



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA
Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta

IV Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta*

IV Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial

La Empresa Moderna y el Derecho Empresarial en Latinoamérica

**San Francisco de Quito D.M. - Ecuador
17 - 20 octubre 2016**

Ecuador. Corte Nacional de Justicia
IV Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial / Corte Nacional de Justicia.
1ª ed.- Quito, Corte Nacional de Justicia, 2016.
640 p.; 17,0 x 23,8 cm.-
Coordinador: Dr. Carlos Ramírez Romero
1. IV Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial 2. Ecuador
ISBN: 978-9942-22-075-2
CDD ab.14 346 R42514j
Catalogación en la fuente: Biblioteca Corte Nacional de Justicia

Corte Nacional de Justicia

Dr. Carlos Ramírez Romero

Presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador

Comité editorial

Iván Larco Ortuño
Marcelo Vargas Mendoza
Manuel Romoleroux Riofrío

Coordinadores

Claudia Guerrero Aguirre
Santiago Aráuz Ríos

Diseño y diagramación

Javier Leiva Espinoza

Impresión

Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo
de la Corte Nacional de Justicia
Primera edición, diciembre 2016
Quito, Ecuador

Auspician:

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,
el Instituto Latinoamericano de Estudios sobre la
Empresa y los Negocios ILADEN,
la Universidad Particular de Loja UTPL,
LexAdvisor Ecuador; y,
Actuaría Consultores Compañía Limitada

Personal de apoyo

Jaqueline Espinosa Guerrero
Dina Lima Castillo
Patricia Alvear Narváez
María Elena Mafla
Andrea Vallejo Aguirre
Manuel Chamba Chamba
Jorge Escobar Pauta
Francisco Espinosa Tapia
Edison Proaño Tello
Santiago González Muñoz
Víctor Chuquitarco Chicaiza
Henry Casaliglla Sánchez
Danilo Romero Rivas
Pablo Monge Alcocer
José Malacatus Valdiviezo

Índice

Presentación

Carlos Ramírez Romero

Empresa y Derecho Comercial Moderno

El nuevo Código argentino, el derecho comercial, la empresa y los negocios 1

Raul Aníbal Etcheverry

La modernización del Derecho Mercantil en el Perú 33

Esteban Carbonell O'Brien

La interpretación de los contratos en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina 65

Gabriela Pamela Butti

Derecho empresarial y derecho sucesorio: Nuevas herramientas en el Código Civil y Comercial argentino 95

Paula Noelia Bermejo

La oferta pública de adquisición obligatoria (OPA), análisis y enfoque del caso peruano 117

Álvaro Castillo Horna

La convención sobre compraventa internacional y la modernización del derecho latinoamericano de contratos: un tema pendiente 137

Jorge Oviedo Albán

Estrategias de Internacionalización de las Empresas y los Contratos Mercantiles 167

Roberto Lara Narváez

Derecho Laboral y Empresa

Derecho laboral y empresa 191

Rodrigo Ibarra Jarrín

La responsabilidad derivada de la no afiliación al IESS 213

Richard Villagómez Cabezas

Empresa y Derecho de Corrección Económica

El Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina y el derecho del consumidor y de la empresa 231

Esther Ferrer de Fernández

Derecho de la competencia 265

Fernando Beconi Ortiz

Semejanzas y diferencias de la tutela de la libre
competencia en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú 289
Hugo Ramiro Gómez Apac

Competencia Desleal y Competencia en la Ley Orgánica
de Regulación y Control del Poder de Mercado, LORCPM 329
Patricia Alvear Peña

Bioética y empresa 361
Pablo Tinajero Delgado

La libertad económica y los límites ambientales que
impone la Constitución ecuatoriana de 2008 379
Ana María Bustos Cordero

Parámetros delimitadores de la deslealtad aportados
por los emprendimientos de la economía popular y
solidaria a la competencia desleal 405
Rina Riquetti Pulido

Derecho Tributario y Empresa

Empresa y derecho tributario 435
José Luis Terán

Empresa y Derecho de Daños

Derecho de daños <i>Leandro Vergara</i>	455
Personalidad moral y daños morales <i>Eduardo Bermúdez Coronel</i>	477

Empresa y Derecho Penal

La responsabilidad penal de las personas jurídicas <i>Merck Benavides Benalcázar</i>	501
Empresa y derecho penal económico <i>Gabriel Ponce Hernández</i>	523
Los grupos societarios en el Perú y la responsabilidad civil <i>Maryuri Suarez Tapia</i>	543
La Empresa y la Propiedad Intelectual <i>María Teresa Delgado Viteri</i>	561
Reparación integral: una mirada desde el derecho civil y el derecho penal <i>Iván Saquicela</i>	581
La Recaudación Tributaria <i>César Parra Campoverde</i>	609

Memoria de las IV Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial

Presentación

El emprendimiento implica una actitud estratégica en la que se combinan conocimientos, habilidades y destrezas con elementos técnicos, humanos y materiales a fin de participar en el mercado de bienes y servicios. La empresa, como entidad económica de producción y distribución de bienes y servicios, es una institución de gran importancia para la vida social; y, al requerir de fuerza de trabajo genera empleos que dinamizan la actividad económica.

La sociedad experimenta numerosos cambios como parte de su proceso evolutivo. En la actualidad, cuestiones como la globalización, la eliminación de barreras comerciales, la expansión de los mercados, la interdependencia de los países, la celebración de tratados, la integración mediante la formación de grupos económicos de varios países, así como la utilización de medios tecnológicos han complejizado profundamente las actividades que desempeña el ser humano. El derecho, no sólo que participa de ese proceso evolutivo, sino que experimenta un escenario de alta complejidad y debe adaptarse a las necesidades de la sociedad actual.

En la actualidad, alrededor del mundo, no sólo que las diferentes Constituciones reconocen derechos subjetivos de los ciudadanos sino que también contienen normas sobre el modelo económico del país, o le asignan un papel al Estado en el ámbito de la economía; tanto es así, que la doctrina ha acuñado la expresión «Constitución económica» para referirse a ese apartado. En nuestro país, la Constitución ecuatoriana establece que el sistema económico se integrará por las formas de «organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine». (Art. 283 inc. 2 CRE); y, desde el punto de vista de los derechos, se reconoce a toda persona, tanto el derecho a la libre contratación, como el derecho «a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental» (Art. 66.15 CRE).

Desde luego, la existencia de un modelo constitucional o el reconocimiento de los derechos no resulta suficiente; sino que, la regulación de la empresa como unidad económica-social productora de bienes y servicios es una cuestión necesaria del Estado Constitucional. Aspectos como la creación, funcionamiento, fusión o liquidación de sociedades, compañías o corporaciones determinan la necesidad de establecer ordenamientos legislativos y administrativos, pues la actividad empresarial, no puede hacerse bajo el libre albedrío de los agentes económicos.

En las actividades de la empresa encontramos diferentes instituciones de varias ramas del Derecho. Por ejemplo, las normas sobre los contratos son instituciones del Derecho Civil; las actividades de comercio están reguladas por normas de Derecho Mercantil; la normativa referente a los títulos valores, las operaciones en bolsa de valores o las operaciones del mercado financiero están determinadas por normas del Derecho Bursátil; la relación entre empresarios y trabajadores, así

como la regulación de nuevas formas de relación laboral están determinadas por normas del Derecho Social; el accionar de las instituciones que integran el poder público: otorgamiento de licencias, autorizaciones, constitución de compañías, asociaciones, corporaciones, así como el ejercicio de la función de control sobre los agentes económicos, el establecimiento de responsabilidades y sanciones se hace conforme las normas del Derecho Administrativo; las obligaciones tributarias de los agentes económicos se encuentran reguladas por el Derecho Tributario; el uso de las tecnologías de la información y comunicación están determinadas por normas del Derecho Informático; e incluso, en las actividades económicas existen algunas situaciones reguladas por el Derecho Penal.

En tal perspectiva, el *derecho empresarial* se usa, en realidad, como una categoría pluridimensional donde confluyen muchos aspectos de diferentes disciplinas jurídicas en relación con un sujeto concreto: los derechos y obligaciones del empresario. Pero, una actividad compleja como la empresarial, no sólo involucra la creación, funcionamiento, desarrollo y relaciones de agentes privados, sino una interacción entre diferentes instituciones públicas y privadas, así como la existencia de un marco jurídico dentro del cual deben desenvolverse los actores de la actividad empresarial.

En ese contexto, al concluir las III Jornadas Latinoamericanas de Derecho Comercial, llevadas a efecto los días 28, 29 y 30 de octubre del año 2015 en Río de Janeiro-Brasil, se acordó que las IV Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial se desarrollen en la República del Ecuador, habiéndose designado como sede del evento a la Corte Nacional de Justicia.

Las ponencias recibidas contienen los aportes y pensamiento de distinguidos académicos, investigadores, docentes, abogados y magistrados. De ahí que, la obra que ponemos a consideración del lector, en las memorias de las IV Jornadas

Internacionales de Derecho Empresarial, contiene estudios de diversos temas cuyo eje central es “La empresa moderna y el derecho empresarial en Latinoamérica”; es decir, constituyen reflexiones sobre la función del Derecho en el desarrollo de las actividades comerciales y empresariales.

Debo agradecer a quienes con un esfuerzo dedicado han dado su generoso aporte para el desarrollo del evento organizado por la Corte Nacional de Justicia y la Red de Docentes del Instituto Latinoamericano de Estudios sobre la Empresa y los Negocios (ILADEN). A los ponentes que han compartido sus reflexiones con el auditorio, y más ampliamente, mediante esmerados trabajos investigativos, que ponemos a su consideración; así como a quienes auspiciaron el evento: el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Universidad Técnica Particular de Loja; las firmas Lexadvisor Consultores y Abogados Asociados y Actuaría Consultores Compañía Limitada. Finalmente, a quienes en calidad de asistentes participaron en cada una de las actividades de estas IV Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial. Aspiramos que estas actividades nos hayan permitido fortalecer el debate, así como el intercambio de opiniones y experiencias.

Dr. Carlos Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia
de la República del Ecuador

El nuevo Código argentino, el derecho comercial, la empresa y los negocios

Raúl Aníbal Etcheverry*

Sumario:

1. El comerciante; 2. Un principio clave del derecho: la buena fe; 3. El orden legal, las personas y el lenguaje jurídico; 4. La empresa; 5. La empresa como organización o como "actividad del empresario"; 6. Elementos de la empresa; 7. ¿Cómo es la empresa y el derecho comercial hoy, en la Argentina?

* Profesor Emérito con dedicación semieclusiva de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Diploma de Estudios Avanzados y Diploma de Doctor, calificado como sobresaliente cum laude en la Universidad Castilla La Mancha, España. Miembro fundador de la International Academy of Consumer and Commercial Law y miembro de la Academia Interamericana de Derecho (FIA) y de las Academias de Derecho de Perú y Bolivia. Director de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Maestría en Derecho Empresario en la Universidad Nacional del Nordeste. Arbitro internacional del CIADI, CCI y CEMA. Es autor de más de veinte libros y de más de cuatrocientos trabajos publicados en revistas jurídicas del país o del extranjero. Investigador categoría 1 de la Universidad de Buenos Aires.

1.- Este será un enfoque muy particular sobre el nuevo sistema argentino, que representa un análisis de las normas actualmente vigentes en el país desde el 1º de agosto de 2015, que están incorporadas al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En primer lugar, un gran cambio: se suprime la noción y el estatuto del comerciante, se abroga los actos de comercio.

Tampoco se legisla sobre la empresa y su estatuto, como sí lo hace el Brasil en su Código Civil reciente que, sin dar un concepto de persona jurídica, en el artículo 40, las presenta y establece ciertas distinciones entre el derecho público y el privado. Las señala el artículo 44: las asociaciones, las sociedades, las fundaciones, las organizaciones religiosas, los partidos políticos, todas las cuales son libres de organización. La doctrina se ha ocupado de establecer principios para su interpretación.¹

Antiguamente, los clásicos señalaban que el derecho comercial era “la disciplina reguladora de los actos de comercio”²; luego el funcionamiento y la individualización se encontró al derecho comercial en la producción de actos en masa³ postura que ya había insinuado Ascarelli.

¹ Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery, en su libro “Código Civil comentado”, ed. Revista dos Tribunais, 2006, 4ta. edición, páginas 204 y siguientes.

² Carvalho de Mendonça, J. X. “Tratado de direito comercial brasileiro”, actualizado por Ricardo Negro, Campinas, Bookseller, 2000, vol. 1, p. 24.

³ Garrigues, J, “Curso de Derecho Mercantil”, Bogotá, 1987, ed. Temis, 1987, vol. 1, p. 21.

La definición del derecho comercial fue más genérica y amplia en Ferri que se refirió a la “actividad intermediaria” y a la “organización” (en su *Manuale di Diritto Commerciale*, de 1976).

La empresa no es para Tomazette⁴ —jurista del Brasil— un sujeto de derecho sino una organización dirigida a teneros para satisfacer necesidades; no es el simple intercambio de bienes; tampoco es objeto de derecho.

Al año siguiente de aprobarse el Código Civil italiano, Alberto Asquini hablaba de los “perfiles de la empresa” aludiendo a concepto económico poliédrico de empresa. Asquini partía de la definición del empresario en el Código Civil de 1942, explicitada de este modo: art. 2082: el empresario es quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con el fin de intercambiar o producir bienes y servicios.

La nueva realidad en el Derecho Mercantil es la vuelta a su tronco común del derecho privado y ella se ha producido en forma pausada, a partir de 1942 hasta la fecha en los derechos codificados similares provenientes del modelo del Código de Comercial francés.

Aquel vuelo independiente que iniciara el Derecho Mercantil en la Europa continental del año 1000, motivado por los acontecimientos sociales y la realidad vigente, ha llegado a su fin, al menos en nuestro país.

El sistema jurídico busca disciplinar y orientar conductas humanas, para posibilitar una mayor armonía en la vida en sociedad y buscar la convivencia y la paz social.

⁴ Tomazette, Marlon, “Curso de Direito empresarial”, Editora Atlas SA, Sao Paulo, 2008, vol I, página 20 y ss.

Simultáneamente, en el primer milenio de nuestra era, ocurren muchos hechos históricos juntos; del mismo modo, sabemos que el derecho no es lineal, sino un sistema escamado y no se presenta de modo puntual y de uno en uno reflejado en cambios. Todos van juntos, en un devenir progresivo, pero a la vez, simultáneo.

A fines de la Edad Media pasan muchas cosas a los hombres y mujeres que viven en Europa y Medio Oriente, el centro civilizado entonces; el derecho de esa época, en la práctica y en normas, surge a borbotones y no se pueden distinguir “etapas” de evolución del Derecho, ni respecto al tiempo, ni atingente a los lugares en que los hechos suceden.

Alrededor del año 1000, el comercio comienza a moverse en Europa de una manera intensa, en diferentes sitios; esto coincide con la salida de muchas personas del régimen feudal que necesitan trabajar o buscar como ganarse la vida; dicen los historiadores que algunas personas encuentran una labor en el préstamo a interés; y se produce también la creación de pequeñas empresas de comerciantes y empleados. Comienza a divisarse una noción de mercado en términos más amplios o más restringidos, según los lugares.

Los historiadores⁵, señalan que el comercio evolucionó a partir del año 1000 en forma espectacular; favoreció el uso de la moneda y el desarrollo de nuevas actividades; antes del año 1000 Venecia —al principio un conjunto de aldeas-refugio de pescadores— permitió la creación de pequeñas empresas, medianas y otras que generaron fortunas, dedicándose a la explotación de salinas y la organización de viajes triangulares con objetivos comerciales hacia Oriente.

Desde entonces las ciudades italianas comenzaron a controlar el nuevo tráfico de mercancías orientales y especias procedentes de

⁵ Heers, Jacques, “Historia de la Edad Media”, Editorial Labor SA, Barcelona 1984, 3ra. edición corregida, páginas 133 y siguientes.

las costas de Siria, Egipto o Constantinopla. Venecia, Pisa y Génova fueron algunas de las ciudades centrales del comercio en la región, superando la actividad de oriente.

Además del intenso intercambio comercial se celebraban las ferias, en la época en que la actividad mercantil de los alemanes, flamencos y franceses estaba en crecimiento constante. Se inicia también la economía monetaria.

Heers⁶, citando a H. Pirenne, señala que los mercaderes con centro en la Europa del año 1000, eran “hombres nuevos”, porque se independizan de la sociedad feudal, en busca de trabajo independiente, o buscando rápidas fortunas, liberándose de las tareas de la tierra y de toda otra obligación. Mucha población se perdió entonces en las guerras, la inmigración, el hambre y otras consecuencias de la superpoblación: mendigos, vagabundos, peregrinos.

Se forma entonces, una nueva mentalidad propia y muy particular: la del mercader o comerciante cuya actividad central es la adquisición para revender. Muchos se lanzan a la aventura, desafiando el azar de los caminos, buscando un rápido enriquecimiento; pero no todos eran vagabundos y errantes: el trabajo duro, la lucha contra la pobreza y el deseo de superación y de formar y mantener una familia, fue el objetivo de una gran cantidad de hombres y mujeres que buscaron ese nuevo “aire libre” de las ciudades en contraposición a la vida campesina sin entusiasmo, libertad, ni horizontes.

Los comerciantes, luego del desarrollo de una múltiple actividad mercantil, pretenden construir su propio derecho y tener sus propios jueces especializados para resolver sus asuntos. Se agrupaban en gildas, cofradías o hansas cuya fuerza se fundamentaba en el respeto absoluto de un juramento colectivo. El mercader se situó

⁶ Obra citada, páginas 137 y siguientes.

fuera de los cuadros y mentalidades tradicionales de la sociedad feudal y agraria.

La Historia nos muestra cómo, poco a poco, se va creando un nuevo mundo y una nueva clase social, los burgueses, independizados de la organización feudal, aunque al comienzo de este desarrollo, había ciudades antiguas y otras totalmente nuevas, en donde se mezclaban los mercaderes y los líderes feudales, algunos de cuyos miembros vivían en las ciudades y otros, en grandes castillos edificadas en medio de sus dominios; no hay que olvidar en esta época, a la comunidad eclesiástica, poseedora entonces de un verdadero poder material y político.

No hubo en esa época, una radical oposición entre el mundo rural y el mundo burgués, ni separación neta entre ciudades viejas y nuevas. Los mercaderes fundaron muchas veces ciudades completamente nuevas, y vivieron también en periferias que fueron progresando como suburbios, volviéndose cada vez más importantes.⁷

3. El comerciante

La persona comerciante surge antes y durante el año mil en Europa central y Asia Menor, como una figura caracterizada por la vida que vive y los actos que realiza; es una especie de artista, un profesional del arte de comprar y vender.

En esa época, se reconoce la existencia de otras labores: muchos que se dedican al labrado de la tierra ajena, insertándose de buen o mal grado en el régimen feudal; otros colaboran o participan del sistema eclesiástico.

⁷ Cfr. Mitre, Emilio, "Historia de la Edad Media en occidente", especialmente Capítulo 17 "La madurez de la sociedad feudal", Ediciones Cátedra SA, Madrid 1995, páginas 194 y siguientes.

Por su lado, crece un grupo de trabajadores, los artesanos, quienes poseían una cierta habilidad para crear pequeños bienes; luego se van a unir a los comerciantes en corporaciones. Estos, fueron un sector numeroso de personas que no se dedican ni al préstamo a interés —un medio de vida que surge en la época— ni a revender las mercaderías adquiridas a un precio en dinero.

La burguesía, una nueva clase social, surge con los comerciantes, que por su número, cantidad y poder, nacen espontáneamente del pueblo que tiene solamente aquellos destinos indicados como modo de vida disponible hacia fines de la Edad Media. Algunos tienen que mudar de modo de vida pero otros, hacen fortunas con el intercambio o el transporte de mercaderías dentro de una misma zona o desde otro lugar adonde van a buscarlas.

Las otras alternativas, en esa época eran el desempleo, las enfermedades y la indigencia; o migrar hacia otras regiones, amenazados todos por las pestes o las hambrunas.

Los mercaderes se van volviendo profesionales, en el sentido de que hacen del intercambio de mercaderías su especialidad y medio de vida habitual y utilizan su habilidad al comprar o vender, como un arte personal. Y esa profesión es su modo de vida y luego será, el origen de su poder social.

Su trabajo es creativo: en el desenvolvimiento de éste, se crean en base a una necesidad que nace de los hechos y de la actividad, las grandes instituciones del derecho comercial: los bancos, el armado de expediciones marítimas para el comercio, los préstamos, las letras de cambio, vales y pagarés, las sociedades comerciales para regular el comercio conjunto, la organización de empresas, los usos y prácticas mercantiles, la evaluación de las costumbres, la formación de asociaciones profesionales, los modos de resolver las crisis en las empresas y también las disputas entre mercaderes.

Desde el comerciante y su conducta visualizamos la existencia de actos nuevos para el derecho, que ciertos funcionarios enlistan: los actos de comercio. Ya no tiene sentido conservar una noción de “actos de comercio”, no hacen falta a la legislación, ni a los fines del derecho.

Sí en cambio, se ha visto la necesidad de delinear otra figura de derecho que es el emprendedor, no tanto el empresario. El Argentina hay un proyecto de ley, que aún debe pasar las instancias del Congreso para ser ley, que se refiere a “actividad emprendedora”, “emprendimiento”, “capital emprendedor”, “emprendedores” y a la creación del “registro de Capital Emprendedor”, “Sistema de Financiamiento Colectivo” – “Crowdfunding”. Hay un tratamiento impositivo especial (Capítulo II del Proyecto) y en el Capítulo III del Proyecto, se crea un subtipo de anónimas llamadas “SAS”, que nada tienen que ver con las SAS colombianas.

La redacción del Proyecto tiene algunas contradicciones con el sistema vigente en Argentina, lo cual debe ser enmendado por el Congreso.

4. Un principio clave del derecho: la buena fe

Si leemos la mayoría de los textos jurídicos de Occidente, se cultiva, respeta y exige el obrar siempre, para el hombre o la mujer en sociedad, en todos sus actos, con una conducta que se conduzca de buena fe.

Para el comerciante más aún, porque las relaciones que crea en el intercambio que practica lo obligan a cumplir su palabra, especialmente teniendo en cuenta que la mayoría de las operaciones que realiza se basan en la confianza, teniendo muy presente que su éxito se apoya en la repetición exitosa de sus operaciones y en la apariencia que genera su actuación social, que a su vez, remite a la confianza y lealtad.

Los actos de los comerciantes no son comportamientos, actos o expresiones basadas y sostenidas por largos escritos solemnes. La buena fe, la confianza y el cumplimiento de la palabra empeñada resultan elementos esenciales para la perduración de su tarea y su éxito personal. Aseguran también resolver muchas cuestiones en el período de tiempo más corto posible, ya que el comercio o cualquier clase de negocios, se empeñan en resolverse con rapidez.

El principio de buena fe es utilizado como standard de conducta, por el propio derecho continental europeo, el derecho latinoamericano y el derecho anglosajón. Ha sido especialmente incluido en nuestro derecho en esta última reforma, utilizándose esa expresión en forma directa o indirecta, en varios artículos del texto legal (vg. arts. 9, 271, 729, 961, 991, 1061 entre otros) que se aplican para todo el derecho privado, civil y comercial, extensible a todas las ramas del derecho ya que este nuevo Código es el derecho común con referencia al resto del ordenamiento.

Los sistemas de derecho aludidos en el párrafo anterior, sin dudas, se van acercando e interpenetrando lenta pero sostenidamente. Como hemos dicho hace años, el movimiento existe y las instituciones se van incorporando en todos los sistemas, poco a poco⁸.

En el Código Civil y Comercial de la Argentina (CCCN), vigente desde el 1 de agosto de 2015, el principio de buena fe es permanentemente citado en el texto legal.

La buena fe aparece en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en los artículos 9 (ejercicio de los derechos), 729 (deudor y acreedor), 961 (celebración, interpretación y ejecución del

⁸ Cfr. Morissette, Ives-Marie, "Les caractéristiques classiquement attribuées á la common law », en *Revue internationale de droit comparé*, Société de législation comparée, julio-septiembre 2013, n°3, p. 13 y ss. Etcheverry, Raúl Anibal "El derecho comercial internacional. Nuevas fuentes". *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1992.

contrato), 991 (tratativas preliminares) y 1061 (interpretación del contrato) entre otros. El artículo 9 es la base no sólo referida al campo contractual sino la que alude, a modo de regla general, a todo el ejercicio de los derechos en este Código. Dice: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”; en ese Capítulo 3, se explicita, juntos a la buena fe, la expresión que señala que la ley no ampara el abuso de los derechos (artículo 10): es tal, dice la ley nueva vigente, el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización; el artículo 11 del CCCN, prevé también la aplicación de estas normas para el caso de abuso de una posición dominante en el mercado (concepto que proviene del régimen de competencia desleal), sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

5. El orden legal, las personas y el lenguaje jurídico

En todas las ciencias, existen varios lenguajes. El derecho, es un conjunto de relaciones sistémicas que reglan conductas humanas y la vida en convivencia, estableciendo modos y reglas jurídicas para esas conductas; y un resultado de prohibiciones, aprobación, recompensas, castigos o, a veces, respuestas neutras.

Llamamos derecho al conjunto de sistemas de algún modo vinculados, en lo que se denomina en forma global, el “orden normativo”. El derecho es lenguaje; es “un” lenguaje. La urgencia por interpretarlo tiene su origen en que el orden legal es obligatorio y a la vez, es un indicador de una disciplina de conductas. Afecta a todos los habitantes y ciudadanos de una Nación; conozcamos o no la ley, nos atañe a todos y nos involucra obligatoriamente; no es lo mismo cumplir un acto que otro y las consecuencias pueden ser de tres clases: neutras, de efectos benéficos o de efectos negativos.

El derecho sugiere o pauta conductas humanas e indica qué le es lícito hacer a los habitantes del país y lo que está prohibido; en general, lo no prohibido está permitido.

En el derecho, cada palabra, cada expresión, tiene el poder de una norma de conducta explicada o implícita en la ley. Las disposiciones legales deben observarse para no tener consecuencias ingratas o situaciones de variada intensidad negativa. Por ello, es importante comprender qué se expresa en cada norma, porque el orden legal señalará diversas consecuencias de su observancia o de su inobservancia.

El derecho es también un lenguaje y sus reglas, contienen definiciones, que muchas veces no coinciden con el habla común. El análisis de palabras, frases o estructuras, merecen aclaraciones y estudios para ir fijando y entendiendo el orden que nos rige.

Las personas humanas⁹ que trabajan juntas, en un mismo lugar y con cierta vinculación, sea su actividad profesional o no, tendrán que tener en cuenta muchas disposiciones legales, no sólo de la letra de la ley sino de sus intérpretes, siendo el principal, el juez. Pero también la ley emana de usos y prácticas y de interpretaciones administrativas de variado origen. Ver por ejemplo, dictámenes jurídicos de la AFIP (administración estatal de impuestos) para saber si su propia organización es considerada jurídicamente una “empresa”; y si lo es o no, tendrá una consecuencia importante, que será pagar más o menos impuestos.¹⁰

Diversas conductas humanas, individuales o colectivas, son calificadas por la ley; por ejemplo, si quienes colaboran con un profesional,

⁹ Así las califica en nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina en su Libro Primero, Parte General, Título I Capítulo 1, artículos 19 y siguientes. No define a la persona humana, porque es algo absolutamente obvio. Desde la concepción, todos somos personas humanas.

¹⁰ CSJN, Caso “Paracha” del 2 de septiembre de 2014, en el cual se establecieron diversas apreciaciones sobre la actividad comercial y la empresa de profesionales ante la ley fiscal.

trabajan como trabajadores autónomos o en una relación dependiente, el derecho dará diversos efectos a una u otra relación.

También deben tenerse en cuenta el entorno, la opinión social, la valoración de las conductas.

Los hechos, actos, contratos y otras relaciones jurídicas ocurren en un espacio de tiempo y de lugar.

Respecto del lugar, hay diversos escenarios para el obrar colectivo: la familia, los mercados, las reuniones personales o los encuentros colectivos.

En la esfera personal, un hecho, un acto, un contrato, suceden en un espacio de tiempo y lugar, cuyas circunstancias son complejas y variables.

Y es muy difícil que una ley pueda asignar consecuencias demasiado certeras a esta variedad de situaciones fácticas.

6. La empresa

Promover una nueva actividad empresarial es visto en Europa no sólo como el ejercicio de un derecho, el de asociarse, sino que a la vez, es parte de una manifestación de la libertad; es un bien social. Y este es el modelo que debemos seguir en estas tierras.

Los poderes públicos no sólo no deben poner trabas a este derecho garantizado por algunos textos constitucionales (como el de España)¹¹ sino que es preciso que se lo fomente y apoye por parte de gobiernos y administraciones.

¹¹ En la Argentina, sólo se regula y alienta, el derecho a trabajar y ejercer cualquier industria lícita (artículo 14 de la Constitución Nacional).

Jorge Jiménez Leube, doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid subraya estos conceptos y la distinción entre buena administración, buen gobierno y buena legislación¹².

Los clásicos señalaban que el derecho comercial era “la disciplina reguladora de los actos de comercio”¹³ y en su origen se trataba de actos profesionales de los comerciantes; más tarde, el funcionamiento y la individualización del derecho mercantil se creyó encontrar en la producción de actos en masa¹⁴ postura que ya había insinuado Ascarelli.

Caracterizar al derecho comercial fue más genérico y amplio en palabras de Ferri que se refirió a la “actividad intermediaria” y a la “organización” (en su *Manuale di Diritto Commerciale*, de 1976). La actividad mercantil no es solamente una actividad, ni una organización.

Un jurista brasileño, Tomazette¹⁵ expresa que la empresa no es un sujeto de derecho sino una organización dirigida a terceros para satisfacer necesidades; no es el simple intercambio de bienes; tampoco es objeto de derecho.

Un recuerdo entrañable: al año siguiente de aprobarse el Código Civil italiano, Alberto Asquini hablaba de los “perfiles de la empresa” aludiendo al concepto económico poliédrico de empresa. Es sabido que el derecho italiano no define la empresa, sino al empresario. Asquini partía de la definición del empresario contenida en el Código Civil de 1942 y explicitada de este modo: “Art. 2082: el empresario es

¹² Jiménez Leube, Jorge “Buen gobierno y emprendimiento empresarial en España: el problema de la “legislación motorizada”, en *Vis iuris*, Universidad Sergio Arboleda, vol. 1, n° 1 enero-junio de 2014, Colombia 2014, páginas 13 y siguientes.

¹³ Carvalho de Mendonça, J. X. “Tratado de direito comercial brasileiro”, actualizado por Ricardo Negro, Campinas, Bookseller, 2000, vol. 1, p. 24.

¹⁴ Garrigues, J. “Curso de Derecho Mercantil”, Bogotá, 1987, ed. Temis, 1987, vol. 1, p. 21.

¹⁵ Tomazette, Marlon, “Curso de Direito empresarial”, Editora Atlas SA, Sao Paulo, 2008, vol I, página 20 y ss.

quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con el fin de intercambiar o producir bienes y servicios”.

Es claro que la empresa tampoco puede identificarse con la totalidad del Derecho Mercantil, como no lo puede hacer el derecho de las relaciones económicas, o de la economía o el de la organización del Estado.

El derecho del mercado tampoco constituye la totalidad de nuestra materia¹⁶; una parte de ella sí lo toma en diferentes aspectos.

La importancia de la empresa en nuestra disciplina ha determinado que muchos juristas hayan pensado en que esa noción, ese concepto, era abarcativo de todo el derecho comercial. Ello no ha sido así, ni lo es, claramente.

Hablar de empresa es expresar una noción no jurídica, que pertenece al ámbito de la realidad social y económica; no es posible que esta noción sea encuadrada en un solo concepto legal; ni opera en una sola rama del derecho; hay una empresa visible que capta y regula el Derecho Comercial, otra perceptible para desarrollos colectivos civiles, otra para el Derecho del Trabajo, otra para el Derecho Fiscal, una más para el Derecho Administrativo y así podemos seguir enunciando variantes.

Hay un derecho constitucional a crear y desarrollar una empresa, es decir, a crear un instrumento, medios, una organización con el objetivo de que trabajen varias personas¹⁷. Esta idea obra junto al derecho de asociarse, que en nuestra opinión es un derecho de

¹⁶ Embid Irujo, J. M., “Mercado y empresa ante el derecho mercantil -apuntes provisionales en el marco de la crisis económica-”, en *Foro de derecho mercantil*, enero – marzo 2013, Legis, Bogotá, 2013, pp. 50.

¹⁷ Ver el interesante trabajo al respecto, que desarrolla CAO, Christian Alberto, en “La libertad de empresa y la no discriminación”, *Revista La Ley*, 30 de junio de 2014.

origen constitucional en Argentina, pero que en España, Perú y Brasil resulta mucho más explícito y directo.

El derecho asegurado por el artículo 14 de la Constitución Nacional argentina, es el de trabajar y el de ejercer toda industria lícita.

En todo el mundo, el orden normativo ha intentado captar la figura de la empresa. No se ha podido lograr incorporar a las normas y sistemas jurídicos una noción tan versátil y proteica en forma unitaria precisa y apta para ser aplicada a todas las ramas del derecho, pese a los esfuerzos de grandes doctrinarios como Zavala Rodríguez, en Argentina y Torres y Torres Lara en Perú; y buenos Códigos, como los de Honduras, Perú, Colombia y otros.

En nuestra opinión siempre ha sido claro, que la empresa es una noción que se verifica en el campo económico, sociológico y humano. Pero resulta de mucha dificultad intentar incorporarla a la normativa legal, al mundo de los conceptos y sistemas jurídicos, por su polivalencia y su multifacética expresión en el campo del quehacer humano¹⁸.

Sin embargo, se alude a la empresa y se la enlaza a resultados jurídicos, partiéndose de distintos focos. Y se habla de “empresa pyme”, empresa pequeña y mediana, “responsabilidad social empresarial”, “empresas B” y otras expresiones que hacen ver como una realidad se inserta en el derecho.

Tampoco la empresa es una actividad, tal como lo entiende una parte de la doctrina italiana y de otros países; ha dicho bien Garrigues: sostener que la empresa es actividad, implica volver al punto de partida y desconocer lo que se quiere definir, porque es precisamente la actividad del empresario y de sus colaboradores lo que

¹⁸ Etcheverry, R. A., en “Derecho comercial y económico. Parte general”, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 504; Etcheverry, R. A., “Código de Comercio”, *op. cit.*, pp. 866 y s.

crea a la empresa como cosa distinta de esa actividad; por otro lado, la actividad es generada por la empresa pero no es la totalidad de empresa misma.

Garrigues, opinaba que la empresa es la organización de la actividad y además, un conjunto de elementos de naturaleza variada, todos disciplinados por el empresario; la actividad del empresario no puede separarse de su persona¹⁹ a la cual también ha de referirse la propia responsabilidad jurídica frente a sus actos, actividad, hacer y no hacer.

La empresa, es citada más de una vez en el artículo 8 del Código de Comercio argentino que se acaba de derogar, y se trata de una noción que habría que aplicar en ocasiones a la industria, otras al derecho tributario, otras para derecho laboral, un centro físico para adjudicarle la obligación de llevar contabilidad, y alguna más para el sistema civil y otras referidas a algunas operaciones o contratos mercantiles.

Hay mucho más: los Códigos de los países de América Latina y algunas leyes o decretos, tratan de distintas maneras a la empresa²⁰ y en general, se alude a distintas realidades de la empresa en sus diversas aplicaciones fácticas y jurídicas (vg. empresa familiar, empresa cooperativa, responsabilidad social empresaria, empresa social, empresas B).

7. La empresa como organización o como “actividad del empresario”

El primitivo concepto de empresa, como en nuestro Código de Comercio, fue el referido a una clase de “acto de comercio”²¹ originado

¹⁹ Hemos citado al maestro Garrigues, en el “Código de Comercio”, citado, t. I, pp. 874.

²⁰ Etcheverry, R. A., “Código de Comercio”, *op. cit.*, pp. 896 y s.

²¹ Galgano, F., “La teorie dell’ impresa”, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. II, Cedam, Padova, 1978, pp. 1 y s.

en ideas del primer Código de Comercio francés (empresas de fábrica, de comisiones, de mandatos, transportes, hasta extenderse a actividades de servicios tales como la banca, empresas de seguros y agrícolas); a ello se agregan sus antecedentes en el derecho anterior, codificado o proveniente de las costumbres.

Dice Galgano que los conceptos de actos de comercio se referían en esa generación de normas y Códigos, al comercio exclusivamente, excluyéndose a la industria; y por supuesto, agregamos, a algo que vino más tarde: los servicios.

Vinculado a todo ello, aparece la definición de comerciante para encuadrar a los sujetos que se dedican a cierta actividad en forma permanente y como profesión; luego vendría el tránsito del capitalismo comercial al capitalismo industrial, es decir, al derecho de la producción y más tarde, de la producción en masa. Allí nace la noción de empresario y la intervención normativa del Estado como regulador del mercado, la recta aplicación del derecho de la competencia y todo un régimen completo de defensa del consumidor²², que finalmente ha terminado por alterar y producir un cambio en todo el sistema jurídico vinculado al mercado y a los negocios y contratos.

En el Código Civil italiano (unificándose el Derecho Civil y el Comercial) que se aprueba en 1942, la empresa se desarrolla con instituciones que traslucen un derecho de la producción; pero aún en ese ordenamiento no se alude directamente a la empresa sino al empresario. Más clara es su aplicación en la Constitución del Perú, que tampoco contiene, a nuestro juicio, un sistema de naturaleza jurídica, sino que establece principios esenciales para la organización del Estado.

²² Etcheverry, R. A., en "Derecho comercial y económico. Parte general", Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 504; Etcheverry, R. A., "Código de Comercio", *op. cit.*, pp. 866 y s.

Más adelante, el concepto sufre diversos cambios; las nuevas ideas socialistas y nacional-socialistas, aunque parten desde y hacia objetivos distintos, vinculan a la empresa con la actividad económica y pretenden ser “el nuevo derecho de la economía”. También ciertos autores que son partidarios de la economía liberal o de la economía de mercado, aluden a la empresa.

El pensamiento moderno es que la empresa pierda en parte su identificación con el concepto del inversor capitalista que busca la utilidad permanente de los bienes que pertenecen a la empresa intermediando en el mercado de consumo para acrecentar su propio patrimonio; se desea “humanizar” a la empresa y que ella y el empresario que la ha creado, pasen a tener un perfil social y se proyecten hacia la comunidad que integran, disminuyendo —pero no suprimiendo— su actividad meramente lucrativa. El lucro en la empresa comienza a relativizarse, por muchas vías y muchos caminos.

La “organización” empresarial, tiene una diversidad de aspectos, tales como el económico, jurídico, social, psicológico y otros. En el sistema económico la organización comienza por la idea que genera el emprendedor y sus socios que generan un capital (dinerario; marca; otros bienes). La empresa se construye a partir de compra o alquiler de inmuebles, contratación de trabajadores y empleados, expertos y profesionales; se debe asegurar la provisión de insumos; a estas actividades, el derecho le brinda “formas” jurídicas e instrumentos para su dinamización y operación en el mercado: los actos jurídicos y los contratos, junto a las relaciones jurídicas, son las actividades con valor jurídico, que realizan las personas humanas en el mercado.

Con base en estas ideas, una empresa, sintéticamente, es la conformación dinámica de un capital (trabajo organizado-insumos-tecnología) destinados a la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios (fases de la economía empresarial).

Habrá en cambio muchas formas de conceptualizar la empresa como organizaci3n y no todas podrán ser consideradas mercantiles.

La “finalidad de la empresa” (sin perjuicio de la producci3n y comercializaci3n de bienes y servicios) en cualquier sistema econ3mico (privado, estatal o mixto) resulta imprescindible que se desarrolle en base a la generaci3n de excedentes (diferencia entre costo total y precio de mercado); sin perjuicio de que cada sistema diferencie luego la forma de la “distribuci3n y/o redistribuci3n de esos excedentes” (sistemas capitalistas privados y sistemas de capitalismo de Estado). Pero la generaci3n de excedentes no es propia de la empresa societaria, tambi3n existe en otras formas legales (vg. cooperativas, asociaciones).

En la Argentina, rige el sistema de economía capitalista de acumulaci3n privada, lo cual implica que las empresas privadas pueden apropiarse de parte del excedente (tasa de ganancia o beneficio) y ello sin perjuicio de la apropiaci3n que hace el Estado (impuestos y otros gravámenes).

Sin duda, la empresa comercial, industrial o de servicios privada, conforme a su misma existencia, tiene como uno de sus objetivos, la maximizaci3n constantemente de la tasa de beneficio. Los fundamentos que se dan para sostener esta realidad son innumerables y abarcan desde el riesgo del capital en sí mismo, hasta los procesos nacionales y globales de depreciaci3n y desvalorizaci3n de la o las monedas, la organizaci3n econ3mica mundial y regional y la necesidad del intercambio.

La “posibilidad de maximizaci3n de la ganancia” es real y tangible, lo cual constituye intuitiva y científicamente una “situaci3n autogenerante de riesgos para la empresa y simultáneamente la creaci3n de riesgo al trabajador y a los consumidores”. Por otros medios, tambi3n se asumen y generan riesgos, especialmente para la producci3n: baja calidad de insumos, mano de obra no calificada o en situaci3n ilegal y para el consumo (por ejemplo, incorporaci3n de cláusulas o prácticas abusivas).

Gherzi, de quien tomamos algunas de estas ideas, concluye que las empresas en su “conjunción” con el sistema de economía capitalista de acumulación privada, por su accionar, asumen un riesgo en el mercado y se constituyen en sí mismas en un “riesgo” para los trabajadores/ consumidores²³ y también para el ambiente y la seguridad social.

Para nosotros, la empresa es la organización de un esquema, un dispositivo, un sistema operativo de organización, de un negocio ideado primero y que luego debe tener un desarrollo en el tiempo. La empresa no solo se maneja con su creador o creadores si son más de uno, sino con equipos de dirección y trabajo, que, siguiendo la actividad creada y generada por el empresario, colaboran con él, cada uno con su expertise.²⁴

Toda empresa tiene su creación y desarrollo en el mercado; es decir, el espacio ideal proyectado a un territorio donde se producen e intercambian bienes y servicios. La empresa siempre implica organización y para proyectarla a sus múltiples manifestaciones, se ha incluido en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, no solo el desarrollo del sistema de personas jurídicas, sino variantes, como las del “contrato asociativo”, un reciente fenómeno empresario de la organización jurídica integral operativa²⁵, que es una forma de organización sin constituir una empresa, desde el punto de vista de la globalidad o la funcionalidad.

Otra duda, es poder afirmar que un grupo de sociedades, unidos por alguna forma jurídica negocial, no es en sí, una empresa, sino un grupo empresario, lo cual, económicamente, significa algo diverso.

²³ Gherzi, C. A. y Weingarten, C., “Tratado de los contratos”, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 53, lugar en que ellos desarrollan estos conceptos.

²⁴ Juste Mencía, J., “Factor de comercio, gerente de empresa, director general”, Real Colegio de España, Bolonia 2002, *passim*.

²⁵ Cfr. Cracogna, D., “Los contratos asociativos en el proyectado Código Civil y Comercial: un avance respecto de la situación actual”, *XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, UADE y Cámara de Sociedades Anónimas, t. I*, Buenos Aires, 2013, pp. 413 y s.

En Brasil, Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade de Nery, ven dificultades para encontrar un concepto jurídico de empresa. En el Código Civil de Brasil, está definido el empresario pero no la empresa, tal como sucede en el derecho italiano.

Tomazette por su lado, en su obra ya citada, ha perfilado la figura del derecho empresarial, diciendo:

“A partir do conceito de empresa é que se define o âmbito do chamado direito empresarial, isto é, a partir dessa noção é possível determinar quais estão sujeitos ou não ao direito empresarial. O âmbito do direito empresarial não é mais definido pelos atos de comércio isolados, ou pela qualidade isolada do comerciante, mas pela “atividade econômica organizada sob a forma de empresa e exercida pelo empresário”.

Sigue: “De imediato, vale ressaltar que o estudo não se limita à atividade empresarial, mas abrange também os atos que são praticados normalmente por aqueles que exercem a atividade empresarial. O direito empresarial regula os direitos e interesses daqueles que exercem atividades de produção e circulação de bens e serviços com finalidade econômica”.

“Com efeito, os atos que são praticados pelos exercentes da atividade empresarial também são praticados por outras pessoas em outras atividades, como, por exemplo, a emissão de títulos de crédito. Todavía, o estudo desses atos continua se justificando dentro do direito empresarial, na medida em que são atos que nasceram ligados às necessidades do comércio, hoje da empresa, e se desenvolveram atendendo a essas necessidades. Desse modo, o âmbito do direito empresarial abrange a atividade empresarial e os atos que normalmente são praticados por quem exerce a atividade empresarial.”

Por medio de la organización, se establece un dispositivo que “actúa” en el mercado, es decir, es sujeto con relevancia y poder jurídico pasible de producir efectos, activos y pasivos, generar actos y ser parte de contratos y de toda clase de operaciones.

Las empresas de objetos similares compiten en el mercado, lo cual es muy positivo si esa competencia es leal, porque se generan más, mejores y más baratos bienes y servicios. Es la organización política, social y económica llamada modernamente economía de mercado, que debe contener necesariamente un sistema que asegure y controle la competencia libre pero leal.

Esa competencia²⁶ beneficia mucho a los usuarios y consumidores porque podrán contar con bienes y servicios de calidad creciente y a menor precio.

Las empresas pueden ser individuales, es decir, las que opera una sola persona física individual, la cual es la única propietaria y beneficiaria de todos los bienes y única responsable por todo el riesgo en los negocios. Generalmente la empresa individual es pequeña y de poco giro económico.

Pero hay empresas con más de un dueño personal, es decir, varios dueños: pluralidad de componentes con similar poder jurídico.

Cuando hay pluralidad de propietarios, la organización de la empresa es muy parecida a la unipersonal, pero necesariamente debe adquirir una nueva estructura legal: la responsabilidad —que es una de las columnas vertebrales de todo sistema jurídico— se traslada a varias personas (físicas o jurídicas) que son quienes la dirigen, la organizan y luego se reparten entre sí los resultados según lo que se ha convenido en el pacto social.

Además de todo el grupo de socios, que tiene su sistema e impronta de funcionamiento establecido por la ley, habrá un cúmulo de deberes que se disponen no solamente para los socios, los verdaderos empresarios, sino respecto de los que ocupan posiciones relevantes en la organización, a quienes podemos llamar, en general,

²⁶ Etcheverry, R. A., “Código de Comercio”, op. cit., pp. 907 y ap. B.

“administradores”; así, para solo nombrar algunos ejemplos, el deber de administrar, el de buscar el interés social, el deber de diligencia, el de información, el deber de investigar, el de vigilancia, el de control de la organización y de todo el personal ligado a ella, el deber de lealtad, el deber de abstenerse de competir con la sociedad o de aprovecharse del cargo y muchos otros.²⁷

Para organizar todo esto, se acudirá a las figuras societarias o asociativas: un socio de una sociedad comercial, es un capitalista que ha invertido, contribuyendo a crear un patrimonio que conforma el patrimonio común. De ese modo se entra en el mercado, que en las economías de mercado poseen poder igualitario y libre acceso a todo el que quiera trabajar con estas reglas.

En síntesis, volvemos a las enseñanzas de Ascarelli, ya difundidas en los estudios que el Real Colegio Mayor Albornociano de San Clemente, de los españoles en Bolonia, que en el año 1962 publica su *Corso Di Diritto Commerciale*, en el cual esboza una “Introduzione e teoría dell’ impresa”, publicada nuevamente en español en el año 1964 en Barcelona, por la Casa Editorial Bosch. Allí el maestro italiano se refiere a la empresa y a las teorías sobre la empresa y entre sus opiniones, reproduciremos algunas.

8. Elementos de la empresa

Nadie duda que la empresa significa “organización” y de ese modo se hace referencia muchas veces a ella en la literatura jurídica. Ascarelli señala que no sería la empresa, sino la organización (conjunto de relaciones jurídicas), o solo los bienes, identificados como “hacienda” o patrimonio de ella. Pero se aparta de estas enseñanzas

²⁷ Llebot Majo, J. O., “Los deberes de los administradores de la sociedad anónima”, Civitas, Madrid 1996, pp. 35 y s.

entendiendo que la empresa es actividad ejercida profesionalmente: actividad del empresario, dice.²⁸

Así, si analizamos el conjunto de elementos que pueden derivarse de la idea económica de esta figura, o de su noción sociológica observada en la realidad, vemos que son muchos los factores que se deben considerar para llegar a un concepto de empresa, que será complejo y proteico y para nosotros, no básicamente jurídico, sino perteneciente a las ciencias económicas o a la sociología.

No tenemos duda alguna que hay un concepto o un coincidir común de opiniones en que se trata de una organización. Pero en ella intervienen varios factores: enumeramos algunos sin pretender agotarlos: básicamente se parte de la idea del emprendedor, para el cual, hay una posibilidad de producir un resultado para la sociedad y para él mismo.

Se parte de una idea que se supone exitosa si se pone en práctica. El emprendedor, que es una persona o un grupo que tiene muchas inquietudes sociales y de otra naturaleza, concibe una tarea para desarrollar para lo cual debe organizarse y organizar personas (sus futuros colaboradores) y medios diversos. Debe contar con un capital que pondrá en riesgo en el mercado en que le toca actuar o en el que elige desarrollar su tarea compleja y múltiple.

Es que para entender la idea de “empresa” debemos tener en cuenta diversos factores, tales como organización del trabajo propio y ajeno, de su capital o el de otros, determinando con precisión la tarea que va a hacer y como ella se desarrollará.

Así, la empresa implica la organización de diversos factores, materiales e inmateriales, que obran como elementos o amalgama de

²⁸ Ascarelli, obra citada en el texto, capítulo XIV, página 309 y siguientes.

un sistema, que será económico, material y abstracto, jurídico y funcional, que permitirá llevar adelante la idea del emprendedor.

Podemos enumerar los elementos de cualquier empresa, que también integran la realidad de una empresa comercial.

En primer lugar, ¿qué es una “empresa comercial”? ¿En oposición a qué?

Pareciera que le propósito de obtener un lucro es algo menor, de segundo orden.

Ascarelli hablaba de la “voluntad de potencia” que superaba a la “voluntad de ganancia”²⁹.

El emprendedor concibe una idea: la desarrollará solo o con otras personas. Sabe que debe organizar un sistema efectivo y eficiente.

El capital será el conjunto de bienes y derechos o bienes inmateriales que se comprometerá a aportar para llegar al resultado esperado. Ese resultado puede ser obtener ciertas ganancias o poder y posición en el mercado, donde debe desarrollarse según sus planes y expectativas, siguiendo su idea.

Contará con otras personas de su mismo plano jurídico y poderes equivalentes, o proporcionales (socios) o gente que obedecerá sus órdenes y disposiciones.

Deberá pensar en un sistema de trabajo adecuado a su emprendimiento contratando a técnicos, operarios, obreros y colaboradores en relación de dependencia.

²⁹ Ver “Introduzione e teoria dell’ impresa”, citado, página 310.

Tiene que elegir un sistema jurídico de organización (sociedad, cooperativa, etc.) para encuadrarse en la ley vigente: ahí si entrará de lleno al orden jurídico y recibirá la aplicación de todas las normas del ordenamiento.

La actividad, en un plano legal, es la sucesión de actos y hechos jurídicos que emana de hacer o no hacer ciertas tareas, con la cual creará un conjunto de relaciones jurídicas con otras personas o con sus colaboradores y socios.

En el entramado de su empresa, se establecerán diversas relaciones jurídicas y de poder o prelación; habrá relaciones internas y externas que atenderán las necesidades de las empresas; los socios pueden ser: ninguno, uno o varios y entre ellos se establecerán relaciones, a las cuales no son ajenas las relaciones de familia o parentesco.

Esas relaciones serán internas o externas respecto de la organización creada; se establecerá si hay fin de lucro en la organización y cómo se espera lograrlo.

Debe construirse un organigrama interno, establecerse el funcionamiento de relacionamiento.

Se elegirá una organización que separe sus bienes de los bienes de los socios (responsabilidad limitada o no) siempre con el cuidado de observar la ley y las normas de operabilidad.

La empresa pequeña y en la cual la familia actúa y se vincula es muy común en muchos países del mundo, siendo su porcentaje alto, entre los emprendimientos productivos.

Asume medidas de pequeña, mediana o grande y a veces forma grupos con otras empresas para tener más poder de mercado o enfocar varias fases productivas.

La empresa tiene diferentes perfiles jurídicos o dicho de otro modo, el ordenamiento la abarca en mayor o menor medida.

9. ¿Cómo es la empresa y el Derecho Comercial hoy, en la Argentina?

El nuevo sistema legal mercantil de la Argentina, a partir de ahora, está unido al civil y solo pocos rasgos permitirían distinguirlo. Debemos entonces aceptar que no habrá más distinción en el texto legal entre el Derecho Comercial y el Derecho Civil.

Hoy, existe un Derecho Privado que podría subdividirse a fines del estudio, no ya en Derecho Civil y Derecho Comercial, sino en distintos grupos identificados no por la especialidad o por la categoría histórica; no por la obtención de lucros y la obtención de otros resultados; se divide, si el intérprete quiere o necesita hacerlo, de acuerdo a la institución que está siendo regulada: por ejemplo, derecho referido a la persona física; derecho de la familia; derecho de las obligaciones civiles y comerciales; derecho de los contratos; derecho de otras figuras que no son contratos; los sistemas de organización de las personas jurídicas; derechos vinculados a los derechos reales; negocios inmobiliarios; principios del derecho en general, interpretación y aplicación de las leyes.

El derecho de la contabilidad y de los estados contables en Argentina, conserva una alusión vaga a la empresa en su artículo 320, que el legislador ha considerado necesario incorporar: ¿por qué? La empresa no se define, ni siquiera por su pertenencia, como en el pasado, a un género de organización con o sin fines de lucro.

Ni la empresa, ni tampoco el mercado, son conceptos íntegramente jurídicos. Si constituyen, estructuras de la realidad sociológica o del orden económico.

Pero a esas estructuras, el derecho las califica o distingue, para dar algunos efectos legales necesarios para su funcionamiento.

Al nuevo Derecho Privado, unido al caducar los elementos que lo distinguían (se suprimen las distinciones de las nociones de comerciante, estatuto del comerciante, actos de comercio, actividad con fines de lucro o actividades sin apropiación de excedentes) se le aplican reglas especiales: una de ellas es atribuir la obligación de elaborar estados contables, a las empresas comerciales o a las organizadas en forma de empresas no mercantiles (si empleamos este término a la vieja usanza).

No están claras estas expresiones que contiene el artículo 320 y otros pocos del Código Civil y Comercial y ello debería ponerse en coherencia con la idea general del nuevo orden.

El fin de lucro o la organización para obtener lucros no es ya una situación que marque especialmente una diferencia que se pueda considerar remarcable, apta para diversificar a todo un sector legal aplicable con diferentes matices que al resto.

Ya no. No interesa ahora regular, controlar o ceñir al comerciante individual. No importa que se inscriba o no como tal en un registro, no resulta trascendente para la ley, que cumpla previsiones específicas por su actividad. Es más, el fin de lucro, no es tomado como base, en nuestra opinión, del orden mercantil. Propósito de lucro habrá en diversas actividades que no son las típicas del antiguo Derecho Comercial (vg. las asociaciones pueden tener fines de lucro).

Ocupan en centro de la escena otras figuras y otras estructuras legales. Me refiero a las organizaciones jurídicas que por medio de una personalidad jurídica o de alguna otra manera legal, adquirirán derechos y contraerán obligaciones o será sujeto de relaciones jurídicas.

Dice Vanberg³⁰: “Tanto en el lenguaje diario, como en el discurso académico, usualmente hablamos de entes colectivos como empresas, asociaciones voluntarias, partidos políticos o gobiernos, como si fueran unidades que actúan y toman decisiones, tal como los seres humanos lo hacen. Decimos, por ejemplo, que los gobiernos realizan acciones, que las empresas siguen estrategias, o que las universidades deciden ciertos cursos de acción, como si los gobiernos, empresas o universidades poseyeran una capacidad que normalmente atribuimos a las personas individuales, esto es, la capacidad de elegir y actuar. La cuestión acerca de la importancia que debemos dar a este uso de lenguaje ha sido siempre un tema central en la controversia entre los partidarios y los opositores del principio del individualismo metodológico”.

“Algunos proponentes del individualismo metodológico han presentado argumentos como si creyeran que su postura metodológica requiriera negar categóricamente que dicho lenguaje puede ser nada más que una metáfora, y que puede ser utilizado solamente como una abreviación conveniente de lo que debería, de otra forma, ser presentado en un lenguaje más engorroso. Tomar ese lenguaje literalmente, como si en verdad existieran “actores colectivos”, es incurrir en la falacia de atribuir existencia real a los conceptos colectivos de nuestro lenguaje. Los opositores al individualismo metodológico, por otro lado, tienden a insistir que dicho lenguaje no es meramente metafórico, y que las entidades colectivas como las empresas o los gobiernos son, en verdad, “actores reales”. Según este punto de vista, es precisamente la incapacidad del individualismo metodológico para tratar este aspecto de la realidad social lo que lo convierte en un principio no apropiado como guía de la teoría social (cita a Etzioni 1974:87, 95 ss)”.

³⁰ Vanberg, Viktor J. en “Las organizaciones como sistemas constitucionales”, publicado en “*Libertas*”, edición semestral de ESEADE, n° 31, Octubre 1999, Año XVI, Buenos Aires, páginas 153 a 155.

Vanberg sostiene también, que “los opositores al individualismo metodológico tienen razón al insistir que es más que solamente lenguaje metafórico cuando hablamos de decisiones y acciones de empresas, asociaciones, gobiernos y otras organizaciones. Esto es, que las organizaciones pueden, en verdad, ser justamente consideradas como unidades actuantes que toman decisiones o, tomando prestado del término de James S. Coleman (1974; 1990), como actores corporativos. Sin embargo, agregaré también, que sería erróneo concluir que debemos “abandonar el individualismo metodológico” (Schmitt y Marwell 1977:176) si queremos considerar a las organizaciones como actores en su propio derecho. Supongo que una adecuada teoría de las organizaciones las considera “actores corporativos” en más que un sentido metafórico, y tiene que mostrar cómo este hecho puede ser acomodado en base a la metodología individualista.” Aclara el investigador, que debemos “distinguir cuidadosamente entre dos clases de conceptos colectivos, tal los que se refieren a entidades colectivas organizadas, como empresas, universidades o gobiernos, y aquellas que se refieren meramente a categorías estadísticas o construcciones conceptuales como “los desempleados”, “los intelectuales”, “la clase trabajadora” o “la humanidad”. En contraste con lo anterior, éstos últimos simplemente no existen como unidades organizadas, equipadas con un aparato para la acción concertada”.

Yendo al plano del derecho, se nos presentan colectivos u organizaciones estructurales o sistemas de derecho, que no solo actúan como “personas jurídicas” sino que se presentan en otros sectores del Derecho Privado: por ejemplo los “contratos asociativos” o los fideicomisos o los fondos comunes de inversión; ellos son organizaciones colectivas que no tienen personalidad jurídica, pero de algún modo aparecen cohesionados en el derecho como una unidad operativa y jurídica, total o parcialmente.

Terminamos diciendo que estos temas, recién comienzan a tratarse. Pero ya visualizamos que las organizaciones empresarias son estructuras no íntegramente jurídicas, pues tienen elementos jurídicos junto a otros económicos, de ciencias de la administración, de teoría de la organización y similares.

Al cambio iniciado en el Derecho italiano en 1942, siguieron otros plasmados en el derecho privado que admitió Códigos unificados (Brasil, Perú, Paraguay) y también se ve a la empresa es en forma muy interesante tratada en las Constituciones del Perú y del Brasil. El cambio argentino, unificando el derecho privado civil y comercial es audaz y pretende ser el camino definitivo, pensando en obligar a los juristas a abandonar la división del derecho privado y a considerarlo como una unidad.

Ya hay iniciativas para realizar cambios al Código Civil y Comercial de la Nación, porque se plantea como evidente que necesita ajustes. Pero también es cierto que este será un camino sin retorno, ya que la unificación, que es perfectible y que necesita ajustes, es en la Argentina, a nuestro parecer, un futuro definitivo.

La modernización del Derecho Mercantil en el Perú

Esteban Carbonell O'Brien*

Title: *Modernization of Commercial Law in Peru.*

Resumen:

A través del tiempo ha existido comercio, el cual se dio por necesidad de saciar necesidades básicas. La importancia del comercio es que tiene mucha relación con el derecho, pero esta relación no fue tan notoria en la época romana. Ya que las relaciones comerciales se regían por el Ius Civile, y no por un marco normativo propio de dicha naturaleza comercial. El derecho comercial, propiamente dicho se dio posterior a la caída de Roma, con el inicio del feudalismo. Este derecho emergente se llamó Ius Mercatorum, que se encontraba en las costumbres comerciales y los tribunales comerciales en los cuales se solucionaban los problemas que había entre comerciales. El derecho comercial está bajo guiado bajo la Lex Mercatoria, que era un derecho universal en la edad media. Al pasar el tiempo el derecho comercial paso de ser un derecho universal a ser nacional, con el creciente poder que llegaron a tener los monarcas. La codificación del derecho comercial se dio con el Código Napoleónico, este código fue de exportación. En el Perú el derecho comercial se dio desde la colonia que acogían las normativas de Las Ordenanzas de Bilbao y el Código de Comercio Español de 1829. Ya con la emancipación se da un nuevo Código de Comercio promulgado el 15 de febrero de 1902. Los principios generales que rigen al derecho comercial en el Perú, la eficacia que tienen en las relaciones comerciales. El derecho comercial peruano a pesar de tener su propia codificación, no todos los actos comerciales están en éste. Porque el código civil regula algunas instituciones comerciales. Además, el cambio del Código de Comercio al Código de Sociedades y Empresa. La importancia de la jurisprudencia en los vacíos legales y su relación vinculatoria.

* Doctor en Derecho (España). Catedrático universitario. Miembro Fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Miembro de INSOL

Por último, los esfuerzos para unir el derecho comercial, regresando a un tipo de Lex Mercatoria, y los beneficios que generan hoy en día.

Abstract:

Thoughtout time, there has been trade, which took place to satisfy basic needs, as a consequence of surplus. As time went by, the coin was created as a tool to ease the merchandise exchange. The importance of trade is that it has much to do with law, but this relationship wasn't so noticeable in the Roman era since trade relations were governed by the Ius Civile, and not by a proper regulatory framework for such commercial nature. Commercial law took place after the fall of Rome, with the beginning of feudalism. This emerging right was called Ius Mercatorum; comercial customs and commercial courts in which problems between traders were solved, took place in that time. Commercial law is under the Lex Mercatoria, it was a universal right in the middle age. As time passed by, comercial law went from being a universal right to be national, with the growing power that owned the monarchs. The codification of comercial law started with the Napoleonic Code, this was an exportation code. In Peru, the commercial law started from colonial time when they housed regulations from Bilbao ordinances and the spanish commerce code of 1829. With the emancipation, a new Commercial Code was promulgated on February 15th, 1902. The general principles governing the comercial law in Perú had effectiveness in trade relations. Despite having its own coding, the Peruvian commercial law does not include all-commercial acts in it, because the civil code regulates some commercial institutions. In addition, the change of the Commercial Code to the Code of Companies and Business. The importance of jurisprudence in legal loopholes and hard-law relationships. Finally, efforts to link commercial law, returning to a type of Lex Mercatoria and beneficts generated today.

Palabras Clave: *Código de Comercio, Derecho Comercial, Derecho Civil, comercio, empresa, principios.*

Key Words: *Commercial Code, Commercial Law, Civil Rights, commerce, company, beginning.*

Sumario:

1.Introducción del derecho comercial en el mundo, 2.El Derecho Comercial en el Perú, 3.La Empresa en el Perú, 4.Los Principios Generales del Derecho Comercial, 5.La relación del Derecho Comercial con el Derecho Civil, 6.Jurisprudencia mercantil peruana, 7.Actualidad comercial en el Perú, 8.Los esfuerzos internacionales en busca de una unificación del Derecho Comercial.

1. Introducción del derecho comercial en el mundo

Hubo un tiempo en el cual no existía el comercio como tal, por ende tampoco había el dinero. Las necesidades más apremiantes como lo es la alimentación, el vestido y la habitación si existían, pero la dificultad que causaba el intercambio era notable, ya que las personas no sabían cómo medir el valor de su producto y como hacer equitativo tal intercambio, de ahí que nacen sistemas de medición, como lo son la mano, las pulgadas y continuamente la balanza; esto después es llamado el *"trueque"*– propiamente dicho el intercambio de bienes y servicios, sin la intervención del dinero. Esto se da, debido a que existe un excedente de un bien y puede intercambiarse por otro producto que posea otro individuo. Posteriormente apareció la moneda y se convirtió en el elemento principal de intercambio hasta nuestros días. Si bien es verdad, hubo comerciantes desde los tiempos más remotos, lo cierto es que las sociedades, pocas, y generalmente mal vistos, siempre actuaron dentro de sociedades donde otras actividades eran predominantes; por ejemplo, la agricultura. La importancia del comercio es porque este, está vinculado estrechamente con el derecho. La relevancia del comercio con incidencia jurídica, no fue mucha en la edad antigua, aunque este fue la gestación del derecho comercial ya que algunos pueblos se distinguieron en la antigüedad como pueblos comerciantes, ya fuera por su situación geográfica o su fuerza conquistador, tales como: caldeos, fenicios, griegos, asirios, chinos, persas, árabes, romanos, entre otros. Cabe resaltar que el pueblo griego generalizó el uso de la moneda acuñada y a ellos se le debe la Ley Rodia (de la isla de Rodas) que reglamenta el echazón (reparto de pérdidas ante un siniestro proporcionalmente entre interesados). Roma no conoció un derecho mercantil como rama

distinta y separada del tronco único del derecho privado (*ius civile*) dada la actividad del pretor. Además dichas sociedades se organizaron, en consecuencia, bajo la lógica normativa del agricultor, casi autosuficiente. Su derecho apuntaba, a proteger la propiedad y las relaciones jurídicas vinculadas a ella, por eso decimos que en el derecho romano no había un derecho comercial propiamente dicho, ya que esas relaciones se regulaban entre privados, además de ello no había una regulación corporativa mercantil, porque estaba marcada por el trabajo de los esclavos, que eran los que realizaban las compras y despachaban las tiendas, por lo que una legislación mercantil era considerada en muchos aspectos como superflua¹.

Pero, a partir del Siglo XI, cuando los caminos de Europa dejaron de tener el peligro al que los llevó la barbarie posterior a la caída de Roma, los comerciantes comenzaron no sólo a incrementarse explosivamente, sino adquirir prestigio, grandes riquezas y poder corporativo. Esto se contextualiza en siglo V de la era cristiana. La cual se caracterizó el enclaustramiento de la vida económica dentro de la villa o del feudo, se creó la figura del mercado como institución pública para realizar las transacciones comerciales (*lugar ad hoc*), posteriormente en el siglo XI se dio gran impulso al comercio y a la industria, por lo que se afirmó el establecimiento de los gremios comerciales, mediante la creación de la institución de los cónsules o juzgadores y, más tarde, de los estatutos de las organizaciones comerciales. En el siglo XI aparece el derecho mercantil italiano, pero no fue sino hasta los siglos XII y XIII, con la introducción de la brújula y la navegación, que se vive un gran auge comercial. En esta época destacaron las ciudades de Génova, Venecia, y Florencia, llevando su comercio hasta los países nórdicos, escandinavos y germánicos, pero especialmente, en el Mediterráneo, gracias a su relación con España y Francia².

¹ REHNE, Paul. Historia Universal del Derecho Mercantil. Pág. 56

² Quevedo Coronado, Francisco Ignacio. Derecho Mercantil. Tercera Edición. Pág. 6

Esto dio como consecuencia mercados seguros y ello ocasionó, posteriormente, que se creen más ciudades, dentro de las cuales comenzó a crearse una lógica normativa, en la cual la preocupación central ya no serían las relaciones de los hombres alrededor de la propiedad inmobiliaria, sino la vinculación con la propiedad mobiliaria. En la Edad Moderna, a partir del siglo XV cuando renace el comercio con las rutas abiertas a la navegación y se inicia, en forma franca, una corriente de legislación mercantil. Por ejemplo en Francia, en 1673, con Luis XV, se redactó la *Ordenanza del Comercio* que rigió hasta la época de la Revolución, fue la primera disciplina el derecho mercantil, aunque redactada de tal manera que dependía del derecho civil; en Suecia, el rey Carlos IX expidió, en 1667, una codificación mercantil; en Dinamarca, el rey Cristian V expidió otra en 1683; y en España, Las Ordenanzas de los Consulados de Sevilla, en 1539; y de Burgos, en 1553, así como las *Ordenanzas de Bilbao*. No fue hasta el siglo XIX cuando el derecho comercial se codificó en toda Europa. El Código de Comercio de Napoleón (1802) se extendió en aplicación a todos los países conquistados por él. Fue un código de exportación. De ahí se puede distinguir dos periodos bien diferenciados: el de su delimitación subjetiva como Derecho de los comerciantes en el tráfico, y el —que resultó infructuoso— de definir objetivamente su concepto; y que se corresponde respectivamente con la etapa que se desarrolla desde su nacimiento en el medioevo hasta la codificación de siglo XIX hasta nuestros días.

2. El Derecho Comercial en el Perú

Circunscribiéndonos a nuestra legislación; ésta se dio a partir de la etapa colonial, la legislación aplicada en el Perú estuvo constituida por la normativa española que, incluso, mantuvo su vigencia hasta muy avanzada la época republicana; pues con la declaración de la independencia no se rompió totalmente el sistema jurídico previo, sino solo en aquellos aspectos que entraban en contradicción con el nuevo poder constituido. Ya como República, el primer Código de Comercio peruano fue el 1853 que ha tenido dos influencias

fundamentales en su dación, así como en su sistemática normativa: *Las Ordenanzas de Bilbao y el Código de Comercio Español de 1829*³.

El Código de Comercio peruano —propriadamente dicho— fue promulgado el 15 de febrero de 1902 con el “Código de Comercio del Perú”, y entró en vigencia del 1° de julio del mismo año. Pero este código no fue más que una verdadera copia del Código de Comercio español de 1885⁴, excepto, aunque con algunos cambios importantes. No obstante, su parecido fue tan dominante que la Exposición de Motivos del Código Español se usó para los efectos de la fundamentación correspondiente. Hubo tres modificaciones sustanciales (comparándola con su modelo): “Tomó del Código Italiano la parte referente a las letras de cambio, el que, a su vez, se había inspirado en el derecho germánico que consideraba a la letra de cambio como un instrumento de crédito, mientras que el Código español de 1885, la letra de cambio es una expresión del contrato del cambio *trayectivo*” y del Código argentino, el título de rematadores y martilleros y el título de “Cuenta Corriente”. Desde sus inicios y durante su más de cien años en vigor se ha producido un desgajamiento de las distintas materias e instituciones que la integran a través de numerosas disposiciones dictadas durante el intervalo, tal caso, desde antaño, de las siguientes: *Ley N° 1378 sobre Responsabilidad de los Empresarios en la construcción y reparación de buques, por los accidentes de sus obreros y trabajadores; Ley N° 2259 sobre Transporte de Establecimiento comerciales e industriales; Ley N° 2411 de Hipoteca Naval; Ley N° 2763 de los Almacenes Generales de Depósito, certificado de depósito y warrant; Ley N° 6565 del Registro Fiscal de Ventas a Plazos; Ley N° 6606 de Reforma del Código de Comercio; Ley N° 7159 denominada*

³ León Montalbán, Andrés. Derecho Comercial en el Perú. Precisamente, las *Ordenanzas de Bilbao*, reformuladas en 1725 y confirmadas por Fernando VIII en 1814, rigieron en el Perú no obstante la declaración de independencia política, hasta el 15 de junio de 1853, en que se promulgó el primer Código de Comercio peruano. Posteriormente su vigencia fue parcial.

⁴ El decreto del 28 de febrero de 1898 había designado una Comisión para que adapte el Código de Comercio español de 1885 a nuestras costumbres mercantiles, forma de gobierno y organización de los juzgados y tribunales. La “adaptación” resultó siendo una copia; increíble, hasta los errores conceptuales y los yerros tipográficos fueron copiados.

Ley de Bancos; Ley N° 13253 del Contador Público Colegiado; Ley N° 16123 de Sociedades Mercantiles; Ley N° 16587 de Títulos Valores; Ley N° 17302 de Bolsas de Valores; entre otras normas que ya han seguido desde la década de los años 70⁵.

Tanto el primero como el segundo código de comercio quedaron desactualizados muy poco después de que se promulgaron. Este hecho se debe, como es por todos conocidos, a que los cambios económicos y sociales de nuestra época han sido tan rápidos que era imposible esperar que las normas codificadas pudieran durar mucho tiempo sin quedar obsoletas. Los cambios han sido tan rápidos que incluso los proyectos elaborados por diversas comisiones tendentes a modernizar el Código, quedaban desactualizadas antes de convertirse en leyes.

Durante el siglo han ocurrido muy pocas sugerencias llevadas realmente adelante, concernientes a la reforma del Código de Comercio; tal vez la más destacadas ocurrió en 1929 con la Ley 6606 mediante cual, recogiendo un sentimiento unánime, se encargó su estudio a una Comisión compuesta de un magistrado designado por la Corte Suprema, un catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Marcos (UNMSM), un representante por cada una de las Cámaras Legislativas. La ley citada no tuvo ejecución ya que la Comisión no llegó a constituirse. A pesar de ello, los años sesenta hubo intención, aunque inicialmente soterrada, que poco a poco se fue extendiendo en el empresariado y en los gremios de profesionales, por modernizar la legislación mercantil y acabar con el vetusto Código de Comercio de 1902 copiado del español de 1885 el que a su vez tomó sus instituciones del Código Napoleón de 1807. Fue en la década de los años ochenta, con el Código Civil de 1984 que entre numerosas disposiciones comerciales se llevó los contratos mercantiles de Compraventa, Permuta, Mutuo, Depósito

⁵ Beaumont Callirgos, Ricardo. El Código de Comercio de 1902 y el Proyecto de Ley Marco del Empresario Aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso de la República. Pág. 128

y Finanzas⁶, y después con el fenómeno tecnológico e informático, los que terminaron por recomendar un Nuevo Código de Comercio Peruano, de avanzada, promotor, que abriera los caminos del desarrollo económico, o alienarnos en el moderno proceso mundial decodificador, consistente en no redactar un Código para la materia comercial, sino dejar que sea la legislación especializada en las distintas materias la que regule sus disposiciones.

Con respecto a esto, el maestro Joaquín Garrigues había dicho “en la época moderna, el Derecho Mercantil ya no es un derecho de comercio, sino un montón de las más heterogéneas materias”. Y los principales hechos que se han presentado con especial fuerza frente a los tradicionales conceptos del derecho mercantil codificado, han sido los siguientes: 1) El fenómeno empresarial, 2) La unificación de los contratos y las obligaciones civiles y mercantiles, 3) La institucionalización de la sociedad, 4) La desmaterialización de los títulos valores, 5) La “quiebra de la quiebra”⁷.

Estos hechos generaron un nuevo “Código de Comercio” real y compilado y las personas, las cosas y las relaciones, varían. Las personas se institucionalizan, las cosas se desmaterializan y la actividad tiende a proteger a nuevos sujetos: el consumidor y el trabajador. Por eso, nosotros, en el Perú, hemos entrado en una ruta decodificadora al crear nuevas y especiales leyes sobre sociedades, títulos valores, mercado de valores, libre competencia y defensa del consumidor, sistema concursal, micro y pequeña empresa, bancos, seguros, transporte, etc. Sin embargo, la empresa no está regulada de forma general, solo existe normas para la regulación de promoción de la actividad. No existe una regulación marco, que remplace el Código de Comercio en su labor reguladora de toda actividad empresarial,

⁶ Art. 2112° del Código Civil: “Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y finanzas de naturaleza mercantil se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio”.

⁷ Torres Y Torres Lara, Carlos. La codificación comercial en el Perú de un código “formal” a un código “real”. Pág. 586

con principios que corrijan el desvío normativo y de las normas por venir, normas que regulen en forma general al empresariado, el patrimonio empresarial (fondo de comercio), el registro, aspectos relacionados a la sociedad en general, cuando constituyan una empresa.

Respecto al extenso Código de Comercio de Cuatro Libros y 966 artículos, apenas quedan en vigor cinco contratos del Libro Segundo: *(I) Agencia y Comisión Mercantil, (II) Prenda, (III) Transferencia de créditos no endosables, (IV) Seguros, (V) Cuenta Corriente Mercantil, y el Libro Tercero, Comercio Marítimo*. Siguiendo la línea histórica, mediante la Ley 26595 del abril de 1996 el Supremo Gobierno constituye una Comisión Especial encargada de elaborar el Proyecto de Nuevo Código de Comercio peruano. La Ley 26751 concedió prórroga del plazo para la elaboración del mismo. Y fue la Ley 26936 la que dispuso que pudiera prepararse un Nuevo Código de Comercio o disposición legal que lo sustituyera, así nacieron las ideas de un Código de la Empresa, una Ley General de la Empresa, un Código de Comercio– en los cuales se encuentre los Principios Generales–, una Ley del Empresario– Principios Básicos, hasta se arribó a una Ley Marco del Empresario⁸. Años más tarde, se trabajó en la Cámara de Comercio de Lima⁹, un Proyecto Alternativo el que, por su modernidad, experiencia y universo de asuntos aprobado por la Comisión de Justicia, y este contó con dos proyectos, uno redactado por los años 1995 a 1998 y otro, entre los años 2001 a 2002. Revisados los dos proyectos, CRC y CCL, entre ellos se encuentran diferencias formales (estructura del documento), y de fondo (concepto distinto acerca del modo de definir o describir algunas instituciones y/o insistencias de

⁸ Beaumont Callirgos, Ricardo. El código de comercio de 1902 y el proyecto de la ley marco del empresario aprobado por la comisión de justicia del congreso de la república. Pág. 131

⁹ Participaron un número significativo de los mismos juristas que estuvieron en los debates y redactaron el proyecto solicitado por la primigenia Ley 26958 presentando al Pleno por la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República. Intencionalmente, se invitó a los mismos, que naturalmente domiciliarán en Lima. Esta Comisión que presentó un Proyecto Alternativo estuvo copresidida por los doctores Ricardo Beaumont Callirgos, Jorge Muñoz Siches (ex congresista y justamente presidente de la Comisión de Reforma de Códigos) y Pedro Flores Polo, Director Institucional de la Cámara de Comercio de Lima.

algún grupo en incluir o excluir determinados libros, secciones, títulos o capítulos). En cuanto a lo formal o estructura del documento, el de la Comisión de Reforma de Códigos, CRC, presenta el siguiente esquema: *Título Preliminar, Cuatro Libros: I. Empresa, II. Empresario (incluye acá el Fondo Empresarial), III. Contratos de Colaboración Empresarial (Asociación en Participación, Consorcio y Riesgo Compartido), IV. Contabilidad y Disposiciones Complementarias. El de la Cámara de Comercio de Lima, CCL, presenta la siguiente estructura: Título Preliminar, Nueve Libros: I. Empresa, II. Fondo Empresarial, III. Actividad Empresarial, IV. Empresario, V. Contratos asociativos (solo Asociación en Participación y Consorcio), VI. Contabilidad, VII. Consumidor y Usuario, VIII. Organismos Privados Promotores de la Actividad Empresarial, IX. Actividad Empresarial Internacional y Disposiciones Finales.*

En la CCL, incluye dentro del concepto de empresario a toda persona natural o jurídica que explota un patrimonio o fondo empresarial, asumiendo el riesgo de su actividad, persiga o no fin de lucro y lo reconoce como tal. También identifica, define y regula la situación de los “cónyuges empresarios”, de las “uniones de hecho” (artículo 326 del Código Civil), de las sociedades irregulares o de facto, de los contratos asociativos y de las mismas sucesiones indivisas, todos los cuales al realizar una actividad económica con sentido empresarial son y deben ser considerados realmente empresarios y por ende, incluidos en esta Ley Marco. En tanto al proyecto de la Ley Marco del Empresario, LME, que desplaza el Código de Comercio de 1902, y solo se ha mantenido en vigor tres instituciones: i) los Contratos de Agencia y Comisión Mercantil, ii) el Contrato de Seguros, iii) el Libro III, sobre Comercio Marítimo. Las novedades legislativas fueron la EIRL y los Contratos Asociativos de la Ley General de Sociedades se consideran incorporados a esta ley; la Prenda (mercantil) se regulará por la Cesión de Derechos del Código Civil; los dieciséis artículos del Contrato de Cuenta Corriente Mercantil se incorporan al Código Civil como artículos 1602° A a 160° P; se deroga el Código de Comercio de 1902 con expresa y puntual excepción de las tres instituciones antes mencionadas.

3. La Empresa en el Perú

Con referencia a la empresa, haciendo una breve rememoración del Código de Comercio de 1902, en cual el comerciante, era el centro— así como el principio y el fin del mismo. Y alrededor de él, comerciante, han de girar todas las instituciones; aun las sociedades y entre ellas la anónima, solo constituyen elementos marginales, pues el Código está diseñado para una sociedad de pequeños y medianos comerciantes que actúan de forma personal. La sociedad colectiva y la comandita no son más que contratos donde el “*compañero*” es comerciante con responsabilidad solidaria.

La sociedad anónima es nueva y solo una excepción, pues la actividad mercantil es fundamentalmente de carácter personal. Pero tomó otro rumbo desde la segunda Guerra Mundial, ya que las actividades económicas dominantes son realizadas por sujetos colectivos que conducen verdaderas “*instituciones*” conocidas como “*empresas*” a través de su tecnocracia.

En alusión al término “*empresa*”, utilizado desde el Código napoleónico ha pasado de referirse de una “*actividad*” para referirse hoy a una “*institución*”. En consecuencia, el panorama mercantil de la vida actual es totalmente distinto; por ello, se pasó de una economía de comerciantes individuales a una sociedad de empresas, manejados, o conocidas por sociedades de carácter fundamentalmente anónimo¹⁰.

La empresa, entonces, se convierte en el nuevo centro de la economía del país. Lo cual no es nuevo, lo que hace aún más innecesario el Código de Comercio de 1902. La empresa es reconocida así, como el nuevo eje de la economía a comienzos del siglo XX, las nuevas formas de producción (pasando de lo artesanal a lo industrial)

¹⁰ Torres Y Torres Lara, Carlos. La codificación comercial en el Perú de un código “formal” a un código “real”. Pág. 587

hicieron necesaria esta nueva estructura en la actividad económica, el comerciante como concepto es rebasado en una era de producción en masa; se necesita de una organización que lleve adelante la tarea de producir y poner los productos en el mercado, el comerciante no solo es el clásico colocador de productos, el intermediador entre la oferta y la demanda, sino que además, se convierte en el dueño de los medios de producción, convirtiéndose en un empresario industrial.

Esta nueva etapa, corresponde al surgimiento de la empresa, la cual el comerciante se convierte en empresario. Es por ello, que necesita de instrumentos jurídicos para desarrollar su actividad, ya no mercantil- dejando de lado solo su función intermedia-, sino una de contenido económico. Esto trae como consecuencia que nuestro derecho mercantil, peruano, pueda observar una evolución ante las exigencias de la realidad, acarreando cambios en materia de obligaciones, se necesita un derecho más flexible, no un derecho de contratos para realizar un solo acto y con solemnidades, sino un contrato que sirva para realizar varios y a su vez sea lo más simple posible, esto es, un contrato que le permitiera desarrollar económicamente la empresa.

La terminología de la palabra “*empresa*” usada en diferentes países de Europa, en referencia de esta Sola Cañizares nos comenta que los autores y las leyes no emplean una terminología uniforme lo que da a lugar a confusiones. Por ejemplo en Francia, la palabra empresa- en francés *entreprise*- figura en el Código de Comercio Francés y en otros códigos latinos que lo han limitado. Entre los códigos, el vocablo *empresa* figura con distintos significados. Así, en el Código español se menciona en sentido amplio de organización económica de varia índole y también en el sentido de compañía mercantil o como equivalente del establecimiento comercial. En el derecho francés, surgió a fines del siglo XIX la noción de *fonds de commerce* representando el conjunto de elementos constitutivos del instrumento de trabajo del comerciante- nombre, local, mercancías, clientela- y más tarde la de *achanlandage* como elemento incorporal de *fond de commerce* representado la atracción de la clientela.

En el derecho alemán, el Código de Comercio menciona empresa para la determinación de la comercialidad, con un criterio predominantemente subjetivo y también una noción equivalente al *fonds de commerce* francés; pero tanto la terminología del Código como la empleada doctrina, son imprecisas y ha evolucionado en los recientes. El vocablo *Unternehmen* es empleado generalmente para designar la hacienda. El vocablo *Betrieb* se utiliza también significando empresa y en la antigua terminología las expresiones *Geschoft* y *Handelsgeschaft* se usaban y se usan todavía para designar el conjunto de capital y trabajo para obtener un beneficio, y *Unternehmen* para indicar los medios empleados en tal actividad productiva, de suerte que el primer vocablo corresponderá más bien a la noción de empresa y el segundo al *fonds de commerce*¹¹.

4. Los Principios Generales del Derecho Comercial

Con respecto a los principios generales del Derecho de Comercio, Montero Aroca destaca como principios fundamentales de este tipo de procesos los siguientes: a) Supresión de formalidades y concesiones de facultades al juez para repelerlas, otorgándole un papel de director del proceso; b) Mayor flexibilidad en cuanto a la aplicación del principio de preclusión; c) Limitación o supresión de las apelaciones respecto de las resoluciones interlocutorias; d) Reducción de plazos; e) Predominio de la oralidad. En este sentido la rapidez en la solución de conflictos se convirtió en un elemento fundamental de la solución de controversias mercantiles, el procedimiento sumario de los tribunales eclesiásticos fue recibido en los mercantiles, en donde, como sostiene Szramkiewicz, la excepción dilatoria y la declinatoria de competencia no se podrían oponer por los comerciantes. Los plazos de ofrecimiento y rendición de pruebas habrían de ser asimismo, sumamente breves¹². Circunscribiéndonos a los principios en el

¹¹ Huerta Zapata, Alberto Michael. La unión del concepto de empresa en la legislación peruana. Tesis UNMSM. Lima-Perú 2006. Pág. 189

¹² Cruz Barney, Óscar. Derecho mercantil y jurisdicción mercantil: una relación necesaria. Pág. 234

Perú, estos implican una posición proteccionista para el comercio y para el acreedor, teniendo ellas por objeto, lograr rapidez en las actividades económicas en general.

Pero constituirán un gran exceso si es que no se hubiesen establecido paralelamente normas de equilibrio para las partes, en particular para el deudor. Dicha moderación la establece el Nuevo Código fundamentalmente a través de tres reglas de control, que son las siguientes: a) Control de la excesiva onerosidad: Principio por el cual en los contratos de prestaciones periódicas puede acudir al juez para solicitar una regulación justa por haberse producido situaciones extraordinarias e imprevisibles (artículo 1440 del Código Civil); b) Control de la lesión: Principio mediante el cual puede acudir al juez para que establezca un reajuste del precio cuando la diferencia con el valor real es mayor al 40% y siempre que simultáneamente exista aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de la otra parte (artículo 1447 y siguientes del Código Civil); c) Control de la contratación en masa: Principio por el cual se establece la intervención directa del Estado en la aprobación y/o regulación de las cláusulas generales de contratación o de los contratos por adhesión (artículos 1393, 1398 y siguientes del Código Civil). Estos mecanismos que se han insertado a nuestro Código Civil, respecto de temas mercantiles, de encontrar la función social del contrato y abandonar el concepto estricto e inflexible de que el contrato es ley entre las partes no importando las consecuencias injustas que pueda traer. Obviamente respetando la libertad de contratar y la libertad contractual que están prescritas en nuestro marco normativo, la primera en la Constitución Política del Perú de 1993 en artículo 62° y la segunda en Código Civil en el artículo 1354°.

5. La relación del Derecho Comercial con el Derecho Civil

Los cambios en el mundo, no solo trajo transformaciones en el Derecho Mercantil sino también en el Código Civil, en las normas referidas a las obligaciones, ante las exigencias empresariales, llegando

al punto de sugerir la unificación de obligaciones mercantiles y civiles¹³. Esto tiene como antecedente la promulgación del Código Civil (CC) de 1984, esto trajo como consecuencias que se hable acerca de la unificación del Derecho de los Contratos privados, sea como un hecho efectivamente consumado por ese Código con mayor a menor amplitud (según las distintas posturas doctrinales y metodológicas), sea como una tarea pendiente y más o menos deseable, pero aún por completar en toda su extensión. Por ejemplo, es un hecho que se ha eliminado la doble regulación, civil y mercantil, de algunos contratos típicos, tales como la compraventa, la permuta, los préstamos, el depósito y la fianza (Art. 2112 CC), y ha regulado en su artículo una serie de contratos más propios del ámbito mercantil, como lo son el suministro o el hospedaje¹⁴. Muchos autores van más allá, llegando incluso a que el art. 1353 CC habría derogado tácitamente muchas, sino todas, de las reglas mercantiles referidas a los contratos en general que se contienen en los Arts. 50 a 63 del Código de Comercio peruano (CdC): *“Dado que derecho comercial es una rama del derecho privado, y refiriéndose al artículo 1353 del Código Civil a los contratos de derecho privado en general, sin prever excepción alguna respecto de la naturaleza de éstos, pienso que se ha producido una derogación tácita de la Sección Cuarta del Libro I del Código de Comercio”*¹⁵.

En este sentido, el centro de la discusión gira en torno al art. 1353 CC, que dispone que “todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, queden sometidos a la regla generales contenidas” en la Sección Primera (“Contratos en general”) del Libro VII (“Fuentes de las obligaciones”) del CC, “salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada

¹³ Huerta Zapata, Alberto Michael. La inclusión del concepto empresa en la legislación peruana. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Véase: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/2247/1/Huerta_zapata.pdf

¹⁴ Torres Y Torres Lara, Carlos. “La codificación comercial en el Perú. De un código “formal” a un código “real”, en Libro *Homenaje a Ulises Montoya Manfredini*, Cultural Cuzco. Lima, 1989. Pág. 669 y ss. (Pág. 705-706)

¹⁵ De la Puente y La Valle, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Palestra. Lima, 2003. Tomo I. Pág. 174

contrato". De lo contrario solo podría hablarse de una regulación especial más no de un derecho mercantil, pues esto ya implica principios y reglas propias.

Esto se debe a que la clase mercantil desarrolló sus propios valores. A diferencia del pasado que sobrevaloró el "*cambio*" frente a la "*propiedad*", la "*ganancia*" frente a la "*ayuda*", la "*solidaridad*" frente a la "*mancomunidad*", etc. Estos elementos permitieron desarrollar las nuevas bases de la sociedad económica y jurídica. Esto se expresó en reglas diferentes en materia de obligaciones y de contratos expresados en dos códigos: el civil y el mercantil. Pero, como ya mencionamos líneas atrás, la mutua influencia de ambas llevó progresivamente a la unificación de las obligaciones y de los contratos en un proceso que los mercantilistas han llamado la "*mercantilización de derecho civil*" y los civilistas la "*civilización del derecho mercantil*". Aunque el fenómeno fue distinto en Europa que en América Latina y en particular en Perú.

En efecto, mientras en los países europeos los hechos empujaron a la norma, aquí las normas fueron propulsoras de los hechos. Esto se debió al mayor retardo que tuvo en América Latina la aparición del capitalismo. En el Perú, la "*mercantilización*" se ha producido en muchas normas. Por ejemplo, el artículo 2112 del Código Civil de 1948, aún vigente, que expresamente ha unificado los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza dentro de dicha codificación, derogando la parte pertinente del Código de Comercio. Y otras normas comerciales que están en la legislación civil son: (1) La mora automática sin la necesidad de intimidación. Esta es una típica norma de carácter mercantil (artículo 1333 del Código Civil); (2) La incorporación de la tradición de la propiedad por la tradición de los documentos representativos, también es una institución típicamente mercantil (artículo 103); (3) El establecimiento del poder irrevocable que tiende al principio comercial de protección del cambio o del comercio (artículo 153 del Código Civil); (4) El concepto de ejecución de la prenda por el propio acreedor sin acudir al juez, o mediante un procedimiento rápido, no hace más que proteger el

comercio prioritariamente frente a la propiedad (artículo 1069 del Código Civil); (5) La simplificación en general de la contratación que caracteriza precisamente a los negocios mercantiles; (6) El establecimiento de la protección al comercio más que a la propiedad, al incorporarse normas de protección a quienes adquieren objetos en una empresa comercial (artículo 1542 del Código Civil); (7) El cambio de la norma que se presumía que el mutuo era sin interés, por el principio de que todo mutuo se presume la existencia de un interés salvo pacto en contrario (artículo 1663 del Código Civil); (8) En igualdad sentido se modifica la presunción del mandato (artículo 1791 del Código Civil) en el sentido de ser oneroso y no gratuito como es la regla general del derecho civil; (9) La incorporación de nuevos contratos que son típicamente mercantiles como el suministro, hospedaje o leasing (artículo 1604, 1713 y 1677 del Código Civil); (10) La posibilidad de construir la hipoteca de empresas bajo la visión de la teoría 1103 del Código Civil¹⁶. Estos diez elementos han sido incorporados a la nueva codificación civil del Perú que fue promulgada en 1984, muestran la penetración del régimen de obligaciones y contratos de naturaleza mercantil en la codificación en la codificación civil y la tendencia a la unificación, absorbiendo el Código Civil algunas reglas y normas del derecho comercial por ser más ágiles para la vida actual, convirtiendo un derecho excepcional en un derecho, ahora común.

Haciendo uso del derecho comparado, vemos peculiar el caso de México, ya que ellos mantienen separados el derecho civil del derecho mercantil. Y lo justifican argumentando que el comercio se caracteriza como una actividad primordial de intermediación entre productores y consumidores, y está integrada por el conjunto de actos que el comerciante debe realizar para cumplir su función. Dichos actos, que asumen diversas formas, reclaman normas más estrictas que las del derecho civil; de ahí que se necesite un ordenamiento

¹⁶ Torres Y Torres Lara, Carlos. La codificación comercial en el Perú de un código "formal" a un código "real". Pág. 588

jurídico que responda a las anteriores exigencias y que, además, con independencia del derecho común, se ocupe de disciplinar a los comerciantes y a las actividades propias del comercio¹⁷. “El derecho mercantil, – menciona Pina Vina– constituye un sistema de normas que se contraponen al derecho civil, que es el derecho general o común; el derecho civil regula las relaciones jurídicas privadas en general, mientras que el derecho mercantil reglamenta una categoría particular de relaciones, personas y cosas: aquellas que la ley otorga la calidad de comerciantes”. Por todo esto en México diferencian– el Código Civil del Código Comercial– y lo han disgregado en dos códigos distintos y con principios propios.

En tal sentido ocurre algo similar en Colombia en materia de “Riesgo Contractual”. Por lo que, en su doctrina nacional incurre en afirmar que en materia de lo antes mencionado, el Código Civil y el Código Comercial acogen criterios generales distintos y opuestos (el *res perit creditori* en el ámbito civil, contrapuesto al *res perit debitori* en materia mercantil), se analizan separadamente las disposiciones civiles y las comerciales, para así identificar los parámetros normativos que corresponden a cada régimen contractual. En el ámbito civil se determina que el legislador acoge el *res perit creditori* para solucionar el problema del riesgo contractual que se deriva de extinción de una obligación con prestación de dar o entregar una especie o cuerpo cierto (Art.1607), y el *res perit debitori* en los demás casos (obligaciones con prestación de dar bienes no individualizados, de hacer y de no hacer).

De otro lado, en el ámbito mercantil se determina que el legislador acoge como criterio general el *res perit debitori*, aplicable a todo tipo de obligaciones, independientemente de su objeto o prestación (dar, entregar, hacer, no hacer), a no ser que una norma especial establezca una solución diferente. Pero la diferencia entre los regímenes civil y comercial en materia de riesgo se ilustra, en tanto, en

¹⁷ Quevedo Coronado, Francisco. DERECHO MERCANTIL. Tercera Edición. Pág. 4

que los contratos civiles el riesgo corre –en general– por cuenta del acreedor de la prestación sobrevenida imposible, quien tendrá que cumplir la contraprestación de su cargo, mientras que en los contratos mercantiles el riesgo se le carga por principio al deudor de la obligación extinguida, que por resultar liberado de la prestación de su cargo, no podrá exigir el cumplimiento de la contraprestación de cargo del acreedor¹⁸.

Para concluir, el criterio colombiano es la tradicional *res perit debitori*, razón por la cual, por regla general, el problema del riesgo contractual se soluciona mediante el *ipso iure* del contrato, con la consecuente liberación obligacional de ambas partes¹⁹.

6. Jurisprudencia mercantil peruana

Respecto de la relevancia y lineamientos jurisprudenciales del derecho comercial en el Perú tenemos algunos casos relevantes que han ayudado a facilitar la solución de los conflictos de carácter comercial, estos son precedentes jurisprudenciales son:



Corte Suprema-Sala Civil Permanente
Expediente: Casación 5357-2011 LIMA
[Obligación de dar suma de dinero]
Fecha de vista de la causa: 19 de marzo de 2013
Fecha de publicación en El Peruano: 02 de diciembre de 2013

En el cual se crea un precedente, que es de la ***“CONSIGNACIÓN DEL D.N.I. COMO REQUISITO ESENCIAL DE LA LETRA DE CAMBIO”***.

¹⁸ Ghersi, Carlos Alberto. *Obligaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1994. Pág. 13

¹⁹ Gómez Vásquez, Carlos. *El riesgo contractual en los Códigos Civil y de Comercio colombianos. Análisis dogmático de la normativa vigente*. Pág. 107

La consignación del D.N.I. en la letra de cambio constituye un requisito esencial del mismo, su inobservancia acarrea la invalidez del documento como título valor.

[DATOS GENERALES DEL PROCESO]

Recurso:	Casación
Recurrente:	Roxana Yovana Arana Serpa y Ruth María Fátima Barrientos Aguilar de Riveros
Demandado:	Sucesión de Guillermina Cárdenas Linares
Pretensión:	Obligación de dar suma de dinero
Decisión:	Infundada los recursos de casación interpuestos por Roxana Yovana Arana Serpa y Ruth María Fátima Barrientos Aguilar de Riveros; No casaron la sentencia de vista

[DESCRIPCIÓN DEL CASO]

Recurso de Casación interpuesto contra sentencia de vista expedida por la Primera Sala con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la apelada en el extremo que declaró fundada la contradicción e improcedente la demanda de Obligación de Dar Suma de Dinero; y, reformándola la declara improcedente. El recurso de Casación ha sido declarado procedente por la Sala Superior bajo las causales de infracción normativa material y procesal.

La demandante pretende se le pague el importe con los intereses pactados contenidos en las letras de cambio materia de autos. Por otra parte, la curadora procesal de la sucesión de Guillermina Cárdenas Linares argumenta su contradicción alegando la nulidad formal del título, dado en que estas letras de cambio no contiene la identificación del girado, requisito esencial para la validez de dicho título.

[REFERENCIAS NORMATIVAS]

Artículos 119° y 120° de la Ley 2787

[DECISIÓN]

FUNDADOS los recursos de casación, interpuestos por Roxana Yovana Arana Serpa y Ruth Maria Fátima Barrientos Aguilar de Riveros, respectivamente; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista que confirma la sentencia apelada en el extremo que declara fundada la contradicción e improcedente la demanda; nula el extremo que dispone la remisión de las copias certificadas de los actuados pertinentes al Ministerio Público, con los demás que contiene. **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos por Roxana Yovana Arana Serpa con la Sucesión de Guillermina Cárdenas Linares y otro, sobre obligación de dar suma de dinero.



Corte Suprema-Sala Civil Permanente Expediente: Casación 323-2012 LIMA [Tercería de propiedad] Fecha de vista de la causa: 23 de abril de 2013 Fecha de publicación en El Peruano: 28 de febrero de 2014
--

En el cual se crea un precedente, que es de la **“COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN LA TERCERÍA DE PROPIEDAD”**. La competencia del Tribunal Arbitral para conceder de las demandas de Tercería de Propiedad en los supuestos a que se refiere el numeral 4 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1071, que norma el Arbitraje. Es posible que en determinadas situaciones se justifique la interposición en sede judicial de una demanda de tercería de propiedad para levantar una medida cautelar solicitada a una autoridad judicial antes de la constitución de un Tribunal Arbitral no será

posible jurídicamente que el órgano judicial expida resolución que deje sin efecto la medida cautelar dictada por el Tribunal Arbitral o por el órgano judicial. La demanda de tercería de propiedad presentada al Tribunal Arbitral por un tercero que no suscribió el convenio arbitral, no debe interpretarse que constituye un consentimiento de éste a la “jurisdicción del arbitraje”. La jurisdicción civil se debe fijar conforme a las reglas de atribuciones de competencia civil.

[DATOS GENERALES DEL PROCESO]

Recurso:	Casación
Recurrente:	Preludio S.A.C.
Demandado:	Grupo Innova S.A.C. y otros
Pretensión:	Tercería de propiedad
Decisión:	Infundado el recurso de casación interpuesto por Preludio S.A.C.; No casar la resolución de vista.

[DESCRIPCIÓN DEL CASO]

Recurso de Casación interpuesto contra la resolución de vista expedida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la apelada declara Improcedente la demanda de tercería de propiedad. El recurso de casación ha sido declarado procedente por la Sala Suprema bajo las causales de infracción normativa material y procesal.

El demandante tiene como objeto obtener la desafectación o el levantamiento del embargo en forma de inscripción de los inmuebles de su propiedad, que se encuentren y forman parte del terreno y edificación sobre los cuales los demandados han registrado la cita medida cautelar a fin de garantizar lo que se decida en un proceso arbitral que tienen con el co-demandado y del cual el demandante no es parte.

[REFERENCIAS NORMATIVAS]

Artículos 3°,5°,9° del Código Procesal Civil
Artículos 3° y 47° Numerales 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo
N.º 1071

[DECISIÓN]

INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandante Preludio S.A.C., corriendo de fojas doscientos diez; en consecuencia, NO CASAR la Resolución de Vista de fojas ciento ochenta y nueve, de fecha dieciocho de octubre de dos mil once, emitida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada que declara improcedente la demanda.

DISPONE la publicación de esta resolución en el diario oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los que sigue Preludio S.A.C. con John R. Norton y otros sobre tercería de propiedad.



Corte Suprema-Sala Civil Permanente Expediente: Casación 2109-2012 LIMA [Nulidad de Acuerdo Societario] Fecha de vista de la causa: 17 de enero de 2013 Fecha de publicación en El Peruano: 02 de enero de 2014

En el cual se crea un precedente, que es de la **“APLICACIÓN DE LOS FINES DEL PROCESO PARA LA DETERMINACIÓN DEL PLAZO DE CADUCIDAD ANTE LA INVOCACIÓN DE INVALIDEZ DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS”**. Si bien la demanda se sustenta en un supuesto de nulidad de acuerdo societario, no obstante, estando a los fundamentos fácticos de la demanda y de conformidad con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, se desprende que el proceso versa sobre impugnación de acuerdos societarios,

por lo que resulta de aplicación los alcances del artículo 142 de la Ley 26887 sobre caducidad de la impugnación.

[DATOS GENERALES]

Recurso:	Casación
Recurrente:	LUSTA S.A. y Guillermo Dasso Leguía
Demandado:	Sociedad Minera Puyuhuane S.A.C. y otro
Pretensión:	Nulidad de Acuerdo Societario
Decisión:	Infundado el recurso de casación interpuesto por LUSTA S.A. y Guillermo Dasso Leguía; No casaron la sentencia de vista

[DESCRIPCIÓN DEL CASO]

Recurso de Casación ha sido declarado procedente por la Sala Suprema bajo las causales de infracción normativa material y procesal.

Los demandantes pretenden que se declare la nulidad de los acuerdos materia de autos, indicando que se ha trasgredido lo prescrito por el artículo 245 de la Ley de General Sociedades, ya que se omitió las formalidades que la norma establece. Por otra parte, el emplazado deduce la excepción de caducidad invocando el artículo 142 de la citada Ley.

[REFERENCIAS NORMATIVAS]

Artículo 142° y 150° de la Ley 26887, Ley General de Sociedades.

[DECISIÓN]

INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por los demandantes Lusta S.A. y Guillermo Dasso Leguía, en consecuencia, **NO CASARON** la resolución de segunda instancia expedida por la

Segunda Sala Civil, Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a la ley; en los seguidos con la Sociedad Minera Puyuhuane S.A.C. y otro, sobre la nulidad de acuerdo; notificándose y devolvieron.

7. Actualidad del Derecho Comercial en el Perú

En la actualidad peruana, en el derecho comercial, tenemos una importante modificación de parte del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) que enmienda el Reglamento de Factura Negociable. El 24 de abril del 2016 que fue publicado en “El Peruano”, diario oficial del país, el D.S. N° 100-2016-EF, el cual modifica el Reglamento de la Ley N° 29623, Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial, aprobado por DS N° 208-2015-EF. Las tres principales modificaciones reglamentarias son: 1) *Anotación en cuenta*: El proveedor o legítimo tenedor que opte por transformar la factura negociable, en un valor representado mediante anotación en cuenta, debe registrar el título, ante una Institución de Compensación y Liquidación de Valores (CAVALI²⁰); y comunicar al adquiriente, dentro de los 3 días hábiles de ocurrido dicho registro. 2) *Requisitos para el mérito ejecutivo de la factura negociable*: El protesto o la modalidad sustitutoria debe realizarse dentro los 15 días posteriores al vencimiento. En el caso de factura negociable representada mediante anotación en cuenta, la constancia de inscripción y titularidad (certificado de acreditación) emitida por CAVALI tiene mérito ejecutivo, sin requerir de protesto. CAVALI debe comunicar por medios electrónicos a las entidades que administren el Registro Protestos y Moras (Cámara de Comercio de jurisdicción), la relación de las constancias de inscripción y titularidad emitidas durante el mes calendario inmediato anterior, a más tardar dentro los 5 primeros días del mes

²⁰ Como se sabe, Cavali es la entidad que se encarga del registro, transferencia, custodia y liquidación de valores.

siguiente. 3) *Presunción de conformidad*: El adquirente se encuentra obligado dejar constancia de la entrega de la factura negociable en el propio documento y en la misma oportunidad en que le es presentada por el proveedor, e indicar adicionalmente la información de su personal de contacto autorizado y una dirección de correo electrónico oficial o similar a la que el proveedor debe dirigirle las comunicaciones respecto a la transferencia por endoso o transferencia contable de la factura negociable. 4) *Transferencia y pago de la factura negociable*: Las transferencias de la factura negociable efectuadas mediante endoso debe ser comunicada al adquirente dentro los 3 días hábiles de ocurrida dicha transferencia. Si por cualquier motivo, luego del endoso y no obstante la comunicación, recibiera el proveedor el pago de la factura negociable, debe entregar de inmediato de íntegro recibido, al legítimo tenedor. 5) *Empresas del sistema financiero y factoring*: Las empresas del sistema financiero, o las empresas de factoring, están facultadas mantener la custodia temporal de las facturas negociables en el marco de las modalidades de financiamiento que realicen. 6) *Entrega de la factura negociable*: Se precisa que la “entrega de la factura negociable” consiste en su presentación por el proveedor al adquirente, para que éste deje constancia de la fecha de dicha presentación en el mismo momento que se entrega la factura comercial de la cual se deriva la factura negociable.

8. Los esfuerzos internacionales en busca de la unificación del Derecho Comercial

Hoy en día se ve una orientación, tanto económica como política, en unificar los mercados.

Consecuencia de ello, nos trasladamos de un campo político-económico a uno jurídico, ya que esto nos dará una visión de hasta dónde puede llegar nuestra legislación y la forma que regula las relaciones comerciales –en esta etapa de globalización– y sus tratativas de soluciones. Y examinar si el Código Civil y Código Comercial, son suficientes para la regulación de contratos de empresas que se

encuentran en países distintos y que mantienen una relación de comercio en sus distintas modalidades y si estos dan una solución a los problemas que hoy se suscitan en el mercado.

Comenzaremos por referirnos al Código Civil, que si bien regula algunas instituciones del derecho comercial peruano, esta es una norma marco para todas relaciones de derecho privado y esto significa que abarca una dimensión más grande que comprende relaciones jurídicas tanto patrimoniales como extramatrimoniales. Y el Código Comercial solo se delimita a las normas de empresa y sociedades. Esto genera una preocupación por parte del comerciante, porque sus relaciones comerciales no se circunscriben al ámbito nacional sino también al internacional y nuestras normas no contemplan algunas instituciones que otros cuerpos jurídicos extranjeros sí lo hacen.

Por estas implicancias el Derecho Privado, a nivel mundial, ha evolucionado de tal manera, que últimamente ha obtenido muchos adeptos, trayendo consecuencias que este derecho traspase fronteras, regresando históricamente a la llamada *lex mercatoria*, cuando era un derecho universal y no tenía una implicancia nacional. Sin embargo, otros prefieren llamar a esta derecho como derecho transnacional (*transnational law*); así como derecho internacional (*internacional law*), pese a que esta última denominación puede generar un yerro con el derecho internacional público, el cual estudia el comportamiento y la regulación entre Estados y otros sujetos internacionales. Remontándonos a *lex mercatoria*, esta se dio en la Edad Media, como sabemos –por historia– esta era un derecho de juristas atentos a la voz del pueblo, o sea un sistema jurídico creado por personas que tienen el derecho como ocupación formal, que construyen y organizan el orden jurídico como una cadena de conceptos, pero que toman como fuente no la norma emanada del poder político, sino sobre todo el Derecho Consuetudinario, es decir, que surge de la idiosincrasia de cada pueblo. Y como en la edad media no existía Estados como hoy los conocemos, si no que la autoridad y el poder se encontraban dispersos en bastos géneros de poder locales, gremiales y eclesiásticos. Por ello, no fue sorprendente que reaparezca

el comercio a distancia que había sido carente desde la época romana, tendiendo a crearse una hegemonía comercial. Consecuencia de ello, se manifestó un derecho apropiado a esta nueva etapa. Este tráfico comercial creciente va a construir las columnas del comercio internacional dentro de este proceso histórico.

Sin embargo, el proceso evolutivo social-histórico cambia frente a la Cristiandad, esto se da con el protestantismo lo cual causa la división de Europa; consecuencia de ello, las relaciones internacionales se desplazan a un plano político y producto de ello nace el Derecho Internacional, valga la aclaración, el derecho que regula la relación entre Estados. A partir de esto, se genera una relación entre Estado y el mundo del comercio. Pero este Estado necesita crear las condiciones generales y seguridad del movimiento comercial, a consecuencia de ello este tiende a someter y reducir la libertad. A pesar de ello, hoy en día, no implica que haya desaparecido la *lex mercatoria* –como derecho universal de comercio.

Por el contrario, se ve que la relación de política y economía se han separado, en comparación con siglos anteriores, y cada uno ha tenido un desarrollo independiente, por el mismo hecho que ambas han desarrollado fundamentos y bases ideológicas autónomos. Pero no significa que se opongan entre sí; más bien tienen una estrecha relación– y algunos doctrinarios dicen que es una especie de amor y odio. Y se evidencian en corporaciones que no operan a nivel nacional solamente sino también en distintos países. Esto se da por el cambio económico en la gran mayoría de países, que adoptan una economía liberal, es decir capitalista. Donde los protagonistas principales son las grandes empresas transnacionales, que por el hecho de tener sus empresas disgregadas en distintos países no se someten a un único ordenamiento jurídico. Pero muchas veces esto genera una dificultad para ejercer el comercio o solucionar sus problemas. Todo esto hace que estos comerciantes, en calidad de empresarios, estén condicionados a ir más allá del derecho nacional, esto es lo que caracteriza al derecho moderno, que ha sido muy influenciado por la globalización.

Trayendo una vieja institución mencionada antes, la *Lex Mercatoria* de la era medieval. Estos comerciantes se han amparado en el derecho internacional, para crear normas, jurisprudencia y doctrina para proteger sus intereses del abuso de la ley nacional y de las autoridades del lugar, por la incertidumbre que genera esas instituciones frente a sus necesidades y expectativas. Ya que el derecho internacional, reformada a partir de la globalización, considera al comerciante extranjero (inversionista) que viene a arriesgar su capital a un país que no es el suyo como una parte débil y de inferior capacidad, por el hecho de que no pueda ser tratado de igual manera que un nacional o que se genere cierto abuso hacia él. Pero no todo el esfuerzo de tener un Derecho Comercial universal ha sido impulsado por los particulares, sino también se debe al esfuerzo de los Estados en facilitar esta medida, suscribiendo tratados con el objeto de facilitar el comercio tratando de generar un derecho uniforme. Así se desprende de los tratados unilaterales como los multilaterales, los cuales son aplicables a las relaciones comerciales y a la solución de conflictos transnacionales²¹.

Pero la doctrina y jurisprudencia han ido más lejos: los tribunales CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), institución del Banco Mundial, y los tratadistas han considerado que el Derecho Internacional no solo se aplica cuando no hay pacto expreso entre las partes, sino también cuando las partes hayan pactado someterse a una determinada ley nacional. En este sentido, los tratados de libre comercio (TLC) no solo sirven para unir a los países en una relación comercial, también dan las pautas para las posibles soluciones de conflictos, en caso se generen. Por ello, se dice que esta necesidad de uniformidad del Derecho Mercantil Internacional, es parecida a la necesidad de los comerciantes de la edad media de tener normas comunes o compartidas para las transacciones de dicha época. Por ejemplo, si se suscita un problema

²¹ Trazegnies Granda, Fernando. ¿Lex mercatoria rediviva? Primera parte: de la edad media a la posmodernidad. Pág. 29

comercial, el incumplimiento de un contrato de compraventa de motos y los empresarios, uno de Perú y otro de Colombia, no saben a qué jurisdicción someterse; con las pautas internacionales este tipo de controversias se resolverían de igual manera, no importando la nacionalidad de algunos de estos. Porque el juez tanto peruano o colombiano aplicarían la norma o tratado uniforme.

Bibliografía:

Rehne, Paul. Historia Universal del Derecho Mercantil. Editorial de derecho reunida S.A.

Quevedo Coronado, Francisco Ignacio. Derecho Mercantil. Tercera Edición.

León Montalbán, Andrés. Derecho Comercial en el Perú. Véase: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6342>

Beaumont Callirgos, Ricardo. El Código de Comercio de 1902 y el Proyecto de Ley Marco del Empresario Aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso de la República. Véase: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1055a80046d48654a690a744013c2be7/88codigo_comercio.pdf?MOD=AJPERES

Torres y Torres Lara, Carlos. La codificación comercial en el Perú de un código “formal” a un código “real”. Véase: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/640/31.pdf>

Huerta Zapata, Alberto Michael. La unión del concepto de empresa en la legislación peruana. Tesis UNMSM. Lima-Perú 2006. Pág. 189. Véase: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/2247/1/Huerta_za.pdf

Cruz Barney, Óscar. Derecho mercantil y jurisdicción mercantil: una relación necesaria. En Estudios en Homenaje a la Maestra Marta Morineau, Coord. Nuria Gionzález M., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, 2 tomos.

De la Puente y La Valle, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Palestra. Lima, 2003. Tomo I.

Quevedo Coronado, Francisco. Derecho mercantil. Tercera Edición. Editorial Pearson Educación, México, 2008.

Jurisprudencia mercantil.

Véase: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/da31578047420883b8c3fe0b69dcafad/4.+Derecho+Comercial+y+Contencioso+Administrativo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=da31578047420883b8c3fe0b69dcafad>

Trazegnies Granda, Fernando. ¿Lex mercatoria rediviva? Primera parte: de la edad media a la posmodernidad. Revista Peruana de Arbitraje N° 3. Año 2003.

La interpretación de los contratos en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina

Gabriela Pamela Butti*

Resumen:

En el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, los contratos han sido divididos en tres grandes especies o tipos en relación a la forma en que se contrata: a). Contratos paritarios. b). Contratos por adhesión. c). Contratos de consumo. La clasificación anterior que presentaba el Código Civil de Vélez Sarsfield, no había contemplado los contratos de consumo y adhesión. Este trabajo hará énfasis en el análisis que el legislador le ha dado a estos contratos y su interpretación, con especial importancia en el análisis de las relaciones jurídicas contractuales que se generan entre las empresas y los consumidores de bienes y servicios¹.

Palabras claves: *Interpretación de los contratos- criterios de interpretación; contratos paritarios; contrato de consumo; contrato de adhesión; consumidores; derechos del consumidor; defensa del consumidor; acceso a la información; ley de defensa del consumidor 24.240; art. 42 cn; la publicidad; precio cierto; ley 4827 c.a.b.a; trato digno; equidad; cláusulas abusivas; contratos de distribución.*

* Abogada egresada en la Universidad de Buenos Aires. Diploma de honor. Docente de la Universidad de Buenos Aires. Maestranda en "Derecho Comercial y de los Negocios" (UBA).

¹ Para un estudio pormenorizado e histórico de la noción de empresa en el derecho italiano que resultará de suma utilidad e interés véase Galgano, Francesco "Derecho comercial", editorial Temis, Bogotá 1999, tomo I págs. 14 y 15.

Sumario:

1. La Interpretación de los contratos en el derecho Argentino;

1.1. Criterios generales de interpretación. Introducción; 1.2. Derecho Comparado; 1.3. Criterios de interpretación en nuestro ordenamiento jurídico; 1.4. Fuentes de Interpretación. Principio rector en materia de contratos. Principio de Buena Fe; 1.5. Las Reglas de Interpretación en materia de contratos; 1.5 a). Intención común; 1.5 b). Significado de las palabras; 1.5 c). Interpretación contextual; 1.6. El Principio de Conservación; 1.7. La Protección de la Confianza; 1.8. El Principio "Favor Debitoris" y la Equidad; 1.9. Libertad de Contratar

2. Contratos celebrados por adhesión y contratos de consumo;

2.1 Principio en los contratos celebrados por adhesión y consumo; 2.2 Contratos celebrados por adhesión; 2.2 a). Cláusulas abusivas; 2.2 b). Requisitos que deben reunir las cláusulas; 2.2 c). Cláusulas Particulares; 2.3 Interpretación de los Contratos de Adhesión; 2.3 a). Regla General; 2.3 b). Control de Incorporación; 2.3 c). Situación Jurídica Abusiva; 2.3 d). Límites a las Cláusulas Abusivas; 2.3 e). Control Judicial; 2.4 Contratos Conexos. Definición; 2.4 a). Interpretación de los Contratos Conexos; 2.4 b). Efectos de la conexidad contractual; 2.5 Contratos de consumo; 2.5 a). Definición del Contrato de Consumo en el Código Civil y Comercial Argentino; 2.5 b). Disposiciones aplicables a los Contratos Bancarios con Consumidores y Usuarios; 2.5 c). Relación de Consumo. Definición; 2.5 d). Interpretación del Contrato de Consumo; 2.6 Información dirigida a los consumidores; 2.6 a). Importancia de la información dirigida a los consumidores y usuarios de 2.6 bienes y servicios; 2.6 b). Publicidad; 2.6 c). Acciones; 2.6 d). Efectos de la Publicidad

1. La interpretación de los contratos en el derecho argentino

1.1 Criterios generales de interpretación. Introducción.

La interpretación de los contratos en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, ha seguido criterios generales que ya estaban en el anterior Código y en la evolución doctrinaria y jurisprudencial. No obstante, es muy importante consignar que el Nuevo Código tiene un campo de regulación mucho más amplio y por eso, hay que hacer algunas distinciones iniciales.

En el título introductorio se regula el ejercicio de los derechos introduciendo la regla de la buena fe (Art. 9)

En materia de Contratos, se regulan separadamente los que son celebrados entre partes iguales y los de consumo. Asimismo, se distinguen los celebrados por adhesión y los conexos.

Por lo tanto, el esquema en materia de interpretación es el siguiente:

- Los contratos en general deben interpretarse de buena fe (Art. 961).
- Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas tienen un régimen especial (Art. 987).
- Los contratos paritarios tienen las reglas generales de interpretación (Arts. 1061 y ss.).
- Los contratos conexos tienen una regla especial (Art. 1074).

- Los contratos de consumo tienen sus propias normas (Art. 1094 y ss.)

Uno de los aspectos más innovadores del Código es la fractura del tipo general del contrato, dedicando un título al contrato en general y otro título a los contratos de consumo. Es un método único en el derecho comparado y tiene un impacto directo en materia de interpretación.²

1.2 Derecho Comparado

En el derecho comparado hay distintos modelos. Una opción es mantener separadas ambas regulaciones. Es el criterio del Código de Consumo italiano (Decreto Legislativo nro. 206 del 6 de setiembre de 2005), del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias españolas (Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de noviembre de 2007) y del Anteproyecto de Reforma al Código Civil francés en el Derecho de obligaciones y el Derecho de la prescripción, dirigido por el profesor Pierre Catalá y presentado al Ministerio de Justicia en el año 2005, que tampoco incorpora la regulación de los contratos de consumo al Código Civil. Todos los Estados Partes del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela) así como todos los Estados Asociados (Bolivia, Chile, Perú, Ecuador y Colombia) tienen leyes del consumidor separadas del Código Civil. El comentario 2.^o al Preámbulo de los Principios de Unidroit señala el "propósito de excluir del ámbito de los Principios las llamadas operaciones de consumo".

Con otro criterio, la reforma del año 2002 al Código Civil alemán incorporó algunas normas aplicables específicamente al derecho del

² Lorenzetti, Ricardo Luis. "La interpretación de los contratos", Buenos Aires, publicado en la Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Contratos. Febrero 2015, pág 191. Cita La Ley online AR/DOC/237/2015

consumidor (definición de consumidores y profesionales, contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y a distancia, garantías en la venta de bienes de consumo) junto con otras propias del Código (condiciones generales de la contratación, morosidad en las operaciones comerciales, comercio electrónico). El Código Civil quebequés de 1991 incluyó disposiciones atinentes a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión (artículos 1432, 1437, 1438) así como a la responsabilidad de los intervinientes en el proceso de fabricación y comercialización de cosas muebles (artículos 1468 y 1469). El Código Civil holandés de 1992 reguló las condiciones generales de contratación (Libro 6, artículos 231 a 247), la responsabilidad por productos (Libro 6, artículos 185 a 193) y las exigencias en cuanto a la publicidad (Libro 6, artículos 194 a 196).

1.3 Criterios de interpretación en nuestro ordenamiento jurídico

En el ordenamiento jurídico argentino hay que considerar el rango constitucional de los derechos del consumidor, la amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina. Siguiendo estos lineamientos, es necesario no sólo avanzar en cuanto a la unificación de los contratos civiles y comerciales, sino también incorporar a los contratos de consumo.

La extensión del objeto regulatorio plantea problemas en cuanto a las distinciones y al modo en que se presentan.

Una posibilidad consiste en regular el contrato discrecional y dedicar algunos artículos relativos a los efectos que consideren la temática de los vínculos de consumo. Esta perspectiva fue adoptada en el Proyecto de 1998, pero la evolución que ha experimentado la materia desde entonces impide este abordaje, ya que la amplitud de la definición de la relación de consumo existente hace que los contratos de consumo constituyan un ejemplo de la fragmentación del tipo general.

La alternativa contraria consiste en establecer una regla que aplique el principio protectorio de modo general, como si todos los contratos sean de consumo. También es inconveniente, porque se distorsiona gravemente el sistema y sería inadecuado aplicar este régimen a la contratación entre empresas para la construcción de un puente o el desarrollo de tecnología, o el aprovisionamiento, o cualquier otro vínculo semejante. En todos estos casos subsiste la necesidad de preservar la autonomía privada, como es consenso mayoritario en el país y en todo el derecho comparado. Tampoco puede seguirse un criterio cuantitativo que lleve a la conclusión de que, si se celebran más contratos de consumo, estos constituyen la regla general, porque ello no es así en ningún sistema de derecho comparado ni podría serlo. La diferenciación es argumentativa, valorativa y basada en principios, pero no en cantidades que pueden variar sensiblemente.

En la jurisprudencia, el principal problema es que se terminan aplicando principios protectorios propios de la tutela del consumidor a los contratos de empresas, con deterioro de la seguridad jurídica. En la doctrina, hay muchos debates derivados de la falta de una división clara en la legislación. Los autores más proclives al principio protectorio hacen críticas teniendo en mente al contrato de consumo que pretenden generalizar, mientras que aquéllos inclinados a la autonomía de la voluntad, principalmente en materia comercial, ven una afectación de la seguridad jurídica. El problema es que hablan de objetos diferentes.

En virtud de todo ello, corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia.

Es necesario, entonces, regular tanto los contratos civiles, como los comerciales y de consumo, distinguiendo el tipo general del contrato de consumo.

1.4 Fuentes de Interpretación. Principio rector en materia de contratos. Principio de Buena Fe.

La fuente de interpretación permite desentrañar el contenido de la regla contractual, que puede ser extendida por la buena fe.

En este sentido, el Código dispone (Art. 961) que "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor". Esta norma se corresponde con la que existía en el Código derogado, (Art. 1198) que decía "los contratos deben... interpretarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión".

Es decir que el acto interpretativo se refiere a la intención común de las partes conforme a la buena fe y a lo que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor³. La buena fe, el modelo del contratante son auxilios del intérprete en caso de duda y su significado surge de las prácticas y usos contractuales en el tipo de contrato de que se trate.

El intérprete puede aplicar esta cláusula general incorporando un elemento objetivo de carácter normativo, ya que es un deber ser⁴.

³ Alterini, Atilio A. "Contratos Civiles, comerciales, de consumo, Teoría general" Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, año 1998, pág. 411.

⁴ CNCiv, Sala E, "Sporati, Marcelo g.c Bertani de Roma, S", La Ley, 21 de agosto de 2002, pág. 9.

En los celebrados por adhesión, no se refiere a la intención común, porque hay una parte que predispone.

1.5 Las reglas de interpretación en materia de contratos

1.5 a). Intención Común

"El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe" (Art. 1061 CCyC). La primera regla manda establecer la intención común de los contratantes.

En Código anterior se disponía: "debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos" (Art. 218, inc. 1.º, Cód. Com.)⁵ o que ha sido confirmado por la jurisprudencia al decir que "la literalidad del texto contractual no descarta la investigación de la voluntad real de las partes, siendo relevantes para ello la intención y la finalidad de los contratantes; es decir, debe tenerse en cuenta la clara intención de ellos, más allá de la literalidad⁶.

En los casos en que no es posible determinar la voluntad común, hay que recurrir a fuentes alternativas, siendo la tendencia más generalizada la de utilizar un estándar, que es el de la buena fe.

1.5 b). Significado de las palabras

El Código dispone (Art. 1063). "Significado de las palabras. Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos

⁵ Regla 1º POTHIER, recogida por el artículo 1156 del Código Civil Francés.

⁶ (CSJN, Fallo 311:1556)

para la integración del contrato. Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta".

En materia de integración del contrato se dice (Art. 964 CCyC) que "El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable".

1.5 c). Interpretación contextual

El Código dispone (Art. 1064) que "Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto".

Las distintas cláusulas deben ser interpretadas armónicamente porque constituyen un sistema indivisible, lo que ya estaba previsto en el Código derogado (Art. 218, inc. 2.º, Cód. Com.).

Es un criterio tradicional, que ya estaba en la Regla 6.^a de Pothier, "se debe interpretar una cláusula por las otras cláusulas contenidas en el acto, ya precedan o sigan a dicha cláusula", en el Código Civil Francés (Art. 1161), en el Código Civil Italiano (Art. 709) y en las reglas de Unidroit (Art. 4.4).

1.6 El Principio de Conservación

El Código establece (Art. 1066) "Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato".

La disposición tiene como presupuesto la existencia de duda, es decir que la regla contractual permite ser interpretada en, al menos, dos sentidos. En este caso, se fija un criterio obligatorio para el intérprete, que es inclinarse por conservación.

Si la duda recae sobre todo el contrato, se debe procurar su eficacia, si es por una de sus cláusulas, hay que darles efecto, y siempre con el sentido más favorable al cumplimiento del objeto, según lo definido por las partes y lo dispuesto por los artículos 1003 y siguientes.

1.7 La Protección de la Confianza

El Código dispone (Art. 1067) que "La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto".

Esta norma es muy importante y su análisis excede este breve trabajo, pero es claro que se trata de una aplicación del principio general de buena fe, contemplado en el título introductorio. La buena fe en el sentido de protección de la apariencia creada⁷, la buena fe lealtad en el sentido del cumplimiento de lo acordado, y la prohibición de actuar contra los propios actos.

1.8 El Principio "Favor Debitoris" y la Equidad

El Código dispone (Art. 1068) "Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes".

⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis. "La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza", Buenos Aires, L. L.T.2000-D, Sec. Doctrina, noviembre de 2000, páginas 1155 a 1174.

Tradicionalmente se ha interpretado que cuando hay duda, se debe interpretar que una persona no ha querido obligarse, porque hay que respetar la libertad, siendo la obligación una excepción. Por esta razón, en el régimen anterior se decía que en caso de duda "las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación"⁸, lo que ha sido entendido como protección de la parte débil.

En la actual norma, se hace una distinción entre los contratos a título gratuito y los onerosos. En los primeros, es claro que debe buscarse el sentido menos gravoso al obligado, y de la menor transmisión de derechos. En cambio, en los onerosos, debe buscarse el mantenimiento de la equivalencia, el logro de la mayor reciprocidad y no la liberación simple.⁹

1.9 Libertad de contratar

Otro artículo cuya incorporación resulta relevante es el 1099 CCyC, en cuanto plasma la libertad de contratar ya que dispone que "están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo".

⁸ Art. 218, inc. 7.º, Código Comercial argentino, derogado por Ley 26994 que sanciona el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

⁹ Código Civil italiano de 1942 dispone que el contrato a título oneroso sea interpretado "en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes", (art. 1371; Cód. Civ. Portugués de 1967 (art. 237); Las III Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil (Junín 1988) declararon que "la interpretación debe tender a resguardar la relación de cambio propia del negocio".

2. Contratos celebrados por Adhesión y Contratos de Consumo

2.1 Principio en los contratos celebrados por Adhesión y Consumo

El Código regula los contratos paritarios y, dentro de ellos, establece un nivel de protección para aquellos celebrados por adhesión. En otro título, fija reglas para los contratos de consumo. Ambas decisiones tienen una extensa tradición basada en el principio protectorio, que conviene presentar, aunque sea de modo breve.

En el Código de Luisiana se estableció la regla de interpretación contra el estipulante en caso de duda (Art. 1953); en el Código de Prusia se dispuso que se interpretará en "perjuicio del que ha hecho insertar en él términos ambiguos" (Art. 266). La regla fue admitida en el derecho hispánico y en las codificaciones latinoamericanas. Vélez Sarsfield la incluyó en el Código de Comercio al indicar que en casos dudosos las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, en el sentido de la liberación (Art. 218 inc. 7 Cod. Comercio).

La regla de la interpretación "contra stipulatorem" surge en el derecho romano, ya que existía la *stipulatio* como forma adhesiva. En el Digesto se encuentra el principio al referirse al caso de duda: "verba contra stipulatorem interpretanda sunt" (Digesto, libro 45, tit. 1, ley 38, párr. 19). En las Partidas encontramos normas similares, que establecen que se debe interpretar la duda contra aquel que "dixo la palabra" y en "pro de la otra parte" (Partida VII, Título XXXIII, ley 2). Desde ese estadio llegamos a la codificación decimonónica en la que el tema era ya conocido¹⁰.

¹⁰ El Código de Luisiana establece la regla de interpretación contra el estipulante en el caso de duda (art. 1953); el Código de Prusia dispone que se interpretará "en perjuicio del que ha hecho insertar en él términos ambiguos" (art. 266). Esta regla permaneció en el derecho hispánico, al punto que en el Código Civil Español actual, se establece "la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato de deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad" (art. 1288).

El Código Civil Argentino, en su redacción originaria no consagró regla alguna en materia de interpretación contractual, remitiéndose en ello a lo que ya se había regulado en el Código de Comercio¹¹. Este último cuerpo legislativo dispone en el artículo 218, inc. 7 que en casos dudosos las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, en el sentido de la liberación, lo que permitió interpretar que hay un principio "favor debitoris". Normas similares regían en la sede civil como en el contrato de transacción (art. 854 CC) en la renuncia (art. 874), o en el caso de duda sobre la cantidad que ha sido legada, en que se debe juzgar que ha sido el menor valor (art. 3765 CC).

Durante este extenso periodo histórico, el sujeto protegido era el deudor. En la sociedad moderna se advirtió que muchos deudores son fuertes y otros acreedores débiles. La mudanza subjetiva comenzó con los obreros-acreedores-débiles y sus empleadores-deudores-fuertes, en relación al salario, pero luego se extendió a numerosos acreedores hiposuficientes.

Podemos señalar que ya no se trata de un "favor debitoris", sino de un "favor debilis", ajustando el principio a las nuevas demandas que presenta la sociedad¹². Durante el periodo de vigencia exclusiva de los principios "favor debitoris" "favor debilis", la protección se basó en la noción de obligación, ya que tanto el acreedor, como el deudor, son sujetos activo y pasivo de la relación obligatoria.

Posteriormente, en la legislación protectoria de mediados del siglo veinte, se dirigió a categorías amplias de sujetos: trabajadores, locatarios, tomadores de préstamos destinados a vivienda, adquirentes de lotes, etc.

¹¹ Masnatta, "Interpretación de los contratos en la ley y en la jurisprudencia argentina", Bol Inst. Der. Civ. Santa Fe, año 1959 número 1, pág. 17.

¹² Por esta razón en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil se aprobó un despacho de mayoría que decía recomendar: "la incorporación al Código Civil como principio de protección a la parte más débil sin distinguir si se trata de un deudor o de un acreedor".

La protección dejó de ser individualizada y casuística, ya que se abarca a toda una clase de sujetos independientemente de las particularidades del caso.

El elemento que se toma en cuenta es la tipicidad contractual: los trabajadores en el contrato de trabajo, los locatarios en la locación, los tomadores de préstamos en el mutuo, etc.

En los últimos treinta años del siglo XX, se decidió dar un paso más amplio en la protección: no sólo la posición en la relación obligatoria, no sólo la posición en un contrato típico.

Surgió la noción de consumidor que se relaciona con el acto de consumo, y no específicamente con la calidad de acreedor o deudor en una obligación o con un contrato en particular.

Por estas razones, el Código actual contempla dos tipos de tutelas contractuales, la referida a la adhesión, y la del consumidor.

2.2 Contratos celebrados por Adhesión

El Código lo define (Art. 984) diciendo "El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción".

2.2 a). Cláusulas Abusivas

El capítulo cuarto del Título III del Código Civil y Comercial, regula sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Así pues, el artículo 1117 del CCyC dispone aplicar al capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988 del mismo Código, sin perjuicio de que el contrato se celebre o no por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

Corresponde aquí aclarar que, los artículos indicados regulan la materia de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas. Esto si bien podría parecer no resultar necesariamente dispuesto, ello es sumamente útil pues si bien la mayoría de los contratos de consumo son concluidos mediante esta forma negocial, sin embargo, podríamos encontrar contratos con consumidores que no se celebraran mediante la forma de adhesión a condiciones generales negociales y sin embargo serían contratos de consumo, por cumplirse los requisitos dispuestos por el artículo 1093 CCyC para calificarlos de tales; por lo que la remisión expresa en todos los casos evitará futuras interpretaciones divergentes, por un lado, y doble regulaciones por otro.

2.2 b). Requisitos que deben reunir las cláusulas

Así el artículo 985 del CCyC establece los requisitos que deben reunir las cláusulas generales predispuestas de los contratos de adhesión y las cláusulas de los contratos de consumo, por remisión expresa, para que resulten oponibles a su contratante débil, y estos son: que deben ser comprensibles y autosuficientes¹³.

El primer aspecto hace no solo a la buena fe que debe primar en todas las relaciones jurídicas, sino y especialmente, al consentimiento válido requerido, pues no puede prestar consentimiento quien desconoce o le resulta incomprensible aquello sobre lo que consiente.

La autosuficiencia por su parte, resulta de suma relevancia en todos los contratos de adhesión, como también en los contratos con consumidores¹⁴, pues lo que suele hacerse, con cierta asiduidad, es

¹³ Artículo 985.- Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.”

¹⁴ Stiglitz, Rubén, “Contratos Civiles y Comerciales”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, año 1998.

invocarse un instrumento jurídico al cual el contratante débil no tiene acceso o resulta de difícil acceso para éste, situación que se quiere evitar admitiendo la tacha de abusividad.

La segunda parte del artículo amplía y aclara los requisitos impuestos por la primera parte en cuanto a que “la redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible.” Como así también, resulta al disponerse que “se tienen por no convenidas aquéllas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión” Como veníamos expresando, aquí se obsta al consentimiento válido. El efecto jurídico que se impone como sanción, en su caso, es tenerlas por no convenidas, es decir que resultan inoponibles a la parte débil del contrato. Disposición concordante con el artículo 1122 inciso b) del Código Civil y Comercial.

Por último, con total aserto, la disposición que analizamos en su última parte, dispone resultar aplicable a la contratación celebrada mediante medios electrónicos y telefónicos, ello reviste capital importancia en materia de contratación con el consumidor, dado que muchos de dichos contratos utilizan dicho soporte de celebración y ejecución.

2.2 c). Cláusulas particulares

Por su parte, el artículo 986 del CCyC define a las cláusulas particulares y dispone sobre la interpretación que debe hacerse en caso de incompatibilidad entre éstas y las generales.

Así en primer término conceptualiza al expresar que las cláusulas particulares “son aquéllas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general.”

Luego dispone que “en caso de incompatibilidad entre las cláusulas generales y particulares, prevalecen esta últimas”. Este resultaba

ya, un método de interpretación utilizado en la jurisprudencia¹⁵. Y deviene consecuencia lógica de considerar que, la cláusula particular siendo consensuada, resultará la exteriorización de la voluntad del contratante débil que además logró imponerla, tal vez como condición para llevar a cabo el negocio y por tanto, debe prevalecer sobre la cláusula general.

2.3 Interpretación de los Contratos de Adhesión

En tanto que, el artículo 987 CCyC dispone sobre el otro principio de interpretación aplicable a los contratos de adhesión a condiciones generales negociales,¹⁶ y por remisión expresa, a los contratos de consumo, también utilizado por la jurisprudencia, y es aquél según el cual "las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente".

Ello resulta así pues, el predisponente¹⁷ ha contado con los medios y posibilidades técnicas-jurídicas para formular la cláusula en forma clara, por lo que se lo sanciona interpretando la cláusula ambigua en su contra. Esta regla de interpretación denominada "contra proferentem" o "favor debilis", resulta una aplicación clara del principio de la buena fe, entre otros, en los artículos 9 y 961 del Código Civil y Comercial.

¹⁵ CNCom Sala A el 28/06/2013 en los autos "DG Belgrano SA C/ Procter & Gamble Argentina SRL s/ ordinario" publicado en LL On Line AR/JUR/38833/2013

¹⁶ En tanto que, el artículo 987 dispone sobre el otro principio de interpretación aplicable a los contratos de adhesión a condiciones generales negociales, Vid. López de Zavalía . F. "La Teoría del Contrato", t. 1, 4.º editorial Zavalía, Buenos Aires 1997. Para un estudio de este tema véase Saleilles, Raymond, en "De la déclaration de volonté, contribution á l' etude de l'acte juridique dans le code civil allemand", París 1909, p. 229/230 nros. 89 y 90, quien fue el verdadero creador de la terminología "contrato de adhesión".

¹⁷ Vid. CNCom Sala C autos TV Sat SM Andes SRL y otro c/ Direc TV Argentina SA s/ Orodinario" Fallo dictado el 19/11/2013 cita IJ-LXX-50. En el que el tribunal en relación a un contrato de agencia que unía a las partes sentenció que: la interpretación de los contratos de adhesión debe volcarse a favor de la parte más débil; pero ello sólo cuando se trate de cláusulas imprecisas, ambiguas o contradictorias. También véase CNFedContenciosoadministrativo Sala III, "Ombú Automotores S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones" LL 2000 B 318; CNCom Sala C, "Flenher, Eduardo c/ Optar S.A. 25/6/87.

Por último el artículo 988 CCyC dispone sobre las cláusulas abusivas estableciendo que se tienen por no escritas. Así en el artículo se establecen dos cláusulas abiertas similares a las contenidas en los incisos a) y b) del artículo 37 de la Ley 24.240¹⁸; al disponerse que “en los contratos de esta sección se deben tener por no escritas¹⁹ a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resultan de normas supletorias”.

Por último el artículo introduce la llamada cláusula sorpresiva, al disponer en el inciso “c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

2.3 a). Regla general

El concepto de cláusula abusiva se incorpora a nuestro derecho a través de la disposición del artículo 1119 del capítulo cuarto del Título III del Código Civil y Comercial, referido a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo. El mismo dispone que “sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.

Por lo que, el elemento central para la configuración de la cláusula abusiva es, que importa un verdadero desequilibrio entre los derechos y obligaciones que de ella emanan, en detrimento de la parte

¹⁸ Véase autos “Rodo, Jorge c/ Bco. Galicia y Buenos Aires s/ ordinario” fallado por la Cámara Comercial Sala C el 25/08/97, a propósito de la invalidez de la cláusula de exoneración de responsabilidad inserta en un contrato de caja de seguridad. En igual sentido Sala E del 30/4/98 en autos “Paternostro, Mario c/ Bco. Mercantil s/ ord”, también Sala A del 20/12/00 en autos Piatigorsky, Martha c/ Banco Mercantil Arg. s/ ordinario”.

¹⁹ Véase autos Martínez, Adela Rosa c/ ABN AMRO Bank s/ Ordinario fallado el 30/12/08 por la Sala B de la Cámara Comercial también autos “Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario” fallado por la Cámara Comercial Sala A el 30/08/00.

negocialmente más débil. Aunque no se debe tratar de cualquier desequilibrio sino de aquél que resulte manifiesto en el contrato. La cláusula abusiva por tanto, importa una desnaturalización del vínculo obligacional, que violenta como tal, la buena fe que debe primar en toda relación jurídica, y que por tanto, no requiere prueba de la mala fe, pues para nosotros la sola existencia del desequilibrio del vínculo obligacional en detrimento del débil del negocio, importa de por sí una prueba clara de la mala fe, ello en función del ejercicio ilegítimo de la posición dominante que se demuestra con la configuración de la cláusula abusiva²⁰.

2.3 b). Control de incorporación

En tanto que el artículo 1118 CCyC, establece que “las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.” Esta disposición resulta aclaratoria el artículo 1119 que conceptualiza el concepto de cláusula abusiva. Por lo que, no resulta relevante a los efectos de determinar la abusividad de una cláusula, la negociación individual o aprobación por parte del consumidor, ello pues, lo que se evita justamente es el ejercicio del abuso de la posición dominante en contra del contratante débil del negocio; es decir que mediante la utilización de argucias contra éste, se violenta la buena fe contractual.

2.3 c). Situación jurídica abusiva

El artículo 1120 CCyC dispone la definición de la situación jurídica abusiva, estableciéndose que “se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos”.

²⁰ En materia de tarjetas de crédito la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, el 23/2/2011, en los autos C.C.C. “La Capital del Plata Ltda. c/ Casas, Enrique Roberto y otros” (LLC junio 2011).

2.3 d). Límites a las cláusulas abusivas

Por su parte el artículo 1121 CCyC dispone sobre los límites de la declaración de abuso, al establecer que “no pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.”

2.3 e). Control Judicial

Por último el artículo 1122 CCyC regula el sistema de control judicial de las cláusulas abusivas, disponiendo al respecto que “se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control; b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas; c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad; d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075 CCyC.”

Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales, y por ende la incluida la Ley 24.240, el control judicial de las cláusulas abusivas, se rige por las reglas indicadas en el artículo 1122 CCyC. Así en primer lugar, se deja establecido que la aprobación administrativa de las cláusulas no obsta al control judicial posterior, se mantiene la facultad revisora, consecuencia de la división de poderes. En segundo lugar, se sigue el principio del art. 37 de la Ley 24.240, dado que el efecto es que las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas y por tanto resultan inoponibles al débil del negocio. El tercer aspecto que surge del artículo, también contemplado en el artículo 37 de la Ley 24.240 establece que si el juez declara la nulidad parcial, debe integrar el contrato, si fuera necesario, para que no se vea afectado el fin económico del negocio.

Por último el artículo dispone sobre la situación jurídica abusiva en los contratos conexos estableciendo la aplicación de la solución

contenida en el artículo 1075; es decir se tratará a los contratos conexos como grupo contractual conexo, por lo que si se determina una situación jurídica abusiva determinándose la abusividad de alguna o algunas cláusulas que requieran integrar el contrato, se debe tener en mira el conjunto de contratos en totalidad sin afectar el fin económico común.

2.4 Contratos Conexos. Definición.

En tanto que el artículo 1073 CCyC define a los contratos conexos disponiendo que “hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido.” Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074”.

2.4 a). Interpretación de los Contratos Conexos

En tanto que el artículo 1074 CCyC regula la interpretación de los contratos conexos disponiendo que “los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido”. La norma tiene por finalidad lograr una interpretación común y conjunta del grupo de contratos pues estos persiguen un fin y una función económica conjunta, lo que resulta innegable.

2.4 b). Efectos de la conexidad contractual

Los efectos que surgen probada la conexidad contractual, están dispuestos en el artículo 1075, que establece que “un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inexecución de obligaciones ajenas a su contrato.” La segunda parte del artículo en cuestión dispone que “atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica

cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común”.

Conforme el artículo el artículo 1075 CCyC se trata a los contratos conexos como un todo instrumental, es decir como un solo instrumento jurídico que le permite al contratante oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso que tendría derecho a oponer, tal vez, en otro contrato del grupo contractual conexo.

Igual resultado produce la frustración del fin del contrato pues, se trata al grupo contractual conexo, como un todo, de modo tal que, se extinguen todos los contratos conexos en forma conjunta cuando la finalidad económica común se frustra.

El artículo resulta de clara aplicación, entre muchos otros casos, a la situación de abuso del que muchas veces suelen ser objeto los consumidores o usuarios incluidos los bancarios, a través de la contratación, muchas veces impuesta, de distintos productos o servicios conexos, requeridos para contratar determinado producto o servicio, lo que suele denominarse pack, sobre todo cuando ello no resulta de una necesidad real del consumidor, sino más bien de una creada por el proveedor.

2.5 Contratos de Consumo

2.5 a). Definición del Contrato de Consumo en el Código Civil y Comercial Argentino

El Código contiene un título III dedicado a los contratos de consumo, que desarrolla toda una parte general. Se lo define (Art. 1093 CCyC) diciendo que "es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social".

Las normas que regulan la relación y el contrato de consumo en el Código Civil y Comercial resultan una plasmación legislativa derivada de la norma constitucional del art. 42; e importan un avance significativo, pues, si bien, las disposiciones incorporadas en la Ley 24.240 y sus modificatorias significaron regular dicha materia, sin embargo, su incorporación sistemática en un código otorga mayor perdurabilidad, como así también, mayor conocimiento y fuerza de aplicabilidad por parte de todos los operadores jurídicos.

2.5 b). Disposiciones aplicables a los Contratos Bancarios con consumidores y usuarios

Es de resaltar que el artículo 1384 CCyC perteneciente al párrafo que regula los contratos bancarios con consumidores y usuarios, establece que “las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093”. Por lo que el Código Civil y Comercial formula una remisión expresa a las normas de los contratos de consumo cuando trata los contratos bancarios con consumidores y usuarios, lo cual importa de una técnica legislativa impecable, porque evita reiteraciones y problemas interpretativos futuros.

2.5 c). Relación de Consumo. Definición.

Por su parte el propio Código Civil y Comercial en su artículo 1092 delimita el concepto de consumidor refiriéndolo “a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.” Equiparando a este a quien “sin ser parte de la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

Mientras que el artículo 1092 CCyC en su primera parte define a la relación de consumo como “el vínculo jurídico entre el proveedor y un consumidor”, al igual que el artículo 3 de la Ley 24.240.

De lo expuesto surge que, se mantiene el requisito sustancial del concepto sustentado por la Ley 24.240 y su reforma 26.361, referido al “destinatario final”²¹. Modificándose²² en parte el artículo 1 de la Ley 26.361 el que extendía su aplicación “a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”, por lo cual, de este modo se excluye al “consumidor expuesto”²³.

La referencia a los bienes o servicios en general otorga la amplitud necesaria para la aplicación de las normas de consumo.

Una reforma que traía el proyecto y creemos bien excluida lo ha estado, en la versión final sancionada, era el párrafo que refería al uso o consumo “siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”, pues en definitiva el elemento que aúna todo el contenido del concepto está dado por el destino final al que hacíamos referencia, sin importar la posible vinculación con la actividad del individuo para que le resulten aplicables las disposiciones del consumidor, lo que mantiene la puerta abierta para que quienes ejercen actividades comerciales, industriales, artesanales o profesionales y el “destino final” del uso o consumo esté vinculado a esa actividad, resulten alcanzado por las normas de protectorias de los consumidores.

2.5 d). Interpretación del Contrato de Consumo

El paradigma del derecho del consumo es la protección al consumidor, dispuesto en la Constitución Nacional en el art. 42 de la CN y en la Ley del Consumidor 24.440.

²¹ Vid. autos “Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A el 30/08/00.

²² Mediante Ley 26.994 que entrará en vigencia el 1/8/15 según Ley 27.077.

²³ Pues se ha considerado que la interpretación literal del supuesto otorgaba demasiada amplitud al concepto de modo tal, que extendía demasiado los límites del mismo. Sin embargo se incorpora el art. 1096, el que dispone que “las normas de esta sección son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparables conforme lo dispuesto en el artículo 1092”.

Los contratos de consumo generalmente se celebran mediante la utilización de contratos de adhesión o sujetos a condiciones generales negociables. Los cuales, permiten la libertad de negociación del contenido del contrato por parte del contratante débil del negocio, sino que en cambio solo le permiten, aceptar o rechazar la oferta propuesta por su contraparte.

Esta situación de desigualdad en el plano negocial se repara mediante la creación de otras desigualdades que en el plano de la interpretación del contrato resultan de la disposiciones del art. 3²⁴ y art. 37²⁵ de la Ley 24.240. Conforme el primero, en caso de dudas sobre la interpretación de los principios que establece la Ley se estará a la más favorable al consumidor. En tanto que el segundo dispone como pautas de interpretación del contrato la aplicación del principio de la buena fe; y la aplicación del principio "favor débilis" según el cual, la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable al consumidor y en caso de dudas, sobre el alcance de su obligación se estará a la menos gravosa para éste.

En materia de interpretación se dice (Art. 1094 CCyC) que "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor" y luego que (Art. 1095 CCyC) "El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa".

²⁴ En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor".

²⁵ "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario."

La primera disposición se refiere a los conflictos aplicación o de interpretación de la ley, estableciendo la prioridad de aplicación de principios constitucionales como la protección del consumidor y del ambiente.

En los contratos celebrados por adhesión, la interpretación es contra el predisponente y requiere como presupuesto la existencia de ambigüedad. En cambio, en los contratos de consumo, es a favor del consumidor, haya o no predisposición de cláusulas generales. Por otra parte, en caso de duda, se aplica el principio "favor libertatis", es decir, la opción menos gravosa.

2.6 Información dirigida a los consumidores

2.6 a). Importancia de la información dirigida a los consumidores y usuarios de bienes y servicios

En relación a la información que se le debe proporcionar al consumidor, el artículo 1100 del CCyC es correlato de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 26.361 que modifica la Ley 24240²⁶ y derivación del artículo 42 de la Constitución Nacional al disponer que "el proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato.

²⁶ Véase autos "Rey, Felix c/ Banco Bansud SA s/ sumario" fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala B el 24/05/99 en el caso se trataba de una cuenta corriente bancaria y por aplicación de la Ley 24.240 y el art. 42 de la Constitución Nacional se condenó al banco a rendir cuentas sobre la operatoria que lo vinculó con el cliente, dado que pesa sobre el primero el deber de informar.

Véase también los autos "Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario" fallado por la Cámara Comercial Sala A el 30/08/00; autos "Martínez, Adela Rosa c/ ABN AMRO Bank s/ Ordinario" fallado el 30/12/08 por la Sala B de la Cámara Comercial"; autos Blazquez, Claudia María c/ Banco Río de la Plata SA s/ ordinario" fallado por la Cámara Comercial Sala ordinario" fallado por la Cámara Comercial Sala D el 2/10/08, en este caso tratábase de un plazo fijo, operación típicamente pasiva que el tribunal encontró alcanzada por la Ley 24.240 y por ende comprendida en la obligación de informar por parte del banco demandado.

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.” En el ámbito del derecho contractual en general, la información resulta de suma relevancia porque, por un lado involucra la buena fe²⁷, que debe primar en todas las relaciones jurídicas, y que el Código regula en sus artículos 9 y 961²⁸ del CCyC.

Pero por otro lado, involucra al consentimiento contractual, por tratarse de un verdadero pilar de dicho consentimiento, la buena información que el contratante posee sobre los productos y servicios sobre los que contrata, al momento de prestar el consentimiento.

2.6 b). Publicidad

El artículo 1101 CCyC regula sobre la publicidad prohibida, mientras que los artículos 1102²⁹ establecen las acciones que otorgan legitimación a los consumidores o usuarios, en caso de verse afectados por dicha publicidad prohibida. Así el artículo 1101 del Código Civil y Comercial dispone que “Está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones

²⁷ Vid. “Banco Roela S.A. c/ Provincia de Córdoba s/ plena jurisdicción- recurso de apelación”, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Contencioso Administrativa el 5/11/2013, publicado en LLC 2014 (abril), 313 y on line AR/JUR/85613/2013; en el que se sentenció que “El deber de información es la expresión máxima de la actuación del principio de buena fe, que en materia de defensa del consumidor, adquiere el rango de derecho constitucional reconocido expresamente en la Constitución Nacional y es un derecho cuyo desarrollo se remite a los artículos de la Ley 24.240 (4, 6, 9, 10, 25, 28, 34 y 37)”. En igual sentido vid. autos “Fleiderman Silvina Roxana y otro c/ Banco Río de la Plata S.A. s/ ordinario” dictado por la sala D de la Cámara Nacional Comercial el 05 de junio de 2012, sentencia n.º 44.810/2009. Asimismo véase el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en los autos “Fernandez Drado, Rosario H. c. Bank Boston N. A. dictado el 21/12/2005, publicado en LL 12/09/2006, 7; LL 2006-E, 81; cita on line AR/JUR/7668/2005.

²⁸ Que dispone que “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe...” Manteniéndose lo dispuesto por el art. 1198 del Código Civil

²⁹ El artículo 1102 dispone “Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.

de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

La publicidad prohibida en los puntos a) y b) creemos resulta de una inducción al error que como tal, obsta el consentimiento válido y violenta la buena fe; en tanto que, la prohibida en el punto c) violenta la buena fe, atenta contra el principio antidiscriminatorio que protege al consumidor o usuario, y encuentra fuente en el artículo 42 de la Constitución Nacional, y resulta concordante con el artículo 1098 CCyC ; como también atenta contra la salud y seguridad de los consumidores, principio también derivado del artículo 42 de la Constitución Nacional y concordante con el principio emanado del artículo 5 de la Ley 24.240.

2.6 c). Acciones

Por su parte, el artículo 1102 CCyC dispone las acciones en cabeza del consumidor o usuario, los organismos de consumidores o quienes se encuentren expuestos a prácticas abusivas, afectados por la publicidad prohibida, a solicitar al juez a) la cesación de la publicidad ilícita b) la publicación, a cargo del demandado: 1.- de anuncios rectificatorios o 2.- de la sentencia condenatoria.

2.6 d). Efectos de la publicidad

En tanto que, el artículo 1103 regula los efectos la publicidad estableciendo que “las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.” Disposición concordante con el artículo 8 de la Ley 24.240, conforme la cual el contenido de la publicidad integra el contrato.

Esta disposición resulta sumamente relevante y tiene un doble propósito, pues por un lado, tiene por finalidad asegurar el

consentimiento válido, pues la más de las veces el consumidor se basará en el contenido de la publicidad para conocer a cerca del producto o servicio sobre el que contrata. Y por otro, para evitar la propaganda manipuladora, de la que muchas veces se valen las empresas para difundir productos y servicios, pues al integrar el contenido del contrato se cuidarán en lo que se exprese en la publicidad, a fin de no obligarse en forma inconveniente a sus intereses, protegiéndose de este modo la buena fe contractual.

Derecho empresarial y derecho sucesorio: Nuevas herramientas en el Código Civil y Comercial argentino

*Paula Noelia Bermejo**

Resumen:

En el presente trabajo se desarrollan las nuevas herramientas que otorga el Código Civil y Comercial argentino que destacan la interconexión existente entre el derecho sucesorio y el empresarial. Se analizan los pactos de herencia futura, la reducción de la legítima hereditaria, el régimen de indivisión forzosa y de atribuciones preferenciales, la reimplantación de la partición por licitación, las acciones de colación y reducción y el nuevo régimen matrimonial.

Palabras Clave: *Sucesión, Empresa familiar, Protocolo familiar, Pacto de herencia futura, Legítima Hereditaria, Partición por licitación, Acción de colación, Acción de reducción, Indivisión forzosa, Atribuciones preferenciales, Fideicomiso testamentario, Derecho de familia.*

* Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires. Maestranda en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho UBA. Docente de las materias “Contratos Civiles y Comerciales” y “Derecho de Familia y Sucesiones” de la Facultad de Derecho, UBA. Becaria de Maestría UBACyT e integrante en el Proyecto de Investigación UBACyT “Los conflictos socio-jurídicos de la infancia. Nuevos escenarios” dirigido por la Dra. Laura Lora. Fue integrante del Programa de Proyectos de Interés Institucional (PII) y del Proyecto de Investigación para estudiantes de Maestría (PIM) de la Facultad de Derecho, UBA ambos dirigidos por el Dr. Raúl Aníbal Etcheverry. Es Miembro y Colaboradora del Centro de Investigaciones PACEM dependiente del Instituto Gioja de la Facultad de Derecho UBA.-

Sumario:

1. La relevancia del tema a tratar. 2. Nuevo marco jurídico para el protocolo familiar. 3. El art. 1010 del CCCN y su interpretación. 4. Mayor poder de disposición sobre los bienes: reducción de las legítimas hereditarias y posibilidad de mejorar al ascendiente o descendiente con discapacidad. 5. Posibilidad de licitación ante la partición de la herencia. 6. Límites al ejercicio de la acción de colación y reducción. 7. Supuestos de indivisión forzosa testamentarios, contractuales y atribuciones preferenciales. 8. Fideicomiso testamentario. 9. Régimen favorable en el derecho de familia ante la sucesión o divorcio. 10. A modo de conclusión.

1. La relevancia del tema a tratar

El nuevo CCCN no contiene una norma expresa que defina el concepto de empresa —ni mucho menos el de empresa familiar—. Como bien sostiene el profesor Raúl Etcheverry¹ no podemos encontrarle a la empresa un concepto jurídico único ya que pertenece al ámbito de la realidad social y económica. Es por ello que en este caso vamos a analizar a la empresa familiar sin asignarle un concepto jurídico y la vamos a conectar con la realidad económica y social y el derecho sucesorio. Continuando con las enseñanzas que nos imparte el maestro no podemos dejar de destacar que, si bien se distinguen distintas “ramas” del derecho, el mismo en su totalidad conforma un sistema jurídico en el que las diversas “ramas” se interconectan. Pese a contar hoy con un Código Civil y Comercial Unificado en el ordenamiento jurídico argentino, no dejamos de observar la utilidad de la autonomía para la enseñanza de las materias civiles y comerciales. No obstante, proponemos aquí una visión más general que pretende ver al derecho empresarial, al sucesorio y al de las familias, no desde su autonomía, sino desde el punto de vista de un sistema en el cual se producen interconexiones constantemente. Después de todo el derecho mercantil surgió como una categoría histórica y hoy, con la unificación, volvió a unirse con el derecho civil conformando al derecho privado, entendido éste como una “rama” del derecho.²

¹ Etcheverry, Raúl A., “Derecho comercial: ¿Dónde estás?” en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Abeledo Perrot, N° 272, págs. 482 a 486.

Con la nueva posibilidad establecida en el segundo párrafo del art. 1010 CCCN y la puesta en práctica de los pactos de herencia futura se busca garantizar la continuidad de la empresa familiar, más aún si se tiene presente que aproximadamente el 90% de las empresas en Argentina son familiares y que con el traspaso a las generaciones siguientes se produce el quebranto de la misma, ya sea por la incorporación de personas que no formaron parte en la fundación o que no integran el grupo familiar (parientes por afinidad), o porque la administración queda en manos de aquellos que no hicieron esfuerzos en la creación y no vieron los esfuerzos de los fundadores. La admisión de estos pactos responde a la necesidad de evitar que las pequeñas y medianas empresas familiares desaparezcan producto de la transmisión sucesoria y de la partición forzosa y en partes iguales de la masa hereditaria entre los herederos que en forma rígida se aplicaba bajo el amparo de la legislación anterior.

En este punto los datos que nos aporta Medina son más que elocuentes: el 70% de las empresas familiares no pasa a la segunda generación, y sobre ese 30% que sobrevive al traspaso generacional, solo un 15% logra permanecer activa en la tercera generación. La explicación que le otorga a este problema fundamental que atraviesan las empresas familiares reside en que la sucesión está pensada para ser dividida en partes iguales entre todos los herederos forzosos.³

Es por ello que nos proponemos analizar las distintas herramientas que nos trae el derecho sucesorio que sirven a una adecuada planificación patrimonial en el ámbito del derecho empresarial. Para ello tomamos el concepto de planificación sucesoria de Glikin, entendiendo como tal al *“conjunto de estrategias que permiten una transmisión hereditaria que refleja los intereses y deseos del causante*

² Etcheverry, Raúl A., *“Derecho comercial: ¿Dónde estás?”*, op. cit, pág. 488.

³ Medina, Graciela, *“Desafíos de la Empresa Familiar”*, conferencia organizada por el Centro de Investigaciones PACEM dirigido por el Prof. Dr. Etcheverry, dependiente del Instituto Gioja de la Facultad de Derecho UBA y por la Maestría de Derecho Comercial y de los Negocios realizado en la Facultad de Derecho UBA, 23/05/2016.

(al que llamamos “heredante”) y las necesidades de su entorno afectivo en un marco de equidad.”⁴ Como destaca dicho autor,⁵ la población argentina es una sociedad que antes de la sanción del nuevo código no tenía como costumbre utilizar herramientas de planificación sucesoria principalmente por la normativa desfavorable para hacerlo.⁶

2. Nuevo marco jurídico para el protocolo familiar

Podemos conceptualizar al protocolo familiar como aquel acuerdo que regula las relaciones de una familia con la empresa de la que ésta es propietaria.⁷ Se trata de un instrumento escrito que es lo más completo y detallado posible realizado por los miembros de una familia, sean estos socios de la empresa o tengan un derecho en expectativa de serlo. En el mismo se pueden incluir cláusulas que permiten conservar la propiedad empresaria en el seno familiar en el supuesto que se realice la transmisión por sucesión o divorcio de sus miembros, entre muchas otras cuestiones que por lo general se incluyen. Pero, por sobre todas las cosas, como bien destaca Dubois, la principal función de estos “acuerdo marco” es la prevención, gestión y resolución de los conflictos entre los socios familiares.⁸ Continuando con el análisis que efectúa dicho autor podemos decir que para el derecho argentino el protocolo familiar puede o no tener fuerza jurídica según el alcance de sus cláusulas. Cuando

⁴ Glikin, Leonardo, “Planificación sucesoria”, Enciclopedia Omeba, 1996, pág. 769.

⁵ Glikin, Leonardo, “Impacto del nuevo Código en las empresas familiares: una visión general” en Dubois, Eduardo (dir.) *La empresa familiar en el Código Civil y Comercial*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2015, pág. 20.

⁶ Para corroborar dicha afirmación sostiene que un 85% de las sucesiones iniciadas en la Capital Federal son ab-intestato, mientras que sobre el 15 % restante se observaba que la mayoría de los que efectuaban actos de última voluntad carecían de herederos forzosos o bien provenían de países centro-europeos donde existía la tradición de realizar testamentos.

⁷ DUBOIS, Eduardo (h) (dir.) “*El protocolo de la empresa familiar. Elaboración. Cláusulas y Ejecución*”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.

⁸ Dubois, Eduardo (h) - Spagnolo, Lucia, “Reconocimiento del ‘Pacto Protocolar’ y Nuevo Marco Legal Para las Empresas Familiares en el Código Civil”, Ponencia, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario. Mendoza 14, 15 y 16 septiembre 2016, disponible al 4/9/2016 en: <http://www.favierdubois-spagnolo.com/press/jornadas-congresos-y-simposios/reconocimiento-del-pacto-protocolar-y-nuevo-marco-legal-para-las-empresas-familiares-en-el-codigo-civil>.

estas se refieren a reglas generales de conducta de los integrantes de la familia respecto de la empresa, tienen el valor de un “pacto de caballeros” y su contenido solo obliga a los que lo suscriben desde un punto de vista moral, familiar o social.⁹ Distinto ocurre cuando el protocolo contiene cláusulas que obligan a conductas concretas y sanciones patrimoniales específicas, con lo que podríamos hablar de un verdadero contrato ejecutable judicialmente en caso de incumplimiento del mismo. Por lo general los protocolos en el ámbito nacional responden a la primer caracterización y para darles valor legal es necesario que se realice un “pacto de socios” o “convenio de accionistas”¹⁰ en donde si se describen pautas de acción y obligaciones específicas con mención de las sanciones que su incumplimiento acarrear. Solo en este último supuesto Dubois y Spagnolo sostienen que es un pacto protocolar y que la regulación en el CCCN le otorga los siguientes efectos:

1) Son "causa legítima de negocios y transferencias patrimoniales" pues advierten la necesidad del pacto protocolar para que tenga validez el pacto de herencia futura pudiendo proyectarse hacia otros negocios tales como el fideicomiso de transferencia patrimonial en la empresa familiar.

2) Son “contratos asociativos” dado que se refieren a la organización y a la participación en una empresa y no se trata de un contrato de sociedad.¹¹ Como consecuencia de ser considerado un contrato asociativo se deriva que tendrá plena validez y ejecutabilidad

⁹ Dubois, E. – Spagnolo, L., “Reconocimiento del ‘Pacto Protocolar’ y Nuevo Marco Legal Para las Empresas Familiares en el Código Civil”, op. cit.

¹⁰ La validez y exigibilidad de estos pactos ha sido aceptada desde el “leading case” dictado por la Sala C de la Cámara Nacional Comercial en autos “Sánchez, Carlos J. c/Banco Avellaneda S.A. y otros”, (LL1983-B-257). Este tema ha sido tratado en profundidad en la doctrina nacional en: Rovira, Alfredo L., “Pacto de socios”, Astrea, Buenos Aires, 2006.

¹¹ Conf. el art. 1442 CCCN se entiende como tal a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad y remarca que a través de ellos no se crean personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho por lo que tampoco se les aplica las normas de la sociedad.

entre las partes¹² y que podrá ser oponible a los terceros que lo hayan conocido.¹³

3) También son “contratos conexos” ya que comparten la misma “causa” que el contrato de sociedad lo que puede permitir que en caso de incumplimiento del pacto protocolar se autorice la resolución por incumplimiento del contrato social o del contrato de adquisición de partes sociales.¹⁴

3. El artículo 1010 del CCNN y su interpretación

El artículo 1010 del CCCN, —que se encuentra inserto en el Título II “De los Contratos en General” del Libro Tercero (Derechos Personales)— luego de una contundente prohibición general para celebrar contratos cuyo objeto sea la herencia futura —tal como lo regulaba el derogado art. 1175 del Código Civil— flexibiliza este principio y establece expresamente la posibilidad de celebrar estos pactos cuando tengan el objeto y el fin que en la norma se menciona. Así, la regla general que encontramos en la actualidad en el derecho general de los contratos argentino es la prohibición de celebrar pactos de herencia futura, los cuales de celebrarse serán nulos de nulidad absoluta, mientras que la excepción a dicha prohibición la encontramos cuando se tenga por objeto una explotación productiva —entendida

¹² Art. 1447 CCCN.

¹³ Art. 157 CCCN.

¹⁴ El art. 1073 establece que existe conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación. Conforme el art. 1074 se deben interpretar los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido. Como bien destaca Armella, la expresión “resultado perseguido” es trascendente, ya que la celebración de uno de los contratos es “determinante” de la celebración del otro u otros, con los que se adquiere conexidad, constituyendo el mismo la causa del acto jurídico. Para un mayor análisis véase ARMELLA, C., “Contratos Conexos”, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 203, pág. 2.

ésta no como un concepto jurídico sino económico, tenga o no organización societaria, cuando se trate de una empresa familiar en la que todos, o al menos la mayoría de los miembros que la controlan, tengan vínculos jurídicos familiares— o bien cuando recaea sobre participaciones societarias de cualquiera de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades 19.550 (LGS).

Asimismo, requiere el art. 1010 2º párrafo CCCN que el fin contractual del pacto debe ser la conservación de la unidad de la gestión empresarial o la prevención o solución de conflictos. Dubois destaca que la prevención de los conflictos puede procurarse a través de la utilización de los "protocolos familiares" que tienden a mantener la propiedad empresarial en el ámbito familiar posibilitando una transmisión ordenada de la sucesión en la propiedad y en la gestión y una profesionalización de ésta.¹⁶ Asimismo, las partes a través de estos pactos pueden pactar diversas formas de solución de conflictos a través de la mediación y el arbitraje (1649 CCCN).

Para entender a qué nos referimos cuando hablamos de pactos de herencia futura, tomamos el concepto de Medina que los define como *"la convención por la cual el causante organiza su sucesión con otros, o estos estipulando por sí en vida del causante, transfieren o abdicen derechos o se comprometen en orden a la administración y a la resolución de futuros conflictos relacionados con una empresa."*¹⁷ Así, los pactos se pueden celebrar entre el causante y sus herederos, solo entre herederos o bien entre el causante y el cónyuge. Consideramos que cuando se refiere a herederos no es necesario que sea realizado por todos los que serán eventualmente herederos. La posibilidad de realizar estos pactos sin la intervención del causante, a diferencia de lo exigido en el Código Civil italiano (art. 768 quater), ha sido la

¹⁵ Conf. 387 CCCN.

¹⁶ Dubois, Eduardo. (h); *"La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial"*; Doctrina societaria y Concursal, Errepar; 21/11/2014; Buenos Aires.

¹⁷ Medina, Graciela, *"Pactos sobre herencia futura"*, 13/10/2015, Tomo La Ley 2015-E.

principal nota característica que se observa respecto del derecho comparado.

No podemos dejar de mencionar que estos pactos no pueden afectar la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge ni de los terceros. No obstante ello, la norma deja en claro que en estos pactos se pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones para el supuesto en el que se afecte la legítima hereditaria de los herederos. Así, a través de la realización de estos pactos, se puede adjudicar la empresa solo a quienes trabajan en ella siempre que se adjudiquen otros bienes a los herederos apartados de la misma.

En el CCCN no encontramos norma que se refiera a la formalidad en la que debe instrumentarse el pacto de herencia futura por lo que parecería aplicarse el principio de libertad de formas (art. 1015 CCCN). No obstante, consideramos pertinente, al igual que la doctrina mayoritaria argentina, que los mismos se realicen a través de una escritura pública por ser un acto de gran importancia para la empresa familiar y para garantizar la seguridad jurídica.

La posibilidad de realizar pactos de herencia futura ha generado dos posiciones doctrinarias contrarias.

Negativas: Un sector de la doctrina se pronuncia en forma contraria a la incorporación de estos pactos, los consideran inmorales por especular con la muerte de una persona y que pueden afectar el principio de igualdad de los herederos y la legítima que a estos les corresponde.¹⁸ Sostienen que son inútiles e ineficaces ya que el causante siempre puede disponer libremente de sus bienes en vida lo que puede llegar a tornar ilusoria cualquier expectativa futura de los herederos, de forma tal que los pactos sobre herencia futura

¹⁸ En este sentido se pronuncia LAJE, Alejandro; "Pactos sobre herencia futura"; en RDFyP; La Ley 4-2014.

realizados por terceros (herederos legitimarios presuntivos) estarían sujetos a un álea, por lo que carecerían de eficacia y resultaría hasta inconveniente su regulación. Entienden que se debe asegurar la intangibilidad del derecho de testar para que se puedan realizar actos de última voluntad con posibilidad de ser revocados y no pactos donde la voluntad es irrevocable. Un último argumento que sostiene es que con ellos se obstaculiza el tráfico comercial y se atenta el liberalismo porque inmoviliza los bienes.

Positivas: En forma contraria encontramos quienes consideran que estos pactos pueden ser muy útiles para la organización de la empresa familiar.¹⁹ Medina destaca que, si bien estos pactos cuando son realizados solo por terceros están sujetos a que el causante no disponga de sus bienes antes de morir, ello no le resta utilidad, pues de otra forma perderían utilidad todos los contratos sobre derechos eventuales. Además, agrega que esa aparente ineficacia de los pactos de herencia futura solo se puede observar cuando son realizados sin intervención del causante, no así cuando éste si realiza el pacto, pues así se compromete en forma irrevocable por un acto entre vivos y su incumplimiento genera responsabilidad.

Lo que se intenta evitar con estos pactos es que la empresa perezca y de este modo se beneficia a la economía global, generando fuentes de empleo. La incorporación de estos pactos en la legislación nacional tiene como fin la preservación y el traspaso de la empresa a los familiares, no persiguiéndose un fin de lucro y si bien es cierto que la mera especulación sobre los bienes de una persona viva es inmoral, no se debe perder de vista que estos pactos no tienen como objetivo dicha especulación sino la continuación de la empresa y la preservación de los conflictos entre los herederos preservándose la fuente de empleo de los empleados de la empresa y, en modo más

¹⁹ Entre otros prestigiosos doctrinarios: DUBOIS, Eduardo Favier (h), "*La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial*"; Revista de Derecho Societario y Concursal; Errepar; Buenos Aires; 21/11/2014; MEDINA, Graciela, "*Pactos sobre herencia futura*", op cit.

general, el liberalismo económico. Asimismo, destacan que la posibilidad que otorga el nuevo CCCN de realizar estos pactos en forma excepcional es positiva y prudente y otorga la posibilidad de organizar soluciones destinadas a asegurar la estabilidad, conservación y continuidad de la empresa que de otro modo no sería posible, pues el testamento resulta insuficiente para su instrumentación. Consideran que el legislador debe otorgar al causante una variedad de instrumentos jurídicos idóneos para disponer del destino de sus bienes para después de su muerte conforme el principio de la autonomía de la voluntad.²⁰

Como bien sostiene Lorenzetti, integrante de la Comisión Redactora del Código sancionado, se ha creado un nuevo "orden moral" con la inclusión de la excepción normativa que admite los pactos de herencia futura y se han modificado las normas imperativas en una transformación justificada por las necesidades del tráfico.²¹

4. Mayor poder de disposición sobre los bienes: Reducción de las legítimas hereditarias y posibilidad de mejorar al ascendiente o descendiente con discapacidad

La reducción de las porciones legítimas en materia sucesoria es un hecho positivo para la empresa familiar ya que le permite al causante tener un mayor grado de disponibilidad de los bienes. Así, en el nuevo CCCN se redujo la legítima en el caso de los descendientes de 4/5 a 2/3, de 2/3 a 1/2 cuando existan ascendientes, manteniéndose sin modificaciones en el caso de la cónyuge para quien se le reserva 1/2. De esta forma se puede otorgar una porción mayor a

²⁰ Ferrer, Francisco A. M., "Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial", La Ley 20/08/2015 AR/DOC/2158/2015

²¹ Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo V, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 740

los herederos que mas colaboran con la empresa familiar, ya que se aumenta el margen de disposición sobre el cual el causante puede disponer de sus bienes.

Asimismo, el CCCN en su art. 2448 incorpora la posibilidad de que el causante realice una mejora a favor del heredero con discapacidad. Esta mejora constituye a nuestro entender una verdadera excepción al principio de intangibilidad de la legítima hereditaria toda vez que es el único supuesto en el derecho argentino en el que, además de la porción disponible, el causante puede tomar un tercio mas de las legítimas para aplicarla como mejora estricta a favor de los descendientes y los ascendientes. Se advierte que en dicha norma se omite mencionar al cónyuge supérstite lo que podría estar justificado en el caso de que el matrimonio se haya celebrado bajo el régimen de comunidad de bienes, ya que en estos casos retiraría su mitad en carácter de "socio" de la sociedad conyugal en el caso de bienes adquiridos durante el matrimonio. No obstante, se observa que se podría llegar a ocasionar una situación desfavorable cuando los cónyuges han optado por el régimen patrimonial de separación de bienes o cuando el bien que se desea transmitir reviste el carácter de propio. A los efectos de la aplicación del artículo se considera persona con discapacidad a la persona que "padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral." Finalmente, es necesario destacar que en el mismo art. 2448 se deja librada a la voluntad del causante la forma a través de la cual se puede realizar esta mejora enunciando únicamente al fideicomiso, pero, por tratarse de una enumeración no taxativa, nada obsta que se realice a través de otras formas contractuales.

En forma contraria, entendemos que existe un menor poder de disposición del causante al eliminarse el instituto de la desheredación. Si bien las causales que se podían invocar eran muy limitadas y estaban expresamente establecidas, lo cierto es que derogar el instituto parecería ir en contra del principio de la autonomía de la voluntad. Toda vez que se sigue regulando el régimen de legítima hereditaria,

indisponible para el causante, parece ilógico que el mismo causante, de tener una causa que lo justifique, no pueda excluir a los herederos que cometieron actos graves contra él. No obstante, se considera un aspecto positivo que se mantenga y se amplíe la posibilidad de plantear la exclusión de la herencia por indignidad, pero la misma deberá ser requerida por los herederos una vez acaecida la muerte del causante lo que es advertido como un inconveniente (art. 2281 CCCN).

5. Posibilidad de licitación ante la partición de la herencia

El art. 2372 CCCN incorpora la partición por licitación nuevamente en el derecho argentino. A través de esta forma de realizar la división de la herencia se establece un procedimiento a través del cual un heredero ofrece un valor mayor a la tasación del avalúo para que así le sea adjudicado un bien determinado en su hijuela. Antiguamente se encontraba prevista en el art. 3467 del Código Civil velloziano y fue derogada por la reforma de la ley 17.771 por entenderse que vulneraba la igualdad de los herederos ya que aquellos que no contaban con los recursos económicos suficientes estaban en una situación de inferioridad respecto de aquellos que podían realizar la oferta. Si bien no se puede garantizar que el heredero que esté en mejores condiciones económicas para acceder a esta licitación sea quien haya participado activamente o demuestre su capacidad para continuar en la gestión empresarial, lo cierto es que a través de esta forma se cuenta con un mecanismo más para evitar que otros familiares ingresen en la empresa familiar.

Legitimación: Cualquiera de los copartícipes puede solicitar la partición por licitación, por lo que se incluyen, además de los herederos, a los cesionarios y legatarios.

Forma de realizarla: El valor mayor obtenido de la oferta del bien licitado debe ser imputado en la hijuela del heredero, modificándose el avalúo del bien siempre que dicha oferta no sea superada

por los restantes copartícipes. Si la oferta la realizan dos o más copartícipes, el bien se adjudica en copropiedad a los licitantes y se imputa proporcionalmente en la hijuela de cada uno.

Plazo: Se debe efectuar la licitación luego de la realización del avalúo (art. 2343) y antes de que transcurran treinta días desde que se aprobó la tasación.

Más allá de lo mencionado en cuanto al procedimiento se advierte que el mismo no es lo suficientemente claro y detallado por lo que será necesario que se fijen normas procedimentales en la que se respete la igualdad de los herederos para realizar las ofertas y evitar el ejercicio abusivo del derecho a solicitar la licitación. Entendemos que dicha reglamentación es propia de los códigos procesales cuya competencia para dictarlos están reservados a las provincias (arts. 75 inc. 12 y 121 Constitución Nacional)

6. Límites al ejercicio de la acción de colación y reducción

El art. 2459 CCCN sostiene que la acción de reducción no procede contra el donatario o el subadquirente que ha poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión.²² La crítica que se observa consiste en que el plazo se computa desde el momento de la adquisición de la posesión y, hasta tanto no se produzca el fallecimiento del causante, el heredero legitimario no posee legitimación, pues solo tiene un derecho en expectativa. Por otro lado, el art. 2458 CCCN sostiene que, si bien el heredero puede perseguir los bienes registrables donados, el donatario y el subadquirente demandado en ese caso tienen la posibilidad de abonarle en dinero el valor de la cuota legítima que se le ha afectado al legitimario y desinteresarse así la acción de reducción.

²² Asimismo, remite al art. 1901 que establece que el heredero continúa la posesión del causante.

Respecto de la acción de colación, el art. 2448 establece una presunción de gratuidad cuando el causante transmite a sus herederos legitimarios bienes a título oneroso con reserva de usufructo, uso o habitación o bien cuando se pacta una contraprestación de renta vitalicia. De la interpretación del mismo se advierte una deficiente técnica legislativa pues el mismo dice: "se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario" para luego continuar diciendo "sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado". Asimismo, la norma aclara que el valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de la acción de colación. No obstante, y en este punto es que encontramos un aspecto favorable para el derecho empresarial y para alcanzar la seguridad jurídica en el tráfico de los negocios, la misma norma veda la legitimación para reclamar la acción de colación a los herederos legitimarios que consintieron la enajenación, sea onerosa o gratuita, con la modalidad de reserva de usufructo, uso, habitación, o mediante una prestación de renta vitalicia. En este supuesto se trata de otra herramienta de planificación sucesoria que se puede utilizar por medio de la cual se realiza la transferencia de la explotación productiva o las participaciones societarias al heredero que sea más capaz para continuar con la misma o bien a aquel que ha participado activamente en la misma y se compensa con otros bienes a los herederos restantes, de modo tal que se respete su legítima hereditaria y el donante (futuro causante) se reserva el usufructo.

La limitación a la legitimación y la fijación de plazos de prescripción de las acciones de colación y reducción ha recibido una fuerte crítica desde la doctrina especializada en el derecho sucesorio ya que, toda vez que en el derecho argentino se mantiene el régimen de legítimas, resulta ilógico que se niegue la legitimación a los herederos legitimarios en determinados supuestos. No obstante, entendemos que las reformas son favorables para el derecho empresarial y que se encuentran en conformidad con el principio de la seguridad jurídica y las necesidades del tráfico comercial.

7. Supuestos de indivisión forzosa testamentarios, contractuales y atribuciones preferenciales

En lo referente al ámbito empresarial es dable destacar que se incorpora en el mismo texto del CCCN la posibilidad del causante de disponer, a través del testamento, que la unidad económica tenga un régimen de comunidad hereditaria forzosa hasta cumplirse el lapso de diez años o bien hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad —antes prevista en el art. 51 de la Ley 14.394, hoy plasmada en el art. 2330 CCCN.— la cual deberá ser respetada por los herederos (salvo que medien causas graves o de utilidad manifiesta, en cuyo caso los herederos pueden solicitar al juez que no se cumpla con este régimen de comunidad forzosa). Este régimen forzoso puede ser incluso pactado por idéntico plazo por los mismos herederos, situación contemplada en el art. 2331 CCCN., antes prevista en el art. 52 de la Ley 14.394.

Por otro lado, se otorga la facultad de oponerse a la partición al cónyuge supérstite cuando éste ha adquirido o formado en todo o en parte la unidad económica. Dicho derecho también se extiende en los casos en los que el cónyuge no adquirió ni constituyó el establecimiento pero que participó activamente en su explotación. En este supuesto la indivisión se mantiene hasta diez años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge sobreviviente hasta su fallecimiento. Asimismo, el art. 2332 CCCN., sostiene que la administración en estos casos le corresponderá al cónyuge sobreviviente. Aquí también se establece que, a instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifican la decisión.²³

²³ Adviértase que, pese a que el CCCN contempla las uniones convivenciales, los convivientes continúan sin tener derechos hereditarios y no se establece protección para ellos en la empresa familiar en los supuestos en los que si son contemplados expresamente los cónyuges.

La posibilidad de oposición a la partición, antes prevista únicamente para el cónyuge supérstite en el art. 53 de la ley 14.394, es extendida por el art. 2332 CCCN. al heredero que participó activamente en la explotación económica.

De la interpretación de las normas se desprende claramente que los supuestos regulados hacen clara alusión a la empresa familiar cuando se sostiene que esta indivisión forzosa se puede solicitar cuando se trata de un "establecimiento comercial, industrial, agrícol, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica" y cuando se trate de "las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio el causante". Si bien antes de la sanción del CCCN existían normas que regulaban la materia, lo cierto es que la ley 14.394 carecía de aplicación práctica en las empresas familiares puesto que estaba pensada para unidades económicas pero no para partes sociales, cuotas o acciones.

8. Fideicomiso testamentario

El segundo párrafo del art. 1010 habilita la posibilidad de que existan fideicomisos de planeamiento patrimonial con finalidad "post mortem" tal como lo destaca autorizada doctrina nacional.²⁴ A través de ellos el fiduciante (causante) transfiere al fiduciario (tercer) la explotación productiva o las participaciones societarias, designándose los beneficiarios. Así, se establece como condición resolutoria del contrato la muerte del causante, para que una vez producida, el fiduciario transfiera la explotación productiva o las participaciones societarias al heredero legitimario que designe y a los demás les transfiera bienes para compensarlos y no afectar sus legítimas.²⁵

²⁴ Lisoprawsky, Silvio V.; "Fideicomiso de planeamiento patrimonial y la prohibición del pacto sobre herencia futura", La Ley 3/10/2015; cita online AR/DOC/201/2015

²⁵ Ferrer, Francisco A. M. "Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial", op. cit.

9. Régimen favorable en el derecho de familia ante la sucesión o divorcio

En el derecho de familia también encontramos disposiciones que favorecen el control de la empresa familiar en manos de los fundadores y de sus descendientes estableciéndose la posibilidad de excluir a los parientes políticos.

Régimen patrimonial: El art. 505 CCCN establece la posibilidad de elegir el régimen matrimonial de separación de bienes (incluso se puede incluir en el protocolo familiar la obligatoriedad de optar por este régimen patrimonial matrimonial) de modo tal que el cónyuge del socio familiar no tendrá derecho a reclamar nada de la empresa en caso de divorcio.

Para el caso de que los cónyuges no opten por el régimen de separación de bienes se puede establecer en el pacto protocolar que aquel que no opte por ese régimen matrimonial reciba acciones con derechos políticos limitados o acciones preferidas que le aseguren una renta preferencial, pero sin acceso a la administración.

En los matrimonios “por comunidad de ganancias” le otorga carácter de bien propio a los resultados capitalizados (491, 3º párr. CCCN), lo que impedirá que el ex cónyuge del socio familiar pueda adquirir por tal circunstancia la calidad de socio e interferir en la empresa familiar.

Contratos entre cónyuges: Resulta favorable la posibilidad de realizar contratos entre cónyuges que optaron por la separación de bienes (art. 1002 inc. e CCCN).

Compensaciones económicas: El art. 442 inc. e CCCN establece la posibilidad de obtener una compensación económica cuando el divorcio signifique un empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges cuando éste ha colaborado en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

Atribución preferencial en el régimen de comunidad de bienes: En los casos de divorcio o sucesión, cuando existe un régimen patrimonial matrimonial de comunidad de bienes, el art. 499 CCCN atribuye preferentemente el “establecimiento comercial, industrial o agropecuario” que constituye una unidad económica a aquel cónyuge que lo ha adquirido o formado, aunque exceda el valor que le corresponde, con el cargo de abonar en dinero la diferencia al otro cónyuge o a sus herederos.

10. A modo de conclusión

Las reformas en el CCCN analizadas otorgan una serie de herramientas para realizar una adecuada planificación sucesoria en el ámbito empresarial, respetando la autonomía de la voluntad del causante y garantizado en todo momento la legítima hereditaria. Además de ello, se legislo un marco favorable para desarrollar dicha planificación a través de la incorporación de los contratos asociativos y los contratos conexos que le otorgan un marco de validez y ejecutabilidad al protocolo familiar.

Se observa que la admisión de los pactos de herencia futura se dirige únicamente al ámbito empresarial. La excepción del segundo párrafo del art. 1010 otorga la posibilidad de garantizar la continuación de las empresas familiares toda vez que el testamento era un instrumento que resultaba muchas veces insuficiente y poco atractivo por el escaso margen de poder de disposición que tenía el causante.

En los casos en que se efectúan críticas desde la doctrina especializada en el derecho de familia y sucesiones —como ocurre con las modificaciones incorporadas en las acciones de reducción y colación, la reincorporación de la partición por licitación, y la admisión de los pactos de herencia futura—, desde el punto de vista del derecho empresarial, no se puede más que elogiar y considerar muy positivas de acuerdo a las necesidades del tráfico de los negocios y de la

continuidad de las empresas familiares. Se advierte así, la importancia de analizar las reformas incorporadas considerando al derecho como un todo, dejando de lado visiones parciales que vean solo su rama de estudio y especialización y que no consideran las interrelaciones existentes: no se pueden realizar visiones parciales ajenas a la realidad social y económica que este regula.

Bibliografía

Armella, C., "Contratos Conexos", Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 203.

Dubois, Eduardo (h) (dir.) "El protocolo de la empresa familiar. Elaboración. Cláusulas y Ejecución", Ad Hoc.

Dubois, Eduardo. (h); "La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial"; Doctrina societaria y Concursal, Errepar; 21/11/2014; Buenos Aires.

Dubois, Eduardo (h)-Spagnolo, Lucia, "Reconocimiento del 'Pacto Protocolar' y Nuevo Marco Legal Para las Empresas Familiares en el Código Civil", Ponencia, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario. Mendoza 14, 15 y 16 septiembre 2016, disponible al 4/92016 en: <http://www.favierduboisspagnolo.com/press/jornadas-congresos-y-simposios/reconocimiento-del-pacto-protocolar-y-nuevo-marco-legal-para-las-empresas-familiares-en-el-codigo-civil>.

Etcheverry, Raúl A., "Derecho comercial: ¿Dónde estás?" en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Abeledo Perrot, N° 272, págs. 482 a 486.

Ferrer, Francisco A. M., "Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial", La Ley 20/08/2015 AR/DOC/2158/2015

- Glikin, Leonardo, "Impacto del nuevo Código en las empresas familiares: una visión general" en Dubois, Eduardo (dir.) *La empresa familiar en el Código Civil y Comercial* Ad Hoc, Buenos Aires, 2015, pág. 20.
- Glikin, Leonardo, "Planificación sucesoria", *Enciclopedia Omeba*, 1996, pág. 769.
- Laje, Alejandro; "Pactos sobre herencia futura"; en *RDFyP*; *La Ley* 4-2014.
- Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo V, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 740
- Lisopprawsky, Silvio V.; "Fideicomiso de planeamiento patrimonial y la prohibición del pacto sobre herencia futura", *La Ley* 3/10/2015; cita online AR/DOC/201/2015.
- Medina, Graciela, "Desafíos de la Empresa Familiar", Conferencia organizada por el Centro de Investigaciones PACEM dirigido por el Prof. Dr. Etcheverry dependiente del Instituto Gioja de la Facultad de Derecho de la UBA y por la Maestría de Derecho Comercial y de los Negocios realizado, Facultad de Derecho UBA, 23/05/2016.

La oferta pública de adquisición obligatoria (OPA), análisis y enfoque del caso peruano

Álvaro Castillo Horna*

Resumen:

Este artículo ofrece un breve estudio de la figura de la oferta pública de adquisición obligatoria (OPA), en el cual se analizan sus aspectos más esenciales. Luego se procede a aplicar dichos conceptos para llevar a cabo una revisión elemental del sistema de OPAs peruano, definiendo sus características.

Palabras Clave: *OPA, Oferta Pública de Adquisición, obligatoria y voluntaria, control societario, mercado de valores.*

Sumario:

1. Introducción; 2. Definición; 3. Ratio legis, el principio de trato igualitario; 4. Modalidades; 5. El sistema peruano de OPA obligatorio. Características; 6. Finalidades de la OPA en el Perú; 7. Breve análisis de la oportunidad de la OPA en el Perú; 8. Bibliografía

* Asistente de la cátedra de Derecho Mercantil de la Universidad de Piura. Realizó prácticas preprofesionales en las áreas de Derecho Corporativo de los estudios Miranda y Amado y Olaechea. Asimismo realizó una estadía en la Universidad de Navarra, cursando asignaturas de especialización en Derecho Corporativo.

1. Introducción

Las regulaciones correspondientes al mercado de control societario son bastante recurrentes en la actualidad. La dificultad que enfrentan los ordenamientos jurídicos consiste en encontrar el punto medio entre la protección de los derechos de aquellos que en él participan y una regulación excesiva que termine perjudicando la actividad mercantil societaria.

Las transacciones que implican una transferencia del control del tenedor de la mayoría accionaria constituyen uno de los principales enfoques a tener en cuenta, dando lugar a distintas respuestas a dicho problema. Mientras que ordenamientos como el estadounidense optan por medidas reactivas, en Europa y en gran parte de Latinoamérica se ha optado por una medida de carácter preventivo, como lo son las Ofertas Públicas de Adquisición obligatorias (OPAs en adelante).

Las OPAs se han generalizado como una solución idónea para regular la actividad de los privados en el mercado de control. En el presente artículo se procederá a realizar un análisis general de dicha figura, seguido de un enfoque del caso peruano, el cual regula las OPAs de manera muy similar al resto de ordenamientos latinoamericanos.

2. Definición

Resulta imposible hablar de un concepto unánime de la OPA. En efecto, las características, elementos y formas que la constituyen pueden variar dependiendo del ordenamiento del que se trate.

Siendo así, presentaremos algunos de los principales conceptos, esbozados por autores pertenecientes a distintas corrientes, con la finalidad de reconocer aquellos elementos esenciales de la OPA, que nos servirán de base para presentar nuestra propia definición.

Iniciaremos presentando definiciones proyectadas en base al contexto español. Así, de acuerdo con Ana María Sala, la OPA vendría a ser *“aquella oferta realizada públicamente por una persona natural o jurídica, dirigida a los accionistas de una sociedad, para adquirir sus acciones a un precio determinado y en una cantidad determinada que le permita ejercer, en su caso, el control de esa sociedad”*.¹

Por su parte, el maestro Sánchez Calero señala con respecto a las OPAs que estas *“se nos presentan como ofertas dirigidas a los accionistas o si se quiere titulares de valores con derecho a voto de una sociedad con la finalidad de la adquisición de su control”*.²

Por otro lado, por citar una definición elaborada de acuerdo al contexto norteamericano, tenemos la elaborada por James Brown, quien describe a la OPA como aquella práctica en la cual *“el adquirente puede comprar una mayoría de las acciones emitidas, gradualmente o a través de una oferta simultánea formulada a todos los accionistas”*.³

Finalmente, tenemos aquella elaborada por los juristas británicos Brown, Reynolds III y Davis, quienes la conciben como *“una oferta general, difundida por uno o un grupo de individuos para comprar acciones de una empresa pública, cuyas acciones se negocian en una*

¹ Sala I Andrés, Anna María. *Las OPAs obligatorias ordinarias*. Zaragoza: Bosch Editor. 2000. p. 43.

² Sánchez Calero, Fernando. *Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones*. Madrid: Thomson Civitas. 2009. p. 31.

³ Traducción libre: “The acquirer may purchase a majority of the outstanding shares, either gradually (a creeping tender offer) or through an offer to all shareholders simultaneously (a tender offer)”. BROWN JR., J. Robert. *Corporate Governance: cases and Materials*. San Francisco: Lexis Nexis. 2011. p. 425.

bolsa de valores nacional, y a un precio muy por encima del precio actual de mercado”⁴

Ahora bien, luego de apreciar las distintas definiciones, resulta sencillo identificar los puntos en los que todas coinciden: En primer lugar, la OPA es una *oferta de compra realizada públicamente*, lo cual significa que los términos en los que se formule son de conocimiento general. Esto guarda relación con el principio de transparencia, característico de las entidades reguladoras de mercados de valores. En segundo lugar *tiene por objeto la adquisición de acciones con derecho a voto dentro de la sociedad en la cual fueron emitidas*, generando la posibilidad de ocasionar un cambio en el control de la sociedad. Para cerrar este apartado, definiremos a la OPA como aquella oferta formulada públicamente a todos los accionistas de una sociedad, con el objeto de adquirir un porcentaje determinado de acciones de una sociedad objetivo.

3. *Ratio legis*, el principio de trato igualitario

Antes de seguir adentrándonos en el tema, es de gran relevancia identificar cuál es la finalidad jurídica de la OPA obligatoria, cuál es la justificación con arreglo a derecho que la mantiene en vigencia.

La razón de ser de la OPA obligatoria viene a ser un principio que, si bien no se encuentra recogido en forma expresa en gran parte de los ordenamientos que lo reconocen, se manifiesta en la legislación de los mismos. Ese principio viene a ser el principio de trato igualitario de los accionistas, el cual, como su nombre lo indica, postula que todos los accionistas pertenecientes a una misma clase deben ser tratados de la misma forma, en igualdad de condiciones y

⁴ Brown, Meredith M., John Reynolds III y Kevin DAVIS. Regulation of Acquisitions. En: Farmery, Peter y Keith Walmsley (editores). United States Securities and Investments Regulation Handbook. Chapter 6. Londres: Graham & Trotman, 1992, p. 237.

oportunidades. El Código de Conducta Europeo relativo a las transacciones referentes a los valores mobiliarios lo define de la siguiente forma en su principio general n.º 3: *“Debe asegurarse a todo tenedor de valores mobiliarios de la misma naturaleza, emitidos por la misma sociedad, una igualdad de trato, en particular, en todo acto que implique, directa o indirectamente, la transferencia de una participación que permita un control, de hecho o de derecho, de una sociedad cuyos valores mobiliarios se negocien en el mercado, se tendrá en cuenta el derecho de todos los accionistas a ser tratados del mismo modo”*.⁵

Sappideen, en la misma línea, entiende que para poder hablar de trato igualitario se requiere que: *“los accionistas reciban la misma suma por cada acción vendida; que los siguientes aceptantes reciban las mismas condiciones; y que cualquier incremento posterior en el precio ofrecido por las acciones debe ser ofrecido a los accionistas que vendieron previamente también”*.⁶

El principio de trato igualitario busca garantizar que no habrá discriminación entre los accionistas de una misma clase de una sociedad, se manifiesta no sólo en asegurar que todos los accionistas tengan acceso a cualquier oferta que pueda presentarse por el control de la sociedad, sino por el mismo precio también, sin importar el porcentaje del accionariado que ostenten.

4. Modalidades

Continuando con el análisis de la OPA, en el presente apartado se presentan las distintas modalidades de esta figura.

⁵ Directiva 77/534/CEE: Recomendación de la Comisión, de 25 de julio de 1977, por la que se establece un Código de conducta europeo relativo a las transacciones referentes a los valores mobiliarios.

⁶ Sappideen, Razeen. “Takeover Bids and Target Shareholder Protection: The Regulatory Framework in the United Kingdom, United States and Australia”, Agosto, 2009. *Journal of Comparative Business and Capital Market Law*, Vol. 8, pp. 281-317, 1986. En: <http://ssrn.com/abstract=1457535>

a. Por su obligatoriedad

a.1. OPAs obligatorias: aquellas que debe formular el oferente, aún si no mediase su voluntad, por mandato de ley⁷. Actualmente, el supuesto de hecho que genera la obligación de formular una OPA está vinculado preferentemente a un cambio y/o al reforzamiento de control en la sociedad objetivo⁸. Las OPAs obligatorias suponen una limitación a la autonomía de la voluntad para realizar ciertos actos, ya que imponen un mecanismo especial de contratación. Esto es, una persona es libre de decidir si quiere adquirir una sociedad o no, pero si libremente decide hacerlo sólo podrá conseguirlo por medio de una OPA⁹.

a.2. Opas Voluntarias: Por el contrario, una OPA será voluntaria cuando su formulación no provenga de una exigencia legal, sino que descansa en la decisión voluntaria de adquisición de las acciones de una sociedad¹⁰.

b. Por su finalidad

Cuando un ordenamiento jurídico regule la OPA obligatoria, se puede hablar de distintas clases de OPA, atendiendo a la finalidad que la norma otorgue a la figura:

b.1. OPAs obligatorias ordinarias: también conocidas como “OPAs de control”, son aquellas que tiene por finalidad la toma o aumento de control de una sociedad cotizada¹¹.

⁷ Ibáñez Jimenez, Javier. *La contratación en el Mercado de Valores*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2001. 274.

⁸ Recalde Castells, Andrés. *Régimen Jurídico de las OPAs: Concepto, Función Económica y Principios de la Ordenación*. En: Juste Mencía, Javier y Andrés Recalde Castells (coordinadores). *Derecho de OPAS...* Ób. cit., p. 29.

⁹ Sala I Andrés, Anna María. Ób. cit., p. 111

¹⁰ Ób. cit., p. 112.

¹¹ Sala I Andrés, Anna María. Ób. cit., p. 112.

b.2. OPAs obligatorias residuales: también conocidas como “OPAs obligatorias con finalidades específicas”, son aquellas cuya finalidad es producir un hecho distinto a una toma o aumento de control. Estaríamos frente a un “cajón de sastre” en el que caben todas las OPAs obligatorias cuya causa es distinta a la de las OPAs de control¹². Así tenemos, por ejemplo, las denominadas “OPAs de Exclusión”, en las cuales la finalidad es excluir de la negociación bursátil a las acciones de la sociedad; y las “OPAs de Reducción de Capital”, en las cuales la finalidad es adquirir las acciones propias para amortizarlas y con ello reducir el capital social.

c. Por su extensión

En este caso la OPA se dirige a todos los tenedores de valores de la sociedad objetivo, pero con las siguientes salvedades:

c.1. OPA parcial: En la cual el oferente establece un número máximo de valores que se compromete a adquirir mediante la OPA¹³.

c.2. OPA total: Para este caso no existe un límite fijado para la adquisición de valores, dirigiéndose la oferta a la totalidad de valores con derecho a voto de la sociedad objetivo¹⁴.

d. Por el momento de su formulación

d.1. OPA previa o a priori: cuando la OPA es realizada de manera previa a la adquisición, como mecanismo para adquirir el control de una sociedad. Como se puede apreciar, la formulación de una OPA previa o a priori implica la intención del oferente de adquirir el control de una sociedad mediante dicho mecanismo. En los

¹² Ób. cit., p. 113.

¹³ De Cárdenas Smith, Carlos. *Régimen Jurídico de las Ofertas Públicas de Adquisición*. Madrid: Civitas. 1993. p. 35.

¹⁴ Ób. cit., p. 36.

casos de sistemas que imponen la OPA obligatoria y previa, aquella persona que “pretenda” adquirir el control de una sociedad cotizada deberá formular previamente una OPA.

d.2. OPA posterior o a posteriori: por el contrario, estaremos ante una OPA posterior cuando la OPA se realiza como consecuencia de haberse producido la adquisición de control de la target. En este caso existe un “elemento objetivo” que determina la formulación de la OPA: adquisición de una participación significativa del capital social de la sociedad objetivo.

5. El sistema peruano de OPA obligatorio. Características

En el Perú la normativa concerniente a las OPAs obligatorias se encuentra recogida en diversos cuerpos legislativos. En este segmento corresponde recogerla y resaltar sus rasgos más relevantes.

En primer lugar tenemos los artículos comprendidos entre los 68° y 74° de la Ley del Mercado de Valores, puntualmente los artículos 68° y 71°:

“Artículo 68.- Oferta Pública de Adquisición de Participación Significativa.- La persona natural o jurídica que pretenda adquirir o incrementar, directa o indirectamente, en un solo acto o en actos sucesivos, participación significativa en una sociedad que tenga al menos una clase de acciones con derecho a voto inscrita en rueda de bolsa, debe efectuar una oferta pública de adquisición dirigida a los titulares de acciones con derecho a voto y de otros valores susceptibles de otorgar derecho a voto en dicha sociedad”¹⁵

¹⁵ Decreto Legislativo N°861. “Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores”.

En el marco del sistema de OPA obligatoria previsto por el artículo 68° de la LMV, el artículo 4° del Actual Reglamento de OPA establece los supuestos de hecho que configuran la generación de la obligación de formular una OPA:

“Artículo 4.- OBLIGACIÓN DE EFECTUAR OPA: La adquisición o incremento de participación significativa genera la obligación de efectuar una OPA siempre que:

- a) Se trate de una transferencia a título oneroso;*
- b) La sociedad objetivo tenga al menos una clase de valores con derecho a voto o susceptibles de otorgar derecho a voto, inscritas en el Registro;*
- c) Acarree que el adquirente alcance o supere una participación de 25%, 50% o 60% en el capital social de la sociedad objetivo o que adquiera una cantidad de acciones o tenga la potestad de ejercer los derechos políticos de acciones, en una proporción tal que en cualquiera de dichos supuestos le permita:
 - i) remover o designar a la mayoría de los directores, o*
 - ii) modificar los estatutos de la sociedad y,**
- d) No se encuentre incluida en ninguna de los supuestos del artículo 10”¹⁶*

Es necesario notar que, según lo dispuesto, la obligación de formular una OPA sólo surge si se trata de una transacción a título oneroso. Esto debido a que sólo en esos supuestos se podrá distribuir la prima de control correspondiente, lo cual no puede darse en las transacciones que se dan a título gratuito.

El siguiente punto de este apartado es el porcentaje acerca del cual se formula la OPA obligatoria. En el artículo 6 se especificó que

¹⁶ Resolución CONASEV N° 0009-2006. “Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores Por Exclusión”.

la OPA posterior no se formula sobre todo el capital restante, sino sobre el capital que resulte del cálculo de una fórmula que viene incluida en el Anexo 1 de dicha ley. Ésta es la fórmula en cuestión:

“ANEXO I: determinación del porcentaje sobre el cual debe realizarse OPA posterior

$$\left[\frac{X}{Y} \right] \times [1 - Z]$$

Donde:

X = Porcentaje de participación adquirida en los últimos 3 años.

Y = Porcentaje de participación de terceros antes de la adquisición o conjunto de adquisiciones que da lugar a la obligación de realizar la OPA.

Z = Porcentaje de participación, luego de la adquisición o conjunto de adquisiciones que da lugar a la obligación de realizar la OPA.”¹⁷

Esto quiere decir una cosa: el sistema de OPA obligatoria peruana no recoge un sistema de OPA obligatoria total, como lo hacen el ordenamiento británico y otros afines al sistema de OPA obligatoria. El Perú aplica un sistema de OPA parcial, lo cual implica que la OPA que el adquirente se va a ver obligado a formular no se formulará sobre todo el capital restante, sino sobre lo que resulte de la aplicación de esta fórmula.

Y el último aspecto acerca de la reglamentación de la OPA obligatoria peruana que se destacará en este apartado es uno bastante peculiar, pues no es empleado muy comúnmente por los países que aplican este modelo. El ordenamiento británico recoge, al igual que la gran mayoría de ordenamientos europeos, el principio de igualdad de trato

¹⁷ Ob. cit., Anexo 1.

de los accionistas. Este principio se materializa en dos dimensiones: la participación de todos los accionistas de la prima de control, mayoritarios y minoritarios, y el goce de la misma prima para todos¹⁸. Es decir que la OPA se realiza en función del precio pagado por el adquirente, ofreciendo así un trato igualitario para todos. El ordenamiento peruano no recoge la segunda dimensión de dicho principio, sino que delega la determinación del valor de la OPA a una entidad valorizadora cuyos servicios deberán correr por cuenta del adquirente. Los criterios utilizados por dicha entidad para realizar la valoración son los siguientes:

- a) Valor contable de la sociedad;
- b) Valor de liquidación de la sociedad;
- c) Valor de la sociedad como negocio en marcha;
- d) Precio promedio ponderado de los valores durante el semestre inmediatamente anterior a la fecha de la ocurrencia de la causal que genera la obligación de llevar a cabo la oferta; y,
- e) Si se hubiese formulado alguna OPA dentro de los doce meses previos la fecha de la ocurrencia de la causal que genera la obligación de llevar a cabo la oferta, la contraprestación ofrecida en tal oportunidad¹⁹.

Luego de aplicar todos los criterios antes mencionados o de sustentar la imposibilidad de su utilización, la entidad valorizadora señalará el precio a través del criterio que, a su juicio, resulte más adecuado para el caso concreto.

6. Finalidades de la OPA en el Perú

El Reglamento de OPA actual establece en su artículo 2, como se menciona líneas arriba, que tiene como objetivo la participación

¹⁸ Directiva 2004/25/EC del Parlamento Europeo sobre las tomas de control hostiles. Artículo 5.

¹⁹ Resolución CONASEV N° 0009-2006. Ob. cit., Artículo 50°.

de todos los accionistas de una sociedad de la prima de control que se ofrece, objetivo que no es otra cosa que una manifestación del principio de trato igualitario, si bien en una sola de sus vertientes. Es decir, la OPA tiene como objetivo constituirse en un adecuado mecanismo de salida para los accionistas minoritarios que no deseen permanecer en la sociedad. Se deja de lado la repartición de la prima de control entre los accionistas siendo que la cantidad por la cual deberá ser formulada la OPA no se corresponde y no es elaborada en función a la prima ofrecida por el adquirente del bloque de control. Así, cualquier accionista que considere que no desea continuar en la sociedad sea por el motivo que fuere está en la posibilidad de dejarla sin ver perjudicada su inversión.

Sin embargo, paralelo a éste, existen otras dos finalidades que, si bien no han sido recogidas expresamente como el anterior, son inherentes a la OPA misma, y que deben ser tomados en cuenta.

En primer lugar, está la fiscalización de la actividad de los órganos de gestión. El mercado de control y las transacciones que en él se promueven tienen un elemento fiscalizador sobre la actuación de los órganos de gestión de la sociedad, castigando a los gestores ineficientes con la remoción de sus cargos mediante la formulación de una oferta hostil²⁰. Teniendo esto en cuenta, la OPA obligatoria, como mecanismo regulador del mercado de control societario debe contribuir a esa labor. El Reglamento de OPA peruano no deja de lado este principio, al recoger en su artículo 56º:

“(…)c) Desde que tomen conocimiento de la eventual formulación de una OPA, y hasta la publicación del resultado, los órganos de administración del emisor, deberán actuar con absoluta neutralidad frente a potenciales ofertas competidoras,

²⁰ Sobre éste punto, véase: Manne, Henry G. “Mergers and the Market for Corporate Control”. *The Journal of Political Economy*, Vol. 73, No. 2, Abril, 1965, pp. 110-120; Bebchuk, Lucian A. y Ferrell, Alan. “Federalism and Takeover Law: The Race to Protect Managers from Takeovers” (Junio 2000). NBER Working Paper No. w7232; Brown, Robert y Casey, Lisa. Ob. cit, pg. 426-436. Editorial Matthew Bender, 2011

*priorizando en todo momento el interés de los accionistas, y abstenerse de realizar o concertar cualquier acto que no sea propio del giro ordinario de la sociedad y cuya consecuencia sea perturbar el normal desarrollo de la oferta o favorecer a algún ofertante, tales como la emisión de acciones u otros valores, la celebración de contratos de opción o de disposición de activos sociales, entre otros”.*²¹

Mediante este artículo se restringe toda actividad de los directores que pueda interrumpir o afectar de alguna manera la oferta, lo que implica la imposibilidad del directorio de emplear medidas defensivas de algún tipo. También se impide que los directores intenten buscar un mejor postor para sus accionistas. Lo que se infiere del artículo en cuestión es que el ordenamiento mercantil peruano no ha perdido de vista los costos de agencia, y elige retirarle a los directores la posibilidad de resistir una OPA.

Finalmente, está el objetivo que le viene a la OPA de forma originaria como mecanismo, ya no de protección sino de obtención de control: Debe constituir una manera eficiente para adquirir el control por parte de aquél que la emplee. Esto no cambia con el hecho de que sea empleada como medida defensiva por el ordenamiento peruano, mas bien debe tenerse más presente que nunca, pues al pasar de ser un mecanismo opcional a uno impuesto por ley debe buscar ser lo más eficiente posible. Esto implica que los costos de la operación deben ser proporcionales al beneficio que espera obtenerse.

7. Breve análisis de la oportunidad de la OPA en el Perú

Como se ha descrito, la normativa peruana de OPAs ha establecido un sistema de OPA obligatorio previo o posterior a la adquisición de participación significativa. Pero, ¿cuál es la razonabilidad de

²¹ Resolución CONASEV N° 0009-2006. Ob. cit., Artículo 56°.

formular la OPA en una u otra forma?, ¿cuáles son las implicancias del ejercicio de cada una? A continuación analizamos brevemente ambos supuestos.

e. La OPA previa: análisis y razonabilidad

La OPA previa es la opción elegida por el legislador peruano, y la variable de más uso en el Mercado de Control local. Así, quien pretenda adquirir participación significativa de una sociedad que cuenta con acciones listadas en la Bolsa de Valores de Lima deberá formular una OPA previa para dicho fin, teniendo la libertad de establecer la cantidad de acciones a adquirir (siempre que estén dentro de los porcentajes correspondientes establecidos en la norma) así como el valor de la contraprestación a pagar por las mismas. La finalidad de obligar a formular una OPA previa está vinculada a dos motivos muy puntuales: (i) impedir actuaciones como las adquisiciones en el mercado abierto (compras “al goteo” o *ramassage*, negociación directa o cesión de control) las cuales se consideraban mecanismos que afectaban a los accionistas minoritarios de la sociedad objetivo, pues hacían que sólo el grupo vendedor se beneficiara de la prima de control²²; y, (ii) permitir la adquisición de participación significativa en aquellos casos en que el accionariado de la target se encuentre disperso o difundido en el mercado²³.

²² Cfr. Serra Puente-Arnao, Gerardo. *El Mercado de Valores en el Perú*. Segunda edición. Lima: Editorial Cuzco. 2002. págs. 363-366.

²³ De acuerdo a la Exposición de Motivos del Actual Reglamento de OPA, “[e]n los mercados en los cuales las tenencias accionarias de las sociedades abiertas se encuentran atomizadas, es decir en muchas manos y en cantidades pequeñas, la OPA [previa] resulta un mecanismo idóneo para adquirir participación significativa, circunstancia distinta en mercados cuyo accionariado se encuentra concentrado (...) (...) Asimismo, el literal b) del mismo artículo [6°] establece la OPA previa para los demás supuestos, es decir, para aquellos casos en los que el accionariado de la sociedad objetivo se encuentra disperso y por tanto resulta más conveniente al adquirente recurrir a este mecanismo que al esquema de una OPA posterior, se asume [sic] que en estos casos, al encontrarse el accionariado atomizado, resulta difícil identificar a los controladores de dicha sociedad por lo que se opta por el mecanismo de la OPA previa (...)”.

El problema, viene al momento de analizar la redacción de la ley en la cual el legislador sienta esta obligación, pues emplea algunos términos vagos que no terminan de definirse. Así, el término “quien pretenda adquirir” del artículo 68° de la LMV alude a la voluntad o intención del adquirente, hecho subjetivo difícilmente verificable por parte del Regulador.

Otro problema o inconveniente que ha sido destacado por los críticos de la regulación de la OPA previa en el Perú consiste en que su aplicación sólo es pertinente en casos en que el accionariado de la sociedad objetivo se encuentre disperso, las sociedades peruanas se caracterizan principalmente porque el grupo de control es fácilmente identificable, pues la estructura de propiedad de la mayoría de estas sociedades es de accionariado concentrado. Es decir, su regulación como mecanismo obligatorio no tendría sustento fáctico y, en tal sentido, razón de ser. Sin embargo, estos inconvenientes han sido, de cierta forma, salvados por la propia regulación en la medida que el inciso b) del artículo 6 del Actual Reglamento de OPA, atendiendo a la realidad de la estructura accionaria de las sociedades peruanas, le ha otorgado un carácter residual a la OPA previa. La razonabilidad de esta medida la plasmó la Exposición de Motivos del Actual Reglamento de OPA, al señalar que en los mercados en los cuales las tenencias accionarias de las sociedades abiertas se encuentran atomizadas, es decir en muchas manos y en cantidades pequeñas, la OPA resulta un mecanismo idóneo para adquirir participación significativa, circunstancia distinta en mercados cuyo accionariado se encuentra concentrado. De esta manera, el legislador peruano tomó nota de la inconsistencia fáctica que tuvo la regulación de la OPA previa como único mecanismo obligatorio de toma de control en el Perú y reguló la OPA posterior.

Por otra parte, en relación al nivel de protección que la OPA previa brinda a los accionistas minoritarios, tal como está regulada en el Perú, es decir, como una OPA previa y parcial (salvo que ésta se lance por el 100% de las acciones de la target), consideramos que es “imperfecto”. Debe tenerse en consideración que el Principio de Igualdad

de Trato previsto en la regulación peruana sólo contiene uno de los dos elementos del Principio de Igualdad de Trato del modelo británico: el trato igualitario en la distribución de la prima de control, por lo que presenta un nivel de protección menor a este último.

f. La OPA posterior: análisis y razonabilidad

Un potencial adquirente puede hacerse con el control por los medios que considere más adecuados para su situación, como transacciones directas o adquisiciones en bolsa, viéndose obligado a realizar la OPA únicamente en el momento en el que logre consolidar el control, a fin de que los demás accionistas también se vean beneficiados por la prima. La razón de todo esto viene a ser, como ya se ha mencionado anteriormente, que el Mercado de Control peruano se caracteriza por la concentración de la propiedad dentro de las sociedades en grandes bloques de control.

Esto último facilita las transacciones entre el dueño del bloque de control y el potencial adquirente, reduciendo grandemente los costos pero discriminando a los demás accionistas. Así lo señala la Exposición de Motivos del Actual Reglamento de OPA al señalar que: [En mercados cuyo accionariado se encuentre concentrado], la adquisición de participación significativa puede ser el resultado de una negociación entre el adquirente y los tenedores previos de tal participación, como resultado de una estrategia de adquisición o sin planteamiento previo. (...) ²⁴. De esa forma, la OPA posterior ha quedado delimitada a aquellos casos en los que la adquisición del bloque de control se consume de forma previa, mientras que la OPA previa podrá seguir empleándose en casos de accionariado disperso. Así, es el propio legislador el que ha terminado por establecer un límite entre ambas.

²⁴ Resoluciones CONASEV N.ºs 009-2006-EF/94.10 y 020-2006-EF/94.10. Exposición de Motivos del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión. Punto 4.

En conclusión, en el ordenamiento societario peruano la OPA posterior y la OPA previa se diferencian de forma bastante clara en aspectos muy específicos: la primera se producirá en casos de accionariado concentrado, en tanto la segunda se dará en casos de accionariado difundido. En la medida que las sociedades peruanas presentan en su mayoría accionariado concentrado y el grupo de control es claramente identificable, puede entenderse por qué, desde la entrada en vigencia del Actual Reglamento de OPA, la mayoría de las OPAs desarrolladas en el Perú son OPAs posteriores. En esa misma línea, es fácil concluir que la OPA posterior puede generar grandes beneficios para un mercado como el peruano, agilizando la toma de control y, por lo tanto, generando un mercado más eficiente de tomas de control corporativo²⁵.

²⁵ Carrión Álvarez-Calderón, Diego y Miranda Ñique, Mirella. *¿Innovando el sistema de tomas de control en el mercado de capitales peruano? A propósito del nuevo Reglamento de OPA en el Perú*. En: *Ius et Veritas* 32. Revista editada por los alumnos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. 2006. págs. 186-187

8. Bibliografía

- Brown, Meredith M., John Reynolds III y Kevin Davis. *Regulation of Acquisitions*. En: farmery, Peter y Keith Walmsley (editores). United States Securities and Investments Regulation Handbook. Chapter 6. Londres: Graham & Trotman. 992, p. 237.
- Bebchuk, Lucian A. y Ferrell, Alan. *"Federalism and Takeover Law: The Race to Protect Managers from Takeovers"* (Junio 2000). NBER Working Paper No. w7232
- Carrión Alvarez-Calderón, Diego y Miranda Ñique, Mirella. *"¿Innovando el sistema de tomas de control en el mercado de capitales peruano? A propósito del nuevo Reglamento de OPA en el Perú"*. En: Ius et veritas 32. Revista editada por los alumnos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. 2006. p. 186-187.
- Ibáñez Jimenez, Javier. *La contratación en el Mercado de Valores*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2001. 274.
- Manne, Henry G. *"Mergers and the Market for Corporate Control"*. The Journal of Political Economy, Vol. 73, No. 2, abril, 1965, págs. 110-120
- Recalde Castells, Andrés. *Régimen Jurídico de las OPAs: Concepto, Función Económica y Principios de la Ordenación*. En: Juste Mencía, Javier y Andrés Recalde Castells (coordinadores). Derecho de OPAs. Estudio sistemático del Régimen de las Ofertas Públicas de Adquisición en el Derecho Español. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 27
- Sala I Andrés, Anna María. *"Las OPAs obligatorias ordinarias"*, pág. 43-44. Editorial J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.

Sánchez Calero, Fernando. *Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones*. Madrid: Thomson Civitas, 2009. p. 31.

Sappideen, Razeen. "Takeover Bids and Target Shareholder Protection: The Regulatory Framework in the United Kingdom, United States and Australia", Agosto, 2009. *Journal of Comparative Business and Capital Market Law*, Vol. 8, pp. 281-317, 1986. En: <http://ssrn.com/abstract=1457535>

Serra Puente-Arno, Gerardo. *El Mercado de Valores en el Perú*. Segunda edición. Lima: Editorial Cuzco, 2002. págs. 363-366.

Legislación

Directiva 2004/25/EC del Parlamento Europeo sobre las tomas de control hostiles

Decreto Legislativo N° 861 "Ley del Mercado de Valores".

Resolución CONASEV N° 0009-2006 "Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión"

La convención sobre compraventa internacional y la modernización del derecho latinoamericano de contratos: un tema pendiente

Jorge Oviedo Albán*

Resumen:

En el presente artículo, el autor se pregunta por la aplicación e influencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en el Derecho latinoamericano. A partir de esto, propone una clasificación de tres niveles de influencia: el primero, se refiere a la adopción de la Convención en los países latinoamericanos como instrumento regulador de contratos internacionales y el estado “pendiente” de su aplicación efectiva. En segundo lugar, indaga por la posible influencia jurisprudencial de la Convención, mostrando que en algunos casos se trata de decisiones que parecen orientadas a admitir su aplicación analógica mientras en otros, se trata de una mera referencia a reglas contenidas en la misma, sin que ello incida de forma alguna en las decisiones. En el tercer nivel de influencia, se refiere a la legislativa, observada en el nuevo Código Civil y Comercial argentino, a propósito de lo cual plantea algunas inquietudes sobre posibles inconsistencias normativas conceptuales que se generan en dicho Código.

Palabras clave: *Compraventa internacional. Derecho latinoamericano. Contratos internacionales.*

* Doctor en Derecho y Magister en Derecho Privado, Universidad de los Andes (Santiago de Chile). Abogado y especialista en Derecho Comercial, Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Profesor investigador en la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá). Conjuez de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Este trabajo es producto de la línea “El Derecho de los negocios internacionales” del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad Sergio Arboleda y en una primera versión fue publicado en el libro “El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos”, A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila, M.P. Sánchez González (eds). Atelier, Barcelona, 2015, pp. 769 a 788. Esta versión tiene variaciones de fondo y forma frente a la original.

Sumario:

Introducción; 1. La adopción e implementación de la convención sobre compraventa internacional en América Latina; 2. Influencia jurisprudencial en la conformación de un sistema unificado de remedios por incumplimiento contractual; 3. Influencia legislativa en el nuevo código civil y comercial argentino. Algunos dilemas; 4. Conclusiones

Introducción

La Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compra-venta Internacional de Mercaderías, ha sido adoptada a la fecha por 84 países de todos los continentes, pertenecientes a diferentes tradiciones jurídicas, entre los cuales se encuentran aquellos que lideran la economía mundial, lo cual jurídicamente hablando significa que la mayoría de transacciones internacionales celebradas entre partes que tengan sus establecimientos en dichos estados, quedan regidas por la Convención. Además, es notoria su influencia en los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los Principios de Derecho Europeo de Contratos, y también en instrumentos comunitarios de la Unión Europea tal como la Directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. De forma adicional, se debe destacar su influencia en los procesos de reforma legislativa desarrollados en varios países, la cual también se ha producido por vía de jurisprudencia, como quiera que varios tribunales se han basado en la Convención para hacer una relectura de las normas nacionales. Es por todo ello que resulta tal vez reiterativo insistir en la importancia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra-venta Internacional de Mercaderías, en la construcción de un moderno Derecho de la contratación, aspecto sobre el cual hay una opinión generalizada¹.

¹ Entre otros, puede verse: Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 26 - 29. Álvaro Vidal Olivares, *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006, p. 11.

Son estos tres aspectos, pero vistos desde el Derecho latinoamericano, los que se tratarán en este trabajo, con el objetivo de identificar el estado actual del proceso de influencia de esta Convención en lo que se puede llamar “proceso de modernización del Derecho latinoamericano de contratos”. Por las razones que se desarrollarán, se puede anticipar que dicho estado es “pendiente”.

Cabe además precisar que el título de este artículo seguramente es demasiado pretencioso, al querer referirse a la “influencia” de la Convención y el mismo podría ser el de un congreso o una jornada, donde las ponencias se refieran a cada uno de los aspectos en los que se puede advertir tal influencia. Sin embargo, a partir de lo que se ha enunciado en el párrafo precedente, se intentará hacer referencia a algunos aspectos que se pueden clasificar en tres niveles de influencia: el primero, se refiere a la adopción de la Convención en los países latinoamericanos como instrumento regulador de contratos internacionales y el estado “pendiente” de su aplicación efectiva. Es necesario referirse a este aspecto pues se trata de un tópico que no puede omitirse al referirse a la influencia de la Convención en la modernización del Derecho de Contratos, más aun teniendo en cuenta que se trata de una regulación gestada en el mundo de los contratos internacionales con el fin de reducir la incertidumbre derivada de las reglas de conflicto, al intentar determinar la ley nacional aplicable a los mismos.

En segundo lugar, se hará referencia a la posible influencia jurisprudencial de la Convención en aspectos más sustanciales. Este nivel de influencia en América Latina no ha sido del todo homogénea: en algunos casos se trata de decisiones que parecen orientadas a admitir su aplicación analógica mientras en otros, se trata de una mera referencia a reglas contenidas en la misma, sin que ello incida de forma alguna en las decisiones. Aunque de todos modos, puede considerarse que de esta forma empiezan a permitir la entrada de instituciones no expresamente reguladas en los códigos adoptados en el siglo XIX.

En un tercer punto, se hará alusión a la influencia legislativa, observada en el recientemente adoptado nuevo Código Civil y Comercial argentino, la cual no obstante parece no haber sido muy consistente, por las razones a las que se aludirá².

1. La adopción e implementación de la convención sobre compraventa internacional en América Latina

A la fecha, 15 países de América Latina y el Caribe han suscrito la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la que se encuentra en vigor para 13 de ellos³. Recientemente ha adherido Guyana y Venezuela, no obstante que firmó la Convención no la ha ratificado. En la siguiente tabla se puede observar la fecha de ratificación de la Convención y también cuando entró en vigor para los países de América Latina:

Estado	Ratificación, adhesión (*), aprobación (+)	Entrada en vigor
Argentina	19/07/1983 (+)	01/01/1988
Brasil	04/03/2013 (*)	01/04/2014
Chile	07/02/1990	01/03/1991
Colombia	10/07/2001 (*)	01/08/2002
Cuba	02/11/1994 (*)	01/12/1995
Ecuador	27/01/1992(*)	01/02/1993
El Salvador	27/11/2006(*)	01/02/2007
Guyana	25/09/2014(*)	01/10/2015
Honduras	10/10/2002(*)	01/11/2003
México	29/12/1987 (*)	01/01/1989
Paraguay	13/01/2006 (*)	01/02/2007

² El nuevo Código Civil y Comercial de Argentina fue aprobado por Ley 26.994, 7.10.2014. El Código entraba a regir el 1. 1. 2016, pero por Ley n o 27.077 (BO 19/12/2014) rige desde el 1.8.2015.

³ Según información disponible en: <http://www.uncitral.org>.

Perú	25/03/1999 (*)	01/04/2000
República Dominicana	07/06/2010 (*)	01/07/2011
Uruguay	25/01/1999 (*)	01/02/2000
Venezuela	28/09/1981 (la firmó pero no la ha ratificado)	

Tabla⁴

Cabe preguntarse, más allá de la adhesión formal de estos países, cual ha sido el verdadero impacto que la Convención ha tenido en los mismos. Para ello, basta revisar los fallos publicados en las bases de datos, especialmente en la de Pace University y en la de la Universidad Carlos III de Madrid, de donde surgen datos poco alentadores si se contrastan con los fallos que han sido dictados en otras partes del mundo.

Incluso, se advierte que en algunos casos, en los que debió aplicarse la Convención, pero los tribunales, o no la advirtieron, o bien negaron su aplicación con base en argumentos discutibles.

Uno de dichos casos corresponde a uno que fue fallado por los tribunales chilenos. Se trataba de un contrato de compraventa de 150.000 unidades de cuero entre una empresa establecida en Chile (vendedora) y una empresa establecida en Argentina (compradora). Las partes habían pactado que la vendedora entregaría entre diciembre de 2001 y mayo de 2002 la totalidad de las pieles de cuero, pero al final del contrato sólo había entregado 89.000 unidades con un faltante de 61.000, las que fueron vendidas a otros compradores. Ante ello, la compradora demandó ante los tribunales chilenos a la vendedora por incumplimiento del contrato. En la demanda se pidió decretar la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento

⁴ Fuente: elaboración propia basado en la información disponible en: <http://www.uncitral.org>.

como pretensión principal, sin solicitar previamente resolución del contrato o ejecución forzosa de la prestación⁵.

El fallo de primera instancia negó las pretensiones del demandante al asumir que la indemnización de perjuicios no se puede interponer como una acción principal ante el incumplimiento del deudor conforme al Derecho chileno. El demandante apeló el fallo y en el escrito de apelación, la parte demandante alegó que debía decretarse la indemnización de perjuicios por incumplimiento, acción reconocida por la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de la cual son parte Argentina y Chile, la que de acuerdo con el apelante era la ley del contrato, según los criterios de aplicación de la misma.

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas, mediante sentencia de 9 de enero de 2007 confirmó el fallo, en el sentido de negar la indemnización de perjuicios como pretensión principal conforme al Derecho interno chileno. En el considerando noveno del fallo de apelación se señaló que

“...respecto a la aplicación de la Convención de Viena de 1980, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, hay que tener presente que de conformidad con su artículo 6 (...) al no haberse basado la demanda y la réplica en las disposiciones legales de esta Convención, debe entenderse tácitamente que se renunció a dicho estatuto, rigiéndose, en consecuencia, por las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio que invocara”.⁶

⁵ Los párrafos correspondientes a este acápite corresponden, con algunas variaciones, a los comentarios hechos por el autor a este caso en: Oviedo Albán, Jorge, “La autonomía conflictual en la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías”, en *Estudios de Derecho Comercial. Cuartas jornadas chilenas de Derecho Comercial 5 y 6 de noviembre de 2013*, Eduardo Jequier Lehudé (editor), Universidad de los Andes, Legal Publishing, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 641 - 644.

⁶ Corte de apelaciones de Punta Arenas, 9.1.2007, Rol n° 173 - 2006, Chile, n° Legal publishing 35743. El fallo fue confirmado en Casación. Corte Suprema, 22.9.2008, Rol 1782 - 2007, Chile,

Tal como puede advertirse en el fallo, el Tribunal deduce la exclusión tácita de la Convención por el hecho de no haber sido invocada en la demanda ni en el escrito de apelación. Tal conclusión merece los siguientes comentarios:

Es un error el que cometieron los tribunales chilenos al entender que si la Convención no es invocada en los actos procesales, se entiende tácitamente excluida. En efecto, ante los hechos planteados los jueces debieron advertir que el contrato tenía componentes extranjeros y por ello se trataba de un caso que llamaba a determinar la ley aplicable a la controversia, que sin duda es la Convención sobre Compra-venta Internacional de Mercaderías, pues se verifican los factores de aplicación en ella contemplados. Conforme a esto, debieron proceder a estudiar los temas de fondo, como son: si existe o no incumplimiento contractual y si procede o no la indemnización de perjuicios como acción directa derivada de tal incumplimiento, posibilidad que incluso ha venido siendo sostenida por un sector de la doctrina chilena, no solamente sobre la base de la Convención sobre Compra-venta, sino incluso mediante interpretación de las reglas del Código Civil⁷.

nº Legal publishing 39756. Para un análisis más extenso sobre este caso: Jorge Oviedo Albán, “Exclusión tácita de la ley aplicable a indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de compra-venta internacional (A propósito de reciente jurisprudencia chilena)”, en *International Law, Revista colombiana de Derecho Internacional*, 14, 2009, pp. 191-192.

⁷ Este tema había sido abordado ya en Oviedo Albán, “Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de compra-venta internacional”, pp. 191-219. En la doctrina chilena reciente puede verse el intento por asumir una interpretación favorable a la autonomía de la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual. Cfr. Carlos Pizarro Wilson, “La responsabilidad contractual en el Derecho chileno”, en *Los contratos en el Derecho Privado*, Fabricio Mantilla Espinosa; Francisco Ternera Barrios, (directores), Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2007, pp. 209-233, esp. 214-216. Álvaro Vidal Olivares, “La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento”, en *Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas nacionales de Derecho Civil Olmué, 2010*, Gonzalo Figueroa Yáñez; Enrique Barros Bourie; Mauricio Tapia Rodríguez (coordinadores), Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 763-779. Patricia Verónica López Díaz, “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 15, (2010), pp. 65-113, esp. pp. 85-113 y Patricia Verónica López Díaz, “El interés del deudor como límite al derecho de opción del acreedor insatisfecho y su incidencia en la procedencia de la acción de cumplimiento específico y la indemnización de daños”, en *Estudios de Derecho Civil VII, Jornadas nacionales de Derecho Civil Viña del Mar, 2011*, Fabián Elorriaga De Bonis (coordinador), Abeledo Perrot Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 745.

Por otro lado, si se analiza el fallo, el mismo no descarta que el caso presente no encaje dentro de los criterios de aplicación de la Convención. Ante tal silencio parecería que los acepta. Adicionalmente, se puede señalar que el fallo desconoce el significado de la exclusión tanto expresa como tácita de la Convención, pues tal como se deduce del artículo 6º de la misma, tal exclusión debe haber sido acordada por las partes (en el primer caso), o deducirse del hecho de haber invocado en el contrato una norma nacional específica.

Conforme a lo anterior, el fallo mencionado permitiría crear una nueva forma de exclusión tácita de carácter unilateral consistente en que si el demandante no invoca la norma aplicable, estaría renunciando tácitamente a ella. Se advertirá que el tema tiene que ver con el principio *jura novit curia*, conforme al cual si las partes fundamentan los hechos y pretensiones conforme a una norma específica, ello no implica que los jueces deban excluir la ley aplicable sino que por el contrario, tienen el deber de aplicarla⁸. Téngase en cuenta que si bien según las normas procesales chilenas, en la demanda deberán indicarse los hechos y fundamentos de Derecho en que se basa el demandante, esto es distinto a tener que indicar las normas o artículos del Código o ley que se pretenda hacer valer ante el juez⁹.

Adicionalmente, cabe indicar que los tribunales de Chile no tuvieron en cuenta un precedente fallado por tribunales de ese mismo país que es el siguiente: un fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 2 de julio de 2003 confirmado en casación por la Corte Suprema en decisión de 10 de agosto de 2005, aplicó la Convención a la pretensión del demandante, consistente en exigir el pago del precio como cesionario de los vendedores establecidos en Francia, contra la compradora

⁸ Franco Ferrari, *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías*, Miriam Anderson, Lorenzo Bairati (traductores), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 103 - 104. Ingeborg Schwenzer; Pascal Hachem, "Article 6", en *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Schlechtriem; Schwenzer / Ingeborg Schwenzer (ed.), 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 113.

⁹ Cfr. Artículo 254 núm. 4, Código de Procedimiento Civil chileno.

establecida en Chile. Tanto el Tribunal de Apelación como la Corte Suprema aplicaron la Convención al reconocerla como ley aplicable al negocio causal, que era una compraventa internacional, independientemente de que no hubiese sido invocada por alguna de las partes¹⁰.

Baste agregar que la exclusión tácita de la Convención deberá ser real y consciente y además provenir del mutuo acuerdo de las partes, por lo que no cabe una exclusión unilateral¹¹. Conforme con lo primero, “...la exclusión del Derecho uniforme (lato sensu) debe poder deducirse con seguridad del conjunto de circunstancias que rodeen el contrato (...)” y con lo segundo, “...que no podrá considerarse que ha habido exclusión tácita cuando se verifique que las partes ignoraban la existencia o aplicabilidad a su contrato del Derecho uniforme”¹². Igualmente, la referencia que se haga en los memoriales a la legislación nacional, no debe ser entendida como una exclusión tácita de la Convención, sino como un error de los abogados, que para nada significa que las partes esten de acuerdo en la exclusión de la misma¹³.

Por otra parte, y como se mencionó anteriormente, en Colombia no se registran fallos que hayan aplicado la Convención. Antes por el contrario, en un caso fallado por el Tribunal Superior de Bogotá de 30 de junio de 2008, sin advertir que en él se verificaban los factores de aplicación de la Convención, se decidió aplicar la regla de conflicto del Código de Comercio conducente a la aplicación del Derecho nacional¹⁴. Los hechos fueron los siguientes:

¹⁰ Corte Suprema, 10.8.2005, Rol 5149 – 98, Chile, n° Legal Publishing: 32623.

¹¹ Michael J. Bonell, “Art. 6. Parties autonomy”, en *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, C. M. Bianca; M.J. Bonell (eds.), Giuffrè, Milan, 1987, p. 57. Esperanza Castellanos Ruiz, *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional*, Comares, Granada, 1998, p. 68. Ferrari, *La compraventa internacional*, p. 194. John Honnold, *Uniform Law of International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edition, Kluwer, The Hague, 1999, p. 81. Schwenger; Hachem, “article 6”, p. 107.

¹² Ferrari, *La compraventa internacional*, p. 194.

¹³ En este sentido Schwenger; Hachem, “article 6”, p. 113.

¹⁴ Con comentario a este fallo: Jorge Oviedo Albán, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, en *International Law. Revista colombiana de Derecho Internacional*, n° 21 (2012), pp. 117-157, esp. pp. 150 - 151.

Se celebró un contrato de venta de una mercancía entre un vendedor establecido en Ecuador y un comprador establecido en Colombia. El vendedor demandó al comprador por mora en el pago del precio. En primera instancia se decidió que el comprador no había sido recurrido en mora, por lo que en el alegato en apelación, el demandante señaló que conforme al artículo 947 del Código de Comercio, el comprador debe pagar en el plazo estipulado o al recibir el bien. El Tribunal estableció que según el artículo 869 del Código de Comercio, el contrato debía registrarse por éste, con base en lo cual accedió a las pretensiones basándose en las normas internas más intereses moratorios “a la tasa que fije la Junta Directiva del Banco de la República a la fecha del pago”. La crítica que se puede hacer al fallo, es que el Tribunal debió aplicar la Convención, y para la pretensión, los artículos 53 y siguientes y el 78 para la indemnización e intereses.

A partir de los datos y casos reseñados, cabe afirmar que el proceso de implementación de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías se encuentra pendiente en los países de América Latina, pues pese a que varios de ellos forman parte de la Convención, sus tribunales no la han aplicado lo cual puede deberse tal vez al desconocimiento generalizado, falta de difusión o incluso “temor” de los operadores jurídicos a aplicarla. Los remedios ante tal situación deben provenir sin duda desde la doctrina y la enseñanza de este instrumento en las universidades.

2. Influencia jurisprudencial en la conformación de un sistema unificado de remedios por incumplimiento contractual

Como se advirtió anteriormente, varios fallos judiciales y laudos arbitrales dictados en algunos países de América Latina, han hecho referencias a instrumentos del moderno Derecho de la contratación en sus consideraciones y esto sin duda contribuye a generar un clima favorable a la recepción de los mismos. En este sentido cabe destacar la presencia de fallos que han aplicado bien sea por analogía la

Convención sobre Compraventa Internacional, o basándose en ella han hecho interpretaciones correctivas de ciertas normas nacionales.

De forma adicional, deben destacarse algunos fallos latinoamericanos, a partir de los cuales se puede empezar a pensar en la construcción de un sistema unificado de remedios por incumplimiento.

Cabe recordar que en el Derecho privado colombiano, al igual que sucede en los demás países de América Latina, no se consagra una noción de incumplimiento. No obstante, ciertos sectores doctrinales se han apoyado en normas como el artículo 1613 del Código Civil, que regula el contenido de la indemnización por incumplimiento de las obligaciones contractuales en el sentido de establecer que ésta comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento, supuestos que son reiterados en el artículo 1614 del mismo Código, que define el daño emergente como el perjuicio o pérdida que proviene de cualquiera de los tres supuestos mencionados y el lucro cesante, como la ganancia o provecho que deja de reportar el acreedor en los mismos eventos¹⁵.

Por otro lado, también ciertos sectores doctrinales parten de afirmar que ante las mencionadas situaciones constitutivas de incumplimiento, los derechos o atribuciones de las que dispone el acreedor insatisfecho son la ejecución forzosa de la prestación inejecutada, que busca constreñir al deudor al cumplimiento de la prestación, al igual que a la obtención de la indemnización de perjuicios o bien la resolución o terminación del contrato, todo con apoyo en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio. En efecto, el primero de los artículos citados dispone que:

¹⁵ En este sentido, por ejemplo: Jorge Cubides Camacho, *Obligaciones*, 7ª edición, Pontificia Universidad Javeriana, Ibañez, Bogotá, 2012, p. 284.

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

En sentido análogo el artículo 870 del Código de Comercio:

“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios”.

Varios son los interrogantes que surgen de estas disposiciones. El primero, consiste en: ¿Estas normas se aplican a todos los supuestos de incumplimiento? Es decir: ¿en caso de inejecución, cumplimiento moratorio o cumplimiento defectuoso? De lo contrario, a partir de una interpretación literal, en la parte en que el artículo 1546 establece que estas atribuciones del acreedor caben en “caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”, la norma civil solamente cabría para los casos en que no se cumpla la obligación, pero podría entenderse que no cubre el cumplimiento moratorio o defectuoso y lo mismo podría predicarse del 870, cuando dispone que “en caso de mora de una de las partes”, es que se tiene derecho a las acciones mencionadas, pero que parecería dejar de lado los eventos de no ejecución o ejecución defectuosa¹⁶. Este punto, no ha sido advertido por la doctrina nacional, pero de hecho, si a esa respuesta se llegara,

¹⁶ En la doctrina chilena, pero con planteamientos que sirven para todos los códigos que tienen instituciones similares Iñigo de la Maza ha puesto de presente la regulación fraccionada y dispersa de los supuestos de cumplimientos defectuosos en la compraventa y advertido además que se trata de un tema inexplorado. Iñigo de la Maza Gazmuri, “El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n° 3, (2012), pp. 629 - 663.

ello conllevaría que los acreedores quedarían desprotegidos en tales eventos, razón por la cual debe desecharse una posible respuesta en tal sentido. También puede advertirse que tales normas no califican la magnitud o gravedad del incumplimiento, a efectos de establecer la procedencia o no de algunas acciones, como la resolutoria.

Estos temas tienden a solucionarse en el Derecho colombiano, a partir de un fallo de la Corte Suprema, que a pesar de no citar de forma directa a la Convención sobre Compraventa, por el lenguaje utilizado no cabe duda que se trata de una sentencia basada en las tendencias del Moderno Derecho de contratos. Bien cabe afirmar que las premisas sentadas en este fallo pueden servir de parámetros para que posteriores sentencias solucionen por vía interpretativa algunos problemas legislativos del Derecho colombiano, que resultan además comunes a varias legislaciones de la tradición del Derecho Civil, como es la coexistencia de remedios frente a situaciones que sin lugar a dudas configuran incumplimiento contractual, tales como los vicios redhibitorios en la compraventa, los defectos de cantidad, etc.

La sentencia de 18 de diciembre de 2009 se dictó a propósito de los siguientes hechos: en virtud de un contrato de venta de un establecimiento de comercio, se demandó a la compradora para que restituyera el bien objeto del contrato, además de pagar los frutos percibidos o que hubiese podido percibir desde la fecha de recepción del mismo, además de la pena pactada e intereses moratorios. En subsidio se solicitó la resolución por incumplimiento de ambas partes. Las contratantes habían suscrito un acuerdo privado en virtud del cual acordaron celebrar el contrato de venta del establecimiento por escritura pública en fecha posterior. Según el demandante, la contraparte incumplió con la forma de pago pactada en el contrato. La demandante concurrió en la fecha pactada a suscribir la escritura pública, pero se abstuvo de hacerlo ante el incumplimiento de la compradora¹⁷.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18.12.2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Ante la reclamación, la demandada formuló la excepción de contrato no cumplido. En primera instancia se declaró resuelto el contrato de compraventa por mutuo incumplimiento, condenando a la demandada a restituir el establecimiento y a la demandante a devolver la parte del precio que había recibido, indexado.

Las dos partes apelaron el fallo. El Tribunal de apelación negó la excepción de contrato no cumplido, declaró resuelto el contrato por incumplimiento de la demandada, ordenando las restituciones mutuas correspondientes. La Corte aceptó el recurso de casación interpuesto por violación de diversas normas probatorias, revocó la sentencia dictada por el juez de primera instancia y desestimó las pretensiones del demandante.

La Corte encontró probado que la compradora cumplió tardíamente lo pactado y entró a analizar si en este caso cabía la acción de resolución del contrato. Sobre este punto, indicó que el incumplimiento que da lugar a la facultad de resolver el contrato, debe cumplir ciertos requisitos para ser calificado como “resolutorio”, “por cuanto no toda separación del programa obligacional por parte del deudor habilita a su contraparte para ejercer la mencionada facultad endebezada a que se decrete la extinción del contrato”. Procedió a señalar que el incumplimiento tiene la consecuencia de insatisfacer el interés del acreedor, debiéndose distinguir entre incumplimiento total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.) y por tanto se puede calificar como “esencial” por insatisfacción del interés contractual para lo cual deben valorarse las circunstancias concretas pertinentes para de esa forma mirar la insatisfacción de tal interés del acreedor. Así dijo la Corte:

“Sin embargo no toda separación por parte del deudor respecto del “programa obligacional” previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor —particularmente la resolución contractual—, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar

a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.

En el contexto que se ha precisado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que en esta materia resulta pertinente distinguir, entonces, si la obligación insatisfecha es una obligación principal o simplemente accesoria, o también si el incumplimiento es definitivo o apenas parcial o transitorio, y, en todo caso, analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento, determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato —en la que se incluye la inobservancia de un *término esencial*—, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la *economía del contrato*¹⁸.

De esta forma, precisó que el cumplimiento tardío puede ser considerado como esencial y como tal, cabe el ejercicio de la acción resolutoria si es que con posterioridad a una cierta oportunidad, el cumplimiento se vuelve inútil al acreedor, si su interés en el derecho de crédito ha sido definitivamente lesionado o genera frustración del fin práctico perseguido por las partes en el contrato. Según esto, concluyó que el incumplimiento no podía ser calificado como esencial y por tanto, no era resolutorio.

Los conceptos utilizados en este fallo recuerdan a autores de la doctrina moderna, como Morales Moreno, quien acoge un concepto amplio basándose en los instrumentos del Moderno Derecho de contratos¹⁹.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ De la misma forma Vidal Olivares, La protección del comprador, p. 16.

Así, lo sostiene el autor basándose en lo establecido en los artículos 45 y 61 de la Convención sobre Compraventa Internacional y el artículo 1:103 (PECL), según el cual:

“Incumplimiento significa cualquier inejecución de una obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el incumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato”²⁰.

El autor asume que el concepto de incumplimiento referido, se caracteriza por los siguientes rasgos: a) su amplitud, que consiste en la falta de ejecución en cualquiera de sus manifestaciones de manera que hace desaparecer los sistemas especiales de responsabilidad que implican los saneamientos. Como bien señala el autor, la unificación del sistema de responsabilidad contractual exige la configuración de un concepto unitario de incumplimiento suficientemente amplio para abarcar todas sus manifestaciones²¹. B) El nuevo concepto de incumplimiento contempla la falta de satisfacción del interés del acreedor garantizado por el contrato y: C) es un concepto neutro que prescinde de cualquier imputación subjetiva al deudor²².

También cabe destacar la presencia de un caso fallado en El Salvador, donde los tribunales acudieron a la Convención sobre Compraventa Internacional por analogía para resolver un caso de Derecho interno. En efecto, en el caso se discutió que el comprador de un inmueble no pudo realizar la inscripción a su nombre ante el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas a causa de una falta de conformidad jurídica, consistente en que el inmueble tenía 17 gravámenes, lo que constituyó un obstáculo jurídico para el uso y libre disposición de

²⁰ Antonio Manuel Morales Moreno, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Thomson Reuters, Elcano, 2010, pp. 29 - 30.

²¹ Morales Moreno, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, p. 29.

²² Morales Moreno, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, pp. 29 - 30.

la propiedad. El tribunal en este caso, decidió aplicar por analogía los artículos 41 y 42 de la CISG y también se basó en el artículo IV. A. 2:305 del Borrador de Marco Común de Referencia y sustentado sobre los artículos 35, 41 y 42, condenó a la vendedora a ejercer todas las acciones legales y procesales para liberar de todo obstáculo jurídico la propiedad, además de indemnizar el daño emergente y lucro cesante y el pago de costas judiciales²³.

Adviértase que este fallo, así no lo diga de manera expresa, acoge también un concepto genérico por incumplimiento, pero además, resulta de interés la manera como acude por analogía para resolver un problema de Derecho Interno.

Cabe esperar que la jurisprudencia sentada por estos fallos contribuya a generar un ambiente donde tengan cabida interpretaciones correctivas de las disposiciones actuales, que contribuyan a adecuar las reglas vigentes en las leyes nacionales, a las tendencias de los instrumentos que componen el moderno Derecho de contratos.

3. Influencia legislativa en el nuevo código civil y comercial argentino. Algunos dilemas

En tercer lugar, y según se advirtió en la introducción, corresponde hacer una referencia a la posible influencia legislativa de la Convención en la modernización legislativa del Derecho latinoamericano. El caso concreto es el nuevo Código Civil y Comercial argentino adoptado en octubre de 2014.

En las palabras preliminares preparadas por Ricardo Lorenzetti, presidente de la Corte Suprema argentina y miembro de la Comisión Redactora del Código, expresamente se señala que se “han receptado

²³ Juzgado Segundo de lo Civil y lo Comercial de San Salvador, 28.2.2013, disponible en: <http://www.cisgspanish.com>.

muchos de los Principios de Unidroit (arts. 971 y ss)²⁴, pero cabe hacer la salvedad de que varias de las reglas introducidas a este Código pueden haber llegado por la vía de los Principios de Unidroit pero provenientes verdaderamente de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Ahora, si se observa el mencionado cuerpo normativo, puede concluirse que la recepción de ciertas figuras provenientes del moderno Derecho de la contratación no fue del todo acertada y que por el contrario, puede llevar a generar problemas prácticos, ante lo cual que es conveniente que la doctrina advierta con el fin de facilitar por vía interpretativa algunas luces a los jueces que tendrán que lidiar con dichas inconsistencias.

Una de ellas, es la que tiene que ver con los vicios ocultos y la falta de conformidad. Como se sabe, según el artículo 30 de la Convención sobre Compraventa Internacional, el vendedor asume las obligaciones de entregar materialmente la cosa, transferir su dominio y entregar los documentos relacionados. En virtud de ello, debe entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a lo estipulado en el contrato, lo que también incluye el envase y embalaje. En caso de infracción de esta obligación, incurre en incumplimiento del contrato y dando cabida a los remedios por incumplimiento, que constituyen un sistema unitario que abarca el no cumplimiento, el cumplimiento tardío y el cumplimiento defectuoso de las prestaciones²⁵.

La falta de conformidad regulada en el artículo 35 de la Convención no sólo obedece a un concepto material, sino que también puede predicarse que se basa en una noción funcional. Esto se deriva

²⁴ Ricardo Lorenzetti, “Palabras preliminares”, en Código Civil y Comercial de la Nación, Erreius, Buenos Aires, 2014, pp. 1 - 9. Las reglas del artículo 971 en adelante, corresponden a aspectos generales, como la formación del contrato.

²⁵ Luis Díez – Picazo; Encarna Roca Trias; Antonio Manuel Morales Moreno, Los principios del Derecho europeo de contratos, Civitas, Madrid, 2002, p. 324. Antonio Manuel Morales Moreno, “Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa”, en Anuario de Derecho Civil, t. LXV, f. I, (2012), pp. 18 - 19.

de lo dispuesto en los numerales 1º y 2 del mismo artículo, según el cual para que se cumpla la obligación de conformidad, la cantidad, calidad, tipo, envase y embalaje deben corresponder a lo estipulado en el contrato, pero también que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo; que resulten aptas para cualquier uso especial convenido expresa o tácitamente, que posea las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador y que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o en la adecuada para conservarlas y protegerlas²⁶.

Como puede advertirse, la falta de conformidad abarca las situaciones que en los códigos de tradición europeo continental corresponde a los vicios rehdibitorios²⁷, con lo cual el comprador puede disponer de un abanico más amplio de remedios, como son los generales por incumplimiento, frente a las tradicionales acciones rehdibitoria y de rebaja de precio, sometidas normalmente a plazos cortos de caducidad o de prescripción²⁸. Además, comprende la entrega de una cosa distinta a la pactada²⁹. En cuanto a la gravedad o no de

²⁶ Antonio Manuel Morales Moreno, "Artículo 35", en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Diez Picazo y Ponce de León (director y coordinador), Civitas, Madrid, 1998, p. 294. Ingeborg Schwenzer, "Article 35", en *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*, Schlechtriem; Schwenzer / Ingeborg Schwenzer (ed.), 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 571.

²⁷ Jacques Ghestin, *Conformite et garanties dans la vente (Produits mobiliers)*, LGDJ, Paris, 1983, pp. 219 - 220.

²⁸ Véase entre otros: Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, pp. 29 - 30. Vidal Olivares, *La protección del comprador*, pp. 30 - 32 y 53 - 165. Ricardo de Angel Yáguez, *Derecho de obligaciones en Europa. Algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas*, Bosch, Barcelona, 2013, pp. 89 - 97. En relación con la "transformación progresiva" que está teniendo en el Derecho contemporáneo el régimen de vicios ocultos, sobre todo en las nuevas normas internacionales y europeas donde se tiende a sustituirlo por la "falta de conformidad", véase: Jérôme Huet; Georges Decocq; Cyril Grimaldi; Hervé Lécuyer, *Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, 3e édition, LGDJ, Paris, 2012, pp. 253 - 254.

²⁹ Nieves Fenoy Picón, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, p. 365. Pilar Martín Aresti, *Las garantías de los productos de consumo*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 22. Susana Navas Navarro, *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones contractuales de dar*, Reus, Madrid, 2004, p. 148.

los defectos que significan falta de conformidad, puede entenderse que no por el hecho de que la norma no lo mencione, significa que lo desconozca. Por el contrario, si se parte del supuesto de distinguir entre incumplimiento simple y esencial, entendido éste en los términos del artículo 25 como aquel que causa un perjuicio tal a la otra parte que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, puede señalarse que la gravedad de la falta de conformidad es un elemento determinante para calificar o no al incumplimiento del vendedor como esencial y por ende, determinar el tipo de remedio de que dispone el comprador³⁰.

Ante la falta de conformidad, el comprador pueda pedir la reparación o subsanación, según el artículo 46 núm. 3. La sustitución de la mercadería, posibilidad consagrada en el núm. 2 de dicho artículo, procede solamente en caso en que el incumplimiento fuere esencial, lo que ocurrirá cuando la falta de conformidad sea de cierta magnitud.

La resolución del contrato por incumplimiento, es otra posibilidad consagrada en la Convención, la que en los términos ya anotados del artículo 25 sólo procede cuando el incumplimiento sea esencial, lo que se encuentra corroborado en el artículo 49 nro. 1 lit. a.

La rebaja de precio, también se encuentra dentro del abanico de posibilidades para el comprador, lo que se hará proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes.

Finalmente, la indemnización de perjuicios para el perjudicado por el incumplimiento del contrato regulada en el artículo 74 de la Convención, no está limitada a eventos en que el vendedor conocía o debía conocer y no declaró.

³⁰ Cfr. Álvaro Vidal Olivares, "El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n° 3, (2006), pp. 439 - 477.

Así entonces, no se justifica la regulación de los saneamientos, como el de vicios ocultos, toda vez que en los instrumentos modernos de contratación, la presencia de tales defectos ocultos en la cosa constituye una de las situaciones que constituyen incumplimiento de las obligaciones del vendedor y por ello, se reitera, acogen un sistema unitario de remedios sobre la base de la falta de conformidad, al entender al incumplimiento de una forma amplia como toda desviación del programa contractual que no se reduce al contenido prestacional manifestado en dar o hacer referido a la falta de entrega de la cosa y del precio, sino que abarca también el cumplimiento defectuoso o tardío, tal como aparece concebido en el artículo 7.1.1 de los Principios de UNIDROIT y en los PECL, artículo 1: 103 (4), que también la doctrina reconoce implícito en la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías³¹.

Todo lo anterior sirve para preguntarse por qué razón el nuevo Código argentino a pesar de adoptar, como se verá, reglas provenientes de los instrumentos del moderno Derecho de contratos, como la Convención sobre Compraventa Internacional, ha decidido mantener algunas reglas tradicionales, sin advertir que resultan incompatibles. Así, en principio, se observa que el nuevo Código argentino ha acogido figuras como el incumplimiento esencial, que a su vez es el supuesto de la resolución del contrato (artículo 1084³²) y la falta de

³¹ Cfr. Antoni Vaquer Aloy, "Marco general del nuevo Derecho de contratos", en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Esteve Bosch Capdevilla (Director), Bosch, Barcelona, 2012, pp. 54 - 55. Fernando Pantaleón Prieto, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, f. IV, (1993), pp. 1720 - 1721. Los artículos citados establecen: Principios de Unidroit: "Artículo 7.1.1. El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío". PECL: Artículo 1:103 (4): "Incumplimiento significa cualquier inexecución de una obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato" y los llamados « vicios ruinógenos » en el contrato de obra"

³² Artículo 1084.- Configuración del incumplimiento. A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando:

- a. el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato;
- b. el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor;

conformidad, regulada expresamente en el capítulo de compraventa, (artículo 1156) aunque limitándolo a las ventas de muebles³³.

Corresponde preguntarse: si se genera falta de conformidad y esta a su vez es calificada como incumplimiento esencial, ¿tiene cabida la resolución del artículo 1084? ¿también la reparación del daño del artículo 1082? La ejecución tiene lugar y además, según el artículo 1088 (c), es requisito interponerla, bajo amenaza de que si no cumple en el plazo de 15 días, el acreedor puede continuar por la resolución total o parcial del contrato, aunque de todos modos al vencimiento de dicho plazo la resolución se produce de pleno derecho. Un tema que al parecer el legislador argentino no resolvió, es el de la determinación de los remedios para los casos en los que el incumplimiento no se pueda calificar como esencial. La pregunta que surge es: ¿al no haber regulado tales consecuencias significa que no las tiene y el comprador deberá contentarse con lo cumplido por el vendedor?

Además de todos estos interrogantes, cabe preguntarse: ¿cómo coordinar este sistema con el de las acciones de saneamiento? El nuevo código argentino, al igual que su predecesor, regula la obligación de saneamiento por evicción y vicios ocultos en la parte general

-
1. el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar;
 2. el incumplimiento es intencional;
 3. el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.

³³ Artículo 1156.- Adecuación de las cosas muebles a lo convenido. Se considera que las cosas muebles son adecuadas al contrato si:

1. son aptas para los fines a que ordinariamente se destinan cosas del mismo tipo;
2. son aptas para cualquier fin especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, excepto que de las circunstancias resulte que el comprador no confió o no era razonable que confiara, en la idoneidad y criterio del vendedor;
3. están envasadas o embaladas de la manera habitual para tales mercaderías o, si no la hay, de una adecuada para conservarlas y protegerlas;
4. responden a lo previsto en el artículo 1153.

El vendedor no es responsable, a tenor de lo dispuesto en los incisos a) y c) de este artículo, de la inadecuación de la cosa que el comprador conocía o debía conocer en el momento de la celebración del contrato.

sobre obligaciones y contratos. Los vicios ocultos, son definidos a su vez en el artículo 1051 (b) como “los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlo conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor”. Las acciones a las que tiene derecho a optar el acreedor, son según el artículo 1039: (a) reclamar la subsanación de los vicios, (b) reclamar un bien equivalente, si es fungible o (c) declarar la resolución del contrato, quedando a salvo la acción de responsabilidad por los daños (artículo 1040) salvo los casos en que el comprador los conocía o el enajenante no conocía o no podía conocerlos, de donde surge que al modo de los códigos tradicionales, la responsabilidad del vendedor (o del enajenante en general) sigue dependiendo de la violación del deber precontractual de información y no de la mera presencia de los vicios. Para finalizar, cabría preguntar al Derecho argentino: ¿qué razones existieron para no permitir la acción de rebaja de precio? ¿cómo harán además para deslindar la figura del saneamiento por vicios ocultos y el incumplimiento, de la nulidad por error en la identidad o cualidad sustancial del objeto regulado en el artículo 267?³⁴

Una posible interpretación sugerida para dar solución a tales interrogantes, es asumir que se hay una concurrencia de supuestos de hecho, y como tal, de acciones, de forma que a partir de asumir que las reglas especiales derogan a las generales, el sistema de falta de conformidad se aplique de forma preferente en la compraventa de muebles de manera tal que no tengan aplicación las reglas sobre vicios redhibitorios.

³⁴ Sobre el concurso entre el error y el incumplimiento resolutorio: Cfr. Iñigo de la Maza Gazmuri, “El concurso entre el error con trascendencia anulatoria y el incumplimiento resolutorio”, en Cuadernos de Análisis Jurídico, VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas, Iñigo de la Maza Gazmuri (coordinador), Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 213 - 234.

4. Conclusiones

Lo planteado en este trabajo ha buscado demostrar los diferentes niveles de influencia de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías en el Derecho latinoamericano. De esta manera, frente al primer aspecto, es decir: la incorporación de la Convención como instrumento regulador de contratos internacionales, a pesar de la adopción de la misma por varios países de América Latina, su aplicación práctica sigue siendo un tema aun pendiente en los tribunales. Ello se evidencia con la presencia de algunos fallos de los tribunales que además de escasos, han sido erráticos, toda vez que han desconocido la aplicación de la misma. Frente al segundo: la posible influencia jurisprudencial, se advierte la presencia de algunos pocos fallos y tal vez además aislados, que van abriendo el camino hacia una relectura de las reglas codificadas en clave de Derecho moderno. En tercer lugar, concretamente aludiendo al nuevo Código Civil argentino, la influencia además de tímida en algunos aspectos como la regulación de la falta de conformidad resulta contradictoria, pues mientras se ha intentado dar una mirada hacia el nuevo derecho de la contratación, incorporando varias reglas procedentes de la Convención y de los Principios de Unidroit, como las reglas sobre falta de conformidad constitutivas de incumplimiento, pero al tiempo se ha mantenido fiel a varias instituciones clásicas, como la del saneamiento por vicios redhibitorios sin haber advertido que una de las características de instrumentos como la Convención sobre Compraventa Internacionales es precisamente la de haber subsumido el sistema de acciones por vicios ocultos, lo cual puede generar no pocos problemas prácticos. Todo conduce a afirmar que la influencia en América Latina de los instrumentos que componen el nuevo Derecho de la contratación, es un proceso que requiere todavía decantación y frente a ello, cabría esperar que por vía de interpretación se genere un escenario que ayude a la creación de un clima favorable para la modernización, preferible al legislativo, que al menos en algunos países no se vislumbra como una opción real en el corto plazo.

Bibliografía

- Bonell, Michael J., "Art. 6. Parties autonomy", en *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, C.M. Bianca; M.J. Bonell, (eds.), Giuffrè, Milan, 1987, pp. 51-64.
- Castellanos Ruiz, Esperanza, *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional*, Comares, Granada, 1998.
- Cubides Camacho, Jorge, *Obligaciones*, 7ª edición, Pontificia Universidad Javeriana, Ibañez, Bogotá, 2012.
- De Angel Yágüez, Ricardo, *Derecho de obligaciones en Europa. Algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas*, Bosch, Barcelona, 2013.
- De la Maza Gazmuri, Iñigo, "El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, nº 3, (2012), pp. 629-663.
- De la Maza Gazmuri, Iñigo, "El concurso entre el error con trascendencia anulatoria y el incumplimiento resolutorio", en *Cuadernos de Análisis Jurídico, VII, Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas*, Iñigo de la Maza Gazmuri (coordinador), Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 213-234.
- Díez-Picazo, Luis; Roca Trias, Encarna; Morales Moreno, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- Fenoy Picón, Nieves, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.

- Ferrari, Franco, *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías*, Miriam Anderson, Lorenzo Bairati (traductores), Bosch, Barcelona, 2009.
- Ghestin, Jacques, *Conformite et garanties dans la vente (Produits mobiliers)*, LGDJ, París, 1983.
- Honnold, John, *Uniform Law of International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edition, Kluwer, The Hague, 1999.
- Huet, Jérôme; Decocq, Georges; Grimaldi, Cyril; Lécuyer, Hervé, *Les principaux contrats spéciaux*, Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, 3e édition, LGDJ, Paris, 2012.
- López Díaz, Patricia Verónica, “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 15, (2010), pp. 65-113.
- López Díaz, Patricia Verónica, “El interés del deudor como límite al derecho de opción del acreedor insatisfecho y su incidencia en la procedencia de la acción de cumplimiento específico y la indemnización de daños”, en *Estudios de Derecho Civil VII, Jornadas nacionales de Derecho Civil Viña del Mar, 2011*, Fabián Elorriaga De Bonis (coordinador), Abeledo Perrot Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 737-755.
- Lorenzetti, Ricardo, “Palabras preliminares”, en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Erreius, Buenos Aires, 2014, pp. 1-9.
- Martín Aresti, Pilar, *Las garantías de los productos de consumo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

- Morales Moreno, Antonio Manuel, "Artículo 35", en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Diez Picazo y Ponce de León (director y coordinador), Civitas, Madrid, 1998, pp. 286-312.
- Morales Moreno, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.
- Morales Moreno, Antonio Manuel, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Thomson Reuters, Elcano, 2010.
- Morales Moreno, Antonio Manuel, "Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa", en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, f. I, (2012), pp. 5-28.
- Navas Navarro, Susana, *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones contractuales de dar*, Reus, Madrid, 2004.
- Oviedo Albán, Jorge, "Exclusión tácita de la ley aplicable a indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de compraventa internacional (A propósito de reciente jurisprudencia chilena)", en *International Law, Revista colombiana de Derecho Internacional*, 14, 2009, pp. 191-192.
- Oviedo Albán, Jorge, "La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías: antecedentes y desarrollos alternativos", en *Revista Foro de Derecho Mercantil*, nº 29, (2010), pp. 37 - 63.
- Oviedo Albán, Jorge, "La ley aplicable a los contratos internacionales", en *International Law. Revista colombiana de Derecho Internacional*, nº 21 (2012), pp. 117-157.

- Oviedo Albán, Jorge, “La autonomía conflictual en la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías”, en *Estudios de Derecho Comercial. Cuartas jornadas chilenas de Derecho Comercial 5 y 6 de noviembre de 2013*, Eduardo Jequier Lehudé (editor), Universidad de los Andes, Legal Publishing, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 641-644.
- Pantaleón Prieto, Fernando, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, f. IV, (1993), pp. 1719-1746.
- Pizarro Wilson, Carlos, “La responsabilidad contractual en el Derecho chileno”, en *Los contratos en el Derecho Privado*, Fabricio Mantilla Espinosa; Francisco Ternera Barrios, (directores), Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2007, pp. 209-233.
- Schwenzer, Ingeborg; Hachem, Pascal, “Article 6”, en *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*, Schlechtriem; Schwenzer / Ingeborg Schwenzer (ed.), 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 102-119.
- Schwenzer, Ingeborg, “Article 35”, en *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Schlechtriem; Schwenzer / Ingeborg Schwenzer (ed.), 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 568-594.
- Vaquer Aloy, Antoni, “Marco general del nuevo Derecho de contratos”, en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Esteve Bosch Capdevilla (director), Bosch, Barcelona, 2012, pp. 31-70.
- Vidal Olivares, Álvaro, *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2006.

Vidal Olivares, Álvaro, “El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, nº 3, (2006), pp. 439-477.

Vidal Olivares, Álvaro, “La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento”, en *Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas nacionales de Derecho Civil Olmué, 2010*, Gonzálo Figueroa Yáñez; Enrique Barros Bourie; Mauricio Tapia Rodríguez (Coordinadores), Abeledo Perrot - Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 763-779.

Estrategias de Internacionalización de las Empresas y los Contratos Mercantiles

*Roberto Lara Narváez**

Resumen:

En la internacionalización de una empresa se deben analizar los factores internos y externos, y en función de este estudio, se debe escoger la alternativa adecuada para realizar el proceso de internacionalización. Las estrategias desde el punto de vista administrativo deben vincularse con el aspecto legal debido a que este componente jurídico es una pieza clave que debe ser examinado en conjunto con la estrategia empresarial, para lograr el éxito en el proceso de internacionalización.

Palabras clave: *Internacionalización, contratos mercantiles, Empresa Internacional.*

* Master in International Business Development and Consulting, Novancia Business School. Paris-Francia. Modalidad Presencial;
Master in International Business Administration, Universidad de Bremen. Bremen-Alemania. Modalidad Presencial;
Master in International Business and Foreign Trade, Universidad de Barcelona. Barcelona-España. Modalidad Presencial;
Doctor en Jurisprudencia; Universidad Internacional SEK. Quito-Ecuador. Modalidad Presencial;
Abogado de los Tribunales de Justicia, Universidad Católica del Ecuador. Quito-Ecuador. Modalidad Presencial;
Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Ecuador. Quito-Ecuador. Modalidad Presencial;
Actualmente: Docente de la Universidad de las Américas, Ecuador.

Introducción

En la actualidad el mundo tiene menos barreras comerciales. El comercio entre los países y las empresas ha evolucionado en las últimas décadas principalmente gracias a industrias como el transporte, las telecomunicaciones y la tecnología. Ahora, las empresas ven el mundo como su mercado. En este contexto, varias de ellas han usado estrategias para internacionalizar sus empresas con el fin de encontrar nuevos mercados. El proceso de internacionalización de una empresa empieza en el mercado local y luego se va moviendo hacia los escenarios internacionales, o cuando la empresa se constituye como internacional directamente.

Entrar en un nuevo mercado es una situación compleja que las empresas tienen que solventar cuando deciden ir fuera de sus fronteras y elegir el sitio correcto puede ser complicado, si las empresas no cuentan con las herramientas necesarias. Por esta razón, es necesario que las empresas analicen las estrategias que les permitan entrar en un mercado, y que usen o adapten jurídicamente las figuras que les sean más útiles. Al inicio del proceso de internacionalización las firmas sin suficiente experiencia deciden utilizar figuras que les permitan minimizar el riesgo como los contratos de exportación, o licencias de sus productos, aunque estas figuras limitan el control de las empresas en los mercados extranjeros, y también reduce sus posibles ganancias. Entonces cuando las empresas deciden tomar más riesgos el uso de otras estrategias como las joint venture o las inversiones directas extranjeras se presentan como una opción, lo que también implica que podrán obtener más beneficios, pero siempre estará implicado el riesgo. La idea detrás del riesgo no es evitarlo porque no es posible, pero la solución, es tomar el riesgo que

la empresa pueda manejar. En este contexto, las sociedades tienen que saber qué estrategias administrativo-jurídicas pueden usar en el proceso de internacionalización, para luego del análisis pertinente elegir cuál es la mejor para ellas.

Factores a considerar en el proceso de internacionalización de las empresas

Los empresarios cuando deciden explorar nuevos mercados, que están fuera de sus fronteras, se topan con varios factores que influirán en sus decisiones de expansión. Existen algunas consideraciones que los administradores tienen que entender primero para tener éxito en otros mercados, como lo referente a la contratación internacional, no solo comercial sino también la relativa a los recursos humanos necesarios tanto localmente como en el extranjero y su relación legal, así como las posibles barreras legales o políticas que deben enfrentar. A pesar de que existe literatura¹ que describe los factores de éxito y las decisiones que pueden ayudar a los empresarios en un proceso de internacionalización, es importante determinar cuáles son las consideraciones básicas que pueden ilustrar, desde la perspectiva contractual legal que destrezas son las que se podrían aplicar para la internacionalización de una empresa.

¹ Andersen, Otto, y Low Suat Kheam. Resource-based theory and international growth strategies: An exploratory study. *International Business Review* 7 (2) (04), 2009: 163.

Glowik, Mario. Market entry strategies: Internationalization theories, network concepts and cases of asian firms: LG electronics, panasonic, samsung, sharp, sony and TCL chinaWalter de Gruyter, 2009.

Hagen, Brigit, y Antonella Zucchella. A longitudinal look at the international entrepreneurship dimensions: Cases and predictions. *International Journal of Management Cases* 13 (3), 2011: 484-504.

Hayward, Anthony, Andrew Todd, y Clive Reynolds. Meeting the global challenge through a collaborative business strategy for small and medium-sized enterprises. *IEEE International Conference on Management of Innovation and Technology*. 2006.

Karlsen, Tore, Paaring Silseth, Gabriel Benito, y Lawrence Welch. Knowledge, internationalization of the firm, and inward-outward connections. *Industrial Marketing Management* 32 (5) (07), 2003: 385.

La decisión de internacionalizar una empresa responde a varios factores, que repercuten en la capacidad que deben tener los empresarios para entender sus clientes. Esto significa que sus productos o servicios deben cubrir las necesidades que los consumidores están buscando. Se debe tomar en consideración que un producto o servicio que sea adecuado para un mercado determinado como el local, no es una garantía de que él mismo producto o servicio tenga éxito en un mercado extranjero. Por esta razón, es imperativo entender las necesidades que tienen los clientes en el extranjero, ya que a partir de un claro panorama se pueden generar contratos que faciliten esta internacionalización. De acuerdo con Hagen y Zucchella² las empresas tienen que comprender si pueden ofrecer productos o servicios que sean atractivos y competitivos para sus nuevos mercados³. La idea de las empresas al dirigirse a un mercado extranjero es vender o distribuir los mismos productos que tienen éxito en el escenario local, pero puede ser un error si no los introducen al mercado externo adecuadamente, por medio de una estructura legal correcta para la consecución de sus fines. Se debe tomar en consideración, que toda empresa que decide transformarse en internacional debe contar con la posibilidad de adaptar sus productos en los nuevos mercados⁴, y este proceso, es el que tiene una influencia trascendental en la figura jurídica que se debe implementar para lograr que el producto o el servicio tengan acogida en el mercado extranjero.

Los gerentes, desde el punto de vista administrativo, reconocen que la adaptación de productos o servicios es absolutamente necesaria para conseguir éxito en un mercado extranjero⁵, y esto influye en la estrategia de internacionalización, la misma que debe basarse en

² Hagen, Brigit, y Antonella Zucchella. A longitudinal look at the international entrepreneurship dimensions: Cases and predictions, 484-5.

³ La decisión no puede ser simbólica, basada en la premisa de ofrecer el mismo producto en el extranjero que en el mercado local.

⁴ Pehrsson, Anders. International product strategies: An exploratory study. *Scandinavian Journal of Management* 11 (3), 1995: 237-49.

⁵ Hagen, Brigit, y Antonella Zucchella. A longitudinal look at the international entrepreneurship dimensions: Cases and predictions 484-9.

la figura legal adecuada, porque caso contrario, el conocimiento y las destrezas necesarias para producir la adaptación no serían asimiladas adecuadamente por el fabricante o productor, pues esto depende de la figura contractual escogida para el modelo de negocio. En relación con el proceso de adaptación, se debe tomar en consideración que existen varios factores los están involucrados, además de la habilidad de generar relaciones contractuales adecuadas, como la capacidad para comprender las necesidades de los clientes, y jurídicamente entender estas necesidades para incorporarlas en el proceso de adaptación.

Además de la adaptación del producto o servicio, otro de los factores que influyen en la internacionalización de la empresa, responde a los capacidad del personal que deben tener las mismas, así el cuerpo directivo debe conocer si cuenta con los recursos humanos y la experiencia suficiente para ir al extranjero. En este sentido Lin, Liu y Cheng⁶ sugieren que algunos directivos pueden tener los conocimientos necesarios para expandir sus empresas localmente, pero el escenario cambia drásticamente cuando están en el extranjero. Esto no significa que la empresa no sea capaz de internacionalizarse, lo cual es posible, pero la planificación legal se debe enfocar a tomar el menor riesgo posible, para lo cual también se recurre a figuras jurídicas contractuales.

Adicionalmente se debe tomar en cuenta que cada mercado se desarrolla en un ambiente diferente⁷, por ejemplo algunas economías tienen fuertes regulaciones legales o problemas políticos que los gerentes tienen que entender primero, y sin los conocimientos legales necesarios para administrarlos los posibles conflictos, en un desarrollo de expansión, resulta una tarea compleja para una empresa.

⁶ Lin, Wen-Ting, Yunshi Liu, and Kuei-Yang Cheng. The internationalization and performance of a firm: Moderating effect of a firm's behavior. *Journal of International Management* 17 (1) (03), 2011: 83-95.

⁷ Pehrsson, Anders. Strategy antecedents of modes of entry into foreign markets. *Journal of Business Research*, vol. 61, no. 2, 2008: 132-140.

La idea subyacente para internacionalizar una empresa, no es sólo ofrecer productos o servicios fuera de sus mercados, aunque es una estrategia válida, pues varias empresas han realizado esto⁸. La meta es desarrollar las estrategias correctas para tener éxito fuera de sus fronteras. Así, existen varios factores, como la adaptación del producto, los recursos humanos y las barreras legales que tienen que tomarse en consideración para ir internacionalmente. En este sentido, desarrollar las estrategias legales correctas para cada empresa es absolutamente indispensable en función de estos factores, porque es claro que un análisis que funcionó bien para una empresa, no es una garantía que puede resultar para otra.

Estrategias para entrar en nuevos mercados

La internacionalización de las empresas se configura cuando estas buscan introducirse en nuevos mercados, pero que se encuentran fuera de sus fronteras. Una firma global es aquella que, por operar en más de un país, obtiene ventajas financieras, de producción en función de los recursos humanos y de investigación, y de marketing que no están disponibles para los competidores nacionales. Las empresas globales ven al mundo como un único mercado y minimizan las fronteras nacionales con el fin de crear “marcas transnacionales”⁹. Para generar una internacionalización, las empresas elaboran estrategias, que combinan el ideal administrativo y jurídico en función de obtener los mejores resultados posibles de la expansión. En las palabras de Keegan¹⁰ hay 4 tipos de estrategias que las empresas pueden utilizar (ver gráfico 1). La primera estrategia es concentrarse en pocos segmentos de mercado en uno o pocos países. Es

⁸ Frazier, Gary y Sudhir Kale. Manufacturer-distributor relationships: A sellers' versus buyers' market perspective. *International Marketing Review* 6 (6) 1989.

Lye, Ashley, y Bob Hamilton. Importer perspectives on international exchange relationships. *International Business Review* 10 (1) (02), 2001: 109.

⁹ Kotler, Philip, y Gary Armstrong. *Principles of marketing*, Pearson education, 2010: 612.

¹⁰ Keegan, Warren y Mark Green. *Global marketing management*. Prentice Hall, Upper Saddle River, 2008:320.

la inicial aproximación para algunas empresas, porque ellas pueden concentrarse en los recursos que ya tienen y también porque pueden controlar la inversión que necesitan, aunque la desventaja es la pérdida de control que tienen los empresarios sobre los bienes, así como sobre las instituciones jurídicas. Un ejemplo de este tipo de estrategias es la compra venta internacional de productos a través de los contratos de importación-exportación. En esta misma línea, la segunda estrategia es introducirse en muchos mercados en pocos países. Las empresas utilizan esta estrategia porque pueden tener el control de los productos que ya fabrican, y además porque pueden gestionar su entrada de una manera más eficiente en los países que están buscando penetrar; la práctica regular de este tipo de estrategias en el campo legal, por ejemplo vincula la distribución como una de sus figuras. La tercera estrategia es la diversificación en función de varios mercados y varios países. Esta estrategia se centra más en el cliente desde una perspectiva mundial, de esta manera, las empresas pueden acumular volumen y costo inferior que sus competidores locales no tienen. La estructura legal en este tipo de estrategias, se torna más compleja debido a que se deben usar varios tipos jurídicos con la finalidad de cumplir con los objetivos propuestos. Por último, la cuarta estrategia se relaciona con los países y los segmentos de mercado en función de la diversificación, es la llamada estrategia corporativa global. En esta estrategia las compañías tienen varias unidades de negocio en distintos países para unos cuantos segmentos de mercado internacional. Entre las figuras legales que permiten el desarrollo de este tipo de estrategias se cuentan a los contratos de colaboración internacional.

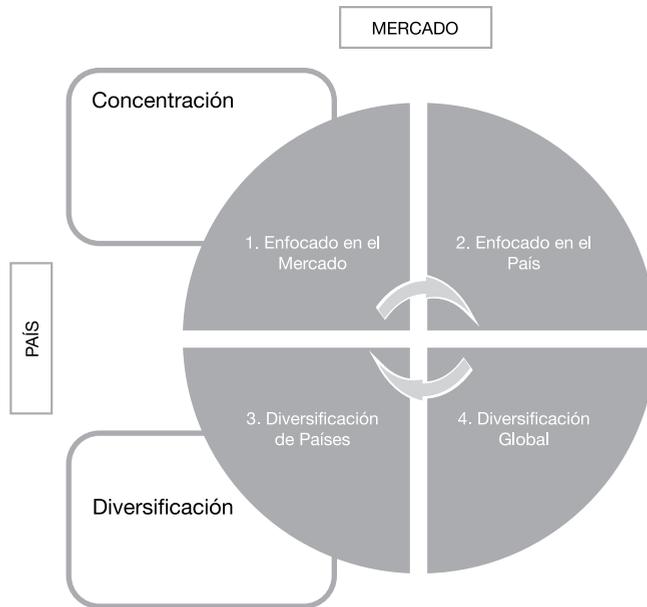


Grafico 1: Estrategias para entrar en nuevos mercados. Adaptación de Keegan¹¹.

Eligiendo los mercados adecuados para entrar

Para decidir cuáles son los mejores mercados posibles para una compañía, el cuerpo directivo tiene que definir con claridad sus políticas y objetivos a nivel internacional, así como de las figuras jurídicas necesarias para cumplir con esos objetivos. La definición realista de los objetivos de internacionalización que la empresa está buscando, es un elemento imprescindible si se desea evitar posibles contratiempos futuros, además de que esto permite identificar las instituciones jurídicas que colaboraran con esa internacionalización. Entonces es importante que toda la organización conozca y entienda bien cuál es el objetivo de convertirse en internacionales con la finalidad de obtener los resultados que las empresas han planificado.

¹¹ *Ibid.*, 254.

Zucchella, Palamara y Denicolai¹² explican que antes de emprender la internacionalización de una empresa, el cuerpo directivo de la misma debe identificar si su equipo está preparado para la penetración en mercados extranjeros, desde el punto de vista administrativo y legal, es decir se debe asegurar que el equipo de trabajo entiende el proceso y conocen de los nuevos mercados. Esto implica desarrollar una estrategia administrativa-jurídica para ir al extranjero, que incluye recursos, finanzas, y la identificación legal contractual adecuada¹³. Por ejemplo, si para la entrada de un nuevo mercado se necesita proporcionar grandes cantidades de sus productos, la compañía tiene que estar en la capacidad de hacerlo, y esto puede implicar un cambio no solo de las instalaciones de producción, sino de las figuras jurídicas que permitan la entrega de esos productos. Se debe tomar en consideración que la internacionalización de una empresa no se enfoca solo en bienes que esta produce, pues tomar este enfoque eliminaría a las empresas de servicios, las cuales también pueden ir al extranjero, pero en este caso la estrategia debe enfocarse en las capacidades de recursos humanos que posee la compañía.

Es complejo definir en cuántos países o mercados una compañía debe ir primero, debido a que se existen factores externos que se tienen que analizar previamente como los problemas políticos, económicos, sociales, legales, tecnología y de medio ambiente¹⁴ que existen en esos mercados. Es decir que cada uno de ellos debe ser estudiado para elegir el mercado correcto, lo que va en estrecha relación con la figura legal adecuada para ese escenario. En este punto se debe establecer, que al igual que la estrategia de internacionalización, una figura jurídica que ha servido para un mercado no significa, que presuponga un éxito en un mercado similar, sino que escoger la estructura legal para un nuevo escenario responde al análisis de

¹² Zucchella, Antonella, G. Palamara, y Stefano Denicolai. The drivers of the early internationalization of the firm. *Journal of World Business* 42 (3) (09), 2007: 268-80.

¹³ Westhead, Paul , Mike Wright, y Deniz Ucbasaran, International market selection strategies selected by 'micro' and 'small' firms, *Omega*, vol. 30, no. 1, 2002: 51-68.

¹⁴ Marshall, Greg, Lance Brouthers, y Vharles Lamb. A typology of political economies and strategies in international selling. *Industrial Marketing Management* 27 (1) (01), 1998: 11-9.

esos factores. El prestigio de una internacionalización está en identificar claramente la estrategia para hacerlo, en función de las peculiaridades del mercado. Un ejemplo de esto es lo que ha sucedido con las franquicias que han intentado implantarse en algunos países sin éxito, porque no han tomado en consideración la estrategia y la figura jurídica adecuada para el mercado en específico, así en algunos países la franquicia, puede ser la solución adecuada, pero en otros, por factores propios, lo que debería emplearse es una joint venture, o simplemente una distribución exclusiva.

En relación sobre los factores políticos Marshall et al, Minifie y West¹⁵ argumentan que las empresas deben considerar que cada país es diferente¹⁶, y que tienen su propia configuración. Así resulta básico, comprender previamente las principales políticas relacionadas con las inversiones extranjeras, debido a que algunas naciones ofrecen beneficios a las empresas que quieran invertir en sus territorios, pero otras tienen la política de la repatriación de dinero producido localmente. En este escenario, algunos permiten la repatriación de dinero, pero se deben pagar impuestos como en el Ecuador, lo cual, sino se considera desde el inicio puede afectar los resultados esperados para la inversión que se ha realizado.

Los factores económicos como lo identifican Minifie y West¹⁷ influyen en las estrategias de penetración de mercado de una manera diferente, a los políticos. En esta perspectiva, los países que tienen tipo de cambio fluctuante, pueden influir en el precio de los productos o servicios, lo que implica realizar un análisis en función de la estrategia del precio¹⁸. Por ejemplo en un contrato de distribución determinar la fluctuación entre los tipos de cambio de los países que

¹⁵ Minifie, Roberta, y Vicki West. A small business international market selection model. *International Journal of Production Economics*, vol. 56–57, no. 0, 1998: 451-2.

Marshall, Brouthers, y Lamb A typology of political economies 11-9.

¹⁶ Este tema está relacionado con la estabilidad que los gobiernos pueden dar a las empresas.

¹⁷ Minifie, y West, A typology of political economies and strategies in international selling, 451-9.

¹⁸ Hay economías que se basan en los precios, y si estos no se toman en consideración desde el inicio, pueden generar algunas dificultades, que inclusive afectan las instituciones jurídicas, que la final afectan el proceso de internacionalización de la compañía.

son parte del mismo, afectan la forma de penetración del producto o servicio en el mercado a ser desarrollado, debido a que en determinados momentos pueden alterar el precio de forma positiva o negativa, y una política de precios no se puede basar en el tipo de cambio, porque esto afecta a la estabilidad del producto en el mercado penetrado, lo cual se puede solventar con un contrato adecuado.

Continuando en esta misma línea, la comprensión del entorno social también resulta crucial para desarrollar las estrategias correctas para entrar en un nuevo mercado, porque las empresas tienen que entender que las diferencias culturales pueden afectar el ciclo de vida del producto y esto también influye en la contratación mercantil, pues la misma debe adaptarse en función de lo que se busca proteger económicamente¹⁹. Intentando ilustrar este punto, se puede tomar como ejemplo a la religión, la cual influye en las características sociales de las personas, así algunos productos o servicios no serían representativos en determinados mercados, como el consumo de carne de res en la India, que no solo afecta al proceso de comercialización del producto, sino también la forma de proteger jurídicamente a la compañía que intenta internacionalizarse.

A pesar que teóricamente la internacionalización de una empresa tiene que pasar por el análisis de varios factores que incidirán en su expansión²⁰, hay un elemento que es transversal en las estrategias de internacionalización y es el legal. El análisis jurídico en el proceso de expansión permite vislumbrar el éxito de la estrategia escogida, ya que este influye no solo en los contratos que se deben generar y adaptar de ser el caso, como un análisis interno, sino también en el externo, como la identificación de requisitos legales o políticas de regulación, como el proceso de inscripción de alimentos o medicinas, que son indispensables para el inicio de la expansión, y para el crecimiento de la misma.

¹⁹ Minifie, y West, A small business international market selection model, 457.

²⁰ Marshall, Brouthers, y Lamb, A typology of political economies and strategies in international selling, 11-9.

Por su parte, la tecnología, como ilustran Tsai y Eisingerich²¹ juega un papel importante a analizar cuando se intenta internacionalizar a una compañía, porque la tecnología permite que algunos productos o servicios se puedan desarrollar en óptimas condiciones, o en otros la generación de tecnología aplicada al caso en concreto resultará imprescindible. Por ejemplo, una empresa que necesita utilizar la conexión a internet de alta velocidad para desarrollar sus servicios puede tener problemas para ofrecer adecuadamente sus servicios o productos en países donde no tienen acceso a este tipo de tecnología o este es escaso.

Finalmente, la comprensión del medio ambiente es un tema importante para algunos productos o servicios porque ellos están desarrollados para condiciones ambientales específicas²². Así, se pueden mencionar productos diseñados para generar energía eólica, los cuales no pueden operar óptimamente si el mercado escogido no cuenta con el viento necesario para la generación de energía.

Para una empresa, que quiere ir internacionalmente, realizar un análisis de condiciones externas resulta esencial, ya que con esta perspectiva se pueden crear y analizar las estrategias correctas para entrar en un mercado, pero se debe poner especial énfasis en el enfoque legal, pues este puede llegar a afectar al análisis del producto o servicio. Así, si la empresa que desea internacionalizarse entiende su mercado potencial y utiliza las estrategias jurídicas adecuadas, puede reducir el riesgo de la expansión considerablemente. Para visualizar el posible mercado, la empresa tiene que saber cuál es el tamaño y cómo crece el mercado a penetrar, el costo económico de hacer negocios en el nuevo lugar, también identificar cuál es su ventaja competitiva y el nivel de riesgo que la empresa puede asumir. Si las empresas comprenden esto y lo interrelacionan con los factores

²¹ Tsai, Hueiting, y Andreas Eisingerich, Internationalization strategies of emerging markets firms, *California Review Management*, Volume 58, Issue 4, 2010: 114-135.

²² Marshall, Brouthers, y Lamb, A typology of political economies and strategies in international selling, 11-9.

externos, las estrategias que se desarrollen tendrán una ventaja crucial, pues si se han identificado los beneficios y los riesgos relacionados con la internacionalización, las compañías pueden dedicarse a generar las estructuras jurídicas adecuadas que les permitan incrementar la diversificación de los riesgos, hacer uso de las economías de escala y manejar operaciones internacionales²³.

Según argumentan Viswanathan y Dickson²⁴, identificar la información sobre el tamaño del mercado permite que las compañías puedan planear si sus productos o servicios se puedan comercializar en el mercado a expandir, pero además, si el mismo se adapta a los objetivos de la compañía, y se cuenta con los suficientes recursos jurídicos para aprovechar ese mercado se puede vislumbrar el éxito de la estrategia²⁵. Desde esta perspectiva, tener una visión clara del crecimiento del mercado permite diseñar y generar los recursos legales que se necesitarán para adaptar el mercado, porque es común el error de penetración, en el cual se ingresa a un mercado, pero por una falta de entendimiento del mismo, luego no se puede satisfacer la demanda esperada, lo que significa un fracaso.

En relación con el mercado a introducirse, también se debe considerar que existen gastos que son necesarios para desarrollar el nuevo mercado que generalmente no son tomados en consideración al inicio en la generación de las estrategias²⁶, que al final pueden afectar el proceso a nivel internacional. El costo de abrir un nuevo mercado puede ser difícil de medir, y por esto es que no se lo incorpora dentro de la estrategia de generación, porque al inicio lo que se tiene son prospectivas de cómo se va a comportar el mercado, pero

²³ Lin, Liu y Cheng, The internationalization and performance of a firm: Moderating effect of a firm's behavior, 83-99.

²⁴ Viswanathan, Nanda, y Peter Dickson, The fundamentals of standardizing global marketing strategy, *International Marketing Review*, vol. 24, no. 1, 2007: 46-63.

²⁵ En el caso de servicios, las compañías deben evaluar si los recursos humanos que tienen son los potenciales para satisfacer la nueva demanda.

²⁶ Kwok, Chuck, y David Reeb, Internationalization and Firm Risk: An Upstream-Downstream Hypothesis, *Journal of International Business Studies*, Palgrave Macmillan Journals, 2000: 611-629.

aun así, la planificación resulta ser indispensable, pues caso contrario esto afectaría a las estrategias de planificación lo que implica que las herramientas jurídicas generadas no serían lo suficientemente eficaces.

Andersen y Suat Kheam y Viswanathan y Dickson²⁷ argumentan que todas las empresas que se internacionalizan deben analizar detenidamente su ventaja competitiva²⁸ porque esta les permite evaluar si son eficaces en el nuevo mercado, y lo que es más importante, permite identificar jurídicamente que es lo que se debe potenciar o proteger antes de iniciar el proceso de expansión. Para tener una ventaja competitiva valiosa, lo que las empresas deben tomar en consideración es: ofrecer un producto o servicio que tiene que ser considerado único y posible de mantener durante el tiempo; el producto o servicio tiene que ser de características superiores que los productos o servicios que tienen los competidores; y por último que el producto o servicio pueda ser sostenible en el mercado. Es importante hacer este análisis porque jurídicamente lo que se debe proteger es la ventaja competitiva²⁹, y el identificarla claramente resulta indispensable, caso contrario se pone en riesgo la internacionalización. Por ejemplo si la ventaja competitiva de una empresa son sus canales de distribución, se debe identificar claramente cómo se va a realizar la distribución en el nuevo mercado, es decir si el contrato jurídico se acoplará a la ventaja competitiva y la podrá proteger. En síntesis, hay muchos componentes que pueden considerarse como la ventaja competitiva de una empresa que deben protegerse, pero entender el mercado y generar estrategias jurídicas adecuadas

²⁷ Andersen, Otto, y Low Suat, Resource-based theory and international growth strategies: an exploratory study, *International Business Review*, vol. 7, no. 2, 1998:163-184.

Viswanathan, y Dickson, *The fundamentals of standardizing global marketing strategy*, 87.

²⁸ En otras palabras, la ventaja competitiva es entender lo que individualiza a una compañía en función de sus capacidades y en comparación con las de sus competidores.

²⁹ La ventaja competitiva de una empresa además puede observarse en la calidad de los productos, el servicio al cliente, la marca y la reputación, en patentes o derechos de autor, los recursos humanos, las capacidades de investigación y desarrollo, el precio, capacidad de adaptación de los productos y servicios y así sucesivamente, los cuales deben tener un tratamiento jurídico específico dependiendo del mercado.

también puede llegar a constituirse per se, en una ventaja competitiva, porque permite a la empresa reconocer y adaptar sus figuras jurídicas a su estrategia global y así reducir su riesgo.

El riesgo en todo negocio es inevitable porque en todos los emprendimientos se generan, pero analizarlo correctamente es una tarea que las empresas deben hacer. Una de las herramientas que usan los empresarios para limitar el riesgo, es adaptar o generar las figuras jurídicas adecuadas en función de sus propias expectativas. Así, cuando una empresa decide ir al extranjero, no solo se invierte financieramente, también hace un análisis de los riesgos y como estos los pueden afectar. Vargas-Hernández³⁰ afirma que el riesgo³¹ es esencial en las empresas, pero los empresarios deben desarrollar la capacidad para identificar y gestionarlo³², porque es lo que genera un marco que permite evitar la incertidumbre, para lo cual, el análisis legal juega un papel preponderante. Entender el riesgo permite generar planes que ayuden a mitigarlos con el objetivo de gestionar ventajas y visualizar nuevas oportunidades o resolver problemas probables que permitirían mejorar el rendimiento de la empresa. Así, las empresas que gestionan adecuadamente el riesgo, pueden analizar las probabilidades de que los acontecimientos pueden ocurrir y priorizarlos. Además, que les permite generar los escenarios en los cuales se desarrollarán, les permite monitorear y aprender de las experiencias pasadas con el fin de ayudar a identificar los riesgos futuros y crear planes de acción que mitiguen el riesgo en los próximos proyectos, todo esto respaldado desde las instituciones jurídicas que permiten limitar el riesgo. Si las empresas no consideran el riesgo como parte de su estrategia y la gestión del mismo desde el

³⁰ Vargas-Hernández, Jose, Modeling Risk and Innovation Management, *Advances in Competitiveness Research*, vol. 19, no. 3, 2011: 45-57.

³¹ El riesgo puede ser entendido como la posibilidad de ocurrencia y las consecuencias en eventos peligrosos, pero también puede ser entendido de forma secuencial porque algunos riesgos pueden generar otros riesgos, lo que se llama el riesgo sistémico.

³² La categorización de los riesgos puede estar enmarcada en el análisis de los factores externos, esto es en las políticas de los gobiernos, la cultura, la tecnología, los recursos humanos, las finanzas, la gestión que está vinculada con las técnicas de generación de proyectos, la estructura de organización, y el aspecto jurídico.

punto de vista legal, incurren en la probabilidad de fallar en su proceso de internacionalización.

Etapas de la internacionalización

El proceso de internacionalización de una empresa presupone que la misma puede pasar por algunas etapas. Lo principal se reduce en comprender que el mercado local no es igual al mercado internacional, ya que la empresa internacional busca hacer “negocios en varios países”³³, y de esto depende su estructura jurídica. Al principio las compañías tienen una visión interna de lo que es el negocio que deben desarrollar, y que luego se trasladan a otras etapas como internacional o etnocéntrica, la policéntrica, la global o geocéntrica, y transnacional o glocal. Se debe establecer que la figura jurídica de las compañías internacionales varía en función de su modelo de negocio y de cómo estas procuran hacer su proceso de internacionalización³⁴. Así no se puede determinar que un contrato encaje en un modelo similar, porque cada modelo es individual, y requiere de su propia estructura jurídica.

El enfoque etnocéntrico o internacional se centra en la empresa que decide exportar sus productos a otros países sin tener en cuenta que se pueden hacer algunas modificaciones sobre sus productos. En este escenario, las empresas exportan sus productos con el fin de no tomar demasiado riesgo. Así el objetivo de la empresa es vender sus productos o servicios fuera de su mercado habitual “sin adaptar o modificar su producto o servicio”³⁵. En el proceso de exportación la empresa ingresa en un mercado extranjero enviando sus productos

³³ Keegan, *Global marketing management*, 148.

³⁴ A pesar de que se habla de un proceso de internacionalización, no se requiere que una compañía atraviese por todas las etapas para ser considerada internacional, debido a que la empresa es internacional por el hecho de estar presente en varios mercados. Las etapas están definidas en función del riesgo y de las estructuras jurídicas que permiten se configure un desarrollo o cambio entre etapas.

³⁵ Hollensen, Svend. 2007, *Global marketing: a decision-oriented approach*, Financial Times Prentice Hall, Harlow, 2007: 63.

a través de intermediarios de marketing internacionales. Jurídicamente esta es una de las primeras vinculaciones que se dan a nivel internacional, pues ha permitido que se generen algunos instrumentos jurídicos que buscan proteger las relaciones entre el exportador importador. Por ejemplo Kotler y Armstrong³⁶ identifican dentro de este modelo de expansión a la llamada “exportación indirecta” y la “directa”³⁷.

El enfoque multinacional o policéntrico está relacionado en función de que la empresa tiene objetivos similares para las cuotas de mercado en los diferentes países. En este enfoque, ya se parte de que la empresa se encuentra presente en varios mercados, pero no solo con sus productos, sino que busca que sus productos respondan al mercado. En este escenario la empresa sabe que cada país es diferente. Keegan³⁸ afirma que la diferencia entre el enfoque multinacional y el internacional es que la compañía internacional busca extender sus productos y prácticas a los países extranjeros, es decir que observa a los demás mercados como análogos, así pueden ver las similitudes fuera de su país de origen, pero no prestan la atención suficiente a las diferencias. La multinacional por el contrario se basa en prestar la atención necesaria a las diferencias para lograr una adaptación. Este enfoque también afecta la esfera jurídica, debido a que existen contratos que facilitan internacionalización de la empresa, pero que no permiten que se conozcan las necesidades de los mercados. Por ejemplo en un contrato de distribución, quienes conocen del mercado local son los distribuidores, y a pesar de que se pueden pactar cláusulas de traspaso de información de los mercados, la precepción

³⁶ Kotler y Armstrong, *Principles of marketing*, 163.

³⁷ La importación indirecta es la que menos responsabilidad jurídica implica para la empresa, debido a que la compañía que desea exportar usa agentes para colocar los productos fuera de sus mercados habituales, pero no hay una relación directa de la compañía en el proceso de internacionalización. En este escenario, quien hace el proceso de internacionalización es el agente con la colaboración de la empresa. El otro supuesto es el llamado exportación directa, y esta se produce cuando la propia compañía a través de su personal envía y recibe los productos en los nuevos mercados, para lo cual utiliza su propio departamento de exportación-importación.

³⁸ Keegan, *Global marketing management*, 256.

del distribuidor siempre será diferente a la del distribuido, pues el distribuidor no tiene por modelo de negocio adaptar el producto, sino la venta del mismo.

Global o geocéntrico toma énfasis cuando se refiere a una estrategia global de internacionalización. Keegan³⁹ afirma que las “empresas globales” son una forma limitada del modelo transnacional. La orientación de su gestión va encaminada a los mercados globales o a los recursos globales, pero no en ambos, es decir busca entrar en varios mercados, a través de sus recursos, pero no tiene recursos en todos los mercados en los que está inmersa⁴⁰. Además, estas empresas procuran usar objetivos de mercado mundial para la cuota de mercado, así entienden que su escenario es el mundo y no solo un lugar específico. Como características podemos mencionar que se aprovechan de los costos de producción de gran escala y tienen una toma de decisiones centralizada. Significa que todas las decisiones se toman en la sede de la compañía, pero con el problema que no permite se genere una adaptación del producto localmente, con lo cual a pesar de ser compañías globales, su toma de decisiones es local y sin adaptación⁴¹. El principal problema radica en que en este modelo no se pueden aplicar las estrategias para cada país de una forma óptima, es decir para cada mercado, porque los productos son los mismos para todos los países en los que opera la empresa, esta traba se lo observa cuándo se usan contratos de franquicia, en los cuales no permiten que se adapte el producto al lugar donde se desea aplicar la franquicia por el temor de que esta deforme el modelo de negocio.

Finalmente, el enfoque transnacional o glocal utiliza productos o servicios estandarizados y globales, pero lo más importante

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ En este enfoque las empresas integran todas las actividades de sus marcas, así la visualización de las mismas se convierte en el referente de la empresa.

⁴¹ Schuchardt, Carl. Material Module Global Marketing. International and Global Strategies, [PowerPoint slides]. edn, Retrieved from Hochschule Bremen. Study Material. IMBA, 2011.

es que esos productos tienen adaptación local como lo ilustra Schmid y Kotulla⁴². Desde este enfoque, los productos nacen globales, pero se adaptan según la configuración del mercado, para responder a tendencias específicas. Además, las decisiones del modelo de negocio se las realiza en cada país, es decir, son locales. En esta etapa, la orientación de la empresa es aprovechar al máximo los mercados y los recursos mundiales. El papel principal de cada país en una estrategia global⁴³ es contribuir a la compañía en todo el mundo, no es solo satisfacer un mercado, sino es ser parte de todo el mercado. En los enfoques multinacional e internacional el objetivo principal de la organización es a poner todo su esfuerzo en los mercados nacionales de forma individual, a pesar de estar operando en varios mercados, pues se ocupan de ingresar en cada mercado de forma individual; en el enfoque glocal la principal responsabilidad de la empresa es estar consciente del potencial mercado nacional, pero también de como este contribuye a la empresa y genera éxito.

El proceso de internacionalización de una empresa implica varias etapas que jurídicamente suponen una adaptación o generación de instrumentos jurídicos especiales en función de cada modelo. Se debe establecer que una compañía es internacional por estar dentro de un mercado que no sea el local, pero el proceso de internacionalización lleva implícito que existan figuras jurídicas que permitan su desarrollo.

Como se puede observar cada modelo lleva implícito un enfoque que no es similar, motivo por el cual los contratos tendientes a la internacionalización de una empresa, deben ser elaborados en función del modelo que busca establecer la compañía y de ser necesario cambiarlos o adaptarlos.

⁴² Schmid, Stefan, y Thomas Kotulla, 50 years of research on international standardization and adaptation—From a systematic literature analysis to a theoretical framework, *International Business Review*, vol. 20, no. 5, 2010: 491-507.

⁴³ Keegan, *Global marketing management*, 256.

Conclusiones

La internacionalización de una empresa es un proceso complejo que deben asumir las compañías cuando deciden salir de sus fronteras. Desde el punto de vista administrativo las estrategias pueden ser varias pero estas no pueden cumplir con su objetivo si no se cuenta con el entendimiento legal de las figuras jurídicas que permiten se llegue a una internacionalización, pero en función de la estrategia de expansión.

Existen varias estrategias que permiten el ingreso a nuevos mercados en función de la especialización. Así las compañías pueden escoger internacionalizarse accediendo a pocos mercados con reducidos productos, o reducidos mercados con varios productos, o numerosos productos con cuantiosos mercados o a través de una estrategia global corporativa. La decisión de la estrategia a usarse depende del modelo de negocio que tenga la compañía y la adaptabilidad legal de las mismas.

Adicionalmente, también se debe hacer un análisis de penetración de mercado, debido a que las compañías deben escoger adecuadamente el mercado en el cual desean ingresar en función de los problemas políticos, económicos, sociales, legales, de tecnología y de medio ambiente que tengan los mercados, porque con este análisis se puede escoger la estrategia y la figura jurídica adecuada para la internacionalización.

Entonces Internacionalizar una compañía no supone solamente generar algunos contratos, sino que se debe entrelazar herramientas jurídicas y las etapas de la internacionalización. Las etapas de internacionalización son el modelo internacional o etnocéntrica, la policéntrica, la global o geocéntrico y transnacional o glocal, y cada modelo cumple un rol específico en este proceso en función del riesgo, la toma de decisiones, los mercados y la adaptación.

Jurídicamente los contratos permiten la internacionalización de una empresa deben estar alineados con las estrategias de expansión. Existen hay contratos que se los genera para hacer una internacionalización pero no están acorde con la estrategia de la compañía, así por ejemplo se proponen contratos de distribución para estrategias geocéntricas, cuando en realidad estos contratos lo que facilitan es la aplicación de una estrategia etnocéntrica, lo cual afecta la forma de internacionalizar a una compañía.

Entonces desde la perspectiva legal resulta imprescindible entender las estrategias y los modelos de internacionalización, pues en base a este entendimiento se pueden generar relaciones legales que permitan realmente cumplir con lo que compañías están buscando, caso contrario las herramientas jurídicas usadas no permitirían que se produzca un proceso de internacionalización en función de las estrategias y las etapas escogidas.

Referencias

- Andersen, Otto, y Low Suat Kheam. Resource-based theory and international growth strategies: An exploratory study. *International Business Review* 7 (2) (04), 2009: 163.
- Frazier, Gary y Sudhir Kale. Manufacturer-distributor relationships: A sellers' versus buyers' market perspective. *International Marketing Review* 6 (6) 1989.
- Glowik, Mario. Market entry strategies: Internationalization theories, network concepts and cases of asian firms: LG electronics, panasonic, samsung, sharp, sony and TCL chinaWalter de Gruyter, 2009.
- Hagen, Brigit, y Antonella Zucchella. A longitudinal look at the international entrepreneurship dimensions: Cases and predictions. *International Journal of Management Cases* 13 (3), 2011: 484-504.

- Hayward, Anthony, Andrew Todd, y Clive Reynolds. Meeting the global challenge through a collaborative business strategy for small and medium-sized enterprises. IEEE International Conference on Management of Innovation and Technology. 2006.
- Hollensen, Svend. 2007, Global marketing: a decision-oriented approach, Financial Times Prentice Hall, Harlow, 2007: 63
- Karlsen, Tore, Paaring Silseth, Gabriel Benito, y Lawrence Welch. Knowledge, internationalization of the firm, and inward-ouward connections. *Industrial Marketing Management* 32 (5) (07), 2003: 385. Keegan, Warren y Mark Green. *Global marketing management*. Prentice Hall, Upper Saddle River, 2008:320.
- Kotler, Philip, y Gary Armstrong. *Principles of marketing*, Pearson education, 2010: 612.
- Kwok, Chuck, y David Reeb, Internationalization and Firm Risk: An Upstream-Downstream Hypothesis, *Journal of International Business Studies*, Palgrave Macmillan Journals, 2000: 611-629.
- Lin, Wen-Ting, Yunshi Liu, and Kuei-Yang Cheng. The internationalization and performance of a firm: Moderating effect of a firm's behavior. *Journal of International Management* 17 (1) (03), 2011: 83-95.
- Lye, Ashley, y Bob Hamilton. Importer perspectives on international exchange relationships. *International Business Review* 10 (1) (02), 2001: 109. Pehrsson, Anders. International product strategies: An exploratory study. *Scandinavian Journal of Management* 11 (3), 1995: 237-49.
- Marshall, Greg, Lance Brouthers, y Vharles Lamb. A typology of political economies and strategies in international selling. *Industrial Marketing Management* 27 (1) (01), 1998: 11-9. Pehrsson, Anders. Strategy antecedents of modes of entry into foreign markets. *Journal of Business Research*, vol. 61, no. 2, 2008: 132-140.

- Minifie, Roberta, y Vicki West. A small business international market selection model. *International Journal of Production Economics*, vol. 56–57, no. 0, 1998: 451-2.
- Schmid, Stefan, y Thomas Kotulla, 50 years of research on international standardization and adaptation—From a systematic literature analysis to a theoretical framework, *International Business Review*, vol. 20, no. 5, 2010: 491-507. Schuchardt, Carl. Material Module Global Marketing. *International and Global Strategies*, [PowerPoint slides]. edn, Retrieved from Hochschule Bremen. Study Material. IMBA, 2011.
- Tsai, Hueiting, y Andreas Eisingerich, Internationalization strategies of emerging markets firms, *California Review Management*, Volume 58, Issue 4, 2010: 114-135.
- Vargas-Hernández, Jose, Modeling Risk and Innovation Management, *Advances in Competitiveness Research*, vol. 19, no. 3, 2011: 45-57.
- Viswanathan, Nanda, y Peter Dickson, The fundamentals of standardizing global marketing strategy, *International Marketing Review*, vol. 24, no. 1, 2007: 46-63.
- Westhead, Paul , Mike Wright, y Deniz Ucbasaran, International market selection strategies selected by ‘micro’ and ‘small’ firms, *Omega*, vol. 30, no. 1, 2002 51-68.
- Zucchella, Antonella, G. Palamara, y Stefano Denicolai. The drivers of the early internationalization of the firm. *Journal of World Business* 42 (3) (09), 2007: 268-80.

Problemática e interpretación de la Jubilación Patronal en el Ecuador

Rodrigo Ibarra Jarrín*

Resumen:

Este estudio, analiza de manera objetiva la situación actual de la Jubilación Patronal en el Ecuador y los parámetros de cálculo de las pensiones jubilares. Existe la necesidad imperiosa de mejorar el sistema de Jubilación Patronal, con el objeto de favorecer de forma justa y equitativa a los trabajadores, sin que esto resulte perjudicial para el empleador. Se recomienda aplicar reformas técnicas adecuadas, que puedan asegurar el sostenimiento de todo el sistema de jubilación.

Palabras clave: *Jubilación patronal, Fondo global, Coeficiente de valor actual de renta vitalicia unitaria anual, Expectativa de vida, Valor del dinero en el tiempo, Tasa de reemplazo.*

Sumario:

1. Introducción; 2. Problemática; 3. Explicación Teórica; 4. Posibles reformas; 5. Conclusión

* Presidente Ejecutivo de Actuaría Consultores. Cuenta con 30 años de experiencia en el diseño, valuación e implantación de programas de pensiones, salud y seguridad social. Tiene un título con mención Summa Cum Laude en Matemáticas de la Escuela Politécnica Nacional, títulos de cuarto nivel en Estadística Actuarial de la Universidad Paris VI, Francia y un MBA de la Universidad San Francisco de Quito. Es actuario certificado del Instituto de Actuarios de Francia, catedrático de la USFQ y perito de la Función Judicial.

1. Introducción

Creación de la Jubilación Patronal:

En primer lugar, es indispensable estudiar la naturaleza y características principales de los derechos laborales. Para esto resulta necesario tener en cuenta el origen del Derecho del Trabajo que “aparece como un conjunto sistemático de normas que tratan de realizar o servir la idea social de la Justicia; se integra, pues, en esa gran corriente ideológica o en ese individuo histórico-jurídico que se conoce con el nombre de Derecho social”.¹ Esto quiere decir que el Derecho del Trabajo es un derecho particular que busca conseguir justicia social en la relación que se genera entre el empleador y el trabajador.

Una de las principales características de los derechos laborales consiste en su irrenunciabilidad que consta en el artículo 4 del Código de Trabajo: “Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.”² En nuestra legislación, esta protección favorable al trabajador, se encuentra garantizada en el artículo 7 del Código del Trabajo cuando éste dispone que: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.”³

¹ Efrén Borrajo Dacruz. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Décima Edición. Madrid: Tecnos, 2000, p. 45-46.

² Código del Trabajo. Artículo 4. Registro Oficial n.º 167 de 16 de diciembre 2005.

³ Código del Trabajo. Artículo 7. Registro Oficial n.º 167 de 16 de diciembre 2005.

Es decir que en cualquier controversia en la que se encuentren involucrados tanto trabajadores como empleadores y en la que exista una duda sobre la aplicación de una norma, la decisión que se adoptará estará inclinada a beneficiar los intereses de los empleados. En concordancia con lo mencionado, la Constitución reconoce en su artículo 326 todos los principios que deben cumplirse dentro de toda relación laboral y que garantizan el principio de pro operario.⁴

A más de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, la Constitución de la República en el numeral 2 del artículo 326 contempla que estos derechos tienen el carácter de intangibles. Así, la intangibilidad constituye una característica esencial de los derechos laborales que: *“establece que no se puede tocar ni desmejorar las condiciones, derechos y beneficios del trabajador, ya que en caso de hacerlo sería contrario a la ley, podría traer como consecuencia despido intempestivo”*.⁵

La palabra jubilación significa *“acción y efecto de jubilar o jubilar-se; eximir de servicio por razones de ancianidad o imposibilidad física a la persona que desempeña o ha desempeñado algún cargo civil, señalándole pensión vitalicia o recompensa por los servicios prestados”*.⁶

Una de las teorías mayoritarias con respecto a la jubilación patronal es que éste constituye un derecho adquirido, así muchos autores han concluido que: *“la jubilación constituye, un derecho adquirido de carácter vitalicio para los funcionarios y empleados al servicio de los organismos o entes públicos o privados y se otorgará cumplidos como sean los extremos previstos en la ley o en los convenios laborales.”*⁷

⁴ Constitución de la República. Registro Oficial n.º 449 de 20 de octubre 2008. Artículo 326.

⁵ Gabriela Reyes Cordero. *Principales reformas introducidas en la actual Constitución de la República del Ecuador con relación al Derecho del Trabajo*. Tesis de grado. Universidad del Azuay. Cuenca, 2009.

⁶ Emilio Fernández. *Diccionario Derecho Público*. Editorial Astrea, p.447

⁷ Luis A. Gramcko. “La jubilación”. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-9.pdf> (acceso: 13-12-15)

En nuestro país la jubilación patronal se crea en 1938 con el objetivo de establecer un beneficio económico especialmente para aquellos trabajadores que todavía no tenían acceso a la Seguridad Social Pública, pues esta había sido creada apenas diez años antes.⁸ La normativa que dio origen a este beneficio distinguió desde el inicio a los trabajadores que eran afiliados a la Seguridad Social y aquellos que no, determinando que ambos grupos tenían derecho a la jubilación patronal. Es por esta razón que *“la jubilación patronal fue creada para suplir la ausencia del Seguro Social y la falta de afiliación de trabajadores que ya laboraron por muchos años”*⁹

La Jubilación Patronal en el Ecuador es un derecho que se otorga a aquellos trabajadores que por veinticinco o más años hubieren trabajado continuada o interrumpidamente para un mismo empleador, para entregarles una pensión que se calcula de acuerdo a las normas que determine el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.¹⁰

Las disposiciones generales tras la creación de la norma se mantuvieron, con ligeras modificaciones del Código de Trabajo a lo largo del tiempo. La mayoría de los cambios efectuados se relacionan con la garantía de pensiones que vayan de la mano con el entorno macro económico del país.

Actualmente, los empleadores con el fin de cumplir la reglamentación del Código del Trabajo, de la Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Compañías Valores y Seguros y el Servicio de Rentas Internas (SRI), deben realizar provisiones anuales de las reservas actuarialmente determinadas y que sirven para dar soporte a los pagos esperados por pensiones y fondos globales de los trabajadores que se acogen al beneficio de la jubilación patronal.

⁸ Fabián Corral. “Jubilación Patronal”. El Comercio. Extraído desde <http://www.elcomercio.com/opinion/jubilacion-patronal.html> (16/11/2015)

⁹ Jorge Vásquez (2009). De la Jubilación Patronal. *Derecho Laboral Ecuatoriano- Derecho Individual*, p.218.

¹⁰ Código del Trabajo. Registro Oficial Suplemento 167- de 16-dic.-2005. Artículo 216.

Desde el año 2009 con la aplicación de las normas internacionales de información financieras (NIIF), los balances de las compañías en el Ecuador deben reflejar de manera obligatoria estos pasivos laborales.

Normativa Legal:

La Jubilación Patronal en el Ecuador se fundamenta en los siguientes artículos del Código de Trabajo:

Art. 216.- Jubilación a cargo del Empleador.- Los trabajadores que por veinticinco o más años hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas:

1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempos de servicio y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938.

Se considerará como "haber individual de jubilación" el formado por las siguientes partidas:

- a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador,
- b) Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio; y,
- c) Por una suma equivalente al valor de una mensualidad del sueldo o salario por cada año de servicio, computado de conformidad con los arts. 207 y 208 a los trabajadores que hubieren ingresado a laborar antes del 17 de noviembre de 1938. (El literal c) en la práctica actualmente ya no se aplica porque se refiere a quienes laboraban desde antes de 1938 y siguen activos.)

2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación será mayor que el salario básico unificado medio del último año, ni inferior a USD\$ 30 mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación a cargo del empleador, y de USD\$ 20 si es beneficiario de doble jubilación.
3. El trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de la pensión o, en su defecto, deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta, con igual pensión que la que le corresponda pagar al empleador o podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la Ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, el jubilado no podrá recibir por concepto de jubilación patronal una cantidad inferior al cincuenta por ciento del sueldo o salario mínimo sectorial unificado que corresponde al puesto que ocupaba el jubilado al momento de acogerse al beneficio, multiplicado por los años de servicio;

El acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con lo cual se extinguirá definitivamente la obligación del empleador; y,

4. En caso de liquidación o prelación de créditos, quienes estuvieren en goce de jubilación tendrán derecho preferente sobre los bienes liquidados o concursados y sus créditos figurarán entre los privilegiados de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios.

Las reglas 1, 2 y 3 se refieren a los trabajadores que no llegaren a ser afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hasta el momento de obtener su jubilación. A los trabajadores que se

hallaren afiliados cuando soliciten la jubilación, se aplicarán las mismas reglas, pero el empleador tendrá derecho a que del fondo de jubilación formado de acuerdo con la regla 1.^a, se le rebaje la suma total que hubiere depositado en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en concepto de aporte del empleador o por fondo de reserva del mismo.

En todo caso se tomarán en cuenta para la rebaja del haber individual de jubilación, los valores que por fondos de reserva hubiese legalmente depositado el empleador o entregado al trabajador.

Art. 217.- Caso de fallecimiento de un trabajador en goce de pensión jubilar.-

Si falleciere un trabajador que se halle en goce de pensión jubilar, sus herederos tendrán derecho a recibir durante un año, una pensión jubilar igual a la que percibía el causahabiente, de acuerdo con las "Disposiciones Comunes" relativas a las indemnizaciones por "Riesgos del Trabajo".

Art. 218.- Tabla de coeficientes.- La tabla de coeficientes a la que se refiere la regla primera del artículo 216, es la siguiente:

Edad al determinar la renta	Coficiente valor actual de la renta vitalicia unitaria anual	Edad al determinar la renta	Coficiente valor actual de la renta vitalicia unitaria anual
39	132,782	65	43,412
40	129,547	66	40,991
41	126,232	67	38,731
42	122,863	68	36,622
43	119,424	69	34,663
44	115,919	70	32,849
45	112,374	71	31,195
46	108,753	72	29,731

47	105,084	73	28,502
48	101,378	74	27,412
49	97,658	75	26,455
50	93,930	76	25,596
51	90,223	77	24,819
52	86,544	78	24,115
53	82,881	79	23,418
54	79,218	80	22,787
55	75,553	81	22,139
56	71,884	82	21,384
57	68,236	83	20,704
58	64,622	84	19,633
59	61,110	85	18,350
60	57,728	86	16,842
61	54,525	87	14,769
62	51,468	88	12,141
63	48,620	89	0,9473
64	45,940		

Art. 219.- Exoneración de impuestos.- Las pensiones jubilares no están sujetas al pago de impuesto alguno.

Mandato Constituyente n.º 8

Artículo 1.- Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador.

Artículo 2.- Se elimina y prohíbe la contratación laboral por horas. Con el fin de promover el trabajo, se garantiza la jornada parcial prevista en el artículo 82 del Código del Trabajo y todas las demás formas de contratación contemplada en dicho cuerpo legal, en la que

el trabajador gozará de estabilidad y de la protección integral de dicho cuerpo legal y tendrá derecho a una remuneración que se pagará aplicando la proporcionalidad en relación con la remuneración que corresponde a la jornada completa, que no podrá ser inferior a la remuneración básica mínima unificada. Asimismo, tendrá derecho a todos los beneficios de ley, incluido el fondo de reserva y la afiliación al régimen general del seguro social obligatorio.

En las jornadas parciales, lo que exceda del tiempo de trabajo convenido, será remunerado como jornada suplementaria o extraordinaria, con los recargos de ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS.- PRIMERA: Todos los contratos de intermediación laboral vigentes a la fecha de expedición del presente Mandato, se declaran concluidos, sin derecho a ningún tipo de indemnización ni reclamo de ninguna naturaleza, por parte de las empresas que venían operando como intermediarias laborales.

A partir de la fecha de vigencia del presente Mandato, los trabajadores intermediados cuya prestación de servicios se rigió por la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se reguló la actividad de intermediación laboral, y de tercerización de servicios complementarios, publicada en el Suplemento de Registro Oficial n.º 298 de 23 de junio del 2006, serán asumidos de manera directa por las empresas del sector privado que contrataron con las intermediarias laborales, empresas usuarias que en lo sucesivo serán consideradas para todos los efectos como empleadoras directas de dichos trabajadores, quienes gozarán de un año mínimo de estabilidad, con una relación que se regirá por las normas del Código del Trabajo.

Normativa para el cálculo del fondo global de Jubilación Patronal según Suplemento R.O. n.º 732 (13 de abril de 2016)

Art. 2.- Cálculo mensual.- El valor mensual por concepto de jubilación patronal se calculará de la siguiente forma: Los valores que por concepto de fondo de reserva le corresponden al trabajador se

sumarán al valor equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida de los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio. A esta sumatoria, se restarán los valores que el empleador hubiere pagado al trabajador, o hubiere depositado en el IESS, en concepto de aporte del empleador o por fondo de reserva y se procederá a dividir por el coeficiente de edad determinado en el artículo 218 del Código de Trabajo. Finalmente, este resultado se dividirá para doce para establecer el valor de la pensión mensual.

Para esto, se utilizará la siguiente fórmula:

$$\left\{ \frac{[A + (5\% \cdot B) \cdot C] - D}{12 \cdot E} \right\}$$

- A= Fondo de reserva depositado o entregado al trabajador.
- B= Promedio anual de remuneración de los últimos 5 años.
- C= Tiempo de servicio en años.
- D= Fondo de reserva depositado en el IESS o entregado al trabajador por el empleador o la suma total que este último hubiere depositado en el IESS en concepto de aporte.
- E= Coeficiente de edad determinado en el artículo 218 del Código del Trabajo.

La pensión mensual de jubilación patronal deberá cumplir con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 216 del Código del Trabajo.

En el caso de trabajadores que habiendo laborado menos de veinticinco años y más de veinte años, sean despedidos intempestivamente, se aplicará la fórmula contenida en este artículo de manera que se garantice su derecho de manera proporcional.

Art. 3.- Cálculo del fondo global.- Cuando exista el acuerdo entre las partes, se podrá pagar el fondo global de jubilación patronal, en cuyo cálculo se considerarán las siguientes variables:

- A. El coeficiente actualizado de renta vitalicia se encontrará publicado en la página web del Ministerio del Trabajo. Este coeficiente se encontrará ajustado a un factor de descuento, que permitirá actualizar el valor que recibirá el ex trabajador por concepto de fondo global, equivalente a la tasa de interés pasiva referencial promedio del año anterior al cese de las funciones del ex trabajador, publicada por el Banco Central.
- B. El valor de la pensión mensual.
- C. El valor de una decimotercera remuneración.
- D. El valor de una decimocuarta remuneración.

$$A \cdot [(B \cdot 12) + C + D]$$

Del cálculo así efectuado se verificará que el ex trabajador no reciba una cantidad inferior al cincuenta por ciento (50%) del sueldo, salario básico o remuneración básica mínima unificada sectorial vigente al cese de sus funciones, multiplicado por los años de servicio.

En el caso de que se decida pagar el fondo global, será preciso que las partes expresen su acuerdo mediante un acta suscrita ante un Inspector de Trabajo, un Notario Público o una autoridad judicial competente.

El valor que en cada caso resulte de aplicar la fórmula contenida en este artículo es referencial y no debe entenderse como valor único u obligatorio.

Respecto a consorcios, empresas en liquidación, contratos a plazo fijo o similar.- Reglamento para la aplicación de Ley de Régimen Tributario Interno.

Art. 28 h) Las provisiones efectuadas para cubrir el valor de indemnizaciones o compensaciones que deban ser pagadas a los trabajadores por terminación del negocio o de contratos a plazo fijo laborales específicos de ejecución de obras o prestación de servicios, de conformidad con lo previsto en el Código del Trabajo o en los

contratos colectivos. Las provisiones no utilizadas deberán revertirse a resultados como otros ingresos gravables del ejercicio en el que fenece el negocio o el contrato

2. Problemática

En este apartado se identifican algunos problemas fundamentales en la interpretación y aplicación de la normativa para el cálculo de las pensiones de Jubilación Patronal.

2.1 Monto de la pensión máxima

La problemática es que no existe claridad suficiente sobre el procedimiento de cálculo de la pensión máxima a la que tendrían acceso los trabajadores una vez que hayan cumplido con al menos 25 años de trabajo en una misma empresa, lo que ocasiona que diferentes Actuarios e Instituciones tanto públicas como privadas no utilicen los mismos parámetros; tanto para el cálculo de la reserva matemática de la empresa, como para la estimación de la pensión a beneficio del colaborador.

Diferentes reformas al Código de Trabajo (C.T.) incluyen las siguientes denominaciones para referirse a los montos mínimos y máximos de la Pensión:

- | | |
|---|-------------|
| a. Sueldo o Salario medio del año | (C.T. 1938) |
| b. Salario básico unificado medio | (C.T. 2001) |
| c. Remuneración básica mínima unificada medio | (C.T. 2005) |
| d. Remuneración básica unificada media | (C.T. 2006) |

El uso de las palabras “básica” y “mínima”, causan confusión al momento de ser aplicadas, pues se presta a la interpretación de que pueda ser tanto la Remuneración Básica Mínima Unificada o la Remuneración Unificada, siendo la primera la determinado por el Gobierno mientras que la segunda se refiere al valor monetario percibido mensualmente por el trabajador de acuerdo con el artículo 95 del Código del Trabajo.

En un acercamiento inicial realizado al Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos en el año 2003, se obtuvo la siguiente respuesta:

“...se entiende como salario básico unificado a lo que el trabajador en general percibe de forma mensual, de conformidad con el art. 95 del Código de Trabajo, exceptuándose el componente salarial o cualquier otro rubro de carácter social”

El art. 95 del Código de Trabajo manifiesta:

“Sueldo o salario y retribución accesorio.- Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador recibe en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibié por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio”.

En concordancia con lo anterior, se entiende que las denominaciones mencionadas, hacen referencia a la Remuneración Mínima Unificada del trabajador. Mientras que el artículo 113 de la normativa vigente, sobre el décimo cuarto sueldo si aclara que se trata del valor mínimo:

“Los trabajadores percibirán, además, sin perjuicio de todas las remuneraciones a las que actualmente tiene derecho, una bonificación adicional anual equivalente a una remuneración básica mínima unificada de los trabajadores del servicio doméstico...”

Nótese en el párrafo anterior las palabras utilizadas para definir el Salario Mínimo.

A continuación se presenta una tabla de las reformas realizadas a los montos mínimos y máximos de las pensiones:

Año de normativa	Monto máximo	Monto mínimo
1938	Salario medio del último año	No existía
2000	Salario medio del último año	Dos salarios mínimos vitales si accede a una sola jubilación (USD\$ 4) y un salario mínimo vital (USD\$ 2) si accede tanto a JP como al IESS
2001	Salario básico unificado medio del último año	USD\$30 si accede a una sola jubilación y USD\$20 si accede tanto a JP como al IESS
2005*	Remuneración básica mínima unificada medio del último año	USD\$30 si accede a una sola jubilación y USD\$20 si accede tanto a JP como al IESS
2006	Remuneración básica unificada media del último año	USD\$30 si accede a una sola jubilación y USD\$20 si accede tanto a JP como al IESS

*Esta versión del Código de Trabajo fue objeto de una fe de erratas del Congreso Nacional que eliminó la palabra mínima cuando detectó un error en la codificación.

Una vez determinada la pensión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 216 del Código de Trabajo, el empleador deberá realizar las provisiones correspondientes del personal a su cargo, para hacer frente a sus obligaciones.

2.2 Rebajas a favor de la empresa

Como segunda problemática, el artículo 216 del Código de Trabajo vigente establece:

“A los trabajadores que no llegaren a ser afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hasta el momento de obtener su jubilación. A los trabajadores que se hallaren

afiliados cuando soliciten la jubilación, se aplicarán las mismas reglas, pero el empleador tendrá derecho a que del fondo de jubilación formado de acuerdo con la regla 1.^a, se le rebaje la suma total que hubiere depositado en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en concepto de aporte del empleador o por fondo de reserva del mismo.

En todo caso se tomarán en cuenta para la rebaja del haber individual de jubilación, los valores que por fondos de reserva hubiese legalmente depositado el empleador o entregado al trabajador.”

Luego de efectuada la consulta correspondiente al Ministerio de Trabajo respecto a si deben descontarse los dos rubros o solo uno, el Ministerio se pronunció en el sentido de que debe descontarse sólo los fondos de reserva, que como se suman en el cálculo del haber jubilar, se anulan. Así mismo, existen sentencias judiciales sobre este particular ratificando que no deben descontarse ambos rubros, porque ante la duda debe aplicarse el principio pro-operario.

No obstante a lo mencionado, en el caso de las personas afiliadas al IESS, si tiene sentido descontar los dos rubros: el de fondo de reserva y el de aporte patronal. La estimación adecuada del Fondo de Jubilación de cada empleador, se contabiliza una vez que los descuentos al haber se hayan efectuado y que la reserva matemática estimada sea aprobada actuarialmente. Para dicha reserva se requiere la utilización de parámetros técnicos previamente establecidos, entre ellos, los coeficientes de renta vitalicia unitaria que determina el Código de Trabajo en su artículo 218. Cabe mencionar que estos parámetros deberán ser actualizados y ajustado a la población bajo estudio; esto, nos conduce a la siguiente problemática encontrada.

3. Explicación Teórica

Existen denominaciones fundamentales que deben ser debidamente aclaradas, especialmente en lo que respecta a la expectativa de vida y la esperanza de vida al nacer.

La **expectativa de vida** es el número de años en promedio que se espera que viva una persona para cada edad. Esto quiere decir que cada una de las edades en la tabla tiene una expectativa de vida diferente, por lo que el valor a ser aplicado dependerá tanto de la edad como del género de la persona analizada. Es importante diferenciar el término de **esperanza de vida al nacer**, pues éste se refiere a la edad promedio a la que llegan las personas desde su nacimiento dentro de una población específica y se utiliza sobre todo para calcular el índice de desarrollo humano.

Para el cálculo de la pensión se debe considerar la expectativa de vida que cada persona tiene al momento de jubilarse, ya que por definición la expectativa de vida son los años que le quedan por vivir a una persona de acuerdo a la edad actual, diferenciado entre hombres y mujeres, tomando como referencia las tablas de mortalidad vigentes del IESS para los ecuatorianos.

Otra de las variables que se debería considerar en el cálculo del fondo global es la tasa de incremento de pensiones, determinada por el porcentaje de inflación promedio en el largo plazo con el que se proyectará el incremento de las pensiones en el transcurso del tiempo.

Las pensiones anuales de Jubilación Patronal, se ven incrementadas en el tiempo, debido a que el gobierno cada año realiza un ajuste de la décima cuarta remuneración, que en promedio los últimos años ha sido de alrededor del 10%. La pensión anual se compone de 12 pensiones patronales mensuales, décimo tercera remuneración y décimo cuarta remuneración.

Adicionalmente, es importante definir al **valor actual de una renta vitalicia unitaria** como el valor presente de un dólar que se espera pagar durante toda la vida del jubilado hasta que fallezca. Es decir, si una persona tiene 50 años de edad, su expectativa de vida (según la Tabla de Mortalidad IESS 2002) es alrededor de 26 años. Mientras tanto, el valor de a_x es de alrededor de 16 porque considera una tasa de descuento. Así, asumiendo una pensión de USD\$ 400, el valor anual sería de USD\$4,800 y el cálculo aproximado de la reserva matemática sería igual a USD\$76,800 ($4,800 * 16$).

Lo anterior es únicamente ilustrativo, pues al cálculo se debe incluir una serie de parámetros técnica y actuarialmente aprobados.

Finalmente, considero importante destacar la importancia del valor del dinero en el tiempo. No es correcto creer que el dinero no pierde valor en el tiempo, ya que están implícitos los conceptos de inflación y tasa de interés. Debido a este principio, para sumar dos o más transacciones financieras que se realizan en diferentes años; es imprescindible traer a valor presente o descontar todos los pagos; y una vez que están calculados en la misma fecha, generalmente en el instante cero, poder sumar estas cantidades. Por ejemplo, cuando una persona obtiene un crédito en una institución financiera, la suma de los dividendos o cuotas de amortización siempre es mayor al capital prestado, porque justamente esas cuotas incluyen los intereses que cobra dicha institución por el uso del dinero. Para comprobar que la cuota es correcta lo que se hace es calcular el valor presente, descontado a una tasa de interés convenida, de cada uno de estos dividendos y la suma de estos valores descontados debe coincidir con el capital prestado.

No considerar en el cálculo del fondo global de jubilación patronal el principio del valor del dinero en el tiempo mediante la aplicación de una tasa de descuento para calcular los valores presentes, sería destruir el pilar fundamental de las finanzas, significaría que se estaría negando la existencia de la inflación y que no deberían existir tasas de interés; y por lo tanto, no podrían existir bancos, ni mercado de valores.

4. Posibles reformas

Como se conoce, la Jubilación Patronal es un beneficio a favor de los trabajadores que permite el acceso a una pensión complementaria a la de la Seguridad Social. Por este motivo, es imperativo que se mantenga dicho beneficio, considerando que la pensión del IESS por sí sola no constituye una entrada de dinero suficiente, que permita suplir los ingresos recibidos durante la actividad profesional. Adicionalmente, como habíamos mencionado la Jubilación Patronal constituye un derecho intangible e irrenunciable del trabajador, entendiéndose por esto intocable.

Además, es esencial aprovechar la existencia de la Jubilación Patronal en la legislación laboral del Ecuador para identificar medidas preventivas, correctivas y de mejora con la finalidad de garantizar que todos los trabajadores puedan acceder a un beneficio justo y equitativo, evitar los despidos de los trabajadores antes de los 25 años y permitir que se transforme en un sistema parecido a lo que en otros países se conoce como planes de pensiones empresariales y especialmente el sistema conocido como 401(k) que es muy popular en los Estados Unidos. Existe la posibilidad amplia de que se realicen cambios en la normativa vigente para que no existan ambigüedades en su cálculo e interpretación.

5. Conclusión

Con el objeto de evitar interpretaciones confusas o incumplimiento de la normativa, garantizando así el bienestar de los trabajadores, es imperativo reformar las condiciones vigentes de la Jubilación Patronal.

Para ello, se deberá contar con los cálculos actuariales apropiados que identifiquen la metodología más adecuada de reforma, así como el establecimiento de parámetros y condicionamientos para el cómputo.

Es imperativa además la participación de expertos en los temas legislativos, actuariales, económicos, sociales y demográficos.

Una de las alternativas que personalmente considero impactará positivamente en la realidad socio económica del país es la reforma de la jubilación patronal en función de una escala técnica de beneficios adquiridos.

Considerando la falta de cultura de ahorro en el país es fundamental incentivar la previsión de fondos para la vejez a través de reformas legales que permitan la inversión de una aportación extraordinaria por parte del trabajador. Así, la jubilación patronal se compondría tanto de una contribución personal como patronal basada en la capacidad de pago, la expectativa de vida y el tiempo de servicio del empleado.

Mediante la aplicación de una escala de beneficios adquiridos, los trabajadores tendrían acceso a la proporción de la jubilación patronal proveniente del empleador a partir de un tiempo de servicio inferior a los 25 años; mientras que accederían a la proporción de la jubilación patronal proveniente de su aportación personal en cualquier momento, sea mediante préstamos o liquidación anticipada de beneficios.

Las reformas propuestas serían las siguientes:

- Aporte patronal mensual equivalente a un porcentaje de la remuneración unificada del trabajador según los criterios del artículo 95 del Código de Trabajo.
- Aporte personal inferior al aporte patronal, que considere aspectos técnicos, actuariales, sociales y demográficos.
- Definición y aplicación de escala de beneficios según tiempo de servicio.
- Administración de fondos que garanticen un rendimiento que no pueda ser inferior a la tasa de conmutación actuarial que determine un estudio técnico.

- Posibilidad de créditos a los trabajadores cuyo interés será destinado a la acumulación de un fondo global de la jubilación patronal.
- Reinversión de los rendimientos generados por concepto de aportaciones en: educación, matriz productiva, energía o en seguridad social.

Las principales diferencias con el sistema vigente, además de las mencionadas anteriormente, son:

- Los años de servicio se acumularán independientemente de la permanencia del trabajador bajo la dependencia de un mismo empleador.
- El saldo que se acumule durante la vida laboral del trabajador se podrá trasladar al nuevo empleador o al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
- El trabajador estará en la facultad de retirar los fondos acumulados anticipadamente previo a un estudio técnico actuarial.
- Las reservas matemáticas de jubilación patronal podrán ser invertidas y generar rendimientos financieros.

Con las reformas sugeridas las ventajas serían las siguientes:

- Mayor estabilidad económica
- Soporte al Sistema de Seguridad Social
- Tasas de reemplazo¹¹ más altas
- Cultura de ahorro y seguridad financiera

¹¹ Se entiende como tasa de reemplazo a la relación que existe entre los ingresos tras la jubilación frente a los ingresos durante el período de actividad económica individual. Así, se puede considerar que esta relación, para cargos jerárquicos altos, no debería ser menor al 60% mientras que para cargos administrativos, operativos y del sector productivo como mínimo debería igualar un 80%. Al tener tasas de reemplazo suficientes, se garantiza la calidad de vida de las personas en la tercera edad, permitiendo mayor acceso a los bienes y servicios del mercado tanto públicos como privados, entre ellos fundamentalmente la salud.

- Descarga de obligaciones del empleador
- Inversiones rentables
- Disminución de despidos intempestivos a trabajadores con menos de 20 años

El *ius puniendi* frente a la no afiliación al IESS*

*Richard Villagómez Cabezas***

Resumen:

El trabajo ha sido reconocido como un derecho fundamental tanto por tratados y convenios internacionales de derechos humanos, al igual que por la Constitución de la República del Ecuador y el ordenamiento jurídico interno.

Es parte del derecho al trabajo la seguridad social para cubrir las necesidades contingentes de la población.

La no afiliación al IESS por los empleadores (personas naturales o jurídicas) priva a los trabajadores de este derecho y la cobertura de contingencias. Fenómeno que inicialmente debió ser atendido y resuelto por el IESS, el derecho administrativo sancionador, etc.

No obstante, frente a la incidencia de este fenómeno fue necesaria la intervención del derecho penal, habiéndose insertado una descripción típica contravencional en el COIP para el cumplimiento de esta obligación, que inicialmente será exigida mediante notificación y de no pagarse opera la prosecución de la acción penal (contravencional), constituyendo éste un requisito de procedibilidad.

Palabras claves: *Derecho al trabajo, seguridad social, no afiliación al IESS, intervención penal, tipo penal contravencional, procedibilidad.*

* Este ensayo fue inicialmente publicado por el autor en <http://nemesisdelecuador.jimdo.com> antes de la publicación y vigencia del COIP, ahora trae un análisis en relación con el marco normativo aprobado y vigente.

** Actualmente es Conjuer Nacional. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Docente de pre y post grado de diversas Universidades Públicas y Privadas del Ecuador. Autor de varios libros y publicaciones en materia de Derecho Penal y Derecho Constitucional. Docente de la Escuela de la Función Judicial. Docente de la Escuela Fiscal. Docente del Instituto Iberoamericano de Altos Estudios Judiciales.

El trabajo es un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía.

El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

En el mismo sentido, el derecho a la seguridad social es consustancial al derecho al trabajo y por tanto es irrenunciable, y será deber y responsabilidad primordial del Estado.

La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

Conforme disposición constitucional (art. 367 CRE) el sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales.¹

El seguro universal obligatorio, a cargo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), cubrirá las contingencias de:

¹ El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad.

1. enfermedad,
2. maternidad,
3. paternidad,
4. riesgos de trabajo,
5. cesantía,
6. desempleo,
7. vejez,
8. invalidez,
9. discapacidad,
10. muerte, y,
11. aquellas que defina la ley.

Las prestaciones de salud (enfermedad y maternidad) se brindarán a través de la red pública integral de salud.

El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral.²

Las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de:

1. las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadores³;
2. las personas independientes aseguradas;
3. los ecuatorianos domiciliados en el exterior; y
4. el Estado.⁴

² La policía nacional y las fuerzas armadas tienen regímenes especiales de seguridad social que forman parte de la red pública integral de salud y del sistema de seguridad social.

³ Conforme con el art. 83 CRE, son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

(...) 15. Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley. (...)

⁴ En que se incluye el trabajo doméstico que ha aumentado el universo de personas afiliadas. El Seguro Social Campesino se financia con los aportes de los afiliados y el Estado. Estos recursos deben constar en el Presupuesto General del Estado. Los fondos y reservas del seguro universal obligatorio serán propios y distintos de los del fisco, y servirán para cumplir de forma adecuada los fines de su creación y sus funciones.

El financiamiento de las prestaciones del seguro social, además de ser un deber ciudadano (art. 83. 15 CRE) para el caso de las personas de derecho privado, constituye obligación del Estado ya sea en calidad de empleador o en el porcentaje que le corresponda en los regímenes respectivos.

Frente a la posibilidad de no cumplimiento de la aportación por los empleadores (personas naturales y jurídicas de derecho privado⁵) se discutió ampliamente en la Asamblea Nacional la posibilidad de intervención del derecho penal para regular este fenómeno.

De conformidad con el art. 120.6 CRE, la Asamblea Nacional en uso de sus atribuciones expidió el Código Orgánico Integral Penal (COIP), publicado en el Registro Oficial el 14 de febrero de 2014, y entró en vigencia inmediata la parte adjetiva, en tanto que lo sustantivo y la ejecución penal, luego de la *vacatio legis* de 180 días, entró en vigencia el 10 de agosto de 2014.

La discusión legislativa inicialmente se centró en establecer si la intervención del derecho penal era necesaria, y luego en qué medida.

Para resolver la necesidad de intervención del derecho penal, es necesario reconocer que otro tipo de derecho ya sea administrativo sancionador, civil, etc., fue insuficiente para lograr el cumplimiento del pago de las aportaciones que nutren la seguridad social y las prestaciones devenientes.

El derecho penal desde lo doctrinal ha sido proclamado de última ratio,⁶ premisa que luego se desarrolla con rango constitucional en el art. 195 al determinar las funciones de la Fiscalía General del Estado conforme los principios de oportunidad y mínima intervención penal.

⁵ El régimen de las Empresas Públicas (EP) es *sui generis* con un doble matiz público-privado.

⁶ Conocido como fragmentario.

Esta breve aproximación normativa es útil para establecer que al ser el Ecuador un Estado Constitucional de derechos y justicia, es necesario que su derecho penal se adecue al marco normativo de derechos humanos reconocido tanto en instrumentos internacionales como en la Constitución y la ley.

Desde la perspectiva social, el fenómeno de la no afiliación del trabajador al IESS debe ser solucionado por el Estado en busca del (fin) Sumak Kawsay proclamado en el preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador (CRE).

Vistos así los componentes normativos y sociales que integran este fenómeno cabe preguntarse la forma en que el Estado debe brindar una solución. La primera disyuntiva era penalizar o no estos hechos. Sin embargo, es la propia Constitución la que limita el *ius puniendi*, declarando la mínima intervención penal reservada para temas de trascendencia y relevancia que lo justifiquen.

Desde una posición purista, penalizar es de última ratio, lo que implica que el derecho penal solo debe ser empleado en este propósito cuando el derecho administrativo, civil, etc., no han sido suficientes para regular este fenómeno.

A primera luz, se expresaría que la no afiliación del trabajador al IESS amerita una respuesta punitiva por parte del Estado. Sin embargo, esta urgencia debe sustentarse en un análisis estadístico social (ya sea por el Estado u organizaciones privadas) que explique esta realidad y su incidencia en el Ecuador y luego establecer el grado de efectividad del derecho administrativo (a cargo del IESS) para solucionar este problema derivado de la no afiliación del trabajador.

Es evidente que el derecho al trabajo es un derecho humano reconocido internacionalmente por la OIT, tratados internacionales, y nuestra Constitución, luego desarrollado jurisprudencialmente por

la Corte Constitucional⁷ que ha establecido cuál es el núcleo duro de este derecho en que se incluye la afiliación del trabajador al IESS.

Para la construcción de una respuesta penal al fenómeno de la no afiliación se ha de reconocer entonces que las actividades desplegadas por el IESS para tal fin son insuficientes y que otra respuesta al problema se articula, de modo inevitable, a través del derecho penal.

La no afiliación al IESS constituye motivo de reclamación en vía administrativa (no judicial) por el trabajador ante el mismo Instituto que puede efectuar este control y procesamiento.

Por el principio de legalidad (art. 76.3 CRE) la no afiliación no es causal de reclamación judicial. Por ello, una de las opciones para evitar la penalización se ubicó en este ámbito, dotando al trabajador de la posibilidad de reclamar este incumplimiento en sede jurisdiccional.

Como se puede observar, anterior a la respuesta penal existen otras opciones ya sean administrativas o jurisdiccionales laborales para precautelar este derecho del trabajador. Sin embargo, una vez que el Estado propone la opción del derecho penal se entiende que las otras dos opciones han resultado insuficientes o ineficaces en el propósito de tutela del derecho del trabajador.

Quizás la primera objeción en la articulación de la opción penal radicó en la forma de la construcción de tal estructura, pues en un Estado Constitucional de derechos y justicia, solo cabe un derecho penal mínimo, que respete derechos humanos tanto en el tipo, como el procedimiento y la pena.

⁷ Ecuador. Corte Constitucional (para el período de transición) Sentencia Nro. 012-09-SEP-CC. Caso 0048-08-EP

Desde el garantismo⁸, el derecho penal debe ser construido en la garantía, a manera de diques que contienen el poder punitivo del Estado⁹, para lo cual se ha de por objetivizar un derecho constitucionalmente relevante que merece tutela penal.

De la revisión del proyecto de COIP, anterior a su aprobación, publicación y vigencia, no constan en la discusión legislativa considerandos específicos sobre este nuevo tipo penal, de lo cual se infiere que no existe una objetivación propia, para lo cual, en ausencia de este factor de análisis, se ha de partir del lugar que ocupan los tipos penales en el Código, fijándose a primera luz que están ubicados en el título III, de las infracciones en particular; capítulo tercero: delitos contra el derecho al buen vivir, entendiéndose entonces, por inferencia, que el bien (derecho) jurídico (constitucionalmente relevante) protegido mediante la norma penal es el Sumak Kawsay.

Desde luego que el Sumak Kawsay consta en el preámbulo de la Constitución y su contenido, definiéndose como un ideal del Estado ecuatoriano, concebido como el deber ser de la organización social.

El Sumak Kawsay prevé dentro de su integralidad tres derechos diferentes: a) individual; b) colectivo, c) difuso. De lo cual la creación de estos nuevos tipos penales que proscriben la no afiliación del trabajador al IESS deben necesariamente ubicarse en uno u otro derecho, lo cual no es tan claramente diferenciado tal y como sucede en un delito de hurto en que el bien jurídico protegido es el derecho a la propiedad visualizada desde lo individual.

La justificación sobre la lesividad para la formulación del tipo penal es relevante en la medida en que permite dimensionar que el derecho tutelado por la norma no sólo es relevante sino que tiene rango

⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2008

⁹ Raúl Eugenio Zaffaroni et al, *Manual de Derecho Penal*, EDIAR, 2ª.Ed. Buenos Aires, 2009

constitucional, dado que no se puede tutelar mediante el derecho penal un derecho que no goce de estas particulares características.

El CP al igual que el COIP, diferencian los delitos de las contravenciones, por su gravedad y lesividad, luego por la consecuencia derivada en la determinación de la medida de la pena.

Para un cabal análisis de la penalización se consideró en el proyecto del COIP, los siguientes aspectos:

1. Los tipos penales
2. La medida de la pena
3. La participación penal

1. *Los tipos penales, estaban aglutinados en los arts. 248-250*
2. *La medida de la pena que por el principio de proporcionalidad (art. 76.6 CRE¹⁰) quedó determinada así:*

Para los delitos, con pena privativa de libertad:

Art. 248.- tres a cinco años.

Art. 249.- No contenía pena privativa de libertad porque el sujeto activo de la infracción es persona jurídica. La pena es de multa y extinción de personería.

Para la contravención prevista en el proyecto en el art. 250 COIP se establecía pena privativa de libertad de quince a treinta días y multa, sobre dos supuestos: a) esquema general de afiliación; b) empleadas domésticas o régimen artesanal.

¹⁰ Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
(...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. (...)

3. *La participación penal*

En el COIP (art. 44) a diferencia del CP (art. 41) se suprimió el encubrimiento como grado de participación y se mantuvo la autoría (directa, mediata, coautoría) y la complicidad que tiene una pena modificada de un tercio a la mitad.

Nota aparte merece la responsabilidad de la persona jurídica (o moral) para la que se creó una escala penal específica (art. 69) que va de la multa a extinción de la persona.

A continuación se realiza un análisis de cada uno de los tipos penales que constaban el proyecto de COIP:

Art. 248.- Retención ilegal de aportación a la seguridad social.- *La persona que hubiere retenido los aportes patronales o personales y haya efectuado los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el IESS dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionado con la pena privativa de libertad de tres a cinco años y multa igual al duplo del total de los valores no depositados.*

Para el efecto el Director General o el Director Provincial del IESS en su caso, se dirigirá al Ministro Fiscal de la respectiva provincia para que inicie las acciones legales correspondientes.

En caso de que sea la persona jurídica, la que retuviere los valores correspondientes a los aportes personales de los trabajadores, será sancionada con la clausura de sus locales o establecimientos, y se le impondrá una multa de cien a trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

Este tipo penal traía dos supuestos: a) cuando el sujeto activo es persona natural; y, b) cuando es persona jurídica.

Para el caso en que el sujeto activo de la infracción es persona natural se tenían los siguientes elementos:

Sujeto activo:	Persona natural
Sujeto pasivo:	trabajador (empleador)
Verbo rector:	retener aportes patronales o personales
Elementos valorativos /normativos:	hacer descuentos, noventa días privativa de libertad de 3-5 años
Pena:	Multa del duplo de los valores no depositados

En el evento de que el sujeto activo es persona jurídica se tenía:

Sujeto activo:	Persona jurídica
Sujeto pasivo:	Trabajador
Verbo rector:	retener aportes personales
Pena:	Clausura de locales
Multa:	300 SBU

Art. 249.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica.-

En el caso de personas jurídicas, que no cumplan con la obligación de afiliar a sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá la intervención judicial por el tiempo necesario para precautelar los derechos de los trabajadores y se les impondrá una multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general y cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general por cada empleado no afiliado, siempre que no abonare el valor respectivo, dentro de las cuarenta y ocho horas de haberle hecho saber.

Este artículo describía un delito perpetrado por persona jurídica, ofrecía una serie de dificultades según se explica:

Sujeto activo:	Persona jurídica
Sujeto pasivo:	trabajador
Verbo rector:	no afiliar al IESS
Elemento normativo:	48 horas desde que se le hubiere hecho saber
Elemento valorativo:	“el tiempo necesario”
Pena:	multa de 100 a 200 SBU
Más multa:	50 SBU por c/trabajador (sin límite) ¹¹

Esta norma facultaba al juez ordenar la intervención judicial de la persona jurídica por el tiempo necesario para precautelar los derechos de los trabajadores.¹²

Art. 250.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- *La persona que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio, dentro de los primeros treinta días desde que el trabajador empezó sus labores, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.*

Cuando se trata de trabajo doméstico y artesanal será sancionada con multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general.

¹¹ La medida de las multas tenía un piso de 100 SBU y un techo de 200 SBU, no obstante, al tarifarse por cada uno de los trabajadores no afiliados sin límite, esta escala es contraria al art. 76.6 CRE. No obstante, ¿qué sucede cuándo es el Estado es el que no afilia al trabajador?

¹² La naturaleza jurídica de esta intervención podía ser vista como pena o también como medida cautelar personal, de lo cual resulta que la pena opera cuando hay infracción y no antes. Resulta también contraproducente porque se afecta la operación de la persona jurídica sin generación de dinero que le permita cumplir con las obligaciones patronales.

Este tipo penal es contravencional (por la escala penal) que se desarrollaba en dos supuestos:

Para el evento del inciso primero:

Sujeto activo: Persona natural (empleador)

Sujeto pasivo: trabajador

Verbo rector: no afiliar

Elemento normativo: dentro de los primeros 30 días

Penal: 15 a 30 días de prisión

Multa: 50 a 100 SBU

Para el inciso segundo:

Sujeto activo: Persona natural (empleador)

Sujeto pasivo: empleado doméstico

Verbo rector: no afiliar

Elemento normativo: trabajo doméstico o artesanal

Penal: Multa de 30 a 50 SBU¹³

Luego de la discusión y aprobación del COIP, finalmente los delitos y la contravención contra el derecho al trabajo y la seguridad social, quedaron determinados en los artículos 242- 244, secciones sexta y séptima, respectivamente.

Artículo 242.- Retención ilegal de aportación a la seguridad social.- *La persona que retenga los aportes patronales o personales o efectúe los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos*

¹³ La punición en este evento no tenía pena privativa de libertad por lo que bien pudo ser más adecuadamente regulado por el derecho administrativo.

hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Para el efecto, la o el afectado, el Director General o el Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en su caso, se dirigirá a la Fiscalía para que inicie la investigación respectiva.

Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica, será sancionada con la clausura de sus locales o establecimientos, hasta que cancele los valores adeudados.

El análisis de tipicidad, actualmente queda dado de la siguiente forma:

Este tipo penal tiene dos supuestos:

- a) cuando el sujeto activo es persona natural; y,
- b) cuando es persona jurídica.

Cuando el sujeto activo es persona natural se tenía:

Sujeto activo:	Persona natural
Sujeto pasivo:	trabajador (empleador)
Verbo rector:	retener aportes patronales o personales
Elementos valorativos /normativos:	hacer descuentos, noventa días
	Pena: privativa de libertad de 1-3 años
	Multa: conforme las reglas generales

En el evento de que el sujeto activo es persona jurídica se tenía:

Sujeto activo: Persona jurídica

Sujeto pasivo: Trabajador

Verbo rector: retener aportes personales

Penal: Clausura de locales¹⁴

Artículo 243.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica.- *En el caso de personas jurídicas que no cumplan con la obligación de afiliar a uno o más de sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores y serán sancionadas con multa de tres a cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada empleado no afiliado, siempre que estas no abonen el valor respectivo dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificado.*

Este tipo penal es delictual (no contravencional a diferencia del proyecto).

Sujeto activo: Persona jurídica (empleador)

Sujeto pasivo: trabajador

Verbo rector: no afiliar

Elemento normativo: “por el tiempo necesario”

Penal: intervención

Multa: 3-5 SBUTG por c/trabajador no afiliado

¹⁴ Hasta que cancele valores adeudados. La multa conforme reglas generales.

Finalmente, en cuanto a la falta de afiliación al IESS, se pasó de un delito conforme el proyecto a un tipo contravencional conforme el artículo 244 COIP, habiéndose optado por un derecho penal de mínimos al inclinarse por la opción contravencional, habiéndose previsto un requisito de procedibilidad al exigirse para el ejercicio de la acción penal el no pagar dentro del término de 48 horas después de la notificación.

Contravención contra el derecho al trabajo

Artículo 244.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- *La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días.*

Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada.

Los elementos constitutivos del tipo penal contravencional quedaron determinados conforme la descripción siguiente:

Sujeto activo: Persona natural (empleador)

Sujeto pasivo: trabajador

Verbo rector: no afiliar al IESS

Elemento normativo: dentro de los primeros 30 días

Elemento valorativo: 48 horas después de notificada

Pena: 3 a 7 días de prisión

Más multa: conforme esquema general

En conclusión, la utilización del derecho penal para regular (evitar) la no afiliación del trabajador al IESS, evidencia la ineficacia del derecho administrativo, premisa que ha servido de base para

construir y sostener este discurso que desnaturaliza la última ratio del *ius puniendi*.

Una vez que se ha optado por el uso del derecho penal, éste tiene base de tutela de derechos constitucionales, merece tal tutela por existir lesividad, considerándose que se ha utilizado de modo proporcional la escala penal distinguiéndose entre delitos y contravenciones, y la subsecuente medida de la pena, a lo que se suma un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal.

Bibliografía:

Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo, Editorial Trotta, Madrid, 2008

Villagómez Cabezas, Richard. El derecho a castigar: un necesario análisis constitucional sobre el derecho penal. Cuenca: Monsalve Moreno, 2012.

Zaffaroni, Raúl Eugenio et al, Manual de Derecho Penal, EDIAR, Segunda Edición, Buenos Aires, 2009

Obras referenciales:

Constitución de la República del Ecuador.

Código Orgánico Integral Penal.

Código Orgánico de la Función Judicial.

Código Penal.

Código de Procedimiento Penal.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

El Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina y el derecho del consumidor y de la empresa

*Esther Haydeé Silvia Ferrer de Fernández**

Palabras claves: *protección, consumidor, empresa, codificación.*

Sumario:

1. Introducción; 2. Cómo analizar el Código Civil y Comercial con especial referencia a los contratos de consumo; 3. Categorías de contratos en el Código Civil y Comercial; 4. Contrato de consumo; 5. Consecuencias prácticas del método adoptado por el Código Civil y Comercial; 6. Definición de relación de consumo y de contrato de consumo; 7. Interpretación; 8. Formación del consentimiento en los contratos de consumo-Prácticas abusivas; 9. Cláusulas abusivas; 10. Colofón.

* Doctora de la Universidad de Buenos Aires, Profesora “full time” de grado, posgrado y doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora Categoría II del Ministerio de Educación de la Nación; Miembro Par Evaluador en Investigación de dicho Ministerio; Codirectora de Proyectos de Investigación de Grupos Consolidados de la UBA; investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, y Subdirectora del Centro de Investigación Pacem, dirigido por el Prof. Raúl Etcheverry; ambos pertenecientes a la Facultad de Derecho de la UBA. Autora de diversas publicaciones en libros y revistas de la especialidad.

1. Introducción

En primer lugar, felicitamos a los organizadores de tan importante evento jurídico como son las IV Jornadas Internacionales de Derecho Empresarial, que convocan a juristas de las más distantes latitudes del continente, generando un ámbito propicio para el debate y enriquecimiento jurídico y, que fueran inicialmente organizadas por el Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, Doctor Raúl Etcheverry, hoy justamente homenajeado. En especial agradezco la invitación formulada para realizar este aporte, por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la persona de su presidente Dr. Carlos Ramírez Romero y a la Profesora y querida amiga Patricia Alvear Peña.

Dicho lo cual, nos adentramos en la temática que proponemos analizar que será la del contrato de consumo en la República Argentina primordialmente contemplada en el recientemente vigente Código Civil y Comercial de la Nación.¹

En primer lugar, nos adentramos en las problemática que surgió a fin de establecer la necesidad o no modificación del Código Civil y en su caso de la unificación con el Código Comercial. Para luego analizar la regulación de los contratos en general en dicho cuerpo normativo, como la regulación de los contratos de consumo, en el mismo.

¹ Aprobado por Ley 26.994 que entró en vigencia el 1/8/2015, según Ley 27.077.

En tal sentido, varios fueron los intentos de reforma del Código Civil argentino en su totalidad. Así podemos recordar: el Proyecto de Bibiloni de 1926, el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de Llambías de 1954, el de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987 que obtuvo sanción de ambas Cámaras, el de la Comisión Federal de Juristas proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación de 1993, el de la Comisión designada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92, el proyecto de 1998 de la Comisión designada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95 y el de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante decreto 191/2011 compuesto por los Dres. Lorenzetti, Highton y Kemelmajer, el que con algunas modificaciones ha sido base del Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina, sancionado mediante Ley 26.994 del 1 de octubre de 2014, promulgada el 7 de octubre del mismo año por decreto del Poder Ejecutivo 1795, publicada en el Boletín Oficial el 8 de Octubre de 2014 y que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, conforme Ley 27.077.

Muchos también han sido los Congresos y Jornadas en los que se planteó la necesidad de una reforma integral y en muchos casos unificadora del derecho privado argentino, por lo cual había consenso en la comunidad jurídica argentina que justificara una reforma tan profunda de la legislación privada.

Aunque si bien se discutía si era o no conveniente una sustitución del el Código Civil, como fueron los primeros proyectos, o si lo era una reforma que unificara las obligaciones como el de 1987 o que unificara y sustituyera ambos códigos como los últimos proyectos. Como también el contenido de cada norma en particular.

Es la propia Comisión designada por decreto del PEN 191/2011 la que admite que todo ese caudal de conocimiento más el aporte de casi cien juristas entre los que se encuentran el homenajeado Dr. Raúl A. Etcheverry, con más el del poder judicial, a través de la señora jurisprudencia, y del poder legislativo, que dictó diversas normas que se incorporan en el Código, sirvieron de base al proyecto que

elevaron y que hoy es el Código Civil y Comercial de la República Argentina.

Ya en lo que respecta al derecho contractual en particular regulado en el Título II del Libro III del Código Civil y Comercial, se cristaliza la posición mayormente imperante en los últimos proyectos y jornadas de unificar los contratos civiles y comerciales.

Sin embargo, el aspecto que más ha dado origen a discusiones al respecto ha sido el de incorporar al Código, el sistema de los contratos de consumo. En este sentido eran dos las opciones que evaluó la Comisión redactora, en función de los criterios emanados del derecho comparado.

Uno de los criterios implicaba mantener separadas ambas regulaciones, es decir la del Consumo por un lado, y el Código Civil por otro, como resulta ser el seguido por el Código del Consumo Italiano², de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española³, al igual que el criterio seguido por los estados partes del Mercosur y países asociados.⁴ Fundan mayormente la decisión quienes se asientan en este criterio, en la necesidad de otorgar mayor flexibilidad, en lo que respecta a la posibilidad de reforma de la ley especial por un lado; y por otro otorgar mayor perdurabilidad al Código.

El otro criterio podía consistir, tal como sucedió, en incorporar normas referentes a los contratos de consumo dentro del Código, siguiendo el sistema consagrado en el Código Civil alemán a través de la reforma de 2002, como el que siguió el Código Civil de Quebec de 1991 y de Holanda de 1992.

² Decreto Legislativo N° 206 del 6/9/2005

³ Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias españolas (Real Decreto Legislativo 1/2007).

⁴ Todos los Estados partes del Mercosur (Argentina, que aún mantiene, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela) y los Estados Asociados (Bolivia, Chile, Perú, Ecuador y Colombia) tienen leyes del consumidor separadas del Código Civil.

Para sopesar la decisión por el segundo sistema, a nuestro entender criteriosamente elegido, se consideró el rango constitucional otorgado por los constituyentes de 1994 a los derechos de los consumidores, como así también el grado de aplicación de las normas contempladas en la Ley del Consumidor por parte de la jurisprudencia y el amplio apoyo de la doctrina.

Aunque las normas que regulan la relación y el contrato de consumo en el Código Civil y Comercial resultan una plasmación legislativa derivada de la norma constitucional del art. 42; importan un avance significativo, pues, si bien, muchas de las disposiciones se hallaban incorporadas en la Ley 24.240 y sus modificatorias; que sigue vigente; regular dicha materia en el Código Civil y Comercial, importa otorgar una base mínima de los derechos de los consumidores que resultarán de aplicación en cualquier caso, por un lado, y asimismo, cierto es que su incorporación sistemática en un código otorga mayor perdurabilidad, como también, mayor conocimiento y fuerza de aplicabilidad por parte de todos los operadores jurídicos.

Luego de resuelta la necesidad de incorporación de los derechos de los consumidores en el Proyecto de Código Civil y Comercial posteriormente sancionado, la Comisión Redactora consideró cual era la mejor forma de regularlos. En tal sentido evaluó la posibilidad y beneficios de regular los contratos paritarios y en algunos artículos tratar los efectos que generan los contratos de consumo, visión adoptada por el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998. Solución que consideraron a todas luces inconveniente por la conceptualización con visión de generalidad con que actualmente se aborda la temática como un desprendimiento o “fragmentación del tipo general”⁵.

Asimismo, la Comisión Redactora consideró la posibilidad y conveniencia de regular la materia mediante la configuración de normas legales protectorias que apliquen de modo general, como si

⁵ Vid. Los fundamentos de la Comisión Redactora en “Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con la legislación vigente.” Editorial Astrea, 3ra. Reimpresión, Buenos Aires, 2015.

todos los contratos fueran de consumo. Solución ésta que evaluaron también inconveniente, y nosotros agregamos incorrecta, ya que significa aplicar a los contratos entre empresas, que no son de consumo, una significativa limitación al principio de autonomía privada, que es necesario preservar en función del consenso existente en el derecho nacional y comparados, y de las necesidades del tráfico y la seguridad jurídica.

Así se reconoció, que en la jurisprudencia el principal problema que surgía era la aplicación de principios protectorios propios de la tutela del consumidor, a los contratos de empresa; atentándose contra la seguridad jurídica.

En función de lo expresado, la Comisión Redactora concluye en la imperiosa necesidad de regular los contratos de consumo, considerándolos que no son un tipo especial más (vg. Compraventa), sino una “fragmentación del tipo general de los contratos”, que influye, dicen, sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general.

En función de ello, finalmente resulta que el Código Civil y Comercial le otorga especial relevancia a la materia en estudio, no solo por el tratamiento que le brinda a los contratos de consumo en general (en el Título III del Libro Tercero⁶), a los que erige como una verdadera tercera categoría contractual dentro de la teoría general de los contratos⁷, sino también en razón de la regulación que le otorga

⁶ Arts. 1092 a 1122.

⁷ Para un mejor estudio del aspecto, vid. nuestro artículo sobre la especie “Principios y jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas e interpretación de la contratación con el consumidor” en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Número 268, septiembre /octubre de 2014 pág. 459/469. Completamos aquí, que en la propia presentación del Código se expresa “Uno de los grandes paradigmas que incorpora este código es el de considerar que hay un sujeto que puede actuar en condiciones igualitarias con otro, y también otras personas que son débiles y precisan de mayor tutela: igualdad de los iguales y desigualdad con normas de protección para quienes se encuentran en inferioridad de condiciones”. Agregando que “hasta ahora, las codificaciones tuvieron en mente un solo tipo de sujeto y aplicaban sus normas analógicamente a los consumidores, y se remitían a leyes especiales, y aceptaban normas parciales. Este es el primer caso en que se regula extensamente la cuestión dentro del Código Civil”.

en un párrafo especial del capítulo 12 del Título IV (Contratos en Particular), a los contratos bancarios, cuya sección primera estipula sobre las disposiciones generales de éstos y su párrafo segundo, regula especialmente sobre los contratos bancarios con consumidores o usuarios⁸.

2. Como analizar el Código Civil y Comercial con especial referencia a la materia de los contratos de consumo

1) En relación a la interpretación sistemática:

En un muy interesante trabajo de la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci⁹, una de las integrantes de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial, se admite creemos con juicio de certeza que si bien un código no elimina la problemática de la descodificación, importa ventajas ciertas pues da pautas para la interpretación sistemática.

Nosotros estamos convencidos que ello surge de la propia experiencia de los países de tradición codificadora; pues en primer lugar no todas las materias integran esos códigos, sino que los redactores hacen un verdadero proceso de selección, para incorporar algunas mientras que otras se mantienen en los estatutos para dejarlas en las leyes especiales, fácilmente modificables, por lo que algunos doctri-narios se refieren a este proceso como de recodificación¹⁰.

Lo cierto es que, algunas materias que formaban parte de los estatutos especiales fueron incorporadas en todo o en parte al Código Civil y Comercial y el criterio de selección seguido estuvo apoyado en varios aspectos tales como: a) la especificidad de determinadas

⁸ Arts. 1384 a 1389.

⁹ Vid. Kemelmajer de Carlucci, Aida; "Pautas para interpretar el Código"; en Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con la legislación vigente", editorial Astrea, 3° reimpresión, Buenos Aires, 2015, pág. 4 y siguientes.

¹⁰ Vid. Rivera, Julio C. "La recodificación del derecho privado argentino"; en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", 2012-2-11.

materias; b) la dinámica constante de éstas; c) la proximidad con otras materias incorporadas al Código Civil y d) la asimilación de la materia por el derecho común por la práctica judicial.

Ello significó en algunos casos incorporar al código toda la materia; en tanto que en otras se trajo el denominado “núcleo duro”, es decir aquéllos principios que constituyen un piso mínimo de protección, sin perjuicio de la que en mayor grado pueda otorgar el legislador mediante la ley especial, tal el caso del consumidor.

Así pues, se incorporaron aquéllas normas referidas a la materia del consumidor de carácter más general que tienen a generar un marco de tutela al consumidor.

Como sabemos, en la relación de consumo existen desigualdades, entre las empresas proveedoras de bienes y servicios y los consumidores y usuarios, desigualdades que provienen de la existencia de distinta capacidad económica, científico-técnica, de la incidencia de la propaganda manipuladora, y de la existencia de monopolios naturales y legales, por lo que a fin de establecer un equilibrio en el mercado se impone la intervención del estado¹¹, creando otras desigualdades que permitan equilibrar la relación de consumo.

El derecho del consumo está presidido por el paradigma de la protección del débil del negocio jurídico, el consumidor.

De modo tal que en el Código Civil y Comercial se optó por regular en materia de consumidor, las normas que tienen por finalidad mejorar las reglas sobre consentimiento y eliminar o disminuir los desequilibrios. Por eso se incorporaron disposiciones sobre prácticas abusivas (arts. 1096/1099); modalidades especiales de contratación

¹¹ Vid. Jurío, Mirta Luisa – Ferrer, Esther Haydeé Silvia “Autonomía de la voluntad. Problemática actual”. En “Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata”, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, Tomo XXXIII año 1997, pág. 117.

(arts. 1104/ 1116) y cláusulas abusivas (arts. 1117/1122). Por otra parte, se extendió la protección a otros aspectos específicos dentro del Código, como por ejemplo los contratos bancarios, donde se reguló sobre los contratos bancarios con consumidores y usuarios (Arts. 1384/1389).

En materia de derecho transitorio el derecho del consumidor resulta de aplicación inmediata, aun tratándose de normas supletorias, como una verdadera excepción plasmada en el artículo 7¹² del Código Civil y Comercial¹³.

Por último, se produce una suerte de conexión entre el derecho de los consumidores y el del ambiente al establecerse mediante el artículo 1094 del Código Civil y Comercial que, “las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme al principio de protección al consumidor y el de acceso al consumo sustentable...”

En realidad lo que el Código Civil y Comercial otorga es un sistema de interconexión entre diversas fuentes, que en materia de derecho contractual estará pautada en el artículo 963¹⁴ de dicho cuerpo legal.

2) La constitucionalización del derecho privado como método de ponderar el derecho:

¹² Artículo 7... “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

¹³ Vid. Cam. Civ. y Com. de La Plata, Sala II, autos “Cooperativa de Crédito La Plata Limitada c/ Vinci, Carlos Daniel s/ cobro ejecutivo” fallado el 26/04/16; publicado on line en MJ-JU-M-98653-AR/ MJJ98653/ MJJ98653

¹⁴ Artículo 963... “Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial; las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código. b) Normas particulares del contrato. c) Normas supletorias de la ley especial. d) Normas supletorias de este Código.”

El Código Civil y Comercial adhiere a la tendencia de constitucionalización del derecho privado, lo que se encuentra corroborado desde el propio artículo 1^o¹⁵ del mismo. Se trata de un verdadero proceso de conjunción del derecho público y del derecho privado y a la vez subsunción de este último respecto de la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos específicamente.

Vemos la conjunción en cuanto el derecho público constitucional permite interpretar el alcance de las normas de derecho privado. Y el de subsunción en cuanto las normas de derecho privado insertas en el propio Código Civil y Comercial resultan ser en muchos casos aplicaciones concretas de principios constitucionales.

El segundo alcance lo encontramos claramente aplicado en la materia que estudiamos, en los artículos 998 y 999 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto resultan una clara derivación del principio de igualdad real (expresamente incorporado en la reforma constitucional de 1994), en los que se contempla especialmente al sujeto vulnerable, ya que dichos artículos se regulan las cláusulas abusivas para los contratos con cláusulas generales predispuestas, sean o no consumidores; entre muchas otras aplicaciones.

En tanto que el primer alcance lo vemos en el deber que se impone a los jueces, según el artículo 1 del Código Civil y Comercial de resolver los casos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos; lo que para nosotros importa que, en aquél caso donde no resulte clara la interpretación de la norma o su alcance o el proceso de subsunción no resulte posible o de difícil decisión; el juez deberá resolver optando por aquella solución que resulte más acorde al derecho público constitucional.

¹⁵ Artículo 1^o... “Los casos que este Código rige deber ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte...”

Aclaremos que este devenir si bien fue contemplado en el Código Civil y Comercial, sin embargo, ya las soluciones venían produciéndose en el derecho jurisdiccional argentino por inspiración de la doctrina.

Un caso interesante vinculado al derecho del consumidor, es el que debió resolver mediante el plenario autoconvocado la Cámara Comercial de la Capital Federal el 22/06/2011, allí el tribunal se hallaba ante la disyuntiva entre el derecho al efectivo acceso a la justicia del consumidor y la abstracción cambiaria.

Así pues, el art. 36 de la Ley 24.240 según la reforma de la Ley 26.361 vigente al momento del plenario; en su última parte establecía que “Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, (es decir operaciones financieras para consumo y créditos para consumo) siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor”.¹⁶

El plenario dejó establecido que “En las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del Tribunal: 1) Cabe inferir de la sola calidad de las partes que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza cambiaria del título en ejecución. 2) Corresponde declarar de oficio la incompetencia territorial del tribunal con fundamento en lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor.”

¹⁶ Actualmente el artículo 36 de la Ley 24.240, en su último apartado conforme la redacción de la Ley 26.993, establece que “Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados en el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario”.

El voto del Dr. Heredia esclarece la cuestión a la que nos estamos refiriendo al expresar “la abstracción cambiaria, lo mismo que cualquier otra disposición especial que deriva del derecho común, no puede prevalecer sobre las leyes generales de carácter constitucional dictadas por el Congreso de la Nación, en cumplimiento o ejercicio de la constitución misma. Los derechos del consumidor son una especie del género derechos humanos o, más particularmente, un derecho civil constitucionalizado”¹⁷. En razón de ello, el Tribunal concluye dando preeminencia al derecho de acceso efectivo a la justicia del consumidor.

En definitiva el Código Civil y Comercial establece el deber del juez de dictar decisiones razonablemente fundadas¹⁸ y armonizadas con los principios y reglas constitucionales.

3. Categorías de Contratos en el Código Civil y Comercial

En razón del tratamiento dado a los contratos por el Código Civil y Comercial de la Nación; en la actualidad, pueden ser divididos en tres grandes especies o tipos en relación a la forma en que se contrata. Ello así, pueden distinguirse los contratos paritarios, es decir aquéllos en los cuales las partes contratantes poseen un mismo poder negocial lo cual permite que negocien el contenido de la trama contractual y se encuentran presididos por el principio de autonomía privada, regulado en el artículo 958 del Código Civil y Comercial.

Una segunda especie es la denominada contratos por adhesión a cláusulas predisuestas o condiciones generales, correspondiendo

¹⁷ Vid. CNCom, en pleno “Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores”, <http://revista.cpacf.org.ar/Revista001/Jurisprudencia%20Rev%2001/Plenarioconsumidor.pdf>

¹⁸ Conforme art. 3 del CCCN que dispone que “...el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

a aquéllos en los cuales una parte que tiene mayor poder de negociación respecto de su contraparte, lo que le permite a ésta formular el contenido de la trama contractual y en razón de ello, su contraparte solo puede aceptar o rechazar la oferta formulada sin poder influir en el contenido del contrato.

Se encuentran formulados mediante la modalidad de prerredacción o sujetos a cláusulas generales predispuestas. Pero en todos los casos lo que trasluce en los mismos es la falta de posibilidad del cocontratante de influir en el contenido del contrato. En ellos hay libertad de conclusión, en cuanto el contratante débil del negocio tiene la facultad de decidir contratar, sin embargo se carece de facultad de configuración del contenido del contrato, al decir de López de Zavalía¹⁹, y en algunos casos, los mejores de ellos, el contratante podrá negociar solo unas pocas cláusulas.

Estos contratos no se encontraban regulados en el Código Civil Argentino como tampoco en el Comercial, solo el art. 38 de la Ley del Consumidor 24.240 de la República Argentina los mencionaba sin definirlos; al referirse al control de incorporación, estableciéndose que la autoridad de contralor deberá vigilar que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas. Sin embargo la jurisprudencia los ha tratado bastamente, jurisprudencia esta que determinó como interpretarlos.

Esta segunda especie, al igual que la tercera que a continuación analizaremos, son producto de la contratación en masa o en serie, es decir de la gran cantidad de negocios de una misma especie que se celebran con distintos contratantes y que para acelerar tiempos y abaratar costos tienen lugar, a través de condiciones generales o sujetos a cláusulas predispuestas.

¹⁹ Vid. López de Zavalía. F. "La Teoría del Contrato", editorial Zavalía, 4° edición, Buenos Aires 1997, tomo 1.

Resultan de suma utilidad para la vida moderna pues permiten que se lleven a cabo una gran cantidad de negocios a más bajo costo, es lo que se denomina disminución del costo de transacción, según la teoría del Análisis Económico del Derecho o “Economic Analysis of Law”²⁰.

Actualmente encuentran regulación legal en el Código Civil y Comercial en la Sección 2º, del Capítulo 3, del Título II, referido a los Contratos en General, del Libro Tercero; entre los artículos 984²¹ a 989.

En relación a la tercera categoría a la que nos venimos refiriendo, nos hallamos ante los contratos de consumo. Ellos las más de las veces se encontrarán configurados mediante contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas, pero se diferencian de los anteriores en que en estos últimos una de las partes es consumidor o usuario, en los términos del art. 1 de la ley 24240²², sustituido por la Ley 26.994, en tanto que el otro es ; ley 26.361. Estos contratos han recibido regulación legal en el Código Civil y Comercial, tal como adelantamos, en el Título III del Libro Tercero, entre los artículos 1092 a 1122.

4. Contrato de Consumo

En relación ya a la regulación de estos contratos en el propio Código Civil y Comercial, como hemos venido adelantando, se establecieron principios y reglas generales.

²⁰ Vid. Posner, Richard A., “El análisis económico del derecho”; traducción de Suárez Eduardo L., editorial Fondo de Cultura Económica; México; 1998; Schäferr, Hans-Bernd; Ott, Claus; “Manual de Análisis Económico del Derecho Civil; traducción de Lichterfelde, Macarena von Carstenn; editorial Tecnos, Madrid, 1991.

²¹ El que los define expresando “el contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

²² “...entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familia o social.”

Este criterio de sistematización, sobre todo en función a la extensión de la regulación, encontró fundamento en que se cuestionó si era posible reproducir en el Código las reglas de legislación de consumidores, concluyéndose que el establecimiento de principios y reglas generales resultarían suficientes.

Ello pues el primer criterio, es decir el consistente en regular en el Código Civil las particularidades de los contratos de consumo, no ha sido seguido en el derecho comparado. Son dos la razones que fundan la decisión; ya que por un lado, las relaciones de consumo resultan ser muy dinámicas y por tanto la legislación que las contempla, debe ser muy permeable al cambio, por lo que requiere una legislación especial que resulte fácilmente modificable; en tanto que, por otro, “la sectorialización de la legislación constituye una especie de descodificación del propio subsistema”.²³

En razón de ello, se establecieron principios generales de protección al consumidor que actuaron como una protección mínima, lo que importa verdaderas ventajas, señaladas por los redactores del Proyecto hoy Código Civil y Comercial, éstas son:

- a) Las leyes especiales pueden establecer regulaciones superiores;
- b) Sin embargo, las leyes especiales, fácilmente modificables, no pueden derogar esos mínimos sin afectar el sistema; creándose, por tanto, mediante éstos, como si fuera un núcleo duro de tutela.
- c) Se reconoce asimismo, el beneficio otorgado mediante la sistematización en un Código Civil y Comercial, la coherencia que se le otorga al tratamiento del tema, dado que se contemplan normas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad

²³ Piénsese por ejemplo en la regulación mediante normas especiales que hoy existen sobre contratos financieros, bancarios, medicina privada, publicidad, entre muchas otras que hacen, difícil e inconveniente la regulación.

civil, contratos; que luego resultan complementados por la legislación especial.

- d) Asimismo en materia de interpretación, el Código Civil y Comercial, sirve de base para los operadores jurídicos a fin de fundamentar la interpretación en todo lo que la ley especial no ha regulado; sirviendo además el núcleo duro a tal fin; dándose cabal cumplimiento al principio de interpretación más favorable al consumidor.

De ello resulta el sistema jurídico imperante en la República en materia de derecho de los consumidores luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el primero de agosto de 2015; siendo éste:

- a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional.
- b) Los principios y reglas generales de protección mínima y la sistematización otorgada por el Código mediante un lenguaje común.
- c) La reglamentación existente en la legislación especial que otorga mayor detalle a la regulación.

Siendo los dos primeros niveles estables, mientras que el tercero más flexible y permeable a los cambios constantes a los que está subsumida la materia.

5. Consecuencias prácticas del método adoptado por el Código Civil y Comercial

En relación a las consecuencias prácticas del método adoptado por el Código Civil y Comercial al separar la regulación de los contratos en dos títulos, el II referido a los Contratos en General y el III referido a los Contratos de Consumo, la Comisión Redactora en sus

Fundamentos expresa que:

- a) El régimen de los contratos de consumo es totalmente diferente y que en razón de ello en éstos hay un control de incorporación y de contenido de la cláusula abusiva. Lo que hace que pueda ser declarada abusiva aun cuando el consumidor o la autoridad administrativa la apruebe. Regla ésta que resultará aplicable indistintamente el contrato sea de adhesión o no, siempre y cuando sea de consumo.
- b) En el otro extremo están los contratos negociados, regulados en el Título I, a los que nada de lo anterior se aplica. Dentro de los contratos negociados, puede haber una situación de debilidad (contratos de adhesión) en los que la negociación no se produce. En estos casos se distingue: si hay negociación, en cuyo caso es válido; si no la hay, puede haber declaración de abuso.
- c) Resultó necesario definir la relación de consumo porque ésta comprende hechos, actos, unilaterales y bilaterales. Lo que permitió regular los fenómenos de responsabilidad derivados de hechos, prácticas negociales como la publicidad, derivados de actos unilaterales y contratos, que son bilaterales.
- d) En la definición se utiliza como elemento de calificación al consumo final.

6. Definición de relación de consumo y de contrato de consumo

El Código Civil y Comercial de la Nación define a la relación y al contrato de consumo en los artículos 1092 y 1093 respectivamente.

Respecto de la relación de consumo el artículo 1092 expresa: "...es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se

considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”

De lo expuesto surge que, se mantiene el requisito sustancial del concepto sustentado por la Ley 24.240 y su reforma 26.361, referido al “destinatario final”²⁴. Modificándose²⁵ en parte el artículo 1 de la Ley 26.361 el que extendía su aplicación “a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”, por lo cual, de este modo se excluye al “consumidor expuesto”.²⁶

La referencia a los bienes o servicios en general otorga la amplitud necesaria para la aplicación de las normas de consumo.

Una reforma que traía el proyecto y creemos bien excluida lo ha estado, en la versión final sancionada, era el párrafo que refería al uso o consumo “siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”, pues en definitiva el elemento que aúna todo el contenido del concepto está dado por el destino final al que hacíamos referencia, sin importar la posible vinculación con la actividad del individuo para que le resulten aplicables las disposiciones del consumidor, lo que mantiene la puerta abierta para que quienes ejercen actividades comerciales, industriales,

²⁴ Vid. autos “Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A el 30/08/00.

²⁵ Mediante Ley 26.994 que entró en vigencia el 1/8/15 según Ley 27.077

²⁶ Pues se ha considerado que la interpretación literal del supuesto otorgaba demasiada amplitud al concepto de modo tal, que extendía demasiado los límites del mismo. Sin embargo se incorpora el art. 1096, el que dispone que “las normas de esta sección son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparables conforme lo dispuesto en el artículo 1092”. Vid. CNCiv. Sala B, Casanova, Silvina Florencia c/ Flores, Cristian Ariel s/ daños y perjuicios”, fallado el 15/09/15, cita on line AR/JUR/31171/2015.

artesanales o profesionales y el “destino final” del uso o consumo esté vinculado a esa actividad, resulten alcanzado por las normas de protectorias de los consumidores.

Mientras que el artículo 1093 es el que califica al contrato de consumo como aquél “celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”²⁷.

7. Interpretación

Por todos es sabido que, el paradigma del derecho del consumo es la protección al consumidor, dispuesto en la Constitución Nacional en el art. 42²⁸ y en la Ley del Consumidor.

Los contratos de consumo generalmente se celebran mediante la utilización de contratos de adhesión o sujetos a condiciones generales negociales. Los cuales, permiten la libertad de negociación del contenido del contrato por parte del contratante débil del negocio, sino que en cambio solo le permiten, aceptar o rechazar la oferta propuesta por su contraparte.

Esta situación de desigualdad en el plano negocial se repara mediante la creación de otras desigualdades que en el plano de la

²⁷ Vid. CNFedCivyCom Sala II, autos “R. V. H. c/ Banco de la Nación Argentina s/ daños y perjuicios” dictado el 11/11/2014, en el voto de la Dra. Graciela Medina se citan como fuente de doctrina los artículos 1092 y 1093 del Código Civil y Comercial de la Nación; para entonces recientemente publicado. Fallo publicado en La Ley Online AR/JUR/80507/2014.

²⁸ Vid. Ferrer de Fernández, Esther Haydeé Silvia; “El artículo 42 de la Constitución veinte años después y a propósito de la reciente sanción del Código Civil y Comercial” en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”; director Dr. Raúl A. Etcheverry, editorial Abeledo Perrot, N°269 noviembre-diciembre de 2014, ISSN 1851-1805.

interpretación del contrato resultan de la disposiciones del art. 3²⁹ y art. 37³⁰ de la Ley 24.240 Conforme el primero, en caso de dudas sobre la interpretación de los principios que establece la Ley se estará a la más favorable al consumidor. En tanto que el segundo dispone como pautas de interpretación del contrato la aplicación del principio de la buena fe; y la aplicación del principio “favor débilis” según el cual, la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable al consumidor y en caso de dudas, sobre el alcance de su obligación se estará a la menos gravosa para éste.

a) Interpretación normativa:

En relación a la interpretación normativa del consumo, por su parte el artículo 1094 del Código Civil y Comercial, mantiene el “principio protectorio”, contemplado en el artículo 3 de la Ley 24.240³¹, dado que el primero dispone “las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección al consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de dudas sobre la interpretación de éste Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”

²⁹ “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

³⁰ “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.”

³¹ Vid. autos “Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario” fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A el 30/08/00. Asimismo véase autos “Cosentino, Osvaldo Alberto y otros c/ HSBC Banco Roberts SA s/ rectificación de saldo de cuenta corriente”, fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones Sala A, el 3/12/2002, del voto en disidencia de la Dra. Miguenz http://www.infojus.gob.ar/docs-f/dossier-f/defensa_del_consumidor.pdf Sumario Nro. N0011700.

b) Interpretación del contrato de consumo:

En relación con la interpretación de estos contratos, por su parte, el artículo 1095 del Código Civil y Comercial establece que “el contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación se adopta la que sea menos gravosa” Siendo concordante lo dispuesto con lo normado en el art. 37 de la Ley 24.240;³² se trata de una aplicación de los principios “pro consumidor” y de “liberación del deudor”, que en materia de consumo se denomina “liberación del consumidor”.

Si bien se incorpora el principio de interpretación restrictiva al regularse sobre los contratos en general, al disponerse en el art. 1062 que “cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a las literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad”; dicho artículo establece como excepción, que “no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente.” Por lo que resulta un modo de interpretación que solo opera en favor del adherente o del consumidor según el caso, si ha sido dispuesto por la ley o el contrato.

8. Formación del consentimiento en los contratos de consumo - Prácticas abusivas

El capítulo segundo del Título III relativo a los contratos de consumo dispone sobre formación del consentimiento en éstos

³² Vid. Ferrer de Fernández, Esther Haydeé Silvia; “Principios y jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas e interpretación en la contratación con el consumidor”, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”; Director Dr. Raúl A. Etcheverry; editorial Abeledo Perrot; N° 268 septiembre/octubre de 2014; pags. 459/472; ISSN 1851-185. Véase autos “Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario” fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A el 30/08/00, allí la sala sentenció en relación al pedido de rectificación de un saldo deudor en cuenta corriente bancaria que en caso de duda se estará a la interpretación más favorable para el consumidor (Ley 24240 arts. 3 y 37 2° párrafo). También véase autos Pitigorsky, Martha c/ Banco Mercantil Arg. SA s/ ordinario” fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A el 20/12/00, trátase en el caso de un contrato de caja de seguridad.

contratos. La sección primera de dicho capítulo segundo dispone por su parte, sobre las prácticas abusivas.

a) Ambito de aplicación:

Así, conforme el artículo 1096 se dispone que todas las normas de la sección referente a las prácticas abusivas como la segunda correspondiente a la información y publicidad³³ dirigida a consumidores resulta aplicable, tal como lo adelantamos, a “todas las personas expuestas a las prácticas comerciales” sean consumidores o no.

b) Principio de trato equitativo y digno:

Se establece la aplicación del principio de trato equitativo y digno dispuesto en el artículo 42³⁴ de la Constitución Nacional, a través de dos disposiciones, los arts. 1097 y 1098. Así, el primero dispone sobre el trato digno, al establecer que “los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.”

En tanto que, el segundo dispone sobre el trato equitativo y no discriminatorio, al establecer que “los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía

³³ Para un estudio de la materia de la información al consumidor véase Ferrer de Fernández, Esther Haydeé Silvia, “La información y la publicidad dirigida a consumidores y usuarios en el Código Civil y Comercial de la Nación y normas subsistentes”, capítulo de libro en “Contratos en el Nuevo Código Civil y Comercial”. Director Stiglitz, Rubén; editorial La Ley, 2 tomos, Parte General y Parte especial, incluye versión ebook, Buenos Aires, 2015, ISBN 978-987-03-2940-4, Tomo I, pág. 399/412.

³⁴ Para un estudio en mayor profundidad del artículo 42 de la Constitución Nacional, véase nuestro artículo “El artículo 42 de la Constitución...” citado.

constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores”.

c) Libertad de contratar:

Otro artículo cuya incorporación resulta relevante es el 1099 en cuanto plasma la libertad de contratar ya que dispone que “están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo”.

9. Cláusulas abusivas

El capítulo cuarto del Título III del Código Civil y Comercial, regula sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.³⁵

a) Normas aplicables:

Así pues, el artículo 1117 dispone aplicar al capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988 del mismo Código, sin perjuicio de que el contrato se celebre o no por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

Corresponde aquí aclarar que, los artículos indicados regulan la materia de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas. Esto si bien podría parecer no resultar necesariamente dispuesto, ello es sumamente útil pues si bien la mayoría de los contratos de consumo son concluidos mediante esta forma negocial, sin embargo, podríamos encontrar contratos con consumidores que no se celebraran mediante la forma de adhesión

³⁵ Para un estudio en mayor profundidad de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo véase nuestro artículo “Principios y jurisprudencia...” citado.

a condiciones generales negociales y sin embargo serían contratos de consumo, por cumplirse los requisitos dispuestos por el artículo 1093 para calificarlos de tales; por lo que la remisión expresa en todos los casos evitará futuras interpretaciones divergentes, por un lado, y doble regulaciones por otro.

b) Requisitos que deben reunir las cláusulas:

Así el artículo 985 establece los requisitos que deben reunir las cláusulas generales predisuestas de los contratos de adhesión y las cláusulas de los contratos de consumo, por remisión expresa, para que resulten oponibles a su contratante débil, y estos son: que deben ser comprensibles y autosuficientes.

El primer aspecto hace no solo a la buena fe que debe primar en todas las relaciones jurídicas, sino y especialmente, al consentimiento válido requerido, pues no puede prestar consentimiento quien desconoce o le resulta incomprendible aquello sobre lo que consiente.

La autosuficiencia por su parte, resulta de suma relevancia en todos los contratos de adhesión, como también en los contratos con consumidores, y muy especialmente en el ámbito de los contratos bancarios y financieros en general, pues lo que suele hacerse, con cierta asiduidad, es invocarse un instrumento jurídico al cual el contratante débil no tiene acceso o resulta de difícil acceso para éste, situación que se quiere evitar admitiendo la tacha de abusividad.³⁶

La segunda parte del artículo amplía y aclara los requisitos impuestos por la primera parte en cuanto a que “la redacción debe ser

³⁶ Artículo 985.- Requisitos. Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.”

clara, completa y fácilmente legible.” Como así también, resulta al disponerse que “se tienen por no convenidas aquéllas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión” Como veníamos expresando, aquí se obsta al consentimiento válido. El efecto jurídico que se impone como sanción, en su caso, es tenerlas por no convenidas, es decir que resultan inoponibles a la parte débil del contrato. Disposición concordante con el artículo 1122 inciso b) del Código Civil y Comercial.

Por último, con total aserto, la disposición que analizamos en su última parte, dispone resultar aplicable a la contratación celebrada mediante medios electrónicos y telefónicos, ello reviste capital importancia en materia de contratación con el consumidor bancario, dado que muchos de dichos contratos utilizan dicho soporte de celebración y ejecución.

c) Cláusulas particulares:

Por su parte, el artículo 986 del Código Civil define a las cláusulas particulares y dispone sobre la interpretación que debe hacerse en caso de incompatibilidad entre éstas y las generales.

Así en primer término conceptualiza al expresar que las cláusulas particulares “son aquéllas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general.”

Luego dispone que “en caso de incompatibilidad entre las cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas”. Este resultaba ya, un método de interpretación utilizado en la jurisprudencia³⁷. Y deviene consecuencia lógica de considerar que, la cláusula particular siendo consensuada, resultará la exteriorización de la voluntad del contratante débil que además logró imponerla, tal vez como

³⁷ Vid. nuestro artículo “Principios y jurisprudencia...” citado.

condición para llevar a cabo el negocio y por tanto, debe prevalecer sobre la cláusula general.

d) Interpretación

En tanto que, el artículo 987 dispone sobre el otro principio de interpretación aplicable a los contratos de adhesión a condiciones generales negociales, y por remisión expresa, a los contratos de consumo, también utilizado por la jurisprudencia, y es aquél según el cual "las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente".

Ello resulta así pues, el predisponente ha contado con los medios y posibilidades técnicas-jurídicas para formular la cláusula en forma clara, por lo que se lo sanciona interpretando la cláusula ambigua en su contra. Esta regla de interpretación denominada "contra proferentem" o "favor debilis", resulta una aplicación clara del principio de la buena fe que el Código propugna, entre otros, en los artículos 9 y 961.

e) Cláusulas abusivas:

Por último el artículo 988 dispone sobre las cláusulas abusivas estableciendo que se tienen por no escritas. Así en el artículo se establecen dos cláusulas abiertas similares a las contenidas en los incisos a) y b) del artículo 37 de la Ley 24.240³⁸; al disponerse que "en los contratos de esta sección se deben tener por no escritas³⁹ a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;

³⁸ Véase autos "Rodo, Jorge c/ Bco. Galicia y Buenos Aires s/ ordinario" fallado por la Cámara Comercial Sala C el 25/08/97, a propósito de la invalidez de la cláusula de exoneración de responsabilidad inserta en un contrato de caja de seguridad. En igual sentido Sala E del 30/4/98 en autos "Paternostro, Mario c/ Bco. Mercantil s/ ord", también Sala A del 20/12/00 en autos Piatigorsky, Martha c/ Banco Mercantil Arg. s/ ordinario".

³⁹ Véase autos Martínez, Adela Rosa c/ ABN AMRO Bank s/ Ordinario fallado el 30/12/08 por la Sala B de la Cámara Comercial también autos "Podestá, Pedro Miguel c/ Banco del Buen Ayre SA s/ ordinario" fallado por la Cámara Comercial Sala A el 30/08/00.

b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resultan de normas supletorias”.

Por último el artículo introduce la llamada cláusula sorpresiva, al disponer en el inciso “c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

f) Regla general:

El concepto de cláusula abusiva se incorpora a nuestro derecho a través de la disposición del artículo 1119 del capítulo cuarto del Título III del Código Civil y Comercial, referido a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo. El mismo dispone que “sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”⁴⁰.

Por lo que, el elemento central para la configuración de la cláusula abusiva es, que importa un verdadero desequilibrio entre los derechos y obligaciones que de ella emanan, en detrimento de la parte negocialmente más débil. Aunque no se debe tratar de cualquier desequilibrio sino de aquél que resulte manifiesto en el contrato. La cláusula abusiva por tanto, importa una desnaturalización del vínculo obligacional, que violenta como tal, la buena fe que debe primar en toda relación jurídica, y que por tanto, no requiere prueba de la mala fe, pues para nosotros la sola existencia del desequilibrio del vínculo obligacional en detrimento del débil del negocio, importa de por sí una prueba clara de la mala fe, ello en función del ejercicio

⁴⁰ Para un estudio pormenorizado del aspecto véase nuestro artículo “Principios y jurisprudencia...”, citado

ilegitimo de la posición dominante que se demuestra con la configuración de la cláusula abusiva.⁴¹

g) Control de incorporación:

En tanto que el artículo 1118, establece que “las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo puede ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.” Esta disposición resulta aclaratoria el artículo 1119 que conceptualiza el concepto de cláusula abusiva. Por lo que, no resulta relevante a los efectos de determinar la abusividad de una cláusula, la negociación individual o aprobación por parte del consumidor; ello pues, lo que se evita justamente es el ejercicio del abuso de la posición dominante en contra del contratante débil del negocio; es decir que mediante la utilización de argucias contra éste, se violente la buena fe contractual.

h) Situación jurídica abusiva:

1. Concepto de situación jurídica abusiva:

El artículo 1120 dispone la definición de la situación jurídica abusiva, estableciéndose que “se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos”.

⁴¹ En materia de tarjetas de crédito la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, el 23/2/2011, en los autos C.C.C. “La Capital del Plata Ltda c/ Casas, Enrique Roberto y otros” (LLC junio 2011). En el que una entidad financiera demandó a un cliente por el cobro de una deuda derivada de la utilización de una tarjeta de crédito; fundó el reclamo en la tácita notificación del demandado en virtud de su falta de concurrencia a retirar el resumen; el Juez de Primera Instancia hizo lugar al reclamo. La Cámara lo revocó rechazando la demanda, con el argumento en que “Si en el contrato se incluyen cláusulas que inviertan la obligación y dispongan que debe ser el deudor quien debe agotar los medios para la obtención del resumen, esas cláusulas estarán alcanzadas por el art. 37 de la ley 24240 y deben ser declaradas nulas y tenerse por no convenidas... La impugnación formulada por los demandados en oportunidad de contestar la demanda, resulta pertinente.”

2. Definición de contratos conexos:

En tanto que el artículo 1073 define a los contratos conexos disponiendo que “hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido.” Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074”.

3. Interpretación de los contratos conexos:

En tanto que el artículo 1074 regula la interpretación de los contratos conexos disponiendo que “los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido”. La norma tiene por finalidad lograr una interpretación común y conjunta del grupo de contratos pues estos persiguen un fin y una función económica conjunta, lo que resulta innegable.

4. Efectos de la conexidad contractual:

Los efectos que surgen probada la conexidad contractual, están dispuestos en el artículo 1075, que establece que “un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato.” La segunda parte del artículo en cuestión dispone que “atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común”.

Conforme el artículo el artículo 1075 se trata a los contratos conexos como un todo instrumental, es decir como un solo instrumento jurídico que le permite al contratante oponer las excepciones

de incumplimiento total, parcial o defectuoso que tendría derecho a oponer, tal vez, en otro contrato del grupo contractual conexo.

Igual resultado produce la frustración del fin del contrato pues, se trata al grupo contractual conexo, como un todo, de modo tal que, se extinguen todos los contratos conexos en forma conjunta cuando la finalidad económica común se frustra.

El artículo resulta de clara aplicación, entre muchos otros casos, a la situación de abuso del que muchas veces suelen ser objeto los consumidores o usuarios incluidos los bancarios, a través de la contratación, muchas veces impuesta, de distintos productos o servicios conexos, requeridos para contratar determinado producto o servicio, lo que suele denominarse pack, sobre todo cuando ello no resulta de una necesidad real del consumidor, sino más bien de una creada por el proveedor.

i) Límites:

Por su parte el artículo 1121 del Código Civil y Comercial dispone sobre los límites de la declaración de abuso, al establecer que “no pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.”

j) Control judicial:

Por último el artículo 1122 regula el sistema de control judicial de las cláusulas abusivas, disponiendo al respecto que “se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control; b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenientes; c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad; d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva

derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075.”

Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales, y por ende la incluida la Ley 24.240, el control judicial de las cláusulas abusivas, se rige por las reglas indicadas en el artículo 1122. Así en primer lugar, se deja establecido que la aprobación administrativa de las cláusulas no obsta al control judicial posterior, se mantiene la facultad revisora, consecuencia de la división de poderes. En segundo lugar, se sigue el principio del art. 37 de la Ley 24.240, dado que el efecto es que las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas y por tanto resultan inoponibles al débil del negocio. El tercer aspecto que surge del artículo, también contemplado en el artículo 37 de la Ley 24.240 establece que si el juez declara la nulidad parcial, debe integrar el contrato, si fuera necesario, para que no se vea afectado el fin económico del negocio.

Por último, el artículo dispone sobre la situación jurídica abusiva en los contratos conexos estableciendo la aplicación de la solución contenida en el artículo 1075; es decir se tratará a los contratos conexos como grupo contractual conexo, por lo que si se determina una situación jurídica abusiva determinándose la abusividad de alguna o algunas cláusulas que requieran integrar el contrato, se debe tener en mira el conjunto de contratos en totalidad sin afectar el fin económico común.

10. Colofón

La reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial han sido una consecuencia lógica y necesaria del mandato de la doctrina y de los proyectos que se analizaron.

El método seguido por el Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina creemos, ha sido el adecuado porque priorizó la unificación de los códigos otorgando soluciones uniformes para

todos los contratos, y en materia de consumo importó dar un lugar de preponderancia a su regulación, disponiendo un núcleo duro de principios de protección, derivados de la Constitución Nacional, que solo resultan aplicables a éstos, manteniéndose la autonomía privada para los contratos en general.

Por último creemos, como lo hemos venido sosteniendo⁴², que si bien las disposiciones contempladas en el Código Civil y Comercial que hemos analizamos, han resultado en muchos de los casos, una plasmación legislativa de la jurisprudencia imperante antes de su proyección, el verdadero alcance e interpretación de las normas surgirá de la jurisprudencia que con posterioridad a su entrada en vigencia, es decir hace apenas un año, vaya generando el camino que nos permita desandar los conceptos y alcances de las normas.

⁴² Vid. Ferrer de Fernández, Esther Haydeé Silvia, “La información y publicidad dirigida a consumidores y usuarios en el Código Civil y Comercial de la Nación y normas subsistentes...” citada.

Derecho de la Competencia

*Fernando Andrés Beconi Ortiz**

Resumen:

*El derecho de la **competencia** es el conjunto de normas que regulan la libertad de desarrollar actos de comercio en forma **leal** dentro del **mercado**. Las legislaciones actuales implementan un marco regulatorio capaz de controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones y adquisiciones o **el abuso de una posición dominante** en el mercado, y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico.*

Sumario:

La regulación de la competencia a nivel internacional. Las prácticas restrictivas comerciales y la OIC; El conjunto de principios en el seno de la UNCTAD; Algunos puntos importantes; La Ley Tipo de Competencia; Puntos resaltantes de la ley modelo; La competencia y la OMC El marco jurídico en el MERCOSUR; Las Conductas y Prácticas ilícitas. Abuso de Posición dominante; Prácticas restrictivas; De Los Órganos de Aplicación; De las Sanciones; Derecho de la Competencia; El origen de la regulación de Defensa de la Competencia; La Sherman Act y la Clayton Act; Situación luego de Segunda Guerra Mundial; Escenario Nacional. La Ley 1034/83, Del Comerciante; y el Derecho de la Competencia; El Pacto de No Competencia; Actos considerados de Competencia Desleal; La Ley 4956 del año 2013; Aplicación de la Ley El denominado “Mercado Relevante”; Los precios predatorios; Las concentraciones; Autoridad de Aplicación; Gestión Electrónica y procedimiento

* Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción, y Profesor de Derecho Civil y Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción.

La regulación de la competencia a nivel internacional Las prácticas restrictivas comerciales y la OIC

La Carta de creación de la Organización internacional del Comercio de 1946 (OIC)¹ tuvo un capítulo especial dedicado a las prácticas comerciales restrictivas² con un germen de institucionalidad de y sanciones internacionales como instrumentos correctivos³. Este acuerdo internacional nunca entró en vigencia y la OIC fue sustituida por un marco normativo más flexible: el GATT 1947.

El conjunto de principios en el seno de la UNCTAD

Décadas después, de conformidad con la decisión 34/447 de la Asamblea General de 19 de diciembre de 1979, se reunió la Conferencia de la UNCTAD entre el 8 y el 22 de abril de 1980 en Ginebra. Cuando concluyó sus trabajos, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas adoptó una resolución por la que aprobó el ***Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas***, en el que había convenido, y transmitió este Conjunto de principios y normas a la Asamblea General en su trigésimo quinto período de sesiones para que lo aprobase como resolución.

¹ Conferencia de las naciones unidas sobre comercio y empleo, acta final y documentos conexos, E/CONF.2/78, La Habana, Cuba, 21 de noviembre de 1947 - 24 de marzo de 1948. También conocida como Carta de la Habana.

² Artículo 46.

³ Artículos 47. 48 49 y 50.

La Asamblea General aprobó por su resolución 35/ 63 de 5 de diciembre de 1980 el presente Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas.

Desde la aprobación del Conjunto en 1980 se han celebrado, con los auspicios de la UNCTAD, varias Conferencias encargadas de examinar todos los aspectos del Conjunto. La Cuarta Conferencia de Examen (25 a 29 de septiembre de 2000) aprobó una resolución (TD/RBP/CONF.5/15, de 4 de octubre de 2000) en la que, entre otras cosas:

“Reafirma la validez del Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, de las Naciones Unidas, recomienda a la Asamblea General que dé al Conjunto, con fines de referencia, el subtítulo de “Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas”, y pide a todos los Estados miembros que apliquen las disposiciones del Conjunto”.

Algunos puntos importantes

Este instrumento internacional pretende alcanzar los siguientes objetivos:

“1. Lograr que las prácticas comerciales restrictivas no impidan ni anulen la consecución de los beneficios a que debería dar lugar la liberalización de las barreras arancelarias y no arancelarias que afectan al comercio mundial, en particular al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo.

2. Alcanzar una mayor eficiencia en el comercio internacional y el desarrollo, especialmente de los países en desarrollo, con arreglo a los

objetivos nacionales de desarrollo económico y social y a las estructuras económicas existentes, por ejemplo mediante:

- a) La creación, el fomento y la protección de la competencia;*
- b) El control de la concentración del capital, o del poder económico, o de ambas cosas;*
- c) El fomento de las innovaciones.*

3. Proteger y promover el bienestar social en general y, en particular, los intereses de los consumidores, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo”.

Los numerales 4 y 5 contenido en los objetivos formulan la necesidad de eliminar las desventajas que para el comercio y el desarrollo puedan entrañar las prácticas comerciales restrictivas de las empresas transnacionales o de otras empresas y contribuir así a maximizar las ventajas para el comercio internacional y en particular para el comercio y el desarrollo de los países en desarrollo. De ahí que formular un Conjunto de Principios y Normas Equitativos busca su adopción en el plano internacional, y facilitar así el fortalecimiento de las leyes y políticas en esa esfera en los planos nacional y regional. Un punto fundamental de esta normativa internacional es que se toma en cuenta la necesidad de establecer un nuevo orden económico internacional. Coincidentemente, como parte de esta reivindicación, el Gobierno ecuatoriano reivindica una nueva arquitectura financiera internacional tanto a nivel mundial como regional.

En consecuencia, este instrumento, si bien recoge definiciones y conceptualizaciones de aspectos de la competencia, esta recopilación conceptual, tiene rasgos específicos por cuanto no contiene las principales reivindicaciones de los países menos desarrollados. Estas conciernen principalmente un re-equilibrio de la relación —comercial, económica, financiera— con los países desarrollados.

Se puede afirmar en efecto que este instrumento sobre competencia, contiene las normas y definiciones básicas, pero al mismo tiempo, contiene un objetivo estratégico que los engloba⁴. Es decir, existe y subyace una matriz, una lógica, una visión del mundo, del mercado, de sus reglas, en tanto que instrumento que, al mismo tiempo, se ubica en la lógica de la libertad de comercio, pero incluyendo reivindicaciones tales como la reestructuración de las relaciones comerciales, económicas y financieras internacionales. Una distinción particular es contenida en el documento: las maneras en que los posibles acuerdos internacionales sobre competencia podrían aplicarse a los países en desarrollo, entre otras cosas mediante un trato preferencial o diferenciado, con miras a que estos países pudieran adoptar y aplicar un derecho y una política de la competencia compatibles con su nivel de desarrollo económico. Un punto no menos importante es que se refiere en forma explícita a las sociedades transnacionales y la necesidad de controlar sus operaciones. Dicho control requiere un Estado fuerte y Poderes Públicos con las competencias necesarias, pero esencialmente, la construcción de una nueva cultura jurídica en este campo. A nivel internacional o existe aún ninguna institución que se ocupe en forma específica de la aplicación de la norma en materia de competencia. Importante señalar que el instrumento de las Naciones Unidas no tiene carácter vinculante⁵.

La Ley Tipo de Competencia

La Asamblea General de la ONU, en su resolución 52/182, de 18 de diciembre de 1997, procedió al cambio de nombre del

⁴ Cons., UNCTAD, Evaluación del funcionamiento del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, TD/RBP/CONF.5/3, 3 de agosto de 2000.

⁵ Cons UNCTAD, informe de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, TD/RBP/CONF.4/15, Ginebra, del 13 al 21 de noviembre de 1995.

Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas por el de Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia⁶, tal como lo había recomendado inicialmente la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas en noviembre de 1995. En el ínterin, la cuestión del derecho y la política de la competencia había seguido atrayendo considerable atención en los planos nacional e internacional. La adopción de esta normativa internacional —ley modelo—, destinada a servir como marco general, se da en el proceso de apertura comercial a nivel mundial y en el marco de las profundas transformaciones del Estado, incluyendo la aplicación de políticas de privatización o liberalización de empresas públicas y/o sectores y recursos estratégicos⁷, observándose prácticas contrarias a la competencia como las megafusiones⁸ y las prácticas transfronterizas anticompetitivas por parte de las empresas⁹,

⁶ Informe del grupo intergubernamental de expertos en derecho y política de la competencia sobre su primer período de sesiones, Ginebra, 29 al 31 de julio de 1998, TD/B/COM.2/13, TD/B/COM.2/CLP/5, p. 3.

⁷ A este respecto se recuerda que "...la desregulación, la privatización y la introducción de una mayor competencia en cierto número de sectores de los países de la OCDE ha tenido como consecuencia general la entrada en el mercado, reducciones de los costos, precios y beneficios, una mejor calidad de servicio y la innovación...". UNCTAD, pruebas empíricas de las ventajas que se derivan de la aplicación de los principios del derecho y la política de la competencia al desarrollo económico a fin de conseguir mayor eficiencia en el comercio internacional y en el desarrollo, informe revisado de la secretaría de la UNCTAD, TD/B/COM.2/EM/10/Rev.1, 25 de mayo de 1998, págs. 16-17.

⁸ UNCTAD, la política de la competencia y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, Informe revisado de la secretaría de la UNCTAD, TD/B/COM.2/CLP/22, 8 de mayo de 2001, págs. 12-14; UNCTAD, la política de la competencia y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, Informe revisado de la secretaría de la UNCTAD, TD/B/COM.2/CLP/22/Rev.1, 19 de abril de 2002.

⁹ Ver, UNCTAD, Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia sobre su tercer período de sesiones, Palacio de las Naciones, Ginebra, 2 al 4 de julio de 2001, TD/B/COM.2/32-TD/B/COM.2/CLP/24.

abusos de posición dominante, cárteles¹⁰, restricciones verticales¹¹, entre otras¹².

La competencia es definida como actos que abarcan *“...la rivalidad entre las empresas y las estructuras del mercado que dan lugar a esta rivalidad...”*¹³, mientras que por política de competencia se entiende *“...la destinada a mantener e impulsar la competencia tanto por medio de la aplicación del derecho de la competencia contra las prácticas comerciales restrictivas de algunas empresas como por medio de la influencia ejercida sobre la elaboración o aplicación de otras políticas o medidas gubernamentales reguladoras de la competencia”*¹⁴.

En el seno de la UNCTAD se parte de la presunción de que, *“...cuando las empresas rivalizan por ofrecer productos competitivos que tienen en cuenta intereses de los consumidores como la seguridad, la competencia promueve otros objetivos de protección del consumidor”*¹⁵. El principio general formulado en el seno de la UNCTAD es que en un régimen de competencia, *“...el mercado premia a los productores eficientes y sanciona a los ineficientes”*¹⁶.

¹⁰ UNCTAD, Síntesis de las investigaciones de cárteles recientes que se han hecho públicas, Nota de la secretaría de la UNCTAD, TD/RBP/CONF.6/4, 5 de septiembre de 2005.

¹¹ La política de defensa de la competencia y las restricciones verticales, Nota de la Secretaría de la UNCTAD, UNCTAD/ITCD/CLP/Misc.8, 12 de enero de 1999. Entre éstas, fijación de precios de reventa, negativa a tratar se refiere a la práctica de negarse a facilitar un producto a un comprador, frecuentemente un detallista o mayorista. La exclusividad, cuando se exige a los distribuidores que sólo ofrezcan mercancías suministradas por un determinado fabricante y no se les permite vender marcas competidoras. La exclusividad territorial se asigna una parte del mercado al por menor a un minorista determinado: La fijación de cantidades, venta condicionada o la situación en que un fabricante sólo venderá un producto a un distribuidor, a un minorista o a un consumidor si el comprador adquiere otro producto que no guarda relación con el anterior y la imposición de un surtido completo (que se considera una forma especial de venta condicionada) supone la adquisición forzada por los distribuidores de toda una gama de productos de un determinado fabricante.

¹² UNCTAD, Abuso de la posición dominante, Informe de la Secretaría de la UNCTAD, TD/B/COM.2/CLP/66, 21 de mayo de 2008.

¹³ UNCTAD, Informe revisado de la secretaría de la UNCTAD, TD/B/COM.2/EM/10/Rev.1, 25 de mayo de 1998, Op. Cit., p. 6.

¹⁴ Ibidem. Cons. igual., UNCTAD, Política de la competencia y de protección del consumidor Nota de la Secretaría de la UNCTAD, TD/B/C.I/EM/2, 14 de mayo de 2012.

¹⁵ UNCTAD, Política de la competencia y de protección del consumidor, ob. cit., p. 3.

¹⁶ UNCTAD, Informe revisado de la Secretaría de la UNCTAD, TD/B/COM.2/EM/10/Rev.1, 25 de mayo de 1998, Op. Cit., p. 7.

Puntos resaltantes de la ley modelo

En cuanto a los objetivos y propósitos perseguidos, la Ley Tipo sobre competencia, versión actualizada 2010¹⁷, estuvo sujeta a constante revisión desde el 2007. El texto 2010 revisado, Capítulo I, se propone constituir un marco regulatorio capaz de *“...controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones y adquisiciones o el abuso de una posición dominante en el mercado, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico”*¹⁸. Esta disposición se ha redactado de conformidad con el párrafo 2 de la sección E del Conjunto de principios y normas, que enuncia el principio fundamental en que los Estados deberían fundar su legislación en materia de prácticas comerciales restrictivas¹⁹.

El Capítulo III, concierne a los Convenios o acuerdos restrictivos. El numeral I, referente a la Prohibición de los convenios entre empresas competidoras o potencialmente competidoras, independientemente de que tales convenios sean escritos o verbales, oficiales u oficiosos establece la prohibición de: a) convenios para fijar precios u otras condiciones de venta, en particular en el comercio internacional; b) licitación colusoria; c) reparto de mercados o clientela; d) restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio

¹⁷ UNCTAD, Ley Tipo de Defensa de la Competencia, Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes, TD/RBP/CONF.7/8, 2010.

¹⁸ La versión 2010 recoge lo esencial de; UNCTAD, Proyecto de comentarios sobre los posibles elementos del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo, TD/RBP/CONF.5/7, Posibles elementos del artículo 1, Ginebra, 2000, p. 3. Cons. Igual., TD/B/RBP/81/Rev.5, 20 de febrero de 1998, Proyecto de comentarios sobre los posibles elementos del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo, Preparado por la secretaría de la UNCTAD, Ginebra, 1998; UNCTAD, Ley Tipo de Defensa de la Competencia, Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con el derecho y la política de la competencia, Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes, TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3, 2007.

¹⁹ UNCTAD, Ley Tipo de Defensa de la Competencia, Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes, Op. Cit., p. 15.

de cuotas; e) negativa concertada a comprar; f) negativa concertada a suministrar; g) negativa colectiva a que se acceda a un acuerdo o a una asociación que sean decisivos para la competencia²⁰.

El Capítulo IV contiene los Actos o conductas constitutivos de abuso de una posición dominante en el mercado²¹. En el numeral I, explicita la prohibición de los actos o conductas que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado o que supongan adquisición y abuso de esa posición: a) Cuando una empresa, por sí o conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un grupo de bienes o servicios; b) Cuando los actos o conductas de una empresa dominante limiten el acceso a un mercado pertinente o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan o puedan tener efectos perjudiciales para el comercio o el desarrollo económico.

En el numeral b) la expresión "que limiten el acceso a los mercados", se refiere a las medidas destinadas a estorbar o impedir la entrada de competidores reales o potenciales²². Por su parte, el adverbio "indebidamente", indica que los efectos de las restricciones deben ser perceptibles, así como injustificados o graves, para que la prohibición se aplique²³.

El numeral II se refiere a los Actos o conductas considerados abusivos, entre ellas, a) el comportamiento abusivo frente a los competidores, como la fijación de precios por debajo del costo para eliminar a los competidores; b) La fijación discriminatoria (es decir,

²⁰ UNCTAD, *Ley Tipo de Defensa de la Competencia, Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes*, Op. Cit., p. 4.

²¹ Cons., TD/B/COM.2/CLP/66, 21 de mayo de 2008, Op. Cit.

²² Cf., UNCTAD, *Ley Tipo de Defensa de la Competencia, Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes*, Op. Cit., p. 16.

²³ *Ibidem*.

injustificadamente diferenciada) de los precios o de las modalidades o condiciones del suministro o la compra de bienes o servicios, incluso mediante políticas de fijación de precios en las transacciones entre empresas participadas que sobrefacturen o subfacturen los bienes o servicios comprados o suministrados en comparación con los precios fijados para las transacciones similares o comparables que no se realicen entre las empresas participadas; c) La fijación de los precios a los que pueden revenderse las mercancías, incluidas las importadas y las exportadas; d) las restricciones a la importación de bienes a los que se haya aplicado legítimamente en el extranjero una marca de fábrica o de comercio idéntica o similar a la marca de fábrica o de comercio protegida en el país importador para bienes idénticos o similares, cuando las marcas de que se trate sean del mismo origen, es decir, pertenezcan al mismo propietario o sean utilizadas por empresas entre las que haya una interdependencia económica, de organización, de gestión o jurídica, y cuando esas restricciones tengan por objeto mantener precios artificialmente elevados y ; e) Cuando no tengan por objeto la consecución de fines comerciales legítimos, tales como la calidad, la seguridad, una distribución adecuada o un servicio satisfactorio.

El Capítulo VI concierne a la prohibición de fusiones que afectan a mercados poco competitivos²⁴. El numeral II explicita la prohibición las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquirir control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo.

A este respecto deberían prohibirse: a) cuando la operación propuesta refuerce considerablemente la capacidad de ejercer el poder de mercado (por ejemplo, cuando una empresa o un grupo

²⁴ Cons., examen de todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, Resolución de la Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, Ginebra, 25 de septiembre de 2000, TD/RBP/CONF.5/15, 4 de octubre de 2000.

de empresas que actúen conjuntamente puedan imponer de manera rentable unos precios superiores a los niveles competitivos durante un período de tiempo prolongado); y b) Cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una parte sustancial de él, correspondiente a cualquier producto o servicio, dé como resultado una empresa con influencia dominante o una sensible disminución de la competencia en un mercado dominado por muy pocas empresas. La ley modelo de 2010 contiene igualmente un Capítulo particular en relación a la protección del consumidor²⁵. Los elementos de este artículo se basan en el párrafo 3 de la sección D del Conjunto de Principios y Normas y, como en ese párrafo, se ha adoptó un criterio de prohibición de carácter general²⁶. Con esta breve exposición tenemos pues una visión global sobre los trabajos emprendidos en el seno de la UNCTAD lo mismo que una visión general de la evolución del contenido de la ley de defensa de la competencia y sus diversas revisiones.

La competencia y la OMC

El tema relacionado con la competencia es un tema incluido en el seno de la Organización Mundial del Comercio en relación con el comercio internacional. La Declaración de Singapur²⁷ de 1996, decidió la creación de un upo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia.

Posteriormente, la Declaración de Doha, propugnó la elaboración de un marco multilateral destinado a mejorar la contribución de la política de competencia al comercio internacional y al desarrollo.

²⁵ Capítulo VIII.

²⁶ UNCTAD, Ley Tipo de Defensa de la Competencia, Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes, Op. Cit., p. 24.

²⁷ Declaración de Singapur (WT/MIN(96)/DEC/W) aprobada el 13 de diciembre de 1996 en la sesión de clausura de la Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Singapur, del 9 al 13 de diciembre 1996.

El grupo de trabajo tendrá como prioridades el estudio de principios fundamentales, incluidas la transparencia, la no-discriminación y la equidad procesal, y disposiciones sobre los cárteles intrínsecamente nocivos; modalidades de cooperación voluntaria; y apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo²⁸.

En la **Conferencia Ministerial de Cancún (2003)**²⁹, no se logró alcanzar un consenso respecto de las modalidades de las negociaciones en esta esfera, aunque los Ministros reafirmaron todas sus “Declaraciones y Decisiones de Doha” y se comprometieron “una vez más a trabajar para aplicarlas plena y fielmente”. En el “paquete de julio de 2004”³⁰, adoptado el 1 de agosto de 2004, el Consejo General de la OMC decidió que el tema de la política de competencia no formará parte del Programa de Trabajo establecido en dicha Declaración y por consiguiente durante la Ronda de Doha no se llevarán a cabo en la OMC trabajos encaminados a la celebración de negociaciones sobre el tema. El Grupo de Trabajo está actualmente inactivo³¹. Ningún marco normativo internacional pudo ser elaborado por la OMC.

El marco jurídico en el MERCOSUR

En el ámbito del MERCOSUR, a dos años de la entrada en vigor del acuerdo de la OMC, los Estados miembros adoptaron el Protocolo de

²⁸ Véanse los párrafos 23 al 25.

²⁹ Quinta Conferencia Ministerial de la OMC, Cancún (México) del 10 al 14 de septiembre de 2003. Ver, comunicación ministerial, Adoptada el 14 de septiembre de 2003, WT/MIN(03)/20, 23 de septiembre de 2003.

³⁰ WT/L/579, 2 de agosto de 2004.

³¹ Ver algunos de los trabajos del Grupo: OMC- disposiciones sobre los cárteles intrínsecamente nocivos, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría, WT/WGTCP/W/191, 20 de junio de 2002; OMC- Nota informativa sobre la repercusión de las operaciones de fusión y adquisición transfronterizas en las empresas nacionales, en particular las pequeñas y medianas Empresas, Nota de la Secretaría, WT/WGTCP/W/180, 28 de septiembre de 2001; OMC- estudio de las cuestiones relativas a un posible marco multilateral sobre política de competencia, Nota de la Secretaría, WT/WGTCP/W/228, 19 de mayo de 2003.

Defensa de la Competencia en el MERCOSUR el siete de diciembre de 1996³². La competencia entró como parte de la agenda en el contexto del mercado común, acorde con el Tratado de Asunción de 1991.

El objeto está determinado por el artículo 1 explicitando que el mismo es la defensa de la competencia en el ámbito del MERCOSUR.

Las Conductas y Prácticas ilícitas. Abuso de Posición dominante

Constituyen infracción a las normas del Protocolo, según lo señalado por el artículo 4, *“...independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados partes”*. El Protocolo establece un régimen de objetivo por cuanto que no es necesaria la concurrencia de la voluntad de empresas y de sus directivos para que la figura de abuso de posición dominante.

Prácticas restrictivas

Las conductas, entre otras, en la medida en que configuren las hipótesis del Artículo 4, constituyen prácticas restrictivas de la competencia están señaladas en el artículo 6:

- “I. fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma, precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación servicios de producción:

³² En vigencia entre Brasil y Paraguay, 2000.

- II. obtener o influir en la adopción de conductas comerciales uniformes o concertadas entre competidores;
- III. regular mercados de bienes o servicios, estableciendo acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;
- IV. dividir los mercados de servicios productos, terminados o semiterminados, o las fuentes de abastecimiento de materias primas o los productos intermedios;
- V. limitar o impedir el acceso de nuevas empresas al mercado;
- VI. convenir precios o ventajas que puedan afectar la competencia en licitaciones públicas;
- VII. adoptar, en relación a terceros contratantes, condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos en una situación de desventaja competitiva;
- VIII. subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;
- IX. impedir el acceso de competidores a los insumos, materias primas, equipamientos o tecnologías, así como a los canales de distribución;
- X. exigir o conceder exclusividad para la divulgación de publicidad en los medios de comunicación;
- XI. sujetar la compra o venta a la condición de no usar o adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;
- XII. vender, por razones no justificadas en las prácticas comerciales, mercadería por debajo del precio de costo;
- XIII. rechazar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios;
- XIV. interrumpir o reducir en gran escala la producción, sin causa justificada;

- XV. destruir, inutilizar o acopiar materias primas, productos intermedios o finales, así como destruir, inutilizar o dificultar el funcionamiento de los equipos destinados a producirlos, distribuirlos o transportarlos;
- XVI. abandonar, hacer abandonar o destruir cultivos o plantaciones, sin justa causa;
- XVII. manipular el mercado para imponer precios”.

De los Órganos de Aplicación

Es de la competencia de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, en los términos del artículo 19 de; Protocolo de Ouro Preto, y al Comité de Defensa de la Competencia aplicar el presente Protocolo, según lo estipula el artículo 8. El Comité de Defensa de la Competencia, órgano de naturaleza intergubernamental, estará integrado por los órganos nacionales de aplicación del presente Protocolo en cada Estado parte.

Este Protocolo y la institucionalización de control y regulación no fue aplicado. Se puede afirmar que prácticamente cayó en desuso.

De las Sanciones

El Protocolo de Defensa de la Competencia en el MERCOSUR, en su artículo 27 y siguientes habla se las sanciones, estableciendo que El Comité de Defensa de la Competencia, de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, determinará el cese definitivo de la práctica, considerando:

1. “En caso de incumplimiento de la orden de cese, se aplicará multa diaria a ser determinada por el Comité de Defensa de la Competencia, ad referéndum de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

2. La orden de cese, así como la aplicación de multa, serán ejecutadas por el órgano nacional de aplicación del Estado Parte en cuyo territorio estuviera domiciliada la parte infractora.

Posteriormente, en el artículo 28, establece que en caso de violación a las normas se aplicarán las siguientes sanciones, en forma acumulada o alternativamente: “I) Multa, basada en las ganancias obtenidas por la comisión de la práctica infractora, la facturación bruta o los activos involucrados, la que revertirá al órgano nacional de aplicación del Estado Parte en cuyo territorio estuviera domiciliada la parte infractora.

II) Prohibición de participar en los regímenes de compras públicas en cualquiera de los Estados Partes, por el plazo a determinar.

III) Prohibición de contratar con instituciones financieras públicas de cualquiera de los Estados

Partes, por el plazo a determinar.

1. El Comité de Defensa de la Competencia, ad referendum de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, podrá recomendar a las autoridades competentes de los Estados Partes que no conoce dan al infractor incentivos de cualquier naturaleza o facilidades de pago de sus obligaciones tributarias.
2. Las penalidades previstas en este artículo serán ejecutadas por el órgano nacional de aplicación del Estado Parte en cuyo territorio estuviera domiciliada la parte infractora”.

Para graduar las sanciones en el artículo 29 se considera la gravedad de los hechos y de acuerdo al nivel de los daños causados se determina los montos de multas y otros según competencia en el ámbito del MERCOSUR.

Lo que tenemos es que un Protocolo asumido para un establecimiento de una defensa de la competencia en el marco del bloque económico, pero ineficaz. Relanzar trabajos tendientes a su aplicación, es pues, una tarea que se impone.

El origen de la regulación de Defensa de la Competencia

La Sherman Act y la Clayton Act

El derecho de la competencia puede ser definido como el conjunto de normas que regulan la libertad de desarrollar actos de comercio en forma leal dentro del mercado. Sus orígenes los podemos hallar en el Derecho Antitrust de los Estados Unidos de América, que a partir de las prácticas en la época consideradas lesivas a la libre competencia consumadas por la mítica compañía *Standard Oil*, encuentra eco en la histórica Ley *Sherman*, conocida también como *Sherman Act*, presentada por el Senador John Sherman ante el Congreso Norteamericano en el año 1890, promulgada bajo la presidencia de Benjamín Harrison.

Con posterioridad complementa la referida Ley Sherman la también icónica *Ley Clayton*, o la *Clayton Act*.

La *Sherman Act* establece sanciones para los contratos que atenten al libre comercio y promuevan el monopolio.

Por su parte la *Clayton Act* establece la ilegalidad de la discriminación de precios, los contratos perjudiciales de exclusividad y las llamadas cláusulas atadas, la concentración consumada por medio de la absorción y adquisición de empresas competidoras, así como la integración de los órganos de gobierno (accionistas y directores) por personas vinculadas.

Situación luego de Segunda Guerra Mundial

Con posterioridad, y a mediados del siglo XX, y principalmente luego de la Segunda Guerra Mundial, se generan nuevas instituciones del Derecho de la Competencia en el marco del nacimiento de la Unión Europea. Éstas son el abuso de posición de dominio y no el monopolio en sí; lo que permitió al surgimiento de normas internacionales en este sentido.

En el derecho europeo, constituye un aporte de gran importancia el Tratado de Roma suscrito en el año de 1957, que en sus artículos 85 y 86 que contienen las normas fundamentales del Derecho de la Competencia, (prácticas colusorias prohibidas el primero y el abuso de posición de dominio el segundo)³³ en base de los cuales se ha ido desarrollando el derecho comunitario de corrección del tráfico económico y que ha servido de base para la armonización de las normas en este materia a nivel europeo y un ejemplo a nivel mundial.

En los años 70, en las Naciones Unidas, se dan esfuerzos para sancionar códigos internacionales de conducta en materias vinculadas “al Derecho de la Competencia, tal como la transferencia de tecnología y la operación de empresas multinacionales”³⁴, aprobándose un Código sobre Prácticas Restrictivas que busca impedir prácticas restrictivas al comercio internacional, pero que ha carecido en la práctica de un real valor por su falta de aplicación.

³³ Michel Waelbroeck, Aldo Frignani, “Derecho Europeo de la Competencia” Tomo I, página 11, citado por la Prof. Dra. Patricia Alvear Peña, en Derecho de Corrección del Mercado, Derecho de la Competencia y Competencia Desleal” año 2006, Quito, Ecuador.

³⁴ Guillermo Cabanellas, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”. Buenos Aires Argentina, año 2005, página 75, citado por la Prof. Dra. Patricia Alvear Peña, en Derecho de Corrección del Mercado, Derecho de la Competencia y Competencia Desleal” año 2006, Quito, Ecuador.

Escenario Nacional. La Ley 1034/83, del Comerciante y el Derecho de la Competencia

Encontramos en la Ley 1034 del año 1983, que establece la Ley del Comerciante, algunas menciones sobre cuestiones vinculadas directa o indirectamente a los principios de la libre competencia y al ejercicio de la competencia comercial de buena fé.

Es así que en el Título IV de la referida Ley, se acogen por primera vez en el Derecho Positivo paraguayo disposiciones relativas a la competencia comercial. El título de referencia se divide en dos Capítulos, estableciéndose en el primero las Disposiciones Generales, que enuncian entre otras cosas, que la competencia comercial puede ejercerse libremente, siempre que no lesione los intereses de la economía nacional y dentro de los límites establecidos por las disposiciones de la Ley referida (Artículo 105), u otras leyes especiales o lo que las partes acordasen contractualmente.

El Pacto de No Competencia

La Ley mencionada dio nacimiento al denominado “Pacto de No Competencia”, limitándolo a la duración de cinco años, y condicionándose su validez a la circunscripción de una zona y actividad determinada, a su vez se reduce el plazo al término precitado, en caso de establecerse un plazo superior.

Se estableció la obligación de parte del proveedor único de un servicio o un producto a suministrarlo en favor de todos los interesados en igualdad de condiciones y precio.

Actos considerados de Competencia Desleal

El Capítulo segundo del referido Título desarrolla lo correspondiente a la competencia desleal, estableciéndose a partir del

artículo 108 la enunciación de actos que se consideran de competencia desleal, y en particular son considerados tales: a) el uso de nombres o signos distintivos que puedan causar confusión con los legítimamente usados por otros competidores; b) imitar los productos de un competidor, o realizar por cualquier otro medio actos susceptibles de crear confusión con los productos o con la actividad de aquel; c) difundir noticias o apreciaciones sobre los productos o actividad de un competidor, para ocasionar su descrédito o apropiarse de los méritos de los productos de aquél; d) Utilizar directa o indirectamente cualquier medio contrario a los principios de la ética profesional que puedan causar daño al competidor.

La Ley 4956 del año 2013

La novel Ley 4956 es la actual normativa rectora del Derecho de la Competencia en el Paraguay, siendo la misma una respuesta a la necesidad de contar con una herramienta moderna, amplia, tuitiva de las buenas prácticas comerciales.

Esta Ley se erige en una poderosa herramienta que establece los principios rectores de la participación de los actores del mercado. En la primera parte se establece con claridad la prohibición del abuso de posición dominante, resultante del acaparamiento del mercado por parte de un agente de gran magnitud y preponderancia que pueda soslayar a la participación de los demás agentes económicos.

Se reconoce sin embargo la posibilidad de que exista de una necesaria “ganancia de eficiencia económica” que pueda tener como raíz algún tipo de distorsión del postulado tuitivo de libertad de competencia en el mercado relevante. Probablemente por medio de la determinación de los parámetros econométricos que en su momento deberán ser reglamentados podrá establecerse las condiciones de aplicación de este principio.

Aplicación de la Ley

La amplia aplicación de la *Ley de Defensa de la Competencia* permite proyectar un abarcamiento que pone en pie de igualdad a todos los actores del mercado, tanto del sector público como privado, nacional e internacional, y en este último caso teniéndose en cuenta los efectos que puedan producirse en el territorio nacional en relación a la consumación del acto de comercio en cuestión.

El denominado “Mercado Relevante”

Este principio se halla establecido mediante su identificación definida por el producto determinado en un territorio determinado. Aquí tal vez podríamos hallarnos con la problemática de la limitación de la interpretación literal de la ley, dado que hoy día el comercio electrónico, de gran auge contemporáneo, ha creado un “mercado relevante” que no siempre está acompañado de una demarcación territorial determinada o limitada. Es así que el artículo 6 de la Ley de Competencia es muy claro en relación a los establecimiento comerciales o fondos de comercio que físicamente desarrollan una actividad mercantil en una ciudad o región del territorio nacional, pero tal vez nos encontremos con la necesidad de establecer con mayor claridad la identificación precisa del “Mercado Relevante” en el marco de la actuación de las ventas por medios digitales o virtuales.

Los precios predatorios

Hemos observado antes de la sanción de la actual Ley de Defensa de la Competencia, que se han realizado denuncias por parte de empresas de nuestro país que han visto amenazada su actividad y existencia por la imposibilidad de competir con ofertas de productos y servicios subvaluados, que por medio de la gran capacidad económica de ciertos actores, en un tiempo aniquilan a los competidores. La determinación clara de esta práctica nociva, así como su sanción son claramente establecidas en la Ley

Las concentraciones

La fusión, incorporación de activos, toma de control por los medios que sean, en cuanto genere el resultado de una concentración deberá ser notificada a la autoridad de aplicación, definiéndose en el artículo 14 que se entenderá en un *primer escenario* como concentración la adquisición o incremento de la participación del cuarenta y cinco por ciento (45 %) del mercado nacional de un producto o servicio, o de un mercado definido dentro del territorio nacional, así como en un *segundo escenario*, cuando en el ejercicio anterior se haya superado la facturación bruta de la cantidad de cien mil (100.000) salarios mínimos mensuales.

Las facultades que tiene la autoridad de aplicación son las de autorizar la concentración, denegar la misma, someter al cumplimiento de ciertas condiciones su aprobación y finalmente se establece la carga de la comunicación de la concentración a las partes involucradas en la operación correspondiente.

Autoridad de Aplicación

Se establece en calidad de autoridad de aplicación a la Comisión Nacional de la Competencia, que erigida como una Persona Jurídica de Derecho Público, con competencia tanto en el sector público como privado, integrada por dos principales órganos que son El Directorio, órgano colegiado integrado por tres miembros, así como el Director de Investigaciones, que es un órgano unipersonal.

Gestión Electrónica y procedimiento

Será de gran ayuda al desarrollo de las actividades y gestiones efectuadas en el marco de la Comisión Nacional de la Competencia, la herramienta brindada por el artículo 34, que habilita al uso de las herramientas tecnológicas, que tienen un importante soporte la Ley

de Firma Digital y Expediente Electrónico. Esperamos que la Comisión Nacional de la Competencia desde su inicio se destaque por la desburocratización y agilidad que brinda la tecnología, pues debe minimizarse (y si es posible extinguirse) la tradicional gestión fundada en las comunicaciones físicas de papel.

El procedimiento a ser efectuado ante la Comisión Nacional de la Competencia se halla basado en ciertas características que podemos observar que garantizan la participación activa de los actores e interesados. Se respetan los principios de la bilateralidad, el principio de la defensa en juicio, la amplitud probatoria, y se pregonan la aplicación de la Ley con el cuidado de no arruinar al condenado o sancionado, estableciéndose el espíritu de la sanción en calidad de aleccionador y no de aniquilador del infractor.

El Decreto 1490 del 14 de abril de 2014, finalmente ha concluido el proceso reglamentario de la Ley de Defensa de la Competencia.

Semejanzas y diferencias de la tutela de la libre competencia en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú

*Hugo Ramiro Gómez Apac**

*María Antonieta Merino Taboada***

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Actualmente, Magistrado Principal por la República del Perú en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ha sido Presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Director Nacional de Asuntos Jurídicos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Asesor del Despacho Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

En el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual ha sido Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia y de la Sala de Defensa de la Competencia, así como miembro de la Comisión de Protección al Consumidor.

Ha sido profesor de los cursos de Derecho Administrativo y Derecho de la Competencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú. También ha sido profesor de los cursos de Derecho Administrativo II y de Derecho Medioambiental en la Universidad ESAN y del curso de Organización del Estado y Derecho Público Administrativo en la Maestría de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico.

** Abogada por la Universidad de Lima, con Maestría en Derecho (LL.M) por la New York University. Actualmente, Asesora de la Jefatura en el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), profesora de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, de Regulación de Servicios Públicos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, del Programa de Especialización en Derecho Minero, Gestión y Responsabilidad Ambiental en la Universidad del Pacífico y del Programa Especializado en Regulación y Fiscalización Ambiental en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Ha sido Directora de Supervisión, Subdirectora de Supervisión Directa y Secretaria Técnica del Tribunal de Fiscalización Ambiental en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, NYU International Finance and Development Fellow en el International Institute for Sustainable Development (IISD), Ejecutivo 1 de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios y Asistente Legal Senior de la Sala de Defensa de la Competencia en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

Resumen:

A través de una comparación de las legislaciones de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, el presente artículo examina y expone las diferencias y similitudes que existen en los países que conforman la Comunidad Andina respecto de la protección de la libre competencia. En particular, el artículo se enfoca en realizar la comparación en lo que respecta la tutela constitucional de la libre competencia, las autoridades administrativas a cargo de dicha tutela, el control de las conductas anticompetitivas (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias) y el umbral para el procedimiento de control de concentraciones empresariales.

Palabras clave: *derecho de la competencia, libre competencia, tutela constitucional, abuso de posición de dominio, prácticas colusorias, control de concentraciones empresariales, Comunidad Andina.*

Abstract:

Through a comparison of the laws of Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru, this paper examines and outlines the differences and similarities existing in the countries comprising the Andean Community concerning the protection of free competition. In particular, the article compares the constitutional protection of free competition, the administrative authorities responsible of such protection, the control of anti-competitive behaviors (abuse of dominant position and collusive practices) and the threshold for business mergers.

Key words: *competition law, free competition, constitutional protection, abuse of dominant position, collusive practices, merger control, Andean Community.*

1. Introducción

La presente ponencia expone un análisis comparativo de la tutela de la libre competencia en los cuatro países que conforman la Comunidad Andina: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; con el fin de evidenciar los aspectos en los cuales hay semejanzas de aquellos en los que hay diferencias. Este análisis comparativo nos permitirá apreciar las diferentes intensidades y particularidades que una misma temática jurídica —la defensa de la libre competencia— tiene en cuatro países vecinos que, no obstante sus diferencias, tienen en común gozar de una inigualable biodiversidad y riqueza pluricultural, así como compartir un mismo legado histórico.

Para efectos de la presente ponencia, por tutela o defensa de la libre competencia nos circunscribiremos a las normas jurídicas que establecen:

- a) La prohibición o sanción de las conductas anticompetitivas; esto es, el abuso de la posición de dominio (v.g., la negativa injustificada de contratar, la discriminación de precios u otras condiciones de comercialización, la imposición de ventas atadas o cláusula de atadura, el establecimiento de precios predatorios, etc.), y las prácticas colusorias horizontales (v.g., acuerdos, decisiones o recomendaciones sobre fijación de precios, limitación de la producción, reparto de clientes o mercados, etc.) y verticales (v.g., acuerdos sobre compra exclusiva, distribución exclusiva, venta exclusiva, etc.); y,
- b) Un procedimiento de autorización o control previo de las concentraciones o integraciones empresariales (fusión de empresas,

adquisición de acciones, compra de activos, contratos de gerencia, etc.): a partir de un umbral determinado (que puede estar en función de la cuota de mercado o un monto de las ventas o facturación de las empresas involucradas).

En este análisis comparativo nos centraremos en la tutela constitucional y administrativa, dejando el ámbito penal para otra oportunidad. Asimismo, si bien los cuatro países se encuentran regidos por la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina¹, que aprueba normas para la protección y promoción de la libre competencia en dicho espacio de integración subregional, en esta ocasión nos abocaremos a lo tratado en la legislación interna de cada país.

2. La tutela constitucional de la libre competencia

Los cuatro países tienen normas de defensa de la libre competencia en sus respectivas constituciones políticas, aunque no con la misma intensidad ni con el mismo enfoque.

Creemos que Perú es el país que cuenta con la norma constitucional que con mayor convicción defiende la libre competencia, lo que se puede apreciar en el artículo 61º de la Constitución Política de 1993, que a la letra dice:

*“Artículo 61º.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.
(...)”*

La norma citada empieza reconociendo el deber del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia, la cual se erige como un

¹ Emitida el 29 de marzo de 2005. Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 04 de abril de 2005.

principio rector que orienta la economía del país. Claramente prohíbe el abuso de la posición de dominio, así como toda práctica que la limite, lo cual incluye, como es evidente, a las *prácticas restrictivas de la libre competencia*, que es el caso de las prácticas colusorias horizontales y verticales. Adicionalmente a ello, se establece que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios, lo que significa que tanto están prohibidos los monopolios fruto de una concertación (acuerdo entre empresas) como aquellos derivados de una decisión estatal. Con relación a esto último, resulta pertinente resaltar que la Constitución peruana es la única de la región andina que prohíbe los monopolios legales, ya sea que estos hayan sido creado mediante una ley u otra disposición legal o reglamentaria, incluyendo actos administrativos.

Es importante reconocer que la Constitución peruana no prohíbe el monopolio, ni la posición dominante ni el oligopolio. Lo que prohíbe es el abuso de la posición de dominio y las prácticas monopólicas, de modo que no es reprochable que una empresa, mediante la eficiencia económica (como la eficiencia productiva, asignativa e innovativa), llegue a convertirse en un monopolio: el único proveedor de un determinado bien o servicio y sus respectivos sustitutos.

Luego tenemos a Colombia, con los artículos 88º y 333º de su Constitución, cuyas partes pertinentes se transcriben a continuación:

*“Artículo 88º.- La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la **libre competencia económica** y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

(...)”

(Negrilla agregada)

“Artículo 333º.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para

su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

(...)

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

(...)"

La Constitución colombiana reconoce a la libre competencia (económica) como un derecho fundamental, con la particularidad de ser un derecho fundamental de carácter colectivo, de ahí que identifica a la "acción popular" como el instrumento constitucional procesal idóneo para proteger dicho derecho. Por otro lado, se aprecia claramente en el penúltimo párrafo del artículo 333º la prohibición del abuso de la posición de dominio, el cual puede ser efectuado por personas o empresas. Si bien este artículo no prohíbe de manera expresa las prácticas colusorias (las *prácticas restrictivas de la libre competencia*), es posible inferir esta circunstancia a partir del texto que señala que el Estado impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica. En efecto, desde una concepción amplia de libertad económica (una suerte de combinación entre la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad de contratación), es posible apreciar que una práctica colusoria es una forma de restringir la libertad económica.

En el caso de Ecuador, la tutela de la libre competencia la encontramos en los artículos 304º y 335º de su Constitución, cuyas partes pertinentes se transcriben a continuación:

"Artículo 304º.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

(...)

6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados."

“Artículo 335º.- (...)

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

La primera disposición constitucional citada señala que la política comercial del país tendrá, entre otros objetivos, evitar las prácticas monopólicas, particularmente del sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados. La mención a “prácticas monopólicas” debería entenderse por la *monopolización del mercado por razones diferentes a la eficiencia económica*. Ello en atención a que carece de sentido prohibir los monopolios fruto de la eficiencia económica. No es reprochable que una empresa, sobre la base de ofrecer productos de calidad y a un buen precio sea la preferida de los consumidores, situación que no solo le puede dar poder de mercado (posición de dominio), sino inclusive convertirla en un monopolio, un monopolio lícito y que no perjudica el bienestar de los consumidores. Lo reprochable es obtener o mantener el poder de mercado por razones diferentes a la eficiencia económica, como es el caso del abuso de la posición de dominio. En tal sentido, el término “prácticas monopólicas” podría ser interpretado en el sentido de comprender tanto los casos de abuso de posición de dominio como las prácticas colusorias anticompetitivas (horizontales o verticales).

La segunda disposición constitucional citada, por su parte, dispone que el Estado establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio privado, o de abuso de posición de dominio en el mercado. Como en el caso anterior, podemos incluir a las prácticas colusorias (“práctica de monopolio”) dentro de las prácticas monopólicas.

Si bien la Constitución ecuatoriana proscribe tanto el abuso de la posición de dominio como las prácticas colusorias, hace énfasis en el sector privado (“monopolio y oligopolio privados”), dando a

entender que podría haber un tratamiento diferenciado entre el sector público y el privado. Sin embargo, el artículo 2º de la Ley Orgánica de Regulación y Poder de Mercado del Ecuador, del año 2011, establece que dicha ley se aplica a todos los operadores económicos, incluyendo a las personas jurídicas **públicas**, con o sin fines de lucro.

Los dos artículos citados prohíben las “prácticas oligopólicas” y el “oligopolio privado”. Teniendo en consideración que el oligopolio es una estructura de mercado caracterizada por la presencia de pocos vendedores o compradores (oligopsonio), y que su manifestación no depende, por lo general, de la voluntad de las empresas que la conforman, la prohibición del oligopolio debe entenderse a la luz de lo establecido en el numeral 1 del artículo 334º de la Constitución del Ecuador, norma que establece que el Estado evitará la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos. En este sentido, una interpretación jurídica en línea con la defensa de la libre competencia puede considerar que se cumple con el dispositivo constitucional si en los mercados hay competencia efectiva (lo que, por cierto, podría ocurrir incluso en casos de duopolio), lo que se logra a través de un régimen de control de las concentraciones empresariales anticompetitivas, régimen que existe en el Ecuador.

Resta señalar que el constituyente ecuatoriano, a la par de establecer disposiciones de defensa de la libre competencia, también ha regulado la posibilidad de que el Estado establezca una política de precios orientada a proteger la producción nacional, tal como se aprecia en el Artículo 335º antes referido.

Finalmente, tratándose de Bolivia, la tutela de la libre competencia la podemos encontrar en el artículo 314º de su Constitución, que a la letra dice:

“ARTÍCULO 314. Se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios.”

La disposición constitucional antes citada prohíbe cualquier tipo de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios, lo que evidencia claramente la prohibición de la prácticas colusorias horizontales y verticales. Dicho artículo también prohíbe el monopolio privado. Una interpretación jurídica en línea con la defensa de la libre competencia podría llevarnos a considerar que dicho dispositivo legal no está prohibiendo los monopolios fruto de la eficiencia económica, sino las “prácticas monopólicas” (es decir, *la monopolización del mercado por razones diferentes a la eficiencia económica*), similar al caso ecuatoriano, de modo que la Constitución boliviana también estaría prohibiendo el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias (horizontales y verticales) anticompetitivas.

Por otro lado, y de manera similar a lo mencionado para Ecuador, el constituyente boliviano, a la par de establecer disposiciones de defensa de la libre competencia, también ha regulado la posibilidad de que el Estado dirija los procesos de producción, distribución, y comercialización de bienes y servicios; determine el monopolio estatal de las actividades productivas y comerciales que se consideren imprescindibles en caso de necesidad pública, etc., tal como lo establece el artículo 316º de dicha Constitución².

² **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.-**

“Artículo 316º.- *La función del Estado en la economía consiste en:*

(..)

2. Dirigir la economía y regular, conforme con los principios establecidos en esta Constitución, los procesos de producción, distribución, y comercialización de bienes y servicios.

3. Ejercer la dirección y el control de los sectores estratégicos de la economía.

4. Participar directamente en la economía mediante el incentivo y la producción de bienes y servicios económicos y sociales para promover la equidad económica y social, e impulsar el desarrollo, evitando el control oligopólico de la economía.

(...)

8. Determinar el monopolio estatal de las actividades productivas y comerciales que se consideren imprescindibles en caso de necesidad pública.

(...)”

El artículo 314º de la Constitución boliviana prohíbe el “oligopolio privado”, lo que debe entenderse a la luz de lo establecido en el artículo 312º de dicha Constitución, norma que señala que no se permitirá la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la soberanía económica del Estado. Este mandato constitucional se cumple con un régimen de control de las concentraciones empresariales anticompetitivas, régimen que existe en Bolivia.

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse que el Numeral 4 del artículo 316º de la Constitución boliviana contempla la posibilidad de contrarrestar el control oligopólico de la economía mediante la participación directa del Estado en la producción de bienes y servicios (económicos y sociales), lo que posiblemente ha encontrado cauce mediante la creación de empresas públicas o estatales.

Finalmente, y de manera similar a lo establecido en la Constitución ecuatoriana, la Constitución boliviana pone énfasis en el monopolio y el oligopolio “privado”, dando a entender un tratamiento diferenciado entre los agentes económicos privados y públicos. Sin embargo, conforme a lo establecido en los artículos 2º y 3º del Decreto Supremo N° 29519, del año 2008, que regula las conductas anticompetitivas absolutas y relativas, la regulación de la competencia se aplica a todos los agentes económicos, incluyendo en estos a las personas jurídicas de derecho público, con o sin fines de lucro.

3. Las autoridades administrativas de tutela de la libre competencia

En los cuatro países la tutela de la libre competencia recae en autoridades administrativas; sin embargo, algunos de ellos tienen más de una autoridad administrativa competente para proteger la libre competencia. Es el caso de Perú y Bolivia.

Perú cuenta con dos autoridades en materia de libre competencia: el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la

Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI³ y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL (competente cuando el mercado afectado es el servicio público de telecomunicaciones).

Por su parte, Bolivia tiene a las Autoridades de Fiscalización y Control Social, las que han sido implementadas dependiendo de los distintos sectores productivos existentes.⁴ Las atribuciones en materia de libre competencia han sido conferidas a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas —creada mediante Decreto Supremo No. 071 del 9 de abril de 2009— que pertenece al Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural.⁵ Pero además, Bolivia cuenta con Autoridades de Fiscalización y Control Social en los siguientes sectores: transportes y telecomunicaciones; agua potable y saneamiento básico; electricidad, bosques y tierra; y pensiones, todas reguladas por el decreto anteriormente mencionado.

A diferencia de Perú y Bolivia, Colombia y Ecuador tienen una única autoridad administrativa en materia de defensa de la libre competencia. Así, en Colombia, la autoridad administrativa competente —en forma privativa respecto de las investigaciones

³ El INDECOPI tiene dos instancias administrativas encargadas de la investigación, determinación y sanción de conductas anticompetitivas: la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (primera instancia) y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (segunda instancia).

⁴ Originalmente, Bolivia contaba con la Superintendencia de Empresas, creada por el Decreto Supremo No. 29519, como autoridad en defensa de la competencia. Sin embargo, mediante Decreto Supremo No. 29894 del 7 de febrero de 2009 (Título X, Capítulo I) se dispuso la extinción de las Superintendencias:

“Artículo 138.- (Sistema de regulación sectorial y sistema de regulación de recursos naturales renovables) Exceptuando la Superintendencia de Hidrocarburos, que pasa a denominarse Agencia Plurinacional de Hidrocarburos, todas las superintendencias de los sistemas de regulación sectorial – SIRESE y de regulación de recursos naturales renovables (SIRENARE) se extinguirán en un plazo máximo de sesenta (60) días. Sus competencias y atribuciones serán asumidas por los Ministerios correspondientes o por una nueva entidad a crearse por norma expresa. (...)”

⁵ Esta autoridad, además, fiscaliza, controla, supervisa y regula las actividades de las empresas en lo concerniente al gobierno corporativo, reestructuración de empresas y registro de comercio (artículo 41 del Decreto Supremo No. 071 del 9 de abril de 2009).

administrativas— es la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).⁶ La SIC cuenta con diversos despachos, con objetivos y facultades específicas. El Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia *“es el área responsable de la protección de la competencia y tiene por objeto investigar, corregir y sancionar las prácticas comerciales restrictivas de la competencia y la competencia desleal”*.⁷ Por su parte, Ecuador cuenta con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.⁸

En la medida que las decisiones que determinan la existencia de infracciones a la libre competencia son emitidas por autoridades administrativas, los cuatro países andinos contemplan la revisión de dichas decisiones en sede judicial, a través de acciones contenciosas administrativas.

⁶ **Ley 1340 de 2009.-**

“Artículo 6°. Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.”

⁷ OCDE, *“Competencia y Estudios de Mercados en América Latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú”* (2015), p.25. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/competencia-y-estudios-de-mercado-en-america-latina%202015.pdf>.

Asimismo, en dicho documento se señala lo siguiente: *“La Delegatura de Protección de la Competencia está a cargo de los temas de competencia desleal administrativa, mientras que las facultades jurisdiccionales consignadas en el Código General del Proceso, están a cargo del Grupo de trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales.”*

⁸ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-**

“Artículo 36.- Autoridad de Aplicación.- Créase la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, misma que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; la que contará con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la presente Ley. Su domicilio será la ciudad de Quito, sin perjuicio de las oficinas que pueda establecer el Superintendente en otros lugares del país.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado en su estructura contará con las instancias, intendencias, unidades, divisiones técnicas, y órganos asesores que se establezcan en la normativa que para el efecto emita el Superintendente de Control del Poder de Mercado. Se crearán al menos dos órganos especializados, uno de investigación, y otro de sustanciación y resolutorio de primera instancia.”

4. El control de las conductas anticompetitivas

La defensa de la competencia es entendida como una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio (abusivo) del poder de mercado.⁹ Este abuso del poder de mercado se puede expresar en el abuso de la posición de dominio, las prácticas colusorias (horizontales o verticales) anticompetitivas o aquellas concentraciones empresariales cuyos efectos anticompetitivos son mayores a las posibles eficiencias económicas que podrían producir. El denominador común de estas tres modalidades de ejercicio abusivo del poder de mercado es la lesión o detrimento, actual o potencial, del bienestar de los consumidores.

Conforme lo señalado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las leyes en materia de defensa de la libre competencia abordan los problemas del poder monopolístico en tres entornos: relaciones y acuerdos entre empresas que, bajo cualquier otro aspecto, son independientes entre sí (acuerdos horizontales o verticales); actuaciones por parte de una sola empresa (conocida como el abuso de posición dominante); y combinaciones estructurales de empresas independientes (denominada fusiones y concentraciones, que por lo general incluye otros tipos de combinación estructural como adquisiciones de acciones o bienes, constitución de filiales o *joint ventures*, participaciones accionariales cruzadas y órganos de administración entrelazados).¹⁰

Sobre el particular, y para efectos de nuestro análisis, debemos mencionar que los cuatro países andinos condenan el abuso de posición de dominio en el mercado y las prácticas colusorias; no obstante, se aprecia que existen diferencias en la regulación de estas conductas. Además, existen diferencias en la regulación del control

⁹ Coloma, Germán. “Defensa de la Competencia”. Universidad del Cerna, Buenos Aires, 2005, p.14.

¹⁰ OCDE. “Derecho y Política de la Competencia en Perú: Examen Inter Pares”, (2004), p. 21. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/DerechoPol%C3%ADticaPeru.pdf>

de fusiones o concentraciones empresariales, tal como pasaremos a explicar a continuación.

4.1. Abuso de posición de dominio

La posición de dominio se presenta cuando una empresa puede actuar en el mercado de forma independiente, prescindiendo de sus competidores, clientes o proveedores.¹¹ Al respecto, el Tribunal de Defensa de la Competencia Español ha definido a la posición dominante en los siguientes términos:

“La posición de dominio de un operador económico en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en poder e independencia en el mercado, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los usuarios, y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio.”¹²

Considerando lo anterior, doctrinariamente se ha definido al abuso de posición de dominio como la posibilidad de *“utilizar una posición dominante en el mercado para obtener ventajas que serían inasequibles en unas condiciones de mayor competencia”*.¹³

Sobre el particular, la OCDE ha señalado que *“las leyes contra el abuso de posición dominante tienen en su punto de mira tácticas*

¹¹ Sotomayor Vertíz, Abdías. *“Normas Antidumping y Antitrust en los procesos de Integración”*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003. p. 46.

¹² RTDC del 27 de julio de 2000, Propiedad Intelectual audiovisual, Exp. 465/99. Tomado de Bustos Romero, Michel Federico. *“El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español”*. Revista CES Derecho Volumen 6, No. 1, Enero-Junio/2015, p. 113.

¹³ Pascual, Julio. *“Diccionario de derecho y economía de la competencia en España y Europa”*. Civitas, Madrid, 2002, p. 41.

excluyentes mediante las que las empresas tratarían de obtener o proteger posiciones monopolísticas”¹⁴

Para el caso del Perú, existe abuso de posición dominante cuando un agente económico que ostenta dicha posición la utiliza para *“restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.”*¹⁵ De esta manera, la legislación peruana no condena la existencia de posición dominante por parte de cualquier operador en el mercado, sino el uso indebido de dicho poder para restringir la competencia, incluso, afectando a competidores potenciales. Es de notar, empero, que la legislación peruana reconoce que la prohibición y sanción de conductas anticompetitivas tiene un fin superior, cual es *“promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”*.¹⁶

Precisamente, dado que en la legislación peruana solo es condenable el abuso de la posición dominante cuando genera una afectación a la competencia, las conductas encausadas como abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas (aplicación de la llamada *regla de la razón*);¹⁷ es decir, solo serán sancionables cuando se verifique que estas han causado un detrimento en la competencia y en el bienestar de los consumidores.¹⁸

¹⁴ OCDE. “Derecho y Política de la Competencia en Perú: Examen Inter Pares”, (2004), p. 22.

¹⁵ Artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

¹⁶ Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

¹⁷ **Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

(...)”

¹⁸ **Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

“Artículo 9.- Prohibición relativa.-

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.”

Bajo la *regla de la razón*, una conducta es ilícita si sus efectos anti-competitivos (medidos principalmente por el daño al bienestar de los consumidores) son mayores a sus efectos procompetitivos (medidos por lo general en eficiencias económicas). Estas conductas no son ilegales por sí mismas¹⁹, sino que su ilegalidad depende (de allí el nombre de prohibiciones “relativas”) del análisis costo beneficio realizado. Si el costo es mayor al beneficio, es ilegal. De lo contrario, es legal.

Adicionalmente, la norma peruana establece un listado no taxativo de aquellas conductas que pueden calificar como abuso de posición de dominio. Entre otras, se pueden mencionar las siguientes: (i) negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o aceptar ofertas de venta o prestación de bienes y servicios; (ii) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos; (iii) obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación; (iv) establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados; o (v) incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos.

Es importante mencionar que la ley peruana, para efectos del análisis de las conductas que pueden constituir abuso de posición de dominio, no distingue entre aquellos casos que el poder haya sido obtenido a través del efecto del proceso competitivo y aquellos en los que dicho poder fue conferido mediante una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo. En ese sentido, independientemente del origen del poder de mercado, las conductas serán investigadas de la misma manera.²⁰

¹⁹ Propio de la *regla per se*.

²⁰ **Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-”

De otro lado tenemos a Colombia, que al igual que Perú, persigue aquellas actividades realizadas por una empresa en posición de dominio cuando tienen por objeto o generan el efecto de impedir o falsear la competencia en el mercado. No debe perderse de vista que la legislación colombiana en materia de libre competencia, de modo análogo al caso peruano, busca *“mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios”*²¹, en suma, eficiencia económica y bienestar general.

En el caso colombiano se ha establecido que seis pueden ser las conductas que constituyen abuso de posición dominante: (i) la disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos; (ii) la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en una situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas; (iii) los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones; (iv) la venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado; (v) vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio

(...)

10.3. *La presente Ley se aplica inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo.*

(...)”

²¹ Decreto Supremo No. 2153 de 1992, artículo 2.

no corresponda a la estructura de costos de la transacción; y (vi) obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. Cabe señalar que conforme a lo establecido por la ley colombiana, estas prácticas se encuentran prohibidas.²²

En el caso de Ecuador, su Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

(...)”

Como se aprecia, se reconoce que el abuso de posición de dominio no constituye una conducta que puede ser ejercida por un solo agente en el mercado, sino que también esta puede ser ejecutada por varios operadores económicos. Este es un aspecto que debe ser tomado en consideración, pues una conducta podría ser investigada como un abuso de posición de dominio y no necesariamente como una práctica colusoria. Precisamente, de acuerdo con la legislación ecuatoriana, constituye abuso de poder de mercado las conductas de uno o varios operadores económicos que, debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, afectan o limitan la participación de sus competidores²³; o la implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.²⁴

²² Decreto 2153 de 1992.-

“ARTÍCULO 46. PROHIBICIÓN. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.”

²³ Numeral 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

²⁴ Numeral 15 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Cabe resaltar que la legislación ecuatoriana es la que posee el listado más extenso de conductas que pueden calificar como abuso de posición de dominio (23 conductas), pudiéndose encontrar, entre otras conductas, las siguientes: (i) la fijación de precios predatorios o explotativos; (ii) la discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios; (iii) la venta condicionada y la venta atada, injustificadas; (iv) la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios; y, (v) el abuso de un derecho de propiedad intelectual, según la legislación internacional y nacional de la materia. No obstante, entendemos que esta es una lista abierta, pudiéndose considerar otras conductas no previstas expresamente en la norma.²⁵ Sin embargo, es de notar que la ley ecuatoriana también reconoce que *“la obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general”*.²⁶ Por el contrario, *“el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que se impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, se atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en [la] ley”*.²⁷

Considerando lo anterior, de manera similar a lo señalado en las legislaciones peruana y colombiana, el efecto del abuso de posición de poder de mercado no se circunscribe al daño directo a los competidores, sino que se reconoce que la conducta cuestionada afecta la eficiencia económica o el bienestar general.²⁸

²⁵ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**

“Artículo 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: (...)”

²⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículo 7.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículo 9.

La legislación ecuatoriana, al igual que en el caso peruano, también reconoce que la prohibición del abuso de posición dominante alcanza a los operadores cuyo poder de mercado fue establecido por disposición legal; de esta manera, dicha legislación aplica el mismo tratamiento para el análisis y sanción de esta conducta a todos los agentes que operan en el mercado, independientemente de la forma como obtuvieron su posición de dominio.

Una característica adicional que recoge Ecuador es la figura de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, según la cual se prohíbe la explotación de quien ostenta poder de mercado de la situación de dependencia económica en la que se puedan encontrar sus clientes o proveedores, que no disponen de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. La materialización de esta conducta se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. En estos casos, se faculta a las entidades públicas encargadas de la regulación de la producción a adoptar medidas que contrarrestar la situación verificada, especialmente, *“en intercambios de pequeños y medianos productores agroalimentarios y de la economía popular y solidaria con la redes de intermediación del sector privado”*. Así, se aprecia una intervención directa y especial del Estado cuando la conducta prohibida —el abuso del poder de mercado— repercute en los sectores de la economía más débiles y vinculados a los bienes que integran a la canasta familiar (productos agroalimentarios y de la economía popular).²⁹

²⁹ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**

“Artículo 10.- Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica.- (...)

Las entidades públicas encargadas de la regulación de la producción en cada uno de los sectores productivos vigilarán la estricta observancia de esta prohibición, especialmente en los intercambios de los pequeños y medianos productores agroalimentarios y de la economía popular y solidaria con las redes de intermediación del sector privado, y, en caso de identificar incumplimientos, tomarán medidas correspondientes en el ámbito de su competencia, además de informar obligatoriamente a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para la investigación y sanción respectivas.”

Ahora bien, en lo que concierne a Bolivia, este país posee una regulación especial respecto de la prohibición del abuso de posición de dominio que requiere concordar un ámbito normativo disperso. La norma general sobre libre competencia (Reglamento de Regulación de la Competencia aprobado por Resolución Ministerial No. 190 del 2008) no contempla de manera específica qué conductas pueden ser reprimidas como abuso de posición de dominio; simplemente establece los criterios para determinar el poder de mercado. Efectivamente, dicha norma señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 13 (Determinación del poder de Mercado) Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

- 1. Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente contrarrestar dicho poder.*
- 2. La existencia de barreras en la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores.*
- 3. La existencia y poder de sus competidores en el mercado relevante.*
- 4. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos.*
- 5. Su comportamiento reciente; y*
- 6. Los demás criterios que sean sustentados desde el punto de vista económico y legal.”*

Esta omisión habría sido subsanada mediante la Ley 1600 del Sistema de Regulación Sectorial-SIRESE, la que establece que *“se entiende que una empresa o entidad tiene una posición dominante en el mercado, si como oferente o demandante de un determinado tipo de bienes o servicios regulados, es la única dentro del mercado o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo.”*³⁰

³⁰ Artículo 18 de la Ley 1600 del sistema de Regulación sectorial - SIRESE del 28 de octubre de 1994.

Si bien esta norma está pensada para ser aplicada para los sectores regulados por la referida ley (telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes y agua), entendemos que su ámbito de aplicación puede extenderse a otros sectores, en la medida que, como señala dicha norma, se busca garantizar “*la libre competencia, evitando actos que la impidan, restrinjan o distorsionen*”.³¹

Asimismo, la legislación boliviana detalla aquellas conductas que califican como “anticompetitivas absolutas” y que pueden calificar como abuso de posición de dominio (v.g., la fijación de precios, distribuir segmentos de mercado o establecer la obligación de no producir)³². De manera complementaria, la Ley 1600 incluye un listado taxativo de cinco conductas que constituyen abuso de posición dominante (denominadas “prácticas abusivas”) y que se encuentran prohibidas al tener como efecto el perjuicio de los competidores, clientes y usuarios (v.g., la imposición de precios de compra o venta; y la limitación de la producción o de fuentes de aprovisionamiento)³³.

³¹ Artículo 15 de la Ley 1600 del sistema de Regulación sectorial - SIRESE del 28 de octubre de 1994.

³² **Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008**
“Artículo 10°.- (Conductas anticompetitivas absolutas)

l. Son conductas anticompetitivas absolutas los actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo propósito o efecto sea cualquiera de los siguientes:

- a. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;*
- b. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen, frecuencia restringidos o limitados de servicios;*
- c. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;*
- d. Establecer, concertar, coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas públicas.*

(...)”

³³ **Ley 1600 del sistema de Regulación sectorial – SIRESE**
“ARTÍCULO 17.- (PRÁCTICAS ABUSIVAS).-

Queda prohibido a las empresas o entidades sujetas a regulación bajo la presente ley, realizar prácticas abusivas que tuvieran el propósito o efecto de perjudicar a sus competidores clientes

Cabe señalar que si bien la lista de prácticas abusivas considerada en la ley contempla cinco conductas, creemos que la legislación boliviana no ha limitado la posibilidad de investigar prácticas análogas³⁴.

4.2. Regulación de las prácticas colusorias

Con relación a los acuerdos, la OCDE ha señalado que *“los acuerdos pueden permitir que un grupo de empresas actúe en forma concertada para lograr características de una situación de monopolio, como subir precios, limitar la producción o impedir el acceso al mercado o la innovación”*.³⁵ Estos acuerdos pueden ser horizontales o verticales.

Los acuerdos horizontales han sido definidos como aquellos *“entre las empresas que se encuentran en un mismo nivel de la producción, fabricación o venta de productos similares o sustituibles”*.³⁶ De esta manera, los acuerdos más problemáticos son aquellos que impiden la rivalidad que debe existir entre competidores sobre elementos dinámicos fundamentales de la competencia de mercado como son los precios y la producción.³⁷

y usuarios, conduciendo a situaciones anticompetitivas en la concurrencia a uno o más mercados. Dichas prácticas abusivas podrán consistir en:

- a) La imposición directa o indirecta de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales no equitativas;
- b) La limitación de la producción, de las fuentes de aprovisionamiento, de los mercados, o del desarrollo técnico, en perjuicio de los consumidores;
- c) La aplicación de condiciones desiguales para operaciones equivalentes, que signifiquen para los clientes y usuarios una situación de desventaja;
- d) Subordinar la suscripción de contratos a la aceptación por la contraparte de obligaciones adicionales que, por su naturaleza, o según las prácticas comerciales, no sean inherentes al objeto de dichos contratos.
- e) Exigir que quien solicite la provisión de un servicio regulado, asuma la condición de socio o accionista.”

³⁴ Ello, por cuanto en la norma citada en la nota al pie precedente, se menciona que las prácticas abusivas *“podrán consistir en (...)”*, lo que no cierra la posibilidad de conductas que tengan un propósito análogo o equivalente.

³⁵ OCDE, “Derecho y Política de la Competencia en Perú: Examen Inter Pares”, (2004), p. 21.

³⁶ Perezniato, Leonel; Guerrero, Renato. *“Derecho de la competencia económica”*. Oxford University Press, México, 2002, p. 6.

³⁷ OCDE, “Derecho y Política de la Competencia en Perú: Examen Inter Pares”, (2004), p. 21.

De otro lado, los acuerdos verticales han sido definidos como aquellos que “*para su consecución exigen del concurso de empresas ubicadas en distintos eslabones de una cadena de producción y comercialización*”.³⁸ La preocupación de este tipo de prácticas radica en que estas pueden tener como efecto el aumento de precios, una calidad o cantidad menor de productos o la restricción del acceso al mercado de otros competidores.³⁹

Como se explica a continuación, la legislación peruana destaca por contar con una regulación más extensa en materia de prácticas colusorias, habiendo incorporado elementos que permiten la identificación del tipo de práctica colusoria (horizontal y vertical).

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas del Perú del año 2008 entiende por prácticas colusorias horizontales “*los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia*.”⁴⁰

La norma contiene un exhaustivo listado de prácticas colusorias horizontales (v.g., fijación concertada de precios, reparto concertado de clientes, negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición o concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva);⁴¹ sin embargo, se reconoce la existencia de otras

³⁸ Coloma, Germán. Op. Cit., p. 189.

³⁹ OCDE, “Derecho y Política de la Competencia en Perú: Examen Inter Pares”, (2004), p. 21.

⁴⁰ Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁴¹ **Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

“Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

- (a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;

prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a la mayor eficiencia económica y que, por tal motivo, pueden ser investigadas y sancionadas.

Es importante notar que en el análisis de estas conductas se aplica la “regla de la razón” (o de la restricción razonable); esto es, dichas conductas no son en sí mismas prohibidas, ni se presume que sus efectos son contrarios a la libre competencia, por lo que se consideran *prohibiciones relativas*. En estos casos, de establecerse la existencia del acuerdo, la conducta será sancionada si se verifica “*que esta tiene, o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores*”.⁴²

Sin perjuicio de lo anterior, la norma peruana establece de manera puntual supuestos específicos que califican como prohibiciones absolutas (aplicación de la *regla per se*); es decir, existe la presunción que estos acuerdos causan un daño en sí mismos y, por ende, deben ser sancionados de verificarse su materialización.⁴³ Estos

- (d) *La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;*
- (e) *La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;*
- (f) *Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;*
- (g) *La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;*
- (h) *Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;*
- (i) *Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;*
- (j) *Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,*
- (k) *Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.*

(...)”

⁴² Ver supra 26.

⁴³ **Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

“Artículo 8.- Prohibición absoluta.-

En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta.”

corresponden a los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, y que tengan por objeto: (i) fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; (ii) limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; (iii) el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o (iv) establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública, así como en subastas públicas y remates.⁴⁴ En los casos de conductas colusorias horizontales distintas a las antes mencionadas, la ley señala que constituyen prohibiciones relativas.⁴⁵

En el caso de las prácticas colusorias verticales, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas reprime *“los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.”*⁴⁶

Estos acuerdos pueden constituir los mismos supuestos tipificados como acuerdos horizontales y abuso de posición de dominio, de ser el caso. Asimismo, la norma dispone que para que se configure la infracción, es requisito que una de las partes involucradas tenga posición de dominio⁴⁷, siendo que, además, en todos los supuestos, las conductas constituyen prohibiciones relativas.

Colombia, a diferencia de lo advertido en el caso peruano, no regula de manera diferenciada entre prácticas colusorias horizontales

⁴⁴ Numeral 11.2 del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁴⁵ Numeral 11.3 del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁴⁶ Numeral 12.1 del artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁴⁷ Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

“Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.”

y las prácticas colusorias verticales, siendo que se limita a establecer un listado enunciativo de los acuerdos que se consideran contrarios a la libre competencia. Así, por ejemplo, estos acuerdos pueden ser los que tengan por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios; la determinación de condiciones de venta o comercialización discriminatoria frente a terceros; la asignación de cuotas de producción o suministro; la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.⁴⁸

Además, en la medida que la legislación colombiana no incluye reglas diferenciadas para el análisis de las prácticas colusorias horizontales y verticales, en la determinación de una infracción por una práctica colusoria vertical, no se incluye como uno de los requisitos la existencia de posición de dominio, contrariamente a lo verificado en el caso peruano antes mencionado.

Al igual que en el caso colombiano, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del Ecuador no diferencia entre prácticas colusorias horizontales y verticales; en ese sentido,

⁴⁸ **Decreto 2153 de 1992.-**

“Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.
4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.
7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.
8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.”

únicamente contiene un listado enunciativo de lo que se considera, en términos generales, como prácticas restrictivas. Así, por ejemplo, se encuentra la fijación de manera concertada o la manipulación de precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción; o el reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas⁴⁹. Por ello, de manera similar que lo verificado en la legislación colombiana, Ecuador no ha incorporado como requisito para la configuración de una práctica colusoria vertical que una de las partes involucradas ostente posición de dominio en el mercado.

Si bien las conductas consideradas en la legislación ecuatoriana se encuentran prohibidas —y por lo tanto, son nulos de pleno derecho⁵⁰— existen exenciones a dicha prohibición. En efecto, serán permitidos los acuerdos “*que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico*”⁵¹ siempre que se cumplan tres condiciones: (1) que permitan que los consumidores o usuarios participar

⁴⁹ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-**

“Artículo 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:

1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
2. Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer obligaciones o controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.
3. El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas.
(...)”

⁵⁰ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**

“Artículo 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- (...)

Son nulos de pleno derecho los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en este artículo, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.”

⁵¹ Artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

de forma equitativa en sus ventajas; (2) que no se impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos buscados; y (3) que no otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.⁵² Como es evidente, es una forma de aplicación de la *regla de la razón*. En estos casos, la autoridad competente vigilará que estos actos cumplan con estas condiciones, ya que de lo contrario se dispondrá el cese del acuerdo, sin perjuicio de la aplicación de sanciones y medidas preventivas o correctivas.

Además, en su análisis, Ecuador aplica la “*regla minimis*”, de modo que las prohibiciones contempladas en la norma no resultan aplicables para aquellos operadores económicos que por su pequeña escala de operación o escasa significancia en el mercado no son capaces de afectar de manera significativa a la competencia.⁵³

En lo que concierne a Bolivia, la legislación de este país se ha limitado a establecer, de manera general, conductas que califican como prácticas anticompetitivas. El Decreto Supremo No. 29519 boliviano no ha diferenciado entre prácticas colusorias que son realizadas entre empresas competidoras del mismo nivel, y aquellas que son realizadas entre empresas de diferente nivel en la cadena de producción; es decir, no existe una regulación expresa que diferencie las prácticas colusorias horizontales de las prácticas colusorias verticales.

Sin embargo, sí establece la existencia de prácticas anticompetitivas absolutas (*regla per se*) y relativas (*regla de la razón*). Las

⁵² *Ibíd.*

⁵³ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**

“Artículo 13.- Regla de minimis.- Las prohibiciones establecidas en el artículo 11 no se aplicarán a aquellas conductas de operadores económicos que por su pequeña escala de operación y/o por su escasa significación, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. La Junta de Regulación determinará los criterios para la aplicación de la regla de minimis.”

primeras corresponden a conductas de gravedad media y máxima (v.g., concertación de precios, asignaciones de mercado o concertación en subastas públicas) que, de verificarse, serán sancionadas con multa o suspensión definitiva o temporal de las actividades.⁵⁴ Por su parte, las segundas corresponden a conductas que podían ser consideradas de gravedad, media o máxima, de acuerdo a la evaluación de las condiciones para su establecimiento y determinación del mercado relevante y del poder de mercado⁵⁵ (v.g., fijación de la comercialización entre agentes que no son competidores entre sí). Cabe señalar que la legislación boliviana prevé la posibilidad de no sancionar las prácticas anticompetitivas relativas. Es así que la sanción se impone solo si se comprueba la concurrencia de dos condiciones: (1) que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante; y (2) que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.⁵⁶

5. El umbral para el procedimiento de control de concentraciones empresariales

El control de fusiones o de concentración es un instrumento de la política de competencia que busca prevenir futuras restricciones a la competencia; como tal, está diseñado como un instrumento de

⁵⁴ **Resolución Ministerial No. 190 de 2008**

“Artículo 9. (Prácticas anticompetitivas absolutas). Las prácticas anticompetitivas absolutas señaladas en el artículo 10 del Decreto Supremo No. 29519, son infracciones consideradas de gravedad media y máxima, las mismas que, ante la evidencia de su ejecución por parte del o los agentes económicos involucrados bajo garantía del debido proceso, serán sancionadas con multa o con la suspensión definitiva o temporal de sus actividades y en su caso, con la Revocatoria de la Matrícula de Comercio, de acuerdo a evaluación económica y justificación legal en el marco de las disposiciones normativas en vigencia.”

⁵⁵ **Resolución Ministerial No. 190 de 2008**

“Artículo 10. (Prácticas anticompetitivas relativas). Las prácticas anticompetitivas relativas señaladas en el artículo 11 del Decreto Supremo No. 29519, son infracciones que podrían ser consideradas de gravedad leve, media o máxima, de acuerdo a la evaluación de las condiciones para su establecimiento y determinación del mercado relevante y del poder de mercado, conforme se señalan en los artículos siguientes.”

⁵⁶ Resolución Ministerial N° 190 de 2008, artículo 11.

intervención *ex ante* que tiene por finalidad evitar que se generen estructuras de mercado proclives a comportamientos anticompetitivos⁵⁷. Así, se ha señalado que el problema central de las concentraciones empresariales es que, bajo ciertas condiciones, pueden reducir o eliminar la competencia, pues cuando existe rivalidad entre las empresas y estas pueden competir en condiciones de paridad en el mercado, el resultado es una mayor eficiencia, una conducta innovadora, menores precios y mejor calidad, lo que no se advierte en un escenario de poder monopólico.⁵⁸ De esta manera, el control de fusiones o concentraciones tiene por objeto impedir la creación de empresas con el incentivo y la capacidad para abusar de su posición dominante en el mercado.⁵⁹ Un régimen de control de concentraciones empresariales lo que busca es que en el mercado haya competencia efectiva; es decir, una real y auténtica competencia.

Si bien los cuatro países cuentan con normas que regulan el procedimiento de control de concentraciones empresariales, no todas ellas han sido desarrolladas con el mismo detalle. De las cuatro, solo Colombia y Ecuador poseen un régimen general de control de fusiones, siendo que Perú y Bolivia han regulado las concentraciones empresariales para sectores específicos de la economía.

Así, de los cuatro países andinos, Perú es el que cuenta con la legislación más circunscrita en materia de control de fusiones. En efecto, en el Perú no se ha aprobado un régimen general de control de fusiones o concentraciones empresariales; el que existe es solo aplicable al sector eléctrico⁶⁰, de modo que en todos los demás sectores

⁵⁷ Roldán Barraza, Nicole. "Control de Fusiones: evaluando la conveniencia de su aplicación en Perú". Revista RAE Jurisprudencia. Edición Noviembre 2012, p. 2.

⁵⁸ Távara Martín, José Ignacio y DIEZ CANSECO NÚÑEZ, Luis José. "Estabilizando el péndulo control de fusiones y concentraciones en el Perú". En: Themis Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, No. 47, p. 169.

⁵⁹ OCDE. "Derecho y Política de la Competencia en Perú: Examen Inter Pares", (2004), p. 22.

⁶⁰ Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

de la economía los operadores económicos poseen plena libertad para fusionarse sin necesidad de contar con una autorización previa emitida por la autoridad.

Ahora bien, las concentraciones horizontales y verticales en el sector eléctrico requieren autorización previa obligatoria cuando se adviertan las condiciones establecidas en la norma. Es así que, tratándose de concentraciones horizontales, la autorización previa es obligatoria solo cuando las empresas que buscan concentrarse posean —de manera previa o posteriormente a la fusión y de forma conjunta o por separado—, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado donde se produzca la concentración. De otro lado, en el caso de concentraciones verticales, la autorización previa es obligatoria cuando el porcentaje de participación de las empresas en cualquiera de los mercados involucrados sea igual o superior al 5%, antes o después de la concentración.⁶¹

Como hemos indicado, al igual que Perú, Bolivia no cuenta con un régimen general de fusiones; sin embargo, ha desarrollado una regulación específica de fusiones para los sectores de electricidad, hidrocarburos, telecomunicaciones, transportes y agua, los cuales se encuentran regulados por la Ley No. 1600 del Sistema de Regulación Sectorial-SIRESE. Al respecto, dicha ley establece lo siguiente:

⁶¹ **Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico**
“Artículo 3.- (...)

Deberá solicitarse la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquellos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados.”

“ARTÍCULO 18. (PROHIBICIÓN DE FUSIONES ENTRE COMPETIDORES).

Quedan prohibidas las fusiones de empresas y entidades competidoras sujetas a regulación bajo la presente ley, cuando las fusiones tengan como efecto establecer, promover y consolidar una posición dominante en algún mercado específico. (...).”

Tal como se aprecia, las fusiones empresariales no están *per se* prohibidas para la legislación boliviana. De hecho, la norma antes mencionada establece que por excepción pueden realizarse fusiones entre los competidores del mismo sector, cuando estas operaciones “*contribuyan a la mejora de la producción o distribución de bienes y servicios regulados o a promover el progreso técnico o económico, en beneficio de los consumidores y usuarios y que no conlleven la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción afectada.*”⁶²

De esta manera, se reconoce que las fusiones entre los competidores pueden acarrear un beneficio económico en general, sin afectar la competencia. Empero, para que pueda verificarse ello, al igual que en el caso peruano, antes de realizar una fusión entre competidores se debe solicitar una autorización a la Superintendencia Sectorial, la que emitirá un dictamen para que la operación pueda llevarse a cabo. Sobre el particular, la legislación boliviana ha previsto dos mecanismos que pueden ser empleados por los operadores económicos: (1) la consulta,⁶³ que supone que cualquiera que realice

⁶² Ley No. 1600 del Sistema de Regulación Sectorial – SIRESE, artículo 19.

⁶³ **Reglamento de la Ley del Sistema de Regulación Sectorial, Decreto Supremo N° 24504.- “Artículo 28.- Consulta.** Si resulta procedente de conformidad a lo establecido en las normas legales sectoriales, cualquier persona, empresa o entidad que realice actividades en un sector sujeto a regulación de conformidad a la Ley SIRESE, puede presentar una consulta para obtener un pronunciamiento del Superintendente Sectorial con relación a:

- a) Un convenio, contrato, decisiones o prácticas concertadas que, en caso de ser ejecutadas, podrían constituir una contravención al artículo 16 de la Ley SIRESE.
- b) Una fusión que, en caso de ser ejecutada, podría constituir una contravención al artículo 18 de la Ley SIRESE.”

actividades en un sector regulado puede solicitar la opinión del Superintendente Sectorial con relación a una determinada fusión, la que de ser ejecutada podría contravenir la ley; y (2) la solicitud de exclusión⁶⁴, solicitada por los operadores que desean fusionarse para que sean excluidos de la prohibición de fusión, en tanto esta acarrea beneficios y no conlleva la posibilidad de eliminar la competencia.

En este punto, cabe señalar que la norma boliviana no establece volumen de ventas ni porcentaje de participación en el mercado para autorizar fusiones entre competidores, ni tampoco establece condicionamientos para la aprobación de una fusión. No obstante, el Manual de Prácticas Anticompetitivas⁶⁵ establece que para que la autoridad competente autorice o no la fusión debe tener en cuenta la identificación del mercado relevante en el que operan las empresas que se concentran, el grado de concentración resultante, entre otros factores.

Hemos señalado que, contrariamente a lo observado en Perú y Bolivia, Colombia y Ecuador sí poseen un régimen general de control de fusiones.

En el caso de Colombia, este régimen se encuentra establecido en la Ley 1340 de 2009 y está destinado a regular las “integraciones empresariales”. Es de notar que la legislación colombiana cuenta con un procedimiento detallado sobre las etapas y pasos que deben cumplirse para aprobar una integración empresarial.

⁶⁴ **Reglamento de la Ley del Sistema de Regulación Sectorial, Decreto Supremo N° 24504 “Artículo 19.- (Exclusión).-** *Previo dictamen fundamentado del Superintendente Sectorial, mediante Resolución Suprema correspondiente, podrán quedar excluidas de la prohibición establecida en el artículo 18° de esta ley, las fusiones que contribuyan a la mejora de la producción o distribución de bienes y servicios regulados o a promover el progreso técnico o económico, en beneficio de los consumidores y usuarios y que no conlleven la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción afectada.”*

⁶⁵ Estado Plurinacional de Bolivia, Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, Viceministerio de Comercio Interno y Exportaciones, Manual de Prácticas Anticompetitivas. Disponible en: http://www.cepb.org.bo/doc_economicos/ManualPracticasAnticompetitivas.pdf

En particular, se dispone que todos los operadores que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor están obligados a “informar” sobre la concentración —o lo que es lo mismo, solicitar la autorización correspondiente— si en conjunto o individualmente consideradas, tuvieron durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos o activos superiores a los establecidos por la Superintendencia de Industria y Comercio y, adicionalmente, cuentan con una participación en el mercado relevante mayor al 20%. Si las empresas que buscan concentrarse no superan en conjunto con más del 20% de participación del mercado relevante, se entenderá autorizada la operación, empero, deben “notificar” a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación, esto es, únicamente deben poner en conocimiento de dicha autoridad la existencia de la fusión. De esta manera, se aprecia que en todos los casos —independientemente del trámite que los operadores deberán seguir eventualmente— las operaciones de integración o fusión empresarial siempre serán de conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Debe mencionarse que las integraciones empresariales pueden ser aprobadas con determinados condicionamientos u obligaciones, cuando *“existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia”*.⁶⁶ De esta manera, se establecen mecanismos para cautelar que la fusión no limite la competencia en el mercado. Así, la legislación colombiana ha considerado que una integración podrá autorizarse si se cumplen dos requisitos: (1) identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e (2) implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.

Además, si bien la ley no detalla las condiciones u obligaciones que pueden ser establecidas, la Superintendencia de Industria y Comercio ha establecido que dichas condiciones pueden ser de tipo estructural

⁶⁶ Artículo 11 de la Ley 1340 de 2009.

o de comportamiento, siendo uno de los principales condicionamientos estructurales el consistente en *“la desinversión de todos los activos necesarios para que el comprador sea un competidor efectivo”*.⁶⁷

Por su parte, la legislación que regula el régimen general de control de fusiones en el Ecuador ha definido a la concentración económica como el *“cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos”*.⁶⁸

Asimismo, establece dos condiciones que, de verificarse indistintamente, obligará a los involucrados en operaciones de concentración (horizontales o verticales) a notificar a la autoridad competente, independientemente de la actividad económica realizada: (1) el volumen de negocios total del conjunto de los participantes que desean concentrarse; y (2) el porcentaje de participación de mercado.⁶⁹

Con relación al primero, se notificará la concentración si el volumen de negocio total supera, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto de Remuneraciones Básicas Unificadas⁷⁰

⁶⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Guía de integraciones empresariales, p.34. En: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Guia_Integraciones_VF_Para_Publicacion.pdf

⁶⁸ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.**

“Artículo 14.- Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como:

a) La fusión entre empresas u operadores económicos.

b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.

c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.

d) La vinculación mediante administración común.

e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.”

⁶⁹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículo 16.

⁷⁰ Para el año 2016 se ha establecido el monto de Remuneraciones Básicas Unificadas (o Salario Básico Unificado) es de US\$ 366 dólares mensuales.

vigentes establecido por la Junta de Regulación.⁷¹ Con relación al segundo, se notificará la concentración cuando los operadores económicos que busquen concentrarse se dediquen a la misma actividad económica y, como consecuencia de dicha concentración, adquieran o incrementen su participación en el mercado relevante del producto o servicio en una cuota igual o superior al 30%.

En ese sentido, si no se identifican cualquiera de las dos condiciones antes mencionadas, las empresas no están obligadas a notificar sus operaciones de concentración empresarial.⁷²

Al igual que lo advertido en el caso de Colombia, la legislación ecuatoriana dispone que la concentración económica que esté obligada a cumplir con el procedimiento de notificación puede ser aprobada también con determinados condicionamientos,⁷³ los que pueden estar referidos al comportamiento o a la estructura de los operadores económicos involucrados.

6. Conclusiones

La libre competencia es uno de los motores que impulsa la economía de los países, pues incentiva a las empresas a ser más eficientes, más competitivas. La competencia permite la obtención de

⁷¹ Los montos de Remuneraciones Básicas Unificadas (RBU) ha sido establecida conforme al siguiente detalle:

- Empresas del sistema financiero nacional y del mercado de valores: 3 200 000 RBU
- Empresas de seguros y reaseguros: 62 000 RBU
- Otras empresas: 200 000 RBU

⁷² Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Sección 4 De la concentración económica.

⁷³ **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**
“Artículo 15.- Control y regulación de concentración económica.-
(...)

En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo (...)”

[Subrayado agregado]

productos y servicios con la mejor combinación de precios, calidad, variedad e innovación, de modo que se maximice el bienestar de los consumidores. De allí la importancia de contar con normas que defiendan la libre competencia.

Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú han incluido en sus respectivas legislaciones normas que tienen por objeto la protección de la libre competencia, aunque con distintas intensidades y enfoques. Es importante destacar que el resguardo de la libre competencia ha sido reconocida constitucionalmente por los cuatro países, lo que implica un reconocimiento de la importancia de su protección como un aspecto esencial del funcionamiento económico de sus mercados. En Perú la libre competencia es un principio rector de la economía, mientras que en Colombia (con el nombre de *libre competencia económica*) es un derecho fundamental de naturaleza colectiva.

Esta protección supone la proscripción del abuso de posición de dominio en el mercado y las prácticas colusorias horizontales y verticales, así como la incorporación de disposiciones que regulan el control de fusiones y concentraciones empresariales anticompetitivas.

En relación con el abuso de posición de dominio, los cuatro países incluyen en sus legislaciones disposiciones que claramente buscan impedir el ejercicio abusivo del poder de mercado, aunque con ciertas diferencias y particularidades. Así, es posible apreciar en la legislación de estos países la prohibición de la discriminación de precios u otras condiciones de comercialización, la negativa injustificada de contratar, la imposición de ventas atadas o cláusula de atadura, etc.

En cuanto a las prácticas colusorias, se advierte que los cuatro países han identificado aquellas conductas que se encuentran proscritas. Las legislaciones de los cuatro países prohíben las prácticas colusorias más dañinas como, por ejemplo, los acuerdos de fijación de precios, de limitación de la producción, de reparto de clientes o mercados, etc.

Si bien las legislaciones de los cuatro países cuentan con normas que regulan el procedimiento de control de fusiones o concentraciones empresariales, no todas ellas han sido desarrolladas con el mismo detalle. De hecho, solo Colombia y Ecuador poseen un régimen general de control de fusiones, siendo que Perú y Bolivia han regulado las concentraciones empresariales para sectores específicos de la economía. Asimismo, considerando solo a Perú y Bolivia, la legislación en materia de control de fusiones del primero es más limitado que el segundo, pues solo se ha previsto para el sector eléctrico.

Así, con sus respectivas diferencias, los países de la Comunidad Andina han procurado implementar en sus legislaciones disposiciones a partir de las cuales se asegure la protección de la libre competencia, permitiendo que esta se desenvuelva de manera efectiva, lo que al final repercutirá en beneficio no solo de los competidores que existan en el mercado (reales o potenciales), sino principalmente de los consumidores, y de la sociedad en su conjunto.

Competencia Desleal y Competencia en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, LORCPM

*Patricia Alvear Peña**

Resumen:

El presente artículo analiza la estructura de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, LORCPM, partiendo de la identificación de cada una de las dos instituciones jurídicas de derecho corrección económica, que regula, la Competencia Desleal y la Defensa de la Competencia. Enfoca los temas de mayor relevancia en cada una de ellas. Refiere la relación del sistema jurídico ecuatoriano con el comunitario andino y, su incidencia en la materia. Finalmente identifica los mecanismos procesales establecidos en la LORCPM, así como las novedades que presenta.

Palabras claves:

Derecho de Corrección Económica; competencia desleal; derecho de competencia; dependencia económica, sistema jurídico comunitario, derecho comunitario; derecho originario; derecho derivado.

* Se ha desempeñado como abogada del Instituto Iberoamericano del Patrimonio Natural y Cultural (IPANC) del Convenio Andrés Bello; conjuer del Tribunal Distrital de lo Fiscal Número III del Pichincha; consultora y abogada en libre ejercicio; docente y Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional SEK, Quito, Ecuador. Docente de derecho de la competencia en la Universidad de las Américas, UDLA, Ecuador. Autora de varias publicaciones sobre Derecho. Datos de contacto: palvear@lexadvisorecuador.com / palvear@uio.satnet.net

Sumario:

1. Introducción. 2. Defensa de la Competencia. 3. La competencia desleal, en general. 3.1 La competencia desleal en la LORCPM. 4. Características del ordenamiento jurídico andino y su vinculación con la norma interna. 5. Estructura procesal de la LORCPM. 5.1. Independencia de acciones. 5.2. La acción administrativa sancionadora. 5.3. Confidencialidad y acceso público a la información. 5.4. Supletoriedad normativa. 5.5 El derecho privado de competencia y el de competencia desleal. 6 Conclusiones.

1. Introducción

El derecho de corrección económica, contienen normas y principios jurídicos, que determinan “la corrección de conductas”¹, de los operadores en el tráfico económico. Su función fundamental, no es el reconocimiento de derechos patrimoniales y constitucionales económicos, sino el establecimiento de límites al ejercicio, uso y goce de éstos derechos, para evitar abusos y desviaciones, que pueden afectar intereses de los competidores y consumidores; como del sistema competitivo mismo, que es de orden público².

En este contexto, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en adelante LORCPM, regula dos instituciones jurídicas del derecho de corrección económica, la defensa de la competencia y la competencia desleal. Estas, si bien están vinculadas, son diferentes por su naturaleza jurídica, objeto, bienes jurídicos tutelares, y funciones de corrección.

El sistema de defensa de la competencia, nace de la constitucionalización del modelo económico, que en nuestro caso, se establece en el artículo 283 de la Constitución. Las bases de este derecho son, por un lado, el reconocimiento del derecho privado sujeto a los

¹ El término “corrección de una conducta” tomo de la obra de Guillermo Cabanella de las Cuevas, *Derecho Antimonopólico...* ob. cit, p. 154, cuando referir el análisis económico de la defensa de la competencia, pero dándole el contenido y contextualización apropiada al desarrollo de una categoría conceptual específica que he identificado bajo el nombre de derecho de corrección económica.

² Ver Alvear Peña, Patricia, *Derecho de Corrección Económica, competencia y competencia desleal*, dentro de *Derecho Administrativo y Corrección Económica*, Memorias Seminario Internacional, Corte Nacional de Justicia, Quito Ecuador, 2015. pp 61 a 67

límites y funciones para su ejercicio, y por otro, el poder del Estado para intervenir en procura del interés general y de los consumidores³.

Por ello, el objeto fundamental de la defensa de la competencia, es la protección del sistema competitivo y, el interés general de los consumidores, cuya protección son de orden público. De allí, su naturaleza jurídica, preponderantemente pública. Este derecho, se activa solo cuando la actuación de los operadores económicos, puede afectar, distorsionar o impedir la eficiencia del mercado. Quedan fuera de su competencia aquellos actos que aunque presenten las mismas exteriorizaciones no pueden llegar a afectar o afecten la eficiencia económica y no superen los umbrales de la regla del *mínimis*.

Por su parte, la competencia desleal, tiene por objeto la sanción de las conductas desleales, sin importar el origen de su ilicitud, o la afectación al sistema competitivo. Basta que la conducta se adecue a los criterios delimitadores de deslealtad para que este sea sancionado. Su función fundamental, es proteger los intereses de los particulares afectados por la conducta desleal, y solo subyacentemente el del sistema competitivo. Su naturaleza jurídica, es preponderantemente privada.

Por las disconformidades existentes entre la competencia desleal y la competencia, otros países como Colombia; Perú; Chile; Argentina; Chile; y, España, las regula mediante dos estructuras normativas independientes, respetando la autonomía disciplinar de cada una de ellas. A contrario sensu, la LORCMP, las regula, estableciendo para ellas, un mismo objeto, ámbito, funciones y bienes jurídicos tutelares, sin establecer sus diferencias, lo que le resta eficiencia, especialmente frente a las conductas desleales.

³ Alonso Ureba, Alberto, Introducción al Régimen Jurídica de la Competencia en el Derecho Español, dentro de Cuadernos de Derecho para Ingenieros, Derecho de la Competencia y la propiedad industrial, intelectual y comercial, La Ley, Iberdrola, Madrid, España, 2010. p. 5.

2. Defensa de la Competencia

Existen dos sistemas de regulación de defensa de la competencia, el primero, el *private enforcement*⁴, que prioriza la protección de los derechos de los particulares afectados por los actos anticompetitivos, mediante acciones judiciales, siendo las acciones administrativas, de último ratio. En el segundo, el *modelo público*⁵, se atiende fundamentalmente “a la protección del interés general, (protección del orden público económico) y el restablecimiento de las condiciones de libre competencia a favor de los distintos operadores de mercado y, particularmente de los consumidores”;⁶ incluso cuando no exista riesgo de daño o daño causado a otros operadores, en cautela del interés general⁷.

Frente al aparente antagonismo de los dos modelos, Ortiz Blanco, señala que el “*desarrollo aislado de uno solo de los dos modelos de aplicación de las normas de competencia, dejaría de lado la protección*

⁴ Ortiz Blanco, Ingrid, La aplicación privada del derecho de la competencia, Editorial La Ley, Madrid, España, 2011. p. 40. *El private enforcement*, corresponde al modelo norteamericano, donde “la competencia para la aplicación de las normas antitrust corresponde a los jueces, quienes intervienen motivados por las acciones de los particulares, que invocan la infracción de esta normativa como fundamento de sus pretensiones o excepciones. La finalidad esencial del sistema de *private enforcement* pero no la única, es la protección de los derechos de los particulares que han resultado afectados por la conducta anticompetitiva, por ello, las declaraciones de los jueces se desenvuelven en el ámbito privado y, concretamente, en la declaración de nulidad absoluta del contrato y/o responsabilidad civil de los infractores”.

⁵ Ibid. ps. 38 y 39. La Autora explica, que “En el *modelo público*, las normas de libre competencia son aplicadas por autoridades administrativas (del orden nacional, local y/o sectorial) o por órganos jurisdiccionales que tienen la condición de autoridades de competencia. El desarrollo de las funciones a cargo de estas autoridades (tales como promover las investigaciones, avalar acuerdos, aprobar compromisos, conocer de las solicitudes de clemencia etc.) es la vía esencial de aplicación de esta normativa. Los fines principales que se persiguen a través de la aplicación pública, son la protección del interés general (protección del orden público económico) y el restablecimiento de las condiciones de libre competencia a favor de los distintos operadores del mercado y, particularmente, de los consumidores. Para cumplir estos fines, las autoridades de competencia pueden imponer sanciones de orden administrativo (prohibición de conductas, imposición de comportamientos y de medidas estructurales y sanciones de carácter pecuniario) y/o de orden penal, si en el ordenamiento jurídico correspondiente el ilícito antitrust constituye a su vez un delito”.

⁶ Ibid., ps. 38 y 39.

⁷ Ibid., ps.54 a 56.

*de los intereses cobijados por el otro*⁸, y *“alteraría las ventajas que pueden obtenerse de la complementariedad de las acciones que desarrollan las distintas autoridades judiciales como administrativas competentes en la materia”*⁹. Siendo por tanto, a su criterio, la mejor alternativa desarrollar y fortalecer un sistema mixto, donde convivan las acciones de los jueces con los que son desplegadas por las autoridades administrativas.¹⁰

La eficiencia de estas normas, debe ser medida no desde la comparación de los dos modelos, sino desde el beneficio de su complementariedad, para alcanzar una aplicación más positiva en el ámbito público como en el privado¹¹. El sistema mixto, recientemente incorporado a nivel comunitario europeo¹², brinda la posibilidad de protección concurrente y oportuna del operador económico afectado por la infracción de normas de competencia, mediante diversas acciones de cese, nulidad y reparación en instancia judicial; así como la protección del interés y orden público fundamentalmente, mediante acciones administrativas de las autoridades de competencia.¹³

La LORCPM, sigue el modelo de intereses público,¹⁴ para el sistema de defensa de la competencia. Su estructura, es aplicable a las empresas y operadores económicos mediante tres tipos de prácticas restrictivas¹⁵, las conductas colusorias; (Arts. 11 y 12 de la LORCPM y art. 7 de la Decisión 608); la de abuso de posición de dominio (Art. 8, 9 y 10 de la LORCPM y art. 8 de la Decisión 608), y las operaciones de concentración. (Art. 14 y ss LORCPM). Finalmente, el ilícito de ayuda pública, se aplica exclusivamente a la administración pública¹⁶.

⁸ *Ibíd.*, p. 58.

⁹ *Ibíd.*, p. 58.

¹⁰ *Ibíd.*, ps. 58 a 64.

¹¹ *Ibíd.*, ps. 40 y 41

¹² *Ibíd.*, p. 60

¹³ *Ibíd.*, ps. 58 a 64.

¹⁴ Ortiz Blanco, Ingrid, “La aplicación privada del derecho de competencia”, Editorial la Ley, Madrid, España, 2011. ps. 51 y 52

¹⁵ Alonso Ureba, Alberto, Introducción al Régimen Jurídico de la Competencia ... ob. cit. p. 7

¹⁶ *Ibidem*, p. 7

El presente artículo, no referirá la parte dogmática de estos ilícitos anticompetitivos, toda vez que ya fueron abordados con anterioridad en el Artículo denominado Derecho de Corrección Económica, defensa de la competencia y competencia desleal, publicada por la Corte Nacional de Justicia en Octubre de 2015¹⁷, por tanto, resultaría innecesario volver a tratarlo. Sin embargo, se abordará los puntos relevantes de los ilícitos anticompetitivos;¹⁸ y los puntos más novedosos que presenta nuestra legislación, a excepción de la regulación de concentraciones económicas establecidas en la LORCPM¹⁹, que sigue la línea continental de concentraciones previas, y que guarda armonía con las estructuras jurídicas propias de esta institución jurídica.

Respecto de las **prácticas restrictivas de la competencia**, al momento solo señalaremos que esta guarda en general armonía con las estructuras jurídicas propias de esta institución; aunque su redacción normativa dista de la simplicidad de otras legislaciones como la Chilena, Peruana; Española; Colombiana, entre otras, pues a diferente de estas contiene 21 supuestos de exteriorización, que reiteran conductas que están contenidas en la cláusula general.

En relación al **abuso de posición de dominio**²⁰, como se ha señalado, tiene su exégesis en el principio general de abuso del derecho²¹, que se expande al derecho de corrección económica, por sus aplicaciones concretas e integradoras del sistema jurídico²². El “*abuso*

¹⁷ Ver, Alvear Patricia, artículo, Derecho de Corrección Económica ... ob. cit. pp.59 a 95

¹⁸ Ver, *Ibid*, donde se analiza cada uno de los supuestos anticompetitivos que regula la LORCPM. Pp. 67 a 83. Ver también, Alvear Peña, Patricia y Gómez de la Torre, Blanca, Derecho de Corrección Económica; Competencia y Competencia Desleal, apuntes para su construcción, publicado por la SEK, Quito Ecuador, 2012.

¹⁹ Ver *Ibid*. donde se encuentra la explicación dogmática de lo que es la concentración económica. Pp. 68 a 70

²⁰ Ver *Ibid*. contiene el análisis del abuso de posición dominante. Pp 70 a 75

²¹ Ver, *Ibid*, ob cit. pp 70 a 75.

²² Ver, Rodríguez Yong, Camilo Andrés, Una aproximación a las cláusulas abusivas, Colección Precedentes Jurisprudenciales, Universidad de Rosario, Legis., Bogotá Colombia, 2013. Ésta obra analiza, los principios fundamentales en materia de cláusulas abusivas; su concepto; características; e identificación en el derecho commercial, del consumo y civil, así como sus efectos.

de posición dominante es una variable o modalidad del clásico abuso del derecho, y es específicamente un abuso del derecho de libre empresa, del derecho de competir en el mercado, o en fin, un abuso del derecho a desarrollar actividades económicas en posición de dominio”²³

Como sabemos, está estructurada sustantivamente en dos partes. La primera, detalla en forma ejemplificativa la exteriorización de los actos de abuso de posición de dominio; y, la segunda contiene una cláusula general prohibitiva abierta de no abusar, prohibiendo cualquier manifestación o exteriorización de explotación y abuso, incluyéndose todas aquellas conductas que pueden ser consideradas como restrictivas, monopólicas o en definitiva prohibidas.

La enumeración de las exteriorizaciones, tanto en la Decisión 608 (Art. 8, con 8 literales), como en la LORCPM (Art. 9, con 23 numerales), son ejemplificativas y no excluyentes de otras conductas prohibidas. Constituyen una figura amplia, que garantizan la prohibición de cualquier práctica de abuso de posición dominante en el mercado, inclusive aquellas que constituye abuso del derecho, fraude a la ley y/o utilización de medios judiciales.²⁴ El abuso de posición de dominio, en cualquier forma o exteriorización está prohibido.

Por efecto de la amplitud de la cláusula general prohibitiva, la redacción de los supuestos ejemplificativos, en España²⁵; Perú²⁶; Colombia²⁷; Argentina²⁸, y la propia Decisión 608 de la CAN, regulan pocos supuestos de exteriorización ejemplificativos y limitan su redacción a aquellos necesarios y suficientes. En este sentido, Ecuador,

²³ Hinostrosa, ctad por Rengingo ., pág. 369

²⁴ Alvear, Patricia y GÓMEZ DE LA TORRE, Blanca, Derecho de Corrección... ob. cit. ps.44 a 49.

²⁵ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>, tomada el 30 de Julio de 2016

²⁶ <https://www.indecopi.gob.pe/web/defensa-de-la-libre-competencia/legislacion>, tomada el 30 de julio de 2016

²⁷ http://www.sic.gov.co/drupal/leyes?field_tipo_de_norma_value=1, tomada el 30 de Julio de 2016

²⁸ <http://www.sice.oas.org/compol/natleg/Argent/25156.asp>, tomada el 30 de Julio de 2016

presenta un amplísimo número de supuestos (23) que en todo caso, están subsumidas e incluidas dentro de la cláusula general, sin embargo en términos generales presenta una estructura acorde a lo que espera de este supuesto de ilicitud.

En todo caso podemos decir, que el abuso de posición de dominio, en términos generales, tiene la conceptualización y estructura propia de la misma; y está regulada en forma eficiente en la LORCPM; a excepción *del abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica* (Artículo 10 de la LORCPM), por cuanto ésta es considerada como una modalidad del abuso del poder de mercado, cuando debe tratarse como un supuesto de deslealtad.

Conforme la ley ecuatoriana, esta es la explotación abusiva de un operador económico que en el lado de la oferta o de la demanda, es abusado *por otro que tenga poder y relevancia en el mercado*, al punto tal que su poder comercial frente al sujeto pasivo del ilícito, pueda incidir en la toma de decisiones comerciales del sujeto pasivo del abuso, con el consiguiente costo individual y social, que ésta ilicitud acarrea²⁹.

En la legislación española, en cambio, la situación de dependencia económica³⁰, constituye un supuesto de deslealtad desde 1996³¹, resultando la protección contra éste tipo de ilícitos, más amplia, como el margen de inhibición de estas conductas abusivas y desleales.³²

²⁹ Conforme el art. 10, Este tipo de abuso opera por, a) **“Ruptura”** total o parcial de una relación comercial, sin que haya existido preaviso con cuando menos 30 días, salvo incumplimientos graves de las condiciones pactadas o por fuerza mayor; b) **“Amenazas”** de ruptura de relaciones comerciales; afectación de precios, condiciones de pago, modalidades de venta pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial; c) **Uso del poder de mercado** para mantener la posición de dependencia económica, que generen ventajas adicionales que no se obtendría o concederían a compradores o proveedores similares; y d) **Imposición directa o indirecta de precios** u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

³⁰ Ver, Alvear Peña, Patricia, artículo Derecho de Corrección Económica, ob. cit. pp 75 a 78, donde se analiza, a detalle el abuso del poder de mercado en situación de dependencia económica.

³¹ Barona, Silvia, Competencia Desleal... ob. cit. p. 651

³² Massaguer Fuentes, J., Cometarios... citado en Barona, Silvia, Competencia Desleal... ob. cit. p. 651.

Posteriormente, en 1999, se ligó al supuesto de “discriminación al consumidor”.³³

El bien jurídico a tutelar, a través de la situación de dependencia económica como deslealtad, es la protección particular de los operadores económicos más débiles, abusados comercialmente “o de menor protección, frente a determinadas empresas”³⁴, que por su situación de poder frente al abusado, pueden exigir comportamientos o condiciones que bajo reglas de lealtad, o en el libre mercado no serían ofrecidas³⁵.

En conclusión, el abuso de dependencia económica en Ecuador, se regula como ilícito anticompetitivo y no como supuesto de deslealtad. Esta imprecisión normativa, limita la ilicitud, solo a los actos de abuso de dependencia económica cometidos por grandes operadores económicos, excluyendo, los actos de dependencia económica cometidos por operadores económicos, que sin tener relevancia en el mercado incurren en esta conducta desleal en perjuicio de terceros.

Finalmente en relación a la **acción del estado y ayudas públicas**, La LORCPM, entiende como lícita la acción del Estado, incluso en los casos de establecimiento de restricciones a la competencia, cuando estas se establezcan por razones de interés social y público; en beneficio de los consumidores; en pro del desarrollo de sectores y proyectos estratégicos; la prestación de servicios públicos; el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional; y, las acciones afirmativas en favor de la economía popular y solidaria; la reparación de daños ocasionado por fenómenos naturales o de carácter excepcional; compensación de desventajas económicas, cuando exista grave situación de desempleo o subempleo; entre otras. (Arts. 28 y 29). En consecuencia, será ilegal la ayuda pública, cuando ésta, no cumplan los requisitos establecidos en los artículos precitados.

³³ Ibidem, p. 649.

³⁴ Ibid... p. 655.

³⁵ Ibid... p. 655.

Las ayudas públicas, no se regulan en otros países miembros de la Comunidad Andina, como Perú, (donde se sanciona las barreras burocráticas generadas por el Estado, que puedan afectar la libre competencia), Colombia y Bolivia; ni en otros de la región con Argentina, porque la naturaleza de esta institución jurídica, obedece a un sistema de coordinación entre el derecho comunitario y nacional de competencia. En el derecho europeo de la competencia, son una herramienta de control de la Comisión Europea de la Competencia, a los Estados Miembros de la Unión, que otorguen a sus connacionales, ayudas públicas, mediante políticas de neoproteccionismo, que provoquen efectos distorsionadores de la competencia³⁶.

Las ayudas públicas, en España, están reguladas bajo esta función específica, evidenciando la correlación, coordinación y aplicación del sistema de competencia comunitario europeo con el sistema nacional español, que incluye el autonómico. Es el mecanismo, por la cual la Autoridad de Competencia Europea, investiga y sanciona, aquellas ayudas públicas internas de los Estados miembros que puedan afectar la libre competencia a nivel europeo.

En consecuencia, debe valorarse el real alcance y eficiencia, de esta institución, por cierto normada en forma sui generis, en la legislación ecuatoriana, tanto más que en la Comunidad Andina, no está regulada la ayuda pública como institución del derecho comunitario de competencia.

³⁶ Velasco San Pedro, Luis Antonio, El derecho europeo de la competencia, dentro del Cuadernos de Derecho para ingenieros, Derecho de la competencia y la propiedad industrial, intelectual y comercial, La Ley, Iberdrola, Asociación del Colegio de Ingenieros del ICAI, Madrid, España, 2010, pp. 30 y 31.

3. La Regulación contra la deslealtad, en general

La competencia desleal, sanciona las conductas deshonestas de operadores económicos, sin importar si éstos superan o no la regla del mínimis, o si el volumen de ventas podría o no afectar el mercado relevante donde se realiza la deslealtad. Basta determinar si una conducta es desleal, esto es, si está incurso dentro de los criterios delimitadores de deslealtad establecidos en los tres diferentes momentos modelos que lo regulan, para que se activen las acciones.

Conforme la doctrina, los modelos de deslealtad son Paleoliberal; corporativista o profesional y Social, último que corresponde a su actual desarrollo. En cada uno de ellos, los criterios de deslealtad y sus características son diferentes³⁷.

Por ser necesario para el desarrollo de este artículo, recordaremos que en el Modelo Social, el criterio delimitador fundamental es la buena fe objetiva. En el año 2007, España adicionó la protección al consumidor siguiendo la *Directiva Comunitaria 2005/29/ CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005*³⁸. Conserva la activación preventiva frente al daño. Sanciona todo acto deshonesto de mercado, sin importar su magnitud y afectación económica. Su fin tutelar son los derechos privados y particulares de los operadores del tráfico económico y subyacentemente el interés general de corrección del tráfico económico.

En este momento, la deslealtad, tiene puntos de conexión con el derecho de propiedad intelectual, la defensa del consumidor y las normas de competencia principalmente. Sin embargo, se diferencia

³⁷ Ver, Alvear, Patricia, artículo, Derecho de corrección ... ob. cit. pp 83 a 85. Explica cada uno de los modelos. Ver también García Menéndez, Sebastián Alfredo, Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor, Lexis Nexis Argentina S.A., I.S.B.N. 987-1187-36-0 Buenos Aires Argentina 2004. Capítulo I, ps. 10 y 11.

³⁸ Bercovitz Rodríguez- Cano, Alberto, Apuntes de Derecho Mercantil, Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual, 13ava Edición, Aranzada, Rhomson Reuters, Madrid España, 2012, p 368

de ellas, porque la primera sanciona per sé la deslealtad sin importar sus efectos económicos ni el origen de la deslealtad; la segunda se activa sólo ante la violación de los derechos de propiedad intelectual; la tercera, se accionan, sólo frente a la violación de los derechos privados de los consumidores, con una activación directa y pro operaria a favor del consumidor; y la cuarta, se finca sólo en los casos de deslealtad agravados³⁹, cuyo efecto económico en el mercado relevante, supera los umbrales económicos (medidos a través de la regla del *mínimis*) y cuando el acto concurrencial pueda afectar estructuralmente al modelo económico. Se distancian por su diferente objeto, ámbito material, bienes jurídicos tutelares, contenido, alcance, y acciones.

Los actos desleales pueden clasificarse⁴⁰ considerando dos variables, el origen del ilícito desleal y los intereses afectados.⁴¹ **Por**

³⁹ Ésta conexión, no significa sumisión de la competencia desleal a las normas de competencia. Significa sólo que cierta clase de actos desleales, serán juzgados desde la égida de la defensa de la competencia, cuando tengan una “especial gravedad” que pueda provocar una perturbación en el mercado por su incidencia económica y afecten su eficiencia, como el interés de los consumidores, que son de orden público. Por excepción, los actos desleales, que per sé protegen intereses privados, caen dentro del campo de la defensa de la competencia, solo cuando: a) El acto pueda ser calificado como desleal; b) El acto dañe de manera sensible el normal desenvolvimiento del mercado; y c) La alteración producida en el mercado afecte gravemente el interés público, la libre competencia y el orden público económico. Ver GARCIA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo, citado por Alvear Patricia, en Capítulo II, Competencia Desleal, en la obra: Derecho de Corrección Económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal, Apuntes para su construcción, Quito Ecuador, 2012.

⁴⁰ García Menéndez, Sebastián Alfredo, Competencia Desleal, ob. cit, ps. 72 y ss. Refiere las diversas clasificaciones que se han propuesto. Según este autor son superficiales y de poca importancia la “Clasificación de Hefermehl”; y la “de Ghidini o de los perfiles funcionales de los actos concurrenciales”. La “Clasificación según los intereses afectados de Emmerich y Menendez, y “la clasificación de Roubier- Ascarelli. A su criterio son incompletas, aunque de la primera resalta el esfuerzo de sistematización y adecuación a los postulados del Estado social de derecho y del modelo social de la competencia desleal por la agrupación de los actos desleales en función de los intereses afectados ya sea del consumidor, el competidor o el sistema mismo de mercado.

El autor argentino divide los actos desleales en: actos de desorganización del competidor, actos contra la competencia en el mercado, actos de violación de las reglas generales del mercado, y actos de desorganización del competidor; clasificación que al igual que las dos últimas, en mi opinión, no determinan un criterio fuerte y contundente que los diferencie y delimite claramente en función de su activación jurídica.

⁴¹ Alvear, Patricia, Derecho de Corrección Económica... ob. cit. p 86 a 88.

el origen, pueden dividirse en: **a) Actos desleales derivados de la violación de los derechos de propiedad intelectual**; (sancionados en forma directa por normas de propiedad intelectual y complementariamente por las de deslealtad)⁴² y, **b) Actos desleales derivados de la violación de otros derechos diferentes** a los de propiedad intelectual, que nace por la amplitud de los tipos de deslealtad existentes. (Esta clasificación no excluye que el acto, pueda a su vez ser también simple o agravado en función de su afectación).

Por los intereses afectados⁴³, pueden ser: **a) Actos Desleales Simples**; (afecta o puede afectar intereses particulares de los operadores económicos); y, **b) Actos desleales agravados**⁴⁴, (por su gravedad económica, pueden afectar o afectan derechos de orden público como el sistema competitivo y el interés general de los consumidores. Solo éstos últimos, deben ser remitidos a la Autoridad de Competencia, manteniendo la activación dual de los derechos.

La competencia desleal en el modelo social, sanciona la deslealtad, sin importar su origen o afectación. Tiene autonomía disciplinar. Se fundamenta en una cláusula general prohibitiva de deslealtad, y supuestos de exteriorización, incluidos la dependencia económica. Por ello, no debe limitarse a la prohibición de la publicidad desleal, abusiva o engañosa o a la defensa del consumidor (como lo hace la legislación Argentina); a los actos de violación de derechos de propiedad intelectual (Decisión 486 de la CAN); o a los agravados que afectan el sistema competitivo (como la hace la ley ecuatoriana).

⁴² García Menéndez, Sebastián Alfredo Competencia Desleal,... ob. cit. Ps. 33 y 34.

⁴³ Ibidem. p. 97.

⁴⁴ Ver, Alvear, Patricia, Derecho de corrección Económica. ... ob. cit. pp. 86 a 88. Explica la clasificación de los actos desleales, atendiendo a origen y afectación.

3.1. La Competencia Desleal en la Legislación Ecuatoriana

Se regla como parte de la LORCPM, en tan sólo tres artículos, (25 a 27); y por vía de derecho derivado en la Decisión 486 de la Comisión Andina de Naciones, última que limita la protección de la competencia desleal a la protección de los derechos vinculados a la propiedad intelectual y no supera el modelo corporativista.

A contrario sensu de lo que pasa en la Decisión 486, la LORCPM y su Reglamento de aplicación, subsumen la competencia desleal, dentro de las normas de competencia, sin dotarle de autonomía disciplinar, desconociendo que éstas dos disciplinas tienen complementariedad **sólo frente a los actos desleales agravados** y que son diferentes como hemos visto, por su objeto, intereses jurídicos tutelares, criterios delimitadores de ilicitud, ámbito de aplicación y mecanismos de protección del derecho afectado.

Desconoce el principio fundamental sobre la que se asienta la competencia desleal, que es la tipificación y sanción de la DESLEALTAD PER SE, sin considerar su incidencia concurrencial en el mercado relevante. Regula los actos desleales agravados, pero no norma **los actos desleales simples** que nacen de la violación de derechos diferentes a los de propiedad intelectual; y, desactiva procesalmente la acción preventiva de aquellos derivados de la violación de la propiedad intelectual.⁴⁵

⁴⁵ Esta desactivación, opera procesalmente cuando se exige que el expediente de denuncia contra actos desleales, presentado ante autoridad administrativa de propiedad intelectual, se remita en consulta al Superintendente de Control de Poder de Mercado, para que éste dictamine, si el acto denunciado es o no de aquellos que corresponden a su competencia o a la Autoridad de propiedad intelectual. A éste dictámen la Ley le otorga el carácter de vinculante y solo una vez resuelto por la Superintendencia, la autoridad de propiedad intelectual, vuelva a conocer del caso y lo tramite, sin considerar el tiempo perdido en esta nueva estructura procesal que desconoce la acción de medidas preventivas o previas al proceso de conocimiento.- En la práctica este mecanismo jurídico debería regularse a la inversa, a fin de no *perjudicar los derechos de los particulares honestos, sujetos de violación por pares deshonestos*.

El criterio delimitador de deslealtad establecido en el artículo 25 de la LORCPM, es difuso y poco claro, pues establece diferentes criterios de deslealtad. Por un lado, señala que son desleales los actos que atenten contra los *usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas*, (modelo corporativista); luego refiere que no se acreditará conciencia ni voluntad, asumiéndolo como cuasidelito civil (con lo cual vuelve al derecho general, y al modelo Paleoliberal, donde debe existir el daño causado, en este caso, por negligencia o impericia), aunque a continuación señala que *tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial*, pretendiendo mantener la prevención preventiva del modelo corporativista, sin considerar la contradicción que entraña con el daño exigido en el causidelito. *Finalmente en el artículo 26 de la LORCPM, establece como prohibición general de deslealtad, los hechos, actos o prácticas desleales, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, limitándole la desleal a la agravada. En consecuencia, confunde los criterios delimitadores de desleal, y clases de actos desleales.*

Adicionalmente, La LORCPM, no establece el objeto, ámbito material, ni los bienes jurídicos tutelares propios de la competencia desleal. Olvidó que ésta, es una institución jurídica autónoma, que busca proteger fundamentalmente el interés particular de los operados económicos y, que sólo los actos desleales agravados deben ser abordados en forma complementaria por la defensa de la competencia, por cuanto, *“los intereses privados, solo tendrán acogida de forma secundaria en la defensa de la competencia, en la medida en que estos impidan una competencia suficiente que afecte los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado”*⁴⁶.

⁴⁶ García Menéndez, Sebastián Alfredo, competencia desleal, Actos de desorganización del competidor, Lexis Nexis Argentina S.A., 2004, página 24.

La regulación contra la deslealtad en Colombia, Perú y España, gozan de autonomía disciplinar. La activación de las acciones contra la competencia desleal, presentan dos modelos procesales de protección, el jurisdiccional, (modelo español) que otorga competencia al juez de lo civil para el conocimiento y sanción de la deslealtad; y, el modelo administrativo, (modelo peruano, y colombiano).

En el primer caso, el juez ordena desde el cese de la conducta hasta el pago de daños y perjuicios, y el enriquecimiento injusto. En el segundo, se dividen las competencias administrativas y civiles. La autoridad administrativa, conoce sobre la investigación, cesación de la conducta, y sanción con multa, mientras que el juez de lo civil conoce las acciones de resarcimiento de daños. Sea como fuere, en ambos casos, existe una clara delimitación del objeto de protección, los bienes jurídicos tutelares de la competencia desleal y el fin mismo de corrección de esta disciplina.

Las normas de deslealtad en Ecuador, deben ajustarse al modelo social, sea siguiendo el modelo jurisdiccional o administrativo. Debe ampliar su protección a todos los supuestos de deslealtad, incluido el de dependencia económica y verificar los mecanismos procesales propios de protección de los intereses preponderantemente privados, que le corresponde a la competencia desleal.

4. Características del ordenamiento jurídico andino y su vinculación con la interna

Como hemos visto, el derecho de competencia como el de competencia desleal, en la legislación ecuatoriana, se encuentran regulados a nivel comunitario y nacional, atendiendo a la naturaleza de la estructura supranacional de la Comunidad Andina, de la que somos parte.

La LORCPM, no suspenden la vigencia ni efectos de la Decisión 608, en los casos de abuso del poder de mercado como en el de acuerdos y prácticas restrictivas y 486 en competencia desleal. Por

ello, el sistema jurídico comunitario que tiene preeminencia por sobre el nacional, es de obligatoria referencia y relación, y en instancia judicial puede someterse a interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Naciones, en lo que fueren aplicable.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en estas materias, como se lo hace en otras, debe considerar su vinculación con el ordenamiento jurídico andino, donde coexisten normas de derecho comunitario de carácter originario y derivado, que van entretejiéndose y generando complejas y superpuestas relaciones entre el derecho regional y nacional,⁴⁷ basado en la primacía del derecho comunitario sobre el nacional, su aplicación inmediata y efecto directo, como consecuencia de la cesión de soberanía, propia de los sistemas de integración supranacional,⁴⁸ devenido de los Tratados originarios y las normas de derecho derivado, dadas por medio de Decisiones y demás instrumentos normativos andinos, generando un sistema jurídico propio, cuyo garante de legalidad es el Tribunal Andino de Naciones, mediante el ejercicio de amplias atribuciones jurisdiccionales.

Atendiendo a las características de supranacionalidad, la Comunidad Europea, establece las líneas gruesas y orienta el desarrollo de las normas de competencia y competencia desleal a nivel regional y su incorporación en la normativa interna, estableciendo así una coordinación importante entre el sistema comunitario y nacional de

⁴⁷ Negro, Sandra, Directora, Evolución jurídico-institucional, Derecho de Integración, Manual, Parte II América-África, Artículo Czar de Zalduendo Susana, Editorial IB de f, Buenos Aires, Argentina, 2013, p.p. 16 y 17, Al tratar sobre el problema de superposición y coexistencia simultánea de reglas y ordenamientos jurídicos diferentes, refiere la conocida expresión “spaghetti bowl”, acuñada por Jadish Bhagwati en 1993. Nombre tomada por la doctrina, a través de la cual se grafica la enmarañada situación que resulta de la multiplicidad de normas y acuerdos sobre la misma materia. Esta expresión gráfica, la gran interacción a la que hoy asistimos en temas como el de corrección económica, que se regula a nivel nacional, internacional y regional y que tienen relación obviamente con los acuerdos regionales y bilaterales de comercio, que inciden inevitablemente en el sistema jurídico interno.

⁴⁸ Montaña Galarza, César, Problemas Constitucionales de la Integración, Editorial Porrúa, Red Internacional de Juristas para la integración Americana; Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad Anahuac, México, 2013.

competencia y competencia desleal, atendiendo a la naturaleza jurídica del nuevo derecho comunitario.

Por ello, es pertinente considerar y evaluar la correspondencia y coordinación que existe entre el sistema jurídico andino, y el interno de los países miembros. Tanto más, que en el caso de Ecuador, la aplicación del derecho comunitario de competencia como el de competencia desleal, dista de esta necesaria coordinación para la estructuración cabal del sistema jurídico que regula y aplica la competencia y la competencia desleal. Tampoco se puede obviar la deuda que existe por parte de la CAN, en el desarrollo de los sistemas de competencia y de competencia desleal, acorde a su actual evolución y desarrollo.

5. Estructura procesal de la LORCPM

La LORCMP, sigue el modelo de intereses públicos, de defensa de competencia, al que lo ha subsumido el de competencia desleal. Atiende fundamentalmente a la protección del interés general, lo cual desde el ámbito procesal se afecta también a la razón de ser de la competencia desleal. Prioriza la acción administrativa sancionadora a la de reparación. Carece de atribuciones para establecer la reparación de daños causados por transgresores de las normas contenidas en la LORCMP, como de atribuciones punitivas penales.

En consecuencia, los ilícitos sancionados en la LORCPM, pueden generar tres clases de acciones independientes:

- a) **Administrativa**, es una acción de control, fundamentalmente correctiva y sancionadora.
- b) **Civil**, corresponde a la reparación de los daños y perjuicios causados a los particulares afectados por actos anticompetitivos; y de competencia desleal,

- c) **Penal**, cuando los supuestos de ilicitud, pueden constituir además supuestos de ilícitos penales, en cuyos caso deben remitirse a la Fiscalía.

5.1. Las acciones administrativas

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tiene diversas facultades como la de *prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación de los supuestos de ilicitud normadas en la LORCPM*. (Art. 37 LORCPM). Tiene atribuciones, entre otras, para calificar las concentraciones económicas; aprobar los compromisos de cese; absolver consultas; establecer cooperación con otras entidades; requerir información; establecer medidas de correctivas; investigar; juzgar; resolver; e imponer multas. Es, pues, competente para conocer y resolver en instancia administrativa sobre los supuestos de regulación y de infracción a la LORCPM.

Su función, fundamental es restablecer las condiciones de eficiencia de mercado y velar por la libre competencia. El procedimiento de investigación y sanción, son de carácter administrativo punitivo. No es competente para establecer mecanismos reparación de acción de daños y perjuicios, a la que tiene derecho el operador abusado, ni la acción penal, (Arts. 71 y 72 de la LORCPM).

La acción administrativa sancionadora, por supuestos de ilicitud, regulados en la LORCPM, (competencia y competencia desleal), se inicia de oficio o por denuncia presentada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, que demuestre un interés legítimo. (Art. 53 de la LORCPM).

La denuncia, es por tanto, el mecanismo procesal por el cual, se pone en conocimiento de la Autoridad correspondiente sobre la existencia de supuestos que puedan constituir posibles ilícitos o infracciones sancionadas en la LORCPM. La finalidad de la denuncia es que, la Autoridad de Investigación, advertida de los indicios o presunciones sobre la existencia de alguna o algunas de las infracciones

previstas en la LORCPM, en cuidado y protección de los bienes jurídicos tutelares, inicie las investigaciones necesarias, para llegar a establecer la o las responsabilidades que pudieren existir.

La doctrina especializada sobre Competencia, ratifica la importancia del ejercicio de la facultad de investigación, y la resalta como la facultad esencial de la autoridad administrativa sancionadora. Por ello, respecto de la denuncia señala: *“Tal como es expresado por la Justicia, la denuncia no requiere términos sacramentales, pero si requiere de una expresión que, más allá de los hechos relatados signifique una manifestación expresa de voluntad de que la acción sea puesta en marcha contra los imputados o presuntos responsables”*.⁴⁹

En consecuencia, en estos procesos, no corresponde exigir los requisitos formales que se establecen para la proposición o demanda, ni el litis consorcio necesario, pues de la indagación de los hechos, incluso pueden llegar a determinarse terceras personas no denunciadas.

La etapa de prevención y de investigación, son de alta importancia en los procesos administrativos sancionados, como el recaudo probatorio de datos, informaciones y material probatorio relevante al caso, y la realización de las diligencias necesarias conducentes a establecer el esclarecimiento de los hechos que puedan constituir un presunto ilícito como de las responsabilidades de los actores.⁵⁰

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en cumplimiento de sus fines, puede, ordenar el requerimiento de información, realizar diligencias de inspección, las que se llevarán a cabo con anuencia del inspeccionado, dejando a salvo su negativa, en caso de

⁴⁹ Tambusi, E Carlos, director, artículo Derecho de Defensa de la Competencia, dentro de Práctica y Estrategia Derechos del Consumidor, Editorial la Ley, Buenos Aires, Argentina, 2015, p. 340.

⁵⁰ Panizo, Tamargo, Alfredo González, Régimen de Sanciones... dentro de Cuadernos... ob cit. pp. 94 y 95

no aceptarla. Puede solicitar el allanamiento en colaboración de la autoridad judicial, vigilando en todo momento la cadena de custodia la información⁵¹.

Tiene atribuciones para establecer medidas preventivas como el cese de la conducta, (artículo 62); archivar la denuncia o sancionar al operador que abusa de su poder de mercado. Los recursos en sede administrativa, son el de reposición (rt. 66); apelación (Art. 67) y revisión (Art. 68). En la actual legislación española, no establece recurso en instancia administrativa de la Resolución dictada por la Comisión de Competencia, sino impugnación en vía judicial.

En términos generales, el procedimiento descrito en la Ley y el Reglamento en la LORCPM, para autores como Pablo Tinajero, con quién concuerdo, *presenta una estructura poco simple y que puede provocar un sin número de incidentes, lo cual no responde a la filosofía, concepto y finalidad del derecho administrativo*⁵². Hecho que amerita, *aspectos que deben tomarse en cuenta a fin de adoptar “un sistema que al tiempo de ser ágil, permita la toma de decisiones oportunas, sustentadas en mérito y la conveniencia adecuada”*⁵³

Las resoluciones administrativas, pueden ser impugnadas mediante acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción o subjetivo (Art. 69 de la LORCPM), siguiendo el procedimiento ordinario, a excepción de las acciones especiales determinadas en el literal 4 del artículo 326 del COGEP (silencio administrativo y juicio de consignación).

⁵¹ Instructivo para la realización de inspecciones y allanamientos y mantenimiento de la cadena de custodia de evidencias de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

⁵² Tinajero, Pablo, artículo el Procedimiento Administrativo sancionador en el marco de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dentro de Derecho Administrativo y Corrección Económica, Memorias Seminario Internacional, Corte Nacional de Justicia, Quito, Ecuador, 2015. P 107.

⁵³ *Ibíd.* p. 107

5.2. Confidencialidad y acceso público a la información

La información ingresada en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, incluso la que preceda a la denuncia, están sujetos a reserva y confidencialidad, por mandato legal, como lo está el procedimiento administrativo sancionador, salvo para las partes involucradas (Art. 47; tercer inciso del Art. 56 de la LORCPM, y Art. 6 del Instructivo para el Tratamiento de Información Restringida de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado). Sin embargo, incluso determinada información o documentos, por su carácter sensible, pueden ser declarados confidenciales incluso para otros operadores involucrados en el proceso de investigación. En este caso, la Autoridad administrativa de oficio o por petición de parte, previa valoración, calificará la confidencialidad.

El mandato legal de confidencialidad, obliga a iniciar el proceso de investigación con el carácter de reservado, salvo que las resoluciones sean impugnadas en instancia contenciosa administrativa, donde es público todo el expediente, a excepción de las piezas procesales que expresamente hayan sido declaradas confidenciales por la autoridad administrativa de control de oficio o a petición de parte.

Las acciones de incoación iniciados en contra de operadores económicos, luego de la etapa de investigación, por el carácter reservado de éste procedimiento, no llega al conocimiento de consumidores, usuarios, y demás operadores económicos, con la oportunidad que en estos casos es recomendable para ejercer el derecho de información y de libre elección, en aplicación al principio constitucional acceso a la información pública.

Al respecto, la legislación Española, en protección de los derechos confrontados, ha establecido que el hecho de incoación contra uno o varios operadores económicos, esto es, iniciada la etapa de instrucción, debe publicarse por la web del Consejo Nacional de

Competencia,⁵⁴ mediante un resumen sumario para conocimiento de los operadores económicos y de las asociaciones de consumidores, siendo así mismo pública la resolución que se dicta. Este mecanismo, permite mantener informados oportuna y cabalmente a los consumidores; y, objetivamente promueve y permite la acción ciudadana en el proceso de moralización y corrección de conductas, siendo reservado y relevante el momento de recaudo probatorio, y de inicio de la investigación en contra de los sujetos infractores, previo a la instrucción.

El derecho de acceso a la información pública y el de información y libre elección de los consumidores, a quién busca proteger la LORCPM, entendidos estos últimos como sujetos y no como objetos de derechos, nos lleva a reflexionar si en el Ecuador, los consumidores y usuarios, estamos cabal y oportunamente informados sobre las conductas de los operadores económicos que afectan nuestros derechos, para poder ejercer ejercerlos efectivamente.

La reserva y confidencialidad, cede ante el interés público de protección de los consumidores y del sistema competitivo. Por ello, la publicidad del sumario incoado en contra de un operador económico, habilita que el consumidor, en forma real y objetiva, puede ejercer la sanción moral contra los actos de ilicitud comercial, que muchas de las veces es más fuerte que la sanción punitiva.

Establecerse un equilibrio entre estos derechos, es tarea pendiente en la legislación ecuatoriana. La publicidad sobre el auto de incoación, aportan a la transparencia de las actuaciones comerciales de los operadores económicos y, permite un proceso de autocomposición y libre elección de los consumidores, quienes no pueden estar alejados y al margen del conocimiento de información pública

⁵⁴ Panizo, Tamargo, Alfredo González, Régimen de Sanciones y Política de Clemencia, en Cuadernos de Derecho... ob. cit. p 94.

relevante que tiene relación con el ejercicio de sus derechos, especialmente el de libre elección y de información.

5.3. Supletoriedad normativa

El trámite administrativo, establecido en la LORCPM, tiene como normas supletorias el Código Civil, el Código Penal, el Código Orgánico General de Procesos, COGEP y el Código Orgánico Integral Penal, COIP, (La Disposición General Primera, inciso tercero), los cuales marcan las características sui géneris de éste procedimiento en la legislación ecuatoriana. Esta supletoriedad, no corresponde a la naturaleza *administrativa* —valga la redundancia— del procedimiento administrativo sancionador, que se reconoce en otras leyes como la ley Argentina; Española; Peruana y Colombia.

5.4. Las acciones civiles y la aplicación privada del derecho de competencia y de la competencia desleal

La aplicación privada, se mide en relación a los efectos civiles devenidos por el cometimiento de las infracciones sancionadas de competencia, especialmente los de nulidad contractual y el de responsabilidad civil,⁵⁵ los que en nuestro caso, son también aplicable a la competencia desleal, por cuanto, la LORCMP, en ambos casos, investiga, juzga y resuelve mediante un procedimiento administrativo sancionador idéntico, dividiéndola de la acción reparativa.

En consecuencia, el operador que haya sufrido daños por la comisión de actos y conductas sancionados por la LORCPM, podrá hacerlas valer conforme las normas del derecho civil, reclamando los daños y perjuicios, hasta en un plazo de 5 años desde la emisión del acto sancionatorio de competencia. (Art. 71 LORCOMP).

⁵⁵ Ibidem. p. 40

Esta norma, resulta insuficiente para efectos de entender y canalizar la independencia de las acciones civiles con las administrativas. Su ambigua redacción, puede traer más de una mala interpretación, pues podría pensarse que sugiere limitar el inicio de la acción civil a la resolución administrativa, lo que significaría un retraso innecesario en el ejercicio del derecho de reparación y la protección de intereses privados; tornando así ineficiente y contraproducente la espera; afectando los derechos de los operadores abusados; desmotivando el autocontrol; la autocomposición entre operadores económicos y, el mejoramiento en el sistema competitivo, ante el riesgo de los costos de reparación oportunos.

En el ámbito procesal, debe valorarse la pertinencia de incluir, las reformas necesarias para establecer claramente la complementariedad e independencia de acciones. Sin embargo y hasta que esto tenga un feliz y oportuno desarrollo, cabe recordar que en nuestro derecho civil, el inicio de las acciones de nulidad contractual y de responsabilidad civil de los infractores, no requiere de prejudicialidad.

Por ello, la aplicación privada del derecho de competencia y de competencia desleal, en nuestra legislación, pueden exigirse a la luz de los principios generales del derecho e instituciones jurídicas como el **abuso del derecho; la buena fe contractual; la responsabilidad civil; y, el derecho de daños**, para que, sin perjuicio de las acciones administrativas que se ventilen y conozcan en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se prosigan con las acciones civiles derivadas de los ilícitos tipificados y sancionados por la LORCPM, que sean fuente de responsabilidad civil, “en donde quién causa daño debe repararlo”⁵⁶.

El Código Civil, establece como fuente de responsabilidad civil los delitos y cuasidelitos civiles, a los que no se escapan las conductas tipificadas en la LORCPM. Éstas, dan lugar a acciones de daños

⁵⁶ *Ibid.*, p. 159

y perjuicios y de daño moral las que deben ser resueltas indistintamente por el juez de lo civil. Su declaración debe ventilarse conforme el procedimiento ordinario y la cuantificación de los daños y perjuicios, en vía sumaria, (literal 1 del art. 332, en correlación con la Primera Disposición Reformatoria del COGEP).

En el caso de competencia desleal, el mecanismo judicial, establecido en la legislación española, es más rápido y eficiente para el sujeto pasivo de la infracción, que el mecanismo administrativo, por cuanto le permite activar en forma directa sus derechos, salvo que, se establezca claramente la independencia y complementariedad de acciones civiles y administrativas.

La LORCPM, y su Reglamento de Aplicación, por la confusión de las normas de competencia desleal con las de competencia, no observa el sentido de inminencia de protección de los derechos de los afectados por la deslealtad, y si bien establece las acciones y procedimientos fundamentalmente administrativos contra éstas actuaciones, solo investiga, juzga y sanciona los actos desleales agravados, y remite al IEPI, los que nacen de la violación de los derechos de propiedad intelectual; sin embargo, lo LORCPM, los regula desde la visión del interés público y no del privado, último que no es propio de la competencia desleal.

Con ello, desactivaron la protección jurídica de los actos de competencia desleal que no llegaren a los umbrales o límites considerados para ser sancionados como actos de afectación macro y sujetos a la investigación de la Autoridad de Competencia. Así como las de carácter preventivo de aquellos actos desleales vinculados a la violación de los derechos de propiedad intelectual, por cuanto, procesalmente, una vez presentada la acción de competencia desleal en el IEPI, éste debe remitir en consulta a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la que emitirá una opinión vinculante, sobre si ésta debe ser conocido por el EIPI, o por la Superintendencia, desvaneciendo su activación preventiva, las medidas cautelares y la protección que se le dio en la Ley de Propiedad Intelectual.

De allí, la necesidad de reformular la normativa contra la competencia desleal y promulgar una ley autónoma, que respeta su especialidad, incluya procedimientos procesales acordes a su naturaleza, permitiendo así, investigar, juzgar y sancionar más adecuadamente toda forma de deslealtad.

5. Conclusiones

Si bien la LORCPM, permitió avances importantes en el desarrollo del derecho de competencia, debe sujetarse a un proceso de ajustes propios de la evolución de toda estructura normativa para alcanzar mayor eficiencia y eficacia para los fines que se otorga. Sin embargo, la situación frente a la competencia desleal, es diferente, por cuanto, su regulación es errada, pues dista de la naturaleza jurídica y autonomía normativa que se le reconoce en el modelo social, y se la subsume dentro de la defensa de la competencia.

Respecto de las acciones privadas del derecho de competencia y de la competencia desleal, al repasar los bienes jurídicos tutelares que deben primar en cada caso; se llega a la conclusión de que es importante construir mecanismos jurídicos más modernos de reparación por el costo individual y social que puedan acarrear y acarrear tanto los actos anticompetitivos como los de deslealtad, mediante la concurrencia de procedimientos judiciales y administrativos más eficaces como concurrentes, que viabilicen efectivamente las acciones en protección de intereses diversos tanto públicos como privados, con celeridad e inmediatez.

Finalmente el estudio realizado, evidencia, la necesidad de considerar la coordinación y vinculación del sistema jurídico interno de competencia y el de competencia desleal, con el comunitario andino, atendiendo a la naturaleza supranacional de la Comunidad Andina, de la que Ecuador, es parte.

Bibliografía y fuentes:

- Alonso Ureba, Alberto, Coordinador, Cuadernos de Derecho para Ingenieros, Derecho de la Competencia y la propiedad industrial, intelectual y comercial, La Ley, Iberdrola, Madrid, España, 2010
- Barona Vilar, Silvia, Competencia Desleal, Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajudicial. Doctrina, legislación y jurisprudencia. Tomo I, Consideraciones Generales y objeto del proceso civil, Tirant o Blanch Tratados, 2008, Valencia, España.
- Bercovitz, Alberto, La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991, Madrid-España, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto, Apuntes de Derecho Mercantil, Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual, 13ava Edición, Aranzada, Rhomson Reuters, Madrid España, 2012.
- B, Scotti, Luciana, Negro, Sandra, Directora, *Derecho de la Integración*, Manual, Docuprint, Tacuari, Buenos Aires, 2013.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia /1, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, 2005.
- Cobas, Manuel y otros. Derecho Civil Parte General. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2007.
- Czar de Zalduendo, Susana, Negro, Sandra, Directora, *Derecho de la Integración*, Manual, Docuprint, Tacuari, Buenos Aires, 2013.
- García Menéndez, Sebastián Alfredo, “Competencia Desleal, Actos de desorganización del competidor”, LexisNexis Argentina S.A., 2004.

Krause, Martin. E. Economía, Instituciones y Políticas Públicas, La Ley, primera edición 2011, Buenos Aires, Argentina.

Montaño, César, Problemas *Constitucionales de la Integración*, Editorial Porrúa, México, México 2013.

Negro, Sandra, Directora, *Derecho de la Integración, Manual*, Docu-print, Tacuari, Buenos Aires, 2013.

Novak Talavera, Fabián, La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico, en *Derecho Comunitario Andino*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial Lima Perú, 2003.

Alvear Peña, Patricia, *Derecho de Corrección Económica, competencia y competencia desleal, dentro de Derecho Administrativo y Corrección Económica*, Memorias Seminario Internacional, Corte Nacional de Justicia, Quito Ecuador, 2015.

Alvear Peña, Patricia y Gómez de la Torre, Blanca, *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal, apuntes para su construcción*, primera edición. SEK, Quito Ecuador, 2012.

Ortiz Baquero, Ingrid S. *La aplicación privada del derecho de competencia. Los efectos derivados de la infracción de las normas de competencia*, Editorial Edita, 2011, Madrid, España.

Pizzolo, Calogero, *Derecho e Integración Regional, Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2010.

Rengifo García, Ernesto, "Del Abuso del Derecho al abuso de la posición dominante," Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 2009.

Rodríguez Yong, Camilo Andres, Una aproximación a las cláusulas abusiva, Universidad Del Rosario, Legis, Bogotá Colombia, 2013.

Salgado, Oswaldo, El ABC del Derecho para la Integración, el Surco de la Neo-Integración, EDISLAT, ediciones y distribuciones latinoamericanas, Cuenca, Ecuador, 2010.

Storneu, (h) Guillermo, Análisis Económico del Derecho, Una Introducción, Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina 2011.

Tambusi, E Carlos, director, artículo Derecho de Defensa de la Competencia, dentro de Práctica y Estrategia Derechos del Consumidor, Editorial la Ley, Buenos Aires, Argentina, 2015.

Tinajero Delgado, Pablo, artículo El Procedimiento Administrativo sancionador en el marco de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dentro de Derecho Administrativo y Corrección Económica, Memorias Seminario Internacional, Corte Nacional de Justicia, Quito, Ecuador, 2015.

Viera González, Vicente, Vicente Mambrilla Rivera y otros. Distribución comercial y derecho de la competencia. Madrid, Editorial La Ley, 2011.

Vigil Toledo, Ricardo, La Estructura Jurídica y el Futuro de la Comunidad Andina, Thomson Reuters, Civitas, Pamplona España, 2011.

Normas

Constitución Ecuatoriana

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento General de Aplicación.

Código Orgánico General de Procesos, COGEP.

Decisión 608, 616 y 486.

Ediciones Legales. Sistema Informático Legal. Área Comercial.

Regulación contra la competencia desleal española.

Ley de defensa de la competencia española

Defensa del Consumidor, Ley No. 24.240; Defensa de la Competencia, Ley No. 25. 156; Lealtad Comercial, Ley Nro. 22. 802, Decretos y Resoluciones Complementarias, Ediciones del País, 15ta. Reimpresión, agosto de 2013. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

Sitios web

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>

<https://www.indecopi.gob.pe/web/defensa-de-la-libre-competencia/legislacion>

http://www.sic.gov.co/drupal/leyes?field_tipo_de_norma_value=1

<http://www.sice.oas.org/compol/natleg/Argent/25156.asp>

Consideraciones jurídicas respecto a la bioética en la empresa

*Pablo Tinajero Delgado**

Resumen:

La complejidad del mundo contemporáneo actual así como la interrelación existente entre las ciencias, ya sean éstas, las ciencias de la naturaleza con las ciencias exactas y con las ciencias sociales, hace cada vez más indispensable, abordar ciertos aspectos que, para los estudiosos del derecho, cobran especial interés y trascendencia jurídica. Uno de esos campos, todavía muy poco explorado por la ciencia jurídica, tiene relación con los temas de bioética. Este pequeño trabajo, tiene como objetivo poner en la discusión los aspectos jurídicos que se deben considerar en la praxis diaria de las empresas y personas naturales que se dedican a la explotación de este campo de la ciencia, de manera que los avances y desarrollo científico sean de beneficio de la comunidad en general y no sirvan de modelo para alcanzar

* Doctor en Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, ha ejercido la docencia en la cátedra de derecho administrativo y derecho constitucional en la Universidad del Azuay, Pontificia Universidad Católica del Ecuador y la Universidad Internacional SEK. En el libre ejercicio profesional se ha desempeñado como Gerente General y como Presidente del Estudio Jurídico “Francisco Tinajero Villamar”, igualmente ha ejercido cargos de asesoría y patrocinio jurídico a favor de instituciones públicas y privadas, entre las que señalo: Federación Ecuatoriana de Enfermeras/os (Asesor Jurídico y Síndico de la Asociación desde 1988 hasta 1999), Embajada de Canadá (Abogado-Asesor, 2003-2004); Asociación de Funcionarios del Servicio Exterior (Síndico, 2003-2004); Municipalidad de Guayaquil, Municipalidad de Cuenca, Municipalidad de Ibarra, Municipalidad de Manta, Oleoducto de Crudos Pesados (OCP), SERVIDINAMICA, Alegro PCS, Asociación de Pacientes con Cáncer “Pasión por la Vida” (Síndico), Asociación de Pacientes de Trasplante “Caminando hacia la Luz”, y otros. En el sector público, ha ocupado varios cargos como Asesor Jurídico del Ministro de Salud Pública; Secretario General del Ministerio de Economía y Finanzas; Subprocurador del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito en el área de procedimientos administrativos y tributarios; Subdirector Nacional de Control Disciplinario en el Consejo de la Judicatura; Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Actualmente se desempeña como Juez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y es Miembro de la Comisión de Justicia Ambiental, designado en la XVIII Cumbre Iberoamericana de Justicia, realizada en Asunción del Paraguay.

beneficios económicos, políticos, sanitarios, ambientales, etc., de unos pocos, en perjuicio de las grandes mayorías.

Palabras claves: *Bioética, derecho, biotecnología, dignidad humana, derechos humanos, bioseguridad, conciencia animal, biología sintética, medio ambiente.*

Sumario:

Introducción. 1. Concepto de bioética. 2. Principios de la bioética. 3. La bioética y su relación con otras ciencias: a) La bioética y la medicina; b) bioética respecto de los animales; c) bioética y biotecnología. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía

Introducción

He escogido este interesante tema para poner a consideración de esta respetabilísima audiencia, porque considero que la bioética juega un papel de trascendental importancia en el dinámico mundo de hoy. En ese contexto, este trabajo no pretende, en forma alguna, imponer “*mandamientos*” de conducta, sino por el contrario, poner en la mesa de discusión, un tema que personalmente considero debe ser tomado en cuenta como una de aquellas ramas del derecho que se deben desarrollar en este complejo siglo XXI. Por ello, en las páginas siguientes, me voy a permitir hacer una breve síntesis respecto de la bioética y su aplicación en el derecho, poniendo énfasis en lo que se relaciona con los seres humanos, la biodiversidad, el medio ambiente, los animales y las plantas.

1. Concepto de bioética

Debemos empezar por indicar que existen tantos conceptos de bioética como autores dedicados a su estudio, por lo que encontrar un concepto “universal” será siempre una tarea complicada. Etimológicamente, el término bioética tiene su origen en el conocido *bios-ethos*, que a su vez se le entiende como “ética de la vida”, utilizado por el médico oncólogo Potter, para “unir” dos mundos que para su criterio, habían recorrido caminos distintos, a saber: el mundo de los hechos y de la ciencia, y el mundo de los valores y en particular de la ética. El concepto de bioética ha variado con el paso del tiempo, y hoy en día podemos hablar de un concepto “global”, es decir, entendida no solo sobre los actos del hombre que recaen en la vida humana, sino también sobre toda conducta que afecte a la vida animal y al medio ambiente.

En lo que se relaciona con el derecho, la bioética adquiere un papel trascendental cuando se considera que las normas éticas deben cumplirse obligatoriamente, en cuyo caso, se convierten en normas jurídicas.

Elena Postigo Solana¹, nos dice:

“Después de diez años navegando por los mares de la bioética, he elaborado una definición, o caracterización general, que incluye a mi modo de ver los elementos más relevantes a la hora de comprender su objeto, significado y método. Es la definición que enseño a mis estudiantes en el aula y la que generalmente utilizo para explicar esta disciplina tan joven. “La bioética es el estudio sistemático e interdisciplinar de las acciones del hombre sobre la vida humana, vegetal y animal, considerando sus implicaciones antropológicas y éticas, con la finalidad de ver racionalmente aquello que es bueno para el hombre, las futuras generaciones y el ecosistema, para encontrar una posible solución clínica o elaborar una normativa jurídica adecuada”.

Para efectos de este trabajo, vamos a utilizar este concepto de la prestigiosa profesora universitaria, porque consideramos que es el más apropiado, que recoge los elementos indispensables de esta rama del saber y que plasma con claridad la relación existente entre la bioética y el derecho.

2. Principios de la bioética

El profesor chileno Roberto Rozas Soto² recoge los quince principios bioéticos enumerados en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, a saber:

¹ Ver su estudio “Bioética definición: Qué es bioética, concepto de Bioética y corrientes actuales en www.bioetica.web.com

² “Bioética y Derecho en Biotecnología”, Editorial Universidad de Santiago de Chile, primera edición, 2014.

- a) Dignidad humana y derechos humanos: recogido en el artículo 3 de la Declaración, según el cual se habrán de respetar plenamente la dignidad humana y las libertades fundamentales (numeral 1); y, los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o de la sociedad (numeral 2);
- b) Beneficios y efectos nocivos: según el cual, al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se deberán potenciar al máximo los beneficios directos e indirectos para los pacientes, los participantes en las actividades de investigación y otras personas concernidas, y se deberán reducir al máximo los posibles efectos nocivos para dichas personas (artículo 4);
- c) Autonomía y responsabilidad individual: se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses (artículo 5);
- d) Consentimiento: el mismo que supone, con relación a toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica, que sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento deberá ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Con relación a la investigación científica, ésta solo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier

motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente Declaración, en particular en el artículo 27, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos. En cuanto a las investigaciones llevadas a cabo a un grupo de personas o una comunidad, se podrá pedir además el acuerdo de los representantes legales del grupo o comunidad en cuestión. El acuerdo colectivo de una comunidad o el consentimiento de un dirigente comunitario u otra autoridad no debería sustituir en caso alguno, el consentimiento informado de una persona (artículo 6);

- e) Personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento: la legislación nacional deberá conceder protección especial a las personas que carecen de la capacidad de dar su consentimiento, teniendo en cuenta que la autorización para proceder a investigaciones y prácticas médicas debería obtenerse conforme a los intereses de la persona y de conformidad con la legislación nacional. Sin embargo, la persona interesada debería estar asociada en la mayor medida posible al proceso de adopción de la decisión de consentimiento, así como al de su revocación (artículo 7);
- f) Respecto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal: en la aplicación y fomento del conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos o grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y respetar su integridad personal (artículo 8);
- g) Privacidad y confidencialidad: la privacidad de las personas interesadas y la confidencialidad de la información que les atañe debería respetarse. En la mayor medida posible, esa información no debería utilizarse o revelarse para fines distintos de los que determinaron su acopio o para los que se obtuvo el

consentimiento, de conformidad con el derecho internacional, en particular el relativo a los derechos humanos (artículo 9);

- h) Igualdad, justicia y equidad: se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo que sean tratados con justicia y equidad (artículo 10);
- i) No discriminación y no estigmatización: según el cual, ningún individuo o grupo debería ser sometido por ningún motivo, en violación de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, a discriminación o estigmatización alguna (artículo 11);
- j) Respeto de la diversidad cultural y del pluralismo: que deben ser tomados en cuenta con la debida importancia. No obstante, estas consideraciones no habrán de invocarse para atentar contra la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales o los principios enunciados en la presente Declaración, ni tampoco para limitar su alcance (artículo 12);
- k) Solidaridad y cooperación: se habrá de fomentar la solidaridad entre los seres humanos y la cooperación internacional para este efecto (artículo 13);
- l) Responsabilidad social y salud, que comprende varios aspectos, a saber: que la promoción de la salud y el desarrollo social para sus pueblos es un cometido esencial de los gobiernos, que comparten todos los sectores de la sociedad. Que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. Los progresos de la ciencia y la tecnología deberían fomentar: el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse

un bien social y humano; el acceso a alimentación y agua adecuadas; la mejora de las condiciones de vida y del medio ambiente; la supresión de la marginación y exclusión de personas por cualquier motivo; y, la reducción de la pobreza y el analfabetismo (artículo 14);

- m) Aprovechamiento compartido de los beneficios: toda investigación científica y sus beneficios deberán compartirse con la sociedad en su conjunto y en el seno de la comunidad internacional, en particular con los países en desarrollo. Los beneficios que se deriven de la aplicación de este principio podrán revestir las siguientes formas: asistencia especial y duradera a las personas y grupos que hayan tomado parte en la actividad de investigación y reconocimiento de los mismos; acceso a una atención médica de calidad; suministro de nuevas modalidades o productos de diagnóstico y terapia obtenidos gracias a la investigación; apoyo a los servicios de salud; acceso a los conocimientos científicos y tecnológicos; instalaciones y servicios destinados a crear capacidades en materia de investigación; otras formas de beneficios compatibles con los principios enunciados en la presente Declaración; los beneficios no deberían constituir incentivos indebidos para participar en actividades de investigación (artículo 15);
- n) Protección de las generaciones futuras: se debería tener debida cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular su constitución genética (artículo 16); y,
- o) Protección del medio ambiente, la biósfera y la biodiversidad: se debería tener en cuenta la interconexión entre los seres humanos y las demás formas de vida, la importancia de un acceso apropiado a los recursos biológicos y genéticos y su utilización, el respeto al saber tradicional y el papel de los seres humanos en la protección del medio ambiente, la biósfera y la biodiversidad (artículo 17).

3. La bioética y su relación con otras ciencias

Ya se mencionó en párrafos anteriores que la bioética consiste en un estudio interdisciplinario de las acciones del hombre sobre la vida del planeta y que este concepto ha ido evolucionando en el tiempo, hasta llegar a comprender también, toda acción sobre la vida humana, animal o vegetal. En este contexto, es obvio suponer, entonces, que la bioética se relaciona con varias ciencias, tanto de la naturaleza como sociales.

En este acápite, voy a sintetizar, algunas de las relaciones de la bioética con otras ciencias, partiendo para ello, del análisis de casos prácticos que han llegado a conocimiento de juzgados y tribunales de distintos países.

a) *La bioética y la medicina*

La relación entre estas dos ciencias, es realmente innegable y, lo que es más, como ya se dijo en líneas anteriores, la bioética surge precisamente de la necesidad de regular las acciones del hombre en los campos de la ciencia médica, sobre todo en lo relativo a investigación, tratamientos terapéuticos, eutanasia, aborto, protección de generaciones futuras, etc.

Así pues, existen en el mundo entero, ejemplos absolutamente claros respecto de las relaciones de la bioética con la medicina. Tenemos el caso Becker vs. Swartz, en el cual, los padres y el hijo, luego de algunos años del nacimiento, interpusieron una acción por error de nacimiento y de vida, fundamentándose en que, cuando los padres se enteraron del embarazo, asistieron ante los demandados (obstetras y ginecólogos especializados), quienes no les advirtieron del alto riesgo existente de que su hijo nazca con este trastorno genético causado por una alteración en el cromosoma 21, por ser la madre, una mujer mayor de 35 años de edad. Al final del embarazo, la madre dio a luz a su hijo, el mismo que nació con daño y retraso mental, propio del síndrome de Down. La Corte de New York (1978)

declaró que era mejor que este niño no hubiese nacido, debido a las grandes dificultades para luchar por su vida, aceptó la demanda por nacimiento erróneo y condenó a los demandados al pago de indemnizaciones por daño moral y lucro cesante, sentencia que sirvió de precedente para otras situaciones similares.

Otro caso muy interesante, nos resume el profesor Rozas Soto, como el caso Jesse Gelsinger, quien en 1999 era un joven de 18 años de edad y falleció como resultado de su participación voluntaria en un experimento de terapia génica. Este paciente tenía una enfermedad genética, conocida como deficiencia de ornitina transcarbamilasa (OTC), la misma que afectó su capacidad para eliminar el amoníaco del cuerpo. Controlaba su enfermedad con dieta y el uso de medicamentos (32 pastillas al día). Los doctores James Wilson y Mark Batshaw del Instituto de Terapia Génica de la Universidad de Pennsylvania desarrollaron juntos el protocolo para el tratamiento de esta enfermedad génica y presentaron ante el Comité Asesor sobre ADN Recombinante del Instituto Nacional de Salud (NIH) y a la Administración de Alimentos y Drogas (FDA), su solicitud para revisión y aprobación, como se requiere para todos los experimentos humanos que involucra esta terapia. Al paciente se le inyectó 30 mililitros de adenovirus con el gen correctivo de OTC y el paciente presentó una reacción inmunológica severa a la inyección, resultando en una falla multiorgánica que causó su fallecimiento 4 días después de administrada la inyección. Después del fallecimiento se encontraron problemas con el proceso de pruebas, pues el hígado no estaba funcionando lo suficientemente bien al momento de la inyección de adenovirus y que ese paciente no debió haber sido elegible para el estudio. Se encontró igualmente, que los científicos habían violado regulaciones de la FDA, al no haber reportado información sobre pacientes que habían sufrido efectos secundarios severos que hubieran detenido las pruebas experimentales. Pero el profesor Rozas Soto, nos trae, en el caso que aquí reseñamos, un elemento adicional, que consiste en el hecho de existía un conflicto de interés, pues el doctor Wilson, era también dueño de una compañía privada llamada Genovo Inc., la misma que posee los derechos de cualquier descubrimiento

hecho por Wilson en el laboratorio de la Universidad de Pennsylvania, minimizando los riesgos del negocio, pues la compañía puede dejar que el laboratorio haga las pruebas clínicas antes de decidir la realización de inversiones. En el proceso judicial se demostró el conflicto de intereses existente, las deficiencias en la comunicación de riesgos del tratamiento, la ocultación de datos del tratamiento en animales (tres de los monos usados en el experimento murieron) y del tratamiento anterior en otros pacientes (sufrieron daño hepático), e irregularidades del comité de bioética que llevó el caso. Como resultado, las autoridades cerraron temporalmente todas las intervenciones de terapia génica, Paul Gelsinger y la Universidad llegaron a un acuerdo indemnizatorio que no se ha hecho público. Este caso, influyó en la adopción de políticas de bioética, información al paciente y pruebas clínicas en los Estados Unidos de Norteamérica.

b) *Bioética respecto a los animales*

El profesor Rozas antes citado, nos enseña que en la Declaración de Cambridge sobre la Conciencia Animal (2012) se establecen que científicos multidisciplinarios respaldan la idea de que los animales tienen conciencia, en la medida en que los seres humanos la tenemos, *“cada cual con sus atributos diferentes.”*³ Añaden los científicos reunidos en Cambridge que *“... la mayoría de especies animales posee los sustratos neurológicos que generan la conciencia”* y continúan *“... los animales no humanos, incluyendo todos los mamíferos, pájaros y otras muchas criaturas, poseen también estos sustratos neurológicos”*, los mismos que generan conciencia, al igual que en el ser humano. Dicho esto, es necesario indicar que la muerte de un animal en las manos del hombre, es un elemento importante que debe considerarse dentro del contexto del bienestar de los animales. El profesor Rozas nos enseña que *“...el bienestar de los animales, ya sea de granja, durante el transporte en el mercado o en un lugar de faenamiento deben ser considerados en términos de cinco libertades: 1. Libertad para*

³ Op. cit., página 118.

alimentarse y para beber (acceso a agua fresca y a una dieta para mantener completamente su salud y vigor). 2. Liberación de molestias, proporcionándosele un ambiente apropiado incluyendo techo y un área de descanso confortable. 3. Liberación del dolor, lesión o enfermedad mediante prevención o un típico diagnóstico y tratamiento. 4. Libertad para expresar un comportamiento normal, proporcionándole un espacio suficiente, instalaciones adecuadas y la compañía de la misma especie animal. 5. Liberación de miedos y angustias, asegurándose condiciones y un tratamiento que eviten su sufrimiento mental.” Estos principios, deben ser considerados en toda actividad científica, de investigación y de comercio en la que se incluyan a animales. Sin embargo, es preocupante comprobar que permanentemente se usan animales para procesos de investigación científica y muchos de ellos mueren durante dichos procesos investigativos. El profesor Rozas nos reseña los casos de experimentación con chimpancés, en los que para obtener un ejemplar se dispara a la hembra para cazar a la cría, que es capturada y enviada a los centros de investigación (por lo general radicados en Europa o Estados Unidos). La cifra es realmente alarmante y desesperanzadora: por cada chimpancé infante que llega vivo a su destino, 6 chimpancés mueren.

c) Bioética y biotecnología

Una de las ciencias con mayor desarrollo y evolución en las sociedades contemporáneas actuales, es sin duda alguna, la que se relaciona con la biotecnología, la misma que se concreta en áreas como la biomedicina, los biocombustibles, biomateriales y, por cierto, en productos farmacéuticos nuevos, lo cual, a su vez, nos presentan serios problemas de orden práctico a resolver, como por ejemplo; los temas de bioseguridad, responsabilidad y compensación, el acceso y participación de los beneficios, entre otros.

En cuanto a la bioseguridad, el Convenio sobre la Diversidad Biológica tiene como objetivo primordial, asegurar que los componentes genéticos sintéticos y organismos vivos modificados producidos por la biología sintética, no se liberen en el medio ambiente; o

que su uso comercial se apruebe solo el momento en que exista una base científica adecuada para justificar tales actividades, así como también, que se tenga un debido conocimiento respecto de los riesgos asociados con la diversidad biológica, incluyendo también riesgos socio-económicos, los riesgos para el medio ambiente, para la salud humana, los medios de vida, la cultura, el conocimiento tradicional, las prácticas y las innovaciones.

Con relación a la responsabilidad y compensación, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología y el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur Suplementario sobre Responsabilidad y Compensación considera la posibilidad de hacer extensivos los requisitos del consentimiento fundamentado previo y los procedimientos de evaluación de riesgos, a los componentes genéticos sintéticos, con el fin de “*cubrir las lagunas*” que permiten la evasión de las normas acordadas en virtud de los protocolos.

En cuanto al acceso y participación de los beneficios, las partes del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación de los Beneficios deberían considerar la prolongación de los acuerdos sobre acceso y distribución de los beneficios a las secuencias genéticas digitales y los productos derivados de las secuencias naturales utilizando herramientas de biología sintética, tales como las técnicas de evolución dirigida.

Todo ello ha llevado a desarrollar los criterios para la supervisión de la biología sintética, que se resumen en los siete principios que a continuación se reseñan brevemente: *1. El principio de precaución*: el mismo que debe ser aplicado a la biología sintética, ya que los riesgos en el uso de esta tecnología son “*inherentemente impredecibles*”, con un impacto potencial de gran alcance e irreversible. *2. Regulaciones obligatorias específicas*: que deben ser condiciones previas para su futura evolución y que deberían complementar y reforzar las demás normas aplicables como por ejemplo, normas ambientales, leyes antidrogas y restricciones sobre agentes patógenos, entre otros. *3. Protección de la salud pública y la seguridad de los*

trabajadores: de manera que sea indispensable un énfasis inmediato en la prevención de exposiciones humanas, conocidas y potenciales, a los organismos sintéticos que han demostrado no ser seguros.

4. Protección del medio ambiente: en cuanto a que son desconocidos los riesgos que se pueden producir por efecto del uso de biología sintética, razón por la cual, se deben exigir los estudios de impacto ambiental previo a la comercialización. Igualmente, las evaluaciones de riesgo del ciclo de vida se deben efectuar con relación a cada organismo sintético distinto, cada constructo sintético y cada producto derivado de organismos y constructos sintéticos. Un aspecto digno de resaltar es que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica ha ordenado una moratoria internacional en el uso de “*tecnología de terminador*”, como “*genes suicidas*” y otras tecnologías de restricción de uso genético.

5. La garantía del derecho a saber y la participación democrática: la toma de decisiones en temas relacionados con biología sintética debe procurar la participación pública integral. Los investigadores y las empresas que buscan aprobación para el desarrollo y comercialización de productos derivados de la biología sintética deben proveer las pruebas necesarias para detectar organismos sintéticos en el caso de liberación involuntaria o exposición, así como desarrollar protocolos para la destrucción de organismos cuando se complete la investigación y reportar los resultados obtenidos a las comunidades y naciones.

6. Rendición de cuentas corporativas y responsabilidad del fabricante: quienes usen biología sintética deben ser financiera y legalmente responsables por cualquier daño causado y sus fuentes de financiamiento deben establecer mecanismos, incluso en la etapa de investigación, para asegurar los fondos suficientes para mitigar y compensar los daños.

7. La protección de la justicia económica y ambiental: de manera que el desarrollo de esta ciencia no profundice las injusticias económicas y sociales. No se debe permitir el patentamiento de versiones sintéticas de organismos naturales, pues se podría abrir nuevas vías para la biopiratería y formas de burlar los acuerdos de acceso y participación en los beneficios.

Con respecto a este tema, el profesor Rozas nos trae tres casos paradigmáticos, que han permitido considerar la ciencia en los tribunales. En esta ocasión, voy a resumir brevemente, los casos analizados por el prestigioso profesor chileno.

El primer caso, conocido como “Daubert”, en el cual Jason Daubert y Eric Schuller habían nacido con graves defectos de nacimiento. Ellos y sus padres demandaron a Merrell Dow Pharmaceutical Inc., afirmando que el medicamento “Bendectin” era la causa de los defectos de nacimiento. En el caso, los actores presentaron como evidencia información basada en estudios *in vitro* y de animales *in vivo*, estudios farmacológicos y metodologías que aún no habían ganado aceptación dentro de la comunidad científica, por lo que se dio la razón al laboratorio demandado. Sin embargo, la Corte Suprema revisó la decisión y estableció que los requisitos de nivel científico de las afirmaciones que pueden ser utilizadas como prueba son: a) controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica en la que se basa la prueba; b) determinación del porcentaje de error, relativo a la técnica empleada; c) existencia de un control ejercido por otros expertos a través de una revisión de pares; d) existencia de un consenso general de la comunidad científica de referencia; y, e) que la prueba científica sea pertinente a los hechos que deben ser comprobados en el caso concreto en discusión.

El segundo caso, *Joyner vs. General Electric Co.*, se promovió por cuanto el señor Joyner, trabajador de General Electric Co., contra-jo cáncer de pulmón debido a la exposición que tuvo a compuestos bifenilos polyclorados utilizados en los transformadores que debía fabricar para su empleador. En este caso, la demanda fue acogida, tomando en consideración el caso Daubert. Igual sucedió en el caso *Carmichael vs. Kumho Tire Co.*, en el que se aceptó que la prueba provenga de un técnico y no de un científico.

El tercer caso, *Association for Molecular Pathology vs. Myriad Genetics Inc.*, se produjo luego de que Myriad obtuvo varias patentes después de descubrir la localización y secuencia precisas de los

genes BRCA1 y BRCA2, cuyas mutaciones pueden aumentar dramáticamente el riesgo de cáncer de mama y ovarios, lo que permitió determinar la secuencia típica de nucleótidos en los genes, lo cual a su vez le facilitó desarrollar pruebas médicas útiles para detectar mutaciones en estos genes en un paciente específico, con el fin de evaluar el riesgo de cáncer del paciente. De ser válidas estas patentes, le otorgarían a Myriad Genetics Inc., el derecho exclusivo de aislar los genes BRCA1 y BRCA2 de una persona, y le darían también el derecho de crear sintéticamente BRCA y ADNc. En un inicio la Corte de Distrito concluyó que las reivindicaciones de Myriad eran inválidas porque cubrían productos de la naturaleza. Sin embargo, el Circuito Federal consideró que un segmento de ADN surgido naturalmente es un producto de la naturaleza y no es elegible para patente por el solo hecho de haber sido aislado, pero el ADNc es elegible para patente porque no ocurre naturalmente. Para llegar a esa conclusión se consideró que la Ley de Patentes permite otorgar patentes a quien invente o descubra una composición de materia nueva y útil, pero las leyes naturales, los fenómenos naturales y las ideas abstractas son herramientas básicas del trabajo científico y tecnológico que se encuentran fuera del dominio de protección de la patente. Para considerar que el ADNc no es un producto de la naturaleza y por lo tanto es patentable, se consideró que al ADNc no presenta los mismos obstáculos para patentarlo que los segmentos aislados de ADN surgidos naturalmente, pues su creación se produce en una molécula de solo exones, que no surge naturalmente. El orden de los exones puede ser dictado por la naturaleza, pero el técnico de laboratorio indiscutiblemente crea algo nuevo cuando los intrones son extraídos de la secuencia del ADN para producir el ADNc.

4. Conclusiones

Este trabajo, como ya lo manifesté, no pretende, en forma alguna, agotar con estos temas relativos a la bioética, que han motivado para que estudiosos elaboren textos de mucha importancia y que han permitido el desarrollo de esta importante ciencia que, como

vimos, tiene relación con muchas áreas del saber. En lo que a nosotros respecta, nuestro interés se refleja en todos esos aspectos de orden jurídico que trascienden a la vida social gracias al trabajo de investigadores y empresas particulares que actúan en los diversos campos de la biotecnología. Es necesario, en consecuencia, impulsar el desarrollo y estudio interdisciplinario de estos aspectos de la ciencia, con el objetivo primordial de permitir que la especie humana se beneficie de esos conocimientos, guardando siempre el respeto y protección de otras especies vivas, de manera de conseguir un desarrollo sustentable, sostenible y equilibrado. Para tal efecto, el trabajo mancomunado entre los estados y la industria privada lo considero indispensable.

5. Bibliografía

Rozas Soto, Roberto, *Bioética y Derecho en Biotecnología*, Editorial USACH, Santiago de Chile, 2014.

Martin Mateo, Ramón, *Bioética y Derecho*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1987.

Konrad Adenauer Stiftung, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 12° año, tomo II, Berlín, 2006.

Rodríguez Merino, José, *Bioética y Derechos Emergentes*, Dykinson S.L., Madrid, 2011.

Lucas Lucas, Ramón, *Bioética para todos*, Editorial Trillas, México D.F., 2005.

Postigo Solana, Helena, "*Bioética definición: Qué es bioética, concepto de Bioética y corrientes actuales*" en www.bioetica.web.com.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.

Declaración de Cambridge sobre la Conciencia Animal (2012).

Convención de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica.

Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología.

Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur Suplementario sobre Responsabilidad y Compensación.

Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación de los Beneficios.

La libertad económica y los límites ambientales que impone la Constitución ecuatoriana de 2008

Ana María Bustos Cordero*

Resumen:

El presente ensayo es un análisis de cómo el desarrollo sostenible como modelo internacional empata con la concepción del Buen Vivir y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, incorporados en la Constitución del Ecuador de 2008. Ello con la finalidad de determinar los límites que estas concepciones introducen al ejercicio del derecho de libertad económica.

Palabras Clave: *Derechos de la Naturaleza, Libertad económica, Sumak Kawsay, Desarrollo Sostenible.*

Sumario:

1. Introducción; 2. El desarrollo sostenible como estrategia de vida; 3. El sumak kawsay y el régimen de desarrollo en el Ecuador; 4. Los derechos de la naturaleza en el modelo de desarrollo ecuatoriano; 5. La función ambiental de las actividades económicas; 6. Límites ambientales de las actividades económicas; 7. Conclusiones; 8. Bibliografía

* Abogada por la Universidad del Azuay; especialista en Derecho Constitucional; Máster en Derecho Ambiental por la Universidad Complutense de Madrid; candidata a Doctorado en Medio Ambiente por la Universidad Complutense de Madrid. Docente de la Universidad del Azuay, Escuela de Derecho y Estudios Internacionales; Miembro de la Junta Académica de la Escuela de Derecho de la Universidad del Azuay; Secretaria Arbitral de las Cámaras de la Producción del Azuay; Mediadora en el Centro de Mediación gratuito de la Universidad del Azuay.

1. Introducción

La Constitución ecuatoriana de 2008, reconoce como el desarrollar a actividades económicas, mismo que se completa con los derechos de libertad de contratación y derecho a la propiedad en todas sus formas¹.

Estos son derechos fundamentales inherentes a la persona humana, para los cuales el Estado deberá garantizar el eficaz y libre desarrollo, así como la promoción de los mecanismos necesarios para el cumplimiento adecuado de su finalidad que, a decir de la Constitución es la realización del buen vivir.

A pesar de que estos constituyen derechos de libertad que buscan el desarrollo de la personalidad individual, el ejercicio de la actividad económica, ha estado determinada por una serie de factores que implican limitaciones a su ejercicio.

Una limitación importante a este derecho surge con la corriente social en las constituciones, concretamente con la Constitución alemana de Weimar, a través de la cual se busca dar una función social tanto a la propiedad como al ejercicio de las actividades económicas, ello por la necesidad de lograr equidad y justicia en las relaciones sociales.

Pero las relaciones económicas no se agotan en su relación con la dinámica social; éstas dependen y requieren de una base ecológica

¹ Artículo 66. 15, 16, 26

que les sustente y proporcione recursos y servicios. Es justamente esta dependencia la que se ha convertido, por la nueva función que tiene la dimensión ambiental, en todas las relaciones, la que introduce un nuevo fin y con ellos limitaciones a las actividades económicas.

En el presente trabajo se hará un análisis de cómo el modelo internacional del desarrollo sostenible, así como los planteamientos revolucionarios que la Constitución del 2008 de Ecuador introduce en el aspecto ambiental, a través de la estrategia de vida del *sumak kawsay*, constituyen límites al ejercicio de la actividad económica.

2. El desarrollo sostenible como estrategia de vida

La cuestión ambiental se introduce en las agendas políticas desde los años 70s, como resultado de un conjunto de denuncias y publicaciones de grupos ecologistas y defensores del medio ambiente.

Estos reclamos a la comunidad internacional para que reconozca y tome acciones respecto al deterioro de la naturaleza, generó en 1972, una de las publicaciones que mayor trascendencia ha tenido en la comunidad internacional en el campo ambiental, promovida por el Club de Roma, 1968 y, el Instituto Tecnológico de Massachusetts, denominada “Los límites del Crecimiento”². El mayor desafío que plantea esta publicación a la humanidad es que la práctica abusiva e ilimitada que lleva el hombre respecto al medio ambiente, la ha llevado a sus límites y, sí la situación sigue de la misma manera para 100 años la tierra colapsará.

Los Límites del Crecimiento constituye una denuncia a las prácticas sociales y a la modalidad económica adoptada por los estados y por las personas, y tiene por objetivo el reconocimiento de los límites

² MEADOWS, D., MEADOWS, D., RANDERS, J., & BEHRENS III, W. *The Limits of growth*. The Club of Rome. Universe Books. (1972).

propios de la naturaleza, y por tanto, que las actividades sociales como económicas no pueden desconocerlos puesto que, dependen y requieren de elementos que el ambiente proporciona.

En el mismo año, y en el marco de la referida publicación, la Organización de las Naciones Unidas, convocó por primera vez a sus miembros —estados—, a analizar la situación ambiental existente a nivel global, así como las medidas que se podrían adoptar para hacer frente a esta situación. En este contexto, la Convención sobre el Medio Ambiente Humano, se llevó a cabo en Estocolmo y dio como resultado la Declaración de Estocolmo³, contenida de veinte y seis principios que constituyen para muchos la Constitución del Medio Ambiente.

Algunos de los aspectos más sobresalientes de esta Declaración⁴ son:

- El derecho a vivir en un medio ambiente sano como derecho esencial de las personas.
- La necesidad de una planificación del desarrollo y del crecimiento económico con perspectiva a largo plazo.
- La realización de actividades sociales y económicas considerando y respetando a las generaciones futuras.
- La tecnología como una herramienta para la protección y defensa del medio ambiente y sus elementos.
- El derecho de los estados a utilizar los recursos naturales, en el marco de los límites propios de la tierra.

³ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano. *Declaración sobre el Medio Ambiente Humano*. Estocolmo. (1972).

⁴ Constituye una fuente de derecho internacional muy importante en lo que respecta a la protección del medio ambiente, que pese a constituir soft law (derecho blando carente de vinculación jurídica), ha sido inspiradora para que muchos de los estados adopten sus principios como parte de la normativa nacional e incluso elevándolas al rango de norma constitución, como el caso del Ecuador, en la Constitución de 2008.

Esta Declaración constituyó para la ONU, el inicio de un largo e importante trabajo para introducir el componente ambiental en todas las actividades que desarrollan los estados y los individuos. Es así como se genera un modelo de crecimiento y progreso para los estados, el *desarrollo sostenible*. Este modelo o estrategia de vida apareció en la publicación que la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y Desarrollo en 1987, denominado “Nuestro Futuro Común”⁵. Este trabajo fue la base para la nueva Conferencia de 1992, organizada por las Naciones Unidas en torno a la problemática del medio ambiente, la misma que se llevó a cabo en Río de Janeiro bajo el nombre: “El Medio Ambiente y Desarrollo”.

Uno de los resultados de esta Conferencia fue la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo⁶, la cual se compone de veinte y siete principios, de gran importancia en lo que a la protección del medio ambiente se refiere.

Lo trascendental de esta Declaración es el tratamiento que se da al *desarrollo sostenible*, entendido como aquel que busca un equilibrio constante entre ambiente, economía y sociedad, sistemas que son parte de un marco sistema denominado vida.

Para la consecución de esta estrategia de vida, —desarrollo sostenible—, la Declaración de 1992, plantea una serie de elementos esenciales como son:

- El principio de prevención y precaución del daño ambiental.
- La evaluación de impacto ambiental⁷.

⁵ Conocido también como Informe de Brundtland. Comisión para el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas. *Nuestro Futuro Común*. Informe de la Comisión, Organización de las Naciones Unidas, Comisión para el Medio Ambiente y Desarrollo, Oslo, (1987).

⁶ Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Declaración de Río 1992 sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. *Declaración de Río 1992 sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*. Río de Janeiro, (1992).

⁷ Esta herramienta, parte de la idea de que toda actuación tiene implicaciones negativas y positivas sobre el ambiente, las cuales repercutirán sobre el aspecto social y económico; lo que

- El principio económico de quien contamina paga.
- La responsabilidad común pero diferenciada⁸.

Todos estos principios lo que hacen es incluir en las actividades propias del desarrollo lineal que venían manejando los estados, caracterizado por el crecimiento en función de la acumulación de riquezas —esencialmente naturales, con actividades extractivas—, una dinámica sistémica caracterizada por la interrelación de los referidos tres elementos; los cuales pese a tener una dinámica propia no pueden coexistir aisladamente. En ese sentido el modelo de desarrollo sostenible no es una modificación al modelo existente, este planteamiento constituye una estrategia diferente de vida, en la que el ser humano y las actividades para la satisfacción de sus necesidades se proyectan en función del medio que sustenta y permite su existencia —la naturaleza—.

Bajo estas premisas el desarrollo sostenible se concibe como constante y permanente búsqueda de armonía entre los tres elementos esenciales: economía, sociedad y ambiente⁹. Armonía que busca progresivamente mejorar las condiciones cuantitativas pero esencialmente cualitativas que garanticen una vida digna, en tanto y cuanto estas logren preservar la base ecológica que sostiene y mantiene las relaciones y la vida en sociedad; que también depende y requiere de actividades productivas que generen los bienes y servicios para la satisfacción de necesidades.

esta herramienta pretende en primera instancia, es estudiar, analizar y valorar las variables y los efectos que pueden verse afectados, para en una segunda instancia proponer planes de manejo ambiental para evitar o disminuir las consecuencias negativas, y potenciar las positivas que pueden generarse sobre el medio ambiente.

⁸ Basándose en el principio de equidad, este hace referencia a que todos somos responsables por el daño al ambiente, sin embargo, lo que pretende es qué, quien ha generado mayor afectación al medio ambiente tiene que responder proporcionalmente al daño generado.

⁹ GUDYNAS, Eduardo. Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivir después de Montecristi. En G. Weber, & G. Weber (Ed.), *Debates sobre la cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador*. Quito, (2011). págs. 83 – 102.

Los elementos esenciales que componen el desarrollo sostenible son:

- Protección del **medio ambiente**
 - principio de prevención y precaución,
 - evaluación de impacto ambiental,
 - planificación y ordenación territorial,
- Erradicación de la **pobreza**, mejorar de las **condiciones de vida** de las personas y reducción de las **desigualdades**
 - sistemas políticos democráticos,
 - participación permanente y efectiva de la población,
 - incorporación de grupos tradicionalmente discriminados: mujeres, niños, pueblos indígenas y comunidades.
- Modalidades de **producción y consumo** sostenibles, junto con un **sistema económico internacional** favorable y abierto a todos los estados
 - Principio quien contamina paga,
 - responsabilidad común pero diferenciada,
 - internalización de los costes ambientales,

Es así que el modelo de desarrollo sostenible, dependiendo de las definiciones que cada uno de los estados realice sobre su proyecto de vida, se concreta en las constituciones, introduciéndose como un eje transversal en los tres sistemas sobre los que se asienta, el ambiental, económico y social.

El Ecuador, con su Constitución de 2008, constituye un verdadero cambio de paradigma respecto a la forma de organizar su economía, de garantizar las relaciones y justicia social y esencialmente de enmarcar estas en su dinámica con la naturaleza. Este modelo de desarrollo ecuatoriano lleva el nombre de *sumak kawsay* o buen vivir,

y tiene una estrecha relación con el planteamiento internacional del desarrollo sostenible.

3. El Sumak Kawsay y el Régimen de Desarrollo en el Ecuador

El modelo de vida sumak kawsay o buen vivir, que el Estado ecuatoriano adoptada con su Constitución de 2008, responde a un momento trascendental para los pueblos y comunidades indígenas y para el pueblo mestizo del Ecuador, puesto que recoge sus tradiciones, costumbres y cultura, plasmándolas en el modelo de organización social, económica y ambiental.

El sumak kawsay es una propuesta alternativa al modelo occidental de desarrollo, caracterizado por fomentar el crecimiento económico que, para el caso de Ecuador, se ha caracterizado por un proceso extractivo de los recursos naturales —esencialmente de los no renovables—; que al no responder a las necesidades concretas y particularidades del pueblo, fueron un paradigma en constante intento de adaptación, que en resultado solo trajo enormes brechas de desigualdad social y un grave e irreversible desgaste a la naturaleza.

El modelo que plantea el pueblo ecuatoriano en su Carta Magna, se integra de un vasto catálogo denominado, Derechos del buen vivir, los cuales buscan responder a necesidades del ser humano. Al ser el buen vivir una estrategia transversal e integradora de todo el Pacto Social ecuatoriano, estos derechos se ven complementados con los referidos derechos de la Naturaleza, a los cuales se reconoce la misma jerarquía e importancia que los reconocidos para las personas, pueblos y comunidades.

Para la consecución de la estrategia de vida, la Constitución del Ecuador, plantea dos estrategias de acción: el Régimen del buen vivir y el Régimen de Desarrollo.

El Régimen del Buen Vivir, busca disminuir las brechas e inequidades sociales, con la garantía de los derechos humanos de: educación, salud, seguridad social, alimentación, hábitat y vivienda, agua, cultura, entre otros; todos estos en el marco de la inclusión y equidad social.

Por otro lado el mismo régimen hace referencia al elemento ambiental, para lo cual determina los principios que rigen la relación entre hombre y naturaleza, partiendo de que la naturaleza es sujeto de derechos, la cual se complementa con el derecho humano a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir o *sumak kawsay*, (art. 14)

En síntesis el buen vivir se concreta en lo que prescribe la Constitución de 2008 en el artículo 275, el goce por parte de todas las personas, comunidades y pueblos de los derechos, el ejercicio de sus responsabilidades reconociendo la interculturalidad y todo lo que ella implica, el respeto a las diversidades y la convivencia en armonía con la naturaleza.

Hasta aquí se ha hecho referencia a dos de los elementos esenciales del buen vivir, el social y el ambiental, sin embargo, no es posible hablar y menos aún generar una vida digna sin bienes y servicios que satisfagan las necesidades inherentes a la condición humana, es aquí donde entra en juego el sistema económico que, en esta estrategia de vida se regula bajo la figura del Régimen de Desarrollo.

El Régimen de Desarrollo como lo establece la Constitución es “el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*”, (art. 275).

Este modelo de desarrollo se plantea como aquel que: a) debe respetar la diversidad cultural; b) tiene que conservar la biodiversidad y capacidad de regeneración, y; c) debe lograr la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras (art. 395.1).

La Constitución también hace referencia a los objetivos que se persiguen con este régimen, los cuales tienen estrecha vinculación con los tres elementos del desarrollo sostenible, los cuales son:

- Relación con el sistema social-político:
 - Mejorar la calidad de vida de todos sin ningún tipo de discriminación.
 - Fomentar la participación en condiciones equitativas y de respeto a la diversidad cultural.
 - Articulación de las actividades socioculturales, administrativas, económicas y de gestión a través del ordenamiento territorial.
- Relación con el sistema económico:
 - Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible, con base en la igualdad en cuanto a la distribución de los beneficios.
 - Generación de trabajo digno y estable.
- Relación con el sistema ambiental:
 - Recuperar y conservar la naturaleza.
 - Mantener un ambiente sano y sustentable.
 - Garantizar el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire, suelo, recursos del subsuelo y patrimonio natural (art. 276).

En este sentido, el régimen del desarrollo para la consecución del buen vivir debe garantizar los derechos individuales, colectivos y los de la naturaleza; los cuales necesariamente tienen que desarrollarse de manera planificada, en cumplimiento de la normativa.

Por lo tanto, la herramienta esencial para régimen de desarrollo, es la planificación participativa y responsable en todas las áreas

como son: el trabajo y producción, sectores estratégicos, sistema económico, financiero y fiscal; que en el caso ecuatoriano se materializa en el Plan Nacional del buen vivir¹⁰.

En lo que respecta al sistema económico, el régimen del desarrollo guiado por el principio del buen vivir, plantea una economía regulada y monitoreada por el aparato institucional, caracterizada por la relación dialéctica entre mercado, Estado y sociedad¹¹; de tal manera que se garantice la función social y solidaria, que propendan a la productividad y competitividad.

A través de este modelo se busca materializar el derecho fundamental al trabajo entendido como la base de la economía y fuente de realización personal, (art. 33). Por ello al ser el trabajo la esencia del sistema económico, debe ser realizado en condiciones dignas, ambientes saludables y seguros que garanticen la integridad y bienestar de los trabajadores, (art. 326); en el cual existan remuneraciones justas y acceso en condiciones de igualdad.

Bajo estas consideraciones y comprendiendo que el trabajo dignifica a la persona —elemento social— y sostiene la economía, —elemento económico—, tiene que realizarse en pleno reconocimiento de los derechos de la naturaleza y los límites que la misma tiene —elemento ambiental—, con los cuales se completa el esquema integral del desarrollo duradero y sustentable que sostiene el *sumak kawsay*.

Otro aspecto esencial del modelo de desarrollo planteado en la Constitución de 2008, es la ampliación de la función ambiental al derecho de propiedad, es decir, se reconoce como fundamental el derecho humano a la propiedad con la función social es decir

¹⁰ Senplades, S. N. *Plan Nacional de Desarrollo / Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017 (1ra ed.)*. Quito, (2013). pág. 13.

¹¹ Esta relación triangular, lo que pretende determinar es el grado de comunicación recíproca entre los planteamientos económicos del mercado y, las necesidades a ser solventadas en la sociedad, por lo que aparece el Estado como el ente mediador de estas dos fuerzas garantizando el diálogo y construcción conjunta entre ellos.

propendiendo una mayor equidad e igualdad social; pero también amplía la misma incluyendo la función ambiental.

Es en esta dinámica, que se plantea el modelo de vida y desarrollo para el Estado ecuatoriano, modelo que no podrá materializarse sino con una realización constante y permanente de los derechos humanos y de la naturaleza, a través del diálogo social que permita identificar las necesidades sociales, políticas y económicas del día a día de cada localidad que compone el territorio nacional, y de esta manera constituir este principio en una estrategia de vida.

4. Los Derechos de la Naturaleza en el modelo de desarrollo ecuatoriano

El reconocimiento de los derechos responde a una larga lucha de grupos que en distintos momentos de la historia han sido —en algunos casos continúan siendo— discriminados, desconocidos, abusados, e incluso ignorados. Sin embargo, esta lucha ha sido y es, por la incorporación de nuevos derechos y garantías eficaces para su ejercicio, dirigidos al hombre, mujer, niños, niñas, adolescentes, trabajadores, grupos y pueblos indígenas, entre otros; es decir siempre orientados a mejorar la condición y las relaciones entre seres humanos.

Como se hizo referencia en apartados precedentes, la cuestión ambiental no ha estado siempre presente como un tema a ser considerado por los estados en sus agendas políticas, esta situación surge como se mencionó, a partir de los años 70's. Desde este aquel momento histórico, que reconoce una dimensión diferente en la relación hombre-naturaleza; las condiciones de esta relación han avanzando considerablemente.

Es en este ámbito, que el Ecuador aparece como pionero al plantear un tratamiento diferente entre hombre y naturaleza; así, la Constitución de 2008, parte del reconocimiento de la naturaleza como centro y origen de la vida, con dimensión y valores intrínsecos,

independientes de los que el hombre y la sociedad puedan otorgarle; por lo cual, se le reconoce como sujeto de derechos.

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, responde a un visión biocéntrica, según la cual el hombre es parte de un macro sistema denominado vida, que convive con otros sistemas en igualdad de condiciones como lo es el sistema ambiental y económico, con quienes debe guardar una adecuada y constante armonía.

Bajo esta nueva dimensión de las relaciones, la Constitución del Ecuador, se encarga de generar un marco constitucional de protección y promoción de los valores inherentes a la naturaleza o pacha-mama, reconociéndole derechos como:

- Derecho a su existencia, que implica el nacer, crecer, desarrollarse y morir, en condiciones dignas¹².
- Derecho a la regeneración de sus ciclos vitales, ligada al respeto de su capacidad productiva.
- Derecho a que se respete su estructura, funciones y procesos evolutivos.
- Derecho a la restauración integral, de manera independiente de las indemnizaciones que al hombre le correspondan. Este derecho va de la mano con la obligación de establecer un proceso de mitigación de los daños a la naturaleza.

En un estado constitucional de derechos, modelo adoptado por el Ecuador, todo derecho para que sea fundamental tiene que tener las garantías constitucionales adecuadas, es así que para la protección de estos derechos la misma Constitución introduce una serie

¹² Hay muchos autores que niegan el reconocimiento de los derechos de la naturaleza justamente porque consideran que ésta no es digna. La dignidad desde una visión amplia de todo aquello que tiene un valor natural, propio sin necesidad de que alguien le atribuya dicho valor, encaja perfectamente en el planteamiento que en el presente documento plasmamos.

de principios en pro de garantizar la aplicación adecuada de estos derechos. Algunos de ellos son:

- Principio de precaución y prevención de los daños ambientales (art. 73-397.2, 397.5).
- Principio de responsabilidad objetiva por daño (art. 396).
- Principio de inversión de la carga de la prueba, ligado al principio de quien contamina paga (art. 397.1).
- Imprescriptibilidad de las acciones legales por daños ambientales (art. 396).

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza y sus respectivas garantías, sí bien se hacen bajo la influencia de la filosofía andina, convive y se debe desarrollar bajo el modelo que la misma Constitución plantea, denominado buen vivir.

Es decir, sí bien la protección y garantía de los derechos de la naturaleza es un deber del Estado y de todos los ciudadanos, estos en ningún momento implican la negación o rechazo absoluto a las actividades económicas para el sustento y desarrollo de la sociedad.

Todos estos planteamientos, incluido el reconocimiento de que la naturaleza es sujeto de derechos, son elementos esenciales para este nuevo modelo de vida, que busca el progresivo y dinámico equilibrio entre los sistemas ambiental, económico, social para alcanzar una vida digna.

5. La Función Ambiental de las actividades económicas

La cuestión ambiental como parte de las agendas globales, nacionales y locales, no se da sino hasta entrados los años 70s, cuando las manifestaciones de la naturaleza demuestran que la actividad ilimitada, irracional e incontrolada del hombre está acabando con la capacidad productiva, regenerativa y de sustento de la vida.

Son las diversas situaciones alarmantes como el cambio climático, la pérdida de la biodiversidad, el desgaste de la capa de ozono, la pérdida de calidad del agua, suelo y aire, entre otros, los que generan en la comunidad internacional la necesidad de desarrollar mecanismos que regulen la relación hombre-ambiente.

Como todo en la historia de la humanidad, las diferentes relaciones en las sociedad van cambiando de acuerdo a las necesidades que se generan; y justamente así aparece una necesidad latente de reconocer el valor que la naturaleza tiene para el hombre, comprendiendo que este valor es inherente a ella y no depende de la utilidad que el hombre le pueda o quiera asignar. Surge así una nueva relación en condiciones de paridad entre naturaleza-hombre.

En esta nueva dimensión relacional, el criterio ambiental aparece como una situación urgente a ser abordada en los diferentes niveles de organización, siendo los estados los principales responsables en incorporar en sus proyectos de vida esta nueva dimensión.

La función social de toda actividad económica marcada en el ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de empresa, está orientada a la consecución de la vida digna de todas las personas, con especial énfasis en los trabajadores como motor esencial de la economía; y los grupos menos favorecidos, en razón de alcanzar la equidad en la sociedad.

Este modelo de estado social, en el cual se introducen los elementos del orden económico planificado y dirigido, por mucho tiempo han servido para ayudar a los estados a generar crecimiento y de alguna manera mejorar ciertas condiciones de vida; sin embargo, el problema que presenta este modelo al querer ser implementado en países con un arraigado patrimonio cultural, con un importante número de población indígena, y esencialmente con una vinculación social muy arraigada a la naturaleza, hace que este modelo aparezca ajeno y muy difícil de empatar con el modelo de vida digna que el pueblo ecuatoriano quiere.

El modelo ecuatoriano que se plantea con la Constitución de 2008, busca antes que crecimiento económico, un desarrollo integral y una mejora real de las condiciones de vida para todos los habitantes, un desarrollo que considere aspectos cualitativos más que cuantitativos característicos del país andino, y esencialmente que supere la ineficacia de los modelos existentes.

Es así que, la Constitución del Ecuador de 2008, bajo el paradigma del buen vivir, amplía las limitaciones al ejercicio de la actividad económica, con la inclusión de la función ambiental. Esta nueva función, debe ser entendida en el marco de que la vida misma no puede existir aislada del medio que la origina y la sustenta¹³. Por ello, algo esencial para el estudio y comprensión del modelo económico ecuatoriano, es el reconocimiento, respeto y protección a la naturaleza como un sistema más del macro sistema vida, entendiendo a ésta con un ente con ritmo, elementos, estructura y funciones propias.

El Sistema Económico en el Ecuador, en el marco del buen vivir, parte del reconocimiento de la función social y solidaria, así como ambiental, es decir toda actividad económica que se desarrolle tiene que enmarcarse en el modelo sustentable de desarrollo, es así que el régimen del buen vivir que se complementa con el régimen de desarrollo de la Constitución hace especial mención a apartados como el manejo de los recursos renovables y no renovables, el patrimonio natural, entre otros; que constituyen el elemento ambiental del modelo, mismos que deben guardar plena armonía y concentrarse en alcanzar el equilibrio para la consecución de la vida digna¹⁴.

Es bajo esta premisa que el ejercicio del derecho a la libertad de empresa aparece compuesto por tres elementos esenciales, el elemento individual, el social y el ambiental; donde el elemento

¹³ Artículo 71, Constitución de 2008.

¹⁴ MONTAÑA PINTO, Juan. *Constitución económica y buen vivir, en: Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional*. Corte Nacional de Justicia. Quito. (2015), págs. 23-24.

ambiental es la base, el sustento para la realización del derecho individual —ejercicio de actividades económicas— reconocido como parte de la libertad de las personas.

Es así como surge el elemento ambiental como uno que no solo limita, sino que determina el ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de empresa, puesto que, no podría darse siquiera relaciones económicas sin una base que permita la misma, la cual esta determinada por la naturaleza.

En la Constitución del Ecuador se puede reconocer claramente esta función ambiental, partiendo del derecho que tienen todas las personas a la propiedad con la función y responsabilidad social y ambiental (art. 66.26), en el mismo artículo, que determina los derechos de libertad o derechos individuales se hace referencia expresa al derecho a desarrollar actividades económicas con responsabilidad social y ambiental (art. 66.15).

Como se ha anotado en líneas precedentes, la Constitución del Ecuador, reconoce que las actividades económicas constituyen un elemento esencial para la consecución del buen vivir, por lo que constituye en eje central del desarrollo que, para el cumplimiento de su cometido tienen que enmarcarse en la dimensión ambiental, estando en armonía con la naturaleza y el derecho humano a vivir en una ambiente sano, para lo cual determina que:

- Toda forma que producción debe asegurar el buen vivir y no puede atentar contra los derechos de la naturaleza (art. 319).
- Es tarea del Estado incentivar la generación de valor agregado en la producción dentro de los límites biofísicos de la naturaleza (art. 284).
- Se generan incentivos fiscales para la producción de bienes y servicios, siempre que estos sean socialmente deseables y ambientalmente aceptables (285.3).
- Las exportaciones deben ser ambientalmente responsables (306).

Otro límite claro al ejercicio de la actividad económica y con ella al ejercicio de la libertad de empresa, en el nuevo modelo ecuatoriano, esta dado por el régimen de los sectores estratégicos.

De acuerdo a la Constitución (art. 313) se consideran sectores estratégicos todos aquellos sectores que por su trascendencia y magnitud tiene una trascendente importancia en los ámbitos social, económico, cultural, ambiental y político; los cuales tienen que ser administrados, gestionados, regulados y controlados por el Estado, bajo los principios de **sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia**.

Es así que constituyen sectores estratégicos: la energía, telecomunicaciones, recursos naturales no renovables, transporte, refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua.

Es bajo estas premisas como se evidencia que en el modelo de desarrollo del Ecuador, el derecho a las actividades económicas y con ellas el de propiedad y libertad de empresa están claramente determinadas por la función ambiental que en la consecución de la vida digna, deben cumplir. Esto no es más que el reconocimiento de un modelo que propugna la participación directa del Estado en la regulación económica, no solo para garantizar la distribución equitativa de las riquezas, sino para proteger la base natural, ecológica que sustenta a estas.

6. Límites ambientales de las actividades económicas

En el marco del desarrollo sostenible y del buen vivir, es innegable que se introducen limitaciones al ejercicio de las actividades económicas y concretamente de los derechos de propiedad y libertad de empresa.

La limitación viene dada por dos tipos de derechos: los derechos humanos que sustentan y pretenden ser materializados a través del

sistema socio-político; y los derechos de la Naturaleza, base del sistema ambiental.

En lo que respecta a la limitación social, esta no es una innovación de la Constitución del Ecuador de 2008, fueron los movimientos sociales y la Constitución alemana de Weimar los que introdujeron las limitaciones sociales, caracterizadas por: seguridad social, prestaciones sociales y públicas, disminución y eliminación de las brechas de desigualdad, eliminación de la miseria y pobreza, garantía de los derechos de los trabajadores.

El derecho de propiedad como el derecho de libertad de empresa se enmarcan en la categoría de derechos humanos los cuales coexisten en la Constitución del Ecuador, con los derechos de la naturaleza. De acuerdo al artículo 11.6, que establece al hablar de los principios que rige el ejercicio de los derechos: “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

Los límites que los derechos de la naturaleza imponen al ejercicio del derecho de propiedad y libertad de empresa concretamente, vienen dados por:

- El reconocimiento y respeto a los límites propios de la naturaleza, por lo que toda actividad en ejercicio de estos derechos, no puede pensarse en contra o fuera de los límites referidos.
- El derecho a su regeneración y ciclos vitales, en tanto que a través del ejercicio, por ejemplo, del derecho a la propiedad, entendido como el derecho de usar, disfrutar y disponer, éste tendrá que realizarse dentro de los ciclos naturales, respetando los tiempos y capacidades propias de la naturaleza.
- El derecho a la reparación integral, que incluye la obligación de establecer planes de mitigación, para evitar que los daños causados a la naturaleza vuelvan a generarse.

- La prevención y control de la contaminación constituyen límites muy importantes a la actividad económica como tal, puesto que, si luego de realizados los procesos de estudio y evaluación de impacto ambiental, se determina que los daños a generarse a la naturaleza son de tal magnitud que pueden llegar a comprometer la esencia de la misma; estos constituyen el fundamento para negar la realización de determinada actividad, proyecto, programa o plan.

Este derecho es un verdadero límite, puesto que puede llegarse a dar casos en los que no se ejecuten actividades económicas, porque estas causan impactos ambientales insostenibles. Por ejemplo, lo establecido en la Constitución artículo 407¹⁵, respecto a la intangibilidad de las áreas protegidas.

Esta limitación está íntimamente relacionada con la aplicación de los principios de precaución y prevención. Aquí se demuestra la aplicación clara del principio *in dubio pro natura*, en tanto que, la falta de evidencia científica respecto a los daños que una actividad pueda generar a la naturaleza, no elimina la obligación de proteger y garantizar sus derechos.

- El artículo 317 de la Constitución, también contiene una importante limitación referida a que, la gestión de los recursos no renovables tiene que realizarse en el pleno reconocimiento del principio intergeneracional¹⁶, la conservación de la naturaleza, la minimización de los impactos negativos de carácter ambiental.

¹⁵ Constitución “Art. 407. Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.”

¹⁶ Este principio hace referencia a que la naturaleza puede ser utilizada por el hombre para satisfacer sus necesidades, sin comprometer la posibilidad de las generaciones venideras a satisfacer sus necesidades por la falta o disminución de elementos de la naturaleza. Declaración de Estocolmo, 1972.

Las limitaciones que se encuentran en la Constitución de 2008 al ejercicio de los derechos relacionados con la actividad económica, van desde la prohibición de realizar determinadas actividades, la obligación de contemplar planes de manejo ambiental que garanticen el mínimo impacto a la naturaleza, obligaciones de reparar, restaurar y mitigar a la naturaleza por daños generados en ella, hasta la obligación de asumir responsabilidades económicas en aplicación de los principios quien contamina paga e internalización de los costes ambientales.

Es importante tener en consideración, que al hablar de daños, peligro de daño, o incluso riesgo de afectación a la naturaleza, se debe considerar a ésta como un todo sistémico compuesto por un conjunto interrelacionado de elementos —abióticos: agua, aire, suelo, entre otros; bióticos: especies flora, fauna, hombre—; ecosistemas conformados por la interacción de estos —ecosistemas acuáticos, ecosistemas de páramos, entre otros—; e información genética que en esta existe. Por lo tanto, el daño potencial o real implica afectación a la naturaleza como un todo, y afectación a cualquier de sus componentes.

7. Conclusiones

Indudablemente la estrategia que se plantea en el Constitución de 2008, con el modelo de desarrollo sostenible, introduce una serie de limitaciones al ejercicio de la actividad económica, la libertad de empresa y el derecho a la propiedad; limitaciones que vienen dadas por la nueva dinámica que se pretende restablecer entre sociedad-economía y ambiente.

En este contexto, la empresa como parte del buen vivir, asume un reto muy importante al incluirse la función ambiental, generando el reto para las prácticas y estrategias empresariales de dinamizarse e innovarse para alcanzar las aspiraciones legítimas y necesarias de generar valor económico, en el marco de respeto y promoción

de los derechos sociales y ambientales junto con los derechos de la naturaleza.

Existen importantes ejemplos de estas nuevas formas de relación algunas de ellas son: los registros de calidad ambiental en los emprendimientos productivos, la ampliación de la responsabilidad social empresarial a la responsabilidad ambiental, los incentivos económicos por la utilización de energías renovables, exenciones tributarias por la generación de proyectos y programas destinados a la educación ambiental, la protección, promoción y conservación de biodiversidad, entre otros.

Lo trascendental para el cumplimiento de este nuevo modelo, es una adecuada integración de todos los sectores: público, privado, comunitario, a nivel local, nacional e internacional, de tal manera que las propuestas no sean ideas aisladas y sin sustento, más bien que se presenten como estrategias de desarrollo endógeno con perspectivas globales.

El buen vivir es un reto que se plantea para todos los ecuatorianos, y como tal, somos todos de manera conjunta quienes tenemos la tarea de construirlo y vivirlo.

8. Bibliografía

- Acosta, A. (20 de abril de 2015). El Buen Vivir como alternativa al desarrollo: Algunas reflexiones económicas y no tan económicas. *VLEZ*.
- Acosta, A. (s.f.). Los Derechos de la Naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existencia.
- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro Oficial.
- Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. ONU. (1987). *Informe de Bruntland*. Informe de Comisión, Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General.
- Comisión para el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas. (1987). *Nuestro Futuro Común*. Informe de la Comisión, Organización de las Naciones Unidas, Comisión para el Medio Ambiente y Desarrollo, Oslo.
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (1992). Declaración de Río 1992 sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. *Declaración de Río 1992 sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*. Río de Janeiro.
- Función Ejecutiva del Ecuador. (2003). *Texto Unificado de Legislación Secundaria, Medio Ambiente*. (D. E. 3516, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento nro. 2.
- Gilberto, G. (2003). *Sostenibilidad y desarrollo Sostenible: un enfoque sistémico*. Informe de Proyecto, CEPAL, División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos, Santiago de Chile.

- Grijalva, A. (2012). El fundamento constitucional de la nueva economía. En A. Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (págs. 37-50). Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Gudynas, E. (2009). La Dimensión Ecológica del Buen Vivir: entre el fantasma de la modernidad y el desafío biocéntrico. *Revista Obets* (4), 49-53.
- Gudynas, E. (2011). Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivir después de Montecristi. En G. Weber, & G. Weber (Ed.), *Debates sobre la cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador* (págs. 83-102). Quito, Ecuador: Centro de Investigaciones Ciudad y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo.
- Gudynas, E. (2011). Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador. En C. Espinosa Gallegos-Anda, & C. Pérez Fernández, *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos* (1ra ed., págs. 108-122). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Letey, J., & Edmunds, S. (1975), *Ordenación y Gestión del Medio Ambiente* (vol. I). (J. Hernández Orozco, Trad.) Madrid, España: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Llasag Fernández, R. (2011). Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la Constitución. En C. Espinosa Gallegos-Anda, & P. F. Camilo, *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos* (1ra edición ed., págs. 75-92). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Meadows, D., Meadows, D., Randers, J., & Behrens III, W. (1972). *The Limits of growth*. The Club of Rome. Universe Books.

- Montaña Pinto, J. (2015). Constitución económica y buen vivir. En E. Corte Nacional de Justicia, *Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias de Seminario Internacional* (págs. 10-27). Quito, Ecuador: Corte Nacional de Justicia.
- Naciones Unidas, (1992). Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. Río de Janeiro.
- Naciones Unidas. (1992). Convenio sobre la Diversidad Biológica. *Convenio sobre la Diversidad Biológica*, (pág. 32). Río de Janeiro.
- Naciones Unidas. (2002). Cumbre de Johannesburgo. *Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible*. Johannesburgo.
- Navas Alvear, M. (2014). Buen vivir, desarrollo y participación en la Constitución ecuatoriana. Encuentros y desencuentros con el paradigma del Estado social. En G. Pompeu, *direito constitucional nas relacoes económicas: entre o crescimento económico e o desenvolvimento humano* (pág. 483). Río de Janeiro, Brasil: Editora Lumen Juris.
- Paniagua, Á., & Moyano, E. (1998). Medio Ambiente, Desarrollo Sostenible y escalas de sustentabilidad. REIS (83), 151-1765.
- Pérez Pejčić, G. (2014). Primer Ensayo sobre la Función Ambiental de la Propiedad. *Lecciones y Ensayos* (92), 129-169.
- Senplades, S. N. (2013). *Plan Nacional de Desarrollo / Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017* (1ra ed.). Quito, Ecuador.
- Toro Sánchez, F. J. (1007). El Desarrollo Sostenible: un concepto de interés para la Geografía. *Cuadernos Geográficos* (40), 149-181.

Parámetros delimitadores de la deslealtad aportados por los emprendimientos de la economía popular y solidaria a la competencia desleal

Rina Riquetti Pulido*

Resumen:

El presente artículo se encuentra inspirado en la obra del Doctora Sara Patricia Alvear Peña, titulado “Economía social y solidaria. ¿Utopía o necesidad? Nuevos paradigmas en la conceptualización de lealtad y buena fe comercial”, el cual analiza las estructuras de organización empresarial que presenta la Economía Popular y Solidaria, y su incidencia sobre el criterio moderno de buena fe y lealtad comercial. En base a ello, se ha pretendido ahondar en tema estudiando desde la disciplina de la Competencia Desleal, la evolución de los parámetros delimitadores de la deslealtad en el país, y como el actual modelo económico, y en específico la Economía Popular y Solidaria, al imponer una nueva racionalidad económica transforman los mencionados parámetros, buscando colegir si la Ley Orgánica de Control y Regulación del Mercado, abarca los criterios de lealtad que se configuran en el marco de la actual realidad económica del Ecuador.

Palabras clave: *Competencia Desleal, parámetros delimitadores de la deslealtad, Modelo Económico Social y Solidario, Economía Popular y Solidaria, emprendimientos populares y solidarios.*

* Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, graduada de la Universidad de las Américas, con una tesis de pregrado en Competencia Desleal, dirigida por la Doctora Sara Patricia Alvear Peña. Ha trabajado en la Embajada de Colombia en Ecuador como asistente jurídica, y trabaja actualmente como certificadora de gravámenes en el Registro de la Propiedad del Distrito Metropolitano de Quito.

Sumario:

1. Introducción; 2. La deslealtad en la competencia desleal; 2.1 Evolución del criterio delimitador de deslealtad; 2.2 Criterios delimitadores de la deslealtad; 3. La economía popular y solidaria; 3.1 Antecedentes de la economía popular; 3.2 Concepto y características de la economía popular y solidaria; 3.3 Los emprendimientos populares y solidarios en el Ecuador; 4. La influencia de la economía popular y solidaria en la competencia desleal; 5. Conclusiones

1. Introducción

La palabra competencia generalmente evoca la idea de conflicto y lucha en cualquier plano en que esta se desarrolle, en materia económica deja la misma impresión o aún más paupérrima, en palabras de Coraggio la “competencia dio paso a un proceso que en realidad anima al canibalismo económico entre seres humanos”¹. Es preciso hacer notar que la competencia no es mala, sino que es nociva toda vez que haya sido tergiversada por el modelo económico que ha predominado a nivel mundial durante las últimas décadas, denominado *capitalismo salvaje*²; este sistema ha generado una tendencia llamada hipercompetencia, la cual puede ser tan feroz que termina extinguiendo la competencia en las plazas, lo que va en detrimento del buen funcionamiento del mercado y de los intereses de los consumidores.

A saber de lo expuesto, es preciso acotar que la competencia tiene un lado beneficioso, ya que es una institución que funciona como método evaluador de la eficacia económica, coadyuva a la eliminación de la ineficiencia, y además contribuye a la libre formación de precios³. Lo que estimula a los oferentes a optimizar los productos y

¹ Coraggio Luis, en *Economía Social y Solidaria: El Trabajo antes del Capital*. Quito, Ecuador, Abya-Yala, 2008, p. 17

² El Papa Francisco critica lo que él denomina como capitalismo salvaje, ya que asevera que éste ha enseñado la lógica de las ganancias a cualquier costo, de dar con el fin de conseguir sin pensar en la explotación de las personas, y vemos los resultados en la crisis que estamos viviendo hoy por hoy.

³ Jalife, Mauricio, en *Derecho de la Propiedad Intelectual: El Nuevo Concepto de Competencia Desleal y Nuevas Conductas que Demandan Regulación*. México D.F., México, Editorial Porrúa S.A., 2012, p. 79-80

servicios que brindan, y las condiciones en que lo hacen, beneficiando así a los consumidores y todo esto puede traducirse en desarrollo.

Siendo así, la solución no se encuentra en anular la competencia, sino en reconfigurarla y brindarle una tutela adecuada. El primer paso, que es la reestructuración, debe hacerse dentro del marco de un modelo económico que promueva una competencia equilibrada, leal y honesta; en el caso que atañe, la Constitución ecuatoriana establece al Sistema Económico Social y Solidario como el modelo de mercado⁴ y dentro de este modelo se reconoce a la Economía Popular y Solidaria, esto aporta una novedosa visión para desarrollo de la vida basada en la acción colectiva, donde los conflictos de intereses y la competencia pueden ser regulados de manera más transparente en el seno de la sociedad⁵.

En lo referente a la tutela que se debe brindar a la competencia, se encuentra el Derecho de Corrección Económica, que es una rama del Derecho Económico misma que está compuesta por dos disciplinas: el Derecho de Competencia, que sanciona las restricciones a la libre competencia en pro del interés público; y la Competencia Desleal, que sanciona los actos desleales en pro de los intereses privados de los agentes del mercado. Ambas materias actúan en forma complementaria, pero en distintos ámbitos para salvaguardar el bienestar del sistema competitivo.

Se evidencia que en el Modelo Económico Social y Solidario ecuatoriano, se da un cambio de racionalidad y corrección económica, debido a los emprendimientos de la Economía Popular y Solidaria que persiguen no solo fines lucrativos, sino fundamentalmente sociales, ambientales, culturales y de desarrollo colectivo. Esto incide en la Competencia Desleal, estableciendo la necesidad de replantear

⁴ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N°449 de 20 de octubre de 2008., artículo 283

⁵ Coraggio Luis, en *Economía Social y Solidaria: El Trabajo antes del Capital.*, p. 45

los criterios delimitadores de la lealtad y buena fe comercial dentro del nuevo escenario económico.

2. La deslealtad en la competencia desleal

2.1 Evolución del criterio delimitador de deslealtad

La Competencia Desleal es considerada como una disciplina relativamente nueva que nace en el marco del Estado Liberal, estrechamente ligada al Derecho de Propiedad Industrial y desarrolla una normativa en esta línea caracterizada por su naturaleza fragmentaria, y sanciones indemnizatorias que se aplicaban siempre y cuando se haya demostrado la existencia de culpa o dolo para comprobar la deslealtad del acto anticompetencial, entendiéndose por desleal aquellas actuaciones que menoscaben los derechos de propiedad industrial. Esta experiencia corresponde al Modelo Paleoliberal, que se observó sobretudo en regulaciones europeas a principios y mediados de siglo XIX⁶.

A finales del siglo XIX y principios del XX, aparece el Modelo Corporativista como consecuencia directa de “la insuficiencia del modelo Paleoliberal para reprimir las conductas desleales que se presentaban en el mercado.”⁷ Dentro de este modelo se configura una regulación especializada, que persigue tutelar los intereses de los comerciantes en las plazas, en virtud de esto, cambia la forma de configurarse el ilícito, siendo desleal todo aquel acto contrario a “las reglas de deontología profesional, y el bien jurídico que se protege es el daño causado al empresario por la desviación de la clientela de su empresa hacia la empresa del competidor”⁸. Siendo así ya no era

⁶ García Menéndez, Sebastián, en *Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor*. Buenos Aires, Argentina, LexisNexis Argentina S.A., 2004, p. 11.

⁷ Jaeckel, Jorge, en *Apuntes sobre Competencia Desleal*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencia Jurídicas, CEDEC II: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, 2002, p. 27.

⁸ García Menéndez, Sebastián, en *Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor*, p. 14.

necesario demostrar la intencionalidad del autor, sino únicamente la antijuricidad del acto.

A las caracterizaciones del Modelo Profesional, se adaptan la Ley de Competencia Desleal promulgada en Alemania en 1909, la Ley Federal contra la Competencia Desleal de Australia expedida en 1923. Supranacionalmente, en 1925 en la revisión de la Haya del Convenio de Paris, se incorpora al artículo 10bis “una cláusula general de deslealtad, estableciendo como criterio de valoración de las conductas a los usos honestos en materia comercial e industrial”⁹. En el caso de Ecuador desde el año 2000 se encuentra vigente la decisión 486 de la CAN “por vía de derecho derivado y como norma supranacional, tanto para los asuntos de propiedad intelectual cuanto de competencia desleal”¹⁰, regulación que corresponde al mencionado modelo.

Con el cambio ideológico, político, social y económico que se gesta en el siglo XX, que acarreó la positivización de los principios de igualdad y libertad, mismos que alcanzaron reconocimiento constitucional, causando que el derecho privado cambie su principio rector que era la libertad individual, para cimentarse en una idea de justicia, propugnando de esta manera a “un abandono de las posiciones liberales para dar paso a un mayor intervencionismo de Estado”¹¹, quien pretende salvaguardar el bien común, y parte esencial de este bienestar implica que el mercado funcione correctamente. Los actos de competencia desleal crean distorsiones en el mercado, es por ello que en virtud de la nueva visión intervencionista, la Competencia Desleal da un giro en pro del interés social, surgiendo un nuevo modelo que derroca al anterior, denominado Modelo Social¹².

⁹ *Ibíd.*, p. 13

¹⁰ Alvear Peña, Sara, en *Derecho de Corrección Económica, Defensa de la Competencia y Competencia Desleal*. Quito, Ecuador: Universidad Internacional SEK, 2010, p. 85.

¹¹ Barona, Silvia, en *Competencia Desleal: tutela jurisdiccional - específicamente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2008, p. 65

¹² García Menéndez, Sebastián, en *Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor*, p. 16

Dentro de este modelo se amplía la esfera de sujetos que esta rama tutela, abarcando a todos los agentes económicos que participen en el mercado; además cambia el criterio delimitador de la deslealtad, que pasa de ser subjetivo, en referencia a la afectación entre comerciantes basándose en los usos y costumbres mercantiles, a ser objetivo, basado en la prohibición general de actuar incorrectamente en el mercado. De esta forma se brinda una protección dual, tanto ex ante como ex post, ya que deja de ser necesario que se demuestre la antijuricidad del acto, bastando la mera intencionalidad del actor al poner en peligro los bienes jurídicos tutelados para incoar una acción contra el ilícito, sancionándose la deslealtad *per se*¹³, y adoptando de esta forma la naturaleza preventiva característica de esta disciplina.

La corriente legislativa que marco este modelo, impacto aproximadamente desde los años 60 a las regulaciones sobre la materia de Alemania, Italia, Francia y España, entre otras. En lo que concierne a Latinoamérica, desde la segunda mitad del siglo XX, se dictaron normas sobre la Competencia Desleal en esta línea, en países como Venezuela, Paraguay, Perú, Colombia, Chile; y de la misma forma, en lo que a Ecuador respecta en el año 2011 se promulgó la Ley de Control y Regulación del Poder del Mercado, bajo el mencionado modelo.

En este punto es apropiado analizar si en efecto los parámetros delimitadores de la deslealtad que establece a la Ley de Control y Regulación del Poder del Mercado, abarcan a los parámetros que la Economía Popular y Solidaria aporta a través sus novedosos emprendimientos, a fin de determinar si la competencia que se da en las relaciones que entablan los agentes participes de esta forma de hacer economía, se encuentra debidamente regulada. Para lograr este cometido es preciso por un lado abordar las generalidades de la Economía Popular y Solidaria y establecer que criterios determinadores

¹³ Alvear Peña, Sara, en *Derecho de Corrección Económica, Defensa de la Competencia y Competencia Desleal*, p. 82

de la deslealtad aporta pero ante de esto, es preciso determinar que se entiende por desleal.

2.2 Criterios delimitadores de la deslealtad

El origen de los ilícitos competenciales desleales radica en la deshonestedad en sí misma, en la deslealtad. La dificultad para delinear lo que se entendería por deslealtad radica en que “el calificativo de desleal no es un término jurídico, sino ético y moral que varía según la persona y el ámbito espacio-temporal en el que se desarrolla”¹⁴. Es procedente cuestionar bajo qué criterio entonces se debería considerar algo como leal o desleal; la doctrina contemporánea ha equiparado estos términos con los de licitud e ilicitud, siendo ésta última “lo prohibido por la ley a causa de oponerse a la justicia, a la equidad, a la razón o a las buenas costumbres (...) contrario a un pacto obligatorio”¹⁵.

Es decir, que a pesar de la abstracción que poseen estos dos vocablos, dan una luz para determinar que se puede considerar como deslealtad y que no, toda vez que se tendrá por desleal aquello que la norma configura como ilícito, como lo expresa Jalife “lo desleal se combate, únicamente, en la medida en que está expresado en la norma como ilícito”¹⁶.

Distintas regulaciones han conceptualizado la deslealtad: como aquella resultante de contrariar los usos honestos en materia industrial o comercial¹⁷; o aquella derivada de actos que resulten contrarios a las exigencia de la buena fe empresarial¹⁸, o aquella que afecte las decisiones de los consumidores¹⁹. Se aprecian pluralidad

¹⁴ Jaeckel, Jorge, en *Apuntes sobre Competencia Desleal*, p. 24

¹⁵ Cabanellas, Guillermo, en *Diccionario de Derecho Usual*. (6.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Omeba, 1968, p. 337

¹⁶ Jalife, Mauricio, en *Derecho de la Propiedad Intelectual: El Nuevo Concepto de Competencia Desleal y Nuevas Conductas que Demandan Regulación*, p. 93

¹⁷ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, 1883, Artículo 10 bis

¹⁸ Ley de Represión de la Competencia Desleal de Perú, 2008, Artículo 6

¹⁹ Ley 256 de Colombia, 1996, Artículo séptimo.

de parámetros para intentar definir la deslealtad, no obstante éstos solo alcanzan a reemplazar el término investigado por otro cuyo alcance y significado también hay que investigar.

Esto lleva de nuevo a la interrogante base, ¿qué se entiende por deslealtad? Se debe partir de la base de que el criterio de deslealtad será siempre un juicio de carácter relativo, por lo que “habrá que intentar buscar aquel que se pueda adaptar a las cambiantes y diversas situaciones de hecho que puede generar la lucha competencial, y que pueda aportar a la materia mayor grado de seguridad jurídica posible”²⁰. Conforme lo determina el modelo competencial actual, la parámetro idóneo para esta tarea es la buena fe objetiva.

En primer lugar tenemos a la buena fe, que es un principio general del Derecho, no obstante, dentro del Derecho contra la Competencia Desleal su rol es más específico, además de ser un principio rector, también funciona como estándar jurídico que determina el *deber ser* del comportamiento competencial, conformando así un instrumento para que la autoridad competente pueda evaluar si un agente económico se comportó lealmente o no en el mercado. Cabe recalcar que para ambas funciones se utiliza la buena fe objetiva, puesto que la subjetiva se encuentra plagada de juicios personales y posturas psicológicas, de ahí la idoneidad del parámetro elegido.

La buena fe objetiva como principio implica “que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios”²¹. Ello importa que el ejercicio de los derechos subjetivos se los realice conforme al espíritu y finalidad social que posee la norma contra los actos de Competencia Desleal; pues en caso de usar extralimitadamente dichas facultades con una actuación en el mercado, aún actuándose dentro del marco de

²⁰ García Menéndez, Sebastián, en *Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor*, p. 60

²¹ Parra, Jorge, en *Estudio sobre la Buena Fe*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2011, p. 143

legalidad, es decir sobre la no prohibición, esa actuación es contraria a la buena fe y se estaría incurriendo en un abuso del derecho, por causar una afectación u obtener un “aprovechamiento indebido de la competitividad”²².

Como estándar jurídico, la buena fe objetiva se incorpora a la norma jurídica de Competencia Desleal a forma de concepto definiéndola, y además determinando un modelo o pauta de comportamiento a seguir o no, a forma de casuística, que permita establecer cuando un comportamiento es deslealtad²³. Acotando que no es el objetivo del presente artículo el elaborar nociones respecto a la buena fe objetiva, sino que se pretende meramente sugerir ciertos elementos que se deberían tomar en cuenta al momento de estructurar una definición para este parámetro delimitador de la deslealtad, que una vez delineadas las funciones dentro del Derecho contra la Competencia Desleal, se colige es el más óptimo, ya que no solo abarca la ilicitud manifiesta de una actuación anticompetencial, sino la ilegalidad que deriva del abuso del Derecho.

Si en el campo competencial se tienen por desleales a aquellas actuaciones que se inadecuen el ordenamiento económico²⁴, para definirse la buena fe objetiva es necesario que se tome en cuenta el modelo económico que maneja el mercado competitivo. Es decir, que dentro de la elaboración del estándar jurídico de la buena fe objetiva, deben incluirse los elementos axiológicos que añaden los emprendimientos de la Economía Popular y Solidaria que hacen una economía que “pretende nacer de la conciencia como diría Saramago; o desde la economía descalza, denominada por Manfred Max-Neef; o desde el comercio justo para todos, según los términos de Joseph Eugene

²² Alvear Peña, Sara, en *Actualidad Jurídica No. 59: Abuso del Derecho y Protección Jurídica*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, p. 13-14

²³ Parra, Jorge, en *Estudio sobre la Buena Fe*. p. 58-59

²⁴ García Menéndez, Sebastián, en *Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor*, p. 61

Stiglitz, Premio Nobel de Economía.”²⁵ A continuación se abordarán las generalidades de esta forma de hacer economía con el propósito de dilucidar cuáles son los valores a incorporar dentro la Competencia Desleal.

3. La economía popular y solidaria

La apropiada organización económica de un país depende de la comprensión de su propia realidad, a fin de implementar un modelo que subsane las falencias del sistema económico. Caso contrario se malbaratarán recursos y energías al tratar de acomodar las circunstancias sociales a modelos que no corresponden con su realidad, forzando las situaciones a soluciones inadecuadas que agravan los problemas²⁶. El Ecuador, en atención a su realidad es que reconsidere el Modelo Económico Social de Mercado, que se gestó en virtud de economías foráneas, y lo reemplaza por el Modelo Económico Social y Solidario, que pretende la inclusión de elementos autóctonos del país en las formas de hacer economía. Tal es así que en el año 2008, la Constitución de Montecristi, cambió el Sistema Económico Social de Mercado que establecía la constitución anterior²⁷, por el Sistema Económico Social y Solidario, el mismo que se encuentra integrado por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine²⁸.

Cabe cuestionarse cuál es esa realidad del país que conlleva al requerimiento del establecimiento de un sistema económico distinto

²⁵ Alvear Peña, Sara, en *Economía Social y Solidaria. ¿Utopía o Necesidad? Nuevos Paradigmas en la Conceptualización de Lealtad y Buena fe Comercial*. Quito, Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, p. 25

²⁶ Coraggio, Luis, en *La Gente o El Capital: Desarrollo Local y Economía del Trabajo*. Quito, Ecuador, Abya-Yala, 2004, pp. 92

²⁷ Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998, artículo 244

²⁸ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N°449 de 20 de octubre de 2008., artículo 283.

al capitalismo. Pues bien, Casas²⁹, hace mención a una realidad que no solo alcanza al Ecuador, sino que es a nivel de la subregión andina, que “está formada por países con economías pequeñas, muy polarizadas socialmente, que sufren una profunda crisis económica, política y social”. Es decir existe marginación de ciertas masas, cuya reinserción a la vida económica, política y social del país, requiere de una efectiva vía de retorno, y que mejor para ello que la implementación de un sistema económico que responda a su realidad, como lo es el Modelo Económico Social y Solidario a través de la Economía Popular y Solidaria como una forma de hacer economía dentro de este modelo, que han encontrado los grupos excluidos.

Cabe resaltar que la viabilidad de la implementación de Economía Popular y Solidaria como una vía de retorno para aquellos agentes que excluidos del sistema, va dada por los mandatos constitucionales que posibilitan la consecución del modelo económico que la misma Norma Suprema establece. Un ejemplo de esto es que la Constitución determina que el Estado no solo reconocerá la modalidad de trabajo autónomo³⁰, sino que brindará formación y capacitación para mejorar dichas iniciativas³¹, reconociendo al trabajador como un actor social productivo³², lo que guarda concordancia con la revalorización de las personas como individuos con capacidad de “emprender, de crear, de trabajar de manera autónoma, en lo propio, de tomar el control sobre sus condiciones de existencia”³³, y en virtud de ello reintegrarse a la sociedad al estimular en los trabajadores aquellas facultades no desarrolladas por haber estado sometidos a relaciones de subordinación por largo tiempo. Pudiendo entonces actuar como comunidad instaurando relaciones de reciprocidad y

²⁹ Casas, Ángel, en *El desarrollo económico del Área Andina en el marco de la integración regional en Repensar la teoría del desarrollo en un contexto de globalización*. Red de Bibliotecas Virtuales de Ciencias Sociales de América Latina y el Caribe de la Red CLACSO, 2007, p. 354.

³⁰ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N°449 de 20 de octubre de 2008., artículo 325.

³¹ *Ibid.*, artículo 329

³² *Ibid.*, artículo 325

³³ Razeto, Luis, en *Los Caminos de la Economía de Solidaridad*, p. 39

solidaridad, y maximizando la eficiencia de la productividad al entender que todos trabajan por el bien común, entendido como un real beneficio para todos y no como un simple ideal carente de contenido. Con ello se abre brecha para la conformación de pequeñas unidades económicas autónomas y empresas autogestionadas como expresiones de la Economía de la Solidaridad, mismas que serán abordadas en el presente trabajo más adelante.

La Economía Popular y Solidaria no solo pretende el establecimiento de relaciones solidarias entre los hombres, sino también respecto a la naturaleza. Para empezar, Ecuador es un país pionero en cuanto a reconocimiento de derechos de la naturaleza, al establecerla constitucionalmente como sujeto de derechos; reconociendo su derecho “a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”³⁴. Para cuyo cumplimiento la Carta Magna consagra cuatro principios ambientales fundamentales, que se expondrán a continuación.

Se tiene el Principio de Desarrollo Ambientalmente Sustentable³⁵, que implica una responsabilidad compartida entre el Estado y los ciudadanos³⁶ de respetar los derechos de la naturaleza a fin de conservar la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, además de asegurar “la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras”³⁷; otro principio es el de la Transversalidad de las Políticas de Gestión Ambiental³⁸, que implica que las políticas, instituciones, normas y procedimientos de un Estado se armonizan con el diseño y la aplicación de las Políticas

³⁴ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N°449 de 20 de octubre de 2008., artículo 71.

³⁵ *Ibíd.*, artículo 3.

³⁶ *Ibíd.*, artículo 83.

³⁷ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N°449 de 20 de octubre de 2008., artículo 395.

³⁸ *Ibíd.*

Públicas Ambientales; el siguiente es el de Justicia Ambiental³⁹ que promulga que toda persona y colectividad podrá “ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental”⁴⁰; y, finalmente está el Principio de Participación y Consulta Ambiental⁴¹.

Los dos últimos principios mencionados, además de permitir establecimiento de lazos solidarios con la naturaleza, promueven la unión de las personas en comunidad al hacerles actores protagónicos de la vida pública y estatal con el propósito de tutelar los derechos de la naturaleza. Se crea de esta manera un espacio de integración donde participan activamente tanto los pueblos ancestrales como los modernos, promoviéndose así el acercamiento entre los pueblos indígenas y los grupos humanos contemporáneos; acercamiento que no se debe entender como una conflictiva imposición cultural de los unos sobre los otros, sino como un proceso enriquecedor de retroalimentación, donde se evidencia la real existencia del Estado Plurinacional e Intercultural⁴², que la Carta Magna proclama y tutela.

Las disposiciones constitucionales enunciadas, son únicamente algunas referencias que evidencian que la Constitución ecuatoriana manifiestamente solidaria, y esto posibilita la introducción de este elemento axiológico en la economía a nivel global, a fin de que sea factible la consecución del modelo económico vigente, y en especial del desarrollo de la Economía Popular y Solidaria, la cual impone una visión distinta que plantea nuevos parámetros conductuales que trascienden el ámbito económico.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N°449 de 20 de octubre de 2008., artículo 397.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*, artículo 380.

3.1 Antecedentes de la Economía Popular

La aparición de estos grupos excluidos no hace referencia a la división de clases económicas en virtud de la abundancia o escasez de recursos que poseen, sino que refiere a aquellas personas se han quedado al margen de una forma de vida económica, y esto no es una situación actual, sino que se deriva de varios procesos de transformación social.

En un primer momento, con el fenómeno de la industrialización que reorganiza y reestructura la economía y la sociedad hacia una modernización que acarreó la exclusión y desarticulación de las formas tradicionales de hacer economía, por lo unos fueron absorbidos por el sistema y emigraron a las ciudades abandonando sus formas de vidas tradicionales, y otros grupos, en su mayoría indígenas y campesinos, se aglomeraron en las periferias de las grandes ciudades quedaron al margen de las nuevas formas de vida que surgieron con este fenómeno; en un segundo momento se da la expansión cuantitativa de los índices de marginación, no solo por el crecimiento de los índices de pobreza, sino que se da un proceso de expulsión de aquellos que el sistema había absorbido y ahora expele por incapacidad para abastecerles de plazas de trabajo en virtud de las crisis económicas acaecidas después de los años setentas hasta la actualidad⁴³. Se genera un nuevo grupo de sufre exclusión, no solo aquellos que no experimentaron inserción a las nuevas formas de vida económica, sino de aquellos habiendo formado parte de esta dinámica, son apartados por el propio sistema ante su incapacidad de mantenerlos.

Puede inducirse que los grupos que jamás experimentaron inserción en las nuevas formas de vida económica muy probablemente

⁴³ Razeto, Luis, en *Los Caminos de la Economía de Solidaridad*, 1997. Recuperado el 02 de noviembre del 2014 de <http://lacoperacha.org.mx/documentos/coperacha-economia-solidaridad-razeto.pdf>, p. 11-12

conservaron sus formas autóctonas de hacer economía. No obstante los grupos que formaron parte del proceso absorción y exclusión del sistema, tuvieron que generar nuevas formas de hacer economía, y esto se dio principalmente a través de procesos de autoempleo y autogestión⁴⁴; generados a partir de la complementariedad de las formas antiguas de hacer economía que ellos ya conocían, sumados a las destrezas propias de la modernidad que adquirieron⁴⁵.

Se colige que de la sinergia de conocimientos y talentos, y ante la necesidad de los marginados de buscar vías y mecanismos alternativos a un sistema que ya no les da cabida, se generan formas de hacer economía basados en la autogestión y en el autoempleo, que es lo que se denomina como emprendimientos Populares y Solidarios.

3.2 Concepto y Características de la Economía Popular y Solidaria

Es importante hacer notar que la Economía Popular y Solidaria, no es un fenómeno pasajero, sino que tiene alta incidencia en la economía ecuatoriana. Tal es así que en el 2011 se expidió la Ley de Economía Popular y Solidaria, la cual define como “la forma de organización económica, donde sus integrantes, individual o colectivamente, organizan y desarrollan procesos de producción, intercambio, comercialización, financiamiento y consumo de bienes y servicios, para satisfacer necesidades y generar ingresos, basadas en relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, privilegiando al trabajo y al ser humano como sujeto y fin de su actividad, orientada al buen vivir, en armonía con la naturaleza, por sobre la apropiación, el lucro y la acumulación de capital.”⁴⁶

⁴⁴ Coraggio, Luis, en *La Gente o El Capital: Desarrollo Local y Economía del Trabajo*, pp. 92

⁴⁵ Razeto, Luis, en *Los Caminos de la Economía de Solidaridad*, p. 12

⁴⁶ Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, Registro Oficial N° 444 de 10 de mayo del 2011, artículo 1

Se pone por sujeto y fin de la economía al hombre, priorizando elementos axiológicos, como la solidaridad, antes que el afán de ganancia. No solo se está cambiando el concepto de economía, sino la forma y los factores con que esta se produce.

A fin de entender la anterior afirmación, es preciso explicar que son los factores de producción. Se pueden definir como aquellos recursos, que como su nombre lo dice se utilizan para la producción de bienes o servicios; clásicamente se distinguieron solo tres factores productivos: tierra, trabajo y capital; no obstante en la modernidad se han admitido dos más: la empresa y el aporte intelectual⁴⁷. No obstante dentro de la Economía Social y Solidaria, y en especial dentro de la Economía Popular y Solidaria, se introduce otro elemento, al que Razeto⁴⁸ denomina como el factor C, este significa “Compañerismo, Cooperación, Comunidad, Compartir, Comunión, Colectividad, Carisma (...)”, y se escribe con mayúscula por parte en razón de que se considera de que “el factor C es el factor Cristo, porque el cristianismo es el llamado a la solidaridad, a la unión de los hombres”; esta influencia se debe a que es principalmente a través de expansión del cristianismo, estaba destinada a desarrollar los valores de igualdad, fraternidad y caridad⁴⁹. El factor C, es mucho más que un factor producción, pues es un elemento que deriva de la actuación de las personas y debe incluirse en cada una de las facetas de la producción, por tanto el factor C hace de la solidaridad un eje transversal a la economía.

La Economía Popular y Solidaria en el Ecuador, es un segmento de la economía que se ha estado desarrollando y sigue en construcción, labor que ha sido facilitada desde su reconocimiento

⁴⁷ Diccionario Jurídico Espasa. Madrid, España, Espasa, 2001, p. 374

⁴⁸ Razeto, Luis, en *Los Caminos de la Economía de Solidaridad*, 1997, Recuperado el 02 de noviembre del 2014 de <http://lacoperacha.org.mx/documentos/coperacha-economia-solidaria-razeto.pdf>, p. 3-6

⁴⁹ Quijano, Anibal, en *Sistemas alternativos de produção en Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Brasil, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005, p. 65.

constitucional en el 2008, y desde el 2011 con la regulación otorgada a través de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario. Siendo así la Economía Popular y Solidaria, que ha parecido siempre estar desagregada del sistema económico en general, encuentra una vía para integrarse a éste como un todo funcional⁵⁰. Esto no significa que se haya dado a luz una nueva forma de hacer economía, sino que se da paso a que las formas de hacer economía de los grupos marginales e informales, encuentren un camino para insertarse en el sistema a través del marco normativo expedido, y de esta forma se regularicen los emprendimientos de este sector de la economía.

3.3 Los Emprendimientos Populares y Solidarios en el Ecuador

Dentro de la Economía Popular y Solidaria, se dan emprendimientos económicos diferentes a los que se dan dentro de otras formas de hacer economía reconocidas dentro del Modelo Económico Social y Solidario, estos son tan diversos, como variadas son las experiencias que conforman este sector, por lo que referirse a todas ellas excede el alcance de este trabajo. No obstante se hará referencia a algunas de ellas, como son: 1) El trabajo autónomo, que implica la producción, comercialización o prestación de servicios a pequeña escala, en este tipo entran los microcomerciantes o micronegociantes; como ejemplo los vendedores ambulantes⁵¹; 2) Las unidades domesticas ampliadas, conformados por aquellos que realizan labores de producción, comercialización o prestación de servicios desde puestos fijos, como locales o viviendas⁵²; 3) Las organizaciones

⁵⁰ Alvear Peña, Sara, en *Economía Social y Solidaria. ¿Utopía o Necesidad? Nuevos Paradigmas en la Conceptualización de Lealtad y Buena fe Comercial*, p. 25

⁵¹ Moreno, Alberto, en *Economía Popular y Desarrollo Humano*. Quito, Ecuador: Unión de Asociaciones Artesanales Nuestras Manos, 1996, p. 25

⁵² Narodowski, Patricio, en *Otra Economía: Revista Latinoamericana de economía social y solidaria*, 2008. Recuperado el 20 de noviembre del 2015 de http://www.economiasolidaria.org/files/Revista_RILESS_2.pdf, p. 138

económicas populares, conformadas por grupos de personas o familias que aúnan sus recursos a fin de que a través de la cooperación puedan suplir sus necesidades básicas, entre estas se encuentran los talleres laborales solidarios, comités de vivienda, huertos familiares, centros de abastecimiento comunitario, programas de desarrollo local, entre otros⁵³. Se han ejemplificado formas de organización de la Economía Popular y Solidaria, se reitera que dicha enunciación no es taxativa, sino meramente referencial, sin embargo los ejemplos provisto van desde el emprendimiento más pequeño, que es el individual, hasta aquellos que abarcan a un número considerable de personas, que son las organizaciones, siendo siempre su componente principal la solidaridad, sin importar el tamaño del emprendimiento.

La Constitución de la República del Ecuador⁵⁴, determina que se reconocen diversas formas de la organización de la economía, y brinda como ejemplo a las formas de organización económicas comunitarias, cooperativistas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas, entre otras. Todas las mencionadas son emprendimientos de la Economía Popular y Solidaria, y se encuentran reguladas por la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y de Finanzas Populares y Solidarias; pudiéndose encontrar correlación entre las mencionadas en la Carta Magna y la mencionada ley.

Habiéndose brindado algunos ejemplos de los emprendimientos de la Economía Popular y Solidaria, es pertinente definirlos. Estas propuestas económicas serían “formas jurídicas de organización empresarial, ciertamente sui generis, nacidas de una cosmovisión diferente de establecer relaciones económicas.”⁵⁵ A pesar de que estos emprendimientos se centran en el hombre desde una óptica cargada de valores como la solidaridad y fraternidad, no es que no

⁵³ Razeto, Luis, en *Los Caminos de la Economía de Solidaridad*, p. 12-13

⁵⁴ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N°449 de 20 de octubre de 2008, Artículo 329.

⁵⁵ Alvear Peña, Sara, en *Economía Social y Solidaria. ¿Utopía o Necesidad? Nuevos Paradigmas en la Conceptualización de Lealtad y Buena fe Comercial*, p. 26

pretendan generar ganancias, y busquen la mera subsistencia; sino que la principal diferencia con los emprendimientos de otras formas de hacer economía, es que el lucro es buscado velando por que la actividad económica que se realiza se la lleve a cabo cumpliendo una función social, ambiental y cultural.

Así como los referidos emprendimientos buscan el lucro de forma diferente, también se estructuran de forma distinta. Las personas se organizan en relaciones de interdependencia voluntarias, en función de unos fines, unos derechos, unas responsabilidades y unas obligaciones recíprocas respecto del bien pretendido, entendido como el bienestar colectivo, o el bien común⁵⁶.

Es a su vez característico de estas organizaciones el ser de carácter integral, es decir combinan las actividades económicas, sociales, políticas, culturales y aún religiosas dentro de su gestión; también suelen organizarse no jerárquicamente sino de forma horizontal, siendo así organizaciones participativas, democráticas, autogestoriares y autónomas, donde los propios miembros toman las decisiones en base a un derecho derivado del esfuerzo individual y grupal⁵⁷. Acogiendo las palabras de Alvear verdaderamente nos encontramos ante emprendimientos *sui generis*, utiliza parámetros de asociación y organización que innovadores, no precisamente novedosos pues estas organizaciones no son nuevas en el Ecuador, y tienen una trascendencia historia que vale la pena abordar.

Desde antes de los años setenta, se han registrado emprendimientos sociales y solidarios en el país. Su origen radica en las ferias comunales y en la organización social indígena, éstas dieron paso a nuevas formas de organización empresarial y asociativa basada en la solidaridad de las comunidades; mismas que con la intervención

⁵⁶ Katime, Abraham y Sarmiento, Antonio, en *Hacia la Construcción del Derecho Solidario en Colombia* (2.^a ed.). Cali, Colombia, Universidad Cooperativa de Colombia, 2006, p. 38

⁵⁷ Razeto, Luis, en *Los Caminos de la Economía de Solidaridad*, p. 16-17

de organizaciones intergubernamentales y la iglesia católica⁵⁸. Como se desprende, la iglesia siempre ha tenido un rol fomentador de la Economía Social y Solidaria, incluyendo a la Economía Popular y Solidaria, en razón de que la praxis de los mandatos bíblicos conllevan al ejercicio de los mismos valores que promueven estas formas de hacer economía.

Posteriormente, se da una experiencia popular y solidaria de mayor trascendencia en 1985, con la denominada *Maqita Cusunchic* o *Nos hacemos felices dándonos la mano para comercializar como hermanos*, cuyo objetivo era el de “crear un mercado solidario con participación de proveedores, consumidores y trabajadores del campo y la ciudad”, basándose en los valores de la honradez, la equidad y el respeto al medio ambiente. Impulsada por este emprendimiento se funda en 1991 en la realización del Primer Encuentro sobre Comercialización Comunitaria en Quito, la Red Latinoamericana de Comercialización Comunitaria, RELACC, misma que está conformada por organizaciones de productores, consumidores, artesanales, e instituciones de apoyo y servicios. El origen y desarrollo de las emprendimientos Sociales y Solidarios, los dotan de una memoria historia que evoca a las raíces ecuatorianas, y más allá a las latinoamericanas.

Actualmente en Ecuador se han gestado los CESI, los Circuitos Económicos Solidarios Interculturales, estos son un conjunto integrado de unidades económicas y sociales que se adscriben a criterios de la Economía Solidaria, fomentando la articulación y trabajar en red, como es el caso de los mercados solidarios; y pretendiendo la construcción de una comunidad desde la cultura andina que facilita la vinculación de a relación hombre naturaleza⁵⁹. Entiéndase que al referirse a unidades económicas y sociales que trabajan en

⁵⁸ Alvear Peña, Sara, en *Economía Social y Solidaria. ¿Utopía o Necesidad? Nuevos Paradigmas en la Conceptualización de Lealtad y Buena fe Comercial*, p. 11

⁵⁹ Jiménez, Jorge, en *Movimiento de Economía Social y Solidaria del Ecuador: Circuitos Solidarios Interculturales*, 2014. Recuperado el 20 de noviembre del 2014 de http://www.economiasolidaria.org/files/CIRCUITOS_ECONOMICOS_SOLIDARIOS_INTERCULTURALES.pdf, p. 3

redes, se infiere que esto abarca toda la cadena de producción económica, desde la producción solidaria, hasta el consumo solidario; entendiéndose que se asumen que serán solidarios puesto que se señala en su definición que estos circuitos se encuentran adscritos a los principios de la Economía Social y Solidaria.

El Movimiento de Economía Social y Solidaria del Ecuador, MESSE, juega un importante rol en el fomento para el desarrollo de los CESI. Ya que el MESSE tiene por misión el articular y fortalecer las iniciativas de actores con prácticas y experiencias de la Economía Solidaria⁶⁰. Entonces, en el Ecuador se tiene unos circuitos solidarios que vinculan emprendimientos sociales y solidarios aislados, y un movimiento que ayuda a la cohesión de dichos circuitos, lo que demuestra como la Economía Popular y Solidaria cada vez toma mayor dimensión en su trascendencia económica y social en el país, y cuando se menciona lo social, se está haciendo también referencia también a lo jurídico.

4. La influencia de la economía popular y solidaria en la competencia desleal

El Régimen de Desarrollo del Ecuador, propende a la concesión del Buen Vivir, y éste último tiene como valor base a la solidaridad⁶¹. Siendo así, esto implica que este valor debe internalizarse en todos los ámbitos, fases y factores de la economía, lo que incluye a la competencia. En concordancia se tiene que la expansión de la solidaridad a todas las aristas de la economía, también se establece por mandato constitucional, a través de la adopción constitucional del Sistema Económico Social y Solidario, como de su misma denominación se desprende.

⁶⁰ MESSE. (s.f.) Definición del movimiento económico social y solidario. Recuperado el 20 de noviembre del 2015 de <http://www.messe.ec/2013/07/movimiento-de-economia-social-y.html>

⁶¹ Acosta, Albrto, en *El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo: Una lectura desde la Constitución de Montecristi*. Quito, Ecuador: Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS, 2010, p. 23

El un cambio de paradigma en la economía ecuatoriana, transforma los elementos éticos a la hora de establecer relaciones económicas, como se manifiesta sobre todo en los emprendimientos de la Economía Popular y Solidaria, como lo reflejan las relaciones económicas que se dan dentro de los CESI y a través del MESSE. Y no solo eso, sino que alcanza trascendencia jurídica toda vez que éstas formas de hacer economía recientemente reconocidas por la Norma Suprema requieren de adecuada protección para su correcto desenvolvimiento.

Como se hizo mención en apartados anteriores, la protección a la competencia en estos nuevos escenarios económicos, requiere de la adecuación de los parámetros delimitadores de la deslealtad, que conforme al análisis realizado el más apropiado sería la buena fe objetiva, incorporando los elementos axiológicos que vienen aparejados a esta nueva racionalidad económica.

Para formar una idea de donde radicaría el punto neurálgico de influencia de estos elementos en la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, es preciso hacer una breve referencia a como se estructura esta regulación. La Ley Orgánica esta compuesta por una clausula general, seguida de supuestos de hecho concretos, los cuales son: 1) Actos de confusión; 2) Actos de engaño; 3) Actos de imitación; 4) Actos de denigración; 5) Actos de comparación; 6) Explotación de la reputación ajena; 7) Violación de secretos empresariales; 8) Inducción a infracción contractual; 9) Violación de normas; 10) Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores⁶².

La cláusula general se configura como el pilar fundamental de protección del Derecho contra la Competencia Desleal. Esta es la que contiene el criterio delimitador de la deslealtad, y derivado de ello

⁶² Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, Registro Oficial N° 555 de 13 de octubre del 2011, Artículos 26-27

una suerte de prohibición genérica y abstracta de actuar leal y honestamente en el mercado. La Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder del Mercado, establece ambas funciones de la cláusula general, más no las condensa en una sola disposición, sino que las aborda en dos artículos, estos son el 25 y 26; en el primero se establece la definición de deslealtad, y en el segundo la prohibición general de actuar deslealmente en el mercado.

Serían en estos artículos donde los elementos axiológicos que aportan los emprendimientos de la Economía Popular y Solidaria tendrían incidencia al configurarse el estándar jurídico de buena fe objetiva con su concepto y casuística, que conformarían una cláusula general de deslealtad más adecuada para tutelar los intereses de los agentes en las relaciones de competencia que entablan en un mercado configurado bajo un modelo económico que tiene por eje transversal a la solidaridad.

Ahora bien, no se puede brindar una enumeración taxativa de valores y elementos a considerar para este fin, no obstante asume de entrada que uno de éstos es la solidaridad, que para ampliar su alcance se asocia al factor C antes descrito; entonces en esta línea se tendría el compañerismo, la fraternidad, el apoyo, la unión, la cooperación, la comunión, y demás que impliquen la facilitación de una vida en comunidad y equidad.

Sim embargo, con el objetivo de expandir el abanico de elementos, una posible fuente a tomar en cuenta para crear una cláusula general lo suficientemente abstracta y flexible para adaptarse y satisfacer las necesidades de tutela en la realidad económica ecuatoriana, son los principios que rigen los emprendimientos de la Economía Popular y Solidaria, constantes en su misma ley los cuales son: a) La búsqueda del buen vivir y del bien común; b) La prelación del trabajo sobre el capital y de los intereses colectivos sobre los individuales; c) El comercio justo y consumo ético y responsable; d) La equidad de género; e) El respeto a la identidad cultural; f) La autogestión; g) La responsabilidad social y ambiental, la

solidaridad y rendición de cuentas; y, h) La distribución equitativa y solidaria de excedentes.”⁶³

5. Conclusiones

La existente interdependencia entre la Competencia Leal y Honesta, y la adecuada implantación, desarrollo y promoción del Sistema Económico Social y Solidario, se hace cada vez más evidente. Por un lado, la lealtad y honestidad que guarden los operadores económicos en el mercado viabiliza que se geste el clima adecuado para implementar los valores y principios de solidaridad y cooperación que propone dicho modelo económico, y no solo en referencia a la Economía Popular y Solidaria, sino como sistema económico en sí que tiene por eje transversal a la solidaridad.

Por otro lado se colige que el Ecuador estará más cerca del Buen Vivir, toda vez que el Derecho contra la Competencia Desleal tutele de forma efectiva la lealtad y honestidad de las relaciones comerciales en la realidad del mercado ecuatoriano, cumpliéndose a su vez de esta manera el objetivo del modelo económico, que es viabilizar el cumplimiento del Régimen de Desarrollo. De esta manera se comprueba que el Derecho contra la Competencia Desleal constituye un eje transversal de Sistema Económico Social y Solidario, y viceversa.

Finalmente, es apropiado señalar que la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder del Mercado no toma en cuenta en su cláusula general los parámetros delimitadores de la deslealtad que brinda la Economía Popular y Solidaria, a pesar de que fue expedida en el 2011, después del reconocimiento constitucional de ésta forma de hacer economía; de hecho su criterio delimitador de la deslealtad ni si quiera guarda relación al que determina el Modelo Social, sino

⁶³ Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, Registro Oficial N° 444 de 10 de mayo del 2011, Artículo 4

que se estanca en el Modelo Profesional, que como ya se comentó en acápite anteriores, es obsoleto por no cumplir con los requerimientos de abstracción y flexibilidad que requieren los ilícitos desleales.

Tomando en cuenta que el Derecho contra la Competencia Desleal es una materia en constante evolución, no solo cambia a nivel doctrinario, sino a también a nivel jurídico, conforme van cambiando las realidades en el mercado, y por tanto las formas de ejercer la corrección económica. Es por lo expuesto que se considera que para que el Derecho Contra la Competencia Desleal pueda ejercer una tutela efectiva es necesario se contemple una reforma legislativa a la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder del Mercado, en su artículo 25 y 26, donde se haga inclusión de los valores, elementos y principios que aportan los emprendimientos de la Economía Popular y Solidaria, que se han expuesto en este trabajo.

Referencias:

Acosta, Alberto, en *El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo: Una lectura desde la Constitución de Montecristi*. Quito, Ecuador: Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS, 2010.

Alvear Peña, Sara, en *Derecho de Corrección Económica, Defensa de la Competencia y Competencia Desleal*. Quito, Ecuador, Universidad Internacional SEK, 2012.

Alvear Peña, Sara, en *Actualidad Jurídica No. 59: Abuso del Derecho y Protección Jurídica*. Quito, Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

Alvear Peña, Sara, en *Economía Social y Solidaria. ¿Utopía o Necesidad? Nuevos Paradigmas en la Conceptualización de Lealtad y Buena fe Comercial*. Quito, Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

- Barona, Silvia, en *Competencia Desleal: tutela jurisdiccional - específicamente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2008.
- Cabanellas, Guillermo, en *Diccionario de Derecho Usual. (6.ª ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Omeba, 1968.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N°449 de 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 1 de. 11 de Agosto de 1998.
- Coraggio, Luis, en *La Gente o El Capital: Desarrollo Local y Economía del Trabajo*. Quito, Ecuador, Abya-Yala, 2004.
- Coraggio Luis, en *Economía Social y Solidaria: El Trabajo antes del Capital*. Quito, Ecuador, Abya-Yala, 2008.
- Diccionario Jurídico Espasa. Madrid, España, Espasa, 2001.
- García Menéndez, Sebastián, en *Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor*. Buenos Aires, Argentina, LexisNexis Argentina S.A., 2004, p. 11.
- Jaeckel, Jorge, en *Apuntes sobre Competencia Desleal*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, CEDEC II: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, 2002, p. 27.
- Jalife, Mauricio, en *Derecho de la Propiedad Intelectual: El Nuevo Concepto de Competencia Desleal y Nuevas Conductas que Demandan Regulación*. México D.F., México: Editorial Porrúa S.A., 2012.

Jiménez, Jorge, en *Movimiento de Economía Social y Solidaria del Ecuador: Circuitos Solidarios Interculturales*, 2014. Recuperado el 20 de noviembre del 2014 de http://www.economiasolidaria.org/files/CIRCUITOS_ECONOMICOS_SOLIDARIOS_INTERCULTURALES.pdf.

Katime, Abraham y Sarmiento, Antonio, en *Hacia la Construcción del Derecho Solidario en Colombia (2.ª ed.)*. Cali, Colombia, Universidad Cooperativa de Colombia, 2006.

Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, Registro Oficial N° 555 de 13 de octubre del 2011.

Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, Registro Oficial N° 444 de 10 de mayo del 2011.

MESSE. (s.f.) Definición del movimiento económico social y solidario. Recuperado el 20 de noviembre del 2015 de <http://www.messe.ec/2013/07/movimiento-de-economia-social-y.html>

Moreno, Allberto, en *Economía Popular y Desarrollo Humano*. Quito, Ecuador: Unión de Asociaciones Artesanales Nuestras Manos, 1996.

Narodowski, Patricio, en *Otra Economía: Revista Latinoamericana de economía social y solidaria*, 2008. Recuperado el 20 de noviembre del 2015 de http://www.economiasolidaria.org/files/Revista_RILESS_2.pdf

Parra, Jorge en *Estudio sobre la Buena Fe*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2011.

Quijano, Aníbal, en *Sistemas alternativos de produção en Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Brasil, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005.

Razeto, Luis, en *Los Caminos de la Economía de Solidaridad*, 1997. Recuperado el 02 de noviembre del 2014 de <http://lacoperacha.org.mx/documentos/coperacha-economia-solidaria-razeto.pdf>

Razeto, Luis, en *Los Caminos de la Economía de Solidaridad*, 1997, Recuperado el 02 de noviembre del 2014 de <http://lacoperacha.org.mx/documentos/coperacha-economia-solidaria-razeto.pdf>

Empresa y tributos

José Luis Terán*

Resumen:

La actividad empresarial tiene un importante componente tributario y está sometida a diversos tributos de orden estatal, seccional y de excepción. Sin embargo, empresas y sociedades, quienes aparecen como sujetos pasivos o responsables de obligaciones tributarias, desconocen sus derechos como contribuyentes y su deber de colaborar con las administraciones tributarias. El objetivo de este ensayo es revisar estos aspectos.

Palabras clave: *Política fiscal, sistema tributario, potestad tributaria, evasión, elusión, fraude, planeación tributaria.*

Sumario:

1. Introducción; 2. El régimen tributario ecuatoriano; 3. Vinculación de la empresa con el Derecho tributario.

* Doctor en jurisprudencia, Doctor en Ciencias Internacionales, Magíster en Educación Superior, Magíster en Derecho Tributario, Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil, Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal. Candidato a PhD por la Universidad de Salamanca-España. Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la UCE. Juez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

1. Introducción

La tributación es tan antigua como la historia misma. Así, es posible pensar que la tributación es connatural a la idea de Estado. En el caso ecuatoriano, la Constitución de la República establece como fines esenciales de la política tributaria, promover la redistribución y estimular el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.¹ En virtud de este mandato constitucional, el Estado debe garantizar, entre otros, los derechos a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo, a la producción, al acceso a la justicia, etc. El Código Tributario dispone que los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, servirán como instrumento de política económica general, estimulando la inversión, la reinversión, el ahorro y su destino hacia los fines productivos y de desarrollo nacional; atenderán a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurarán una mejor distribución de la renta nacional.²

Es decir, el Estado tiene fines específicos como la salud, la educación, la vivienda, la seguridad interna y externa, un ambiente sano, y tiene que cumplir con las necesidades públicas a través de los servicios públicos, todo ello encaminado al bienestar económico, a la redistribución de la riqueza y al desarrollo económico en interés social. Con lo expuesto, podemos decir que desde el punto de vista político, social, jurídico y económico, el fin del Estado es la consecución del bien común. Así las cosas, según José Javier Jarrín Barragán

¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 300, inciso segundo.

² Código Tributario. Artículo 6.

“el Estado debe establecer sistemas de funcionamiento respecto de la recaudación y administración de los tributos, debe crear organismos para la recaudación de esos tributos, pero con base en políticas y programas de gobierno en materia tributaria”.³

La Constitución de la República del Ecuador desarrolla el nuevo rol del Estado frente a la economía, así la actividad recaudatoria se rige por principios, derechos, deberes y garantías constitucionales que constituyen la estructura de un Estado constitucional de derechos y justicia. De esta forma, para mitigar el abuso de un poder absolutista e intervencionista del Estado en la economía, la Norma Suprema plantea nuevos deberes y derechos de los contribuyentes para que cumplan a cabalidad su obligación de tributar. Y así aparecen principios y objetivos económicos que constan en la Constitución de la República, y específicamente en los artículos 283, 284, 319, 320, 334, 335, 336, 337, 338, 339. De esta nueva forma de ver la actividad financiera del Estado surgen nuevas políticas fiscales para garantizar la libertad de empresa como derecho constitucional. En tal contexto, la política fiscal debe estar dirigida a crear las condiciones para apuntalar el crecimiento económico, mediante la reducción del gasto público y el combate a la evasión impositiva.

2. El régimen tributario ecuatoriano

Para José Vicente Troya Jaramillo “Los tributos son prestaciones que exigen coactiva y unilateralmente el Estado y los organismos públicos a los particulares para el financiamiento del gasto público. Al propio tiempo, los tributos sirven para actuar políticas públicas”.⁴ Los tributos tienen en sí tres tipos de fines: fiscales, extra fiscales y mixtos. Los fines fiscales tienden a estar ligados a financiar el gasto

³ Jarrín Barragán, José Javier. *Derecho tributario formal ecuatoriano*. Quito: Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Internacional del Ecuador, 2013, p. 22.

⁴ Troya Jaramillo, José Vicente. *Lecciones de Derecho tributario*. Quito: Ediciones Fausto Reinoso, 2015, p. 17.

público; estos satisfacen las necesidades públicas de manera indirecta. Los extra fiscales tienden a satisfacer las necesidades públicas de manera directa. Los mixtos es una búsqueda combinada de los fiscales y los extra fiscales. Podemos decir que existe un cuarto elemento en el cual los tributos contribuyen a formar nuevas normas de conducta social, empoderando una cultura tributaria. Esta finalidad modernamente se liga a comportamientos de carácter económico, de modo que se busca alterar las decisiones económicas de los contribuyentes en relación a cómo resultarían del mero juego del mercado. Así se alientan los comportamientos queridos mediante la concesión de tratos tributarios favorables, comúnmente llamados “incentivos tributarios” para promover la inversión en determinadas actividades.

Ahora bien, los fines del Estado no sólo se limitan a garantizar la efectividad de los principios y derechos, sino también a exigir el cumplimiento de los deberes constitucionales y legales; es así como el tributo se concreta en una prestación pecuniaria que los contribuyentes se ven obligados a cumplir en la medida y en los casos previstos por la ley. Para Troya “Las prestaciones tributarias no tienen carácter sancionatorio. Sirven para obtener recursos públicos y para actuar políticas. Las multas que se aplican por parte de las administraciones tributarias tienen como finalidad sancionar el incumplimiento de las obligaciones formales”.⁵ De esta forma, el régimen tributario en forma general incluye las prestaciones tributarias, los intereses, los recargos y las multas.

El término tributario abarca a las formas de imposición utilizadas por el órgano público para detraer del patrimonio de los ciudadanos una parte de los medios necesarios para satisfacer los gastos inherentes a la prestación de los servicios. De allí que, según Rodrigo Patiño Ledesma “lo tributario ha de considerarse en el concepto de pertenencia al tributo; a la acción pública de imponer y al correlativo

⁵ Troya Jaramillo, José Vicente. Ob. Cit., p. 18.

deber constitucional del ciudadano de pagar los tributos creados en virtud de la potestad establecida en la norma”.⁶ Como consecuencia de ello, el Derecho tributario, tendrá como preocupación fundamental el estudiar el conjunto de principios y normas que regulan la creación y aplicación de los tributos, es decir, la normativa que asegure jurídicamente el régimen o sistema tributario.

La existencia del Derecho tributario como una disciplina jurídica aparte y autónoma es un hecho reciente, a pesar de la milenaria historia del tributo como institución política. Donato Giannini define al Derecho tributario como “aquella rama del derecho que expone normas y principios relativos a la imposición y a la recaudación de los tributos y que analiza las consiguientes relaciones jurídicas entre los entes públicos y los ciudadanos”.⁷ En nuestro caso, en el año 1963 se promulgó el Código Fiscal de la República, que contiene la vía contenciosa tributaria. Con la reforma del año 1975 se inicia la unificación de los principios comunes promulgándose el Código Tributario el 23 de diciembre de 1975 que se encuentra vigente hasta hoy con la reciente Codificación realizada el 14 de junio de 2005. En este contexto, Patiño sostiene que “el Derecho tributario regula las vinculaciones que por esta actividad se establecen entre el Estado y los particulares; determina el contenido y alcance de los derechos y obligaciones recíprocas; y, establece los órganos que ejercen la potestad tributaria, las garantías y facultades de los contribuyentes”.⁸

El problema en el Derecho tributario, a criterio de Ramón Valdés Costa surge “por la extraordinaria difusión de los tratados bilaterales para evitar la doble imposición y la evasión y, más recientemente, de los tratados multilaterales de integración”.⁹ Así, la tributación

⁶ Patiño Ledesma, Rodrigo. *Sistema tributario ecuatoriano*. Tomo Primero: *Principios del Derecho tributario y régimen tributario administrativo*. Cuenca: Universidad del Azuay, 2013, p. 43.

⁷ Giannini, Donato. *Instituciones de Derecho tributario*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1957, p. 7.

⁸ Patiño Ledesma, Rodrigo. *Sistema tributario ecuatoriano*. Ob. Cit., p. 43.

⁹ Valdés Costa, Ramón. *Curso de Derecho tributario*. Cuarta Edición. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2014, p. 258.

constituye un claro mecanismo de intervención del Estado en la economía. En consecuencia, las medidas tributarias que se decidan por el Estado traducen medidas económicas que pueden impulsar o desestimular un determinado sector de la economía. De esta forma, la legislación tributaria es determinante para el desarrollo de la economía de un país, pues solo en la medida en que los gravámenes sean competitivos se cumplirán los fines de la tributación.

Las nuevas tendencias de integración económica internacional han dado origen a grandes posibilidades económicas; de ahí que, actualmente, es indiscutible la incidencia mutua entre el Derecho tributario y el Derecho empresarial, pues se alimentan de los conceptos básicos de una y otra rama del derecho. Las sociedades como motor de desarrollo desempeñan un papel principal en la economía y sus decisiones en la forma de administrar y gobernarse tienen una significativa incidencia en su tributación, dependiendo de las distintas formas comerciales que adopten, bien en su estructura societaria, bien en la contratación que realizan para el cumplimiento de sus fines.

Desde este punto de vista, la política fiscal lleva implícito en su significado la aspiración de alcanzar el objetivo de lograr el mejoramiento económico. Para Osvaldo H. Soler “la formación de capital es el factor fundamental del desarrollo económico y la política fiscal debe dirigirse a apuntalar su crecimiento”¹⁰. De esta forma, la participación del Estado en el proceso de formación de capital mediante un sistema tributario apto para alcanzar rentas adecuadas que propendan el crecimiento, contribuye a mejorar la capacidad productiva. A criterio del citado autor “las decisiones de política tributaria deben ponderar los efectos de los impuestos en las conductas de los contribuyentes, debiéndose tener en cuenta, entre otros, la conveniencia de gravar las inversiones socialmente improductivas y

¹⁰ Soler, Osvaldo H. *Derecho tributario, económico, constitucional, sustancial, administrativo, penal*. 3ra. Edición Actualizada y Ampliada. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 37.

artículos suntuarios, cuidando de no desplazar la inversión privada productiva y el consumo básico”.¹¹

De esta forma, el *sistema tributario* responde en forma directa a un proceso histórico cambiante, influenciado por la situación económica del Estado en el que opera, su evolución y crecimiento depende de necesidades fiscales y parafiscales identificadas por el *poder público* manifiesto a través del ejercicio del *poder tributario*¹²; en esa línea José Vicente Troya Jaramillo advierte que “el concepto de sistema tributario comporta el de un todo armónico y congeniado y no una simple agregación de tributos, muchas veces contrapuestos e inconvenientes. En todo caso el sistema tributario es una realidad buena o mala, pero en definitiva una realidad”¹³; de ahí que, como lo sostiene José Juan Ferreiro Lapatza “todo conjunto de impuestos es, en cierto modo, histórico y en cierto modo sistemático. Sin ningún elemento integrador, racional sería imposible llevarlo a la práctica; sería inútil para los fines de la hacienda”¹⁴, por eso es que José Vicente Troya Jaramillo afirma que un *sistema tributario* debe ser *realista* y debe estar *adaptado a una realidad nacional*.

Ahora bien, el régimen tributario ecuatoriano se rige por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria, cuya política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.¹⁵ En cuanto a la *potestad tributaria* “sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y

¹¹ Soler, Osvaldo H. Ob. Cit., p. 38.

¹² De La Guerra Zúñiga, Eddy. *El régimen tributario ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, p. 3.

¹³ Troya Jaramillo, José Vicente. *Evolución del Sistema Tributario Ecuatoriano desde 1830. Ensayo en IV Economía. Ecuador 1930-1980 Segunda Parte*. Quito: Corporación Editora Nacional, 1983, p. 233.

¹⁴ Ferreiro Lapatza, José Juan. *Curso de Derecho Financiero Español*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, p. 10.

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 300.

mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley”.¹⁶ En otras palabras, la *potestad tributaria* es la facultad que tiene el Estado de crear unilateralmente tributos, cuyo pago será exigido a las personas sometidas a su competencia tributaria espacial, es decir se fundamenta en el poder de imperio del Estado, en virtud del cual éste impone tributos obligatorios, que hacen posible que la propiedad privada reciba protección estatal suficiente en forma de servicios públicos. No obstante aquello, según Juan Carlos Mogrovejo, criterio que lo comparto, “si bien el *poder tributario* o *potestad tributaria* es ejercida por el Estado bajo su *poder de imperio*, no es menos cierto que esta capacidad debe estar legitimada a través de un apalancamiento jurídico, con reconocimiento en la fuente primaria del derecho, cual es la Constitución Política del Estado”¹⁷. Es necesario entonces tener presente que los denominados Estados de Derecho se hallan estructurados en base a una Ley Fundamental que es la vértebra de todo el ordenamiento jurídico, dada la importancia de sus instituciones orientadas al establecimiento de lineamientos generales para el funcionamiento de los órganos estatales, sus autoridades, los deberes y obligaciones ciudadanas, el reconocimiento de sus derechos, el funcionamiento económico, político y social, que determina la supremacía de sus normas con las cuales deben guardar armonía las leyes, reglamentos, resoluciones y, en general, los actos de autoridades públicas, así como los de los particulares. Corresponde, entonces, destacar que en materia tributaria, la creación y percepción de tributos están sometidas al control judicial y constitucional.

En la estructura tributaria ecuatoriana existe un segmento que administra los tributos conformado por la Administración Tributaria

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 301.

¹⁷ Mogrovejo Jaramillo, Juan Carlos. *El poder tributario municipal en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional – Abya-Yala, 2010, p. 35.

Central (Servicio de Rentas Internas SRI y Servicio Nacional de Aduana del Ecuador SENA), la Administración Tributaria Seccional (Gobiernos descentralizados y autónomos) y por la Administración Tributaria de Excepción (Organismos creados por ley que administran tributos especiales). Los órganos de justicia tributaria ostentan la jurisdicción contenciosa tributaria; que conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos COGEP tiene por objeto "...tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como conocer y resolver los diferentes aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder".¹⁸ Por otro lado, para contrarrestar los ilícitos tributarios el Código Orgánico Integral Penal tipifica aquellos delitos cometidos contra el régimen de desarrollo como la defraudación tributaria y los delitos cometidos contra la administración aduanera como la defraudación aduanera, la receptación aduanera, el contrabando y el mal uso de exenciones o suspensiones tributarias aduaneras.¹⁹ Todo ello no impide, como lo sostiene Eddy de la Guerra "que en algún momento uno o varios contribuyentes recurran a la administración de justicia a través de acciones constitucionales cuando sientan sus derechos afectados por la carga impositiva"²⁰.

En cuanto al conjunto de tributos vigentes en el Ecuador, Eugenio Armando Jaramillo Vega afirma que "desde el primer día de enero del 2008 en Ecuador rige un total de 155 tributos, entre impuestos, tasas, contribuciones y parafiscales"²¹; a éstos se deben sumar y restar los tributos que fueron creados y extinguidos en el actual gobierno. Ante esta realidad, como lo afirma Juan J. Paz y Miño Cepeda "hay que entender que las decisiones sobre impuestos y, en general,

¹⁸ Código Orgánico General de Procesos. Artículo 300.

¹⁹ Código Orgánico Integral Penal. Artículos 298-302.

²⁰ De La Guerra Zúñiga, Eddy. *El régimen tributario ecuatoriano*. Ob. Cit., p. 17.

²¹ Jaramillo Vega, Eugenio Armando. *Sinceramiento tributario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 9.

las políticas económicas, utilizan instrumentos de la economía para que actúen sobre la sociedad. No existen instrumentos económicos absolutos, inevitables e irremediablemente ‘técnicos’, sino sujetos a la visión ideológica, política y social de quienes los utilizan”.²²

Así, no cabe duda el interés que despierta el tema de la particular protección que necesita el ciudadano frente a las facultades especiales que detenta el poder cuando se trata de establecer, aplicar y cobrar tributos. La facultad de establecer tributos entregada por la Constitución a la Asamblea Nacional no la autoriza a crear cualquier tipo de contribuciones, sino que éstas deben estar sujetas a los principios de carácter sustancial en cuanto al contenido de las normas, como los señalados en el artículo 300 de la Ley Suprema, sin perjuicio de los señalados en el artículo 5 del Código Tributario. A lo anterior cabe agregar el derecho a la seguridad jurídica y permanencia de las normas impositivas como sustento de protección de los derechos del contribuyente. Al respecto, en expresiones de Alberto Ricardo Dalla Vía, “sólo la credibilidad, la estabilidad, en definitiva la ‘seguridad’, crean las condiciones para que la acumulación del capital se produzca”, y “para generar conductas de inversión, la política económica debe generar ‘expectativas favorables’ de que la recuperación de la economía continuará, y dar señales de confianza de que no se alterarán las reglas del juego”.²³

En dicho sentido, las relaciones que se producen entre las administraciones tributarias y los contribuyentes tienen que ser una “relación jurídica” y no una “relación de poder”, pues a criterio de Ángela Radovic Schoepen “los ciudadanos demandan conocer con precisión el alcance de sus obligaciones y el repertorio de sus derechos, así como las garantías procesales que encauzan la actuación

²² Paz y Miño Cepeda, Juan J. *Historia de los impuestos en Ecuador*. Quito: SRI – PUCE-THE, 1ra. Edición digital, 2015, p. 24.

²³ Dalla Vía, Alberto Ricardo. *Derecho Tributario*, tomo I, Parte General, 2da. Edición. Santiago: Depalma, 1999, p. 270.

de los Órganos de la Administración Tributaria”²⁴. En este sentido, de nada valdría la vigencia de los derechos y garantías constitucionales si al mismo tiempo no existieran vías procesales oportunas e idóneas para tutelar esos derechos de manera efectiva logrando el restablecimiento del equilibrio perdido por los hechos y actos de la administración tributaria que los vulneren. Por eso es que, a criterio de Juan Figueroa “el límite constitucional del poder tributario del Estado está constituido por los principios establecidos en la Constitución de la República, que representan las denominadas Garantías Constitucionales del Contribuyente”²⁵. No cabe duda, entonces, que los principios constitucionales y jurídicos de la tributación son mecanismos de protección que necesita el contribuyente frente a las facultades que tienen las administraciones tributarias para reglamentar, determinar, recaudar, sancionar y resolver asuntos relacionados con tributos, sobre todo en situaciones caracterizadas por la complejidad, confusión y oscuridad de las normas impositivas. De ahí que, principios tales como los de legalidad, generalidad, igualdad, irretroactividad, eficiencia, capacidad contributiva, no confiscatoriedad, etc., son principios a los que ha de amoldarse la legislación financiera ordinaria y deben ser considerados por las administraciones tributarias y por los jueces al momento de tener que efectuar un pronunciamiento y decidir una controversia.

En el orden tributario, es importante tomar en cuenta que existe una estrecha relación entre el principio de legalidad tributaria y el derecho a la seguridad jurídica, pero al mismo tiempo, la institución tributaria no puede ser suficientemente comprendida ni explicada si no es a la luz de una verdadera tutela judicial efectiva de los derechos de los administradores y de los administrados y al reconocimiento expreso de las garantías básicas del derecho al debido proceso.

²⁴ Radovic Schoepen, Ángela. *Sistema sancionatorio tributario*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 11.

²⁵ Figueroa Valdés, Juan Eduardo. *Las Garantías Constitucionales del Contribuyente en la Constitución Política de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 52.

3. Vinculación de la empresa con el Derecho tributario

Partiendo del apotegma de Juan Bautista Alberdi “sin rentas no hay gobierno; sin gobierno, sin población, sin capitales no hay Estado”²⁶, Rodolfo R. Spisso sostiene que “en ese marco de libertad económica, el tributo constituye el precio que hay que pagar para sufragar los gastos del gobierno encargado de cumplir la Constitución. Más una contribución exorbitante, que exceda esas necesidades, desconoce los derechos individuales y conspira contra el progreso de la Nación, ya que no puede existir un Tesoro nacional rico en un país empobrecido por el desenfreno fiscal”²⁷; de ahí que los tributos que establece el gobierno no deben recaer sobre el capital, sino sólo sobre la renta.

Por regla general, las empresas obtienen rentas tributables para sus dueños; sin embargo, también pueden obtener ingresos no afectos a tributación. Pero no siempre es fácil discernir la calidad tributable o no tributable de las rentas empresariales. Para establecer la calidad —tributable o no— de los ingresos que se encuentran dentro de una empresa, existen complejas normas que señalan el orden y la oportunidad en que estos montos deben tributar. Ahora bien, en los últimos años ha ido tomando una creciente importancia la consideración de la ética en el ejercicio de las diferentes profesiones, en las organizaciones y en la sociedad. Es claro que el sistema tributario de un país crea una compleja relación entre contribuyentes, funcionarios públicos y asesores tributarios; de esta manera, cumplir los lineamientos dados por la ley es actuar éticamente.

Para analizar las tensiones que existen entre los contribuyentes y las administraciones tributarias, es indispensable referirse a los fenómenos de elusión, evasión, fraude y planeación tributaria. Héctor

²⁶ <http://www.eumed.net/cursecon/textos/2004/alberdi-sistema.pdf>

²⁷ Spisso, Rodolfo R. *Derecho Constitucional Tributario*. 5ta. Edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, p. 12.

Villegas señala que existe elusión “cuando se recurre a formas manifiestamente inadecuadas y anormales con relación al acto o negocio jurídico que se pretende llevar a cabo, si esa recurrencia obedece al deliberado propósito de no pagar el tributo que grava al acto o negocio jurídico realmente perseguido y si esa anormalidad del ropaje jurídico, no tiene otra explicación racional que el propósito de evadir el legítimo gravamen, aun cuando se lo realice por una forma no prohibida por el derecho”²⁸, mientras que la evasión fiscal o tributaria “es toda eliminación o disminución de un monto tributario, producida dentro del ámbito de un país por parte de quienes están jurídicamente obligados a abonarlo y que logran tal resultado mediante conductas fraudulentas u omisivas, violatorias de disposiciones legales”.²⁹ En otras palabras, los contribuyentes que eluden impuestos se apoyan en el soporte legal de que “lo que no prohíbe la ley está permitido”, mientras que quienes evaden violan directamente la ley, y por lo tanto, la intención del legislador. Un ejemplo claro de elusión tributaria es la localización de activos en jurisdicciones *offshore*, y un ejemplo de evasión fiscal es el menor reporte o subregistro del ingreso gravable o declaraciones o documentos de soporte falsos.

Así las cosas, el “fraude fiscal” es considerado en la gran mayoría de países como una forma deliberada de evasión que generalmente es castigada por el derecho penal, en tanto que la “planeación tributaria” definida como los arreglos que hacen los contribuyentes para disminuir su carga fiscal, es una de las herramientas para eludir. De esta manera, a criterio de Eleonora Lozano Rodríguez “la evasión crea una situación paralela a un fenómeno económico, lo que reduce el pago de los impuestos debidos, y puede tener múltiples propósitos como, por ejemplo, no declarar actividades ilícitas o situaciones gravables para la administración, no declarar por carencia

²⁸ Villegas, Héctor. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 328.

²⁹ Villegas, Héctor. *Ob. Cit.*, p. 324.

de documentos o debido a la creación de las llamadas compañías fantasma u omitir deberes tributarios buscando la destrucción de evidencia, entre otros”.³⁰

Para comprender si existe o no desbordamiento de lo ético y de lo legal, se han tomado medidas correctivas frente al comportamiento elusivo y evasivo del contribuyente. Así, por ejemplo, en Estados Unidos se han establecido doctrinas jurisprudenciales tales como: 1) la *substance over form doctrine* y 2) la *business purpose doctrine*. De acuerdo con estas doctrinas las cortes norteamericanas han definido cómo la aplicación de una determinada exención tributaria por parte de un contribuyente debe responder a una estructura de negocio legítima y no solo a un alivio en la carga fiscal. En el caso colombiano, existe la inclusión paulatina de una cláusula general antielusión en la legislación. En Ecuador, se han adoptado diferentes figuras tendientes a prevenir la elusión y evasión, como reglas de subcapitalización, precios de transferencia, paraísos fiscales, intercambio de información tributaria, entre otros.

La consagración de estas disposiciones ha generado tensiones entre los contribuyentes y las administraciones tributarias. Debido a este tipo de controversias, los jueces han tenido que pronunciarse, planteando importantes lineamientos en torno al control de la evasión y la elusión fiscal. En este sentido, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado, por ejemplo, sobre la preeminencia de la realidad económica sobre la realidad formal en materia tributaria.

No cabe duda que los sucesivos cambios han aumentado las figuras impositivas vigentes hasta momentos recientes; ocasionando un incremento vertiginoso del número de contribuyentes y de hechos imposables a declarar. El nuevo sistema de gestión sienta sus

³⁰ Lozano Rodríguez, Eleonora. *Estudios interdisciplinarios de la tributación*. Bogotá: Editorial Temis, 2014, p. 7.

bases en la colaboración activa de los empresarios, sean o no contribuyentes, pues en esta nueva etapa desaparece la reticencia a la falta de predisposición del contribuyente en la participación activa para la aplicación de los impuestos, convirtiéndose en el responsable principal de la correcta exacción de las distintas figuras impositivas. Se intenta crear conciencia tributaria a las empresas. Coincidimos en ese sentido con Martín Delgado en que “se pasa de un sistema en el que los contribuyentes cumplían pagando sus deudas tributarias y permitiendo a la Administración realizar sus contadas inspecciones, a un sistema en el que el contribuyente no cumple con sólo pagar sus deudas, sino que se ve obligado a realizar todo un conjunto de deberes y obligaciones, formales y materiales, relativos a su situación económica y a la de otros, y a colaborar con la Administración en múltiples requerimientos que han agravado notablemente su posición jurídica”.³¹

En este orden de cosas, podemos observar cómo en los presentes momentos existe una concepción amplia del concepto de sujeto tributario, pues cualquier ciudadano con una mínima conexión con el Fisco, por el mero hecho de residir, de obtener rentas o de poseer bienes y derechos ejercitables en nuestro país, queda obligado al cumplimiento de deberes y obligaciones de colaboración en la aplicación de nuestro sistema tributario. De igual manera, las empresas y sociedades están obligadas a inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes (RUC); emitir y entregar comprobantes de venta autorizados por el SRI por todas sus transacciones y presentar sus declaraciones de impuestos de acuerdo a su actividad económica; además, deberán llevar la contabilidad bajo la responsabilidad y con la firma de un contador público legalmente autorizado e inscrito en el RUC, por el sistema de partida doble, en idioma castellano y en dólares de los Estados Unidos, y para ello deben contar con una herramienta de apoyo sobre sus obligaciones.

³¹ Martín Delgado, J.M. *El ciudadano ante la hacienda pública*. Madrid: Asociación Española de Asesores Fiscales, 1999, p. 14.

Por último podemos señalar que frente al deber de contribuir, esto es la obligación de todos los ciudadanos de, como parte de sus deberes y responsabilidades, pagar los tributos establecidos por la ley, las políticas fiscales reconocen ciertos derechos de los contribuyentes y que básicamente tienen sustento en los principios establecidos en los artículos 76 y 82 de la Constitución de la República. Así, José Javier Jarrín Barragán manifiesta que “la administración tributaria se encuentra sujeta a los principios constitucionales, para poder emitir regulaciones y disposiciones que aportan soluciones jurídicas a problemas que se presentan entre los contribuyentes y el fisco. La aplicación y el legítimo ejercicio de los principios constitucionales, derechos y garantías son fundamentales para evitar violaciones, lesiones o afectar a los contribuyentes”.³² Es claro entonces que la seguridad de los derechos individuales del sujeto pasivo u obligado tributario es un valor fundamental del Estado democrático de derecho, y que debe manifestarse, entre otros, por medio de la tutela jurisdiccional. Es decir, al protegerse y garantizarse constitucionalmente la libertad de empresa en una economía de mercado es necesario que dicha libertad de empresa pueda ser ejercitada en condiciones tales que garanticen su efectividad, en un régimen de igualdad tanto formal como material, protegiendo al consumidor y al propio mercado.

³² Jarrín Barragán, José Javier. *Los derechos de los contribuyentes en el Ecuador*. Quito: Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Internacional del Ecuador, 2013, pp. 208-209

Bibliografía:

- Dalla Vía, Alberto Ricardo. Derecho Tributario, tomo I, Parte General, 2da. Edición. Santiago: Depalma, 1999.
- De La Guerra Zúñiga, Eddy. El régimen tributario ecuatoriano. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.
- Ferreiro Lapatza, José Juan. Curso de Derecho Financiero Español. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000.
- Figuerola Valdés, Juan Eduardo. Las Garantías Constitucionales del Contribuyente en la Constitución Política de 1980. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1985.
- Giannini, Donato. Instituciones de Derecho tributario. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1957.
- Jaramillo Vega, Eugenio Armando. Sinceramiento tributario. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Jarrín Barragán, José Javier. Derecho tributario formal ecuatoriano. Quito: Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Internacional del Ecuador, 2013.
- Jarrín Barragán, José Javier. Los derechos de los contribuyentes en el Ecuador. Quito: Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Internacional del Ecuador, 2013.
- Lozano Rodríguez, Eleonora. Estudios interdisciplinarios de la tributación. Bogotá: Editorial Temis, 2014.
- Martín Delgado, J.M. El ciudadano ante la hacienda pública. Madrid: Asociación Española de Asesores Fiscales, 1999.

- Mogrovejo Jaramillo, Juan Carlos. El poder tributario municipal en el Ecuador. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional – Abya-Yala, 2010.
- Patiño Ledesma, Rodrigo. Sistema tributario ecuatoriano. Tomo Primero: Principios del Derecho tributario y régimen tributario administrativo. Cuenca: Universidad del Azuay, 2013.
- Paz Y Miño Cepeda, Juan J. Historia de los impuestos en Ecuador. Quito: SRI – PUCE-THE, 1ra. Edición digital, 2015.
- Radovic Schoepen, Ángela. Sistema sancionatorio tributario. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- Soler, Osvaldo H. Derecho tributario, económico, constitucional, sustancial, administrativo, penal. 3ra. Edición Actualizada y Ampliada. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- Spisso, Rodolfo R. Derecho Constitucional Tributario. 5ta. Edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.
- Troya Jaramillo, José Vicente. Evolución del Sistema Tributario Ecuatoriano desde 1830. Ensayo en IV Economía. Ecuador 1930-1980 Segunda Parte. Quito: Corporación Editora Nacional, 1983.
- Troya Jaramillo, José Vicente. Lecciones de Derecho tributario. Quito: Ediciones Fausto Reinoso, 2015.
- Valdés Costa, Ramón. Curso de Derecho tributario. Cuarta Edición. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2014.
- Villegas, Héctor. Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. Buenos Aires: Depalma, 1984.

Normativa:

Constitución de la República del Ecuador. RO No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Código Tributario. RO-S No. 38 de 14 de junio de 2005

Código Orgánico General de Procesos. RO-S No. 506 de 22 de mayo de 2015

Código Orgánico Integral Penal. RO-S No. 180 de 10 de febrero de 2014

Internet:

<http://www.eumed.net/coursecon/textos/2004/alberdi-sistema.pdf>

Sistema maestro de responsabilidad civil*

Leandro Vergara**

Resumen:

Este artículo analiza los factores y circunstancias de la responsabilidad civil, considerando la novísima estructura del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Resalta las razones para imputar la responsabilidad civil, y analiza las diferencias con la razón de causalidad de los resultados. Aborda también el factor de atribución, que es la esencia que determina la responsabilidad civil, como sus aspectos objetivos y subjetivos. Finalmente, reseña la importancia que en legislación Argentina reviste la carga dinámica de la prueba.

Palabras claves: *Sistema maestro de responsabilidad civil; factor de atribución; Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; razón de imputación; carga dinámica de la prueba.*

Sumario:

Factor de Atribución. Concepto; Factores de Atribución en el sistema maestro del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; Carga de la prueba del factor de atribución. Aplicación del principio de la carga dinámica de la carga a los factores de atribución; Carga de la prueba del factor de atribución. Diálogo racional entre el juez y las partes.

* La denominación "sistema maestro" la tomo de Carlos Alchourrón, quien la utilizó con gran destreza en un texto publicado en inglés, "On Law and Logic", en *Ratio Juris* 9, Vol. 4, 1996; traducido por Jorge L. Rodríguez con la colaboración de Sergio. A. Militello ["Sobre derecho y lógica"], en *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, n° 13, octubre de 2000, pp. 11-33.

** Ph.D Director del Programa de Postgrado de la UBA. Profesor y Director del Programa de Doctorado de Derecho de la UBA.

1. El factor de atribución. Concepto

La historia de la responsabilidad civil enseña cómo un determinado sistema jurídico atribuye responsabilidad. Para ello, un sistema que se precie de ser jurídico y racional debe tener en su seno las razones jurídicas justificativas para atribuir responsabilidad. Uno de los elementos esenciales que justifican la atribución de la mencionada responsabilidad civil se conoce como *factor de atribución*. Si bien este elemento esencial no es el único, ya que se precisan otros más, su presencia es indispensable pues hace a la justificación (legal y racional) del deber de responder.

Un sistema jurídico necesita de buenas razones que argumenten de modo contundente cómo se imputa responsabilidad civil. El factor de atribución constituye en la razón decisiva y justificativa para adjudicar responsabilidad. El factor de atribución da cuenta de una exigencia esencial cuya presencia es constitutiva de la responsabilidad civil.

Visto así, el factor de atribución le otorga sentido al sistema, pues sólo habrá responsabilidad civil cuando se verifique su presencia. Si el factor de atribución es, como vengo diciendo, la razón jurídica del deber responder, en el supuesto de no verificarse un factor de atribución aplicable al caso concreto, no puede haber responsabilidad civil. Ello por cuanto no habría razones jurídicas justificativas. Lo contrario sería pura arbitrariedad.

Por lo tanto, el factor de atribución es el argumento racional y jurídico que manda a responder civilmente. Así, con esta explicación, habrá que verificar en cada caso cómo el sistema jurídico argumenta

a través del factor de atribución las razones de la adjudicación de responsabilidad civil. Para graficar lo expuesto, piénsese por ejemplo cuando se utiliza a la culpa como un factor de atribución. En esta hipótesis, la culpa expresa la razón de porqué debe responderse. Claro, cuando la culpa se instala en el sistema normativo, lo cual sucede en todos los ordenamientos jurídicos (de una u otra forma), la tarea del operador jurídico consiste en comprobar cuáles consecuencias (dañosas) están originadas en la mencionada conducta culposa; pues solo se adjudicarán aquellas consecuencias a quien haya actuado con culpa. De esta forma, solo serán atribuibles las consecuencias producidas por esa razón jurídica, o, lo que es lo mismo, serán atribuibles las consecuencias producidas por ese factor de atribución.

El conjunto de razones jurídicas que establece la adjudicación de responsabilidad civil debe provenir de un orden jurídico vigente y válido. La totalidad del orden jurídico da cuenta de un sistema maestro, del cual cabe deducir interpretaciones racionales y válidas. En esa línea de ideas, cabe verificar dentro del sistema maestro la localización de un subsistema maestro de responsabilidad civil. Un sistema maestro es tal, si existen por lo menos algunas premisas que, al decir de Alchourrón¹ son las siguientes:

- a) *El principio de inexcusabilidad*: los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento.
- b) *El principio de justificación*: una decisión judicial requiere un fundamento y los jueces deben exponer las razones de sus decisiones.
- c) *El principio de legalidad*: las decisiones judiciales deben ser fundadas en normas jurídicas del Estado.
- d) Los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento dentro del límite de su competencia mediante decisiones fundadas en normas jurídicas.

¹ Alchourrón, Carlos, ob. cit., pp. 13 y 14.

- e) En todo sistema jurídico hay normas que proveen fundamentos para resolver todo caso posible.

Adaptando lo expuesto, habrá, efectivamente, un sistema maestro de responsabilidad civil cuando se verifican las siguientes premisas:

- a) Los jueces inexcusablemente deben resolver los casos de responsabilidad civil que se les someten a juzgamiento.
- b) La condena o el rechazo de una demanda de responsabilidad civil tienen que exponer las razones en que se apoyan.
- c) Los jueces deben dar las razones relacionándolas con las normas del sistema jurídico (principio de legalidad).
- d) El sistema maestro provee los fundamentos (factores de atribución) jurídicos para resolver los casos.
- e) Los jueces no pueden eximirse de utilizar las reglas *ut supra* mencionadas. Lo contrario sería arbitrariedad.

Una decisión legítima debe sostenerse con las razones y fundamentos que surgen del propio sistema maestro. Es este sistema, coherentemente, el que provee los factores de atribución (razones de imputación) para atribuir responsabilidad.

Con relación al sistema argentino, el Código Civil y Comercial es la vía de conocimiento de las coordenadas para interpretar el sistema maestro allí ubicado. Sin embargo, para aplicar coherentemente el sistema maestro, es menester, además, el reconocimiento de las siguientes premisas:

- i) El código Civil y Comercial regula la responsabilidad civil, de modo que se constituye en una referencia normativa ineludible.
- ii) En el código Civil y Comercial se encuentran los contenidos previsibles para justificar argumentalmente cuándo y cómo adjudicar responsabilidad civil.

Tal como afirma Alchourrón:

... la concepción de sistema maestro naturalmente [está] asociada con los diversos movimientos de codificación, así como con sus victorias y fracasos [...] No obstante, este modelo ideal abstracto no se halla necesariamente comprometido con muchos de los errores putativos de esos movimientos.²

Vayamos a un caso hipotético. Supongamos que el sistema maestro mandara a reparar los daños causados por la culpa de un agente dañador; entonces, sólo corresponderá atribuir culpa cuando hubiese adecuación del supuesto de hecho a las razones jurídicas provistas por el sistema maestro. Así, por esta vía, la norma jurídica se erige en la razón jurídica del deber de reparar (el factor de atribución). Por lo tanto, que una conducta encuadre en el presupuesto normativo que manda a responder civilmente significa que las consecuencias producidas por una razón jurídica (factor de atribución) serán sólo las establecidas por el sistema maestro.

El Factor de atribución. Concepto. Característica: elemento aglutinante de la responsabilidad civil

El factor de atribución es el elemento que justifica, como vengo sosteniendo, la atribución de responsabilidad, y al mismo tiempo es el que le da contenido al orden causal, pues sólo se adjudicará responsabilidad por los sucesos que causalmente se deriven del factor de atribución conforme al caso. Puede verse que el factor de atribución dispara un tipo de relación causal particular, porque sólo se puede adjudicar responsabilidad a las consecuencias derivadas del factor de atribución utilizado. Esto indica que el factor de atribución es la razón jurídica que justifica una imputación (factor de

² Alchourrón, Carlos, ob. cit., p. 13.

atribución) y al mismo tiempo es también la razón que ordena una secuencia causal. Esta situación revela una característica destacable: el factor de atribución también es un factor aglutinante.

El factor de atribución aglutina pues funciona uniendo un resultado con la causa que lo produjo. Ello sucede porque la relación causal entre un hecho generador y el resultado tiene la dinámica impuesta por el factor de atribución. Por este camino la relación de causalidad está determinada y dirigida por el factor de atribución. Entonces, en sentido positivo, se tomarán en cuenta las consecuencias causales que produjo el factor de atribución utilizado (el que sea); y, en sentido negativo, se descartarán las consecuencia causales que no estén guiadas por aquel factor de atribución.

En el factor de atribución (utilizado en el caso) están todas las razones jurídicas, es decir, su sentido, alcance y contenido. De modo que en el factor de atribución se encuentra, por una parte, la razón de la imputación y, por otra, las razones de porqué imputar causalmente los resultados originados en ese determinado factor de atribución. Hay una conexión racional entre el factor de atribución y la relación causal; es más, uno determina a la otra.

Como complemento de lo expuesto, no hay que perder de vista que en materia de responsabilidad civil existen legislados varios factores de atribución. En primer lugar, la tradicional y vigente culpabilidad, con todas sus variantes (negligencia, imprudencia, temeridad, dolo, etc.). En segundo lugar, el factor riesgo, con sus modalidades (riesgo creado, riesgo provecho, actividad peligrosa y otros derivados). También cabe mencionar los casos basados en la teoría de la garantía, con todas sus especies (responsabilidad por los hechos ajenos y sus múltiples aplicaciones). Desde luego hay que sumar muchos más factores de atribución legislados, como los daños ocasionados por el abuso del derecho, o el factor de la equidad en los términos legislados para los casos de daños ocasionados por hechos involuntarios. En fin, la lista suministrada aquí no es exhaustiva y me remito a su tratamiento particular.

A esta altura, me interesa destacar que el significado de lo que es un factor de atribución, en tanto razón que justifica argumentalmente el deber de responder, así como las consecuencias causales que se producen, por ser también como denominé *un factor aglutinante*, son aplicables a cada caso de un modo particular. Ello por cuanto cada factor de atribución le imprime una modalidad y una dinámica particular no trasmisibles de un factor de atribución a otro.

Repito: cada factor de atribución contiene su propia dinámica y las razones implicadas en cada uno, no se trasladan a otro factor de atribución. Nótese que en cada factor de atribución se hace responsable al agente que el sistema maestro determine. Y también repito, en cada factor de atribución, se deducen causalmente, las consecuencias que admite el sentido y alcance de cada factor de atribución particular.

Los factores de atribución en el sistema maestro del Código Civil y Comercial argentino: subjetivo y objetivo

El Código Civil y Comercial, de hecho, adopta el giro lingüístico “factores de atribución”. Luego, los divide en subjetivo y objetivo:

El artículo 1721 dice lo siguiente: “Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

Tal como se lee, para el Código argentino, si bien no lo define con amplitud, está claro que un factor de atribución es aquel sobre el cual “puede basarse” una “atribución” de responsabilidad civil. La letra del artículo transcrito usa la conjugación “puede”, lo cual, en otro contexto, supondría la admisión de una posibilidad negativa, es decir, que también podría atribuirse responsabilidad civil sin que “pueda basarse” en un factor de atribución. Sin embargo, cae de maduro que la utilización del verbo “puede” alude a sus dos posibilidades: factor

objetivo y factor subjetivo. Por lo tanto, aunque esté normativamente prefijado la posibilidad de que existan dos variantes generales de factores de atribución (subjetiva y objetiva), en cualquier caso, para que ello suceda, es una condición previa y necesaria que exista algún factor de atribución, sin el cual no hay posibilidad de atribuir responsabilidad civil.

La diferencia entre un factor objetivo y un subjetivo es bien conocida en la Argentina; no obstante, el Código permite identificarlas con claridad. Ello se desprende de la explicación suministrada por el código:

Artículo 1722: Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.

La primera oración del artículo transcrito surge por contraste: un factor de atribución es objetivo cuando no es subjetivo, y ello sucede cuando la culpa no se utiliza como factor de atribución. La culpa es subjetiva pues se trata de una calificación referida a la conducta del sujeto. La variante subjetiva más general es la culpabilidad que agrupa a sus dos especies, la culpa y el dolo. La demostración más acabada de que un factor de atribución es subjetivo, se encuentra en la posibilidad fáctica que admite, correlativamente, la oportunidad de demostrar lo contrario. Solo habrá culpabilidad cuando puede probarse su existencia (culpa o dolo); ello trae aparejado, al mismo tiempo, que el señalado culpable pueda demostrar lo contrario; que no incurrió en una conducta culpable.

En consecuencia lo determinante del factor subjetivo de culpabilidad es que su presencia produce responsabilidad y su ausencia determina la imposibilidad de imputar responsabilidad civil por intermedio de esa variante subjetiva de atribución.

Con esta impronta, si en un caso cualquiera, se demostrara una falta de culpabilidad y si pese a ello existiera una condena de responsabilidad civil, ello solo podría ocurrir (lógica y racionalmente) por la utilización de otro factor de atribución; por descarte, si no es subjetivo sólo podría ser objetivo. En otras palabras, si hay ausencia de un factor subjetivo, y aun así subsiste una imputación de responsabilidad, ello sucede porque la imputación, forzosamente, se refiere a un factor de atribución de naturaleza objetiva.

Va una precisión de corte interpretativo racional: cuando se presenta una imputación de responsabilidad despejada la posibilidad de que sea un factor subjetivo, y por lo expuesto en los párrafos precedentes, subsistiera una imputación que será, por descarte, objetiva, aún en esta variante, no basta decir que es objetiva y sin más producir una condena. Se necesitan más explicaciones. El sistema de responsabilidad civil si pretende ser racional, no debiera admitir una imputación genérica, sin que se sepa y comprenda cuál es la razón incluida en el factor de atribución. Es decir, aun cuando la norma mande a reparar bajo un factor de atribución genérico (subjetivo y objetivo), la eventual condena debe basarse en una interpretación que le de contenido al factor de atribución utilizado en el caso. Así, no bastaría decir que el factor utilizado en el caso es subjetivo, sin aclarar que se trate de una culpa o de un dolo. Del mismo modo cuando la imputación se apoye en un factor objetivo de atribución, también es necesario discernir cuál variante objetiva se utiliza en el caso. No es suficiente decir que se responde objetivamente sin más; se requiere la explicación de las razones contenidas en el tipo específico de factor objetivo de atribución. Sin las razones que den cuenta del factor de atribución utilizado, no sería posible aglutinar la falta del agente, potencialmente responsable, con el resultado producido. No se sabría hasta dónde se responde; tampoco el porqué. En ese sentido cada variante específica de atribución objetiva (riesgo, garantía, etc.) nos suministra un orden causal que marcan los porqués de hasta dónde se responde. Es necesario establecer una conexión entre los daños y razón del deber de reparar.

Una fórmula abstracta que postulara que hay responsabilidad objetiva, sin el contenido que de cuenta del tipo objetivo, es insuficiente.

La aceptación de una existencia de un factor objetivo sin indagar su contenido implica una mera imputación normativa sin razones y por lo tanto sería potencialmente arbitraria.

Cuando se imputa una responsabilidad objetiva, (y también una subjetiva) el sistema maestro debe suministrarnos un tipo concreto del factor de atribución, lo cual significa que el sistema debe darnos las razones justificativas de tal aplicación. Aquí, el sistema maestro nos interpela, pues es necesario aplicar un factor de atribución que explique por qué debe responderse. Por ello es importante la interpretación de la razones explícitas contenidas en cada factor de atribución, así como también la caracterización y definición de las razones implícitas que cuadre deducir. Pues solo de una interpretación correcta se determinarán las consecuencias causales del tipo de factor de atribución que pretenda utilizarse en cada caso concreto.

Para ser más claro, si una norma jurídica postulara que “ante un supuesto de hecho X, corresponde aplicar una responsabilidad objetiva”, podría tratarse de una norma arbitraria. Si no sabe cuál es el tipo concreto de factor objetivo, el interprete no cuenta con las razones para establecer una responsabilidad civil.

Es necesario conectar las razones jurídica contenidas en alguna variante de factor objetivo válido con el supuesto de hecho. De otro modo sería imposible deducir consecuencias causales susceptibles de reparación y por lo tanto sería una imputación arbitraria. Se trata, creo, de razonamientos obvios: cómo puede saberse el alcance y contenido de una reparación si no se sabe la razón concreta de la imputación. Que se diga que es objetiva, no alcance. Por los mismos motivos no será igual responder objetivamente como consecuencia de ser garante de ciertos de resultados (aplicación del factor objetivo de garantía) que por las consecuencias derivadas de una actividad

peligrosa (aplicación de ese factor objetivo) . Ambas variantes de responsabilidad responden a dinámicas y razones distintas, por lo tanto será diferente el resultado de su evaluación. Cada vez que se atribuya una responsabilidad objetiva, deberá argumentarse con la razón específica que adjudique la responsabilidad objetiva.

En resumen: las afirmaciones precedentes encuentran su justificación en que un factor de atribución también es un factor aglutinante. El artículo 1726 confirma nuestra tesis: “Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con *el hecho productor del daño*. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles” (El *resalte* es mío). Aquí se observa que la reparabilidad del daño tiene que tener un nexo causal adecuado con el “hecho productor”. Este hecho productor es el supuesto de hecho que debe ajustarse al presupuesto normativo definido en el factor de atribución. Cuando se trata de un factor subjetivo, el hecho productor debe ubicarse en las distintas variantes de la culpa, como la imprudencia, la negligencia, la impericia o cualquier otra especie del género culpabilidad (dolo, real malicia etc.). Ante tal calificación, ésta se convierte en la razón y fundamento del deber de responder hasta el límite causalmente ocasionado con la dinámica impuesta por el propio factor de atribución.

Así actúan las propiedades aglutinantes del factor de atribución, pues conectan el hecho productor con las consecuencias susceptibles de reparación por ser causalmente suficientes para atribuir responsabilidad (consecuencias inmediatas y mediatas previsibles). Lo dicho también vale para los distintos factores objetivos. En estos casos varía el hecho productor; entonces, el factor aglutinante debe conectarse causalmente con las consecuencias impuestas por el fundamento de atribución.

Carga de la prueba del factor de atribución; Aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba a los factores de atribución

La regla general de la carga de la prueba, tanto de los hechos como del derecho invocado, se encuentra en el artículo 377 del Código Procesal Civil. Por su parte el Código Civil y Comercial se ocupa en el artículo 1734 de explicitar un contenido aún más específico.

Artículo 1734: “Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”.

Esto significa que la carga de la prueba del factor de atribución, como regla, se ubica en la regla más general. En tal sentido ello implica para la parte que alega la carga de exponer los motivos que justifican, argumentalmente, la aplicabilidad del fundamento del deber de reparar. Ello se hace relacionando la ocurrencia de ciertos hechos con el factor de atribución. La carga implica alegar y probar los hechos producidos (daños), más los relacionados con las causas que lo originan (relación de causalidad), pues de ese modo se podrá cumplir, concomitantemente, con la carga de probar el factor de atribución. Es aquí donde el factor de atribución expresa su poder aglutinante, entre el hecho productor y la relación de causalidad. Por ello de modo congruente el artículo 1736 dice:

“ARTÍCULO 1736.- Prueba de la relación de causalidad.
La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega...”

De la interpretación coordinada de los artículos del Código Civil y Comercial, 1734 (carga de probar el factor de atribución) y 1736 (carga de probar la relación de causalidad) sumado al principio más general del artículo 377 del Código Procesal Civil y comercial, se deduce que la carga de la prueba tiene contenidos explícitos pero también implícitos.

Los contenidos explícitos con relación al demandante, surgen de la lectura de los textos legales: alegar y probar de manera coordinada ciertos hechos (daños), la relación de causalidad y el factor de atribución aplicable. Si bien el demandante carga explícitamente con la prueba de los extremos recién mencionados, ello lleva, además la carga implícita de que tales pruebas descartan la existencia de factores eximentes.

Con relación al demandado (contradictor), también tiene dos cargas: una explícita y otra implícita.

Dentro de las explícitas surgen una del artículo 377 de Código procesal en tanto debe probar la existencia de hechos que funcionen refutando las afirmaciones de su oponente. Existe otra carga explícita ubicada en el artículo 1734 del Código Civil y Comercial segunda parte, referida a la carga de probar “las circunstancias eximentes”. Cabe aclarar que estas cargas explícitas, suponen, en alguna medida, haber aceptado tácitamente el motivo de imputación contenido en el factor de atribución, pues de otro modo no funcionaría el juego lógico de aportar eximentes. Las eximentes son tales porque se oponen al progreso del factor de atribución articulado o deducido en la demanda. Por esa vía hay eximentes que funcionan oponiéndose a algún factor de atribución. Sin embargo para el demandado hay también cargas implícitas: podría suceder que el factor de atribución articulado por el demandante no se termine de configurar por ausencia de algún elemento determinante. En ese caso, el demandado antes que aportar eximentes tiene la carga de señalar la ausencia de las razones configurativas del factor de atribución con el que se lo está enjuiciando. Esta carga procesal no es explícita, pero corresponde interpretar su inclusión como carga implícita por una cuestión de lógica elemental: si al demandado se le hace una imputación con el fundamento contenido en un factor de atribución, es obvio que el demandado tiene la carga procesal de demostrar, si cabe, que no se dan los presupuestos exigidos para ese tipo de factor de atribución.

Por ejemplo, podría argumentar que una pretendida actividad de un dependiente no es del tipo de las que debe garantizar el principal; o que no se configura un supuesto de abuso del derecho y, por tanto, no podría utilizarse esa figura como factor de atribución. También podría ocurrir que un incumplimiento contractual no pueda garantizar el pago de ciertos daños, pues, digámoslo así, el contrato del caso no tenía la aptitud para garantizar determinadas contingencias dañosas aunque provengan del incumplimiento contractual (consecuencias no previstas ni garantizadas contractualmente). En definitiva, sea cual sea el factor de atribución utilizado como argumento de imputación, el demandado tiene la carga implícita de contraponer, si puede, el argumento que justifique falta de consistencia del factor de atribución utilizado en su contra por el demandante. En suma, debe dar las razones de por qué no se configura el argumento con el cual se orientó la imputación.

La peculiaridad de la normativa se completa con la redacción del artículo 1735 del Código Civil y Comercial, del siguiente modo: el juez, luego de haber comunicado a las partes el criterio que aplicará, y sin perjuicio de las cargas impuestas a cada litigante (art. 1734 y 1736), les permitirá (a cada litigante) introducir nuevos elementos de convicción. Visto así, la *litis* estaría formalmente establecida luego de haber transitado todo este recorrido.

El artículo 1735 adopta el criterio de la facilidad procesal: el que se encuentra en mejores condiciones procesales de hacer una demostración probatoria debe hacerla. Esto constituye una imposición a la parte que está en mejor situación de probar: "... el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando, cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla".

Una primera lectura daría la impresión de que la comunicación del juez solo es posible cuando está en juego únicamente el factor de atribución subjetivo de la culpa. Sin embargo, aplicando una analogía muy sencilla, podría extenderse esa comunicación a los supuestos en

que también se hayan alegado factores objetivos. Serían los casos de imputaciones concurrentes o subsidiarias. Tales circunstancias son perfectamente posibles.

Cuando, por ejemplo, se le imputa al dueño o guardián de una cosa riesgosa un daño (factor de atribución objetivo), también puede concurrir una imputación de conducta culposa. El dueño o guardián de una cosa riesgosa, con independencia del riesgo que supone la introducción de esa cosa a la sociedad, también puede incurrir en una culpa y por ello puede ser un motivo de imputación concurrente. Lo mismo cabe para las hipótesis de imputaciones subsidiarias, del tipo “para el caso que no correspondiera aplicar tal o cual factor objetivo, en subsidio se reclama por un factor subjetivo”. Estos argumentos explican, a mi modo de ver, que sería posible establecer un diálogo no sólo cuando haya una atribución de culpabilidad sino también cuando esté presente un factor de atribución objetivo.

Creo mucho más aún. Si un juez puede comunicarle a las partes el criterio que utilizará con relación a la carga de la prueba de la culpa, ¿por qué razón no se le permitiría comunicarles otros criterios con relación a la prueba de los demás factores de atribución? Desde luego que se trata de una tarea delicada y que requiere de mucha elaboración. El peligro sería caer en un activismo rayano con el abuso de la función judicial. Los “criterios”, tal es la denominación utilizada por el artículo 1735, se refieren a los que usará el juez para resolver el conflicto. En consecuencia, esos “criterios” deben ser legales, ya que sólo ellos pueden admitirse. Para saber si hay exceso de la función judicial, los “criterios” deben ser compatibles con toda la teoría procesal positiva. Es decir, los criterios deben ser compatibles con las tareas que se espera de un juez en un proceso judicial.

Esta suerte de diálogo entre el juez y las partes tiene ventajas y desventajas. Una posible disfunción es que el juez caiga en prejujuicio. Si esto sucediera, daría lugar a una recusación por parcialidad evidente. Sería un supuesto novedoso de recusación que resultaría de una mala trasmisión de los criterios. Sin embargo, aunque

se trataría de un momento crítico por los riesgos que supone, bien interpretado y aplicado tendría sus ventajas.

La idea de promover un diálogo racional en el proceso judicial estabiliza las decisiones, las vuelve más previsibles. Claro, no se me escapa que para que ello suceda debe haber claridad y precisión en la comunicación. Son importantes las precisiones tanto de los criterios en sí mismos cuanto de la forma en que se comunican. Como se trata de criterios, éstos deben ser racionales. Por serlos, gozarían de una suficiente estabilidad para hacer de la labor judicial algo previsible.

**Carga de la prueba del factor de atribución.
Diálogo racional entre el juez y las partes sobre
carga de la prueba y el factor de atribución.**

En materia de carga de la prueba, el Código Civil y Comercial en su artículo 1735 introduce lo que denomina “facultades judiciales”.

ARTICULO 1735.- Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

En realidad, se prevé que el juez comunique un criterio a las partes. El contenido de la comunicación, activa una serie de posibilidades entre las partes y juez, que dependerán de qué y cómo se comunique. A su vez el objetivo de esa “comunicación” es que produzca una suerte de “diálogo” en proceso. Este último, si es diálogo, por definición tiene pretensiones de racionalidad, de allí que contenga razones y fundamentos.

En materia legislativa esta norma es una originalidad. Nuestra perspectiva es que bien interpretado (y bien utilizado), puede darle al proceso de responsabilidad civil, una dosis de mayor racionalidad y previsibilidad.

Una vez trabada la *litis* (es decir, una vez presentadas la demanda y su contestación), se prevé que el juez “puede distribuir la carga de la prueba la culpa”, o, en su caso, “distribuir” la carga de demostrar que se ha “actuado con la debida diligencia” (sin culpa). El juez en su comunicación deberá transmitir las razones que utilizará para resolver el caso. La previsión normativa del artículo 1735 está presentado como una facultad (ello porque el texto legal dice “... el juez puede”); sin embargo, dado el juego de cargas de la prueba planteado, si el juez no realizara la comunicación informando el criterio de distribución de la carga de la prueba, y luego la sentencia modificara los criterios tradicionales de la carga de la prueba, correría el riesgo de transformarse en una decisión sorpresiva, poco previsible.

Una sentencia judicial debe ser previsible, lo contrario puede calificarse de arbitrario. Una resolución judicial, en líneas generales, debe ser el resultado de un juego parejo de cargas procesales. Cuando el juez modifica los criterios y cargas de la prueba, digámoslo así, clásicos (art. 377 Código Procesal Civil y comercial y 1773 y 1776 del Código Civil y Comercial), sin que los litigantes lo sepan de antemano, la modificación se vuelve sorpresiva (no hubo aviso) y por ello puede traducirse en una arbitrariedad.

El criterio clásico nos dice que las partes en el proceso judicial tienen la carga de demostrar los presupuestos de hecho y derecho que afirman, salvo excepciones. Estas últimas están referidas a los hechos evidentes, notorios, públicos o aun a los hechos imposibles que no necesitan probarse. Tampoco se exige la carga de probar hechos sometidos a presunciones legales. Luego, tampoco hay que olvidarse de las matizaciones que pueden hacerse con relación a los hechos negativos. Todo esto, de algún modo, está reflejado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que legisla la regla general de la carga de la prueba.

Artículo 377.- Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción...”.

En igual sentido el Código Civil comercial, reproduce el principio general de la carga de prueba del código procesal, particularizando la carga de la prueba en los factores de atribución y sus eximentes; así se lee artículo 1734:

Artículo 1734.- Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.

Sin bien el Código Procesal Civil y Comercial y el Código Civil y Comercial tienen distinta naturaleza (uno es de forma y el otro es de fondo), ambos textos están vigentes y por lo tanto corresponde armonizar las interpretaciones. Más allá de las disputas interpretativas que puedan suscitarse, lo cierto es que son previsiones normativas complementarias. No hay contradicción. El criterio general de la carga de la prueba está en el código procesal, luego hay criterio, más específico en el Código Civil y Comercial, de la carga de la prueba en materia de factor de atribución y de eximentes. Cada Código tienen en común que la carga de su prueba, está en cabeza de la parte que alega (hechos, factor de atribución y eximentes).

Por su parte el artículo 1735 del Código Civil y Comercial introduce un criterio que, aunque es muy conocido por la doctrina y jurisprudencia, no tenía soporte legal. Es lo que se conoce como la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Esta teoría de la carga dinámica, pone la carga del esfuerzo probatorio en cabeza de la parte a quién le resulta más sencillo su

realización³. Se trata de una regla procesal en la que el juez del caso, puede apartarse del criterio clásico; con ello puede redistribuir las consecuencias de la falta de prueba, a aquella parte que por su particular ubicación en los hechos controvertidos, se encuentre en mejores condiciones de demostrar algo en su propio beneficio.

Digamos que ahora cuando un juez aplique la regla del artículo 1735 tiene la facultad, si lo considera pertinente, de notificar a las partes que utilizará ese criterio. Es enteramente razonable que si un juez entiende que hay motivos para apartarse del criterio tradicional de la carga de la prueba, deba comunicarlo con anticipación. De ese modo, hace más previsible su comportamiento.

La utilización de la carga dinámica sin comunicación es una arbitrariedad pues se desnaturaliza la previsibilidad que debe contener un proceso judicial; ¿Cuál sería la imparcialidad de un juez cuando dicta una sentencia con fundamento en unas pruebas que las partes no tuvieron ocasión de producir, porque no se esperaba que las produzcan? Decidir sorpresivamente es por definición arbitrario.

Ahora bien, cómo debe interpretarse la facultad de comunicación sobre la carga de la prueba. La norma dice “si lo considera pertinente”, lo cual indicaría una facultad discrecional (puede hacerlo o no). Sin embargo no estamos de acuerdo con esa interpretación. Es al contrario, la supuesta facultad, derivada del “puede” indica según nuestra interpretación una suerte obligación, pues la facultad debe asociarse a la idea del uso de la carga dinámica de la prueba. Es decir ante la posibilidad de aplicar la carga dinámica de la prueba al caso concreto, ante esa posibilidad (fáctica), el juez está obligado a comunicarlo. Sí un juez supone que aplicará la carga dinámica la prueba,

³ Peyrano; Jorge Walter, *Cargaas Probatorias Dinámicas*, “...más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla” Rubinzal Culzoni 2008 Pag. 60

porque lo considera pertinente, en ese caso, debe comunicarlo. Lo contrario es arbitrariedad por sorpresivo. Si no comunica se vulneran las garantías del debido proceso y el derecho de defensa de la parte que no tuvo oportunidad de ofrecer y probar los hechos y el derecho que hacían a su beneficio. El propio artículo 1735, refuerza esta interpretación cuando en el último párrafo le da a las partes la oportunidad de ofrecer y producir nueva prueba. La comunicación del juez a las partes evita la desagradable sorpresa que sufriría un demandado que no sabía cómo iba a definirse su suerte en el proceso; es decir se le iba imponer una carga de la prueba que no sabía razonablemente que pesaba sobre él.

Esta interpretación resuelve la arbitrariedad, evita sorpresas y refuerza las garantías del debido proceso. Las críticas luego podrán trasladarse a cuándo y cómo se comunica el criterio respectivo. De momento esto es una verdadera laguna interpretativa; no hay una normativa que establezca el cuándo y cómo el juez realizará la comunicación establecida en artículo 1735. Sin embargo no nos parece un obstáculo insalvable. No es esta la ocasión de hacer propuestas al respecto, pero las que se usen deberán respetar dos consignas: la primera, no debe retardar la realización del proceso y la segunda, no menos importante, la comunicación del criterio debe ser imparcial.

Conclusiones: El presente artículo demuestra que los factores y circunstancias que determinan la responsabilidad civil, debiendo resaltarse que éstos pueden ser objetivos y subjetivos. Si bien este análisis es aplicable a la legislación argentina, sin embargo, puede servir como elemento a consideración al momento de estudiar y analizar las instituciones jurídicas tratadas.

En relación a la carga dinámica de la prueba, es importante resaltar que es una competencia privativa del juez utilizarla en los casos que determine, debiendo comunicar a las partes, el criterio y razones por cuales las atribuye.

Bibliografía:

Alchourrón, Carlos, *On Law and Logic*, traducido por JORGE RODRIGUEZ con la colaboración de Sergio A. Militello (Sobre Derecho y Lógica), en *Isomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México Nro. 13, octubre 2000

Peyrano, Jorge Walter, *Cargas Probatorias Dinámicas*, Rubinzal Culzoni, 2008.

Leyes:

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Personalidad moral y daños morales

*Eduardo Bermúdez Coronel**

Resumen:

La tutela legal a las personas jurídicas por daño moral es tema absolutamente controvertido en la doctrina comparada. Una nueva visión del concepto del daño moral, del bien jurídico tutelado, la respuesta de los órganos jurisdiccionales relativa a la lesión del derecho al honor de la personalidad jurídica, el Código Civil del Ecuador y su contenido al respecto, son cuestiones que se procura dilucidar en este estudio.

Palabras clave: *daño, daño moral, daño material, honor, prestigio, persona jurídica, responsabilidad civil.*

Sumario:

El Daño y La Responsabilidad Civil. Daño Material y Daño Moral. Daño Moral y Persona Jurídica: Teorías. Jurisprudencia comparada. El Daño Moral en las personas jurídicas, Código Civil del Ecuador. Consideraciones finales.

* Doctor en Jurisprudencia, U. de Cuenca. Especialista en Derecho Procesal, U. Andina Simón Bolívar. Especialista en Derecho Patrimonial Familiar, U. De Los Andes. Especialista en Derecho Civil Comparado, U. De Los Andes. Magister en Derecho, Mención Derecho de Familia, U. De Los Andes. Magister en Derecho, Mención Derecho Civil y Procesal Civil, U. De Los Andes. Profesor de Derecho Civil y Práctica Forense, Facultad de Jurisprudencia, U. de Cuenca. Magistrado de la Sala Civil y Mercantil, Corte Nacional de Justicia. Obras publicadas: Estudios de Derecho Agrario, Predicom, 2da. Edición, Cuenca, 1994. Debido Proceso, Prisión Preventiva y Amparo de Libertad, Corte Suprema de Justicia, Projusticia, BID, Edit. Rocafuerte, Cuenca, 2001. Nulidad y Recisión, Predicom, Cuenca, 1997. Prueba Documental, Predicom, Cuenca, 2002.

1. El daño y la responsabilidad civil

La personalidad de los entes jurídicos está atribuida por la ley a través de una construcción técnica que consagra su reconocimiento como sujeto capaz que ejerce derechos y contrae obligaciones. Aunque su existencia depende de la manifestación de voluntad de las personas físicas que la integran, a partir del registro de sus actos constitutivos, su personalidad jurídica le reconoce esa capacidad que le permite lograr los fines sociales y económicos señalados en su estatuto. Si los atributos de la personalidad son características inmanentes a toda persona, al no ser posible disociar esa idea de personalidad, es necesario aceptar que las personas físicas y jurídicas, son sujetos de derecho en cuanto detentan la aptitud genérica para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones.

Los atributos de la personalidad (capacidad de goce, nacionalidad, domicilio, nombre, estado civil) les son comunes con la salvedad de ciertas variantes, como igual sucede con los derechos que pueden ser titulares y que reciben denominaciones como esenciales, fundamentales, personalísimos. En cuanto a la esfera extrapatrimonial de la persona, los derechos de la personalidad van de la mano con la tutela de sus atributos físicos, morales, psíquicos¹.

Daño. La acción u omisión que genera responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, a más de serlo por dolo o culpa requiere, de modo indispensable, que cause daño. Sin este elemento no existe responsabilidad civil. El daño, elemento del ilícito civil, es el menoscabo

¹ Cfr. Amaral Francisco, *Derecho Civil: Introducción*, Renovar, 4ta Edición, 2002, p. 247.

a las facultades jurídicas de la persona que le habilita disfrutar bienes patrimoniales o extrapatrimoniales. Viene a ser “...todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”². Arturo Alessandri Rodríguez dice que el daño “...es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de toda ventaja o beneficio patrimonial o extrapatrimonial de que goza un individuo”³.

Cuando un interés recibe tutela legal, reconocimiento ya expreso o ya tácito, deviene en un derecho subjetivo en cuanto interés jurídicamente protegido. En este contexto Rodríguez Grez dice que jurídicamente el daño debe conceptualizarse “...como la pérdida o menoscabo, perturbación o molestia de un interés legítimo ante el ordenamiento normativo, así dicho interés, atendido su reconocimiento y amparo jurídico, represente o no un derecho subjetivo”⁴. En la línea argumental de Rodríguez Grez no se debe acudir al examen de la situación o ilicitud del daño, sino al examen del interés lesionado, facilitando así determinar o caracterizar el perjuicio indemnizable, excluyendo al otro que no merece la protección jurídica. Lo puntualizado es de utilidad para caracterizar el daño así como para los efectos de su evaluación. Los códigos civiles decimonónicos inspirados en el chileno, se limitan a expresar que el que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización (Art. 2214 en el Código nacional); en tanto que el daño, según su sentido natural y obvio, es el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien⁵. En consecuencia, el daño es elemento consustancial al ilícito civil y no

² Meza Barros Ramón, citado por Tomasello Hart Leslie. *El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, p.14.

³ Alessandri Rodríguez Arturo, De *La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943, p. 210.

⁴ Rodríguez Grez Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*. Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, p. 260

⁵ Cfr. Alessandri Rodríguez Arturo, op. cit. p. 211.

podría desvincularse del mismo en cuanto en el ilícito civil es elemento esencial desde que no hay delito o cuasidelito civil sin daño.

El objeto de la responsabilidad civil viene a ser el corregir el efecto adverso que el hecho del demandado causó a la víctima. El ámbito de la responsabilidad es el de la justicia correctiva en cuanto busca restablecer dentro de la relación demandado y víctima, el orden alterado por el daño, que como se dijo, es condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil. Cabe adicionar que en nuestra tradición jurídica se ha requerido que el interés debe ser legítimo para que sea objeto de reparación⁶. La responsabilidad civil, Derecho de Daños, se construye sobre estos presupuestos, en efecto, “Sin daño no hay sanción de ninguna índole, a diferencia de lo que ocurre en derecho penal. Debe haber, necesariamente, un menoscabo que justifique una condena a reparar un detrimento en la persona o en el patrimonio. Daño y perjuicio son, entonces, sinónimos y, por tanto, en lugar de la “y” cabe ubicar la “o”⁷.

Como se observa, el daño es la lesión de un bien jurídico, patrimonial o extrapatrimonial, deviniendo así la conocida división del daño en patrimonial y moral. En esta comprensión, el daño debe ser visto primero como el perjuicio que sufre en su alma, en su cuerpo o sus bienes, consecuencia de una lesión y, segundo, entendido en su condición de pena o deber de indemnizar, por lo que viene a ser el perjuicio sufrido por el titular de un derecho y como consecuencia de su vulneración por hecho ajeno⁸.

⁶ Barros Bourie Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, Reimpresión de la Primera Edición, 2008, p.222)

⁷ Mosset Iturraspe Jorge y Piedecabras Miguel A., *Responsabilidad Civil*. Rubinzal – Culzoni, 1ª Ed., Santa Fe, 2003, p. 29.

⁸ Silva Americo Luis Martins, *el daño moral y su reparación civil*, 3ra edición, Sao Paulo, 2005, p.126.

2. Daño material y daño moral

Atendiendo a la naturaleza del interés lesionado, una amplia clasificación del daño se bipolariza o bifurca en patrimoniales y no patrimoniales o morales.

El daño patrimonial o material parte del empobrecimiento, merma o disminución del patrimonio, actual o futuro. Por tanto, "...habrá un daño material cada vez que se produzca la pérdida, menoscabo, perturbación o molestia de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter patrimonial. Esta lesión implicará un empobrecimiento susceptible de evaluarse en dinero y, por lo mismo, susceptible de resarcirse en dinero"⁹. El daño material puede recaer tanto en la persona como en sus cosas o bienes y en la tradición jurídica puede ser de dos clases: daño emergente y lucro cesante en cuanto disminución del activo o imposibilidad de que se lo incremente.

El daño moral, tradicionalmente y en términos generales, ha sido concebido por la doctrina de tal modo que abarque los intereses no patrimoniales que puedan resultar afectados por un hecho de tercero. Así Alessandri lo entendió como "...el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. De ahí que a la indemnización que lo repare se la denomine *pretium doloris*"¹⁰.

La idea de daño moral se lo debe entender para su suficiente generalidad si es definido como antónimo al adjetivo material, daño patrimonial o económico, por lo que "...se trata de bienes que tienen en común el carecer de significación patrimonial (daño extrapatrimonial o no patrimonial)"¹¹.

⁹ Rodríguez Grez Pablo, op. cit, p. 290

¹⁰ Alessandri Rodríguez Arturo, op. cit.220

¹¹ Barros Bourie Enrique, op. cit. p. 232.

En el contexto de la más actualizada doctrina, se afirma que el dolor o el sufrimiento son las repercusiones que la lesión tiene en el espíritu o en el cuerpo, pero que de ninguna manera constituyen su esencia¹². Una definición más restringida que no determine la extrapatrimonialidad de los daños por la lesión de cualquier derecho carente de contenido económico, sino sólo de los que se derivan de la condición de la persona, la trae Domínguez Hidalgo, en cuanto “Daño moral sería simplemente, de acuerdo a esta opinión, la lesión de ‘derechos de la personalidad’, de los derechos extrapatrimoniales de la persona, o más ampliamente, de ‘los derechos de la persona’, esto es, de los ‘infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica; en suma, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales’¹³.

Si en sus inicios el daño moral estuvo identificado exclusivamente con el dolor o sufrimiento, con los atentados al honor, ahora, extiende su tutela a todos los bienes personalísimos, razón por la que resulta más apropiado calificarlo como daño inmaterial o no patrimonial, diferenciándolo del material en cuanto a sus efectos y no a su origen. Así, el atentado a lo que constituye la esencia de la persona será siempre un daño moral, ya alcance a su aspecto psíquico o corporal, o ya a los derechos de la personalidad. “Esta noción se adapta también a la idea general de persona y no la limita a la sola persona natural. Permite así proteger a la persona jurídica que está dotada también de ciertos atributos que superan la mera consideración patrimonial. Permite explicar la indemnización de personas que se encuentren privadas temporalmente o a perpetuidad del goce

¹² “El daño viene, por el contrario, determinado por el atentado a ciertos derechos, bienes o intereses que el Derecho reconoce en favor de la persona. Tanto es así que aun en presencia de padecimientos físicos o psíquicos no existe un deber de reparación si no se logra acreditar que provienen de un atentado a algún bien o interés tutelado. El Derecho –afirma Zannoni- no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido, humillado, padeciente o afligido tenía un interés jurídicamente protegido”. Domínguez Hidalgo Carmen, *El Daño Moral*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2013, p. 59.

¹³ Domínguez Hidalgo Carmen, op. cit., p. 60

de las facultades físicas o mentales que no le permiten aprehender el menoscabo producido a su integridad, atributos o intereses”¹⁴.

Cabe puntualizar que el daño no patrimonial no es sinónimo de perjuicio moral, sino el género opuesto al daño patrimonial.

3. Daño moral y persona jurídica

La cuestión ha sido profundamente debatida en la doctrina, la persona jurídica es pasible de sufrir daño moral, de ser su sujeto pasivo ?. Es susceptible de ser titular del derecho al honor ?.

El daño moral se relaciona con los derechos de la persona física, por lo que cobra dificultad caracterizar su lesividad en una persona jurídica. Cabe precisar que, al igual que aquella, ésta también es titular de derechos, por supuesto compatibles con su naturaleza jurídica.

Una primera corriente doctrinaria, ahora minoritaria en la doctrina comparada, se pronuncia porque exclusivamente las personas físicas gozan de un patrimonio moral, la categoría daño moral, su existencia, sólo es predicable respecto del ser humano, no de las personas jurídicas ontológicamente ajenas a su dimensión espiritual, pues sólo a las personas humanas les es inmanente la dignidad, carácter que emana de su supuesto significado personalista, pues la constitucionalización del derecho al honor permite el libre desarrollo de la personalidad de hombres y mujeres, considerados individualmente, en cuanto necesidad emocional que todos los seres humanos tenemos de afirmación por parte de los amigos o el círculo social en que nos toca actuar, “... la dignidad es, al fin, el resultado de la sensatez emocional. Solo las personas naturales, que son las únicas capaces de sentirse dignas, logran ese orgullo que da el buen actuar y logran

¹⁴ Domínguez Hidalgo Carmen, op. cit., p. 85

percibir el efecto que ello tiene en los demás. La dignidad robustece la personalidad la sensación de integridad y felicidad. Nos resulta difícil entonces pensar en una persona jurídica feliz o digna¹⁵.

La persona jurídica siendo una ficción del derecho, no experimenta sentimientos íntimos, como el dolor y el sufrimiento, el daño moral es una lesión a la dignidad, atributo exclusivo del ser humano, por lo que —en principio— no es posible atribuirlo a la persona moral. Por mucho tiempo, fundados en ese raciocinio jurídico, los tribunales negaron a la persona jurídica la reparación por daño moral, considerando que el dolor y el sufrimiento serían, necesariamente, elementos caracterizadores del daño moral. Tales decisiones se justifica, “...cuando el daño moral es situado como sinónimo de daño psicológico personal, así, como las personas jurídicas no poseen sistema nervioso ni psique, no podrían ser atribuidos a ellas los derechos derivado del daño moral. No hay, pues, como admitir dolor psíquico de la persona jurídica, sino perjuicio financiero de la entidad y moral de los miembros que la componen”¹⁶.

La sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español de 24 de febrero de 2005, expresa “... la categoría del daño moral y su propia existencia sólo tiene sentido en el ser humano, no en las personas jurídicas, ontológicamente ajenas a la dimensión espiritual propia del ser humano”¹⁷.

¹⁵ Barrientos Zamorano Marcelo. *Negación de Daños Morales a una Persona Jurídica en Materia Contractual*. Comentario a la sentencia de casación proferida por la Corte Suprema de Justicia de Chile de 14 de marzo de 2005, G. J. 297 (2005) p. 85. Su ratio decidendi “tratándose de entes despersonalizados incapaces de experimentar dolor, sufrimiento o padecimiento debemos descartar de plano el daño moral puro y centrarnos en el daño moral con consecuencias patrimoniales de estas personas al verse afectado su honor, el prestigio o la confianza comercial de que gozaban dentro del ámbito de sus actividades”. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci-arttext&pid=S0718-24372007000100008>.

¹⁶ Venosa Silvio De Salvo. *Derecho Civil: responsabilidad civil*. Atlas, Sao Paulo, 2001, p. 516.

¹⁷ Citada por Roriguez Guitián Alma María, *Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo? Comentario a la STC, 2ª, 24.2.2005*. Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. 334. Barcelona, 2006, p. 5.

La forma de entender el honor es el factor decisivo para determinar si es atribuible a las personas jurídicas, partiendo de la consideración que este derecho ha sido borroso, inasible, difícil de delinear. En esta línea la conceptualización del honor puede encasillarse desde los puntos de vista fáctico y normativo. El concepto normativo del honor “impide que una persona jurídica lo pueda titularizar, ya que el honor forma parte de la dignidad de la persona, y, por tanto, es igual para todos los seres humanos, e invariable, dado que no debiera sufrir alteraciones por la mayor o menor ‘importancia’ del individuo, ni por su conducta”. La sola ligazón a la dignidad humana debiera conducir a que se descarte para las personas jurídicas¹⁸. En materia de derechos fundamentales, en el caso, de la personalidad, desde este punto de vista solo le correspondería a la persona física.

Ahora, en la actualidad, la doctrina comparada mayoritariamente se pronuncia a favor de la titularidad del honor de las personas jurídicas. Entendido el honor como el género de las especies, objetiva y subjetiva, se va consolidando en la aceptación de padecimiento del daño moral de la persona jurídica, independientemente de que conlleve o no daños patrimoniales indirectos. En efecto, **el honor objetivo** tiene que ver con la consideración de terceros “... en lo tocante a los atributos físicos, intelectuales, morales de alguien, aquella que se refiere a la conceptualización del individuo ante la sociedad. **El honor subjetivo**, por su parte, se refiere a la opinión del sujeto acerca de sí mismo, o sea, de sus atributos físicos, intelectuales y morales, concierne a la psique del individuo, susceptible de ofensa mediante actos que ultrajen la dignidad, autoestima y respeto del ser humano, provocándole dolor”¹⁹. La persona jurídica es titular del honor objetivo representado por su reputación, su prestigio, en el área de su actividad, por medio del nombre, imagen, fama.

¹⁸ Larrain Páez Cristian Andrés. *Algunas Cuestiones Relevantes Sobre el Derecho al Honor y la Responsabilidad Civil, en Particular Sobre el Daño Moral*, el artículo 2331 del Código Civil, y la Legitimación Activa. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 17, diciembre 2011, p. 159.

¹⁹ Capez Fernando. *Curso de Derecho Penal*, Saraiva, 4.ª edición, Sao Paulo, 2004, p. 319.

El derecho al honor, de no ser estrictamente necesario para el cumplimiento de sus fines, protege la existencia e identidad de la persona jurídica, "...si una fundación pierde reputación no recibirá donaciones, por ejemplo"²⁰.

El concepto "estricto", clásico del daño moral, ahora minoritario, en cuanto sufrimiento físico o psíquico consecuencia de lesionar derechos de la personalidad, lleva en la actualidad a la búsqueda de un concepto general de daño moral que se adapte e identifique con la naturaleza de la persona moral así como identificar, en el caso concreto, el daño moral ocasionado. "Respecto de la primera cuestión, si se mantiene un concepto de perjuicio moral clásico, en cuanto sufrimiento, angustia, preocupación, es imposible afirmar que las personas jurídicas puedan sufrir este tipo de daños. Por ello parece más correcto sostener que el daño moral de una persona jurídica se produce siempre que se impide o dificulta la satisfacción de un interés de la misma sin disminución de un patrimonio... Pienso que en las sociedades mercantiles hay un ligamen muy intenso entre la reputación económica y los bienes materiales que se obtienen gracias a la posesión de aquella. El hecho de que mediante el prestigio mercantil se obtengan bienes materiales no implica que la reputación económica se convierta en un bien de naturaleza patrimonial"²¹.

En esta línea argumental, Adriano De Cupis afirma que las personas jurídicas sufren perjuicio moral en cuanto se lesione su honor, prestigio, reputación pública, tomándolos con criterio generalizador²².

²⁰ Ferrer Riba Josep, citado por Rodríguez Guitián Alma María, op. cit. p. 8.

²¹ Rodríguez Guitián Alma María. Op. cit. págs. 10 y 11.

²² "Verdaderamente al distinguir el daño privado en patrimonial y no patrimonial, su esfera de actuación se divide en dos zonas que cubren, en su conjunto, el íntegro ámbito del daño privado; y los sufrimientos morales, las sensaciones dolorosas, no abrazan todos los daños que no son perjuicios patrimoniales, ya que, por ejemplo, la disminución del prestigio y de la reputación pública, constituye un daño no patrimonial independientemente del dolor o amargura del sujeto que la sufre. Por consiguiente, si se quiere dar a los daños no patrimoniales una noción lógica y completa no puede limitarse al campo de los sufrimientos físicos o morales, sin concebirlos de forma que puedan integrarse todos los daños que no se comprenden en el otro grupo, en el de los daños patrimoniales, con otras palabras, que su noción no puede ser en el momento

Los profesores Henri y León Mazeaud y André Tunc, en lo pertinente, refiriéndose al perjuicio moral de las personas jurídicas sostienen: “No obstante, se impone una observación de orden general. El perjuicio material no es el único que está en juego. Una agrupación, al igual que una persona física, posee un patrimonio extrapatrimonial, que puede ser lesionado. Es capaz de sufrir un perjuicio moral, con exclusión tan sólo de una ofensa a los sentimientos afectivos. Si una persona moral no tiene corazón, posee un honor y una consideración, si estos reciben un ultraje, la agrupación sufre un perjuicio moral²³.”

Es necesario puntualizar respecto de la necesidad de dar un tratamiento diferenciado y abstracto al daño moral que puede sufrir la persona moral respecto de los miembros que la componen.

Otro argumento de los que se ha formulado en este contexto se pronuncia porque la protección del derecho de asociación constituye motivo suficiente para que se extienda la tutela de los derechos fundamentales a las personas jurídicas, incluyéndose por esta vía el honor²⁴. El reconocimiento del honor establece su necesidad para

actual más que meramente negativa. En consecuencia, sujeto pasivo del daño no patrimonial puede ser también la persona jurídica. Esto se produce cuando se compromete el beneficio que ella -independientemente por supuesto de un sentimiento de bienestar- puede experimentar en alguno de aquellos bienes no patrimoniales de los que ostenta la titularidad. Así, una sociedad mercantil, una institución de beneficencia, etc., pueden alcanzar un daño no patrimonial, valga decir a título de ejemplo, con una campaña difamatoria, por la violación del secreto de correspondencia, etc. El argumento de que la persona jurídica es incapaz de sufrimientos físicos o morales no es decisivo, dada la posibilidad de configurar también un daño no patrimonial distinto del dolor. La persona jurídica, ciertamente, no puede percibir el sentimiento de la propia dignidad y de aquí que no sufra por la lesión de su honor -pero sufre, comúnmente, el daño que incide en su reputación en la cual se refleja su mismo honor. De análoga forma no puede tener el sentimiento celoso de la propia reserva y, por tanto, no puede experimentar la congruente lesión; pero no menos sufre el daño derivado de la divulgación de aquello comprendido en la esfera de lo íntimo, por la violación de sus secretos”. De Cupis Adriano, *El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de Martínez Sarrión, Barcelona, 1975, págs. 127, 128.

²³ Mazeaud Henri y León y Tunc André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo primero, volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 93.

²⁴ Cfr. Herrero-Tejedor Fernando, *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Colex, Madrid, 1994, p. 278. Citado por Larraín Páez Cristian Andrés, Op. cit., p. 162.

el debido funcionamiento de las personas jurídicas a efecto de que cumplan sus fines sociales, asegurándose de este modo el derecho de asociación. La aceptación de esta tesis, no conlleva que necesariamente se deban reconocer todos los derechos fundamentales a las personas jurídicas, sino como argumento a favor “en general” de aquellos a los entes jurídicos²⁵.

Asimismo se argumenta en pro de la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas se incluya dentro de este concepto al prestigio tanto comercial como profesional, pues no cabe se niegue que estas entidades tienen prestigio o reputación “social” o fama²⁶.

La titularidad de ese derecho por los entes jurídicos y su vulneración puede ocurrir a través de la pérdida de su buen nombre y reputación pese a que de la lesión no se deriven pérdidas pecuniarias, lo que ocurriría en el caso de asociaciones profesionales, corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro²⁷.

Una importante argumentación alude al concepto de honor desde el punto de vista fáctico que se bifurca en dos sentidos, el primero objetivo o sociológico y, el segundo subjetivo, íntimo o personal. Aquél se refiere al reconocimiento que los demás hacen de una persona y, éste, conlleva la propia estimación o auto valoración de la persona de su dignidad²⁸. Si la noción de daño moral es de carácter objetivo, su lesión no se relaciona con el sentimiento que pueda experimentar la víctima en cuanto la protección es a la persona misma más no a su propia percepción del daño; en tanto que, si se relaciona con el honor subjetivo, en el que la persona agraviada tiene conciencia de la pérdida o alteración sufrida, las personas naturales que por su edad o por la falta de conciencia que experimenten luego

²⁵ Larraín Páez Cristian Andrés, *Ibid.* p. 162

²⁶ Larraín Páez Cristian Andrés, *Op. Cit.*, págs. 162 y 163

²⁷ Cfr. Tamayo Jaramillo Javier, *De La Responsabilidad Civil*, Tomo II, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1986, p.138.

²⁸ Larraín Páez Cristian Andrés, *ibidem*, p. 163

de lesiones, no tendrían un sentimiento de pérdida propio del daño moral bajo esta concepción²⁹.

El honor entendido en la primera vertiente hace posible que se lo atribuya a las personas jurídicas. Esta línea argumental es la que acoge la doctrina mayoritaria.

El interés formulado por el ente jurídico, reiteramos, debe ser uno que le sea propio, en cuanto su prestigio, la defensa de su nombre o razón social, el secreto de sus negocios.

4. Jurisprudencia comparada

El Tribunal Constitucional de España, mediante sentencia STC 139/1995, de 26 de septiembre de 1995 reconoció el derecho al honor (Art. 18.1 de la Constitución Española), a una sociedad mercantil. Esta resolución admite que una persona jurídica es titular de ese derecho en su faceta objetiva, en cuanto a su reputación, pero no en la subjetiva y como sentimiento de la propia estimación. Esta sentencia, por primera vez y explícitamente, clarifica que las personas jurídico-privadas son titulares del derecho al honor previsto en la Constitución, precisa dos criterios que permiten reconocer ese derecho fundamental a una persona jurídica, es decir sus fines y naturaleza del mismo³⁰.

El Tribunal Supremo Español desde 1997, a través de su Sala 1.^a, mantiene una línea jurisprudencial que reconoce titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas, sentencias STS de 20 de marzo de 1997, de 27 de julio de 1998, de 31 de octubre de 2000³¹.

²⁹ Cfr. Domínguez Hidalgo Carmen. *El Daño Moral*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago -Chile, reimpresión de la primera edición 2013, p. 720

³⁰ Rodríguez Guitián Alma María, *El derecho al honor de las personas jurídicas* (comentario STC 139/1995 de 26 de septiembre, Anuario de Derecho Civil, fascículo II, abril-junio págs. 801-817)

³¹ Citadas por Rodríguez Guitián Alma María, *Daño Moral y Persona Jurídica...*, p. 8

La Corte Suprema de Justicia de Colombia es el órgano jurisdiccional que, de los países iberoamericanos, es el primero en pronunciarse explícitamente respecto del daño moral de persona jurídica. Mediante sentencia de casación civil condenó por perjuicio moral subjetivo a favor de una sociedad mercantil que demandó por competencia desleal³².

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia T-210 de 2010, expresó: “Las personas jurídicas tienen sus propios derechos fundamentales. Ellas son proyección del ser humano; surgen de acuerdo con una serie de acciones que provienen de las personas naturales; tienen un patrimonio, una autonomía propia y un ‘good will’ que gracias a sus realizaciones ha adquirido, los cuales son distintos a los de sus miembros, pues esa persona jurídica por sí misma es titular de unos derechos y correlativamente de unas obligaciones. Derechos como la propiedad, el debido proceso, el derecho de petición, el derecho de acceso a la información requieren igualmente, dada su naturaleza, de la protección del Estado, para lo cual el ordenamiento constitucional ha consagrado mecanismos de amparo ante eventuales amenazas o vulneraciones a tales derechos³³”.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de Colombia, señaló: “No se pueden compartir los términos absolutos del Tribunal que declara a las personas jurídicas como no ‘susceptibles’ de sufrir perjuicios morales; es cierto que dichas personas, no pueden ser víctimas del llamado daño moral subjetivo, por cuanto su propia naturaleza las coloca al margen del dolor o de los padecimientos físicos o psicológicos que lo constituyen. Pero si se considera al daño moral en la extensión que le es propia, es decir, como el menoscabo de derechos o de bienes extrapatrimoniales jurídicamente protegidos, es indudable que las personas jurídicas pueden constituirse en sus víctimas; así su reparación no consista,

³² Citada por Tamayo Jaramillo Javier, sentencia de 28 de septiembre de 1938, G.J., t. XLV, p.758.

³³ Corte Constitucional, *sentencia de tutela T-210 de 2010*. Op. cit. p. 137.

de modo necesario, en una indemnización pecuniaria. Se robustece esta afirmación al amparo del precepto de la nueva Constitución Política que reconoce a ‘todas las personas’ el derecho a su buen nombre y atribuye al Estado el deber de respetarlos y hacerlos respetar (artículo 15), entre otros que podrían citarse como ejemplo³⁴.

El mismo Consejo de Estado, al respecto, señaló: “No significa lo anterior, según se advirtió, que las personas jurídicas se encuentren totalmente impedidas para acceder judicialmente a reclamar indemnización por perjuicios de orden moral. De ninguna manera. Las consideraciones antecedentes son aplicables para casos como el presente donde el perjuicio moral va indiscutiblemente ligado con los sentimientos propios del afecto y amor de un ser humano. Otra cosa puede ser, cuando el daño moral no presente esa directa y exclusiva comunicación sentimental, en cuyo caso, bien puede eventualmente pensarse en indemnizar por tal concepto a las personas jurídicas”³⁵.

En otra sentencia, el Consejo de Estado, resolvió: “Es decir, resulta claro que las personas jurídicas no sufren perjuicios morales subjetivos (*pretium doloris*), porque no pueden experimentar dolor y sufrimiento y menos aún por agresiones a bienes jurídicos extrapatrimoniales que parten de esa subjetividad del individuo físico (la vida, la integridad corporal o la honestidad, entre otros); sin embargo, a ellas se les reconoce una subjetividad jurídica, gozan de atributos propios de la personalidad, y, por ende, son titulares de derechos que pueden considerarse en sentido objetivo como morales y de carácter extrapatrimonial (reputación, el buen nombre, la probidad), los cuales si en alguna manera se le menoscaba, corresponde indemnizar, en cuanto resulten demostrados en el respectivo proceso. En efecto, cuando se atenta, por ejemplo, contra la reputación o prestigio de la persona jurídica, en menoscabo de la credibilidad de su nombre y de la imagen sobre su modo de ser como sujeto en el

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, *sentencia de 27 de agosto de 1992*, expediente 6221.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, *sentencia de 20 de agosto de 1993*, expediente 7881.

tráfico jurídico, sería viable de indemnizar como un perjuicio moral, porque aunque esos valores están al servicio de su objeto y fines económicos, ciertamente trascienden la esfera meramente patrimonial. Igualmente, repárese que el buen nombre es un derecho fundamental de la personalidad sin importar si se trata de una persona natural o de una persona jurídica, cuya protección, por tanto, se encuentra garantizada en el orden constitucional; en efecto, el artículo 15 de la Constitución Política garantiza a todas las personas, sin distingo, el derecho a su buen nombre, el cual el Estado se encuentra en el deber de respetar y hacerlo respetar”³⁶.

Asimismo el Consejo de Estado, en sentencia posterior, consideró que, “...en el ordenamiento jurídico colombiano no existe duda alguna frente a la posibilidad de reconocer aquellos perjuicios morales causados a personas jurídicas, en cuanto hayan sido probados en el proceso”³⁷.

La Corte Suprema de Justicia ha admitido la posibilidad de que las personas jurídicas sufran perjuicios morales en el marco de procesos de carácter penal. En efecto su Sala Penal indica: “La existencia de perjuicios extrapatrimoniales, es cierto que las personas jurídicas pueden padecerlos, verbigracia, cuando se afecta su buen nombre y reputación, mas tales consecuencias sólo son estimables como detrimento resarcible cuando amenazan concretamente su existencia o merman significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las ponen en franca inferioridad frente a otras de su género y especie, si es que se mueven en el ámbito de una competencia comercial o de la prestación de servicios apreciables por la demanda de usuarios”³⁸.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, *sentencia de 20 de noviembre de 2008*, expediente 17031.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, *sentencia de 16 de agosto de 2012*.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *sentencia de 11 de febrero de 1999*.

En otra resolución, el mismo órgano jurisdiccional estableció: “En reciente decisión la Corte fijó algunas pautas sobre el particular, tras señalar que cuando se afecta el buen nombre o reputación de una persona jurídica, sus consecuencias sólo son estimables como detrimento resarcible si amenazan concretamente su existencia, o merman significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento, o las ponen en franca inferioridad frente a otras de igual género o especie”³⁹.

La Corte Suprema de Justicia de Chile, ha concedido indemnizaciones de perjuicios por daño moral a personas jurídicas mediante sentencias de 8 de noviembre de 1993, rol (expediente) 21.934, de 23 de junio de 1994, rol 23.162, de 3 de junio de 1997, rol 3.602-1996, de 29 de junio de 2000, rol 1.797-2000, de 21 de noviembre de 2007, rol 4.804-2007, de 19 de enero de 2010, rol 8.140-2009.

5. El daño moral en las personas jurídicas. El Código Civil del Ecuador

El Código Civil nacional mantuvo hasta su codificación de 1950 y relacionada con la honra o el crédito (prestigio) de la persona, invariablemente, la misma disposición, que para ese año, correspondió a la del art. 2258: “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona no dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que puedan apreciarse en dinero. Pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”. El texto transcrito corresponde exactamente a la del art. 2331 del Código Civil chileno: “Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *sentencia de 29 de mayo de 2000*.

lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria si se probare la verdad de la imputación”. Queda claro que el precepto normativo restringió la posible obtención de indemnización por lesiones al honor, crédito, prestigio, excluyentemente a daños patrimoniales, posibilidad que se enervaba por la exceptio veritatis en el evento de probarse la verdad de los hechos, de la imputación lesiva del crédito u honra.

La Ley 256 aprobada por el Congreso Nacional el 4 de junio de 1970 reformó el art. 2258 del Código Civil (luego incluida en la Codificación publicada en el Registro Oficial, Suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970) con el texto que ahora corresponde a su art. 2231: “Responsabilidad por daño moral.- Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”. La reforma superó las restricciones anotadas, reconociendo el derecho para indemnización pecuniaria por el perjuicio moral.

El texto para la reforma de ese precepto lo presentó el doctor Juan Larrea Holguín y con este fundamento teórico: “Finalmente el artículo 2348 (ahora 2258) debe ser variado en forma fundamental. Este artículo actualmente no da derecho para demandar indemnización pecuniaria por las imputaciones injuriosas contra la honra y el crédito de alguna persona, salvo que se pruebe daño emergente o lucro cesante, pero ni aun entonces tiene lugar la indemnización si se prueba que la imputación es verdadera. Sugerimos que tales imputaciones sean indemnizables económicamente por diversas razones, entre ellas la que dice relación con el temor más acentuado que ciertas gentes tienen para responder por su irresponsabilidad con dinero efectivo que con una eventual y dudosa pena de prisión... luego porque la imputación injuriosa contra el crédito y honra de una persona se ha vuelto en los actuales tiempos un arma casi común, que por reducida punición es esgrimida con abusos. Se considera además que las injurias contra la honra y el crédito de una persona sean o no verdaderas, ya que en el primer caso, el imputado puede

haber purgado su deshonor y haberse vuelto una persona honrada y respetable, y tiene derecho al honor y a la dignidad que la Constitución de la República garantiza, en forma amplia. Por demás una imputación calumniosa que antes, cuando se editó el Código Civil, pudo reducirse al escándalo de un pequeño grupo, ahora, por la celeridad de los medios de comunicación, el volumen destructivo adquiere caracteres alarmantes. Muchas legislaciones han comprendido el problema en su punto justo y además de las sanciones penales han agregado las indemnizaciones económicas que en algunos países se traducen en cantidades considerables”⁴⁰.

La posterior reforma de 1984 al Código Civil, de su Título XXXIII De Los Delitos Y Cuasidelitos, mediante Ley n.º 171 (Registro Oficial n.º 779 de 4 de julio de ese año), dispuso incluir a continuación del art. 2258, ahora 2231, los artículos 2258.1, 2258.2, y, 2258.3, que en su última Codificación (Registro Oficial, Suplemento 46, de 24 de junio de 2005) corresponden a los artículos 2232, 2233 y 2234, respectivamente.

El Congreso Nacional de 1984 para proceder a esta sustancial y trascendente reforma, acogió, en su integridad, el proyecto presentado por el doctor Gil Barragán Romero, que integró los casos de injuria haciéndola extensiva a los demás delitos y cuasidelitos contra la personalidad⁴¹.

El art. 2258.2, ahora 2233, prevé: “Titular del derecho a la acción por daño moral.- La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De

⁴⁰ Larrea Holguín Juan, *Derecho Civil del Ecuador*, cuarta edición actualizada, tomo VI, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1986, págs. 251 y 252.

⁴¹ Barragán Romero Gil, *Elementos del Daño Moral*, tercera edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2008, págs. 162, 163, 164.

haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima podrán intentarla sus derechohabientes, conforme a las normas de este Código.

Su inciso segundo establece:

“Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes”.

Tiene importancia puntualizar que, el precepto reconoce, de modo explícito, la titularidad del derecho material o sustancial al honor a las personalidades jurídicas, las que están legitimadas para activar acción para demandar indemnización pecuniaria en el evento de vulneración de ese derecho.

Es relevante el hecho de no diferenciar tal titularidad de ese derecho a la persona jurídica pública o privada, si su finalidad social sea con o sin fines de lucro, es decir a las sociedades mercantiles en general y las fundaciones y corporaciones. No está por demás señalar que el daño moral que las afecte es el llamado objetivo o sociológico, en cuanto tutela su nombre, signos, reputación, prestigio, pues se diferencia la persona jurídica de los sujetos que la componen, puesto que nuestro ordenamiento jurídico, a través de la atribución de personalidad jurídica a un ente, reconoce su conversión en un nuevo sujeto de derecho con capacidad jurídica diferente a la de sus miembros.

6. Consideraciones finales

La doctrina del daño moral de la personalidad jurídica, desde el criterio de sus fines, debe subordinarse al de su naturaleza, de tal manera que la persona jurídica ostenta la titularidad del derecho al honor en su faceta objetiva, sociológica, en cuanto fama, reputación, prestigio.

El factor subjetivo de atribución de responsabilidad civil encuentra que no existe ésta sin culpa. En el caso del daño moral aunque sólo sea presumida, *in re ipsa*. La presunción es un mecanismo de la técnica jurídica útil para facilitar la prueba de los hechos; la culpa en la producción de daños mediante delitos o cuasidelitos, puede ser inferida mediante presunciones jurisdiccionales o por las previstas por la ley.

El daño moral a la persona jurídica puede generar efectos patrimoniales indirectos, la lesión de la reputación mercantil, daño directo, ocasionaría esos efectos.

Bibliografía

Alessandri Rodríguez Arturo, *De La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943.

Amaral Francisco, *Derecho Civil: Introducción*, Renovar, 4ta Edición, Sao Paulo, 2002.

Barragán Romero Gil, *Elementos del Daño Moral*, tercera edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2008.

Barrientos Zamorano Marcelo. *Negación de Daños Morales a una Persona Jurídica en Materia Contractual*. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci-arttext&pid=S0718-24372007000100008>.

Barros Bourie Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, reimpresión de la primera edición, 2008.

Capez Fernando. *Curso de Derecho Penal*, Saraiva, 4.^a edición, Sao Paulo, 2004.

Consejo de Estado (Colombia), Sección Tercera, sentencia de 27 de agosto de 1992, expediente 6221.

Consejo de Estado (Colombia), Sección Tercera, sentencia de 20 de agosto de 1993, expediente 7881.

Consejo de Estado (Colombia), Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente 17031.

Consejo de Estado (Colombia), Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2012.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de tutela T-210 de 2010.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, sentencia de 11 de febrero de 1999.

Corte Suprema de Justicia De Colombia, Sala de Casación Penal, sentencia de 29 de mayo de 2000.

De Cupis Adriano, *El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de Martínez Sarrión, Barcelona, 1975.

Domínguez Hidalgo Carmen, *El Daño Moral*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2013.

Domínguez Hidalgo Carmen. *El Daño Moral*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, reimpresión de la primera edición 2013.

Larrain Páez Cristian Andrés. *Algunas Cuestiones Relevantes Sobre el Derecho al Honor y la Responsabilidad Civil, en Particular Sobre el Daño Moral, el artículo 2331 del Código Civil, y la Legitimación Activa*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 17, diciembre 2011.

Larrea Holguín Juan, *Derecho Civil del Ecuador*, cuarta edición actualizada, Tomo VI, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1986.

Mazeaud Henri y León y Tunc André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo Primero, Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

Mosset Iturraspe Jorge y Piedecasas Miguel A., *Responsabilidad Civil*. Rubinzal-Culzoni, 1ª Ed., Santa Fe, 2003.

Rodríguez Grez Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*. Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014.

Rodríguez Guitián Alma María, *Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo? Comentario a la STC, 2ª, 24.2.2005*. Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. 334. Barcelona, 2006.

Rodríguez Guitián Alma María, *El derecho al honor de las personas jurídicas (comentario STC 139/1995 de 26 de septiembre, Anuario de Derecho Civil, fascículo II, abril-junio)*.

Silva Américo Luis Martins, *el daño moral y su reparación civil*, 3ra edición, Sao Paulo, 2005.

Tamayo Jaramillo Javier. *De La Responsabilidad Civil*, Tomo II. Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia 1986.

Tomasello Hart Leslie. *El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969.

Venosa Silvio De Salvo. *Derecho Civil: responsabilidad civil*. Atlas, Sao Paulo, 2001.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

*Merck Benavides Benalcázar**

Resumen:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, constituye una innovación del Derecho Penal ecuatoriano, cuya finalidad esencial es la de tipificar y sancionar actos dolosos realizados por personas naturales a nombre de la empresa y, que como consecuencia de ello, ésta última obtiene un beneficio, y en ningún caso a favor de un tercero, naciendo así la tipicidad y sanción para estos entes ficticios.

Palabras claves: *Responsabilidad penal, persona natural, persona jurídica, tipicidad, sanción, imputación.*

Sumario:

1. Introducción; 2. Definición de persona jurídica; 3. Características de las personas jurídicas; 4. La responsabilidad de las personas jurídicas según la doctrina; 5. La imputación a las personas jurídicas; 6. Tipicidad de las infracciones; 7. Sanción a las personas jurídicas; 8. Análisis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas; 9. Conclusiones

* Juez de la Corte Nacional de Justicia, Docente de la PUCE-SI, Docente de la Universidad "UNIANDÉS", Docente de la Universidad Central del Ecuador
Obras escritas: *Teoría y práctica tributaria en el Ecuador*

1. Introducción

El Código Orgánico Integral Penal, aprobado por la Asamblea Nacional y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, constituye un avance en la legislación penal ecuatoriana, estructurando un cuerpo normativo acorde a la dinámica de la sociedad, al avance de la ciencia y de la tecnología, es decir, ajustado a las realidades sociales, culturales, políticas, económicas, financieras y otras que son de trascendental importancia en el convivir diario del conglomerado social ecuatoriano, así como por ejemplo el hecho de determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El presente artículo tiene por objetivo, explicar desde el punto de vista doctrinario y jurídico sobre lo que constituye la persona jurídica dentro del marco legal, así como sus características que son propias de estos entes ficticios y que solo pueden ejercer sus derechos y obligaciones a través de sus representantes legales, llámense gerente, administradores, presidentes, directorio o cualquier otra designación que implique la administración de la empresa.

Además se realiza un análisis sobre la imputación a las personas jurídicas, en base a lo que expresa la doctrina y fundamentalmente a la normativa jurídico-penal, que tipifica y sanciona a las personas jurídicas, cuando los elementos de convicción o pruebas que permiten establecer tanto la existencia de la infracción, como su responsabilidad penal, aclarando que las sanciones son de carácter económico, como las multas, siendo la más drástica la extinción de la persona jurídica, que según varios expertos en la materia la equiparan a la pena de muerte de la persona natural.

2. Definición de persona jurídica

Guillermo Cabanellas, señala que persona jurídica es: “Todo el que tiene aptitud para el Derecho y ante él; el sujeto susceptible de adquirir y ejercer derechos y de aceptar y cumplir obligaciones, ya lo sea por sí o por representante”¹.

El artículo 564 del Código Civil, define a la persona jurídica como: “[...] ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”², más adelante el artículo 565 del mismo cuerpo legal, aclara que: “No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República”.

De lo expuesto se puede colegir, que las personas jurídicas son entes abstractos, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, y que necesariamente deben estar representados por una persona natural.

3. Características de las personas jurídicas

Las personas jurídicas poseen ciertas características, tales como:

- Son entes ficticios, por cuanto no existen físicamente, pero sí jurídicamente cuando han sido constituidas de conformidad con la ley.

¹ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997, 225.

² Código Civil, publicado en el R. O. S. No. 46 de 24.06-2005.

- Pueden ejercer derechos y contraer obligaciones, a través de sus representantes legales debidamente designados, poseionados e inscritos en los organismos públicos correspondientes.
- Tienen responsabilidades administrativas, civiles, y penales, frente a sus actividades empresariales, realizadas por sus representantes legales.
- Siempre deben estar representadas por una persona natural, pues de lo contrario no nacen a la vida jurídica ni pueden realizar sus actividades económicas o de cualquier otra índole.

4. La responsabilidad de las personas jurídicas según la doctrina

Diversos autores refiriéndose a la responsabilidad de estos entes ficticios han manifestado:

“[...] si el derecho reconoce la existencia de manera ficticia de entes que pueden obligarse como lo hacen las personas físicas, entonces, también le reconoce efectos a la manifestación de voluntad emanada de sus órganos de representación o administración, pues al darse ésta los que se obligan no son los que lo expresan, si no que éstos se obligan pero a nombre de otro, es decir, en pleno ejercicio de un mandato de representación”.³

Evidenciándose por tanto, que las personas jurídicas pueden ser sancionadas por las decisiones que toman a través de quienes están a cargo de la empresa.

³ Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, México p. 72.

En los Estados Unidos de América e Inglaterra existe la responsabilidad de la persona jurídica dentro de sus legislaciones, en los tribunales de competentes se juzga la conducta de las personas jurídicas cuando hay responsabilidad penal directa o indirecta de las actividades ilícitas que efectúan los empleados o si éstos actúan en el desarrollo de sus actividades laborales o si los beneficios van directamente en beneficio de la persona jurídica, pero que existe una cierta duda que deben aplicarse así como el procedimiento para hacerlas efectivas.⁴

En el caso en particular de estos dos países, se observa que la persona jurídica es responsable, siempre que se verifique la responsabilidad primeramente de los que la dirigen en el desarrollo de las actividades que constituyen ilícito, y además cuando se observa que como resultado de esa actividad, se beneficia el ente ficticio.

La dualidad de los ámbitos de responsabilidad penal y civil, se produjo cuando se hizo posible que existan dos consecuencias diferentes para las conductas que eran ofensivas a la sociedad: el castigo y la obligación de restitución o compensación. El proceso por el que se llega a las dos consecuencias anotadas pasa por la “estatificación del Derecho” que se manifiesta en la expresión del poder punitivo del Estado reprimiendo conductas que afecten el interés común o lo ponen en peligro y, a su vez, permitiendo una esfera no normativa e intervencionista sobre las actividades económicas, cuyo protagonismo lo ejercen los particulares, las mismas que sólo son objeto del poder del Estado cuando se lo ejerce para dirimir las disputas entre ellos. Ha nacido así la distinción entre las dos grandes esferas donde actúa el Derecho: la penal y la civil. Para la responsabilidad jurídica estos ámbitos constituyen su “paradigma” y son los modelos básicos que se adoptan para enfocarla⁵.

⁴ Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, 75- 76.

⁵ Zavala Egas, Jorge, *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Guayaquil, 2014, 16,17.

Las personas jurídicas, efectivamente tiene dos clases de responsabilidades civil y penal; la primera cuando como consecuencia de la realización de sus actividades comunes, que son las que constan como giro del negocio o de la finalidad para la cual fueron constituidas, genera un daño en contra de otra persona jurídica o persona natural, en cuyo caso de llegar a la esfera judicial, los juzgadores competentes tienen la obligación de cuantificar especificando dos rubros, esto es el daño emergente y el lucro cesante; en cambio, la responsabilidad penal de las personas jurídicas nace en el momento en que se transgrede la norma de carácter penal.

Desde el punto de vista doctrinario se puede determinar tres clases de posturas respecto de las responsabilidades que tiene una persona jurídica: a) Que tiene únicamente responsabilidad civil y consecuentemente se debe imponer sanciones de esta naturaleza ; b) Que tiene responsabilidad administrativa y una responsabilidad penal que nace del comportamiento y actuar deshonesto de los integrantes de la persona jurídica y que por ende se debe aplicar sanciones eminentemente administrativas; y , un postura ecléctica, donde se considera que la persona jurídica tiene una responsabilidad civil respecto de las actuaciones de sus miembros y una penal a los miembros de la sociedad que cometen algún tipo penal.⁶

En este contexto y tomando en cuenta lo expresado en el párrafo anterior, las personas jurídicas efectivamente tienen tres clases de responsabilidades: administrativa, civil y penal, las cuales se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico vigente en el país y que de acuerdo a las circunstancias en las que se transgrede dichas normas, dicho actuar recae en el campo administrativo, civil o penal.

En este orden de ideas, el tratadista Plascencia, al hacer referencia a las responsabilidades de las personas jurídicas, expresa que: “[...] puede responsabilizarse a la persona jurídica estipulándose

⁶ Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, 77.

sanciones económicas como multas, lo cual sería lo menos grave, o bien, con la pena más grave incluso comparable con la pena de muerte en una persona física como sería la solución [...] la responsabilidad penal de las personas jurídicas deben entenderse en el sentido de solidaria con los miembros de la sociedad, agrupación o corporación [...] sus actividades pueden sancionarse mediante reglas de responsabilidad solidaria, pues su actuación es a través de personas físicas. Por consecuencia los daños o perjuicios causados por una persona física a través de una persona jurídica deberán ser afrontados por ambas”.⁷

En consecuencia, es importante destacar que el derecho Penal Alemán, no regula sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque contra ellas no se puede imponer una sanción jurídico penal sino una sanción administrativa consistente en una multa; pero si es posible esa responsabilidad penal si el delito es cometido por el representante legal de la empresa y fundamentalmente si lesiona deberes del empresario o ha enriquecido a la empresa.⁸

El autor de este artículo disiente con el criterio de Frister, quien si bien es cierto acepta que las personas jurídicas tienen responsabilidad penal, pero únicamente de los que la representan, es decir respecto de personas naturales, lo cual es contradictorio a lo que dispone la legislación penal ecuatoriana, donde de manera expresa se manifiesta que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es totalmente independiente de la de sus representantes, administradores y todas las personas que actúan a su nombre. La tipicidad y sanción de ciertas actuaciones de las personas jurídicas, efectivamente caen en el campo penal de manera especial cuando sus representantes actúan con dolo o culpa, por lo que hay que destacar

⁷ Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, 77 – 78

⁸ Frister Helmut, *Derecho Penal Parte General*, traductor de la cuarta edición alemana Marcelo A. Sancinetti, revisión de la traducción María de las Mercedes Galli, primera edición, Hammurabi, 2011, Buenos Aires, pp. 78- 79.

que la referida legislación es de avanzada y con una proyección muy importante para el futuro próximo, considerando la evolución de la sociedad y el avance de la ciencia y la tecnología.

El tratadista Frister, manifiesta que: “Una responsabilidad jurídico-penal de personas jurídicas y comunidades de personas por la conducta de todos sus colaboradores, que posibilitara sancionar delitos cometidos en razón de la empresa, sin esclarecer las responsabilidades personales, no sería compatible con el principio de culpabilidad”.⁹ Según el criterio de Frister, las personas jurídicas no son imputables por cuanto no se cumple con el principio de culpabilidad, ya que al ser entes ficticios no realizan actos tangibles, es decir que puedan ser verificados y observados de manera objetiva, sin embargo de lo cual es preciso manifestar que para que se cristalice la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es necesario cumplir con esa condición *sine qua non* puesta por el legislador en la ley penal, que es la existencia de una actuación por parte de una persona natural, que sea típica, antijurídica y culpable y que ese acto beneficie de manera directa a la empresa a la que representa, para luego de lo cual poder hacer referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aclarando que son imputables únicamente las que se caracterizan por ser privadas y en ningún caso las públicas.

5. La imputación a las personas jurídicas

Lo primero que se debe destacar, es que la responsabilidad penal, es de manera exclusiva, de personas jurídicas, por lo que la imputación, es solo para entes dotados de personalidad jurídica, quedando excluidas las empresas, o ósea, las unidades económicas que no obstante su conformación en una unidad, carecen de responsabilidad

⁹ Frister Helmut, Derecho Penal... cit., p.79

jurídica¹⁰. Con excepción de los delitos de defraudación tributaria en los que sí es posible imputar responsabilidad penal a entes que carecen de personalidad jurídica.

Ahora bien, una persona es responsable por acción u omisión, misma que debe ser analizada desde el rol que desempeña quien representa a la empresa, es decir en el cabal cumplimiento de las obligaciones asumidas, a afecto de evitar resultados dañosos, perjudiciales. Siendo así: “[...] cuando existe un resultado lesivo originado <<desde una persona jurídica>>, como consecuencia de un comportamiento punible debemos identificar no solo al ejecutor del delito, sino también al que, en definitiva, será considerado autor y responsable del mismo. El autor será ahora el que ejerce el dominio de la conducción global que el empresario debe tener en su organización por la expectativa social que exige un apropiado comportamiento activo; y, lo tiene, el que cumple las normas y responde a la confianza depositada en el régimen de control para evitar que se produzcan resultados que causen perjuicios a los demás”.¹¹

Siendo así, cada funcionario de la empresa responde en atención a la competencia que tenga en la administración de la misma, es decir respecto de las obligaciones que le atañen, y que nacen de la Constitución de la República, la ley, los estatutos de la propia empresa y los demás reglamentos y resoluciones internas de la misma, por lo que las funciones se encuentran debidamente delimitadas y si actúan en representación de la persona jurídica, al caer en un tipo penal, la consecuencia es que la empresa a la que representan, también será procesada, siempre que se cumplan con cada una de las condiciones que establece la norma penal, que tipifica y sanciona las infracciones que pueden ser cometidas por dichos entes ficticios.

¹⁰ Zavala Egas, Jorge, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Guayaquil, 2014, 21.

¹¹ Zavala Egas, Jorge, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, 59.

El juicio de reproche en el que gravita la culpabilidad tiene como apoyo, esencialmente, el haber obrado de una manera culpable, pues pudo haberlo hecho de otro modo. Culpabilidad es reprochabilidad o, para decirlo de manera integral, se emite el juicio de culpabilidad cuando el sujeto pudo obrar de otro modo conforme a Derecho y surge, como consecuencia, la reprochabilidad¹². Según el Derecho Penal toda persona natural o jurídica, que por sus actuaciones a nombre propio o a través de sus representantes, deben sufrir el juicio de reproche, para que luego de la investigación correspondiente, por parte del ejercicio público de la acción, se llega a determinar la verdad material o procesal, con las pruebas aportadas al proceso, las cuales deben ser valoradas por el juzgador en base a las reglas de la sana crítica, para que finalmente este último operador de justicia dicte la sentencia que corresponda, que de ser condenatoria impondrá las sanciones tanto a la persona natural que actúa a nombre de la empresa y que generó un beneficio a la misma, como a la persona jurídica, como dispone el Código Orgánico Integral Penal.

6. Tipicidad de las infracciones

El Código Orgánico Integral Penal, en el capítulo quinto, artículo 49, establece la responsabilidad penal de la persona jurídica, señalando:

En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales,

¹² Zavala Egas, Jorge, *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 61.

agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.¹³

Por su parte el artículo 50 del mismo cuerpo normativo, hace referencia a la concurrencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, expresando que:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento. Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.¹⁴

Es importante destacar, que para que exista tipicidad de un acto, que en un primer momento nace de una persona natural (representante legal), para posteriormente permitir el nacimiento

¹³ Cfr. Artículos 49 y 50 del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el R.O. S. No. 180 de 10.02.2014.

¹⁴ *Ibid.*

de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero para ello es necesario que se cumplan con cada uno de los presupuestos determinados de manera expresa en los artículos anteriormente transcritos, lo cual significa que según el principio de legalidad, no se puede sancionar ningún acto que no se encuentra previamente regulado por la ley penal, ya sea como delito o contravención. Sobre esta temática se explica en la parte final del presente estudio.

7. Sanción a las personas jurídicas

El Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 71, establece las penas para las personas jurídicas:

1. Multa.
2. Comiso penal. Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, que se reconocen, liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante la o el mismo juzgador de la causa penal. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial.
3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.
4. Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial.
5. Remediación integral de los daños ambientales causados.
6. Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de recontractación o de reactivación de la persona jurídica.

7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.¹⁵

La ley penal vigente en Ecuador, que permite determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y por ende imponer una sanción, la cual es de una naturaleza jurídica propia aplicable a las empresas, y en tal sentido entre las sanciones que se establecen se tiene la multa, comiso penal de bienes, clausura temporal o definitiva de sus actividades principales, realizar actividades que beneficien directamente a la comunidad la cual víctima de la comisión de la infracción, y cuando éstos han causado daños a la naturaleza, la sanción específica para este caso es la remediación del medio ambiente donde se causó el perjuicio, dejando el estado de las cosas como se encontraban antes de que se perpetrara el delito.

Pero lo más relevante respecto de las penas reguladas en la ley penal, es la disolución de la persona jurídica, la cual debe ser analizada previamente por el juzgador, por cuanto la extinción de la persona jurídica produce efectos negativos para social en general y de manera directa para los dueños de la empresa y todos los demás implicados en el proceso productivo o de la prestación de un servicio, en tal sentido se debe considerar el principio de proporcionalidad, el cual es de carácter constitucional y por ende de observación directa por parte de los operadores de la justicia penal.

Finalmente es preciso señalar que la ley penal prevé como sanción, el hecho de que las personas jurídicas que han cometido un delito, el cual ha sido debidamente probado, en franco cumplimiento del debido proceso, así como del respeto del derecho de defensa, sean sancionados con la prohibición de contratar con el Estado de manera temporal o definitiva, en el caso de dictarse sentencia condenatoria y que ésta se encuentre ejecutoriada.

¹⁵ Cfr. Artículo 71 del Código Orgánico Integral Penal.

8. Análisis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Las infracciones penales se clasifican en delitos y contravenciones y constituyen hechos antijurídicos, típicos y culpables, es decir que violan la ley penal, y que pueden ser cometidos con dolo, es decir con la intención positiva de ocasionar daño a la víctima, o con culpa, eso es por incumplir el deber objetivo de cuidado. Pero es preciso mencionar que el delito también puede ser cometido por acción, así como cuando una persona toma una arma blanca y hiere a otra, lo cual genera un resultado, que en este caso es la afectación en la humanidad de la víctima, cuyo bien jurídico protegido es la integridad física; y, por omisión propia o de una comisión por omisión, así por ejemplo el médico que no le da los primeros auxilios a un paciente que se encuentra con una lesión en su brazo, y sin embargo de lo cual no toma ninguna medida y lo abandona por un corto tiempo, pero al regresar se percató que ha fallecido por la pérdida del fluido sanguíneo sufrido, lo cual le ocasionó la muerte, pues su obligación era socorrerle de inmediato tomando los procedimientos médicos adecuados, es este caso el médico comete el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, tipificado y sancionado en el artículo 146 del COIP.

El homicidio culposo por mala práctica profesional, es de mucha importancia en la legislación penal vigente en el país, por cuanto la persona que tiene una profesión y como consecuencia del ejercicio de la misma, incumple el deber objetivo de cuidado, ocasiona la muerte de una persona, responde penalmente por el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, cuya sanción es de uno a tres años si se incumple el deber objetivo de cuidado, y de tres a cinco cuando la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas; sobre este último aspecto el Pleno de la Corte Nacional de Justicia dictó una resolución publicada en el R:O: número 246 de fecha 15 de mayo de 2014, donde se aclara el alcance del Art. 146 del COIP que el homicidio culposo por mala práctica profesional se configura por incumplir el objetivo de cuidado y además por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

El artículo 49 del COIP, regula sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se hacen constar una serie de aspectos que deben ser analizados desde el punto de vista jurídico-penal y así se tiene que:

- a) La referida responsabilidad penal se les atribuye únicamente a las personas jurídicas de derecho privado, ya sean éstas nacionales o extranjeras, quedando excluidas las empresas públicas que son propias del Estado, por lo que la responsabilidad significa que se verifica un hecho que viola la ley penal y como consecuencia de ello, nace una responsabilidad de carácter penal, lo cual da nacimiento a un juicio de reproche que se sigue en contra de la persona jurídica y de probarse tanto la existencia de la infracción como la referida responsabilidad, los jueces competentes dictarán una sentencia condenatoria, imponiéndole por lo tanto una sanción que puede ser una multa, la suspensión de las labores e incluso la pérdida de la personería jurídica, que según la doctrina consideran que dicha sanción equivale a la pena de muerte al infractor en su calidad de persona natural, sin olvidar que también es parte de la sanción el pago de la reparación integral, que al tratarse de delitos contra el medio ambiente, la empresa sancionada debe dejar las cosas como se encontraban antes de la comisión de la infracción;
- b) Los delitos que cometen las personas jurídicas, para su configuración deben generar un beneficio propio o de sus asociados, pero esto tiene relación directa con los representantes legales, sus órganos de control administrativo, sus apoderados o mandatarios, agentes, operadoras, factores, delegados o terceras personas que participan en la actividad de gestión empresarial e incluso los que cumplen funciones de dirección o supervisión o por quienes actúan bajo las órdenes de las personas anteriormente indicadas. En consecuencia el delito se produce por el accionar o la omisión de las personas naturales antes citadas, sin embargo la responsabilidad de la persona jurídica es totalmente independiente, y que jurídicamente constituye un solo delito,

el cual debe ser juzgado en unidad de acto, para que al final se dicte la sentencia que corresponda, que puede ser condenatoria u ratificando el estado de inocencia, para ello depende de la prueba de cargo y de descargo aportada al proceso, y que les corresponde a los jueces valorarlas en base a las reglas de la sana crítica;

- c) En toda investigación penal, ya sea en investigación previa o en las diferentes etapas del proceso penal, el fiscal tiene la obligación de buscar los elementos de convicción o las pruebas, de manera integral, cumpliendo con el principio de objetividad, con la finalidad de llegar a establecer la existencia de la infracción y la responsabilidad de los procesados, ya sean estos últimos personas naturales o jurídicas, para finalmente llegar a establecer el grado de participación, considerando que la ley dispone que la responsabilidad de las personas jurídicas es independiente de las personas naturales que realizan las acciones o las omisiones en la comisión del delito, pero únicamente de las mencionadas en el párrafo anterior, que forman parte de la empresa en las calidades señaladas;
- d) El requisito que tiene relación la tipicidad de la infracción es que sea cometido el delito por cualquiera de las personas naturales que se encuentran ligadas a la empresa como dispone el artículo 49 del COIP, lo cual tiene relación directa con el hecho de que las actuaciones deben estar orientadas a generar beneficios a la persona jurídica de la cual forma parte, pues de lo contrario no se configuraría la infracción;
- e) Es preciso mencionar que si las acciones u omisiones ejecutadas por las personas naturales que forman parte de la persona jurídica están orientadas a obtener beneficiar a terceros que no son parte de la organización, dichas actuaciones no configuran el delito, siendo por lo tanto circunstancia determinante, que el beneficio sea directo para la persona jurídica, para que la infracción se verifique, ya sea que exista dolo o culpa;

- f) Una vez iniciado el proceso, la imputación debe ser hecha en contra de las personas naturales, así como de la persona jurídica, para que una vez probados los dos presupuestos jurídicos que establece la ley, es decir, la existencia de la infracción y la responsabilidad, las sanciones que imponga el juzgador respecto de las personas naturales pueden ser privativas de la libertad, económicas o privativas de ciertos derechos civiles y políticos, las restrictivas del derecho de propiedad en cambio a la persona jurídica sanciones tales como multas, comisión penal, clausura temporal o definitiva de las actividades de los establecimientos, realizar actividades a favor de la comunidad donde se ocasionó el daño como consecuencia de la comisión del delito, reparar los daños ocasionados en el medio ambiente, disolución de la persona jurídica y prohibición de contratar con el Estado, como dispone el artículo 71 del COIP;
- g) Es preciso mencionar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni se modifica ni hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de la acción u omisión que da como resultado la comisión de la infracción o por haberse dictado sobreseimiento a favor de la persona natural que participó en la infracción, o se extinga por cualquiera de las formas que establece la ley, ya sea por amnistía, remisión, muerte, prescripción como dispone el artículo 416 del COIP. Además no procede la extinción de la responsabilidad de la persona jurídica, por el hecho de cualquiera de las figuras jurídicas que permite el derecho Societario, tales como por fusión, transformación, escisión, disolución, liquidación, como dispone el artículo 50 del COIP;
- h) Por lo analizado anteriormente, tiene responsabilidad penal el garante quien tiene la obligación de cumplir con el deber objetivo de cuidado dentro del desarrollo de las actividades empresariales, por lo que el Derecho Penal, al referirse a las personas jurídicas, tiene como finalidad llegar a establecer el autor o cómplice de la comisión de un delito, que se lo ejecuta desde la

empresa o utilizando la empresa para cometerlo, con la única finalidad de lograr un beneficio a la persona jurídica a la cual representa. Según lo que dispone los artículos 23 y 28 del COIP, regulan sobre la responsabilidad que tiene el garante, por lo que no impedir un acontecimiento, cuando existe la obligación jurídica de impedirlo, equivale a cometerlo, así como también se encuentra en posición de garante la persona natural que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, la salud, la libertad, integridad física, que ocasione un riesgo que viole un bien jurídico protegido. Por lo expuesto, las actuaciones de las personas naturales que realizan acciones u omisiones a nombre de una persona jurídica tienen responsabilidad penal si cometen un hecho antijurídico, típico y culpable, que afecte bienes jurídicos protegidos de otras personas naturales o jurídicas, accionar que endose la responsabilidad penal a las personas jurídicas, siempre y cuando se obtenga un beneficio a favor de estas últimas;

- i) Para que una acción u omisión se convierta en delito, es necesario que: sea típica, es decir que se encuentre regulada por la ley penal como infracción; que sea antijurídica, es decir que violente un bien jurídico protegido, excepto que esa conducta se encuentre justificada por estado de necesidad o legítima defensa, que son las causas de exclusión de la antijuridicidad; y, la culpabilidad, es decir que el sujeto activo del delito debe actuar con voluntad y conocimiento de la antijuridicidad del hecho realizado, aclarando que a pesar de haberse verificado el hecho delictivo no existe responsabilidad por demencia probada o cualquier otro caso regulado por la ley penal sea inimputable;
- j) Los delitos más comunes que pueden cometer las personas jurídicas son: delitos contra los derechos al buen vivir, tales como los que afectan a la salud, tráfico de drogas, sistemas de información y comunicación, derechos a los consumidores, delitos contra el derecho al trabajo y seguridad social; delitos contra el medio ambiente, que afecten a la biodiversidad, la fauna, flora,

recursos naturales no renovables, recursos mineros, actividades hidrocarburíferas; delitos contra la responsabilidad ciudadana, tales como contra el régimen económico, administración aduanera, régimen monetario, delitos económicos, contra el sistema financiero, la fe pública y en contra de los derechos de participación; y, delitos contra la seguridad pública; y,

- k) Tanto la investigación pre-procesal como procesal, se debe desarrollar en franco cumplimiento del respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como cumpliendo el debido proceso como disponen los artículos 75 al 82 de la Constitución de la República, siendo lo esencial que todos los justiciables, ya sean éstos personas naturales o jurídicas tienen derecho al acceso a una tutela judicial efectiva, en especial el acceso a una justicia gratuita, a presumirse la inocencia de todas las personas, mientras no se las declare culpables en sentencia ejecutoriada, a no ser sancionados penalmente si los actos u omisiones realizados no se encuentran tipificados y sancionados en la ley penal, que las pruebas sean solicitadas, ordenadas, practicadas e incorporadas en la forma que disponen las normas jurídicas vigentes, a que se les sancione en base al principio de proporcionalidad, el derecho de defensa fundamentalmente a contar con un abogado de su confianza o un defensor público conocedores del Derecho Penal, para evitar la indefensión, que los procedimientos sean públicos excepto lo que no permite la ley, a ser asistidos por un traductor o intérprete, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, a ser juzgados por un juez independiente e imparcial, a que las resoluciones que se dictan en el proceso penal sean motivadas, a que se le prive de su libertad cumpliendo los requisitos y procedimientos legales pertinentes, a ser escuchados en igualdad de condiciones, a recurrir de las resoluciones que afecten sus derechos, a que las víctimas no sean revictimizadas y se les reconozca la reparación integral por el daño sufrido como consecuencia de la comisión del delito, a que no se les extradite si las personas naturales son ecuatorianas y a la seguridad jurídica que tiene relación con el respeto del marco jurídico vigente en el país.

9. Conclusiones:

- Las personas jurídicas según la legislación penal vigente en el Ecuador, tienen responsabilidad penal, cuando sus representantes legales o los que realizan actividades a nombre de la empresa, obtienen un beneficio a favor de la última, y el hecho es típico, antijurídico y culpable, en cuyo caso la sanción que se les impone a las personas jurídicas, son las que se encuentran reguladas en el artículo 71 del COIP, siendo la más grave la disolución o pérdida de su personería jurídica.
- La responsabilidad de las personas jurídicas, tiene total independencia de la responsabilidad de las personas naturales que actúan a su nombre, a través de sus acciones u omisiones que violan la ley penal, siendo un aspecto de relevancia en la tipicidad, que las actuaciones de las personas naturales, generen beneficio para la empresa y en ningún caso para un tercero y que dada la naturaleza jurídica de esta normativa, en el proceso penal se debe imputar por parte del fiscal tanto a las personas naturales como jurídicas, para que sea el juzgador el que imponga las penas que correspondan si existe responsabilidad penal, en base al principio de proporcionalidad.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997.

Frister Helmut, *Derecho Penal Parte General*, traductor de la cuarta edición alemana Marcelo A. Sancinetti, revisión de la traducción María de las Mercedes Galli, primera edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

Zavala Egas, Jorge, *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Guayaquil, 2014.

Fuentes legales

Código Civil, publicado en el R. O. S. No. 46 de 24-06-2005.

Código Orgánico Integral Penal, publicado en el R.O. S. No. 180 de 10-02-2014.

Empresa y derecho penal económico

*Gabriel Ponce Hernández**

Resumen:

Análisis sobre estructura de la persona jurídica, del que se desprende la imposibilidad doctrinaria, que debería ser también legal, de reconocerla con capacidad de responsabilidad penal, por su falta de voluntad y conocimiento, cuyos elementos indican que la persona moral no puede satisfacer el ejercicio de la acción, entendido desde el enfoque penal, ni el fin de la pena constitucionalmente contemplada.

Sumario:

1. Definición de delito; 2. Reconocimiento normativo de la persona jurídica; 3. La acción como el elemento sobre el que se asienta el delito; 4. Capacidad en derecho penal, para poder ser sujeto de pena; 5. Imposibilidad de que la persona jurídica cumpla una sentencia condenatoria; 6. Opiniones que nos conducen a considerar que la responsabilidad penal sobre la persona jurídica es un error conceptual que debe ser corregido en las legislaciones de los países latinoamericanos; 7. La estructura de la teoría del delito, no se presta para aceptar la responsabilidad penal de la persona jurídica; 8. Solución al problema planteado; 9. Conclusión: La conducta punible considerada en el COIP debe derogarse por ser incompatible con la teoría del delito.

* Gabriel Mauricio Ponce Hernández, Ecuatoriano, nacido en Quito, el 9 de Octubre de 1982, graduado en el Colegio William Shakesperare School, en el año 2000; Egresado con certificate of Achivement, del Colgio Pinkney High School, en Michigan Estados Unidos de América, en el año 2001; aceptado en la Universidad De Las Américas UDLA, de la que me gradué en el año 2006; afiliado en el Colegio de Abogados de Pichincha en el 2007, fecha desde la cual me encuentro en libre ejercicio de la profesión.

Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, actualmente cursando la maestría de Derecho Penal en la Universidad Santo Tomás de Colombia.
Socio del Estudio Jurídico LexAdvisor Consultores y Abogados Asociados.

Crítica al sistema de imputación a la persona jurídica

1. Definición de delito

Al delito se lo reconoce como una “conducta” que debe estar legalmente descrita en la ley penal, ser contraria al ordenamiento jurídico y estar conminada con una sanción penal; es decir, con una pena representada con la privación de la libertad del sujeto responsable, como medida principal y otras sanciones de índole accesorio, que pueden llegar a darse.

La doctrina realiza una distinción entre el concepto formal y material del delito. Debe entenderse que la conducta punible es derecho formal, al encontrarse circunscripto dentro de un Código Penal, es decir, considerado como legislación positiva, mientras que el concepto material del delito, nos indica que solamente pueden ser considerados como delitos aquellas circunstancias que afectan a un bien jurídico constitucionalmente reconocido, como por ejemplo el bien jurídico de vida, lo que significa que todas aquellas otras actividades humanas que no vulneren significativamente un bien jurídico protegido por el ordenamiento legal extrapenal, no pueden estar catalogadas como conductas punibles, sancionadas por el derecho penal:

“(...) la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material del delito se remonta más atrás del respectivo derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al

legislador un criterio políticocriminal sobre lo que él mismo puede penar y lo que debe dejar impune”¹.

Por consiguiente, debemos empezar reconociendo que conducta punible, es todo acto humano que produce consecuencias lesivas a un bien jurídico constitucionalmente reconocido y legalmente tutelado, descrito como tal por la ley penal, bajo pena de sanción.

2. Reconocimiento normativo de la persona jurídica

Desde del derecho clásico, la legislación romana ya reconocía la existencia de las personas morales como entes distintos a las personas naturales: “Al lado de los seres humanos o personas físicas, el Derecho Romano reconocía también a las personas morales, que no tienen existencia material y sólo son ficciones jurídicas, abstracciones”².

Es de destacar que para el Derecho Romano, las personas morales, entidades ficticias reconocidas por la ley, como lo son hasta los presentes días, “tienen una existencia independiente de los individuos que la componen, las personas morales no pueden apenas tener fin, nada más que por la suspensión de la autorización que la dio vida, o, tratándose de sociedades, por el fin de la explotación que tienen por objeto”³.

Así las cosas, la persona jurídica ha sido reconocida desde inicios de este siglo como una persona moral, distinta al ser humano, e impedida de prevalecer por si sola, como lo expone el profesor Petit en el texto citado. De ahí que actualmente se la siga considerando

¹ Roxin Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2008, página 51.

² Petit Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Buenos Aires, Abogados Asociados Editores, 1924, página 163.

³ Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, página 164.

una estructura conformada por “un grupo organizado de individuos humanos en vista de un fin específico que representa el principio animador de este grupo”⁴; Don Luis Claro Solar, citado por el Dr. Juan Larrea Holguín, dice que “...la persona jurídica es un ser ficticio que el legislador crea para satisfacción de las necesidades sociales”⁵.

Las personas morales o sociedades “(...)son herramientas jurídicas que sólo existen en el mundo del Derecho, por cuanto no son, ni un organismo natural, ni una realidad subjetiva. Consecuentemente, estos grupos de individuos unidos por un vínculo contractual asociativo que regula sus relaciones, a quienes se los reconoce como sujetos de relaciones jurídicas, se denominan personas jurídicas”⁶.

El artículo 564 del Código Civil ecuatoriano, al igual que los códigos civiles de latino América, tiene sus precedentes en el Código de Napoleón y en el Código elaborado por el Dr. Andrés Bello, por lo que muestra que nuestra cultura jurídica en materia de derecho civil sigue la línea indicada en las definiciones anotadas, y por tanto también se acepta a la persona jurídica como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”

El artículo 1462 del Código Civil define que toda persona es capaz, excepto las que la ley declara incapaces”, y de acuerdo a lo que establece el artículo 1463 del mismo Código, “la persona jurídica no es incapaz absoluta porque sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”.

Esto significa que para que la persona jurídica pueda actuar legalmente y que sus actuaciones produzcan efectos jurídicos, debe

⁴ Dr. Juan Larrea Holguín, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, pág. 136

⁵ Dr. Juan Larrea Holguín, Ibid, página 136.

⁶ Guillermo Julio Borda, La persona jurídica y el corrimiento del velo societario, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, página 1.

verse representada por un apoderado o representante legal, en los términos del artículo 6 de la Ley de Compañías⁷ y artículo 25 literal i) de la Ley de Registro⁸.

De las abstracciones conceptuales extraídas de la doctrina y de la ley vigente, encontramos que las ideas adoptadas sobre la existencia de la persona moral o persona jurídica no han cambiado, ni aún con el paso del tiempo; de esta concepción jurídica aceptada universalmente por del derecho continental, se generó la definición latina de *societas delinquere non potest*, que no es otra cosa que las sociedades no pueden delinquir, y cuyo sentido se ha visto alterado por influencia negativa de la cultura anglosajona, que reconoce la responsabilidad penal sin culpa de la persona jurídica, bajo la figura de la *strict liability*⁹, que ha sido, lamentablemente, transmitida al derecho Europeo y por su intermedio al derecho latinoamericano.

En conclusión, la persona jurídica es una entequeia del derecho, cuyo fin es la persecución de intereses sociales y para ello debe estar representada legalmente por una persona capaz, cuyo nombramiento debe ser inscrito en el Registro Mercantil del cantón del domicilio de la sociedad, a fin de que sus actos puedan surgir efectos legales; es decir, que civilmente, la persona jurídica no puede actuar

⁷ Art. 6.- Toda compañía nacional o extranjera que negociare o contrajere obligaciones en el Ecuador deberá tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas.

Sin perjuicio de lo que se dispone en el Art. 415, si las actividades que una compañía extranjera va a ejercer en el Ecuador implicaren la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales del país, estará obligada a establecerse en él con arreglo a lo dispuesto en la Sección XIII de la presente Ley.

En los casos mencionados en el inciso anterior, las compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas, deberán domiciliarse en el Ecuador antes de la celebración del contrato correspondiente. El incumplimiento de esta obligación, determinará la nulidad del contrato respectivo.

⁸ Art. 25.- Están sujetos al registro los títulos, actos y documentos siguientes:

i) Los documentos que se mencionan en el libro primero, sección segunda, párrafo segundo del Código de Comercio, inclusive los nombramientos de los administradores de las compañías civiles y mercantiles;

⁹ Goti Malamud, *Persona Jurídica y Penalidad*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981, página 22. "La imposición de penas vicarias en los Estados Unidos ha encontrado una aceptación relativamente pacífica mediante la tradicional doctrina de la responsabilidad penal sin culpa o *strict liability*."

por si sola, de hecho carece de voluntad y conocimiento autónomo, y requiere necesariamente de la intervención de una persona natural que la represente para que tenga la posibilidad de ejercer actos jurídicos y actuar en consecuencia a los fines sociales que representa.

3. La acción como el elemento sobre el que se asienta el delito

Dentro de la dogmática jurídico penal, existen corrientes doctrinarias que no comparten los mismos criterios sistemáticos del delito. Así, las corrientes normativistas consideran a la acción como un elemento necesario en la estructura del delito pero no le prestan la misma importancia que el sistema finalista, pues a su entender, conviene estudiarlo directamente desde la misma tipicidad y no como el factor que determina el desvalor de la acción, de la que se desprende el valor de resultado y con ello el estudio de los elementos cualitativos de la teoría del delito.

El sistema finalista concibe a la acción como un acontecimiento humano voluntario y deseado, distinguiéndose del causalismo y neocausalismo, a cuyo entender, el acto humano realizado era consecuencia, no de una intención final, sino de un resultado reflejo cuya responsabilidad se la apreciaría en el estadio de la culpabilidad a través de cualquiera de sus formas existentes: el dolo o la culpa.

Evidentemente, y de acuerdo a la teoría final de la acción, el causalismo es ciego, no así el finalismo que defiende que el acto ejecutado por el hombre fue deseado y determinado por una finalidad concreta.

“la acción humana es ejercicio de la acción final. La acción es, por tanto, un acontecer “final” y no solamente “causal”. La “finalidad”, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines

diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo, puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente”¹⁰.

La teoría de la acción final, como se puede observar, limita al poder punitivo del Estado, en el sentido de que sólo puede llegar a ser punible una conducta humana realizada voluntariamente, en persecución de una finalidad determinada; es decir, que no es el sólo hacer algo con cuyo resultado se determina la responsabilidad penal, sino que ese hacer algo, tiene un conocimiento y una voluntad detrás, que es la que motiva el actuar del sujeto, y por el cual responderá penalmente, en virtud del hecho objetivo, y debido a la intención que condujo al sujeto a actuar de un modo determinado, lo que se entiende como la responsabilidad subjetiva, que constituye un elemento primordial en la responsabilidad penal, al mismo nivel que el resultado.

Como se observa, y siguiendo la misma óptica del sistema final de la acción, el derecho penal está destinado única y exclusivamente para regular comportamientos humanos y posibles, en los que el hombre, o ser humano, puede incurrir por diversas razones. “El derecho penal —como todo derecho— pretende regular la conducta humana (...) desde esta perspectiva, el derecho, a través de sus normas, únicamente intenta prohibir o mandar acciones humanas, es decir, conductas que partan de la conciencia y voluntad del autor, comportamiento que como venimos afirmando sean propios del hombre, en el sentido de que sean por éste dominables, suyos, en el sentido estricto de la palabra”¹¹.

Claus Roxin interpreta a la acción como un elemento sustancial en la construcción de la teoría del delito, dándole una categoría

¹⁰ Welzel Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal, Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Montevideo –Buenos Aires, Editorial B de F, 2011, página 41

¹¹ Donna Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Teoría General del Delito-I*, Buenos Aires, 2008, página 103.

significativa en el desarrollo de su estructura. Reconoce a la acción como aquella columna vertebral que atraviesa todas las características del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En consecuencia, la acción para Roxin “es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica (...)”¹².

Objetivamente, es lógico que desde el punto de vista de la voluntad y del conocimiento, para la persona jurídica es imposible la capacidad jurídica de acción, ya que no tiene autonomía ni capacidad de desenvolverse como una persona natural, es decir libremente y en virtud de su conciencia y autodeterminación.

Desde el enfoque del derecho civil, vimos que la doctrina y la misma ley no reconocen a las personas jurídicas como entes con capacidad de discernimiento y voluntad; muy por el contrario, las reconoce como una ficción del derecho, esto es como una invención jurídica creada para obtener beneficios sociales, los que luego son derivados en réditos económicos para sus integrantes o componentes humanos, y para el propio Estado a través del pago de los tributos.

Ahora bien, el hecho de que se use a la empresa o persona jurídica para realizar actividades ilícitas, no significa que el legislador pueda hacer tabla rasa de la doctrina y de los principios fundamentales de derecho, amparados en una legislación o práctica judicial que es ajena a nuestra realidad, y que nunca debió ser acogida como ejemplo a seguir, estoy hablando de la costumbre legal de los países anglosajones y muy especialmente los Estados Unidos de América,

¹² Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, página 194.

país que introdujo la responsabilidad objetiva sobre las personas jurídicas, bajo la doctrina de la strict liability, que “se aplica a aquellas contravenciones en las cuales no es necesario acreditar la culpabilidad del agente (...). Por lo general, la strict liability ha sido aplicada por razones de política social (...)”¹³.

Debe destacarse que “la tesis de la strict liability se refiere a la *mean rea*, no al *actus rea*. Esto significa que si bien se puede omitir la prueba de la culpabilidad, resulta en cambio, imposible, pasar por alto la configuración del injusto”¹⁴. Esto último, determina que bajo la doctrina de la strict liability, el solo hecho de la existencia del resultado material o responsabilidad objetiva, basta para justificar una sanción de índole penal, sin contemplar la situación motiva de la conducta o la parte subjetiva del autor. Esta realidad, el derecho continental no lo acepta por el mismo sentido del elemento subjetivo que conforman los tipos penales, y además porque se reconoce la responsabilidad penal por el acto y no por el autor, como al parecer es aceptado en los Estados Unidos de América.

El contrasentido que significa la responsabilidad penal de la persona jurídica, al menos desde la óptica de la responsabilidad objetiva, no debió ser adoptada por nuestros países porque simplemente tenemos una cultura jurídica distinta donde reconocemos que, al menos en materia penal, únicamente puede ser sujeto de sanción una persona natural que cometió una infracción sancionada por la ley, luego de verificar su culpabilidad o responsabilidad subjetiva y evidentemente la responsabilidad objetiva.

El pretender sancionar o perseguir penalmente a una persona jurídica, es un sin sentido, y teóricamente debería ser visto como un imposible, porque significa destruir toda una historia de construcción jurídica penal, cuyo fin y esencia es la protección del ser

¹³ Goti Malamud, *Persona Jurídica y Penalidad*, página 22.

¹⁴ Goti Malamud, *Persona Jurídica y Penalidad*, página 24.

humano y la regulación de su conducta, en virtud de su capacidad volitiva y de comprensión de los actos que puede llegar a desarrollar. Evidentemente, eso no podemos esperar de una persona jurídica por su propia incapacidad natural de actuar y decidir por sí sola, como si se tratase de un ser humano.

Es más grave todavía, cuando se busca sancionar a una persona jurídica por la conducta típica resultante de la gestión o actuación de una tercera persona vinculada a la empresa por relación laboral o contractual, como lo establece el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, en cuyo caso se la sanciona por un hecho ajeno como si se tratara de una responsabilidad derivada de una obligación civil: responsabilidad objetiva.

Esta forma de sanción, es completamente inadecuada y contraria a derecho, pues al mejor estilo anglosajón, se sanciona bajo el parámetro de la responsabilidad objetiva. Esto es inaudito, porque se violenta el principio de responsabilidad subjetiva al confundir criterios del derecho civil de riesgos con el de responsabilidad penal. Esto jamás puede ser aceptado y mucho menos en un Estado de Derecho, donde el principio de inocencia prima como el bien sustancial más delicado, que únicamente puede ser convertido en culpabilidad cuando queda demostrado, conforme a derecho, la responsabilidad subjetiva y objetiva del hecho concreto, no solamente uno u otro, como está recogido en la legislación actual, en relación con la responsabilidad criminal de las personas morales.

4. Capacidad en derecho penal, para poder ser sujeto de pena

Como queda dicho, es evidente, que la conducta definida como acto sancionado por la ley penal, solamente puede referirse a uno proveniente de un ser humano con capacidad suficiente para saber y comprender que sus actos son contrarios a derecho y conminados con sanción penal.

Esta condición, en materia penal, deriva, sobre todo, por la capacidad de responsabilidad penal que debe tener la persona autora del hecho ilícito, en virtud de los elementos que exige la conducta penalmente prohibida para reconocerla como tal, y como razón de la propia culpabilidad, exige el conocimiento de la ilicitud del acto practicado.

Al referirme a los elementos de la conducta, quiero significar al *dolo* y a la *imprudencia* como los requeridos para conocer la parte subjetiva del hecho ilícito; que por la misma naturaleza de la persona jurídica, no puede ser considerada como factor implícito de su actuación, porque la empresa, al no ser un ser humano no puede actuar y decidir por sí misma; es decir, la persona jurídica como ente creado por el derecho y con incapacidad para actuar por sí sola, no puede saber ni entender las conductas penales en la que podría verse involucrada.

Las personas jurídicas son capaces de adquirir obligaciones y derechos civiles, mercantiles y administrativos, pero nunca pueden ser catalogadas como suficientes para asumir obligaciones penales, a pesar de que sí son sujetos de derechos, porque las empresas o personas jurídicas si pueden ser víctimas de una infracción penal. Reconocemos la capacidad pasiva de las personas jurídicas frente al derecho penal, porque como sujetos de derecho tiene su propio patrimonio, diferente al de las personas que la conforman, y por ello también pueden verse agraviadas por un hecho ilícito que las perjudique, por tanto el derecho sanciona conductas lesivas que puedan afectar su normal desarrollo social.

Sin embargo, pese a dicho reconocimiento, la incapacidad natural de la persona moral para reconocer y decidir por si sola, impide atribuirle responsabilidad penal. Las decisiones que adopta una sociedad, en realidad no la adopta ésta sino que lo hace una junta de directivos, accionistas o socios, que son quienes resuelven el funcionamiento y operación societaria que se realizará con la intervención del representante legal, que es quien ejecuta la orden directiva

y dispone que la representada cumpla con lo resuelto por la Junta de Gobierno.

En la realidad, quien toma las decisiones y las pone en ejecución no es la persona jurídica sino el órgano de administración y control que está conformado por personas naturales; por consiguiente, serán estas personas los responsables de la comisión u omisión de delitos cometidos por intermedio de la persona jurídica, que se constituirá en un instrumento para la realización delictiva, por lo que no puede ni debe asumirse a ésta como responsable penal de la ejecución del hecho ilícito.

5. Imposibilidad de que la persona jurídica cumpla una sentencia condenatoria

Dada de la incapacidad de culpabilidad que tiene la persona jurídica y al ser incapaz relativa de conformidad con el Código Civil, no se la puede imponer una pena, tal vez una medida de seguridad, pero aún así no sería correcto hacerlo desde el punto de vista del derecho, por las circunstancias explicadas.

Por otro lado, la pena es un mecanismo de coacción tendiente a buscar la rehabilitación del condenado, según la norma constitucional contenida en el artículo 201 de la Constitución de la República, por lo que la pena tiene efectos psicológicos que buscan el arrepentimiento y la corrección del delincuente. El propósito de rehabilitación que pretende la norma constitucional, no sería aplicable a la pena impuesta sobre una persona jurídica, por lo que su sentido carecería de eficacia jurídica, llevándola al punto que sería inconstitucional.

El profesor Luis Gracia Martín señala que: “una pena o sanción para la persona jurídica carece de sentido desde el punto de vista tanto del concepto como de los fines de la pena. Conceptualmente, porque la pena —y cualquier sanción— es un “mal” que lleva consigo al menos la posibilidad de causarle dolor y aflicción al penado

o sancionado, y es evidente que la persona jurídica carece absolutamente del substrato psicofísico sensible que hace posible experimentar tales sensaciones. Pero además, ninguna intervención imaginable sobre la persona jurídica misma podría ser idónea para la realización de los fines de la pena, ya se entiendan estos como retribución, como prevención general (intimidatoria, integradora o positiva) o como prevención especial”¹⁵.

Las preguntas lógicas son, cómo se pueden comprender cumplidos los fines de la pena sobre una persona jurídica, que por su forma ficta no posee sentimientos ni conciencia?

Por consiguiente, no encontramos un sentido lógico funcional a la sanción penal sobre la persona jurídica, mucho menos cuando existen otros mecanismos extrapenales mucho más eficaces y eficientes que el mismo sistema penal para hacer purgar las infracciones cometidas por la persona jurídica. Estos objetivos sancionatorios pueden conseguirse más fácilmente y de mejor manera, por medio del derecho civil que es su canal natural, o en caso de que sea estrictamente necesario, a través del derecho administrativo.

En efecto, el derecho penal es absolutamente innecesario, porque al existir el principio de subsidiariedad y el de derecho penal fragmentario que demandan al derecho penal ser de última ratio, la solución a las infracciones provenientes de las personas morales deben ser tratadas por toda la legislación extrapenal existente en los ordenamientos jurídicos de cada país.

¹⁵ Gracia Martín Luis, Crítica de las modernas construcciones de la mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2016, núm. 18-05, pp. 1-95 – ISSN 1695-0194, página 11

6. Opiniones que nos conducen a considerar que la responsabilidad penal sobre la persona jurídica es un error conceptual que debe ser corregido en las legislaciones de los países latinoamericanos

Pese al reconocimiento legal y patrimonial que se hace a las personas jurídicas, no podemos reconocerlas como actoras del derecho penal, esto es como sujetos con capacidad legal para producir delitos y ser penalmente sancionadas.

- a) la persona jurídica no tiene capacidad de autonomía y no puede actuar por sí sola, al ser una ficción del derecho con incapacidad relativa;

Como consecuencia lógica, la persona jurídica no tiene voluntad y no puede conocer ni comprender la ilicitud de sus actuaciones corporativas, porque no es un ser humano con inteligencia que le permita entender sus decisiones y actuaciones; por tanto, el destinatario natural del derecho penal, es el ser humano y no las personas morales.

El hecho de que la estructura societaria de una persona jurídica esté conformada por un cuerpo colegiado que adopta decisiones a su nombre, no implica que ésta sea la voluntad de la empresa, sino que es la voluntad de quienes conforman el órgano de decisión y de quienes votan en consecuencia; debiendo recaer por tanto, la responsabilidad legal en las personas que asumieron una decisión ilícita que compromete el futuro administrativo de la empresa; es decir, en el supuesto de un hecho ilícito penal, la empresa puede ser sancionada por el derecho civil y en extremo por el derecho administrativo, y los representantes o miembros de los órganos de administración, deben responder penalmente por lo hechos cometidos u omitidos por éstos en el ejercicio de sus funciones sociales, lo que quiere decir que tampoco pueden ser penalmente responsables por cualquier acción u omisión de la que no hayan sido partícipes.

- b) Lo que un empleado realice a nombre y en beneficio de la empresa, no significa infracción penal de la persona jurídica, puesto que el empleado pudo haber actuado por decisión propia o por voluntad impuesta por terceros superiores a él, realidad que no puede llegar a comprometer criminalmente a la compañía por las razones anotadas.

La misma razón puede argüirse para manifestar la inexistencia de dominio del hecho de la empresa sobre el delito imputado. Esto significa que *ex ante*, la persona jurídica debió haberse realizado una representación intelectual del hecho deseado y practicar los actos necesarios conducentes a la realización del delito ideado, desde el punto de vista de la acción. Evidentemente, esto no puede ser atribuible a una entelequia jurídica, por el simple hecho de que la persona jurídica no puede pensar ni actuar por sí sola. La persona jurídica es torpe por sé, sin la intervención del hombre.

Lo mismo puede decirse sobre la situación del contratista o tercero que actúa a nombre de la sociedad. Esta intención legislativa contenida en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) resulta un verdadero contrasentido, porque se pretende sancionar a la persona jurídica por actos u omisiones realizados por otros a nombre de la empresa.

- c) La responsabilidad exigida por el derecho penal, hace imposible que una persona jurídica tenga capacidad de culpabilidad al tratarse de una persona con incapacidad relativa, que además por la misma situación intelectual, no se la podría imponer una pena, a lo sumo una medida de seguridad, pero aún así se presentarían los mismo problemas aquí tratados, dada la naturaleza de la persona moral.

El sistema penal, como queda dicho, implica privación de la libertad como sanción, por lo que encontramos imposible realizar este cometido sobre una persona ficticia. La realidad es que la sanción que se llega a dar a la persona jurídica, es la misma

que puede imponerse a través del derecho administrativo, en un caso extremo como queda dicho, cuando el derecho civil no sea suficiente para sancionar el hecho delictivo que pudiere llegar a la cometer la persona jurídica.

7. La estructura de la teoría del delito, no se presta para aceptar la responsabilidad penal de la persona jurídica

Se ha dicho que la responsabilidad de la persona jurídica viene dada por el derecho anglosajón, el cual ya a principios del siglo XX reconocía la responsabilidad penal de la persona jurídica, desde un punto de vista puramente objetivo (*strict Liability*). Es decir, que basta la existencia del resultado criminal para aceptar la culpa de la empresa, como sucede en el derecho civil con la responsabilidad de actividades peligrosas, lo que en derecho penal de autor es imposible que suceda pero, lamentablemente, la realidad legislativa dice lo contrario cuando desatiende la falta de voluntad de la persona jurídica y de conocimiento, al momento de practicarse el hecho ilícito.

Nuestro derecho penal, dista mucho de la realidad anglosajona, pero a pesar de ello se ha visto influenciado negativamente en categorías como la de la responsabilidad vicarial o responsabilidad sin culpa, la cual “consiste en la transportación al ámbito penal de la construcción dogmática civilista de la responsabilidad del superior o del superior que responde, claro reflejo de la teoría de la agencia”¹⁶, esto es, en términos más sencillos, responsabilidad objetiva pura.

Es impensable y además contradictorio con los postulados del derecho penal, aceptar la capacidad de acto de la empresa y su

¹⁶ Jara Díez Carlos Gómez, *Corporate Criminal Liability: algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes*, Lima, ARA Editores, página 295.

capacidad de responsabilidad penal, como tampoco es dable la idea de una sanción administrativa de naturaleza penal.

Es cierto que a través de la empresa se cometen muchos delitos, pero quienes lo cometen son seres humanos que se aprovechan del escudo societario para ocultar sus responsabilidades; en consecuencia, es sobre estas personas contra quienes se debe dirigir el derecho penal, pese a las propias dificultades que representa determinar su participación en el hecho criminal. Por otro lado, a la empresa se la debe sancionar con el derecho civil para establecer su responsabilidad.

El sistema penal no está pensado para perseguir entidades ficticias, porque es un instrumento conceptualizado en contra del ser humano en razón de su capacidad de conocimiento y resolución. Entonces, si se quiere establecer un sistema penal en contra de las personas jurídicas, se debería pensar en un nuevo esquema o sistema punitivo diseñado especialmente para éstas, y aún así no sería posible conseguirlo, porque se llegaría a un derecho sancionatorio administrativo, como el que existe.

8. Solución al problema planteado

Como solución al problema de criminalidad que se da a través del uso de la persona jurídica o de las organizaciones criminales que buscan escudarse detrás de las empresas o sociedades comerciales, es aplicar las teorías del actuar en lugar de otro o de la autoría mediata, con lo que se podría facilitar la solución al problema causado que busca como remedio la imputación de la persona jurídica, cuando en realidad esto tampoco es solución, porque los verdaderos criminales que se ocultan detrás de la cortina societaria, terminan impunes y repiten sus conductas con otros mecanismo similares.

Entonces, la solución no está en alterar los principios jurídicos obtenidos luego décadas de esfuerzos y sacrificios, para buscar

sancionar a las personas morales, sino encontrar los mecanismos idóneos para combatir a las organizaciones criminales que usan los escudos comerciales para proteger sus intereses en perjuicio de la sociedad.

9. Conclusión: La conducta punible considerada en el COIP debe derogarse por ser incompatible con la teoría del delito

Considero que debe ser derogado del COIP toda modalidad de responsabilidad penal de personas jurídicas, porque constituye un sistema incompatible con la teoría del delito, visto desde la perspectiva de cualquier escuela filosófica o sociológica, y remitir dichas conductas al derecho civil, que es su sancionador natural, o al derecho administrativo como solución extrema al problema planteado.

Los grupos societarios en el Perú y la responsabilidad civil*

Maryuri Suarez Tapia**

Resumen:

*En esta oportunidad, presentamos el tema **Los grupos societarios en el Perú y la responsabilidad civil**, desde una perspectiva vertical, donde existe una empresa dominante y una o varias empresas filiales o dominadas. La responsabilidad civil se analizó de sociedad a sociedad es decir de la sociedad matriz a las sociedades filiales, teniendo como base el análisis de la responsabilidad de la persona jurídica individual.*

Palabras clave: *Sociedades, responsabilidad civil, grupo de sociedades, control, autonomía, dirección económica, administrador de hecho.*

Sumario:

Introducción; 1. La responsabilidad civil; 2. Elementos constitutivos de la responsabilidad civil; 3. Grupos societarios; 4. La responsabilidad civil de la matriz frente a la(s) filiales; 5. Conclusiones

* Basada en la tesis *Responsabilidad Civil en los Grupos de Empresas en el Perú*.

** Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo; Lambayeque-Perú.

Miembro activo del Centro de Protección al Consumidor Chiclayo-Perú.

Representante del Consejo de Usuarios de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento-Perú.

Miembro investigador del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica-Perú.

Introducción

Nuestra legislación empresa como sociedades en nuestro país tiene aproximadamente 17 años de regulación, sin embargo la unión de estas sociedades como Grupo de empresas, es una figura no regulada de forma integral en nuestro país, pues solo está presente en algunos artículos de las leyes del derecho bursátil, tributario o financiero, entre otros. Quizá por ello no es muy utilizado como objeto de estudio, sin embargo el tema de grupo de empresas aunado a la ya conocida institución jurídica de la Responsabilidad Civil, se convierten en un objeto atractivo y enriquecedor para ser estudiado.

La fecha más remota que se conoce de la aparición del grupo empresarial fue en 1896 en EEUU, con la ley de New Jersey que, por primera vez, admitió la posibilidad que una *Corporation* adquiriera acciones de otra sociedad. En Perú fue la Ley de la Actividad Empresarial del Estado, Ley No. 24948 de 1988 la que dio a conocer legislativamente la figura económico-jurídica de los grupos de empresas y, en la LGS se encuentra expresamente esta figura en el artículo 105, el cual quedó aprobado residualmente del anteproyecto de Ley sobre grupos de empresas del año 2000. Finalmente es el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas donde encontramos algunos conceptos de responsabilidad que es aplicable a los grupos.

Con asistencia de dichas normas, doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, se ha buscado dilucidar la responsabilidad civil que se genera de la relación entre empresas perteneciente al mismo grupo, además de conocer los nuevos derechos y deberes y proyectar argumentos que lleven al esclarecimiento de la naturaleza de la

responsabilidad civil que se podría generar por los daños causados en una relación entre empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial, en nuestro país.

1. La responsabilidad civil

Rodota Stefano¹ expresa que la responsabilidad civil es la imputación de un hecho dañoso a un sujeto. Para nosotros, la responsabilidad civil es la institución jurídica del derecho privado que nace a causa de un daño con relevancia jurídica, irrogado en derechos subjetivos patrimoniales y extra patrimoniales, daño que genera menoscabo a nuestro equilibrio patrimonial y personal en un determinado momento.

2. Elementos constitutivos de la responsabilidad civil

2.1 Daño

El daño en términos generales, implica un menoscabo, disminución o detrimento², en la persona, bienes, o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales³.

2.2 Antijuridicidad:

Una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema

¹ En *Il problema della responsabilità civile* citado por Espinoza, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Lima, 2011, p. 42.

² Cfr. Peirano Faccio, "La Responsabilidad Civil Extracontractual", citado por DIEZ, José, en "La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina: una visión histórica comparativa", p. 350, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1943/20.pdf>].

³ Cfr. Dueña, J.A., *La responsabilidad civil extracontractual en el código civil salvadoreño*, citado por Diez, José, en "La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina: una visión histórica comparativa", en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1943/20.pdf>]. p. 340.

jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico⁴.

2.3 Relación de causalidad

Este elemento de la responsabilidad civil se refiere a que “el hecho debe ser el antecedente, la causa del daño y, por tanto, el detrimento o menoscabo aparece como el efecto o la consecuencia de ese obrar⁵.”

2.4 Factor de atribución

A este elemento de la responsabilidad civil se le reconoce como el supuesto justificante de la atribución de la responsabilidad del autor del daño; en tal sentido, el ordenamiento reconoce dos tipos de factores de atribución: el subjetivo y el objetivo. El factor subjetivo, en la responsabilidad civil por inexecución de obligaciones, abarca el dolo y culpa (culpa leve y culpa inexcusable)⁶, esto fluye del contenido de los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil; y en la responsabilidad civil extracontractual, los factores subjetivos son los mismos, contemplados en el artículo 1969 del Código Civil, pero sin mucha relevancia de diferenciar la culpa leve de la inexcusable.

El factor objetivo, igualmente se encuentra previsto en ambas clases de responsabilidad civil. La regulación del artículo 1325 del Código Civil, que se refiere a la responsabilidad civil del dependiente

⁴ Fernández, César, “La responsabilidad contractual en la legislación peruana”, en [<https://cesarfernandezfernandez.wordpress.com/2009/03/12/la-responsabilidad-civil-contractual-en-la-legislacion-peruana/>].

⁵ Mosset, Jorge, *Responsabilidad por daños*, citado por ESTRELLA, FLOR, *El Nexo causal en los procesos por responsabilidad civil extracontractual*, Lima, 2009, p. 89.

⁶ La culpa consiste en una imprudencia o negligencia que no tiene por finalidad producir un daño pero que lo causa. Entre las clases de culpa tenemos a la *culpa lata*, que es la negligencia en grado máximo, es decir no tomar las más elementales precauciones, en no hacer lo que todos harían en casos análogos; y la culpa levis, que consiste en la simple negligencia o imprudencia en el trato de las cosas. V. Hernández, F., en *Grupos de sociedades. Derecho financiero y tributario*, en Enciclopedia Jurídica Chivitas, Madrid, 1995, p. 575.

de la parte contractual que recurre a otro para la ejecución de la prestación acordada en el contrato; mientras que en la responsabilidad civil extracontractual, el tema se regula con mayor claridad al comprender como componentes de este factor de atribución al bien riesgoso o peligroso y a la actividad peligrosa o riesgosa (artículo 1970 Código Civil), al hecho de los incapaces (artículos 1975 y 1976 Código Civil), a los daños de animales (artículo 1979 Código Civil), la caída de las edificaciones (artículo 1980), y al daño realizado por el dependiente (artículo 1981 Código Civil)²⁷.

Por otro lado, la culpa objetiva debe ser entendida como una ruptura o contravención a un *standard* de conducta⁷.

3. Grupos societarios

Creemos que la denominación como grupo de empresas o grupo de sociedades dependerá del ordenamiento jurídico interno, de su legislación y de su evolución que haya tenido este fenómeno empresarial en cada país. Además podríamos decir que, mientras el grupo de empresas se perfila como el género, el grupo de sociedades sería la especie⁸.

⁷ Salvi, *La responsabilità extracontrattuale*, citado por Estrella, Flor, en Ob. cit., p. 78.

⁸ Acorde con esta idea, Echaiz nos dice: La expresión grupos de sociedades adolecen de un defecto sustancial y es que apuntan a la sociedad, por lo cual constriñen el ámbito de la institución a solo una de las modalidades entre las que se puede optar por el desarrollo de actividades empresariales. Dejándose de lado los grupos integrados por empresas individuales, de responsabilidad limitada, por estas y sociedades e incluso, por cooperativas. Echaiz, Daniel (Coord.), *Instituciones de derecho empresarial*, p. 6 Y ss. Así también Messineo Francesco, *Derecho civil y comercial*, Europa- América, Buenos Aires, 1979, tomo II, p. 16. citado por Echaiz expresa: los fenómenos indicados (uniones de empresas en general) pueden tener como sujetos que participan en ellos, empresarios singulares, pero que, de ordinario, estos sujetos son sociedades comerciales. Esto sin embargo, no quiere decir que nos encontremos necesariamente en el terreno de las sociedades comerciales. Calcaterra, Gabriela, *La responsabilidad civil en los grupos de sociedades*, Buenos Aires, 2007, p. 77. En los grupos de empresas se amplía considerablemente el ámbito de actuación, la expresión de grupos de empresas abarca no solamente las sociedades comerciales y en su hora, a las cooperativas y sociedades civiles, sino a otras formas de organización económica sea que posean o no una estructura jurídica. Así también Ramírez, Lorena, "El control y los grupos de sociedades", en Anuario da *Facultade de*

Embido Irujo formula: como es bien sabido, la doctrina jurídica considera unánimemente que un grupo es un agregado empresarial integrado por diversos sujetos de Derecho (normalmente sociedades) que, sin perjuicio de su personalidad jurídica propia, quedan sometidos en su actuación en el mercado a una dirección económica unificada, ejercida por la entidad cabecera del grupo. Se advertirá, por ello, que el grupo, en cuanto tal, carece de personalidad jurídica o, dicho de otra manera, no es, formalmente, al menos, un sujeto de Derecho. Ello no impide, sin embargo, que tanto la doctrina, como los tribunales y el legislador consideren al grupo como un actor relevante de la realidad empresarial, como uno de los protagonistas más destacados del panorama económico de nuestros días⁹.

Consideramos pertinente definir al grupo de sociedades como: una invención empresarial (más no jurídica), compuesta por personas jurídicas dedicadas a una actividad lucrativa, vinculadas por el control, con una dirección única de sus empresas y un interés superior grupal.

3.1 Elementos constitutivos

A. Autonomía jurídica

La formación de un grupo hace surgir una modalidad singular de empresa, que no suprime o extingue la personalidad jurídica de sus componentes¹⁰, sino al contrario conserva su autonomía jurídica de cada sociedad, y dentro de ella, su objeto social, su denominación, su titularidad jurídica, la cartera de clientes y cuentas bancarias, así

Dereito, p. 629, en [<http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2140/1/AD-527.pdf>]. sostiene: Los grupos de sociedades, sean estos por subordinación o coordinación, se encuentran de este modo en una relación de género a especie respecto de las uniones de empresas.

⁹ Embido, José M., “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance”, en *Ekonomiaz*, No. 68, 2008, en [biblioteca.ucm.es/compludoc/S/10906/02133865_1.htm].

¹⁰ Embido, Irujo, en “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance”, cit., p. 86.

como la titularidad de todo derecho que legal o contractual le corresponda y las obligaciones contraídas¹¹ por cada una de las sociedades que conforman el grupo.

B. Control

Hablar de control como bien lo menciona Lorena Ramírez, restringe el concepto de grupos a una sola categoría, los grupos jerárquicos por subordinación¹², que es a donde apunta esta ponencia.

Creemos que este elemento es determinante para identificar a un grupo de empresas, por ejemplo el *Fórum Europaeum* no busca una definición exacta de grupo de empresas, pero cree que la base para su formación es el concepto de control¹³.

Podemos decir que el control es el poder o facultad que un sujeto (controlante) tiene para determinar la gestión de los negocios del otro (controlado) con rasgos de continuidad, generalidad y permanencia¹⁴. Y como consecuencia del uso efectivo del control, se genera una relación de dominio-dependencia¹⁵.

Es decir no es que haya un elemento de dominio dependencia, sino que este, es consecuencia del uso efectivo del control.

¹¹ Echaiz, Daniel, Tratado de derecho mercantil, en *"Análisis jurídico del control en los grupos de sociedades"*, Lima, 2003, tomo I, p. 1332, en [http://works.bepress.com/daniel_echaiz/subject_areas.html#Derecho Societario].

¹² Ramírez, Lorena, *"El control y los grupos de sociedades"*, cit., p. 632.

¹³ Windbichler, Christine, *"Corporate Group Law for Europe"*: Comments on the Forum Europaeum's Principles and Proposals for a European Corporate Group Law, p. 269, en [<http://windbichler.rewi.hu-berlin.de/EBORCorpGroupWindbichler.pdf>].

¹⁴ Ruiz, I., *"Significado del control empresarial"*, citado por Falconi, Julio, Ob. cit., p. 11. También la norma internacional de contabilidad NIC 27 titulada Estados financieros consolidado y contabilización de inversiones en subsidiarias, define en su artículo 6 al control como "el poder para gobernar las políticas financieras y de operación de una empresa con el fin de obtener beneficios de sus actividades". Al respecto v. Echaiz, Daniel, *"El control en la política empresarial de los grupos de sociedades"*, en Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Lima, p. 63.

¹⁵ *Ibidem.*, p. 11.

C. Dirección económica unitaria

No podríamos hablar propiamente de la existencia de un grupo de empresas hasta en tanto no percibamos la presencia de la nota económica de la dirección unitaria.¹⁶

Para Embid Irujo, la clave esencial del grupo, es la dirección económica unificada ejercida y a la que se someten sus miembros. De este modo, las sociedades agrupadas, aunque mantienen su personalidad jurídica propia, ven reducida su autonomía económica, por haber cedido a la entidad cabecera del grupo un número variable de sus facultades en materia empresarial; por tal razón, dichas sociedades no podrán ser consideradas, en última instancia, responsables únicas de una determinada conducta o del establecimiento de una concreta relación jurídica¹⁷.

3.2 Deberes de la matriz

3.2.1 *Deber de responder por daños:* el deber de responder ante las sociedades que componen el grupo, por los posibles daños derivados del predominio del interés del grupo. No habrá lugar a esa responsabilidad si no se ha producido daño “a la luz del resultado conjunto de la actividad de dirección y coordinación” del grupo, o si el daño ha sido “íntegramente eliminado como consecuencia de operaciones dirigidas a tal fin”¹⁸.

3.2.2 *Deber de transparencia:* este deber, sobre todo en las sociedades cotizadas, permite mostrar la estructura de propiedad de la sociedad, la estructura de control

¹⁶ Terradillos, Edurne, *Los Grupos de empresas ante la Jurisprudencia Social Española*, Valencia, 2000, p. 18.

¹⁷ Embid, José, “*El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance*”, cit., p. 87.

¹⁸ Embid, José, Ob. cit., p. 91.

de la sociedad o del grupo, que participan en el capital de la empresa y en el de sus filiales (...) ¹⁹

3.2.3 *Deber de lealtad de los administradores de la sociedad cotizada:* (empresa que cotizan sus acciones en bolsa). El administrador ²⁰ de la sociedad cotizada no desempeñará cargos en las empresas competidoras de la sociedad o de su grupo ²¹.

3.2.4 *Deber de consolidación de cuentas:* los administradores de la sociedad dominante, tiene el deber de presentar las cuentas consolidadas y los informes de gestión ²².

4. La responsabilidad civil de la matriz frente a la(s) filiales

La responsabilidad por inejecución de obligaciones de la sociedad, está en base a la relación administrador-sociedad ²³. La

¹⁹ Embid, José, Ob. Cit., p. 93. La comisión especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados financieros y las sociedades cotizadas, también llamada Comisión Aldama se creó, con el objetivo de elaborar las pautas de buen gobierno de las empresas españolas, y especialmente de las empresas cotizadas en el mercado financiero. Hace especial hincapié en los principios de transparencia y el deber de lealtad de los administradores, con el fin de que estos últimos autorregulen su gobierno. Véase OBSERVATORIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA en [<http://observatoriorisc.org/infome-aldama/>].

²⁰ Además de quienes propiamente merezcan tal calificación: los altos directivos de la sociedad, los administradores de hecho, los administradores ocultos, los accionistas de control.

²¹ Embid, José, Ob. cit., p 93.

²² Ruiz, Juan, “*El tratamiento de las denominadas uniones de empresas en el anteproyecto de la ley del código mercantil*” en Estudios sobre el futuro código mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Getafe, 2015, p. 515 en (<http://hdl.handle.net/10016/21027>). Al respecto, a diferencia del texto del Código de comercio español, el anteproyecto configura el deber de formular las cuentas consolidadas como un deber de los administradores y no simplemente como un deber de la sociedad.

²³ La jurisprudencia así lo confirma. Por ejemplo en el expediente 139-98/Piura de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el noveno considerando establece (...) la responsabilidad del mencionado funcionario deriva de una relación contractual existente entre éste y la empresa a

responsabilidad del administrador y los directores es de naturaleza contractual, puesto que se fundan en la existencia de un vínculo pre-existente entre el administrador o los directores, y la sociedad administrada²⁴, algunas teorías plantean como fuente del pacto social, donde se nombre los primigenios administradores de la empresa; otro prefieren el atribuir como fuente el acta de nombramiento, particularmente creemos que al ser la junta general el órgano de deliberación, es éste quien actúa en nombre de la sociedad, iniciando una relación obligacional al nombrar a los administradores, y estos de incumplir sus deberes u obligaciones según ley o estatuto generaría una responsabilidad por inejecución de obligaciones, frente a la sociedad (que por medio de sus órganos, los nombró).

La responsabilidad que se atribuye a la matriz, viene dada desde los sistemas más drásticos como puede ser responsabilizarla siempre de los daños sufridos por las filiales; hasta los más adecuados, donde la responsabilidad solo es por no compensar las pérdidas sufridas por la filial.

Así, por ejemplo en Alemania, en los grupos fundados sobre una base contractual, la dominante tiene la posibilidad de impartir instrucciones vinculantes al consejo de administración de la dependiente o dominada, desplazándose de esta manera el poder de decisión de esta última hasta la primera. La responsabilidad de la matriz frente a las filiales, en pos de hecho calificados, también son tratados como grupos contractuales; por ejemplo en el caso Autokran el Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania decidió que: en caso de insuficiencia de una sociedad de responsabilidad limitada dominada, debe reconocerse la existencia de responsabilidad por la

la que señala representar (...) en consecuencia dicha responsabilidad no puede basarse en normas referidas a la responsabilidad extracontractual, dada la naturaleza especialísima de éstas, sino en la inejecución de obligaciones, debiendo aplicarse concretamente al caso de autos el artículo 1321 del C.C.. Al respecto v. Osorio, Zaida, Ob. cit., p. 481.

²⁴ *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas*, por Rodríguez Olivera y López Rodríguez, en [<http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseSAAadm01.htm>].

insolvencia de la empresas dominante del grupo, en aplicación de los artículos 303, 302, apartados 2, 3 de la ley de sociedades por acciones, si esta ha dirigido por si misma de forma duradera y completa las actividades de la sociedad de responsabilidad limitada y no puede demostrar que un administrador actuando de acuerdo con el deber de diligencia, en una sociedad de responsabilidad limitada independiente hubiera gestionado la administración del mismo modo.²⁵

En los grupos contractuales, se tiene certeza de que los daños sufridos por la filiales han sido por las instrucciones vinculantes de la matriz, llegando incluso a (en caso de generarse daños) estar legitimados estos daños, por la situación contractual.

Son cinco los tipos de contratos que contempla la ley de accionariado alemana, dos de los cuales son los más importantes en la práctica²⁶. La celebración del contrato de dominación, convierte a la administración de la dominada en una administración dependiente²⁷.

Ahora, bien el tema que nos compete es referente a los grupos de hecho puesto que estos son los más perceptibles en nuestro país²⁸.

²⁵ La traducción se encuentra en Donle, C., *Una ojeada sobre los grupos de hecho de sociedades de responsabilidad limitada*, citado por Falconi, Julio, Ob. cit., p.226.

²⁶ El 1^a Beherrschungsvertrag (contrato de control), que da derecho a la sociedad dominante de impartir directivas obligatorias a la sociedad dominante. 2^a Gewinnabfuhrungsvertrag (contrato de transferencia de los beneficios), que obliga a la sociedad dominada a pagar a la dominante íntegramente los beneficios anuales. En ambos casos existe, frente a los beneficios obtenidos, la obligación de compensar las pérdidas anuales de la sociedad dominada. Véase Letizia, Daphne, Ob. cit., p. 131.

²⁷ Cfr. art. 76 AktG. Vid. Wooldridge, *Group of company*, citado por Falconi, Ob. Cit., p. 75. Sin embargo la facultad para impartir instrucciones a las sociedades dominadas no es ilimitada. La dirección unitaria debe tener en cuenta siempre y en todo momento el interés de la sociedad dominante o el del grupo, por lo que, instrucciones que no se correspondan con dichos intereses generará para la sociedad dominante la aplicación del sistema de responsabilidad correspondiente. Véase Bautz Bonano, "The protection of minority shareholders in a Konzern under German and United States law" citado por Falconi, Ídem., p. 76.

²⁸ Algunos países como Alemania, Portugal y Brasil deberían servir de referencia para el tratamiento del grupo de empresas en nuestro país, pues estos países han legislado ambas formas de constitución de grupo, la contractual y las de hecho, sirviendo sus experiencias para adelantarnos a como respondería el empresariado peruano ante una posible legislación de

Estos se constituyen por vías distintas del contrato de dominación, su existencia se supone en casos de participación mayoritaria que genera una dependencia interna de derecho. En este caso la empresa dominante no puede hacer uso de su posición de dominio para realizar actos que puedan resultar perjudiciales para los intereses de la dominada²⁹; son los intereses sociales de la dominada lo que constituye el límite mínimo de protección que la matriz debe tener en cuenta al dar la dirección unitaria al grupo, en el momento en que este límite no sea tomado en cuenta, la empresa dominante deberá indemnizar a la sociedad dominada por el daño causado, a menos que exista compensación de daños³⁰.

La matriz, según la doctrina italiana, es la que ejerce la actividad de dirección y coordinación sobre las demás sociedades. Esta actividad al no estar regulada en la mayoría de países, busca ser encuadrada en alguna figura que permita imputar responsabilidad, de generarse algún daño. Es —creemos— la figura del administrador de hecho la más idónea para imputar algún tipo de responsabilidad.

¿Qué es un administrador de hecho? La doctrina lo ha definido como “aquellas personas que, sin ocupar o controlar formalmente

grupos, pues en países como Brasil y Portugal la normativización de los grupos contractuales, intentando llevarlos a un registro mercantil dándoles algunos beneficios, no ha funcionado por cuanto han sido sólo unos pocos los grupos inscritos en el Registro mercantil de Brasil. Cfr. Duque Domínguez, citado por Falconi, Julio, Ob. cit., p. 35.

²⁹ El Foro Europeo ha sostenido que es obligación del controlador el mantener un equilibrio entre los intereses de las distintas sociedades del grupo, distribuyendo las oportunidades y las cargas de manera tal que ninguna de ellas termine asumiendo riesgos desproporcionados. Al respecto Lutter citado por Jequier, Eduardo, “Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el derecho chileno” en Revista Chilena de derecho, vol. 41, N° 01, Chile, 2014, p. 144 en (<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n1/art06.pdf>).

³⁰ Sin embargo existe una incoherencia respecto a la responsabilidad de la matriz en el derecho Alemán, Embid Irujo explica: no sería acertado sostener que mediante el artículo 311 AktG, el legislador alemán ha decidido legitimar los perjuicios sufridos por la sociedad dependiente en los grupos de hecho. Si el legislador alemán, como en efecto ha reconocido la doctrina, ha querido privilegiar a la formación de grupos contractuales, no parece acertado sostener un sistema de responsabilidad más benigno para los grupos de facto compensando perjuicios que en los grupos contractuales exigirían la acción de responsabilidad. Cfr. Falconi, Julio. Ob. cit., p 77. Como efectivamente lo hace el artículo 2497 del código civil italiano previo análisis de violación de principios, actuación en base a intereses diversos, entre otros.

el órgano de la sociedad, ejercen, por cualquier vía, una influencia decisiva que determina la decisión o las decisiones que ocasionan el daño a la sociedad”³¹. Además a nivel jurisprudencial el TS español, se ha pronunciado al respecto, señalando que son administradores de hecho“(...) los que, habiendo ostentado formalmente el cargo, se vieran privados de su titularidad por nulidad de la designación o finalización del mandato, si, de hecho, siguen ejerciendo las mismas atribuciones. También pueden ser tenidos por administradores de hecho los que actúan como tales, sin previo nombramiento o designación, si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo”³².

A través de la figura del administrador de hecho la sola constatación del grupo permite presumir en ciertas ocasiones, *Iuris tantum*, la responsabilidad del controlador y sus administradores, de quienes es dable esperar precisamente un estándar objetivo de diligencia al momento de diseñar e impartir sus directrices a las filiales del grupo³³.

Entonces, el principio rector aplicable a la matriz en Italia —“la correcta gestión empresarial y societaria³⁴” — también se ve regulado en otros países, como en nuestro ordenamiento jurídico interno con el “principio de diligencia³⁵ y lealtad de los administradores”, pues ambos (el de correcta gestión y el de diligencia y lealtad) sirven como directrices para el desempeño del cargo como administradores, y para imputar responsabilidad, de darse el caso, por el incumplimiento específico a una obligación legal (impuesta en el

³¹ Pérez Idiartegaray (2004), citado por Jequier, Eduardo, Ob. cit., p. 140.

³² Sentencia T.S. Español (2010) de 25 de junio de 2010 (FJ 7.2), Recurso de Casación núm. 519/2009.

³³ Jequier, Eduardo, Ob. cit., p. 143.

³⁴ Presente en el código civil italiano, art. 2497.

³⁵ El deber de diligencia que se encuentra regulado en el artículo 171 de la LGS, actualmente se encuentra previsto en la categoría de principio en el Código de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas del año 2013.

artículo 171 de la LGS), que es la administración con diligencia y lealtad (en Italia, la administración de una correcta gestión empresarial y societaria)³⁶.

Recordemos que la responsabilidad por inejecución de obligaciones, protege a los sujetos que se comprometieron y han incumplido una obligación preexistente, por ello este tipo de responsabilidad tiene un área determinada de protección, esta es, el de las partes obligadas entre ellas con anterioridad.

Consecuentemente la sociedad matriz como administradora de hecho responde, extracontractualmente ante los socios de las filiales, porque no puede hablarse aquí de un contrato social *incertam personam*, de un deber de protección frente a la generalidad de los potenciales socios minoritarios de las controladas, directas o indirectamente; y además la matriz responderá contractualmente frente a las filiales (estas, como personas jurídicas) por ser personas ciertas y determinadas, protegidas por un deber legal preexistente, el deber de administrar el grupo con diligencia y lealtad.

5. Conclusiones:

- Los grupos de sociedades en el Perú, en base a leyes internas responden por inejecución de obligaciones respecto de la matriz como administradora de hecho de las sociedades filiales, por ser estas partes determinadas de una obligación anteriormente acordada (la administración de forma diligente y leal).

³⁶ Recordemos lo dicho por Galgano: No basta verificar un daño contra la sociedad, atribuible al administrador, sino que este puede imputársele al incumplimiento específico a una obligación, legal o en el estatuto, impuesta a ellos por el contrato de sociedad y además, se requiere que ese daño sufrido por la sociedad sea consecuencia inmediata y directa de su incumplimiento. V. Galgano, Francesco, *Derecho comercial. Las sociedades*, citado por JUGO, Azucena, en *La responsabilidad civil de los directores de las sociedades anónimas en el Perú*, Lima, 2011, p. 95.

- En el estudio realizado se ha evaluado los nuevos derechos y obligaciones que se generan de la relación de grupo entre la sociedad dominante y las sociedades dominadas, donde la sociedad dominante está legitimada para impartir instrucciones pero estas no son vinculantes.
- Se debe precisar que las sociedades dominadas responden personal e individualmente por las pérdidas generadas en su patrimonio o en el de sus socios, cuando la matriz no ha interferido en la administración, en violación del principio de diligencia y lealtad.
- Basados en la teoría del administrador de hecho, aceptada en el ordenamiento interno, la sociedad dominante o matriz, responde por las malas o inidóneas directrices, por inejecución de obligaciones, por los daños generados al patrimonio de las filiales.

Bibliografía:

- Calcaterra, Gabriela S., *La Responsabilidad Civil en los Grupos de Sociedades*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, primera edición, Argentina, 2007.
- De Trazegnies, Fernando, *Responsabilidad extracontractual*, editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, séptima edición-segunda reimpresión, Lima, tomo I, 2005.
- Responsabilidad extracontractual*, editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, séptima edición-segunda reimpresión, tomo II, Lima, 2005.
- Echaiz Moreno, Daniel, *Instituciones de Derecho Empresarial*, editorial APECC, primera edición, Lima, 2010. - *Sociedades- Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Forum casa editorial primera edición, 2005.
- Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*; editorial RODHAS, séptima edición, Lima, 2011. - (Dir.), *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, editorial Palestra, primera edición, Lima, 2005.
- Falconi Canepa, Julio, *Responsabilidad en los grupos de sociedades y tutela de acreedores sociales*, editorial GRIJLEY, primera edición, Lima, 2005.
- Francesco, Messineo, *Manuel de derecho civil y comercial*, editorial EJE, primera edición, Buenos Aires, 1979.
- Galgano, Francisco, *Los grupos societarios: Dirección y coordinación de sociedades*, editorial Universidad del Rosario, primera edición, Bogotá, 2009, en [<http://books.google.com.pe/books?id=LsliWvWT2U4C&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>].

Hundskopf Exebio, Oswaldo, Derecho comercial. Temas societarios, Fondo editorial Universidad de Lima, Lima, 2006, tomo VI.

León Hilario, Leysser, La responsabilidad civil. Líneas Fundamentales y nuevas perspectivas, editorial El Jurista Editores, tercera edición, Lima, 2011.

Osorio Ruíz, Zaida, Jurisprudencia comercial, editorial Gaceta Jurídica S.A., primera edición, Lima, 2000.

Terradillos Ormaetxea, Edurme, Los Grupos de Empresas ante la Jurisprudencia Social Española, editorial Tirant lo Blanch, primera edición, Valencia, 2000.

La Empresa y la Propiedad Intelectual

*María Teresa Delgado Viteri**

Resumen:

Este artículo presenta una visión y descripción general de la propiedad intelectual que incide en la actividad empresarial que se encuentra enmarcada en una sociedad global. Ofrece elementos sobre la importancia de la protección formal de los derechos de propiedad intelectual y su armonización con la función social de la propiedad, contemplada en la Constitución.

Palabras clave: *activos intangibles, ventaja competitiva, empresa, propiedad intelectual, marcas, patentes, derechos de autor, función social.*

Sumario:

Introducción; 1. La Importancia de la Propiedad Intelectual en la Empresa; 2. Objetos de la Propiedad Intelectual; 2.1 Propiedad Intelectual y Propiedad Inmaterial; 3. De los Derechos Conferidos por la Ley a los Titulares de Propiedad Intelectual. Conclusiones.

* Conjeza de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, integrante de la Sala de lo Laboral. Nacida en Quito, provincia de Pichincha. Doctora en Jurisprudencia, Abogada y Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales, graduada en la Universidad Central del Ecuador. Acreditada como Mediadora por la Cámara de Comercio Ecuatoriano – Americana de Quito. Se desempeñó como: asesora legal en libre ejercicio de empresas e instituciones financieras tanto nacionales como extranjeras de América, Europa y Asia, en el área de la propiedad industrial, derechos de autor y societaria. Además, ejerció la cátedra en la Universidad San Francisco de Quito, docente en el Colegio de Jurisprudencia y en el Colegio de Administración y Economía durante seis años; y docente en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Egresada de la Maestría de Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional de la Universidad de Génova e Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho.

Introducción

En los últimos años hemos sido testigos de una serie de acontecimientos y procesos de transformación que han ido marcando a las sociedades y dentro de estas a sus agentes económicos y sociales, es así que, podemos calificar a nuestra realidad actual como la sociedad de la información basada en progresos tecnológicos, y como sociedad del conocimiento, relacionándose ésta con factores sociales, éticos y políticos. Esta semántica apunta a una mezcla de enfoques, sistemas, tecnologías y conocimientos.

En razón de estos cambios, las actividades comerciales han experimentado transformaciones en la dinámica de la producción, de la comercialización, así como en la circulación de bienes y servicios, consecuencia de un proceso de globalización, modificando el rol de la empresa que ya había cobrado importancia en las economías de los países, de las cuales emerge una dimensión, estructura y funcionamiento de características regionales y globales.

Por tanto, la presencia y el impacto de la autopista de la información, ha contribuido a la creación de un mercado cada vez más globalizado en donde suceden una multiplicidad de transacciones a gran velocidad, posibilitando la distribución de productos y servicios, a nivel de todo el planeta.

En este ámbito, quedó atrás la tradicional forma del intercambio de productos, ya que muchos de éstos eran manufacturados de manera artesanal, ofertados localmente y en general dependían de la demanda del consumidor local.

Con el arribo de las mejoras tecnológicas, surgen una serie de cambios en lo concerniente a la demanda; en primera instancia, existe un abaratamiento de los medios de transporte y a su vez, un desarrollo y mejoramiento en las comunicaciones; consecuentemente surge la oportunidad de producir a gran escala, puesto que se amplían los mercados, lo que a su vez, se convierte en un factor

importante en la satisfacción de la demanda.¹ Entonces los productores, sean personas naturales o compañías, hacen uso de ciertas herramientas que les ayudan a posicionarse en el mercado de manera privilegiada y exclusiva en el ámbito del intercambio comercial. Son elementos clave las marcas y las patentes, las primeras generando una asociación entre el signo, el origen empresarial y la promesa de calidad del producto o servicio, y las segundas: protegiendo nuevos inventos y mejoras tecnológicas.

Por otro lado, la economía actual se encuentra centrada en el conocimiento, debido a que, aquellos recursos económicos que generen riqueza no se fundamentan exclusivamente en obtener ventajas competitivas en el acceso a la tierra, a la mano de obra o al capital, sino en aquellos activos intangibles como la Propiedad Intelectual, por este motivo, las empresas con sus gestores, dan cuenta de la importancia de las patentes, marcas, signos distintivos, know-how, entre otros, como elementos que proporcionan una ventaja competitiva a la empresa en el mercado.

En consecuencia, los actuales mercados globales cuentan como insumo la información cuyo acceso y velocidad es cada vez superior, así como su incidencia en la dinámica de la actividad empresarial. En este sentido, siguiendo al Dr. Villarejo, la marca de una empresa surge como aquel medio de comunicación en el mercado, ahora globalizado y que constituye un lenguaje internacional más conocido. Este hecho responde a una necesidad histórica que surgió de los primeros fabricantes, quienes vieron la importancia de identificar su producción para diferenciarla de la de sus competidores y defenderla de aquellos productos similares, de menor calidad². Estas razones históricas se mantienen válidas en la actualidad, lo cual evidencia la importancia por un lado de estos bienes intangibles intelectuales en

¹ Alfredo Corral. "Registro y protección de la marca". Ekos. (2011), p. 97.

² Ángel Villarejo. *La Medición del Valor de Marca. Los Efectos del Esfuerzo de Marketing sobre sus componentes*. Tesis de Doctorado. Universidad de Sevilla, pp. 20 y 32.

la actividad empresarial y, por otro lado, la importancia de su protección en los mercados, locales, regionales y a nivel mundial.

1. La importancia de la propiedad intelectual en la empresa

La bolsa de valores de Nueva York (conocida por sus siglas NYSE) da cuenta de empresas que se negocian y venden muy por sobre los valores de sus libros; por otro lado, llama la atención que el posicionamiento de empresas en el mercado no responda únicamente al valor de sus libros, de sus activos tangibles. Estos factores han sido analizados, por ejemplo, por investigadores en el área del marketing, quienes en opinión Ángel Villarejo, reconocen la “significación financiera”³ de conocer y valorar un activo intangible; así como, también demuestran que estas empresas cuentan con ciertos elementos que le “otorgan un potencial diferenciador respecto de sus competidores,⁴ siendo estos los activos intangibles. Es así, que con la denominación de Capital intelectual empresarial se “reconoce al conjunto de activos intangibles con los que cuenta la organización”⁵ dentro de los cuales se encuentran la propiedad intelectual.

Roya Ghafele, Economista adjunta de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (por sus siglas OMPI), describe cómo los objetos de la Propiedad intelectual trascienden en la empresa y señala que: “Repercuten en los servicios o los productos de las empresas, sus procedimientos y conocimientos técnicos. Protegen distintos segmentos de actividades de la empresa que van desde la presentación de sus productos, y el embalaje (diseño industrial) hasta su reconocimiento en el mercado (marcas, indicaciones geográficas) o

³ Ángel Villarejo. *La Medición del Valor de Marca. Los Efectos del Esfuerzo de Marketing sobre sus componentes*. Tesis de Doctorado. Universidad de Sevilla, p. 26.

⁴ José Emilio Navas López. *El Capital Intelectual en la Empresa. Análisis de Criterios y Clasificación Multidimensional*. Economía Industrial (2002), p. 163.

⁵ *Ídem*.

la protección de características funcionales nuevas o mejoradas de productos y servicios (secretos comerciales, patentes)”⁶ y en algunos casos pueden ser fuente de ingresos directos, como en el caso de la concesión de licencias de uso que confieren los titulares de derechos de propiedad intelectual.

Por tanto, se encuentra estrechamente vinculado el éxito y la estrategia empresarial con el cuidado y protección de los derechos de propiedad intelectual, estos nuevos activos intangibles que en muchos casos tienen mayor valor y preponderancia dentro de una gestión empresarial que aquellos bienes tradicionales como la maquinaria, las plantas industriales u otros activos físicos importantes.

Consecuentemente, identificar y proteger de una manera adecuada los mismos, permite a la empresa mantener esa ventaja competitiva que le supone ganancias a futuro.

Es importante, desde un punto de vista jurídico identificar cuales son estos derechos de propiedad intelectual que repercuten en la empresa.

2. Objetos de la propiedad intelectual

2.1 Propiedad Intelectual y Propiedad Inmaterial. Bajo el régimen de propiedad intelectual se protege los frutos de la capacidad intelectual del ser humano que se materializan en diversas áreas como el arte, la ciencia y la industria.

Al decir de Baylos Corroza, estos frutos son “objetos jurídicos peculiares”, en gran parte por la inmaterialidad del objeto tutelado,

⁶ Roya Ghafele. “Cómo reflejar el valor de la propiedad intelectual en los informes de contabilidad.” *Economista Adjunta, Departamento de Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico OMPI*, p.3.

pues son carentes de una sustancia física y subsisten por encima de todas sus ejemplificaciones.⁷ Esta característica hace que el elemento materializado, objeto de esta protección, sea susceptible de reproducción y utilización de manera ilimitada y simultánea.

En consecuencia, se distingue bajo la denominación de Propiedad intelectual o “Propiedad Inmaterial” los derechos tutelados que son el resultado de la creación intelectual del ser humano, independiente del área en donde se manifiesten.

La Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana vigente, recoge esta denominación al clasificar a la propiedad intelectual en: *“Art.1. Los derechos de autor y derechos conexos; 1.La propiedad industrial, que abarca, entre otros elementos, los siguientes: a) Las invenciones; b) Los dibujos y modelos industriales; c) La información no divulgada y los secretos comerciales e industriales; d) La información no divulgada y los secretos comerciales e industriales; e) Las marcas de fábrica, de comercio, de servicios y los lemas comerciales; f) Las apariencias distintivas de los negocios y establecimientos de comercio; g) Los nombres comerciales; h) Las indicaciones geográficas; e, i) Cualquier otra creación intelectual que se destine a un uso agrícola, industrial o comercial. 3) Las obtenciones vegetales”*.⁸

El proyecto del “Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación”, que fue aprobado en segundo debate en la Asamblea Nacional, es conocido en el argot social como “Código de Ingenios”, hace uso de la denominación de Propiedad Intelectual, al señalar:

“Artículo 85. Derechos Intelectuales.- Se protegen los derechos intelectuales en todas sus formas, los mismos que serán

⁷ Baylos Corroza. *Tratado de Derecho Industrial: Propiedad Industrial Propiedad Intelectual Derecho de la Competencia Económica Disciplina de la Competencia Desleal*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Civitas S. A, p. 59.

⁸ Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento 426 de 28-dic.-2006.

adquiridos de conformidad con la Constitución, los Tratados Internacionales de los cuales Ecuador es parte y el presente Código. Los derechos Intelectuales comprenden principalmente a la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales”.⁹

“Artículo 89.- Tipología de la propiedad Intelectual.- Los derechos de propiedad intelectual comprenden principalmente a los derechos de autor y derechos conexos, la propiedad industrial y las obtenciones vegetales”.¹⁰

En cuanto a la división de propiedad intelectual e industrial cabe destacar, que la primera tutela los aportes en el arte, la literatura, los cuales proveen un disfrute estético o intelectual; y la propiedad industrial, hace referencia a aquellos elementos que se utilizan en la industria o en la técnica, por lo que tiene una característica de utilidad.

Por ejemplo, una obra de literatura se materializa a través de sus ejemplares; una invención es tutelada en tanto se debe seguir un determinado procedimiento que provee una solución técnica; y, la marca se expresa en el tráfico mercantil¹¹.

Cabe recordar, que el fundamento de la protección de estos objetos jurídicos es una creación que considerada, constituye el supuesto del que deriva un derecho absoluto de propiedad Intelectual o industrial. Este carácter creativo “(...) viene dado, en las creaciones intelectuales y artísticas, por la originalidad, en las inventivas por la novedad y en los signos mercantiles por la inconfundibilidad (...)”.¹² La actividad

⁹ Proyecto del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e innovación, aprobado en segundo debate por la Asamblea Nacional. Con fecha 13 de Octubre de 2016 el texto fue enviado al Ejecutivo.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ Baylos Corroza. *Tratado de Derecho Industrial: Propiedad Industrial Propiedad Intelectual Derecho de la Competencia Económica Disciplina de la Competencia Desleal*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Civitas S. A, p. 85.

¹² *Ibidem*, p. 98.

empresarial encuentra en los objetos de propiedad intelectual los vehículos de su gestión, que a su vez son generadores de riqueza, así, la creación de una nueva maquinaria, los productos ofertados, el software creado, las envolturas de los productos comercializados, la denominación con la cual el empresario identifica y diferencia los servicios (o productos) frente a los de los competidores, son ejemplos de bienes intangibles intelectuales que inciden en la empresa.

2.2 En cuanto al Derecho de Autor, la Ley de Propiedad Intelectual vigente, en el artículo cinco protege: *“Todas las obras, interpretaciones, ejecuciones, producciones o emisiones radiofónicas cualquiera sea el país de origen de la obra, la nacionalidad o el domicilio del autor o titular”*¹³.

Por tanto, la protección del derecho de autor recae sobre las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad. Se protegen, por ejemplo, libros, folletos, obras fotográficas, diseños de obras arquitectónicas, planos, esculturas obras plásticas, independientemente de su mérito artístico o intelectual.

En cuanto a los derechos conexos que hace referencia la ley, busca proteger aquellos derechos provenientes de los artistas, intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas.

Respecto del Derecho de autor, el “Código de Ingenios” trata sobre este objeto tutelado en el artículo 100, señalando que: *“Se reconocen, conceden y protegen los derechos de los autores y los derechos de los demás titulares sobre sus obras, así como los derechos de los intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.”*¹⁴

¹³ Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 5. Registro Oficial Suplemento 426 de 28-dic.-2006.

¹⁴ Proyecto del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e innovación, aprobado en segundo debate por la Asamblea Nacional. Artículo 100. Con fecha 13 de Octubre de 2016 el texto fue enviado al Ejecutivo.

Tanto la ley de Propiedad Intelectual vigente, como el Proyecto del llamado “Código de Ingenios”, son concordantes en cuanto al nacimiento y protección de este derecho, por el solo hecho de su creación, la cual no requiere de registro ni depósito para su protección. Así también las normas citadas reconocen la irrenunciabilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de los derechos morales, los cuales constituyen principalmente, la reivindicación de la paternidad de la obra y oposición a la deformación, alteración o modificación de su creación que perjudique el honor o la reputación de su autor¹⁵.

En las actividades empresariales, el derecho de autor se materializa por ejemplo, a través de la publicidad de la empresa, de su sitio web, en los folletos o los anuncios en televisión de los productos o servicios, o ya sea que la empresa se dedique a la creación o a la comercialización de obras literarias, entre otros.

Por tanto, la protección al derecho de Autor genera una serie de intereses de índole económico, por cuanto entraña una variedad de titulares de este derecho, tales como el autor, el intérprete, el productor, lo que a su vez revela sectores productivos amplios como la radio, la televisión, el cine, que al decir de Baylos Corroza: “(...) son medios de generalización de ideas y elementos formativos de opiniones (...)”,¹⁶ por lo que deviene la trascendental importancia de la transmisión y comunicación de ideas, es decir del conocimiento.

2.3 Respecto de los derechos de Propiedad Industrial, la ley vigente de la materia provee una lista de los elementos que esta protección abarca, entre los cuales destacamos aquellos relacionados

¹⁵ Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 18. Registro Oficial Suplemento 426 de 28-dic.-2006; y, Proyecto del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e innovación, aprobado en segundo debate por la Asamblea Nacional. Artículo 118. Con fecha 13 de Octubre de 2016 el texto fue enviado al Ejecutivo.

¹⁶ Baylos Corroza. *Tratado de Derecho Industrial: Propiedad Industrial Propiedad Intelectual Derecho de la Competencia Económica Disciplina de la Competencia Desleal*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Civitas S. A, p. 85.

con la empresa como son las patentes, las marcas, nombres comerciales, apariencias distintivas, denominaciones de origen, información no divulgada y los secretos comerciales industriales, los lemas comerciales, las apariencias distintivas de los negocios y establecimientos de comercio e invenciones.

El proyecto de ley conocido como “Código de Ingenios” mantiene estos elementos con ciertas novedades como por ejemplo: La marca país, las marcas de certificación, rótulos o enseñas, especialidades tradicionales garantizadas “ETG”, que son tratados en los diversos capítulos de esa normativa.

2.4 Con referencia a los inventos, la Ley de Propiedad Intelectual señala que se protegerá: *“Las invenciones, en todos los campos de la tecnología, se protegen por la concesión de patentes de invención, de modelos de utilidad”*. La duración de esta concesión es de veinte años contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de registro¹⁷.

Así, se concederá una patente a toda invención de productos o procedimientos en todas las área de la tecnología cuando cumpla con las características de novedad, nivel inventivo (no obviedad) y sea susceptible de aplicación industrial, concordantemente con lo establecido en el artículo 121 de la ley de la materia vigente.

El proyecto de ley conocido como “Código de Ingenios”, en el artículo 267 refiere el mismo objeto de protección con las mismas características.

Se sigue del contenido de las normas citadas, que existen invenciones de productos o de procedimiento. Por lo que es importante precisar que las invenciones de producto corresponden a un objeto

¹⁷ Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 146. Registro Oficial Suplemento 426 de 28-dic.-2006; y, Proyecto del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e innovación, aprobado en segundo debate por la Asamblea Nacional. Artículo 291. Con fecha 13 de Octubre de 2016 el texto fue enviado al Ejecutivo.

materializado tangible, por ejemplo, un aparato, una máquina, artículos manufacturados; por otro lado, la invención de procedimiento contempla un proceso o etapas que conllevan a la fabricación de un producto, por ejemplo, un compuesto químico que requiere una secuencia de etapas que corresponde a la mezcla de compuestos para su obtención, el resultado es un nuevo medicamento.

La normativa nacional de propiedad industrial y la normativa comunitaria de la cual el Ecuador es suscriptor (Acuerdo de Cartagena, Decisión 486), contempla ciertos requisitos para la patentabilidad de las invenciones, estos son: la novedad, nivel inventivo y la aplicación industrial.¹⁸

La novedad hace referencia a que el objeto que se busca proteger, no esté comprendido en el estado de la técnica, es decir, que no se ha puesto a disposición del público previamente a la fecha de su solicitud de concesión de patente, ya sea porque publicó una descripción o se hizo una presentación oral o utilizando cualquier otro medio que dé a conocer el invento antes de su protección.

Respecto del nivel inventivo que requiere el objeto materia de la protección, considera que no debe ser evidente para una persona que tenga, de manera corriente, habilidades y conocimiento en el campo de la tecnología relacionada con la invención, es decir el una persona experta en la materia no “pueda llegar a la invención en el curso corriente de sus actividades”¹⁹; en la legislación norteamericana se conoce como no obviedad.²⁰

En cuanto al requisito de susceptibilidad de aplicación industrial, este refiere que la invención debe poder utilizarse en cualquiera

¹⁸ Decisión 486. La Decisión de la Comunidad Andina. Régimen Común sobre Propiedad Intelectual.

¹⁹ Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, El régimen andino de la propiedad industrial. Decisiones 344 y 345 del acuerdo de Cartagena. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995. pg.62.

²⁰ Sección 103 de la Ley de Patentes. Obtenido de: www.uspto.gov.

que sea la actividad productiva, es decir, la invención debe tener aplicación práctica.

La ley por tanto otorga al inventor o a quien se haya cedido este derecho, la explotación temporal de su invento, para que se lo haga de manera pública y abierta, pues la tutela protege contra la copia, imitación o explotación no autorizada. De esta manera, la concesión de explotación del invento permite que la sociedad no quede privada del beneficio de una innovación técnica, lo cual a su turno, promueve el progreso industrial. En palabras de Gómez Segade, quien manifiesta que: *“La concesión de la patente debe constituir un estímulo para el desarrollo de la industria y de la tecnología”*²¹; es decir, para el progreso y bienestar de las sociedades.

2.5 Respecto de la marca, la Ley de Propiedad Intelectual, es conceptualizada como un signo que capaz de distinguir productos o servicios en el mercado, debiendo ser suficientemente distintivo y susceptible de representación gráfica.²² En el proyecto de ley conocido como “Código de Ingenios”, el artículo 359, toma de manera general esta definición con sutiles variaciones como “se entenderá por marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios” o “Podrán registrarse como marcas los signos que sean susceptibles de representación gráfica.”²³

Siguiendo a Manuel Pachón,²⁴ de acuerdo al concepto de marca de la Ley de Propiedad Intelectual, la marca tiene las siguientes características:

²¹ Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, El régimen andino de la propiedad industrial. Decisiones 344 y 345 del acuerdo de Cartagena. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, p. 63.

²² Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 194. Registro Oficial Suplemento 426 de 28-dic.-2006.

²³ Proyecto del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Quito, 7 de octubre del 2015.

²⁴ Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, *El régimen andino de la propiedad industrial. Decisiones 344 y 345 del acuerdo de Cartagena*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995. pg.62.

- Es un signo;
- Su función es distinguir, diferenciar productos o servicios; y
- La función distintiva debe realizarse en el mercado.

Por otro lado, para que este signo pueda obtener el estatus de marca registrada, debe cumplir con los requisitos de perceptibilidad, distintividad y representación gráfica: la marca debe ser apreciable por los sentidos; la distintividad se refiere a esa aptitud de inconfundibilidad, en ese sentido, la jurisprudencia de la TJCA ha expuesto que este requisito, tiene un doble aspecto: el signo debe ser distintivo en sí mismo, respecto de otros signos utilizados como marcas, y este debe ser diferente de los otros registrados como marca para distinguir los mismos productos o servicios.²⁵ Respecto del requisito de la representación gráfica, requiere una descripción del signo que se pretende registrar como marca, así, una marca auditiva, cumpliría este requisito, al plasmar las notas musicales características de ese signo.

Tanto la Ley de Propiedad Intelectual vigente como el proyecto del Código de Ingenios, concede la protección de un signo distintivo por un plazo de diez años renovable de manera indefinida.

Podemos observar que la marca considerada como un signo distintivo, tiene especial interés en la empresa por cuanto, al cumplir con la función de identificar y distinguir productos o servicios de los semejantes ofertados en el mercado, sucede una suerte de trilogía entre el signo, el producto y servicio y la promesa de calidad o de garantía de la proveniencia de los productos o servicios, pues a través de la marca se incorporan las cualidades y garantía que el consumidor puede apreciar de ese producto identificado con un signo.

Existe una asociación entre la marca que identifica el producto o servicio y las características que ofrece, lo cual siendo apprehendido

²⁵ Doctrina TJAC, Proceso No. 1_IP-87 de 3 de diciembre de 1987.

en la mente del consumidor como resultado de un experiencia propia, le otorga el reconocimiento y fidelidad del cual goza la propia marca.

Debido a la importancia que la propiedad intelectual tiene en la empresa, surge la necesidad que ésta, discrimine y evidencie aquellos activos intangibles intelectuales que le permiten mantener esa ventaja competitiva, pues estos son muy valiosos para esa empresa, y pueden, a su vez, ser fuente generadora de beneficios económicos a futuro, ya que son valores de contenido económico que perduran en la vida de la empresa.

Así, una empresa puede, por tanto ser titular de derechos de propiedad intelectual respecto de los siguientes activos intangibles: productos y procedimientos innovadores (por medio de patentes y modelos de utilidad); obras culturales, artísticas y literarias, entre las que también figuran, en la mayoría de los países, los programas informáticos y las bases de datos (por medio de la protección por derecho de autor y derechos conexos); dibujos y modelos innovadores, incluidos los dibujos y modelos textiles (por medio de los derechos de dibujos o modelos industriales); signos distintivos (principalmente, mediante la protección de marcas, incluidas las marcas colectivas y de certificación (...)).”²⁶

De esta manera, con un correcto manejo y protección formal de los activos intangibles intelectuales, se logra la fidelización del consumidor, actor del mercado, es lo que permite que la empresa sea reconocida, se posicione en el mercado local o internacional y expanda ventas y transacciones, situando a esa empresa en una posición de exclusividad frente a sus competidores.

²⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual División Pequeñas y Medianas Empresas. “La Propiedad Intelectual para las empresa”. Obtenido de: www.wipo.int/sme/es.

3. De los derechos conferidos por la ley a los titulares de propiedad intelectual

La Ley de Propiedad intelectual confiere el derecho de uso exclusivo del bien inmaterial, proveniente del registro válidamente concedido y este uso exclusivo deriva en una cascada de derechos que pueden ser ejercidos por el titular. En cuanto al registro de una marca, su titular puede, por ejemplo, comercializar de manera exclusiva el producto o servicio identificado con el signo, o puede disponer de ese bien a través de una licencia de uso, ejerciendo el control sobre el signo licenciado; en caso de usos no autorizados por terceros, como copias, falsificaciones, el empresario puede oponerse a éstos, reivindicando su titularidad sobre el signo registrado.

De esta manera, la protección formal de la propiedad intelectual de una empresa transforma a los activos intangibles en derechos de propiedad, por lo que, una vez adquirido este derecho, el titular o propietario, le corresponde usar, percibir los frutos y disponer del mismo. En consecuencia, los derechos que resultan de la Propiedad Intelectual son verdaderos derechos de propiedad.

La propiedad sobre estos bienes inmateriales debe estar en armonía con los fines sociales de la propiedad que se encuentran consagrados en la Constitución del Ecuador en el artículo 321 que señala: "(...) El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental. Así mismo, en América Latina hay diversos Estados que en sus constituciones han incluido esta función social, sin embargo de mantener el carácter privado de este derecho.

El proyecto de ley conocido como "Código de Ingenios", en el artículo 86 plantea el fin social de los derechos que protege, señalando: "(...) Responderán a la función y responsabilidad social de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley. La ley

*podrá ser pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa y mixta (...).*²⁷

Por lo tanto, siendo la propiedad una garantía constitucional, este derecho y su función social tiene inmediata aplicación.

Al decir de Marco Jardim S. de Carvalho: *“La función social de la propiedad representa un poder –deber ejercido en el interés colectivo, dado que está protegida la propiedad que cumpla esa función.”*²⁸

Por medio de la protección, estos signos distintivos que identifican a la empresa, a sus productos o servicios contribuyen como medios que permiten el correcto funcionamiento del mercado, pues ofrecen al consumidor aquella libertad de elección y protección, así como transparencia en el mercado y la competencia en igualdad de condiciones, que son elementos que conforman la economía social y solidaria como modelo económico delineado en la Constitución de la República del Ecuador.

Conclusiones

De lo expuesto viene la importancia de la protección de los derechos de uso exclusivo de los objetos de propiedad intelectual, pues al ofrecer un marco jurídico económico, se abre una doble perspectiva, acorde a la función social del Estado, ya que permite “en el plano constitucional introducir correctivos al libre juego del mercado que orienten toda actividad hacia objetivos no sólo individuales sino también colectivos”.²⁹ Es decir, se protege y garantiza los derechos

²⁷ Proyecto del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Artículo 86. Quito, 7 de octubre del 2015.

²⁸ Marco Jardim S. de Carvalho. “La Marca en Relación con su Función Social”, dentro del libro titulado: “Derechos Intelectuales”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2008, p. 167.

²⁹ Enrique Bernaldes Ballesteros. “La Constitución de 1993. Análisis Comparado”. Lima: ICS Editores, 1996, p. 304 citado por Eduardo Arsenio Oré Sosa. “La Infracción del Derecho de Marca”. Lima: Palestra, 2007, p.26.

e intereses individuales del empresario y los competidores, como también se vela por aquellos derechos de los consumidores y actores del mercado.

Bibliografía

Alfredo Corral. "Registro y protección de la marca". Ekos. (2011), p. 97.

Ángel Villarejo. La Medición del Valor de Marca. Los Efectos del Esfuerzo de Marketing sobre sus componentes. Tesis de Doctorado. Universidad de Sevilla, pp. 20 y 32.

Baylos Corroza. Tratado de Derecho Industrial: Propiedad Industrial Propiedad Intelectual Derecho de la Competencia Económica Disciplina de la Competencia Desleal. Segunda Edición. Madrid: Editorial Civitas S. A, p. 59.

Decisión 486. La Decisión de la Comunidad Andina. Régimen Común sobre Propiedad Intelectual.

Doctrina TJAC, Proceso No. 1_IP-87 de 3 de diciembre de 1987.

Enrique Bernal Ballesteros. "La Constitución de 1993. Análisis Comparado". Lima: ICS Editores, 1996, p. 304 citado por Eduardo Arsenio Oré Sosa. "La Infracción del Derecho de Marca". Lima: Palestra, 2007, p.26.

José Emilio Navas López. El Capital Intelectual en la Empresa. Análisis de Criterios y Clasificación Multidimensional. Economía Industrial (2002), p. 163.

Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento 426 de 28-dic.-2006.

Proyecto del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e innovación, aprobado en segundo debate por la Asamblea Nacional. Con fecha 13 de Octubre de 2016 el texto fue enviado al Ejecutivo.

Roya Ghafele. “Cómo reflejar el valor de la propiedad intelectual en los informes de contabilidad.” Economista Adjunta, Departamento de Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico OMPI, p.3.

Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, El régimen andino de la propiedad industrial. Decisiones 344 y 345 del acuerdo de Cartagena. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995. pg.62.

Marco Jardim S. de Carvalho. “La Marca en Relación con su Función Social”, dentro del libro titulado: “Derechos Intelectuales”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2008, p. 167.

Sección 103 de la Ley de Patentes. Obtenido de: www.uspto.gov.

Reparación integral: una mirada desde el derecho civil y el derecho penal

Iván Saquicela Rodas*

Resumen:

La reparación integral es sustancial y de actual debate, sobre todo porque si algo da sentido y eficacia a un sistema de justicia es la reparación del daño; hacemos un estudio desde la óptica civil y penal. En lo que respecta a las actividades empresariales sin duda alguna entrañan riesgos, muchos de los cuales son previstos por la empresa; los daños no son ajenos a su dinámica, al provocarse podrían dar lugar a acciones penales o civiles y su respectiva reparación. Hoy existen nociones y componentes diferentes sobre la reparación integral, lo cual causa preocupación teórica y práctica en lo que respecta a los acercamientos y distancias entre los ámbitos civil y penal; en definitiva, asistimos a un redimensionamiento de la reparación integral que debe ser considerada doctrinaria y jurídicamente.

Palabras clave: Daños, reparación integral, víctima, riesgos en la empresa, reparación penal y reparación civil.

Sumario:

Introducción; 1. Derecho económico constitucional; 2. La responsabilidad civil y el derecho de daños; 3. Noción de daño; 4. El derecho de daños en las actividades empresariales; 5. Responsabilidad civil y responsabilidad penal; 6. La reparación integral

* Abogado de los Tribunales de Justicia de la República, Diplomado en Derecho Procesal, Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena, Master en Ciencias Penales y Criminológicas; Doctorando en la Universidad Católica de Buenos Aires (UCA) Concejal de Cuenca, Fiscal de Cuenca, Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Docente Universitario en la Universidad Católica de Cuenca y en varias universidades del país en maestrías. Docente de la Escuela Judicial y Escuela de Fiscales. Autor de varias publicaciones y ensayos.

Introducción

Los filósofos, los juristas, los abogados y todo aquel que se preocupa por el estudio del Derecho se ha preguntado en una u otra forma sobre los fines de un ordenamiento jurídico en la sociedad. Dichos fines son amplios, diversos, se suele dar primacía, cuando menos como aspiración o fin supremo, a la justicia, pero también a la paz, la seguridad jurídica, la armonía social, el orden, entre otros.

Un aspecto que es de lo más relevante y que dota de sentido al Derecho, al sistema de justicia mismo, es la reparación a una persona que recibe un daño. En el antiguo Derecho Romano había tres principios no solo jurídicos, diríamos de convivencia, de buena convivencia y justicia: no hacer daño a nadie, vivir honestamente, dar a cada uno lo que es suyo. Es decir, si haríamos un esfuerzo por condensar al máximo el Derecho, bien podrían estar, entre otros principios, esta suerte de máxima que implica no hacer daño a nadie, vivir honestamente y dar a cada uno lo suyo, aspectos que competen no solo a abogados y togados, sino a todo ciudadano de bien.

Particular importancia tiene para el objeto de este estudio el principio "*alterum non laedere*", no hacer daño a nadie, es no solo un principio del Derecho, es una máxima universal de conducta que entraña justicia. Una persona al respetar las normas, al no hacer daño o afectar a otra persona actúa con justicia en su proceder. Es decir, el "*alterum non laedere*" es de los aspectos más importantes en el Derecho, pero no solo como principio de no hacer daño a nadie, pues se debe prevenir para no dañar a otra persona, pero de llegarse a concretar ese daño, lo que corresponde es indemnizar, reparar el daño provocado.

De esta manera, entendemos que el llamado Derecho de Daños tiene una importancia crucial en el derecho y en el sistema de justicia, estaría presente en toda relación jurídica o relación humana que provoque consecuencias jurídicas. En la sociedad, y más aún con la evolución en diferentes ámbitos como el estado, la empresa, la tecnología, los servicios, los negocios, las necesidades o prestaciones para satisfacer necesidades, crecen los riesgos y las posibilidades de que se provoque daños.

En el Derecho de la empresa, sin duda, no puede resultar ajeno el Derecho de daños y su tratamiento, este ensayo tiene por objeto de estudio el derecho de daños, particularmente la reparación integral en relación con el mundo de la empresa, con el Derecho de la empresa.

1. Derecho económico constitucional

Cuando miramos la Constitución podemos apreciar que hay diversos aspectos macros de los que se ocupa, entre ellos uno sustancial para la sociedad es la economía. Así entonces, podemos hablar de una constitución económica; es decir, nos referimos al conjunto de principios, valores y normas jurídicas, que establecen los aspectos que orientan o gobiernan la actividad económica del país, las relaciones entre los particulares y el Estado y los derechos y obligaciones en relación con esta actividad social.

Es imperioso preguntarse cuál es la razón de ser de la constitución económica, en buen romance las razones por las que una norma constitucional se ocupa de regular la economía del país.

La respuesta la podremos encontrar en la necesidad de ajustar los vicios y desequilibrios que produce el mercado, la no intervención del estado. El "*laissez faire, laissez passer*", expresión francesa que significa "dejar hacer, dejar pasar" tuvo enorme incidencia en los diversos países del mundo, implica que el estado no interviene en el mercado, es mejor dejar hacer y dejar pasar que el mercado se

regula a sí mismo. Sin embargo, las desigualdades económicas y sociales, la aplicación positivista o fría y automática de la norma jurídica se distanciaba cada vez más de la realidad, de modo que el estado de derecho no daba ninguna respuesta a los problemas sociales. Nosotros decimos, el Derecho no puede ser mirado desde una perspectiva meramente mecanicista y técnica cerrando los ojos a la realidad económica y social.

Esta es la razón de ser del llamado Derecho Económico; en el estado liberal como resultado del pensamiento que inspiró la revolución francesa, la libertad y la igualdad también estaban presentes en los aspectos económicos de la sociedad, en otras palabras, las ideas filosófico-políticas que se propugnaban para la sociedad traían aparejados ciertos patrones económicos.

Así, en estas condiciones, es lógico que la intervención del estado en materias económicas no tiene ninguna cabida, en aras de la libertad de escogencia y ejercicio de las actividades económicas se colocó al estado en la posición de simple espectador-vigilante, que debía actuar únicamente para reprimir cualquier intento de violación de las reglas del juego por parte de alguno de los protagonistas de la actividad económica. (Gacharna, 1982, pág. 113)

La realidad contrasta con la teoría, un estado cuya función en la economía es abstencionista o meramente contemplativa no consigue que el mercado se regule a sí mismo, menos obtener un mercado perfecto con una justa distribución de la riqueza, mermando las desigualdades sociales y conseguir bienestar colectivo.

En consecuencia, se vuelve necesario el Derecho Económico, entendido como el conjunto de principios y normas jurídicas que en primer término reconocen las relaciones patrimoniales en relación al modelo económico de un estado, se reconocen la propiedad, la libertad de empresa, la libertad de contratación y el derecho de daños. Así, resulta que tiene un objeto muy amplio, pues hay aspectos de relación económica en varias disciplinas del Derecho, como el

Derecho Societario, Laboral, Financiero, Tributario, etc. En todo caso, si bien termina en relación con otras disciplinas su interés no es la relación laboral o la tributaria, por ejemplo, sino solamente los aspectos económicos. En definitiva el Derecho Económico reconoce y legitima derechos en relación a la economía de las personas y su relación con el modelo económico del estado.

La Constitución del Ecuador se refiere a los derechos económicos, en el artículo 66 numeral 4 reconoce en forma expresa y tajante la igualdad formal y material de todas las personas y prohíbe toda forma de discriminación; es decir, de cualquier elemento que pueda afectar la igualdad.

Si partimos de esta igualdad reconocida constitucionalmente, en tratándose de aspectos económicos o, si se quiere, de la constitución económica, se reconoce la libertad de empresa, lo cual implica que las personas tienen derecho en condiciones de amplia libertad a emprender actividades económicas. El artículo 66 numeral 15 de la Constitución determina: “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”.

Claro está, que ningún principio y derecho son absolutos y que los límites tienen que ver con el interés colectivo y ciertos valores, en términos de nuestra constitución el límite de la libertad de empresa es la solidaridad, la responsabilidad social y ambiental. En otras expresiones, las personas pueden emprender libremente cualquier actividad económica, con la sola restricción o imposición de que haya solidaridad, responsabilidad social y ambiental. Por su parte el artículo 66 numeral 16 *ibídem* reconoce el derecho a la libertad de contratación, de la misma manera este derecho nace de la libertad y la igualdad que garantiza la constitución, es congruente. El numeral 26 del mismo artículo reconoce el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

Recordemos que la misma constitución en el artículo 283 determina que: “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”

Esta última disposición constitucional es relevante, se ha de considerar que define en forma clara al sistema económico como social y solidario, por tanto los derechos en relación a la economía deben ejercitarse en ese marco de la responsabilidad social y la solidaridad, sin soslayar que reconoce al ser humano como sujeto y fin. De la misma manera la norma constitucional dispone que el sistema económico debe propender a una relación dinámica y de equilibrio entre la sociedad, el estado y el mercado, lo cual supone la participación de la empresa y las actividades económicas del estado y del sector privado en una sinergia y equilibrio en sus relaciones dinámicas, pero además considera a la sociedad dentro de esta relación. Esta norma de rango constitucional que, como hemos dicho, define el sistema o modelo económico del Ecuador, tiene su incidencia en los derechos económicos que reconoce la constitución, nos referimos a la libertad de empresa, a la libre contratación y al derecho y acceso a la propiedad.

2. La responsabilidad civil y el derecho de daños

La llamada responsabilidad civil fue incorporada en el siglo XVIII, pero en el siglo XIX es cuando se desarrolla el concepto y la legislación, la idea sustancial de acuerdo a la época, es la determinación del responsable; es decir más que la víctima lo que interesa es la atribución de esa responsabilidad en consideración a la culpa, la víctima estaba olvidada. Se sostiene que la revolución industrial y el capitalismo contribuyeron en importante y determinante forma en el Derecho, particularmente en lo que dice relación con la

responsabilidad cuya reparación era para determinados y precisos perjuicios y siempre que se cumplieran los presupuestos exigidos como la culpabilidad y taxatividad, actualmente se amplía el panorama, se mira a la víctima y se consideran nuevos aspectos victimizantes o agentes dañadores.

En otras palabras, la responsabilidad civil o por daños tenía un sistema cerrado, la prioridad era el derecho subjetivo patrimonial, sin estos aspectos no podía hablarse de responsabilidad. En los tiempos que vivimos se habla de derecho de daños, evidenciando que su noción es más amplia que la responsabilidad taxativa, el daño no se circunscribe a lo patrimonial, se privilegia a la víctima, la responsabilidad puede presentarse por la vulneración de un derecho subjetivo o aun sin este derecho siempre que haya el daño a un interés legítimo.

Así, estamos frente a un desplazamiento desde la culpabilidad como paradigma excluyente hacia un esquema bipolar donde la culpa comenzó a compartir el escenario con el riesgo creado y otros criterios o factores objetivos de atribución, herramientas necesarias para dar vida a un sistema que comenzaba a orientarse hacia la protección de los débiles sin considerar su posición en la relación obligacional. (Ubiría, 2015, pág. 68).

Debemos destacar que la evolución social en sus diversos aspectos incide en las instituciones jurídicas, en este caso los avances de la ciencia, tecnología, el crecimiento urbano, la producción en gran escala, la economía de mercado y el crecimiento de las necesidades de la población provoca el incremento de riesgos para provocar daños, más aun cuando una aspiración de los ciudadanos de hoy es la seguridad integral, seguridad a todo nivel, hagamos lo que hagamos, a donde vayamos, lo que adquiramos o usemos nos hace exigir seguridad. A nivel de la empresa, por ejemplo, sus actividades generan riesgos en diferentes ámbitos, que pueden un momento dado provocar daños.

Entonces, el derecho de daños está más allá de la sola responsabilidad civil limitada a ciertos tipos previstos en la ley, se amplía según las condiciones sociales, debe adecuarse la normativa jurídica a esta realidad para ser congruente y ser útil a los requerimientos sociales de estos tiempos.

Sin embargo, la doctrina señala que se debe tener cuidado en un ensanchamiento excesivo del derecho de daños que más bien afectaría no solo a la disciplina jurídica sino a la sociedad, que daría paso a abundantes reclamos de perjuicios por los más amplios motivos. Expresado de otra forma, el derecho debe dar respuesta cuando hay daños, pero no a cualquier daño, sino a aquel que tenga relevancia jurídica y que cumpla ciertos presupuestos.

En lo que respecta al mercado, no sería correcto que el derecho de daños supere su función resarcitoria y preventiva y que cumpla funciones como propiciar o garantizar un óptimo mercado, pues su finalidad puede ampliarse pero sin perder su naturaleza que es el daño injusto, eso le es propio a esta materia. En relación a las actividades empresariales no sería conveniente que se afecte su desarrollo y dinamia que le es propia al establecer obligación de reparar todos los daños que puedan provocarse por irrelevantes que sean.

3. Noción de daño

Es pertinente recordar el principio del Derecho Romano que aún tiene tanta vigencia y vigor “*alterum non laedere*”, no hacer daño a nadie, es la preocupación, la advertencia sobre el actuar humano que se constituye en un principio para todos en la vida social. El daño, en consecuencia, es el presupuesto principal para la responsabilidad y el resarcimiento.

En el Derecho Civil debe comprobarse el daño causado a la víctima, sin el daño no puede tener sentido la responsabilidad ni el resarcimiento, sin daño no hay acción para reclamar. Se entiende por

daño el perjuicio o detrimento que sufre un individuo, en términos amplios no es solo económico, puede ser moral o patrimonial. Mas estrictamente el daño, conjuntamente con el acto dañoso y la anti-juridicidad son los presupuestos para la responsabilidad y la consecuente reparación; el daño es el primer presupuesto que se debe revisar, el perjuicio el primer elemento del daño ilícito.

El daño, cabalmente, ha dado la denominación a la asignatura, aun cuando hay quienes prefieren seguir con la denominación de la responsabilidad civil para no dejar de lado los otros componentes de la responsabilidad, parecería ser que el daño es lo que destaca y es el punto de partida para la misma responsabilidad. El daño puede ser patrimonial o moral y puede provocarse por dolo, culpa, fuerza mayor o caso fortuito.

Decíamos ya que no todo daño es resarcible, no todo daño es considerado relevante para el Derecho y amerita resarcimiento, sino solo cierto daño que es el resarcible.

En primer término el daño debe ser cierto, pues se debe comprobar que se produjo en la realidad, no cabe un supuesto o una hipótesis. Para que a alguien se le pueda imputar o atribuir el daño es menester que haya una relación de causalidad entre el acto y el daño resultante, pero antes de nada se debe verificar el daño al margen de los otros presupuestos. Por fin, en este punto un asunto procesal importante es la probanza, el llevar al juzgador elementos de convicción sobre el daño.

En doctrina se suele hablar de la subsistencia del daño, lo cual implica fundamentalmente que si ha sido reparado por el victimario no tiene sentido ya reclamar la reparación de dicho daño, pero subsiste el daño cuando ha sido la víctima o un tercero, como la empresa aseguradora la que ha reparado, pues se mantiene la responsabilidad del victimario, el daño subsiste.

De otra parte, el daño debe ser causado al titular del bien jurídico tutelado o a quien sufre el daño en su interés o derecho subjetivo, se suele hablar de daño directo, que será este primer caso, pero también de daño indirecto, esto es cuando el suceso fáctico ataca a los bienes de una persona, pero el resultado dañoso afecta a otra.

Jaime Fernández Madero, dice que el daño debe ser personal del reclamante, que desde la óptica procesal uno de los requisitos de resarcibilidad del perjuicio es que debe ser propio del accionante. (Madero, 2010, pág. 52). Sin embargo, que el mismo autor reconoce que es un asunto procesal, que es un aspecto de legitimación a los efectos del ejercicio del reclamo, lo incorpora dentro de los presupuestos o componentes del daño como tal.

El daño debe ser la afectación a un bien jurídico, un derecho subjetivo o incluso un interés legítimo. Cabe resaltar que el concepto tradicional de la responsabilidad civil consideraba al derecho subjetivo lesionado, en el actual entendimiento del derecho de daños se incorpora además todo interés de un individuo que sea legítimo así sea difuso.

Esta concepción mira a la víctima, la fortalece, la saca del olvido y abandono. Antes importaba solamente el derecho subjetivo y la relación causal con el victimario, ahora puede ser un interés legítimo de la víctima, para que cabalmente no quede impune un daño cierto y subsistente que se ha provocado.

Un aspecto sustancial en el derecho de daños es la imputación o la atribución a una persona concreta que con su actuar haya causado el daño, de modo que otro componente para que el daño sea resarcible es que haya una relación causal relevante entre el acto de la persona y el daño provocado.

4. El derecho de daños en las actividades empresariales

Hemos señalado que el desarrollo social, empresarial, tecnológico, en definitiva el avance en la sociedad hace que existan diferentes y mayores riesgos y por tanto se pueden provocar daños que deben ser resarcidos. En las empresas se usan máquinas, tecnologías y procesos para la producción o comercialización de los productos, de otra parte la empresa vincula a muchas personas en su tarea, siendo físicamente imposible tener un control sobre todos, lo que hace que puede acrecentarse el riesgo de provocar daños y la consecuente obligación de reparar.

Un aspecto de relevancia es que cuando la que provoca el daño es una persona natural generalmente el criterio de imputación ha sido el subjetivo, la culpa; en tanto que cuando se trata de la empresa, como no es una persona natural, los criterios para la atribución de responsabilidad no pueden entenderse en los mismos términos sino que prima el criterio objetivo. Claro está, y hemos manifestado, que los criterios para la imputación son más amplios, superan la subjetividad de la culpa, se consideran criterios objetivos o incluso el interés legítimo de la víctima, como la llamada pérdida de la chance; pero lo que destacamos es que precisamente en la actividad empresarial es donde se van aplicar estos criterios. Así, una empresa que está construyendo un edificio, una vía pública o un puente va a tener responsabilidad objetiva por los daños que causa a otras personas con ocasión de esa obra o construcción, independientemente de que la empresa no sea la directamente causante del daño, o incluso si existe una empresa subcontratada, lo que interesa es que la empresa es la que ha creado el riesgo, la que debe responder objetivamente.

De un lado se puede mirar como positivo porque la víctima va a ser reparada por el daño causado, el hecho de que haya una respuesta hace que el derecho y el sistema de justicia sean eficaces, más todavía cuando la víctima no tiene la carga de la prueba sobre la relación de causalidad o la culpa misma, sino que tiene derecho a recibir una indemnización por el daño real que en efecto se produjo,

no queda en la impunidad un daño como consecuencia de que se ha diluido la responsabilidad. Empero, y de otro lado, se podría pensar que hay que tener cuidado con un ensanchamiento excesivo del derecho de daños en las actividades empresariales, se ha de considerar que no todos los daños son de relevancia jurídica y resarcibles, de lo contrario se haría imposible la actividad empresarial y su dinámica. De hecho en la vida práctica las empresas conocen de sus riesgos, los hacen parte de sus costes en producción, algunas veces es posible pasar el coste al comprador o consumidor, suelen tener asegurados varios aspectos de su actividad; en definitiva la empresa está consciente de los daños que puede provocar y de la posibilidad real que tiene de indemnizar, pero insistimos, la anchura del derecho de daños puede llevar a distorsiones en las relaciones empresariales, haciendo que demasiados y no relevantes aspectos sean resarcibles, y que las empresas no puedan desarrollar su actividad en forma normal y dentro de parámetros y normas racionales y proporcionadas en relación a los daños que deba reparar.

Hoy en día se habla de la llamada teoría del “riesgo de empresa” como factor de atribución de responsabilidad, lo que quiere decir que quien emprende una empresa o un negocio sabe que existen ciertos riesgos y debe correr con ellos, responder por ellos. Una actividad económica, o toda actividad económica implica la creación de un peligro para la vida social, existe la posibilidad real de que con la actividad empresarial se provoque daños, y es el empresario el que bajo el concepto de “riesgo-provecho” debe asumir la reparación.

El Derecho de daños, cuya denominación obedece a una concepción que supera la responsabilidad civil, ha reformulado el problema de la atribución de responsabilidad, deja de lado el criterio de la culpabilidad, incluso los criterios objetivos para acudir a una justificación o un contenido puramente económico que, como hemos señalado ya, tiene que ver con el “riesgo de empresa”. Empero, una de las preocupaciones o cuestionamientos que se hace tiene que ver con la determinación del cuando y como la empresa debe asumir la responsabilidad de manera justa, reiteramos que existe un riesgo en

la actividad de la empresa por la naturaleza misma de las actividades, pero que no es conveniente ampliar sin límites los supuestos de responsabilidad en la empresa.

Por otra parte en el Ecuador se halla vigente la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, (en adelante LORCPM) de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 "...tiene por objeto evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible..." Entre sus principios constantes en el artículo 4 determina al ser humano como sujeto y fin del sistema económico; el impulso y fortalecimiento del comercio justo para reducir las distorsiones de la intermediación; la necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes.

La LORCPM en concordancia con la Constitución del Ecuador busca un sistema económico social, solidario y sostenible, mercados eficientes y comercio justo, como objetivo final la protección de los derechos de consumidores y usuarios y el bienestar general. Pare ello, entre otras cosas, busca evitar y corregir las distorsiones y abusos que puedan presentarse en el mercado, pero también sancionar ciertas prácticas que afectan precisamente a la eficiencia económica y al bienestar general, conductas que además pueden provocar daños resarcibles.

El artículo 9 de la LORCPM determina que constituye infracción a esta ley y está prohibido el abuso del poder del mercado, cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente la eficiencia económica o bienestar general.

De modo general se debe puntualizar que las conductas de abuso del poder del mercado no tienen la rigurosidad del tipo penal, la ilicitud administrativa es de una textura abierta, no hay la exigencia de “nullum crimen nulla poena, sine lege previa”. A manera de ejemplo citamos algunas infracciones administrativas:

Art. 9 numeral 2

“Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor”

Art. 9 numeral 5

“La alteración injustificada de los niveles de producción, del mercado o del desarrollo técnico o tecnológico que afecten negativamente a los operadores económicos o a los consumidores”

En lo que respecta a acuerdos y prácticas restrictivas podemos señalar, entre otras:

Art. 11 numeral 1

“Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto”

Art. 11 numeral 3

“El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas”

Art. 11 numeral 5

“Restringir el desarrollo tecnológico o las inversiones”

La LORCPM, como hemos ejemplificado contiene estas y otras infracciones administrativas para cumplir su objeto; la comisión de estas estas infracciones que tienen que ver con el abuso de poder del mercado, competencia desleal, etc., pueden provocar daños resarcibles; es decir hace posible y viable la reclamación para conseguir la reparación por los daños y perjuicios que se han provocado.

Las normas que rigen la comisión de conductas que causan perjuicios son las comunes, lo que implica que deberá verificarse el daño provocado y la responsabilidad de la empresa, bajo las mismas normas del Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, hoy COGEP.

En efecto el artículo 71 de la LORCPM señala:

“Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, conforme las normas del derecho común. La acción de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción”

5. Responsabilidad civil y responsabilidad penal

Desde hace mucho la doctrina se ha preocupado por hacer diferencias entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, nosotros haremos mención a este aspecto solamente para entender lo que tiene que ver con la reparación integral en uno y otro campo. El delito genera obligaciones civiles, o dicho de otra manera la obligación de reparar a la víctima, sin embargo en el derecho civil también hablamos de víctima y de la obligación de reparar cuando se causado un daño, así ambos ámbitos del derecho se ocupan de la víctima y de la reparación.

En cuanto a la responsabilidad penal está claro que ésta se produce solamente cuando una persona ha adecuado su conducta a una acción típica y antijurídica, y cuando ha actuado con dolo o culpa, además que debe ser una persona imputable, la responsabilidad es personal. El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 18 determina que la infracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este código, el artículo 26 ibídem determina que actúa con dolo la persona que tiene el

designio de causar daño, y el artículo 27 *ibídem* que actúa con culpa la persona que infringe un deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde produciendo un resultado dañoso. El artículo 29 del COIP señala que para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido; y por fin el artículo 34 del mismo COIP dispone que para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. En conclusión, para que una persona responda penalmente debe adecuar su conducta a un acto típico, y antijurídico, ser responsable y actuar con dolo o culpa. La tipicidad en materia penal es estricta, rige el principio de legalidad, esto es que no existe delito ni pena sin previa ley, los tipos penales describen la conducta del hecho punible, los elementos constitutivos del tipo.

Tradicionalmente el derecho penal se ha olvidado de la víctima, no ha buscado que ella sea reparada sino más bien se ha preocupado de la pena, de castigar o sancionar al delincuente. Así se ha cuestionado el ostracismo al que ha sido condenada la víctima en razón de la preocupación preponderante por el castigo, por el delincuente. Sin embargo en la actualidad una preocupación de la comunidad internacional es revertir la tradicional marginación de víctimas de delitos en los sistemas judiciales de los estados, con la finalidad de atender simultáneamente la necesidad de reparación de la víctima, la rectificación de la conducta delictiva y la prevención de su repetición, se busca priorizar la justicia restaurativa con miras a lograr el balance entre la víctima, el infractor y la comunidad. (Aromi, 2013, pág. 113).

La responsabilidad civil, en tanto, surge como consecuencia del daño que se ha provocado a alguien, daño que se le atribuye a una persona determinada, la función principal del derecho de daños, aun cuando hoy se señala la prevención, es la indemnización o reparación del daño causado, recordemos el principio del derecho romano "Alterum non laedere"; es decir el imperativo de no hacer daño a nadie, y quien hace ese daño tiene el deber de reparar.

Se han ensayado diferenciaciones entre el dolo y la culpa civil y el dolo y la culpa penal, como si hubiera un dolo y una culpa para cada materia; sin embargo en la actualidad ya no se discute aquello, pues existe casi un consenso de que existe un solo dolo y una sola culpa, y que son más bien las consecuencias jurídicas las diferentes según la materia y éstas tienen que ver con una decisión política del legislador, y de política criminal. Pero en lo que sí existen diferencias, ciertamente, es en la estructura misma de la responsabilidad; en lo que a la responsabilidad civil respecta es de una textura mucho más abierta, no hay la rigidez de la tipicidad penal, pues sencillamente no cabe que el legislador prevea todas las conductas posibles que causen daños, en consecuencia no existe tipicidad desde el punto de vista que se describa cada conducta que provoque daños con todos los elementos constitutivos de dicha conducta. Así mismo en materia penal debe demostrarse el nexo causal para que le sea imputable una conducta, claro está no nos referimos al puro causalismo sino a los criterios para imputar que parten de la relación causal; en tanto que en el derecho de daños de la misma forma este aspecto es abierto o flexible, apenas se requiere criterios objetivos o incluso el criterio del riesgo empresarial.

Al respecto citemos algunas normas del COIP

Art. 25.- *“Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes.”*

Art. 13.- *“Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es respetando el sentido literal de la norma”*

Por su parte el artículo 2229 del Código Civil determina que:

Art. 2229.- *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Están especialmente obligados a esta reparación:*

1. *El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente;*
2. *El que dispara imprudentemente una arma de fuego;*
3. *El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche...”*

Así entre las diferencias principalmente están:

- a) El ilícito penal requiere la “tipicidad”, el civil el “daño causado”; en consecuencia para que haya delito penal es necesario que el acto se subsuma dentro de alguna de las figuras previamente definidas por la ley conforme al principio *nullum crimen, nullum poena sine lege*; mientras que en materia civil no existe este catálogo previo de delitos y no se requiere por tanto la configuración particular de cada acto, sino que basta que haya una violación del orden jurídico realizado culpablemente y que de ella se derive un daño.
- b) El daño es un elemento propio del ilícito civil, lo cual no siempre sucede en el ámbito penal. De manera que en lo civil, para que exista obligación de indemnizar se exige la existencia de un daño causado a otra persona, lo que en cambio no es imprescindible penalmente, ya que existen delitos como la figura de la “tentativa” (artículo 39 COIP), que, en principio, se consuma sin que ocasione ningún perjuicio a otro.

Así, se colige que el derecho se ocupa de diferentes modos de los daños, menoscabo o perjuicios que se puedan causar a las personas. En la noción constitucional el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, en sus normas y diseño constitucional privilegia los derechos de las personas, los bienes jurídicos, tanto que el artículo 11 numeral 9 determina que el más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la constitución; por su parte el artículo 11 numeral 3 inciso último determina que todos los derechos serán plenamente justiciables, lo que significa, desde una visión no solo de derechos sino de daños,

que las personas tenemos la posibilidad de reclamar cuando se afectan nuestros derechos.

Sin embargo, hemos diferenciado el tratamiento que da el Derecho Civil en lo tocante a las normas para que una persona responda por los daños que provoca a otra, de la responsabilidad penal que tiene sus propias características pero que amerita también reparación del daño causado.

6. La reparación integral

Tanto en materia civil cuanto en penal existe la llamada reparación integral, en ambos ámbitos antes se limitaba al pago de los daños y perjuicios con sus componente del daño emergente y el lucro cesante, finalmente se reducía al aspecto material o meramente económico; en la actualidad se habla de reparación integral cuya noción y componentes rebasan el solo interés de la reparación económica.

La Corte Constitucional del Ecuador en diferentes sentencias se ha referido a la reparación integral, así, en una de estas sentencias ha dicho:

“La reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución. Adicionalmente, es un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de derechos; así, esta institución jurídica se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, siendo transversal el ejercicio de los derechos, así por ejemplo la obligatoriedad de la reparación para las víctimas de delitos penales” (Corte Constitucional, 2013).

De esta noción de la Corte Constitucional del Ecuador se desprende que no es un derecho limitado a las infracciones penales, tanto que dice se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional

ecuatoriano y que es transversal el ejercicio de los derechos. En otras palabras, cuando una persona se siente afectada en sus derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales, que también lo reconoce la misma constitución, es titular de un derecho, cual es la reparación integral, pero este derecho no está limitado al ámbito de las infracciones penales, pues la Corte Constitucional solamente ejemplifica la obligatoriedad de la reparación para las víctimas de delitos penales.

Se debe hacer notar que el artículo 78 de la Constitución se refiere únicamente a las víctimas de infracciones penales, esta norma no considera a las víctimas en términos amplios, como aquella persona a la que se le irroga un daño o recibe menoscabo en sus derechos. El artículo 78 mentado determina:

Art. 78.- “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado”.

Esta disposición constitucional se encuentra dentro de los derechos de protección, por ello se refiere a las víctimas de las infracciones penales, más no a las víctimas en general de daños. **Al respecto la Victimología considera víctima a toda persona que recibe un menoscabo, no solo a la víctima codificada;** la norma constitucional del Ecuador debía en este sentido ser amplia y al referirse a las víctima considerar tales a todas las personas que reciben un agravio o menoscabo en sus derechos.

El COIP en forma expresa se refiere a la reparación integral y determina los componentes de dicha reparación, se encuentran la restitución, rehabilitación, las indemnizaciones de daños materiales

e inmateriales, las medidas de satisfacción o simbólicas, las garantías de no repetición.

De conformidad con el artículo 78 del COIP las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son:

1. La restitución: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad así como al restablecimiento de los derechos políticos.

2. La rehabilitación: se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines.

3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.

4. Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica.

5. Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género. En materia penal, entonces, la reparación integral está claramente determinada, más aun cuando la víctima es un sujeto procesal.

EL COIP, en su artículo 622 determina los requisitos de la sentencia, esta norma dispone que la sentencia escrita debe contener, entre otras cosas:

“...La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda...”

Lo curioso, por decirlo así, es que cuando el COIP se refiere en el libro III a la ejecución, en el desarrollo de sus normas no existe disposición alguna referida a la reparación integral sino solamente a la pena privativa de la libertad, tomando en cuenta que la constitución considera en forma específica a las víctimas, y considerando también que según el artículo 439 del COIP la víctima es sujeto procesal; en suma, pese a la importancia que se ha dado a la víctima finalmente no se la considera en la ejecución de la sentencia; una vez más la víctima está olvidada, cuando sería tan necesario su participación como verdadero sujeto procesal. No es errado afirmar que un tema en plena discusión actual es lo que dice relación con la víctima y más todavía con la reparación integral, lo central de la discusión es determinar el alcance de sus poderes en relación a los fines del procedimiento penal; es necesario definir el nuevo perfil de la víctima, determinar si queremos verla como un sujeto del proceso con facultades dispositivas o si queremos mantenerla en el rol de un simple “colaborador” del Ministerio Público o Fiscalía. (Bovino, 2012, pág. 55).

De otra parte en materia civil, de conformidad con el artículo 2214, el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasi delito.

El artículo 2229 por su parte señala que:

“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta...”

El Derecho Penal, insistimos, tradicionalmente se ha ocupado más de la pena privativa de la libertad que del resarcimiento de daños y perjuicios, no obstante hoy existen otros criterios y otras normas como la reparación integral, que provocan algunos acercamientos con el Derecho de daños, pero también algunas oscuridades. Así, es un criterio tradicional decir que el ilícito penal afecta a toda la sociedad, y que entonces interesa la pena, en cambio en el ámbito civil no es afectada la sociedad, sino una persona concreta a la que se le causó daños; empero hoy el COIP dispone la reparación de daños y perjuicios a una persona particular, a la víctima, y allí hay un acercamiento con el derecho de daños, donde sí interesa el daño causado y la reparación en consideración al perjuicio.

En materia civil, cabalmente, la reparación se fija por la extensión del daño ocasionado a la víctima, con prescindencia de la mayor o menor culpabilidad del autor, en tanto que en materia penal, en lo que respecta a la pena, se tiene el principio de proporcionalidad, lo que implica en buen romance considerar la gravedad del hecho, la peligrosidad del autor, las agravantes y atenuantes, etc. Cuando se declara en sentencia que existe un delito y la responsabilidad del procesado, es la víctima la que tendría la acción por daños y perjuicios en vía civil, en un proceso distinto a la acción penal que corresponde al estado a través de Fiscalía, según las normas del Código Civil.

Según las normas del COIP el mismo juez penal es quien ordena la reparación integral, donde debe determinarse (art. 622, numeral 6) el monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios; en definitiva es el juez penal quien

fija los daños y perjuicios, o se encarga del derecho de daños, de ordenar la reparación que es una obligación que nace del delito. Sin embargo los criterios que usa el juez penal son disímiles, criterios diversos del derecho de daños en el entendimiento del juez civil.

En materia civil la reparación es amplia, siendo así se puede pagarse por daños ajenos, lo que puede presentarse con frecuencia en las empresas, y recordemos que los criterios para la imputación y responsabilidad también son amplios, no es la sola culpa, hay criterios objetivos y criterios de riesgo de la empresa. El artículo 2215 Código Civil determina que puede pedir indemnización no solo el dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido daño, sino el usufructuario, habitador, usuario, etc. El artículo 2216 ibídem señala que están obligados a indemnizar el que hizo daño y sus herederos; y se encuentra prevista la responsabilidad de los hijos menores, de los empleados domésticos, etc.

Algo importante que se mantiene en el Código Civil es lo que manda el artículo 2230. Art. 2230:

"La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente"

En tanto que el COIP determina en su artículo 11 como derecho de las víctimas:

Art. 11 numeral 5:

"A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión"

Art. 11 numeral 12:

"A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana"

Cuando se habla de reparación integral como consecuencia del delito, se discute si debe ser resuelta en el mismo proceso penal o debe tratarlo un juez civil, pero no solo como aspecto jurisdiccional o de competencia, sino por la naturaleza de la reparación; es decir la interrogante a resolver es si se trata de un derecho subjetivo del cual incluso puede disponer el ofendido y rige la autonomía de la voluntad para demandar o no civilmente, o si se trata de un derecho con connotación social y por tanto el derecho penal, propiamente el juez penal debe tratarlo, en cuyo caso ya no es un derecho subjetivo o pertenece al derecho privado sino estaría relacionada con la pena, con el rol del sistema penal y la forma de entender la función del derecho penal que debe no solo castigar al delincuente sino reparar a las víctimas.

Aparecen algunas preocupaciones cuando se habla de la reparación como una posible tercera vía del sistema penal, se escuchan cuestionamientos en relación a la confusión que habría entre la acción civil y la penal, algunos sostienen que asistimos a una privatización del derecho penal, mientras que otros sustentan que de lo que se trata es de oficializar el derecho reparatorio. Estas objeciones requieren una lectura diferente. En la búsqueda de la adecuación del “sistema penal” a los principios del “sistema constitucional” la reparación toma una nueva ubicación en el sistema jurídico-penal. (Aromi, 2013, pág. 102).

Conclusiones

Concluimos afirmando que la reparación integral es sustancial y de actual debate, sobre todo porque si algo da sentido y eficacia a un sistema de justicia, al menos desde la visión del ciudadano, es la reparación del daño que se le ha provocado; de esta manera cobra actualidad y vigor el principio *Alterum non laedere*.

Dicha reparación es preocupación tanto del derecho civil como del derecho penal, han existido tradicionalmente diferencias tanto

en la estructura de la infracción penal en relación a la conducta dañosa del ámbito civil cuanto en lo que respecta a la forma de entender la reparación. Empero, hoy en materia penal se ha avanzado en la noción y componentes de la reparación integral, lo cual causa preocupación teórica y práctica en lo que respecta a la ejecución para que no se confunda con la acción civil, en definitiva, asistimos a la posibilidad de un redimensionamiento de la reparación integral y de su relación con la reparación civil.

Por otra parte, destacamos que en el ámbito civil y en el penal existe una mayor preocupación por la víctima del daño causado, pero que todavía es menester fortalecer el rol de la víctima en el proceso judicial, aspecto que no es de fácil solución y existen criterios diversos y antagónicos.

Por fin, en lo que respecta a las actividades empresariales sin duda alguna entrañan riesgos, muchos de los cuales son previstos por la empresa. Los daños no son ajenos a las empresas, a sus actividades y su desenvolvimiento dentro del mercado, daños que al provocarse podrían dar lugar a acciones penales o civiles, pero en cualquier caso a la reparación. Es importante, entonces, que la sociedad de hoy no pierda de vista la importancia que tiene en la vida social y económica de un país la actividad empresarial, pero también el comercio justo, un mercado eficiente y economía solidaria, al tiempo de dar respuestas a los usuarios, consumidores y ciudadanos cuando sufren daños, pues finalmente el derecho persigue el bienestar general y la justicia que no puede soslayar la reparación integral a las víctimas de daños.

Bibliografía

Aromi, M. A. (2013). *Reparación del daño, tercera vía del sistema penal*. Argentina: Mave.

Bovino, A. (2012). *Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo*.

Constitucional, C. (2013). *Sentencia 004-13 SAN-CC*. Quito.

Gacharna, M. C. (1982). *La competencia desleal*. Bogotá - Colombia: Temis.

Madero, J. F. (2010). *Derecho de Daños*. Buenos Aires - Argentina: La Ley.

Ubiría, F. A. (2015). *Derecho de daños en el Código Civil Comercial de la Nación*. Buenos Aires - Argentina: Abeledoperrot.

Leyes

Constitución del Ecuador

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

La Recaudación Tributaria

*César Parra Campoverde**

Resumen:

La recaudación tributaria, que realizan los distintos organismos públicos establecidos en nuestra legislación, y que constituyen el haber del Estado, cuyos recursos buscan financiar el gasto público, y satisfacer las principales necesidades de los ciudadanos, a través de obras y servicios, tienen como único objetivo, procurar el bien común de todos, conocido como derechos del buen vivir o sumak kawsay.

Por ello, analizaremos los conceptos generales en que consiste la recaudación tributaria, con énfasis en las normas legales ecuatorianas, y su relación con la empresa, la misma que frente a ésta, tiene obligaciones que cumplir, so pena, de ser sujeto del inicio de acciones legales en su contra, por parte de las Instituciones Públicas acreedoras de los tributos.

Palabras clave: *Recaudación, tributos, impuestos, tasas, contribuciones, obligación tributaria, hecho generador, sujeto activo, sujeto pasivo, administración tributaria, contribuyente, sociedad, acción coactiva.*

Sumario:

1. Introducción; 2. La Recaudación Tributaria Nociones Generales y Legales; 3. La Recaudación Tributaria Marco Conceptual y Jurídico Ecuatoriano; 4. La Recaudación Tributaria Dentro de la Empresa Ecuatoriana; 5. Conclusiones.

* Abogado-Universidad Católica de Cuenca, Doctor en Jurisprudencia-Universidad Católica de Cuenca, Especialista en Derecho Tributario, Aduanero, Comercio Exterior e Integración-Universidad Central del Ecuador, Especialista en Ciencias Penales y Justicia Indígena-Universidad Regional Autónoma de los Andes, Magíster en Derecho Societario, Financiero y Mercado de Valores-Universidad Central del Ecuador, Magíster en Ciencias Internacionales-Instituto de Ciencias Internacionales-Universidad Central del Ecuador, Magíster en Derecho Penal y Criminología-Universidad Regional Autónoma de los Andes, Departamento Jurídico y de Coactiva Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE); hoy, Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), Ex Juez de Coactiva-actual servidor Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

1. Introducción

La recaudación de los tributos, que dentro de un país es de gran importancia y relevancia para su desarrollo, se constituye en la columna vertebral de la política fiscal, ya que a través de la recuperación de sus ingresos, se realizan obras y servicios públicos tendientes a satisfacer las principales necesidades de sus habitantes, que componen el principio constitucional del buen vivir.

Por ello, se analiza la recaudación tributaria, desde sus orígenes que datan desde la Antigua Roma, hasta la actualidad, desde el punto de vista conceptual, doctrinario y normativo dentro de nuestra legislación, lo que nos dará una clara visión del ejercicio de la aplicación de la recaudación, y al mismo tiempo ofrecer un aporte al sector empresarial, de cuáles son sus principales obligaciones tributarias, así como también las responsabilidades en las que estarían inmersos en caso de incumplimiento de éstas, llegando a establecer alternativas de solución.

Por otra parte, La ley es la facultad de establecer, modificar o extinguir tributos, por lo que dicho elemento es exclusivo del Estado, en consiguiente no hay tributo sin ley, "Nullum tributum sine lege".

En este contexto, el artículo 300, de la Constitución de la República del Ecuador exhorta: "el régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos."

2. La recaudación tributaria Nociones generales y legales

“El primer paso que hay que dar antes de comenzar a descubrir el significado del término recaudación es determinar su origen etimológico. Así, hay que saber que procede del latín, exactamente de la palabra “recapitare”, que puede traducirse como “recoger una suma concreta de dinero” y que está formada por dos partes diferenciadas: el prefijo “re-”, que es sinónimo de “hacia atrás” o “intensificación”, y el verbo “capitare”. Este es equivalente a “pagar la capitación”¹, “que era un impuesto de la Antigua Roma, que englobaba varios tipos de tasas y variaba de una región a otra. Era de tipo personal e individual en las ciudades. En el ámbito rural era una base tributaria que servía para efectuar el cálculo del impuesto territorial. Actualmente ya no está en uso”².

Así, según el Diccionario Jurídico Espasa, “RECAUDACIÓN, es la realización o cobro de los créditos y derechos que constituyen el haber del Estado y otras entidades públicas a través de los órganos administrativos que tienen atribuida la gestión recaudatoria. La recaudación puede realizarse en período voluntario o en ejecutivo o en vía de apremio”³.

La recaudación de los tributos, “cuya palabra proviene del latín tributum que significa carga, gravamen, imposición; y que aparece como tal en el imperio romano, en el año 162 antes de Cristo”⁴, es de gran importancia y relevancia para el desarrollo de las naciones, “ya que de ella depende que cada cual pague los tributos que le corresponden, haciendo más justo al sistema tributario de un país.

¹ <http://definicion.de/recaudacion/>

² Georges Depeyrot, *Crisis e Inflación entre la Antigüedad y la Edad Media*. Barcelona, 1996. p. 25- Crítica

³ Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid España 2001, p. 1214

⁴ <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechotributario/2009/10/22/el-tributo-en-el-ecuador>

Además, gracias a la recaudación de los tributos se logran cubrir las cuotas que requiere el Estado para cumplir sus fines. Sea que en efecto los cumpla o no, todos estamos obligados al pago de nuestros tributos, esa es una obligación constitucional”⁵, así lo determina la Constitución de la República del Ecuador (CRE) en su artículo 83, “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: Numeral 15. Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley.”

La recaudación de los tributos debe estar enmarcada en la legalidad de sus procedimientos. La Administración Tributaria debe desarrollarse en dos vías: **Primero.-** en la legalidad de los tributos que se pretende recaudar, estos deben estar establecidos en una Ley, tal y como lo dispone el artículo 120, de la CRE, respecto de las atribuciones y deberes que tiene la Asamblea Nacional, que en su numeral 7, está la de “Crear, modificar o suprimir tributos mediante ley, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los gobiernos autónomos descentralizados...”, en concordancia con el artículo 3 del Código Tributario (CT) “Poder tributario.- Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos. No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes”. **Segundo.-** la función desempeñada por la Administración Pública, expresamente la Tributaria, debe guardar armonía con el principio de legalidad, tal como lo establece el artículo 11, numeral 9 de nuestra Constitución, acerca del ejercicio de los derechos, cuyo texto reza lo siguiente: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o

⁵ <http://gerenciaytributos.blogspot.com/2010/08/recaudacion-tributaria-y-legalidad.html>

deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas (...).”

“El principio de legalidad es un principio fundamental del Derecho Público conforme al cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción. Por esta razón, se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica. Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho Público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho...”⁶; principio que, el artículo 1, de la Constitución ecuatoriana del año 1998 ya lo preveía, al señalar que el: “Ecuador es un Estado social de derecho...”; y, hoy en día el mismo artículo 1, de nuestro texto fundamental, vigente desde el año 2008, va más allá, al señalar lo siguiente: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”; donde, no solo el ser humano, es sujeto de derechos; sino, también los animales y la naturaleza, diferencia sustancial que debe ser considerada y analizada.

Para Rebeca Aguirre De Espinoza, el Principio de Legalidad.- “Nullum tributum sine lege”, es decir, “No hay tributos sin ley”; es un principio, que exige, que la ley establezca claramente: el hecho imponible, los sujetos obligados al pago, el sistema o la base para determinar el hecho imponible, la fecha de pago, las exenciones, las

⁶ https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_legalidad

infracciones, sanciones, órgano habilitado para recibir el pago, los derechos y obligaciones tanto del contribuyente como de la Administración Tributaria⁷.

Si no se practican estos mandatos sobre la legalidad, que es uno de los principios tributarios, nos encontraremos frente a un Estado que no cumple su función y objeto frente a sus ciudadanos, que esperan el respeto de las garantías y derechos contenidos en la Constitución y las Leyes, por lo tanto, son éstas las normas legales, que brindan seguridad jurídica, en este aspecto.

3. La recaudación tributaria Marco conceptual y jurídico ecuatoriano

Para el tratadista ecuatoriano José Vicente Troya, “la actividad financiera de los organismos públicos consiste en la búsqueda de recursos para financiar el gasto público y en la realización de este. El Estado y los organismos autónomos descentralizados están obligados a brindar servicios públicos, a realizar obras públicas y en general a procurar el bien común de sus habitantes. Existen recursos o ingresos públicos de variada naturaleza que conjuntamente con las partidas del gasto público deben constar en el Presupuesto General del Estado”⁸, recursos éstos, que provienen de la recaudación tributaria realizada por los organismos que la ley establece.

El sistema tributario ecuatoriano, acorde a la pirámide Kelseniana, se encuentra normado de la siguiente manera: Constitución Política de la República, Los Tratados y Convenios Internacionales, Código Tributario (CT), Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LORTI), Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (RALORTI), Resoluciones y Circulares.

⁷ <https://www.blogger.com/profile/02195637377443344069>

⁸ Troya, José Vicente, *Lecciones de Derecho Tributario*. Quito. Ediciones Fausto Reinoso. 2015, p. 15

En base a la jerarquización de leyes, citadas en el párrafo anterior, encontramos, que las principales normas constitucionales que rigen el sistema tributario ecuatoriano, están contempladas en el artículo 285 que señala:

“La política fiscal tendrá como objetivos específicos:

1. El financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos.
2. La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.
3. La generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables.”

Por otra parte, el artículo 300 exhorta: “el régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos”; como es el caso del impuesto a la renta.

Conviene señalar, que en cuanto a los impuestos directos, la micro economía, mejora la economía del hogar; y la macro economía, es la balanza de pagos y se regula con el comercio exterior, que comprende el equilibrio entre importaciones y exportaciones.

A ello, debemos añadir lo preceptuado en el artículo 5, del CT, que concluye “El régimen tributario se regirá por los principios de legalidad, generalidad, igualdad, proporcionalidad e irretroactividad.”

Analizadas las normas legales descritas, se establece que los principios fundamentales de ordenación y aplicación del sistema tributario, están dirigidos a la distribución de la carga tributaria de manera equitativa y justa, basada en la capacidad económica de las

personas obligadas a pagar tributos, asegurando el respeto de los derechos y garantías de los contribuyentes.

Sin embargo, para continuar con el estudio de la recaudación tributaria ecuatoriana, debemos entender algunas de las partes que componen el Derecho Material Tributario, que es una de las secciones del Derecho Tributario en general, me refiero a:

La Obligación Tributaria.-

Para Guillermo Cabanellas obligar significa: “Compeler, constreñir. Impulsar a hacer algo con el empleo de fuerza moral o material. Ganar la voluntad, captar con halagos u obsequios más o menos legales y desinteresados. Sujetar los bienes, afectarlos al pago de deudas o al cumplimiento de prestaciones exigibles de dar, hacer o abstenerse. Con las cosas y animales, recurrir a la fuerza para lograr un fin u objeto.”⁹

El artículo 15, del CT señala que: “Obligación tributaria es el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la Ley.”

Con estos conceptos y normas legales, obligar significa entonces, demandar a una persona sea por fuerza o por autoridad competente, a hacer algo, que ya en lo jurídico, reside en pagar deudas o cumplir prestaciones exigibles de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Finalmente Expreso, que la obligación tributaria, cuyo origen es de derecho público, es cumplir voluntariamente con el pago de los

⁹ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2001, p. 634.

tributos establecidos por ley, por parte del sujeto pasivo (contribuyente), provenientes del vínculo jurídico personal con el Estado o las entidades acreedoras de los mismos; de no ser así, se los exigirá de forma coactiva.

Elementos Constitutivos de la Obligación Tributaria.-

Para que exista o concurra la obligación tributaria, re requiere de los siguientes elementos:

La Ley.-

El artículo 11, del CT señala: “las leyes tributarias, sus reglamentos y las circulares de carácter general, regirán en todo el territorio nacional, en sus aguas y espacio aéreo jurisdiccional o en una parte de ellos, desde el día siguiente al de su publicación en el Registro Oficial, salvo que establezcan fechas especiales de vigencia posteriores a esa publicación.”

En igual forma, el artículo 6, del Código Civil Ecuatoriano (CCE) declara que “La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces...”

Consecuentemente, la ley es la facultad de establecer, modificar o extinguir tributos, por lo que dicho elemento es exclusivo del Estado, en consiguiente no hay tributo sin ley, “*Nullum tributum sine lege*”.

El artículo 19, del CT dispone que “la obligación tributaria es exigible a partir de la fecha que la ley señale para el efecto.

A falta de disposición expresa respecto a esa fecha, regirán las siguientes normas:

1. Cuando la liquidación debe efectuarla el contribuyente o el responsable, desde el vencimiento del plazo fijado para la presentación de la declaración respectiva; y,
2. Cuando por mandato legal corresponda a la administración tributaria efectuar la liquidación y determinar la obligación, desde el día siguiente al de su notificación.”

Esta norma legal indica, que la obligación tributaria es exigible únicamente a partir de la fecha que la ley prevé, excepto en los casos en que la liquidación deba efectuarla el contribuyente o el responsable, en cuyo caso se exigirá el cumplimiento de la obligación una vez vencido el plazo que se fija para presentar la respectiva declaración tributaria; y, cuando por disposición legal, sea la Administración Tributaria (entidades de recepción tributaria), la que deba hacer la respectiva liquidación y determinar la obligación, en cuyo caso la obligación tributaria será exigible desde el día siguiente al de la notificación de la misma.

Hecho Generador.-

El artículo 16, del CT conceptúa al hecho generador como: “al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo.”

Por lo tanto, el origen o nacimiento de la obligación tributaria se determina cuando se cumple el presupuesto legal que da lugar a la configuración del tributo, es decir cuando se produce el hecho generador de la obligación.

El artículo 61, de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LORTI) trata del hecho generador en el Impuesto de Valor Agregado (IVA), se causa en el momento que se realiza el acto o se celebra el contrato que tenga por objeto transferir el dominio de los bienes o la prestación de los servicios, hecho por el cual se debe emitir obligatoriamente la respectiva factura, nota o boleta de venta.

Además, el artículo 198, del Reglamento Para la Aplicación De La Ley de Régimen Tributario Interno (RALORTI) también se refiere al hecho generador como: “la transferencia, a título oneroso o gratuito, de los bienes y servicios gravados con el impuesto en su presentación o prestación, al consumidor final, dentro del período respectivo.”

Por lo expuesto, entiéndase al hecho generador, como la “hipótesis legal que es el fundamento o soporte constitutivo de la obligación tributaria, cuya obtención o ejecución está unida a su nacimiento, por lo tanto, instituye el nacimiento de una actividad económica.”¹⁰

Es importante, analizar lo dispuesto en el artículo 17, del CT, que trata sobre la calificación del hecho generador, en cuanto consista en un acto jurídico, este se calificará conforme su verdadera esencia y naturaleza, llegando a primar la esencia sobre la forma, ejemplo: **la forma:** es la manera de justificar el gasto (las facturas); pero **la esencia:** es la existencia del bien o servicio que se adquirió para obtener, mejorar o mantener la renta gravada.

Sujeto Activo.-

El artículo 23, del CT pronuncia que: “sujeto activo es el ente público acreedor del tributo.”

Es el ente acreedor o consignatario del tributo, puede ser el Estado, Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADs), o cualquier ente mercedor del tributo.

“El sujeto activo no es necesariamente el beneficiario de las prestaciones tributarias, las cuales pueden ser asignadas a diferentes finalidades.

¹⁰ http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7639#_ftn14

En ello se diferencia del sujeto activo del derecho civil o en general del derecho común, en los que se confunden las calidades de acreedor y beneficiario. El destino de las recaudaciones tributarias es de carácter presupuestario. Por ello en las leyes tributarias especiales suele aparecer, como en la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LORTI), el destino de las recaudaciones del Impuesto a la Renta. Igualmente, solo el ente público sujeto activo, no los particulares, goza de la facultad coactiva para cobrar las obligaciones tributarias.”¹¹

Sujeto Pasivo.-

El artículo 24, del CT manifiesta: “Es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable.

Se considerarán también sujetos pasivos, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros, susceptible de imposición, siempre que así se establezca en la ley tributaria respectiva.”

De la presente norma, las unidades económicas deben estar establecidas expresamente en la Ley tributaria respectiva. El artículo 98, de la LORTI, las define como a las sociedades de hecho, al fideicomiso mercantil y al consorcio de empresas.

Según, José Vicente Troya: “El sujeto pasivo es el deudor de la obligación tributaria, es el llamado al cumplimiento de la prestación, sea por obligación propia (contribuyentes) o por obligación ajena (responsable).”¹²

¹¹ Troya, José Vicente, Lecciones de Derecho Tributario. Quito. Ediciones Fausto Reinoso. 2015, p. 44, 45

¹² Troya, José Vicente, Lecciones de Derecho Tributario. Quito. Ediciones Fausto Reinoso. 2015, p. 45

De la Administración Tributaria.-

El artículo 227, de la CRE señala que “La administración tributaria forma parte de la administración pública, por lo cual se encuentra al servicio de la comunidad y se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”. La administración tributaria es administración pública especial o especializada que debe actuar en forma coordinada con la administración pública del Estado.

La administración tributaria en el país cumple dos funciones: la de aplicar tributos, vale decir determinarlos y recaudarlos, y la de resolver reclamaciones y recursos que se propongan contra sus actuaciones. En otros sistemas la administración tributaria contempla dos tipos de órganos por separado, unos que aplican los tributos y otros que conocen de las impugnaciones contra las actuaciones tributarias. Explicándose así la existencia de tribunales fiscales tributarios de carácter administrativo¹³.

La administración tributaria absuelve consultas que le proponen particulares. De este modo puede calificársela como organismo de consulta.

En la legislación ecuatoriana, existen tres tipos de administración tributarias:

1. La Administración tributaria central.- cuya dirección en el ámbito nacional corresponde al Presidente de la República, quien la ejercerá a través de los órganos que la ley establezca (artículo 64, del CT), siendo estos órganos: el Servicio de Rentas Internas (SRI), creado por la Ley 41, publicada en el Registro Oficial No.: 206 de 2 de

¹³ Troya, José Vicente, *Lecciones de Derecho Tributario*. Quito. Ediciones Fausto Reinoso. 2015, p. 57

diciembre de 1997, como administrador de los tributos nacionales, sucediéndole en las atribuciones y responsabilidades que le correspondía al Ministerio de Finanzas y a la Dirección General de Rentas en todo lo relacionado al sistema impositivo nacional. Otro de los órganos establecidos por ley para la recaudación de tributos a través de la administración tributaria central, es el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador (SENAE), que se encarga de la recaudación de tributos al comercio exterior, por la entrada y salida de mercaderías.

2. La Administración tributaria seccional.- “En el ámbito provincial o municipal, la dirección de la administración tributaria corresponderá, en su caso, al Prefecto Provincial o al Alcalde, quienes la ejercerán a través de las dependencias, direcciones u órganos administrativos que la ley determine” (artículo 65, del CT), igual efecto surtiría para las regiones a conformarse, los distritos metropolitanos y, en general los regímenes especiales que se instauren, en estos casos la aplicación de los tributos como su recaudación estará a cargo de la autoridad que la Ley determine.

El artículo 339, del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) señala: “La unidad financiera.- En cada gobierno regional, provincial y municipal habrá una unidad financiera encargada de cumplir funciones en materia de recursos económicos y presupuesto (...) Su estructura, dependencias, funciones y atribuciones estarán definidas en los reglamentos respectivos. La unidad financiera estará dirigida por un servidor designado por el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado, de conformidad con la ley...”

Además, el artículo 340, del mismo cuerpo legal, al referirse a los Deberes y Atribuciones de la máxima autoridad financiera de los gobiernos regionales, provinciales y municipales, señala que, entre sus atribuciones, están las derivadas del ejercicio de la gestión tributaria, incluida la facultad sancionadora, de conformidad con lo previsto en la Ley.

Se entiende entonces, que la administración tributaria seccional es ejercida a través de los titulares de estas unidades financieras, quienes a su vez pueden designar tesoreros recaudadores.

“la Ley del Régimen del Distrito Metropolitano de Quito y el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, han de observar las disposiciones del COOTAD, en cuanto concierne a los funcionarios a quien compete la determinación de las obligaciones tributarias y su recaudación”¹⁴.

3. La Administración tributaria de excepción.- artículo 66, del CT, concede la gestión tributaria a la propia Entidad Pública acreedora de tributos, a través de las autoridades y órganos que la Ley señale. Es el caso de las Superintendencias; Contraloría General del Estado; Consejo de la Judicatura; Universidades; entre otros entes, con normativa legal propia, que les faculta a determinar las obligaciones tributarias, a recaudarlas y a conocer y absolver las reclamaciones y recursos que interpongan los contribuyentes que se creyeren afectados en todo o en parte por los actos administrativos de poder estatal, y sus actuaciones estarán enmarcadas a lo que estipula el artículo 67, y siguientes del CT, respecto del ejercicio de las facultades concedidas a las administraciones tributarias.

4. La recaudación tributaria Dentro de la empresa ecuatoriana

Circunscribiéndonos mucho más al tema en ciernes, la recaudación tributaria ecuatoriana, dentro del sector empresarial, contempla una serie de tributos que las sociedades sean civiles o mercantiles (son la de mayor existencia) deben cancelar, producto de los distintos actos de comercio que realiza diariamente¹⁵, según el giro

¹⁴ Troya, José Vicente, *Lecciones de Derecho Tributario*. Quito. Ediciones Fausto Reinoso. 2015, págs. 60, 61

¹⁵ Código de Comercio, artículo 3

de su negocio, tales como impuestos sean de carácter: nacional o municipal; tasas; contribuciones especiales o de mejoras. Pero para una mejor comprensión, debemos conocer el concepto de tributo y cuál es su clasificación.

Guillermo Cabanellas De Torres en su obra *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, define al tributo como: “Impuesto, contribución, u otra obligación fiscal, gravamen, carga.”¹⁶

El artículo 1, segundo inciso del CT, señala que los tributos son los impuestos, tasas y las contribuciones especiales o de mejoras, los mismos que son distintos entre sí, de acuerdo a la contraprestación que los originan, en alguno de ellos.

1. Impuestos.-

“Ingreso público de naturaleza tributaria, que grava manifestaciones de capacidad contributiva. Conforme al principio de reserva de ley tributaria su establecimiento y la regulación de los elementos esenciales han de exigirse en virtud de una ley”.¹⁷

El artículo 4, del CT acerca del principio de Reserva de ley, manifiesta: “Las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código.”

¹⁶ Cavanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VIII, 29^a. Ed. Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2006, p. 241.

¹⁷ *Diccionario Jurídico Espasa*. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid España 2001, p. 800

1.1. Impuestos nacionales:

Impuesto a la Renta (Artículos 1-51 de la LORTI)

Este impuesto, es uno de los de mayor recaudación, grava a la renta global que obtengan las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades nacionales o extranjeras.

Artículo 2, LORTI.- Concepto de renta.- “Para efectos de este impuesto se considera renta:

1.- Los ingresos de fuente ecuatoriana obtenidos a título gratuito o a título oneroso provenientes del trabajo, del capital o de ambas fuentes, consistentes en dinero, especies o servicios; y

2.- Los ingresos obtenidos en el exterior por personas naturales domiciliadas en el país o por sociedades nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de esta Ley.”

Su normativa se encuentra establecida

Impuesto al Valor Agregado (Artículos 52-74 de la LORTI)

Este impuesto, es uno de los más amplios, grava al valor de la transferencia de dominio o a la importación de bienes muebles de naturaleza corporal, en todas sus etapas de comercialización, así como a los derechos de autor, de propiedad industrial y derechos conexos; y al valor de los servicios prestados.

Impuestos a los Consumos Especiales (Artículos 75-89 de la LORTI)

Según el Artículo 75, de la LORTI es aquel que se aplicará de los bienes y servicios de procedencia nacional o importados, detallados en el artículo 82 de esta Ley. Este tipo de bienes y servicios

generalmente no son considerados esenciales o de primera necesidad, podría decirse que son de lujo o suntuarios, y variados.

**Impuestos Ambientales.-
(Artículos innumerados, a continuación del artículo 89 de la LORTI)**

Creados dentro del artículo 13 de la Ley No.: 00, publicada en el Registro Oficial 583 del 24 de noviembre de 2011, y antes que fines recaudatorios, persigue objetivos de la política fiscal ecuatoriana, al defender el medio ambiente, su normativa se ciñe a regular el Impuesto Ambiental a la Contaminación Vehicular (IACV) y el impuesto Redimible a las Botellas de Plástico No Retornables.

**Tributación de las Empresas de Prestación de Servicios Para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos
(Artículos 90-97 de la LORTI)**

Se trata de las empresas que dedican a la actividad hidrocarburiífera.

1.2. Impuestos municipales:

Se conocen y destacan los más importantes.

- Impuesto predial sobre la propiedad urbana
- Impuesto predial sobre la propiedad rural
- Impuesto de alcabala
- Impuesto sobre los vehículos
- Impuesto a los espectáculos públicos.
- Impuesto a las patentes

1.3. Otros impuestos:

A la Salida de Divisas (ISD).-

(Artículo 155 Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador)

El hecho generador de este impuesto lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través de giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero.

Impuesto a los Ingresos Extraordinarios.-

(Artículo 164 Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador)

Consiste en gravar los ingresos extraordinarios obtenidos de los contratos suscritos por las empresas con el Estado para la exploración y explotación de recursos no renovables.

Impuesto a los Activos en el Exterior.-

(Art. 182 Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador)

Este impuesto mensual grava los fondos disponibles e inversiones que mantengan en el exterior las entidades privadas reguladas por la Superintendencia de Bancos y las Intendencias de Seguros y del Mercado de Valores de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Impuesto a Las Tierras Rurales.-

(Artículo 173 Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador)

Este impuesto grava la propiedad o posesión de tierras de superficie igual o superior a 25 hectáreas en el sector rural según la

delimitación efectuada por cada municipalidad en las ordenanzas correspondientes que se encuentre ubicado dentro de un radio de cuarenta kilómetros de las cuencas hidrográficas, canales de conducción o fuentes de agua definidas por el Ministerio de Agricultura y Ganadería o por la autoridad ambiental.

**Impuesto a los Vehículos.-
(Ley de Reforma Tributaria - Suplemento del Registro Oficial No.: 326 de 14 de mayo de 2001)**

Es de carácter anual y grava a los vehículos motorizados destinados al transporte terrestre de personas y de carga, las municipalidades aplican similar impuesto al amparo de las normas del COOTAD, en el país existen un sinnúmero de empresas con este giro del negocio.

- Impuesto General de Exportación
- Impuesto General de Importación¹⁸

Relacionados al giro del negocio de aquellas empresas que tienden a comercializar sus productos en mercados internacionales, así como adquirir productos de esos mismos mercados, su normativa se encuentra regulada en la LORTI.

- Pago de Contribuciones a las Entidades Públicas

Son aquellos tributos que los contribuyentes cancelan a las distintas Instituciones del Estado, quienes bajo el ejercicio de la administración tributaria de excepción, los determinan y recaudan, al amparo de la normatividad que las rige.

¹⁸ <http://burotributario.blogspot.com/2012/06/la-recaudacion-tributaria-ecuatoriana-y.html>

2. Tasas.-

Ciertos doctrinarios declaran que esta clase de tributo es: todo pago efectuado por un particular al Estado, por un servicio que éste le presta y puede ser calificado como tasa.

Para Ruoti Nora las tasas “es también una prestación en dinero que debe pagar el contribuyente, pero únicamente cuando recibe la realización de un servicio efectivamente prestado por el ente recaudador, ya sea en su persona o en sus bienes. El contribuyente, si no recibe el servicio, se encuentra facultado a no realizar el pago al Estado, por lo tanto, cuando hablamos de este tipo de clasificación, necesariamente debe existir una contraprestación por parte del Estado.”¹⁹

No hay que confundir tasa con impuesto, se trata de tributos distintos entre sí, lo cual difiere su pago. El impuesto es obligatorio para todos los contribuyentes; y la tasa lo es, solo para aquellas personas que hagan uso de un servicio prestado.

Las tasas por su naturaleza pueden ser nacionales y municipales, y de la presente clasificación, su concepto es conocido por la mayoría de los contribuyentes:

2.1. Tasas nacionales:

- Tasas por servicios administrativos
- Tasas por servicios portuarios y aduaneros
- Tasas por servicios de correos
- Tasas por servicios de embarque y desembarque
- Tasas arancelarias

¹⁹ Ruoti Cosp, Nora. “Lecciones para cátedra de Derecho Tributario”. Editora Emprendimientos Nora Ruoti S.R.L. A suñción, 2006. p. 63.

2.2. Tasas municipales:

- Tasas de agua potable
- Tasas de luz y fuerza eléctrica
- Tasas de recolección de basura y aseo público
- Tasas de habilitación y control de establecimientos comerciales e industriales.
- Tasas de alcantarillado y canalización
- Tasas por servicios administrativos

3. Contribuciones especiales.-

Es la prestación obligatoria debida en razón de beneficios individuales o colectivos derivados de obras públicas o actividades especiales del Estado. Por ejemplo: Peajes, Mejoras, etc.

Robert Paúl Blacio Aguirre, en su artículo “El Tributo en el Ecuador” cita a Jarach Dino quien revela que las contribuciones especiales son: “aquellas sumas de dinero que el Estado o ente recaudador, exige en razón de la ejecución de una obra pública, cuya realización o construcción debe proporcionar un beneficio económico en el patrimonio del contribuyente...”²⁰

3.1. Algunas contribuciones especiales, que en igual forma su concepto es apreciado por muchos de los contribuyentes, son:

- Construcción y ampliación de obras y sistemas de agua potable
- Plazas, parques y jardines
- Aceras y cercas

²⁰ http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7639#_ftn10

- Apertura, ensanche y construcción de vías de toda clase
- Alumbrado público²¹

El presente listado de tributos, constituye una obligación legal, que los contribuyentes es decir los representantes legales de las sociedades sean civiles o mercantiles deben declarar y cancelar frente a la administración de las mismas, en caso de no hacerlo, su responsabilidad derivará en sanciones: multas, que se incrementarán según transcurra el tiempo; acción coactiva; contravenciones y faltas reglamentarias, e infracciones tributarias: delitos establecidos en el Código Orgánico Integral Penal (COIP).

De lo anotado anteriormente, y por su importancia y delicadeza me concentraré en la responsabilidad que se origina al no sufragar los tributos de forma voluntaria dentro del tiempo y demás condiciones exigidas por la Ley, me refiero a la acción coactiva, incoada en contra de los contribuyentes (personas naturales o jurídicas) en la persona de sus representantes legales (por lo general persona natural), quienes en la mayoría de los casos desconocen este proceso, y no saben cómo resolverlo al momento de encontrarse en esta situación.

Recaudación tributaria a través del Ejercicio de la Acción Coactiva.-

Las Entidades Públicas según el artículo 157 del Código Tributario, gozan de la atribución establecida en la Ley para el cobro de sus acreencias, mediante la vía coactiva, ejercida a través de sus funcionarios recaudadores, este funcionario recaudador al que se refiere la norma tributaria, según las reformas (vigentes, en esta materia) al Código de Procedimiento Civil (derogado) por la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado (LFAOIE), publicada en el Registro Oficial No.: 583 de 24 de noviembre de 2011,

²¹ http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7639

adquirió la categoría de Juez Especial de Coactiva, con la cual fortalece su gestión recaudatoria.

La acción coactiva al amparo de los artículos, 26 al 29 del CT y artículos 1 y 2, de la Ley Orgánica Para La Defensa De los Derechos Laborales (cuyo espíritu, dentro de ésta última, es para procurar el bien común de todos los ciudadanos), responsabilizan solidariamente a todos quienes administran o administraron las empresas, por no cumplir con sus obligaciones tributarias, originándose de esta manera el denominado principio de autotuela, que es la potestad de la Administración Pública (lato sensu=sentido amplio) de exigir por si misma el cobro forzoso de los tributos insolutos, sin necesidad de recurrir a los órganos de la Función Judicial.

Fundamento legal.-

Para los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, citados por el Dr. Francisco Guerrero Celi en su obra "La Acción Coactiva de la Contraloría General del Estado", "...La Administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad...; de modo que las mismas imponen por si mismas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad. Pero tampoco si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados al mismo necesita la Administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento (juicio ejecutivo), sino que ella misma puede imponer con sus propios medios coactivos la ejecución forzosa... En otros términos: La Administración está exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo, que alcanza a los demás sujetos del ordenamiento sin excepción".²²

²² García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo. Madrid. Civitas Ediciones S.L., Undécima Edición 2002, p. 493

Con estos antecedentes, debemos ubicar las normas legales dentro del Derecho positivo ecuatoriano, que regulan el ejercicio de la acción coactiva dentro del sector público, y para ello, nos remitiremos al Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) el mismo que en su artículo 1, señala la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre la responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva, y, específicamente el artículo, clasifica cuáles son los órganos o entidades que conforman la Administración Pública Central e Institucional.

El artículo 161, del referido Estatuto, establece que “...Los actos de la Administración Pública serán inmediatamente ejecutivos salvo los casos de suspensión y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.”

Es esta la disposición legal que reconoce el principio de que los actos administrativos deben ejecutarse inmediatamente y son los artículos 162 y 163, *ibídem*, los que confieren el derecho de la Administración Pública a la “ejecución forzosa de los actos administrativos”. Y, en materia coactiva el artículo 164 *ibídem* dispone lo siguiente “Apremio sobre el patrimonio. 1. Si en virtud de acto administrativo hubiera de satisfacerse cantidad de dinero, se seguirá el procedimiento coactivo previsto en el CT, salvo lo previsto en leyes especiales.”

Con estas normas legales, a más de las constitucionales, las distintas administraciones públicas dentro de los cuerpos legales que las rigen, regulan a su vez, el ejercicio de la acción coactiva, complementariamente con la creación de reglamentos y demás instrumentos legales a fines, entre otras disposiciones legales emanadas por las entidades públicas con competencia en esta materia, tendientes a la correcta recaudación tributaria a través de esta vía, con sujeción a las disposiciones del CT y supletoriamente a las del Código de Procedimiento Civil (CPC) acorde a cada caso, a pesar de estar derogado,

porque hoy en día, hay que considerar las normas legales del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que entró en vigencia desde el 23 de mayo de 2016, específicamente lo señalado en su Disposición Transitoria SEGUNDA.- “Los procedimientos coactivos y de expropiación seguirán sustanciándose de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico Tributario, según el caso, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso previstas en la Constitución de la República.

Las normas antes aludidas se seguirán aplicando en lo que no contravenga las previstas en este Código, una vez que éste entre en vigencia y hasta que se expida la ley que regule la materia administrativa.”

Pero dentro del ejercicio de la acción coactiva, lo que debe importar a los representantes legales del sector empresarial, es sobre las consecuencias legales que acarrea la imposición del ejercicio de la acción coactiva, así como las distintas formas de solución.

Del Proceso Coactivo Tributario.-

Emitidos los títulos de crédito u otra orden de cobro según lo descrito en el artículo 160 del CT, en la forma y con los requisitos establecidos en los artículos 149 y 150 ibídem, y notificado el deudor acorde lo señalado en los artículos 111 y 151 del mismo cuerpo legal, y siempre que la obligación tributaria sea determinada, líquida y de plazo vencido (*es decir no fue cancelada en su oportunidad por parte de los contribuyentes*), inicia el proceso coactivo, con la emisión del auto de pago, previa gestión pre-procesal coactiva, mediante el apercibimiento al deudor vía: teléfono o correo electrónico, entre otras, haciéndole conocer del valor de la deuda, advirtiéndole de los intereses, costas, y más gastos que puede generar el proceso coactivo, y del cual se hace responsable, concediéndole hasta ocho días para que pague los valores insolutos.

A través del auto de pago emitido por el Juez Especial de Coactiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 161, del CT, podrá ordenar al coactivado, que pague la deuda o dimita bienes en el término de tres días, caso contrario ejecutará las medidas precautelatorias establecidas a la par en la emisión del auto de pago, con lo que se pretende asegurar la recuperación de las acreencias del Estado.

Medidas precautelatorias, que según el artículo 164 del mismo cuerpo legal, son: Arraigo o Prohibición de Ausentarse, El Secuestro, La Retención (de fondos en las cuenta habientes, a excepción de lo dispuesto en las normas legales respecto de pensiones de alimentos, jubilares, etc²³), o la Prohibición de Enajenar Bienes (muebles o inmuebles), y pueden recaer, según el caso, tanto en los bienes de la empresa coactivada, como solidariamente en los bienes de los representantes legales. De no surtir efecto, se procederá a la fase de ejecución como el embargo y posterior remate de bienes muebles e inmuebles, entre otras, con el objeto de cubrir las deudas tributarias a favor del Ente Público impago.

Las medidas precautelares, son medidas que se ajustan a la Ley y sirven para resguardar los derechos de la misma. En las medidas preventivas o cautelares y concretamente en el caso de la prohibición de enajenar bienes, el principio se centra en la inalterabilidad de la cosa, en mantener un statu quo, que asegure que no cambie la situación de hecho o de derecho existente; es decir, es una medida precautelatoria para impedir la libre disposición, que modifique la situación jurídica de determinados bienes, mediante la celebración de actos o contratos sobre los mismos, con el objeto de que garantice al acreedor el derecho que le asiste.

Si el contribuyente no realizó el pago de las obligaciones tributarias ante el Ente acreedor del tributo, dentro de los ocho días

²³ Oficio Circular No.: CJ-DG-2015-1492 de 23 de octubre de 2015, Consejo de la Judicatura; y Código Orgánico y Monetario y Financiero artículo 255 numeral 4

posteriores a la notificación del título de crédito, o no formuló reclamación alguna respecto de su emisión, como lo manda la Ley, y en caso de ser sujeto de un proceso coactivo, podrá entonces ejercer las siguientes acciones: solución o pago u otra forma de extinguir las obligaciones tributarias según lo dispuesto en el artículo 37, del CT; dimitir bienes artículo 161, del CT; convenio de facilidades de pago artículo 152, del CT; o podrá excepcionar el proceso coactivo ante el órgano ejecutor de quien emana el acto administrativo (Institución Pública acreedora del tributo), conforme lo señalado en los artículos, 212 y 214 del CT (vía administrativo-judicial) ante lo cual la norma legal del artículo 300, del COGEP "...tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo...".

5. Conclusiones

- Desde los diferentes estamentos de la sociedad, públicos o privados, se debe procurar concientizar a los ciudadanos, de la enorme importancia que tiene el honrar las deudas tributarias, como un deber consagrado en nuestra Constitución Política, y que irán en beneficio de ellos mismos, de forma individual o colectiva.
- Más, si no se cumple lo anterior, amerita, que los sujetos activos de los tributos (El Estado) adviertan a sus conciudadanos de las consecuencias legales que ello acarrea y ofrezcan soluciones legales al respecto; más, si se trata del inicio del ejercicio de la acción coactiva, la cual, actualmente dentro del sector público, no cuenta con un sistema armonizado técnico y legal, para que los coactivados tengan conocimiento, especialmente de las medidas precautelares incoadas en su contra, lo que les trae más de una consecuencia ingrata.

Bibliografía:

Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2001.

Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VIII, 29ª. Ed. Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2006.

Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid España 2001.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo. Madrid. Civitas Ediciones S.L., Undécima Edición 2002.

Georges Depeyrot, Crisis e Inflación entre la Antigüedad y la Edad Media. Barcelona, 1996.

Guerrero Celi, Francisco, "La Acción Coactiva de la Contraloría General del Estado" Editado por Contraloría General del Estado, Dirección de Comunicación Institucional. 2004.

Ruoti Cosp, Nora, "Lecciones para cátedra de Derecho Tributario". Asunción. Editora Emprendimientos Nora Ruoti S.R.L, 2006.

Troya, José Vicente, Lecciones de Derecho Tributario. Quito. Ediciones Fausto Reinoso. 2015.

Lexigrafía ecuatoriana:

Constitución de la República del Ecuador de 1998, Registro Oficial 1 de 11-ago.-1998, última modificación: 20-oct.-2008. Estado: Derogado.

Constitución de la República del Ecuador de 2008, Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008, última modificación: 21-dic.-2015.

Código Tributario, Registro Oficial Suplemento 38 de 14-jun.-2005, última modificación: 22-may.-2016.

Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005, última modificación: 22-may.-2016.

Código de Comercio, Registro Oficial Suplemento 1202 de 20-ago.-1960, última modificación: 12-sep.-2014.

Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento 58 de 12-jul.-2005, última modificación: 22-may.-2015. Estado: Derogado.

Código Orgánico General de Procesos COGEP, Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015, última modificación: 18-dic.-2015.

Código Orgánico y Monetario y Financiero, Registro Oficial Suplemento 332 de 12-sep.-2014, última modificación: 21-jul.-2016.

Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, ERJAFE, Registro Oficial 536 de 18-mar.-2002, última modificación: 01-nov.-2016.

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LORTI), Registro Oficial Suplemento 463 de 17-nov.-2004, última modificación: 12-oct.-2016.

Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado – LFAOIE, Registro Oficial Suplemento 583 de 24-nov.-2011, última modificación: 18-dic.-2015.

Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 242 de 29-dic.-2007.

Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, (RALORTI), Registro Oficial Suplemento 209 de 08-jun.-2010, última modificación: 13-jun.-2016.

Lincografía:

www.lexis.com.ec

<http://definicion.de/recaudacion/>

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doc-trinas/derechotributario/2009/10/22/el-tributo-en-el-ecuador>

<http://gerenciaytributos.blogspot.com/2010/08/recaudacion-tributaria-y-legalidad.html>

https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_legalidad

<https://www.blogger.com/profile/02195637377443344069>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7639#_ftn14

<http://burotributario.blogspot.com/2012/06/la-recaudacion-tributaria-ecuatoriana-y.html>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7639

Referencias:

Oficio Circular No.: CJ-DG-2015-1492 de 23 de octubre de 2015,
Consejo de la Judicatura