanismo será preventivo, posterior o si se utilizarán ambos métodos de control, así como los órganos a cargo del mismo, sus facultades y potestades; así, de la mixtura de opciones surgirá el modelo que más convenga o se acople a las diferentes realidades y necesidades de cada país.

El estudio de estos antecedentes históricos y del tratamiento actual de esta materia es necesario para facilitar la comprensión conceptual de la normativa local, donde encontraremos el mayor aporte del trabajo y que está consagrado en el último capítulo en el que se analiza con profundo detalle la Ley de Defensa de la Competencia argentina, única que dentro de la trilogía estudiada trata específicamente el punto de las alianzas estratégicas de empresas; además, entre otros aspectos, encontramos: el ámbito de aplicación de la norma, la definición de posición dominante y de concentración, las concentraciones prohibidas por la ley, los efectos de la concentración autorizada, la actividad económica reglada por el Estado, las sanciones, la autoridad de aplicación, la graduación de multas, las apelaciones.

Se analiza esta ley que contiene 57 artículos comprendidos en 10 capítulos, poniendo mayor énfasis en los tres primeros que hacen relación a las

conductas prohibidas y al alcance extraterritorial de la norma; los límites y ámbitos del concepto “posición dominante”; así como la regulación de las concentraciones y fusiones, señalando críticamente las fallas (vaguedad y flexibilidad de conceptos de la nueva ley argentina).

Las conclusiones no son menos completas y nos indican un amplio panorama del análisis realizado en toda la extensión del libro, además de recomendar ciertas reformas a normas argentinas como el Código Civil y de Comercio.

La totalidad de texto nos brinda interesantes datos para adentrarnos en las nuevas tendencias del derecho mercantil en su relación con la economía; hablamos de la importante complementariedad que brinda un ordenamiento jurídico íntegro como el analizado y que el autor con sincero compromiso estudia a profundidad y cuyas conclusiones nos llevarán, en el caso del Ecuador y de los países de la región, a comprender la importancia de un ordenamiento completo en la materia, ya que si bien la autonomía de la voluntad sigue vigente respecto a las alianzas estratégicas de empresas la necesidad de limitarla y regularla, a través de la previsión del tema en los ordenamientos, es una realidad y una necesidad jurídica actual.

Por lo señalado, consideramos que el objetivo planteado por el autor, cual es brindar respuestas o al menos ideas al jurista que se acerque a estudiar la temática abordada, en la práctica cotidiana pero sobre todo en la teoría jurídica, ha sido cumplido, salvando el justo criterio de expertos en la materia.

Para terminar, un esfuerzo como el realizado por Quaglia, podría constituirse, para el caso ecuatoriano, en un interesante ejemplo de un objeto de investigación urgente y actual, abordado de manera integral, con miras a enriquecer en el Ecuador los conocimientos sobre el tema.

*Dunia Martínez Molina*



## 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”.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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”.<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup>

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”.<sup>5</sup> 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”,<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

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.



## Colaboradores

- Andrea Amatucci**, italiano, Catedrático de Derecho Financiero en la Universidad de Nápoles.
- Santiago Andrade Ubidia**, ecuatoriano, Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito.
- Pablo Egas Reyes**, ecuatoriano, Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Especialista Superior en Tributación, y Magíster en Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Agustín Grijalva Jiménez**, ecuatoriano, Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Máster en Ciencias Políticas, Universidad de Kansas, Lawrence.
- Xavier Gómez Velasco**, ecuatoriano, Doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; Magíster en Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Juan Larrea Holguín**, ecuatoriano, Doctor en Derecho, Universidad de Roma; Doctor en Derecho, Universidad Católica del Ecuador; Doctor en Derecho Canónico (Pontificio “Angelicum” de Roma); Doctor Honoris Causa, Universidad Católica de Guayaquil.
- María Elena Jara**, ecuatoriana, Doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Especialista Superior en Tributación y Magíster en Derecho, Mención Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Dunia Martínez Molina**, ecuatoriana, Doctora en Jurisprudencia, Universidad del Azuay, Cuenca; Magíster en Derecho, Mención Derecho Económico (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- César Montaña Galarza**, ecuatoriano, Doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja; Especialista Superior en Tributación y Magíster en Derecho Económico, Mención Relaciones Económicas Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; estudios doctorales en Derecho.

**Tatiana Pérez Valencia**, ecuatoriana, Doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Especialista Superior en Tributación y Magíster en Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; estudios doctorales en Derecho.

**Carolina Roza Gutiérrez**, colombiana, Abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; Especialista en Derecho Tributario, profesora auxiliar de la cátedra de “Historia de las ideas políticas” de la misma universidad; estudiante del programa de doctorado en Derecho Tributario, Universidad de Salamanca, España.

**José Vicente Troya Jaramillo**, ecuatoriano, Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Posgrado en Finanzas Públicas y Derecho Tributario, Universidad de Roma; Máster en Derecho Internacional, Erasmus University, Rotterdam.

## Normas para colaboradores

1. *Foro: revista de derecho* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar únicamente trabajos inéditos, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y en un disquete a la siguiente dirección:  
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.  
Área de Derecho.  
Av. Toledo N22-80  
Quito - Ecuador  
Fax (593-2) 250 8156  
Teléfonos: (593-2) 255 6405, 250 8150, 222 2366  
Dirección electrónica: [dmartinez@uasb.edu.ec](mailto:dmartinez@uasb.edu.ec)
4. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:  
Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.  
La extensión máxima será de 20 páginas Inen A4, equivalentes a 55 000 caracteres aproximadamente.  
Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha.  
Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas).  
Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas. No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.  
Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera: Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad, editorial, año y número de página o páginas de donde se

tomó la referencia. Por ejemplo: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 206.

Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.

Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la revista (en *cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Ej.: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, 2003, pp. 85-121.

Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc. deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.

Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor con el propósito de notificar la recepción de los artículos así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.



**UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR**  
Ecuador

**RECTOR**

Enrique Ayala Mora

**ÁREA DE DERECHO**

José Vicente Troya Jaramillo

Toledo N22-80, apartado postal: 17-12-569 • Teléfonos: 593(2)256 0945, 222 2366  
Correo electrónico: cesarmontano@uasb.edu.ec • www.uasb.edu.ec  
Quito - Ecuador



**CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL**

Hernán Malo González (1931-1983)

*Presidente Fundador*

Ernesto Albán Gómez

*Presidente*

Luis Mora Ortega

*Director Ejecutivo*

Roca E9-59 y Tamayo, teléfonos 593(2)255 4358, 255 4658, fax 593(2)255 6340  
Casilla postal 17-12-886, • Correo electrónico: cen@accessinter.net  
Quito - Ecuador

SUSCRIPCIONES

Precio por revista:	\$ 8.00
Suscripción por dos años:	
Ecuador:	\$ 28.40
América:	\$ 53.80
Resto del mundo:	\$ 73.60

Los precios de suscripción incluyen cuatro números enviados por correo aéreo.

Dirigirse a:

**CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL**

Roca E9-59 y Tamayo, apartado postal 17-12-886, teléfono: 593(2)255 4358  
Fax: 593(2)256 6340, correo electrónico: cen@accessinter.net, Quito-Ecuador

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR,**  
Centro de Información

Toledo N22-80, apartado postal: 17-12-569, teléfono: 593(2)222 1503  
Correo electrónico: uasb@edu.ec • www.uasb.edu.ec  
Quito - Ecuador



Xavier Gómez Velasco, *Patentes de invención y derecho de la competencia económica*, Quito, Serie Magíster, vol. 27, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Abya-Yala/Corporación Editora Nacional, 2003.

Este es un novedoso trabajo que involucra el Derecho de la propiedad intelectual y el de la competencia económica. Busca concatenar dos de sus principales institutos: la patente de invención y el abuso de posición dominante.



Santiago Guerrón Ayala, *Flexibilidad laboral en el Ecuador*, Quito, Serie Magíster, vol. 31, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Abya-Yala/Corporación Editora Nacional, 2003.

El autor procura demostrar que los últimos desarrollos de la normativa jurídica internacional y nacional referida al Derecho laboral, rompen el esquema de principios, derechos y garantías que contiene la Constitución Política de la República, afectando la situación de los trabajadores.



Anacélida Burbano Játiva, *Más autonomía, más democracia*, Quito, Serie Magíster, vol. 35, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Abya-Yala/Corporación Editora Nacional, 2003.

Este trabajo indaga si las propuestas presentadas por distintos sectores de la sociedad ecuatoriana sobre autonomías regionales, provinciales, municipales o locales, en busca de un nuevo modelo de Estado, coadyuvarían a democratizar la sociedad permitiéndole su participación en la gestión y en la toma de decisiones.



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador

  
CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

