



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

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

*Derecho Administrativo
y Corrección Económica
Memorias Seminario Internacional*

*Coordinador:
Dr. Carlos Ramírez Romero*



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

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

***Derecho Administrativo
y Corrección Económica
Memorias Seminario Internacional***



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

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

***Derecho Administrativo
y Corrección Económica
Memorias Seminario Internacional***

Carlos Ramírez Romero
Coordinador

San Francisco de Quito D.M. - Ecuador
16 - 19 noviembre 2015

Ecuador. Corte Nacional de Justicia

Derecho Administrativo y Corrección Económica Memorias Seminario Internacional / Corte Nacional de Justicia. - 1ª ed.- Quito, Corte Nacional de Justicia, 2015.

280 p.; 23,8 x 17,0 cm.-

Coordinador: Dr. Carlos Ramírez Romero

1. Derecho Administrativo y Corrección Económica Memorias Seminario Internacional 2. Ecuador

ISBN: 978-9942-07-983-1

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

Carlos Ramírez Romero
Claudia Guerrero A.
Manuel Chamba Ch.
Marco Tello S.
Santiago Aráuz R.

Coordinadores de publicación

Claudia Guerrero A.
Santiago Aráuz R.

Personal de apoyo

Gema Novoa
Janet Mier
Evelyn Fonseca
Alexandra Lara
María Fernanda Encalada
Andrea Abril
María Fernanda Gallo
Paulina Puga
Pablo Cisneros
Fernando Álava
Pablo Monge
Fausto Soria
Genaro Valle
Andrés Dávila
Fernando Vizcaino
Damián Rosero

Diseño de portada y diagramación

Javier Leiva E.

Impresión

Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo
de la Corte Nacional de Justicia

Primera edición, noviembre 2015
Quito, Ecuador

Corte Nacional de Justicia
Av. Amazonas N37-101 y Unión
Nacional de Periodistas, esq.
Telf.: (593-2) 23953500
www.cortenacional.gob.ec

Auspician:

- Universidad Técnica Particular de Loja
- Superintendencia de Compañías Valores y Seguros
- Lex Advisor

Índice

Presentación <i>Carlos Ramírez Romero</i>	7
--	---

Ponencias

Derecho constitucional económico <i>Juan Montaña Pinto</i>	9
---	---

La cuestión prejudicial en la unión europea y la interpretación prejudicial en la comunidad andina de naciones <i>Calógero Pizzolo</i>	29
---	----

Derecho de corrección económica, derecho de competencia y competencia desleal (parte dogmática) <i>Patricia Alvear Peña</i>	57
--	----

Derecho de corrección económica y potestad sancionadora (parte procesal) <i>Pablo Tinajero Delgado</i>	97
---	----

Oralidad en los procesos contencioso administrativos: experiencia en colombia <i>Luis Rafael Vergara Quintero</i>	113
---	-----

Audiencia y prueba en los procedimientos contencioso administrativos en la legislación colombiana <i>Jorge Octavio Ramírez Ramírez</i>	129
---	-----

Derecho de corrección económica, control de compañías y corrimiento del velo societario <i>Suad Manssur Villagrán</i>	167
--	-----

Medidas cautelares y competencia desleal <i>Patricio Secaira Durango</i>	195
Mediación, competencia y competencia desleal <i>Roberto Beltrán Zambrano</i>	219
Responsabilidad civil extracontractual por daños originados en conductas anticompetitivas en el Ecuador <i>Fabián Andrade Narváez</i>	233

Presentación

El derecho como construcción cultural, constituye un reflejo de las realidades económicas, sociales y culturales de una sociedad, en un determinado momento histórico. Durante este último tiempo, la construcción del derecho latinoamericano, en el proceso de integración latinoamericana, es una tarea necesaria y de alta importancia para la consolidación de un verdadero sistema jurídico que fortalezca la unión de los pueblos y naciones del Sur.

El derecho latinoamericano, que presenta ciertos rasgos específicos de identificación, muestra las realidades culturales y jurídicos comunes de los hermanos latinoamericanos; diferentes y alternos, se va nutriendo del derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana, así como, del derecho integracionista, que nos viene por vía de normas de carácter internacional y otras de carácter supranacional, que superando las fronteras nacionales, se van armonizando. En este contexto, las normas derivadas de los bloques regionales como la Comunidad Andina, que resulta de obligatoria aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, son de alta importancia; por ello resulta su difusión, análisis y desarrollo, una de los objetivos que debemos plantearnos seriamente los latinoamericanos.

El derecho ecuatoriano, no puede por tanto, analizarse –menos desarrollarse– en forma aislada, tampoco de forma ajena a otras experiencias, visiones y realidades jurídicas. De ahí que resulta obligatorio inmiscuirse en el debate de los nuevos temas; más aún, cuando asistimos a cambios paradigmáticos y nuevos retos, como los que suponen la implementación del Código Orgánico General de Procesos y, la administración de justicia a través de la litigación oral.

En este contexto, la Corte Nacional de Justicia, consciente de la necesidad de aportar al desarrollo del derecho administrativo, así como del de corrección económica, convocó a varios juristas latinoamericanos, para que desde las más variadas posiciones y especialidades, aporten con sus conocimientos al debate, discusión y difusión de varios temas de actualidad. En esa línea, se pretende evidenciar la relación del derecho comunitario con el derecho interno.

Los contenidos de la jornada internacional, se concibieron con el fin de poner a disposición de los asistentes, conocimientos, opiniones y miradas que reflejen no sólo la evolución conceptual, normativa y doctrinal de diferentes normas e instituciones jurídicas; normas que se fusionan como mecanismo de corrección de conductas –especialmente de índole económica–, sino además los mecanismos mediante los cuales, hoy, en un mundo globalizado y altamente tecnificado, se busca limitar el uso y ejercicio abusivo de ciertos

derechos, a través de la cesación y sanción de las nuevas conductas anti jurídicas, así como la reparación de los daños causados por las actuaciones incorrectas de operadores económicos.

Por medio de estas memorias, que el lector tiene en sus manos, puede accederse a diferentes artículos que generosamente han sido entregados por los ponentes del Seminario Internacional de Derecho Administrativo y de Corrección Económica, donde se analizan diferentes tópicos vinculados a la temática propuesta en el Seminario.

La temática es variada y se encuentra desarrollada en torno al objeto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Se parte de un estudio sobre el Derecho Constitucional Económico; para a continuación estudiar la cuestión prejudicial en el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la interpretación prejudicial en el marco del Tribunal Andino de Justicia que son temas de Derecho Comunitario Andino. A continuación se expone un análisis del Derecho de Corrección Económica: competencia y competencia desleal desde una perspectiva parte dogmática; a continuación se presenta un análisis del Derecho de Corrección Económica y la potestad sancionadora. Se expone también la Oralidad en los Procesos contenciosos administrativos, cuya experiencia colombiana es expuesta por el Presidente del Consejo de Estado de Colombia; a continuación se estudia la Audiencia y Prueba en los procesos contenciosos administrativos, tema que es presentado por un Consejero de Estado de la República de Colombia.

Se estudia también el Derecho de Corrección Económica, Control de Compañías y Corrimiento del Velo Societario; así como las Medidas Cautelares y la Competencia Desleal; la Mediación, Competencia y Competencia Desleal. Para cerrar este análisis se aborda el tema de la Responsabilidad Civil Extracontractual por daños originados en acciones anticompetitivas en el Ecuador.

Cada uno de los artículos refiere temas de actualidad y contienen nuevos e innovadores aportes, que refrescan e ilustran el estudio sobre las respuestas jurídicas que se han creado frente a los nuevos problemas sociales y económicos en la sociedad del siglo XXI.

Mi agradecimiento a todos aquellos quienes con su trabajo y generoso aporte permitieron que este evento organizado por la Corte Nacional de Justicia; y, cuyo desarrollo debemos al auspicio de la Superintendencia de Compañías de la República del Ecuador, la Universidad Técnica Particular de Loja y la firma Lexadvisor Consultores y Abogados Asociados, haya sido el espacio, donde con alto nivel y rigor académico, se analizaron los nuevos planteamiento conceptuales: retos que trae el derecho de corrección económica, la implementación de la litigación oral en el campo administrativo. Este evento ha hecho posible, además, presentar a la comunidad de juristas, varios trabajos de investigación, que aspiramos alimemente el debate.

Dr. Carlos Ramírez Romero

Presidente de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador



**Constitución económica
y buen vivir**

Juan Montaña Pinto

Sumario:

1. Introducción; 2. La noción de Constitución económica 3. El desarrollo histórico de la Constitución económica ecuatoriana; 3.1. La economía en la historia constitucional ecuatoriana; 3.2. Un nuevo proceso constituyente; 3.3. La Constitución y sus agendas; 4. La Constitución y el Buen Vivir; 5. Los conceptos fundamentales de la nueva economía ecuatoriana. 5.1. La economía social y solidaria; 5.2. Economía del cuidado; 5.3. Soberanía Alimentaria

Resumen:

Desde la aparición del Estado Social, las relaciones entre Estado, derecho y economía han sido muy fructíferas y han estado en el centro del debate constitucional de la mano del concepto clásico de Constitución económica. A partir de ese momento la propiedad, la libre empresa, la libertad de contratación, la prohibición de los monopolios fueron introducidos en la Constitución y en tal virtud han estado sujetos a límites; estos límites tienen que ver con la aparición e implementación de los conceptos de función social, servicio público e interés general. En el caso ecuatoriano, de la mano de la incorporación del país al mercado internacional de las materias primas, esta noción ortodoxa de Constitución económica tuvo su desarrollo particular entre 1929 y 1998. En ese año se constitucionaliza el modelo neoliberal y virtualmente desaparece el Estado interventor y regulador de la economía, esfumándose también la idea de Constitución Económica tal cual había sido concebida por los teóricos del estado social de derecho. En el año 2008 con ocasión del último proceso constituyente, en medio de la disputa por la hegemonía de las diferentes agendas políticas que se dieron cita en la Asamblea constituyente, reaparece con fuerza el concepto de Constitución económica pero esta vez profundamente transformada por la idea de *sumak kawsay* o buen vivir. El objetivo del escrito es dar cuenta de este proceso y examinar los conceptos fundamentales que definen la nueva economía ecuatoriana actual.

1. Introducción

En el siglo XVIII de la mano del liberalismo nació la economía, considerada por mucho la primera y más importante ciencia social. A lo largo de todo el siglo XIX fue desarrollándose al mismo ritmo en que crecía el mercado. Durante ese lapso de tiempo, como es bien conocido, el Estado y el derecho apenas si tuvieron relaciones con la economía, pues el *laisser faire* imponía al Estado su férreo mandato de abstención.

Tuvo que llegar el convulso y problemático siglo XX para que el Derecho comenzara a preocuparse por los fenómenos económicos de la mano de la transformación del Estado de Derecho en Estado Social, producto de la guerra y frente a la amenaza inminente de la revolución. A partir de ese instante fundador las relaciones entre las dos disciplinas pueden considerarse bastante “promiscuas” y de esa extraña unión nacieron múltiples retoños que han intentado regular al fenómeno económico con la lógica del Derecho; entre estos vástagos se destacan el derecho económico, el análisis económico del derecho, el derecho penal económico, el derecho mercantil, el derecho tributario, el derecho administrativo económico, el derecho de la competencia entre otros.

Pero de todas ellas, hay una disciplina que al hilo del proceso de progresiva constitucionalización del derecho ha tenido una mayor relevancia: el derecho constitucional económico, debido a que igual que sucede con la filosofía respecto de las otras ciencias y artes del espíritu, el derecho constitucional tiene una pretensión heurística global y totalizante. Este derecho constitucional económico, también llamado por algunos “Constitución económica”, nació como resultado de la transformación del Estado de Derecho decimonónico en Estado Social de Derecho después de la primera guerra mundial a raíz de la promulgación de la Constitución de Weimar. A partir de ese momento la propiedad, la libre empresa, la libertad de contratación, la prohibición de los monopolios fueron introducidos en la Constitución y en tal virtud han estado sujetos por primera vez en la historia del derecho a límites; estos límites tienen que ver con la aparición e implementación de los conceptos de función social, servicio público e interés general.

En el caso de América Latina y particularmente de Ecuador el Estado Social y por ende la Constitución Económica vivieron, como todo concepto importado, una difícil adaptación a nuestro medio. En el caso ecuatoriano las primeras manifestaciones explícitas de derecho constitucional económico en el derecho positivo nacional se dan en la Constitución juliana de 1929 que inaugura en nuestro país el intervencionismo estatal en la economía y la institucionalización de la cuestión social entendida como la preocupación del Estado por mejorar las condiciones de vida y de trabajo de las clases trabajadoras del país.¹ Continúa con la fugaz pero trascendente constitución de 1945 y se desarrolla grandemente con las constituciones de 1967 y 1979.

En 1998, luego de casi 15 años de consolidación del neoliberalismo en el país, se promulga una nueva Constitución. Esta carta fundamental tiene también en su interior una

¹ PAZ Y MIÑO Juan, Constituyentes, Constituciones y Economía, *En Asamblea Constituyente y Economía*, Editorial Abya Yala, Quito, 2007, p. 27.

Constitución económica solo que con una impronta ideológica absolutamente contraria a la que había prevalecido en el país en los 70 años anteriores, al definir el sistema económico que rigió entre 1998 y 2008 como “social de mercado” y propiciar la liberalización y la eliminación de la intervención estatal en la economía.

La Constitución económica ecuatoriana actual, parece retornar al pasado al retomar los postulados dirigistas que habían caracterizado a las constituciones económicas de todo el siglo XX ecuatoriano. De hecho esta Constitución es heredera directa y está basada en la Constitución de 1979. En ese marco, la Constitución económica ecuatoriana actual está constituida por el conjunto de principios, reglas y procedimientos que definen y regulan la actividad de los agentes económicos, y la organización del sistema económicos nacional, en el contexto de un sistema económico social y solidario, lo cual no parece demasiado novedoso, pero esto es solo una apariencia. La realidad es que la constitución económica ecuatoriana ha sufrido un giro coopernico con la introducción del concepto de buen vivir o *sumak kawsay* en todo el centro de la constitución económica.

En ese sentido, el objetivo del presente escrito es, luego de describir con cierto detenimiento el desarrollo y las vicisitudes de la constitución económica ecuatoriana tradicional, examinar las mutaciones que esta ha sufrido con ocasión del proceso constituyente y particularmente a raíz del desarrollo del concepto de buen vivir. De hecho la tesis es que el *sumak kawsay* no es solo un elemento cosmético del proyecto constitucional, sino que por el contrario es el elemento que define toda la propuesta constitucional ecuatoriana y particularmente su potente constitución económica.

Para ello, en un primer epígrafe se analizará muy brevemente del concepto de *Constitución Económica* y su papel en el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo. En un segundo capítulo, examinaré los elementos que configuran históricamente la Constitución económica de Ecuador. Como una variable de contexto, se destinará la tercera parte de la exposición a hablar del proceso constituyente y de las distintas agendas políticas que se dieron cita en Montecristi y que lucharon por imponer su hegemonía frente a las otras. Un cuarto apartado está destinado a analizar el concepto de “*buen vivir*”, por ser este el elemento conceptual que permite hilvanar y dar coherencia a toda la Constitución, y a la vez explicar las diferencias de la Constitución económica actual con el concepto tradicional que hasta ahora había manejado el derecho constitucional económico. Finalmente, en el capítulo final se estudia el papel del vivir bien en la nueva economía ecuatoriana a la luz de cada una de las propuestas políticas que la Constitución incorpora para desarrollar el sistema económico constitucional. Se harán referencia específicamente a algunos conceptos sustanciales del modelo económico que consagra la Constitución como economía social y solidaria, economía de subsistencia, economía popular, economía de la vida, y economía del cuidado, en los que se refleja el nuevo tratamiento a los conceptos tradicionales del derecho constitucional económico.

2. El concepto de constitución económica

Cuando hablamos de Constitución económica nos referimos al conjunto de normas, principios y valores constitucionales que regulan la economía de un país y definen las relaciones económicas entre los particulares y entre estos. Y el Estado.²

Históricamente, la idea de que existe una Constitución económica aparece en la Constitución alemana de Weimar de 1919, ligada a la aparición del Estado Social.³ Conceptualmente la Constitución económica no es más que el reconocimiento expreso de la necesidad de proteger constitucionalmente a las personas frente a los desequilibrios del mercado. Simplificando las cosas la Constitución económica para lo cual hace dos cosas: en primer lugar garantiza los derechos a la propiedad y la libertad de empresa, y en segundo lugar los limita mediante la imposición de una función social. De acuerdo a la doctrina, estos límites o restricciones deberían garantizar, al más alto nivel normativo, las condiciones de vida digna a los trabajadores y a las clases menos favorecidas.

A partir de ese momento y hasta ahora, el término “*constitución económica*”, ha sido usado como sinónimo de “orden económico”, “sistema económico” o “modelo económico” al punto que, tanto en la Constitución italiana de 1947 como en la Ley fundamental de Bonn de 1949, máximos paradigmas del modelo del Estado Social, identifican el sistema económico constitucional como la manifestación normativa del acuerdo básico entre capital y trabajo que en esos dos países permitió evitar la revolución social en ciernes a cambio de garantizar a todos los habitantes y especialmente a los trabajadores una serie de derechos y prestaciones sociales a cargo del Estado, pagados a través de los impuestos.

Herman Heller⁴ por ejemplo vincula la aparición de la Constitución económica con la solución a problema concreto de la crisis de la democracia y del Estado de derecho al que considera que es preciso salvar no solo del fascismo sino también de la degeneración a que lo ha conducido el positivismo jurídico. A su juicio, la solución no es renunciar al Estado de Derecho, sino darle a este un contenido económico y social que permita realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de la riqueza y los bienes sociales., de tal suerte que solo el Estado Social con su constitución económica son una alternativa válida frente a la anarquía económica y al autoritarismo.

En ese contexto, el reconocimiento de la constitución económica en las constituciones de los países centrales del capitalismo generó importantes transformaciones en términos de igualación de las condiciones de vida de los trabajadores y de las clases medias y estimulo durante casi 30 años el crecimiento económico de Estados Unidos y de los países de Europa occidental, hasta que devino la crisis del petróleo del año 1973, crisis que evidenció la imposibilidad de hacer una política social para todos y no tan solo para una clase desfavorecida.

2 BIDARD Campos, Germán, *La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional Argentino)*, En: *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N°6, México, Enero-Junio de 2002.

3 DIEZ Morreno Fernando, *El Estado Social*, CEC, Madrid, 2004.

4 HELLER Herman, *Rechtsstaat*, cit. García Pelayo Manuel, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, 1977, p. 17

Y por tanto, frente a la imposibilidad de seguir manteniendo los niveles de gasto público necesarios para generalizar y aumentar las prestaciones sociales el término Constitución Económica sufre una mutación abandonando su vinculación esencial con la existencia del Estado de Bienestar, pudiendo ser usada en contextos totalmente distintos como el de la irrupción del Estado neoliberal. Este proceso de transformación es explicado claramente por la “economía constitucional” creada por el economista norteamericano James Buchanan, para referirse a una nueva disciplina académica que permite analizar la vinculación de la asignación de los derechos económicos y políticos por parte del Estado a la teoría de la decisión racional. La idea central de la economía constitucional es que si bien la protección efectiva de los derechos económicos fue el mecanismo fundamental para promover el crecimiento económico en tiempos del Estado providencia, en tiempos de crisis y frente a su virtual desaparición, la sociedad misma tiene que asumir la tarea de garantizar la prestación de servicios y los derechos sociales, por lo que queda demostrado que las instituciones del Estado nunca son superiores a los intereses de los ciudadanos.⁵

En ese sentido, la Constitución económica deja de estar anclada como en tiempos del Estado social a la existencia de derechos y prestaciones sociales y pasa a ser simplemente la expresión que da cuenta de los equilibrios precarios entre el Estado, la sociedad y cada persona individual, a través del mecanismo del mercado.

En el caso de América Latina todas las Constituciones nacionales que fueron aprobadas o reformadas después de la segunda guerra mundial incluyen también regulaciones constitucionales del sistema económico tendencialmente vinculadas a la construcción de un Estado de Bienestar, bien sea asignando una parte especial de la Ley Suprema al tratamiento sistemático de las cuestiones económicas, como ocurre en las constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador o Venezuela; bien sea distribuyendo a lo largo de todo el articulado el tratamiento de lo económico, como ocurre en Chile o Paraguay.

En ese sentido, en cuanto atañe al contenido de la Constitución económica en la mayoría de los países latinoamericanos se encuentran regulaciones constitucionales respecto de la propiedad privada, la libertad de empresa y de comercio, la regulación de los monopolios, el presupuesto, la planificación económica, el manejo de los recursos naturales, la moneda, la banca, y la protección al consumidor entre otras; establecen o reconocen derechos laborales y sus garantías, e incorporan instituciones dedicadas tanto a la regulación como al control de la economía en su conjunto; todas bastante parecidas a las regulaciones de la constitución económica de los estados sociales en los países centrales del capitalismo. Sin embargo la debilidad fiscal y presupuestaria de nuestros Estados hizo que en la mayoría de los países de la región el Estado de Bienestar y su Constitución económica fuera poco menos que un sueño a alcanzar; y cuando llegó la crisis en los años 80 no hubo que hacer mucho para transformar este Estado providencia en un estado neoliberal sustentado en la economía social de mercado, que no es otra cosa que a aceptación de que la política social no es un derecho en el sentido fuerte del termino sino una condición de posibilidad dependiente de las condiciones que marca el mercado.

⁵ BUCHANAN James, *Logical Formulations of Constitutional Liberty*, Vol. 1, Indianapolis, 1999, p. 372.

En ese sentido, la Constitución económica deja de ser el marco que comprende la intervención del Estado en el ámbito social, lo que incluye búsqueda de pleno empleo, seguridad social, redistribución de la riqueza, generación de nuevas formas de propiedad y cogestión; para reducirse al marco regulatorio de la defensa de la competencia.⁶

3. El desarrollo histórico de la constitución económica ecuatoriana

3.1. La economía en la historia constitucional ecuatoriana

Como se dijo en la introducción, en la historia constitucional ecuatoriana el reconocimiento de la Constitución económica comienza con la Constitución de 1929, sigue con la de 1945 y continúa en la de 1967, 1979 y 1998. En la Constitución de 1929 se expresa por primera vez en una Carta Política la preocupación del Estado por la organización centralizada de las rentas públicas, el control del sistema monetario y financiero y por el desarrollo de un sistema tributario moderno. Esta constitución también proclamó los primeros derechos sociales, y las bases del derecho laboral entendido como un derecho *pro operario*, estableciendo por primera vez la idea de la responsabilidad y la función social de la empresa privada.

Se consolida con la expedición de la fugaz pero trascendente Constitución de 1945, que reprodujo en general las atribuciones económicas desarrolladas por el constitucionalismo juliano introduciendo todo un título relativo al tratamiento de la economía, estableciendo que el Estado regulara las actividades de la vida económica a fin de obtener el máximo aprovechamiento de la riqueza y la distribución más justa de ella. Esta constitución también introdujo la posibilidad de la nacionalización en caso de que así lo exijan los intereses generales del país, e introdujo la idea del sector cooperativo como un complemento a la economía pública y privada.

En 1946 se promulgó una nueva Constitución que si bien desmontó todo el aparato político e ideológico de la Constitución anterior, sin embargo mantuvo y en algunos casos profundizó la idea de la intervención estatal en el fomento de la actividad económica, llegando a crear el Consejo Nacional de Economía, ente encargado de la coordinación y planificación económica nacional.⁷

En 1967 se promulga una nueva Constitución, esta vez inspirada y promovida por la necesidad de fortalecer el papel del Estado en el contexto del primer desarrollismo. En ese sentido la Constitución mantiene en lo fundamental los principios de la constitución económica ya consolidados pero los contextualiza para favorecer la naciente integración de la economía nacional a la economía regional. Uno de los elementos novedosos de este constitucionalismo económico es la idea de crear sectores estratégicos de la economía

⁶ Este es el modelo que defendían los padres del neoliberalismo y particularmente Von Mises, Hayek y Milton Friedman.

⁷ Ver artículo 79 Constitución Política de 1946.

reservados al capital nacional.⁸ En cuanto a la propiedad privada la constitución de 1967 reiteró la idea de su garantía mientras cumpla la función social que le es inherente. Se estableció además por primera vez en una constitución ecuatoriana la idea del daño resarcible y de la obligación del estado de indemnizar a los particulares los perjuicios causados por las actividades públicas. Pero sin lugar a dudas la principal innovación de esta constitución en materia económica es la constitucionalización de la obligación del Estado hacer y promover la reforma agraria.⁹

La siguiente constitución es la de 1979. Esta constitución que es considerada junto con la de 1945 la más progresista de la historia ecuatoriana. Aunque es la constitución del retorno a la democracia, esta Constitución está estrechamente vinculada al proyecto de desarrollo de los gobiernos militares de la década de los 70 y particularmente el gobierno del General Guillermo Rodríguez Lara. El Estado desarrollista de los años 70, se caracterizó por su centralismo, el crecimiento de la burocracia especializada y el creciente intervencionismo estatal en la economía. La transición a la democracia buscó legitimar, mediante la Constitución de 1979, este Estado de cosas, al constitucionalizar este modelo económico.

Específicamente éste se sustenta en consolidación del papel de Estado en la economía durante los años del desarrollismo, así como en la idea de que es posible estabilizar a través de la acción planificada del gobierno los niveles de crecimiento y desarrollo económico sobresalientes que habían distinguido la década anterior. Si bien no hubo solución a los problemas sociales ni reconocimiento de las diferencias culturales y étnicas, la constitución promovió por lo menos formalmente la idea de la igualdad entre los ecuatorianos. Es así como el artículo 45 reconoce claramente el principio de igualdad sustancial y de oportunidades.¹⁰ Además, como bien dice Juan Paz y Miño,¹¹ fue la primera Constitución ecuatoriana en establecer normativamente una definición de sistema económico sobre la base de la existencia de los cuatro sectores de la economía: público, privado, mixto y comunitario o de autogestión.¹²

Sobre esas bases programáticas la Constitución diseña una sobresaliente cantidad de instituciones que hacen posible que el Estado se convierta en el motor fundamental de la economía nacional. A partir de esa idea se constitucionaliza el modelo de planificación implementado por la Junta de Planificación creada por los militares y se estructura la economía sobre la base de la existencia de sectores estratégicos manejados por el Estado.

En conclusión, la de 1979 es una Constitución progresista, nacionalista, estatista y tercermundista sustentada en el fortalecimiento del papel del Estado, tanto en la economía

8 Ver artículo 90 Constitución de 1967.

9 Ver artículo 51 Constitución de 1967.

10 Dice el artículo 45 de la Constitución de 1979: "la organización y funcionamiento de la economía debe responder a los principios de eficacia y justicia social a fin de asegurar a todos los habitantes una existencia digna permitiéndoles, al mismo tiempo iguales derechos y oportunidades frente a los medios de producción y de consumo".

11 PAZ Y MIÑO Juan, *Asamblea Constituyente y Economía*, Ediciones Abya Yala, Quito, 2007, p. 17 a 53.

12 Ver Artículo 46 Constitución de 1979

como en el conjunto de la vida social, que estaba pensada para convertirse en el elemento fundamental de la consolidación de un estado de bienestar a la ecuatoriana.

Sin embargo, la Constitución de 1979 fue rebasada por su contexto. Como se recordará, a escasos dos años y medio de su entrada en vigencia, en abril de 1982 sobreviene en América Latina la crisis de la deuda y se generaliza en todo el mundo el neoliberalismo por influencia de EEUU y del FMI.¹³ De tal suerte que los gobiernos que vinieron luego desmontan en la práctica la aplicación de la Constitución y eliminan el papel activo del Estado en la Economía. La idea era que la empresa privada se erigiera como el motor de la Economía y gestor crecimiento país en reemplazo del sector público. Desde entonces y hasta el 2006 se generó un proceso de desmantelamiento progresivo del Estado, con el objeto de construir un Estado mínimo, en la línea consenso de Washington.

Ahora bien, el neoliberalismo tuvo una intensidad y un éxito relativamente bajos, ya que solo pudo realizar sus postulados en la liberalización de las regulaciones estatales sobre los mercados financiero, monetario y laboral, sin modernizar realmente las relaciones entre Estado y mercado resultantes del funcionamiento parasitario del Estado oligárquico. El neoliberalismo no logró consolidar un bloque hegemónico estable dado que la cultura política de las elites dominantes se correspondía con intereses y valores que no estaban representados en las versiones más depuradas del discurso de la modernización.¹⁴

Y así llegamos a la Constitución de 1998 que es vista por la mayoría de los expertos en la historia económica del Ecuador como el intento tardío de institucionalizar al más alto nivel el proyecto político y económico neoliberal que había funcionado sin Constitución entre 1984 y 1997.

Recuérdese que en 1997, pasada la crisis política ocasionada por la destitución de Abdala Bucaram, el presidente Alarcón como parte de un proceso de legitimación de su régimen convocó una Asamblea Constitucional para adaptar la Constitución de 1979 a las nuevas realidades económicas, políticas y sociales de la época. Esta Asamblea Constitucional termina asumiendo plenos poderes y redactando una nueva Constitución. Esta nueva Constitución tiene por una parte un desarrollo muy importante de los derechos, introduciendo al ordenamiento jurídico figuras y derechos inéditos en la historia jurídica ecuatoriana. Así por ejemplo declara que el país es Pluricultural y Multiétnico; incorpora una sección dedicada al medio ambiente; incorpora la defensoría del pueblo y garantías como Amparo, Habeas Data; establece reconocimiento a la unión libre; la igualdad de género; Incorpora atención prioritaria a grupos vulnerables; e introduce la rendición de cuentas y revocatoria del mandato para algunas autoridades (locales).

Pero lo que importa por ahora para nosotros es la Constitución económica. En este ámbito la *constitución constitucionaliza* el modelo neoliberal a través de la definición del

13 PAZY MIÑO Juan, op. Cit. p. 40

14 El conflicto Febres Cordero - Dahik es el más ilustrativo caso de los límites del proyecto modernizador neoliberal en el contexto político tradicional de las elites ecuatorianas.

sistema económico como social de mercado. Abandona el papel dirigente del Estado en la actividad económica y elimina el concepto de áreas estratégicas de la economía manejadas por el Estado. Adicionalmente introdujo los concepto de privatización para los recursos del subsuelo, agua potable, energía eléctrica, telecomunicaciones mediante la concesión a particulares.

De esta manera, la Constitución de 1998 se puso a tono con los tiempos, poniéndose de moda la liberalización y el retiro del Estado de la actividad económica, desconstitucionalizando los elementos fundamentales del sistema económico y dejando a la ley la regulación de los temas mas importantes de la economía.

3.2. Un nuevo proceso constituyente

Frente a la situación caótica, en lo político y en lo económico, creada por la Constitución de 1998, entre los últimos meses del 2005 y finales del 2006 se fue generando en la ciudadanía, un creciente consenso sobre la necesidad de convocar a una nueva Asamblea Constituyente que sirviera como instrumento para transformar nuevamente el marco institucional del Estado, y trazar los caminos para salir de la profunda crisis social y política que vivía el país. Se plantearon varias opciones: el trámite de una reforma constitucional por la vía marcada por el artículo 280 de la Constitución de 1998; la designación de una comisión de expertos que redactara una nueva Constitución como se había hecho en 1977-1978; la convocatoria de una nueva Asamblea Constitucional similar a la que había funcionado en 1997; y, finalmente, la convocatoria a una Asamblea Constituyente de plenos poderes.

La primera alternativa fue rápidamente desechada; la comisión de notables y la Asamblea Constitucional también fueron consideradas inviables porque a pesar de ser la alternativa adecuada para reformar el sistema desde dentro por la mera reforma del sistema, estas no garantizaban una respuesta lo suficientemente contundente a la situación. La única alternativa que garantizaba la solución de la crisis era la apelación política al poder constituyente originario a través de la generación de un hecho político que desembocara en la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

En ese sentido, la Asamblea Constituyente de 2007-2008 surgió y se desarrolló como un proceso social y político antes que jurídico. Lo que estaba en juego entonces no era una discusión técnica sobre la inconstitucionalidad de la asamblea, lo cual era obvio, sino la generación de una nueva correlación de fuerzas entre los distintos actores sociales y políticos que, en ese momento demandaba el cambio.

Una vez instalada la constituyente se ocupó de 6 ejes fundamentales: la transformación económica; el cambio radical del sistema político; el debate sobre la reconstrucción del Estado y el papel de la planificación; la garantía efectiva de los derechos, con particular preocupación por la tutela de los llamados derechos económicos sociales y culturales, la igualdad y los derechos de las mujeres; el diseño territorial del Estado; y, la discusión sobre el tipo de democracia que debía instaurarse en el país y sobre el sistema de participación.

3.3. La Constitución y sus agendas

Si asumimos como nuestra la distinción entre Constitución y ley constitucional que hace el jurista alemán Carl Schmitt, podemos sostener que en el Ecuador no existe una sola Constitución, sino cinco incorporadas todas en el texto de Montecristi.¹⁵

La primera Constitución o agenda constitucional es la de los derechos, la cual se expresa en la decisión constituyente de incorporar al ordenamiento jurídico las últimas novedades del derecho internacional de los derechos humanos y que se materializa en la constitucionalización del principio de interdependencia entre el derecho internacional y el derecho constitucional; en la constitucionalización de la agenda de la igualdad como eje transversal de toda la Constitución; en el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución; en el reconocimiento de la interdependencia de todos los derechos; en el desarrollo del concepto de *Sumak Kawsay*; en la vinculación entre derechos y políticas públicas; y en la eliminación del concepto de derechos fundamentales.

La segunda agenda constitucional, implícita en el texto constitucional de Montecristi, es la neo-desarrollista. Esta agenda constitucional, tiene su antecedente directo en la Constitución de 1979 y su antítesis en el modelo constitucional oligárquico que rigió al país entre 1984 y 2006.

Se erige a partir de una visión clásica y antropocéntrica del Estado, y se estructura en torno a algunas ideas fundamentales: a) la necesidad de refundar el Estado a partir de una visión nacionalista y anti imperialista de lo público; b) la urgencia de garantizar la igualdad de todos los que vivimos en el Ecuador, a partir de la generación de equilibrios socio económicos y territoriales generados “desde y por” el Estado; c) la construcción de un modelo centralista y centralizador de la administración pública; d) la necesidad de recuperar la iniciativa económica estatal y la planificación centralizada de la economía; y, f) la reinstauración en el país de un sistema económico basado en la coexistencia de cuatro sectores de la economía: público, privado, mixto y comunitario. Estructuralmente, esta agenda tiene su concreción normativa más clara en los títulos VI y VII de la Constitución, relativos al régimen de desarrollo y régimen del buen vivir.

La tercera agenda, reconocible en el texto constitucional, es aquella impulsada por los pueblos y organizaciones indígenas. Entre las muchas cuestiones importantes planteadas por los defensores de esta postura política, se logró establecer en el texto constitucional aprobado en 2008, dos cuestiones concretas: el reconocimiento del carácter plurinacional del Estado ecuatoriano; el reconocimiento del pluralismo jurídico y del carácter no exclusivamente estatal del derecho y, la profundización y garantía efectiva de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Existe una cuarta Constitución o agenda constitucional, también decisiva para la configuración del nuevo modelo constitucional ecuatoriano: la Constitución verde, que puede resumirse como la apuesta política por construir una nueva epistemología, una nueva

15 MONTAÑA Juan. Ensayo introductorio al libro de Boaventura de Sousa Santos, *Derecho y Emancipación*, CEDEC, Quito, 2011, p. 24.

historia y una nueva antropología, que superen la centralidad del sujeto humano para reemplazarlo por un modelo donde el centro de todo sea la vida.

La última agenda constitucional relevante puede denominarse “democrática”. Sus impulsores tenían como principal preocupación superar el concepto tradicional de Constitución como limitación del poder y avanzar a la definición de la Constitución como fórmula democrática de convivencia, de pacto de vida en común, de la mano de la noción sustancial de democracia como aquella forma de gobierno que busca repartir el poder entre todos los miembros de la sociedad.

3.4. La Constitución económica vigente

El primero de estos principios sin lugar a dudas es el principio de igualdad que encontramos en los artículos 10.2 y 66.4 de la Constitución. Este principio nos dice que en el Ecuador está garantizada la igualdad ante la ley o igualdad formal, la igualdad material y la no discriminación.

En cuanto a la igualdad formal esta se refiere a la garantía liberal de que todos somos iguales ante a la ley y frente los tribunales de justicia. Implica la eliminación de privilegios. La igualdad material es más difícil de comprender pero no es otra cosa que el mandato que la Constitución hace al Estado para que éste, como garante del interés general, suprima los obstáculos de orden económico y social que en el contexto de una sociedad desigual impiden el pleno desarrollo de las personas y la participación efectiva de todos en la organización política, económica y social del país.¹⁶ Este principio además eleva a la categoría constitucional la prohibición de discriminación, lo que implica proscribir cualquier distinción sospechosa que vulnere la dignidad de las personas.¹⁷

El siguiente principio es la libertad de empresa que está regulado en el artículo 66 numeral 15 de la Constitución. Este principio establece que toda persona en el Ecuador tiene derecho a desarrollar libremente actividades económicas, las cuales solo pueden limitarse para cumplir con la función social y la función ambiental de la empresa. La Constitución garantiza además, como una manifestación particular de este principio el derecho a la libre contratación que se predica de todos aquellos emprendedores y trabajadores autónomos, y consiste en el derecho de acudir al mercado para contratar libremente a las personas que estén mejor capacitadas o tengan mayores competencias para desarrollar una actividad económica determinada.

Otro elemento fundamental de la Constitución económica es el rescate de las diferentes formas de organización de la producción como las comunitarias, privadas, públicas, y mixtas,¹⁸ que habían sido eliminadas por la Constitución neoliberal de 1998.

16 Ver artículo 3 de la Constitución Italiana de 1947.

17 En el caso ecuatoriano el artículo 10.2 inciso 3 de la Constitución establece cuales son los criterios sospechosos de discriminación. Estos son: la etnia, el lugar de nacimiento, la edad, el sexo, el género, la cultura, el estado civil, el idioma, la religión, la ideología, la filiación política, el pasado judicial, la condición social y económica, la condición migratoria, la orientación sexual, el estado de salud, la condición física y cualquier otra que tenga como propósito o resultado la anulación del ejercicio de derechos.

18 Ver: Artículo 319 CRE.

El complemento esencial de la libertad de empresa es la garantía del derecho al trabajo. En el caso de la Constitución de Montecristi, ésta también garantiza el derecho al trabajo libre en sus dos dimensiones: la libertad de tener el oficio y trabajar en lo que libremente la persona escoja y la libertad de dejar en cualquier momento el trabajo sin ninguna restricción, así como la garantía que ningún trabajo en el Ecuador sea gratuito.

Y por supuesto, en el entendido de que el Ecuatoriano es un régimen constitucional liberal, se garantiza el derecho a la propiedad en sus distintas manifestaciones (pública, privada, mixta, asociativa, comunitaria), el cual se reconoce en el artículo 321 de la Constitución. Cabe resaltar que como una de las manifestaciones del derecho de propiedad más importantes la Constitución económica ecuatoriana actual reconoce y protege el derecho a la propiedad intelectual, en sus diferentes manifestaciones.

También existen dentro de la Constitución económica prohibiciones y restricciones a la libre competencia y regulaciones anti monopolio que permiten tener un panorama claro sobre el sistema económico ecuatoriano. Éste a diferencia de lo que ocurría en el pasado próximo no se basa en una economía de mercado,¹⁹ mucho menos en una economía totalmente estatalizada sino que configura un sistema de economía mixta que la Constitución en el artículo 283 denomina “social y solidaria”.

Finalmente la Constitución desarrolla el modelo económico calificándolo como social y solidario. Esta adjetivación lejos de ser retórica tiene importantes consecuencias: en primer lugar nos dice que la economía del país se estructura a partir de una relación dinámica entre Sociedad-Estado y Mercado; y nos dice que la finalidad de todo el sistema económico y de la economía es la garantía de los derechos y la reproducción de las condiciones materiales de la vida. Las principales diferencias entre la actual Constitución Económica y la de 1998 tiene que ver con que el motor de la economía no es el sector privado sino que esta funciona a partir de la sinergia entre un Estado fuerte y Mercado puesto al servicio de la sociedad y por tanto no autorreferente.

4. La Constitución y el *buen vivir*

Frente a la diversidad de contenidos constitucionales existe un elemento común que hace posible vincular las distintas agendas constitucionales es justamente el concepto de Buen vivir o *Sumak Kawsay*.

Sin desconocer la importancia que tuvo en su momento y tiene todavía la Constitución económica tradicional para la construcción de una sociedad más igualitaria especialmente en los países de la periferia del capitalismo como Ecuador, el buen vivir o *sumak kawsay* es una gran alternativa porque permite ir más allá de los conceptos canónicos de la economía clásica y por ende también supera en mucho el potencial emancipatorio de la noción de Constitución económica, como ha sido caracterizada en

¹⁹ Ver artículos 1 y 244 de la Constitución de 1998

este escrito. El buen vivir va más allá de la economía ya que involucra nociones extraeconómicas como reciprocidad, complementariedad, alteridad, reconocimiento del otro, autonomía, que no pueden ser reducidas al mercado.

El buen vivir o *Sumak kawsay* puede ser visto desde la perspectiva utilitarista como la conciencia de que por nuestro propio interés como especie, los seres humanos debemos encontrar una manera más racional y sostenible de vivir, a efectos de garantizar nuestra perpetuación como especie. Los ecologistas consideran que el *sumak kawsay* es el medio que permite transitar desde una perspectiva antropocéntrica al biocentrismo y asumen que este concepto es la bisagra que facilita el tránsito de un modelo desarrollista y extractivista a un modelo de post desarrollo. Desde el punto de vista del post desarrollo el buen vivir sería un modelo que permite romper y trascender al capitalismo, cuestionando uno de sus pilares, la idea de progreso y de desarrollo. Para esta tesis el desarrollo en sí mismo profundiza las inequidades del mundo ya que en el marco de la división internacional del trabajo no todos pueden acceder a él.

Pero además el *sumak kawsay* es el criterio central de la filosofía de los pueblos andinos y es en sí mismo un sistema de pensamiento paralelo y diverso al occidental. En ese contexto epistemológico los pueblos andinos no conciben la idea de progreso; en un mundo donde no existen derechos, mucho menos derechos subjetivos, el *sumak kawsay* o *vivir bien* sería el resultado o la materialización de la obligación que tenemos los seres humanos con el resto de seres de la naturaleza y con LA VIDA y la reproducción de la vida.

La idea básica en la que confluyen todas las teorías que de una u otra manera definen el buen vivir es que el desarrollo no es un principio ineludible de la vida social, sino tan solo es un discurso histórico que hizo posible la aparición y el desarrollo del capitalismo. Desde ese punto de vista el *sumak kawsay* constituye una crítica radical al propio concepto de desarrollo -subdesarrollo y representa la posibilidad más clara de un mundo económico no mediado por la idea del desarrollo.

En ese sentido, el buen vivir sería una propuesta de convivencia armónica entre la sociedad mestiza moderna y las sociedades tradicionales; y está vinculada a otras propuestas y conceptos alternativos como ecología política, eco-feminismo; comercio justo, renta básica y autogestión etc. Pero no es propiedad de un movimiento social específico.

5. Los conceptos fundamentales de la nueva economía ecuatoriana

Si asumimos que a partir de la expedición de la Constitución hay una nueva economía en el Ecuador y que esta nueva economía se sustenta en la idea del buen vivir o *Sumak kawsay*, es tiempo de aterrizar este concepto amplio en nociones operativas que permiten diferenciar nuestro modelo económico de cualquier otro, nuestro o foráneo.

5.1. La economía social y solidaria

La economía social y solidaria es una categoría desarrollada por la Constitución de Montecristi que aglutina diversas formas de producción y consumo REALMENTE EXISTENTES, que o bien están vinculadas al mercado, o bien lo están de manera fragmentaria y marginal, pero que existen en la sociedad ecuatoriana y son muy importantes para la subsistencia o la reproducción social de amplios sectores de la población.²⁰

Aunque la economía social y solidaria en principio no depende del Estado, la Constitución del 2008, en un afán de conciliar la agenda desarrollista con las agenda plurinacional y la ecológica, incorpora la noción de *sumak kawsay* y desarrolla desde la perspectiva estatal los principios de la economía social y solidaria, y en ese sentido son una respuesta propia de nuestro país a la demanda de reestructuración del sistema económico global.

En términos teóricos la economía social y solidaria es concebida como una forma de asociación libre de los productores y consumidores en el campo de la producción real, que a través de sus relaciones e interrelaciones lucha contra la fragmentación de las comunidades, el individualismo y la exclusión del trabajo asalariado “formal” (y sus derechos sociales vinculados).

Las distintas opciones de producción y consumo que se articulan a través del concepto de economía social y solidaria son respuestas teóricas y prácticas a la miopía y rigidez conceptual de la economía como ciencia social que estudia el Estado y el mercado. Plantea nuevas prácticas sociales orientadas a la construcción de un sistema social que no esté ligado al mercado o lo esté de una forma más flexible.

En ese sentido la Economía Social y Solidaria es una práctica social y como tal lucha contra determinados conceptos hegemónicos de la economía tradicional. Uno de ellos es la naturalización de la economía de mercado como un hecho ineluctable e irreversible; otro es la identificación de rentabilidad con eficiencia y la valoración positiva de la competencia antes que con la cooperación social. La economía social y solidaria como sistema económico nacional lucha contra la definición de riqueza como acumulación de mercancías que ignora la producción para el propio consumo familiar o comunitario. También se querrela contra toda diferenciación social y especialmente contra aquella que divide a la sociedad entre los exitosos y los perdedores en el mercado, así como entre las culturas afines al capitalismo y las regidas por otras lógicas.

5.2. Economía del cuidado

La teoría política feminista también hace un aporte a la nueva economía ecuatoriana. Y lo hace contribuyendo con una de las propuestas más novedosas de toda la constitución

20 El artículo 1 de la ley de la Economía popular y solidaria define este sistema económico como el conjunto de formas colectivas de organización económica, auto gestionadas por sus propietarios que se asocian como trabajadores, proveedores, consumidores o usuarios, a fin de obtener ingresos o medios de vida en actividades orientadas por el buen vivir, sin fines de lucro o de acumulación de capital.

económica ecuatoriana. Se trata del reconocimiento de actividades de cuidado y de las actividades domésticas como trabajo y parte del ámbito de lo público.

Para ello proponen un nuevo modelo de ciudadanía, que ante el agotamiento del discurso de los derechos propio del Estado constitucional²¹ avance hacia un nuevo pacto social no patriarcal que sustituya al ciudadano individuo por un ciudadano/a como ser social relacional vinculado al cuidado.

De esta nueva noción de ciudadanía surge también un nuevo entendimiento de la economía en donde lo importante no es ya la acumulación de bienes, sino que lo prioritario es la búsqueda de la igualdad y hacer visible el valor social del cuidado humano.

En ese sentido la economía del cuidado que reconoce la Constitución de 2008 busca la visibilización de las dimensiones reproductivas de la economía tradicional; o lo que es lo mismo una visión más integral y justa de la economía.

Para hacerlo uno de los elementos fundamentales es el planteamiento del tiempo y del espacio donde se producen los bienes y servicios necesarios para la reproducción cotidiana y generacional a partir de otros valores distintos al beneficio como Reciprocidad y el afecto. Esta es un entendimiento del sistema económico que busca reconocer las dimensiones reproductivas de la economía y por tanto un replanteamiento del tiempo y del espacio donde se producen los bienes y servicios necesarios para la vida y la reproducción de la vida y se hace a partir de la vigencia de valores tradicionalmente pretermitidos como el altruismo, la reciprocidad y el afecto.

5.3. Soberanía alimentaria

El último elemento central en la comprensión de la nueva economía ecuatoriana es la ampliación del concepto de soberanía y particularmente el desarrollo de la idea de soberanía alimentaria. El artículo 281 de la Constitución nos habla de que la soberanía alimentaria es un objetivo estratégico y una obligación del Estado que consiste en garantizar a las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente. Como se puede ver ésta se diferencia de la noción tradicional de seguridad alimentaria en la medida en que esta última solo se preocupa del acceso de las personas a alimentos suficientes, seguros y nutritivos para cubrir sus necesidades nutricionales. Mientras la soberanía alimentaria se entiende como la facultad de cada pueblo para definir sus propias políticas agrarias y alimentarias de acuerdo a objetivos de desarrollo sostenible y seguridad alimentaria.

La nueva economía ecuatoriana basada en el buen vivir incorpora claras obligaciones del Estado para la garantía de la soberanía alimentaria, lo cual implica impulsar de forma consistente la producción de alimentos de las pequeñas y medianas unidades de producción, comunitarias y de la economía social y solidaria, así como adoptar políticas

21 Sobre el particular Ver: Rodríguez Ruiz Blanca, "Hacia un Estado postpatriarcal, Feminismo y Ciudadanía", En: *Revista Umbral* No. 2 Julio – diciembre de 2012, pp 27 a 63.

fiscales, tributarias y arancelarias que protejan al sector agroalimentario y pesquero nacional, para evitar la dependencia de importaciones de alimentos. También pasa por el fortalecimiento y la urgente diversificación tecnológica en la producción agropecuaria y desarrollar políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos productivos.

Bibliografía

Libros:

Bidardt Campos, Germán, *La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional Argentino)*, En: *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N°6, México, Enero-Junio de 2002.

Buchanan James, *Logical Formulations of Constitutional Liberty*, Vol. 1, Indianapolis, 1999.

Diez Morreno Fernando, *El Estado Social*, CEC, Madrid, 2004.

García Pelayo Manuel, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid 1977.

Montaña Juan, *Ensayo introductorio al libro de Boaventura de Sousa Santos*, Derecho y Emancipación, CEDEC, Quito, 2011.

Rodríguez Ruiz Blanca, *Hacia un Estado post patriarcal, Feminismo y Ciudadanía*, En: Revista Umbral No. 2 Julio - diciembre de 2012

Paz y Miño Juan, *Constituyentes, Constituciones y Economía*, En *Asamblea Constituyente y Economía*, Editorial Abya Yala, Quito, 2007.

Normas:

Constitución Política de 1929;

Constitución Política de 1945;

Constitución Política de 1967;

Constitución Política de 1979;

Constitución Política de 1998;

Constitución de la Republica de Ecuador de 2008.



**La cuestión prejudicial en la
Unión Europea y la interpretación
prejudicial en la Comunidad Andina
de Naciones**

Calógero Pizzolo

Sumario:

*I. Un Diálogo **reglado** y **directo** entre el juez nacional y el juez supranacional; II. La **cuestión prejudicial** en el Derecho de la Unión Europea (DUE). A.- Requisitos para su procedencia. 1. Que sea planteada por un “órgano jurisdiccional interno”. 2. Que se trate de un asunto “pendiente”. 3. Que se trate de una “duda razonable”. B.- Cuestión prejudicial de interpretación. C.- Cuestión prejudicial de validez. D.- Procedimiento. Requisitos para la aplicación del procedimiento de urgencia. E.- Incumplimiento de la obligación, cuando ésta existe, de plantear la cuestión prejudicial por el órgano jurisdiccional nacional; III. La **interpretación prejudicial** en el Derecho Comunitario Andino (DCA). A.- Finalidad y límites. B.- Consulta facultativa y consulta obligatoria. C.- Condiciones y requisitos para la formulación de la consulta. D.- Rechazo de la teoría del “acto aclarado” y del “acto claro”. Efectos de la interpretación: obligaciones del juez consultante y de los Estados miembros.*

Resumen:

Dentro del escenario jurídico fragmentado que presenta la globalización, donde la consolidación de corrientes jurídicas supranacionales son una constante, la cuestión prejudicial en el ámbito del Derecho de la UE y la interpretación prejudicial en el Derecho Comunitario Andino constituyen el único caso de diálogo directo y reglado entre niveles jurisdiccionales diversos. Ello ha permitido desarrollar un valioso instrumento para generar consensos en torno a la interpretación de normas jurídicas dentro de una comunidad de intérpretes -nacionales y supranacionales- donde cada miembro reclama para sí la “última palabra”. En un escenario fragmentado en múltiples niveles normativos/interpretativos, dicho instrumento permite “reconstruir” la unidad perdida y presentar al derecho supranacional además de autónomo como homogéneo. Ahora bien, luego de esta naturaleza común, ambos instrumentos han desarrollado sus particularidades normativas y matices jurisprudenciales. En el caso de la UE se ha avanzado con el desarrollo de la cuestión prejudicial como un medio no sólo de interpretación sino de control de la validez del Derecho de la UE que nos permite hablar, de un monopolio en la interpretación del TJUE, pero de un control de validez difuso o sea compartido entre los jueces de Luxemburgo y los nacionales. En el caso de la CAN la interpretación prejudicial se viene consolidando como mecanismo hermenéutico circunscripto a la norma comunitaria respectiva. Con el rechazo de la doctrina del acto “claro” y del acto “aclarado”, los jueces de Quito mantienen un monopolio absoluto sobre la interpretación del Derecho comunitario andino mientras que su control de validez se realiza al través de la acción de nulidad o incumplimiento.

I. Un Diálogo *reglado* y *directo* entre el juez nacional y el juez supranacional

El diálogo *reglado* hace referencia a un modo de relación articulado expresamente mediante un procedimiento *reglado* que permita, una vez planteada la duda o cuestión hermenéutica, recurrir a una instancia final que imponga su autoridad interpretativa de forma final o sea, exclusiva. Esta última instancia permite recuperar la unidad interpretativa –perdida a causa de la fragmentación jurídica actual originada en la protección multinivel fundamentalmente de los derechos humanos– y promover la aplicación homogénea del Derecho en cuestión.¹

El único modo conocido hasta el presente de diálogo *reglado* refiere a la *cuestión prejudicial* prevista en el ámbito del Derecho de la Unión Europea (DUE) y, a la de *interpretación prejudicial*, en el ámbito del Derecho Comunitario Andino (DCA). Este *modo dialógico*, en sus dos manifestaciones actuales, ha permitido y permite, un fluido contacto directo entre los jueces nacionales –incluidos los jueces constitucionales– y el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo o bien el Tribunal de Justicia de la comunidad Andina (TJCA) con sede en Quito.

Nos encontramos, en palabras de García Roca, frente al “paradigma del diálogo judicial”², el cual nos permite hablar de “conexión colaborativa” no parangonable con ninguna otra de las posibles en escenarios de pluralismo constitucional. La cuestión *prejudicial* –escribe Bustos Gisbert–,

permite una conexión directa sin la intermediación de las instancias máximas de control de constitucionalidad. Es más, permite que los tribunales inferiores cuestionen la interpretación de los tribunales superiores, incluidas las instancias de control de constitucionalidad. De este modo, los propios tribunales nacionales inferiores actúan como válvula de seguridad para garantizar interpretaciones mutuamente compatibles entre Derecho comunitario [DUE] y Derecho constitucional incluso al margen de los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros.³

- 1 Véase PIZZOLO, Calógero, “Problemas fundacionales del derecho constitucional transnacional” en *Retos y desafíos para el Estado constitucional en la globalización* (Enrique Uribe Arzate y Alejandra Flores Martínez coor.), Universidad Autónoma del Estado de Toluca, México, 2014, p. 15-41, y “Las normas interconectadas: entre la primera y la última palabra en materia de derechos humanos”, en *Revista La Ley* de miércoles 8 de julio de 2015, p. 1.
- 2 GARCÍA ROCA, Javier, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”, en *Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...)*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2013, p. 225. Se trata, según el autor, de un procedimiento predeterminado que obliga necesariamente a dialogar a los sujetos judiciales.
- 3 BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, núm. 95, mayo-agosto (2012), p. 36. Sin resaltar en el original. El mismo autor mantiene que el diálogo judicial en el marco de la UE a través de la cuestión *prejudicial* “es una realidad extraordinariamente específica difícilmente comprensible fuera de su estricto ámbito de aplicación y no trasladable, en forma alguna, a otras fórmulas de pluralismo constitucional de menor intensidad. Sin embargo, lo que sí podemos apuntar como proposición general es que una intensidad extraordinariamente fuerte en la imbricación entre ordenamientos puede exigir cauces procesales muy desarrollados que conecten ambos ordenamientos” (*ídem*, p. 47).

Como lo apunta Burgorgue-Larsen, este tipo de diálogo, deriva de una serie de reglas procesales o de unas obligaciones internacionales que disminuyen la libertad del juez nacional al incitarle a dialogar con el juez supranacional. Este diálogo regulado es siempre vertical. En el espacio de la UE, el mecanismo del reenvío prejudicial “es revelador de un diálogo «regulado» por excelencia. Es lo que se podría llamar el «diálogo integrado», es decir, organizado de tal manera que lleve a la vigencia y efectividad de la integración europea”.⁴

Las estadísticas propias, tanto del Tribunal de Justicia como del TJCA, que describen tanto lo cualitativo como cuantitativo del trabajo jurisdiccional llevado adelante permiten verificar la importancia –y el protagonismo– del modo dialógico prejudicial como instrumento efectivo de interconexión entre el juez nacional y el juez supranacional. En efecto, se trata de la herramienta procesal más utilizada por los primeros y que, en consecuencia, ha ocupado el mayor espacio en los pronunciamientos de los segundos.

En el caso de los jueces de Luxemburgo⁵, tomando como referencia el año 2010 en adelante, las cuestiones prejudiciales fueron –en relación a los asuntos iniciados– 385 de 631 en 2010 (61%), 423 de 688 en 2011 (61.4%), 404 de 632 (63.9 %) en 2012, 450 de 699 (64.3%) en 2013, y 428 de 622 (68.8%) en 2014. En igual período, tomando como referencia los asuntos terminados, las cuestiones prejudiciales fueron 339 de 574 (59%) en 2010, 388 de 638 (60.8%) en 2011, 386 de 595 (64.8%) en 2012, 413 de 701 (58.9%) en 2013, y 476 de 719 (66.2%) en 2014. Si se sigue la evolución general de la actividad judicial del Tribunal de Justicia, la tendencia anterior queda confirmada al verificarse que en los primeros años de actividad del Tribunal (1961 año de la presentación de la primera cuestión prejudicial a 1971) sumaron 144 asuntos, mientras que en la última década (2004-2014) sumaron 3.666 asuntos. En resumen, hasta 2014, el Tribunal de Justicia ha intervenido en 8.710 cuestiones prejudiciales.

Las estadísticas son similares al estudiar la intervención de los jueces de Quito.⁶ Desde el inicio de sus actividades en 1984 y hasta 2014, el TJCA ha recibido 2.769 solicitudes de interpretación prejudicial (2.695 consultas fueron obligatorias, y 46 fueron facultativas). Ello señala el incremento sistemático de dichas solicitudes a lo largo de los años. En efecto, entre 1984 y 1990 se recibieron únicamente 18 solicitudes, posteriormente entre 1991 y 1995 el número de solicitudes recibidas fue 57. Sin embargo, a partir de 1996 se incrementaron sustancialmente las consultas formuladas por las autoridades nacionales y entre ese año y el 2000 se recibieron 46 en promedio por cada año. Este promedio subió a 142 solicitudes anuales entre 2001 y 2005, y continuó en ascenso en los siguientes cinco años, alcanzado un promedio de 161 consultas anuales entre 2006 y 2010. En los últimos

4 BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...)*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2013, p. 134.

5 Véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Informe Anual 2014 (*Resumen de las actividades del Tribunal de Justicia, del Tribunal General y del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea*), Luxemburgo, 2015, Capítulo I, punto D.

6 Véase Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Informe estadístico 1984-2014*, Quito, 2015, p. 31-36.

cuatro años el panorama fue el siguiente: en 2011 se recibieron 190 consultas, en 2012, 176, en 2013 este número ascendió a 265 y finalmente en 2014 se recibieron 365, es decir el mayor número de solicitudes de interpretación prejudicial en la historia del TJCA. Por último, hasta 2014, los jueces de Quito han emitido 2.554 interpretaciones prejudiciales y 187 solicitudes se encuentran en trámite.

II. La cuestión prejudicial en el Derecho de la Unión Europea (DUE)

En palabras del propio Tribunal de Justicia, la cuestión o remisión prejudicial “es un mecanismo fundamental” del DUE, el cual “tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros los medios para que la interpretación y la aplicación de este Derecho sean uniformes en la Unión”.⁷

La función de los jueces de Luxemburgo, consiste aquí,

en interpretar el Derecho de la Unión o pronunciarse sobre su validez, y no en aplicar este Derecho a los hechos concretos del procedimiento principal. De esa labor es responsable el órgano jurisdiccional nacional y, por tanto, al Tribunal de Justicia no le corresponde pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se susciten en el marco del litigio principal, ni tampoco resolver las eventuales diferencias de opinión sobre la interpretación o la aplicación de las normas del Derecho nacional.⁸

El objetivo es entonces “proporcionar una respuesta útil para la solución del litigio principal, pero es el órgano jurisdiccional remitente quien tendrá que deducir las consecuencias concretas que corresponda y, en su caso, declarar inaplicable la norma nacional”.⁹

Encuentra su regulación específica en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).¹⁰ Este afirma que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹:

será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

7 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *RECOMENDACIONES a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales* (2012/C 338/01), párrafo 1. Con estas recomendaciones, que no tienen carácter obligatorio –afirma el Tribunal de Justicia–, se pretende “orientar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento prejudicial y proporcionarles indicaciones prácticas sobre la forma y los efectos de tal procedimiento” (Ibidem, párrafo 6).

8 Ibidem, párrafo 7. Sin resaltar en el original.

9 Ibidem, párrafo 8.

10 La regulación de la cuestión prejudicial no ha sufrido mayores modificaciones desde su redacción originaria en el antiguo artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE).

11 Conforme al artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE): “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados”. Si bien es cierto que, después de la reforma impulsada por el Tratado de Lisboa, el Tribunal General está facultado para recibir cuestiones prejudiciales (cfr. artículo 256.3, TFUE) hasta la fecha no se ha activado el mecanismo. En razón de lo anterior nos concentramos aquí en la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

A continuación, se regulan –al igual que en el DCA– los dos tipos de cuestiones: facultativa y obligatoria. En relación a la primera se afirma que, cuando se plantee una cuestión prejudicial ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano “podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”. En cuanto a la segunda, se dice que cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones *no sean susceptibles de ulterior recurso judicial* de Derecho interno, dicho órgano “estará obligado a someter la cuestión al Tribunal”.¹²

Finalmente, el artículo 267 (TFUE), vincula la cuestión prejudicial a un procedimiento de urgencia. En efecto, cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad –se afirma–, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea “se pronunciará con la mayor brevedad”.¹³

Asumido que la mayor parte del DUE, es desarrollado y ejecutado por los Estados miembros, escribe Alonso García, parece claro que la comunidad propia de la fase de producción normativa (en el sentido de una norma común europea para todos los Estados miembros) correría el riesgo de ruptura si la fase aplicativa, que opero en régimen de descentralización, se dejara por completo en manos de los Estados miembros (en última instancia de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer en los litigios que sirgan de dicha fase aplicativa) con posibilidad de divergencias entre unos y otros y, por tanto, de quiebra en la práctica de la comunidad teórica.¹⁴

A evitar tal riesgo está destinado el mecanismo de la cuestión prejudicial. Mecanismo calificado tempranamente por la jurisprudencia comunitaria como “piedra angular” del ordenamiento jurídico de la UE, el cual se encuadra en el

marco muy particular de la cooperación judicial, en virtud de la cual el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia deben cooperar directa y recíprocamente, dentro del ámbito de sus propias competencias, a la elaboración de una resolución con el fin de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros.¹⁵

Sucede que, más allá del concreto litigio nacional que está en su origen, la cuestión prejudicial tiene por finalidad primordial colocar a una Institución comunitaria, el Tribunal de Justicia, en la posición de marcar las pautas comunes a tener en cuenta por jueces y

12 La regulación se completa con el artículo 19.3.b (TUE) que sostiene: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados (...) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones”.

13 Del 2010 –en que se introduce el procedimiento urgente– hasta el 2014, el Tribunal de Justicia ha admitido en materia de cuestiones prejudiciales 17 asuntos y desestimado 15 (cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Informe Anual 2014* (...), ya citado, p. 117).

14 ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, tercera edición 2012, p. 189.

15 STJC, de 1 de diciembre de 1965, asunto 16/65 [Schwarse]. Sin resaltar en el original.

tribunales nacionales a la hora de velar por un correcto y uniforme desenvolvimiento del DUE. Manteniendo la “comunidad” alcanzada en el estadio de producción normativa al pasar al de su efectiva aplicación: “una norma común, comúnmente interpretada y aplicada en todos los Estados miembros” a través del diálogo comunitario instaurado entre la diversidad de jueces nacionales y el Tribunal de Justicia, al que pueden y en su caso deben plantear las dudas de interpretación o validez del DUE que les surjan con ocasión de los litigios de los cuales estén conociendo, cuya resolución –imprescindible para poder emitir su fallo– por el Tribunal del Justicia, al tiempo que aclara el panorama al órgano jurisdiccional remitente, sienta doctrina uniforme a respetar por cualesquiera otros órganos jurisdiccionales de los Estados de la UE. De ahí que todos estos Estados puedan presentar alegaciones al Tribunal de Justicia, también permitidas a las partes litigantes y a la Comisión (y demás instituciones en la medida en que de ellas emane el acto sometido a la consideración del Tribunal).¹⁶

Como se puede observar, si bien el Tribunal de Justicia es, por su propia naturaleza, el defensor supremo de la legalidad comunitaria, no es sin embargo el único órgano jurisdiccional competente para aplicar el DUE. Los Tribunales de cada uno de los Estados miembros son también, por su parte, órganos jurisdiccionales comunitarios, en la medida en que queda sometida a su control la ejecución administrativa del DUE, que se halla confiada en lo esencial a los órganos administrativos de los Estados miembros.

Para asegurar la aplicación efectiva de la legislación comunitaria y evitar que las diferencias entre las reglas de interpretación que aplican los diferentes Tribunales nacionales puedan conducir a una interpretación divergente del DUE, los Tratados han establecido el procedimiento de las cuestiones prejudiciales, que, sin crear vínculos jerárquicos, ha institucionalizado una fructífera cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales.

A. Requisitos para su procedencia

Según el artículo 267 (TFUE), para que el procedimiento prejudicial proceda, deben darse tres requisitos de fondo: 1) que se suscite ante el juez nacional una cuestión relativa a la interpretación o a la apreciación de validez del DUE; 2) que dicha cuestión surja en un asunto “pendiente” ante el órgano judicial; y 3) que para poder emitir su fallo, el juez nacional necesite que el Tribunal de Justicia se pronuncie al respecto con carácter previo.

1. Que sea planteada por un “órgano jurisdiccional nacional”

En lo que hace a la legitimación para activar la cuestión prejudicial –al igual que en el DCA–, ésta descansa sobre los llamados “órganos jurisdiccionales nacionales”. Los propios jueces de Luxemburgo señalan que, la condición de órgano jurisdiccional, ha sido interpretada por ellos, “como un concepto autónomo” del DUE, teniendo en cuenta, a este respecto, un conjunto de factores, como son el origen legal del órgano que le remite la

¹⁶ ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, op. cit., p. 190.

petición, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte de dicho órgano de normas jurídicas, y su independencia.¹⁷

En esencia, sostiene Cienfuegos Mateo, desde la perspectiva del artículo 267 (TFUE),

lo que realmente interesa es la función que desempeña el órgano y la situación estatutaria que se le reconozca en su sistema jurídico nacional, de tal suerte que cualquier órgano que resuelva en derecho, y no en pura equidad, los litigios sometidos a su conocimiento mediante una decisión obligatoria y cuyo estatuto garantice su independencia e imparcialidad en el cumplimiento de su misión podrá ser reputado jurisdicción a los efectos del incidente prejudicial.¹⁸

La decisión de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, por otra parte, corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional, “independientemente de que las partes del litigio principal lo hayan o no solicitado”.¹⁹

2. Que se trate de un asunto “pendiente”

En cuanto a la decisión de plantear la cuestión prejudicial, corresponde al órgano jurisdiccional que está conociendo en el litigio interno, con independencia no ya de que las partes lo hayan instado a hacerlo, sino incluso de que éstas hayan siquiera utilizado argumentos de DUE en apoyo a sus pretensiones. En la adopción de tal decisión, pues, el órgano jurisdiccional nacional goza de un amplio margen de apreciación teniendo no obstante en cuenta que

aunque la valoración acerca de la necesidad de obtener una respuesta a las cuestiones de interpretación suscitadas, atendidas las circunstancias de hecho y de derecho implicadas en el proceso principal, es asunto del juez nacional, corresponde al Tribunal de Justicia, en orden a confirmar su propia competencia, examinar, cuando sea necesario, las condiciones en las que el caso le ha sido remitido por el juez nacional.²⁰

3. Que se trate de una “duda razonable”.

La duda que está en el origen de la cuestión prejudicial debe ser una “duda razonable”. Entendida ésta en términos objetivos, o sea más allá de la “convicción subjetiva” del juez nacional acerca del sentido y alcance que deba darse a la cuestión suscitada.

17 TJUE, RECOMENDACIONES (...), op.cit., párrafo 9. Véase, entre otros, STJ, de 30 de junio de 1966, asunto 61/65 [*Vaassen-Göbbels*], de 4 de junio de 1987, asunto 16/86 [*Pretore di Saló*], y de 29 de noviembre de 2001, asunto C-17/00 [*De Coster*].

18 CIENFUEGOS MATEO, Manuel, “Noción de órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial”, en *European Inklings - La cuestión prejudicial europea*, IVAP, Número 4, 2014, p. 29.

19 TJUE, RECOMENDACIONES (...), op. cit., párrafo 10.

20 STJ, de 16 de noviembre de 1981, asunto 244/80 [*Foglia*].

En el asunto *CILFIT* (1982) el Tribunal de Justicia deja en claro que los órganos jurisdiccionales nacionales no están obligados a plantear la cuestión prejudicial “si no es pertinente, es decir, en el caso de que la respuesta a dicha cuestión, cualquiera que fuera, no pudiera tener ninguna influencia en la solución del litigio”²¹, lo que implica un amplio poder de apreciación del juez o Tribunal interno, sin que baste a este respecto las alegaciones de las partes.

B. Cuestión prejudicial de interpretación

Este primer tipo de cuestión prejudicial se desarrolla en los términos del citado asunto *CILFIT* (1982) el cual recoge las doctrinas del acto *claro* y el *acto aclarado*.

En virtud de la doctrina del acto claro, que afecta a los órganos jurisdiccionales “cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno”, éstos no estarían obligados a plantear la cuestión cuando “la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponer con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión planteada”. Ello asumido, matiza inmediatamente a continuación el Tribunal de Justicia, que “antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia”.²² No obstante, la existencia de tal posibilidad “debe ser apreciada en función de las características del Derecho comunitario y de las dificultades particulares”.²³ Debe, en primer lugar, tenerse en cuenta que los textos de DUE están redactados en varias lenguas y que las diversas versiones lingüísticas son auténticas por igual; por tanto, la interpretación de una disposición de DUE “supone una comparación de las versiones lingüísticas”.²⁴ Debe observarse a continuación –siempre según el Tribunal de Justicia–, incluso en caso de exacta concordancia de las versiones lingüísticas, el DUE utiliza una terminología propia. Por lo demás, “ha de subrayarse que los conceptos jurídicos no tienen necesariamente el mismo contenido” en el DUE y en los diferentes Derechos nacionales.²⁵ Finalmente, cada disposición de DUE “debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata”.²⁶

En opinión de Martínez de Velasco, la doctrina del acto claro no se trata tanto de una “convicción subjetiva del juez, que no alberga duda alguna sobre el alcance que, a su criterio, deba otorgarse a la norma, sino de una condición objetiva de esta última, cuyo contenido se ofrece tan nítido que permite establecer, con toda evidencia, su exégesis”. Si bien se mira, esa doctrina

21 STJ, sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, apartado 10.

22 *Ibidem*, apartado 16.

23 *Ibidem*, apartado 17.

24 *Ibidem*, apartado 18.

25 *Ibidem*, apartado 19.

26 *Ibidem*, apartado 20.

no apodera al juez interno para interpretar por su propia autoridad el derecho comunitario, sino simplemente le descarga de la obligación de preguntar al Tribunal de Justicia porque no hay nada que aclarar o explicar; si no hay oscuridad, si todo está claro y explicado, sobra la potestad exegética.²⁷

Para el autor que seguimos, las condiciones que el Tribunal de Justicia demanda para que un órgano judicial nacional que resuelve en última instancia quede relevado de la obligación de suscitar una cuestión prejudicial de interpretación

son muy estrictas, hasta el punto de que, al margen del supuesto de haberse resuelto ya una cuestión prejudicial materialmente idéntica o que la respuesta se derive de manera clara e indubitada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal posibilidad queda reducida a aquellas normas que por su contenido no requieren tarea hermenéutica alguna.²⁸

Junto con la doctrina del acto claro, el asunto *CILFIT* (1982) recoge la del acto aclarado en virtud de la cual cualquier órgano jurisdiccional nacional tiene plenos poderes para aplicar por su propia autoridad, esto es sin plantear la cuestión prejudicial, "jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiere resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas".²⁹ Lo dicho sin olvidar que ningún órgano jurisdiccional nacional puede por su propia autoridad apartarse de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia, al que, no obstante, puede dirigirse si lo considera oportuno para aclarar algún punto oscuro de la doctrina en cuestión.

Los jueces de Luxemburgo se refieren más recientemente a las doctrinas señaladas afirmando que, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están obligados a someter al Tribunal de Justicia tales peticiones,

salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia (y las eventuales diferencias de contexto no planteen dudas reales sobre la posibilidad de aplicar al caso de autos la jurisprudencia existente) o cuando la manera correcta de interpretar la norma jurídica de que se trate sea de todo punto evidente.³⁰

C. Cuestión prejudicial de validez

Aunque el artículo 267 (TFUE) no hace distinciones a los efectos de su activación entre la cuestión prejudicial de validez y la de interpretación (más allá de que aquella no es posible plantearla con relación al derecho originario), el Tribunal de Justicia sentó en el

27 MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín Huelin, "La cuestión prejudicial europea. Facultad/obligación de plantearla", en *European Inklings - La cuestión prejudicial europea*, IVAP, Número 4, 2014, p. 49.

28 *Ibidem*, p. 50.

29 *Ibidem*, p. 14.

30 TJUE, RECOMENDACIONES (...), op. cit., párrafo 12.

asunto *Foto-Frost* (1987)³¹ su *monopolio*³² respecto de los juicios negativos de validez del entonces derecho comunitario:

Dado que el artículo 173 [actual artículo 263, TFUE] (...) atribuye competencia exclusiva al Tribunal de Justicia para anular un acto de una institución comunitaria, la coherencia del sistema exige que la facultad de declarar la invalidez del mismo acto, si se planteara ante un órgano jurisdiccional nacional, esté reservada asimismo al Tribunal de Justicia.

Ello implica que en presencia de “duda razonable” acerca de la validez del hoy DUE, el órgano jurisdiccional nacional cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso de derecho interno está en todo caso obligado a plantear la cuestión al Tribunal de Justicia en los mismos términos que debe hacerlo si la duda es interpretativa, mientras que los órganos cuyas decisiones son recurribles, pueden resolver aquélla por su propia autoridad siempre que sea en términos positivos, no negativos, de validez; del mismo modo que en ausencia de “duda razonable”, ambos tipos de órganos solo podrán, por su propia autoridad, fallar en términos positivos, pues los juicios negativos son monopolio del Tribunal de Justicia, llamado a pronunciarse a través de la correspondiente cuestión prejudicial (monopolio que se mantiene, aclararía en el asunto *Gaston Schul* (2005)³³, aun cuando el Tribunal de Justicia “ya haya declarado inválidas disposiciones equivalentes de [otra norma comunitaria] comparable”).

Lo dicho teniendo en cuenta que el Tribunal de Justicia, que en el asunto *UPA c. Consejo* rechazó la legitimación de los particulares para impugnar directamente disposiciones generales, hizo hincapié en ese mismo asunto, como contrapartida, en la necesidad de reforzar esta vía de impugnación indirecta que es la cuestión prejudicial de validez, declarando que

en este contexto [de asentamiento de un sistema de vías de recursos y de procedimientos que permita garantizar el respeto al derecho a la tutela efectiva], y de conformidad con el principio de cooperación leal (...) los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto.³⁴

31 STJ, de 22 de octubre de 1987, asunto 314/85.

32 Cfr. TJUE, RECOMENDACIONES (...), ya citadas, párrafo 15. El Tribunal de Justicia mantiene que “todo órgano jurisdiccional nacional debe remitir una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia cuando albergue dudas sobre la validez de tal acto, indicando los motivos por los que considera que dicho acto podría no ser válido” (Ibidem, párrafo 16, resaltado en el original).

33 STJ, de 6 de diciembre de 2005, asunto C-461/03.

34 STJ, de 25 de julio de 2002, asunto C-50/00 P, apartado 42.

D. Procedimiento

Requisitos para la aplicación del procedimiento de urgencia

El Estatuto del Tribunal de Justicia³⁵, en su artículo 23, afirma en relación a la cuestión prejudicial que, la decisión del órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento y somete el asunto a los jueces de Luxemburgo, debe ser notificada a este último por dicho órgano jurisdiccional. A continuación, se prevé que el secretario del Tribunal de Justicia notifique tal decisión a las partes litigantes, a los Estados miembros y a la Comisión, así como a la institución, órgano u organismo de la UE que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona. Estos tienen un plazo de dos meses, desde esta última notificación, para presentar al Tribunal de Justicia alegaciones u observaciones escritas.³⁶

El Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia³⁷, por su parte, dedica todo su Título Tercero a las cuestiones prejudiciales. Este texto sostiene, respecto del *contenido* de la petición de decisión prejudicial, que junto al texto de las preguntas formuladas al Tribunal con carácter prejudicial, la petición de decisión prejudicial contendrá: a) una exposición concisa del objeto del litigio y de los hechos pertinentes, según se hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente, o al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones; b) el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente; y c) la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal (cfr. artículo 94, Reglamento citado).

En cuanto al “momento adecuado” del planteo de la cuestión prejudicial, los jueces de Luxemburgo tienen dicho que, el órgano jurisdiccional nacional, puede remitir una petición de decisión prejudicial “tan pronto como estime que, para poder emitir su fallo, resulta necesaria una decisión sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión. En efecto, el

35 Versión consolidada del Protocolo (nº 3) sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, anejo a los Tratados, modificado por el Reglamento (UE, Euratom) nº 741/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de agosto de 2012 (DO L 228, de 23 de agosto de 2012, p. 1) y por el artículo 9 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DO L 112, de 24 de abril de 2012, p. 21).

36 El secretario del Tribunal de Justicia también notificará la decisión del órgano jurisdiccional nacional a los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, distintos de los Estados miembros, y al Órgano de Vigilancia de la AELC, previsto por dicho Acuerdo, que, en el plazo de dos meses desde la notificación y siempre que resulte afectado uno de los ámbitos de aplicación de tal Acuerdo, podrán presentar alegaciones u observaciones escritas. Pero, además, cuando un Acuerdo, referente a un ámbito determinado, celebrado por el Consejo y uno o varios terceros Estados atribuya a éstos la facultad de presentar alegaciones u observaciones escritas en el caso de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro someta al nombrado Tribunal una cuestión prejudicial que afecte al ámbito de aplicación de dicho Acuerdo, la decisión del órgano jurisdiccional nacional que plantee dicha cuestión debe notificarse también a los correspondientes terceros Estados, los cuales pueden presentar al Tribunal de Justicia alegaciones u observaciones escritas en el plazo de dos meses a partir de dicha notificación.

37 Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012 (DO L 265, de 29.9.2012), en su versión modificada el 18 de junio de 2013 (DO L 173, de 26.6.2013, p. 65).

órgano jurisdiccional nacional es el mejor situado para apreciar la fase del procedimiento en que procede remitir tal petición”.³⁸ Es preferible, no obstante –se aclara a continuación–, que la decisión de plantear una cuestión prejudicial “se adopte en una fase del procedimiento nacional en la que el órgano jurisdiccional remitente esté en condiciones de definir el marco jurídico y fáctico del asunto, para que el Tribunal de Justicia disponga de todos los elementos necesarios para comprobar, en su caso, que el Derecho de la Unión es aplicable al litigio principal. También puede resultar deseable para la recta administración de la justicia que la cuestión prejudicial se plantee después de un debate contradictorio”.³⁹

La “forma y contenido” de la petición de decisión prejudicial “puede revestir cualquiera de las formas admitidas por su Derecho interno para los incidentes procesales”. Ahora bien, “debe tenerse presente que este documento servirá de base al procedimiento que se siga ante el Tribunal de Justicia y que éste debe disponer de los elementos que le permitan proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente”.⁴⁰ Además, la petición de decisión prejudicial es el único documento que se notifica a las partes del litigio principal y a los demás interesados contemplados en el citado artículo 23 del Estatuto.

El procedimiento prejudicial “es gratuito y el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre las costas de las partes del litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente. Corresponderá a este último decidir sobre este particular”.⁴¹ En caso de que alguna de las partes del litigio principal carezca de recursos suficientes, y en la medida en que las normas nacionales lo permitan, el órgano jurisdiccional remitente puede concederle una ayuda para cubrir los gastos ocasionados por su intervención ante el Tribunal de Justicia, en particular los de representación letrada. El Tribunal de Justicia puede conceder también una ayuda de esta índole en el supuesto de que la parte de que se trate no disfrute ya de una ayuda en el ámbito nacional o en la medida en que dicha ayuda no cubra –o cubra sólo parcialmente– los gastos ocasionados por su intervención ante el Tribunal de Justicia.

Los “efectos” de la remisión prejudicial en el procedimiento nacional lleva consigo “la suspensión del proceso nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie”.⁴²

Finalmente, la calificación de “urgente” del procedimiento de la cuestión prejudicial corresponde al Tribunal de Justicia.⁴³ En principio, tal decisión se adopta únicamente sobre la base de una petición motivada del órgano jurisdiccional remitente. No obstante, con

38 TJUE, RECOMENDACIONES (...), ya citadas, párrafo 18.

39 Ibidem, párrafo 19.

40 Ibidem, párrafo 20. Al respecto los jueces de Luxemburgo aconsejan “una redacción sencilla, clara y precisa, sin elementos superfluos” (Ibidem, párrafo 21) y que “Una decena de p. suele bastar para exponer de modo adecuado el contexto de una petición de decisión prejudicial. Sin dejar de ser sucinta, la petición debe ser suficientemente completa y contener toda la información pertinente, de modo que tanto el Tribunal de Justicia como las partes interesadas que pueden presentar observaciones comprendan adecuadamente el marco fáctico y normativo del asunto principal” (Ibidem, párrafo 22).

41 Ibidem, párrafo 31.

42 Ibidem, párrafo 29.

43 Véase SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, “Prejudiciales especiales. Auge y fenomenología de los regímenes atípicos de la cuestión prejudicial europea”, en *European Inklings - La cuestión prejudicial europea*, IVAP, Número 4, 2014, p. 104-141.

carácter excepcional, el Tribunal de Justicia puede decidir tramitar de oficio una petición de decisión prejudicial mediante un procedimiento acelerado o un procedimiento de urgencia, cuando considere que la naturaleza o las circunstancias específicas del asunto así lo exigen.

En conformidad con el artículo 105 (Reglamento citado), una petición de decisión prejudicial podrá tramitarse mediante un "procedimiento acelerado" que establezca excepciones a las disposiciones del antedicho Reglamento, cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo. Dado que este procedimiento impone restricciones importantes a todos los actores del procedimiento, y en particular a los Estados miembros, a los que se insta a que presenten sus observaciones, escritas u orales, en plazos mucho más breves que de ordinario, "su aplicación sólo debería solicitarse cuando existan circunstancias específicas que justifiquen que el Tribunal de Justicia se pronuncie rápidamente sobre las cuestiones planteadas. El hecho de que haya un gran número de personas o de situaciones jurídicas que puedan verse potencialmente afectados por la resolución que el órgano jurisdiccional remitente deba dictar después de haber sometido al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial no constituye, como tal, una circunstancia excepcional que pueda justificar la aplicación del procedimiento acelerado".⁴⁴

E. Incumplimiento de la obligación, cuando ésta existe, de plantear la cuestión prejudicial por el órgano jurisdiccional nacional

Partiendo de su doctrina general sobre el principio de responsabilidad de los Estados miembros frente a los particulares por los daños y perjuicios derivados de sus infracciones al DUE⁴⁵, el Tribunal de Justicia precisó en el asunto *Köbler* (2003)⁴⁶ las condiciones sobre las que fundamentar tal responsabilidad en caso de infracciones procedentes de jueces y tribunales nacionales. De este modo, los jueces de Luxemburgo sostienen que:

La responsabilidad del Estado derivada de una violación del derecho comunitario debida a una resolución [de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia cuando dicha resolución viole una norma de derecho comunitario] solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable.⁴⁷

44 TJUE, RECOMENDACIONES (...), ya citadas, párrafo 38. Este procedimiento sólo se aplica a las materias objeto del título V de la tercera parte del TFUE, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, e impone restricciones aún mayores a los interesados, ya que, en particular, limita el número de partes autorizadas a presentar observaciones escritas y, en casos de extrema urgencia, permite omitir completamente la fase escrita del procedimiento ante el Tribunal de Justicia. Por tanto, "sólo debería solicitarse la aplicación de este procedimiento en circunstancias en las que sea absolutamente necesario que el Tribunal de Justicia se pronuncie muy rápidamente sobre las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente" (Ibidem, párrafo 39). Los jueces de Luxemburgo citan como ejemplo el caso de una persona detenida o privada de libertad, cuando la respuesta a la cuestión planteada sea determinante para la apreciación de la situación jurídica de esta persona, o en un litigio relativo a la patria potestad o a la custodia de los hijos, cuando la competencia del juez que deba conocer del asunto en virtud del DUE dependa de la respuesta a la cuestión prejudicial (Ibidem, párrafo 40).

45 Véase, entre otras, STJ, de 19 de noviembre de 1991, asunto C-6 y 9/90 [*Franovich*], sentencia de 5 de marzo de 1996, asunto C-46 y 48/93 [*Braserie du Pecheur y Factortame*].

46 STJ, de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01.

47 Ibidem, apartado 53. Sin resaltar en el original.

Entre los elementos a tener en cuenta para calificar la infracción de manifiesta, el juez nacional que conozca de una demanda de indemnización de daños y perjuicios deberá tener en cuenta todos los elementos que caractericen la situación que se le haya sometido:

Entre esos elementos figuran, en particular, el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, la posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial.⁴⁸

Como lo señala Córdoba Castroverde, el principal problema interpretativo surge en precisar el concepto “violación suficientemente caracterizada”. El mismo autor, siguiendo que se trata de una responsabilidad “excepcional y tan solo puede exigirse en los supuestos en los que se infrinja de forma «manifiesta» el derecho comunitario aplicable, sin que se produzca, por tanto, cuando se trata de meras discrepancias en la interpretación del derecho o en el acierto del resultado alcanzado”.⁴⁹

Ahora bien, al margen del posible remedio comunitario a la obligación que analizamos, se encuentra el remedio que pueden ofrecer los ordenamientos jurídicos nacionales. En este sentido debe recordar se lo dispuesto por el actual artículo 4.3 (TUE) que dispone:

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los ordenamientos constitucionales alemán y español, por ejemplo, prevén dicho remedio a través del recurso de amparo ante el respectivo Tribunal Constitucional contra disposiciones judiciales que hayan vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, una de cuyas manifestaciones es, precisamente, el derecho al juez predeterminado por ley (cfr. artículos 24.2, constitución española y 101.1, Ley Fundamental de Bonn). Juez que sería precisamente el que tiene su sede en Luxemburgo cuando se dan las condiciones para su obligatoria intervención por vía de la cuestión prejudicial.

Si bien no toda infracción al artículo 267 (TFUE) supone infracción, desde la perspectiva constitucional interna, del derecho a la tutela judicial efectiva, según la interpretación de este derecho por la jurisdicción constitucional alemana⁵⁰ y la jurisdicción constitucional española⁵¹, que suelen exigir un comportamiento del juez nacional próximo a la arbitrariedad o al error absolutamente irrazonable o manifiesto, no hay que descartar posibles tendencias a homogeneizar el incumplimiento del artículo citado.⁵²

48 Ibidem, apartado 55.

49 CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego, “La cuestión prejudicial y la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario”, en *European Inklings - La cuestión prejudicial europea*, IVAP, Número 4, 2014, p. 144.

50 Véase, entre otras, auto de 8 abril 1987.

51 Véase, entre otras, Tribunal Constitucional español, sentencia Nro. 180 de 31 de mayo de 1993.

52 Cfr. Tribunal Constitucional Federal alemán, sentencia de 9 de enero de 2001, o bien Tribunal Constitucional español, sentencia Nr. 58 de 19 de abril de 2004. Ambas, estimatorias de sendos amparos por –entre otras razones– no haber activado la cuestión prejudicial comunitaria.

El Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA), en relación a la denegatoria de plantear la cuestión prejudicial, tiene dicho que:

La cuestión sobre el juez legal es también aquí una cuestión de derecho interno, la cual tiene que ser controlada en todos los casos (en que exista) obligación de plantear cuestión prejudicial con arreglo a los mismos criterios.⁵³

Parece lógico que los jueces de Karlsruhe utilicen la misma doctrina que aplica en las demás ocasiones en que interpreta el derecho al juez legal, puesto que lo que tiene que dilucidar es si se ha producido una vulneración de un derecho fundamental interno con ocasión del incumplimiento de una obligación comunitaria. En este sentido:

La arbitrariedad no es un criterio que fluya libremente, sino relacionado con un punto de vista material, que se caracteriza por la correspondiente situación de hecho y de derecho. Ciertamente la cuestión de una vulneración del artículo 101.2 GG, y con ella los criterios de control, incluido también el de la arbitrariedad, se determina de acuerdo con la Ley Fundamental y el Derecho interno aplicable. Esto significa, no obstante, que también para la determinación del contenido concreto de lo que es arbitrario en un caso dado se ha de observar el Derecho comunitario y las obligaciones de los tratados internacionales.⁵⁴

Siguiendo el razonamiento expuesto, la jurisprudencia constitucional alemana establece un catálogo de hipótesis en las que puede juzgarse que una negativa a plantear la cuestión prejudicial incurre en arbitrariedad. Es una enumeración que tiene muy presente la jurisprudencia comunitaria y donde se afirma:

Como principales casos típicos de un desconocimiento arbitrario de la obligación de plantear la cuestión prejudicial hay que considerar, en primer lugar, casos en los que un Tribunal Supremo en última instancia no se plantea en absoluto la cuestión prejudicial, pese a la -según su criterio- importancia del problema de Derecho comunitario para la sentencia y pese a que él mismo abraja dudas respecto a la respuesta correcta a la cuestión; de otra parte, casos en los que el Tribunal de última instancia, conscientemente, se separa en su sentencia de la jurisprudencia del [Tribunal de Justicia] sobre la cuestión debatida relevante para la decisión y, al mismo tiempo, no plantea la cuestión o no lo hace de nuevo. El primer caso constituye una denegación fundamental de la obligación de (plantear) la cuestión prejudicial; el segundo es calificable per se como constitutivo de arbitrariedad. Otro desconocimiento arbitrario de la obligación de (plantear) la cuestión prejudicial (...) puede existir, finalmente, en casos en los que o no existe la pertinente jurisprudencia sobre una cuestión de Derecho comunitario relevante para el fallo, o esa jurisprudencia se ha producido, pero posiblemente la cuestión relevante para la decisión no ha sido contestada exhaustivamente, o un nuevo desarrollo de la jurisprudencia del [Tribunal de Justicia] aparece como algo más que una lejana posibilidad. En estos casos sólo se produce una omisión arbitraria de la obligación de remitir

53 Tribunal Constitucional Federal alemán, sentencia de 9 de noviembre de 1987.

54 *Ibidem*.

(..) y, por tanto, una vulneración del artículo 101.1.2 de la Ley Fundamental, cuando el Tribunal de última instancia ha traspasado de manera insostenible el necesario ámbito de estimación que le está encomendado en estos casos; éste es el supuesto cuando posibles posiciones contrarias sobre la cuestión de derecho comunitario relevante para el fallo son claramente preferibles a la opinión sostenida por el juez.⁵⁵

El exhaustivo análisis llevado a término por la sentencia que comentamos, en palabras de Alonso García y Baño León, “puede reconducirse a dos grandes categorías que entran claramente en la arbitrariedad y una tercera categoría dudosa”. A la primera corresponden los siguientes casos: uno, cuando existen “dudas manifiestas” sobre la interpretación del DUE y el juez interno no las plantea al Tribunal de Justicia, y, otra, cuando el juez nacional se separa del criterio expresado por los jueces de Luxemburgo sin formular nueva cuestión prejudicial. A la categoría dudosa pertenecen los casos en que podría discutirse la oportunidad de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia. En dicho supuesto, la jurisprudencia constitucional alemana “confiere al juez un ámbito discrecional que sólo sería constitucionalmente refutable cuando existiera un error manifiesto de apreciación”.⁵⁶

El ordenamiento constitucional español, a su turno, permite llegar a conclusiones similares a las que vimos se dan en Alemania: el recurso de amparo puede ser una vía útil para corregir aquellas decisiones de los jueces nacionales que contravengan las exigencias del artículo 267 (TFUE).

El Tribunal Constitucional español (TCE), generando un giro en su jurisprudencia en relación al hoy DUE, anuda al no planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, la violación del derecho al proceso con todas las garantías (cfr. artículo 24.2, constitución española).⁵⁷ Se puede explicar este pronunciamiento, según Martín Rodríguez, en una serie de cinco pasos sucesivos.⁵⁸ Primero, fija el significado del mecanismo de reenvío judicial, incluida la doctrina del “acto claro”: ante una duda de aplicación del DUE, el artículo 267 (TFUE) establece para los órganos jurisdiccionales de última instancia la obligación de plantear la cuestión prejudicial. Dicha obligación sólo cede cuando dicha cuestión ya hubiera sido resuelta por otra idéntica o bien “la correcta aplicación [se imponga] con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable”.⁵⁹ Segundo, mantiene, pero ya sólo como principio, la posición clásica que reserva al órgano jurisdiccional interno la decisión de formular la cuestión prejudicial: en determinados casos, su no planteamiento puede constituir una violación de las garantías del

55 *Ibidem*.

56 ALONSO GARCÍA, Ricardo y BAÑO LEÓN, José María, “El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Año 10, Nro. 29, mayo-agosto 1990, p. 193.

57 Cfr. TCE, sentencia Nr. 58, de 19 de abril de 2004.

58 MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J., “La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del derecho comunitario (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Año 24, Nr. 72, 2004, p. 323.

59 Tribunal Constitucional español, sentencia Nro. 58 de 19 de abril de 2004, fundamento jurídico 9.

proceso debido.⁶⁰ Tercero: lo anterior no significa alterar la irrelevancia constitucional de la contradicción entre Derecho interno y DUE, sino ejercer su competencia para controlar que los actos de los poderes públicos, dictados en ejecución del DUE, respetan los derechos y libertades fundamentales constitucionales. Se enjuiciará, por tanto, sólo si la decisión inaplicativa de la ley se ha realizado por el juez con todas las garantías del proceso debido.⁶¹ Cuarto, la existencia de duda a estos efectos no puede entenderse como una convicción subjetiva, “sino como inexistencia objetiva, clara y terminante de duda alguna en su aplicación”.⁶² Quinto, en tales circunstancias el planteamiento de la cuestión prejudicial (igual que la de inconstitucionalidad) forma parte de las garantías del proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española utilizando como excusa la primacía del derecho comunitario (o una pretendida inconstitucionalidad).⁶³

Para Martín Rodríguez, los jueces constitucionales españoles proceden efectivamente a una operación de enorme relevancia cuando establecen los límites objetivos de la llamada “doctrina del acto claro”. En efecto, aunque no lo mencionan expresamente, los mismos afirman que para poder eludir el planteamiento de la cuestión prejudicial en el caso concreto hubiera sido necesaria una “certeza total”. Sus palabras son significativas:

No se trata, pues, de que de no haya dudas razonables, sino, simplemente, de que no haya duda alguna.⁶⁴

Este salto del TCE, concluye Martín Rodríguez, hacia la introducción de parámetros objetivos que demuestran la existencia de una duda interpretativa y que el juez interno ya no puede desconocer, debe saludarse muy positivamente. Su anterior jurisprudencia concebía el asunto exclusivamente como una facultad discrecional del juez interno, desconociendo que discrecionalidad no es arbitrariedad y que hay ciertos casos en los que esa facultad está reglada.⁶⁵

III. La interpretación prejudicial en el Derecho comunitario andino (DCA)

Tanto en el caso del DUE como del DCA la interpretación prejudicial, reenvío o consulta prejudicial, refiere Vigil Toledo, “es un mecanismo por el cual el respectivo órgano jurisdiccional nacional y el tribunal comunitario, en el orden de sus propias competencias, contribuyen directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión para asegurar una aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del derecho comunitario”.⁶⁶

60 *Ibidem*, fundamento jurídico 10.

61 *Ibidem*, fundamento jurídico 11.

62 *Ibidem*, fundamento jurídico 13.

63 *Ibidem*, fundamento jurídico 14.

64 MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J., “La cuestión prejudicial como garantía constitucional (...)”, ya citada, p. 331.

65 *Ibidem*, p. 331-332.

66 VIGIL TOLEDO, Ricardo, *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, primera edición 2011, p. 120.

El TJCA, por su parte, tiene dicho sobre la interpretación prejudicial que:

Es función básica de este Tribunal, indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, la de interpretar sus normas a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.⁶⁷

Coincidente con lo anterior, el artículo 32 Tratado de Creación del TJAC (modificado por el protocolo de Cochabamba, TCTJCA) afirma que corresponderá a los jueces de Quito “interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”.

De este modo, los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el DCA, podrán solicitar, directamente, la interpretación del TJCA acerca de dichas normas, “siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso. En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal” (cfr. artículo 33, TCTJCA).

Volviendo a las palabras de Vigil Toledo, al igual que en el caso del Tribunal de Justicia, la interpretación prejudicial también llamada consulta prejudicial “es la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina” por cuanto mediante dicho mecanismo el TJCA “asegura la aplicación uniforme” de las normas que conforman el DCA y “convierte automáticamente en jueces comunitarios a los jueces nacionales” de los países miembros. Se trata de un mecanismo por el cual, continúa el citado autor, el órgano jurisdiccional nacional y el TJCA,

en el orden de sus propias competencias, son llamados a contribuir directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión para asegurar una aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del Derecho comunitario. Se establece así una cooperación horizontal, viva, entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los órganos jurisdiccionales de los Países Miembros para lograr dicho fin.⁶⁸

La jurisprudencia comunitaria andina, en el mismo rumbo, resalta que la interpretación prejudicial es un mecanismo por el cual el juez nacional y el TJCA,

en el orden de sus propias competencias, son llamados a cooperar directa y recíprocamente en la elaboración de una decisión para asegurar

67 STJCA, de 15 de febrero de 1988, Proceso 1-IP-87.

68 VIGIL TOLEDO, Ricardo, “La cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: La Consulta Prejudicial”, en *Manual de Procedimiento del Sistema Andino de Solución de Controversias*, Comunidad Andina-Secretaría General, Lima, 2008, p. 25. Sin resaltar en el original.

una aplicación simultánea y uniforme del Derecho comunitario. Se establece así una contribución viva entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los órganos jurisdiccionales de los Países Miembros para lograr dicho objetivo.⁶⁹

La función del TJCA, en estos casos, es la de interpretar la norma del DCA “desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia”.⁷⁰

A. Finalidad y límites

Como se observa, en su interpretación, el TJCA –al igual que el Tribunal de Justicia en el caso del DUE– “deberá limitarse a precisar el contenido y alcance” de las normas que integran el DCA, referida al caso concreto. Por lo tanto, los jueces de Quito

no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada (cfr. artículo 34, TCTJCA).

Pero, en definitiva, como señala Vigil Toledo, es innegable que –la respuesta del TJCA– sienta un valor jurisprudencial al declarar el sentido último de la norma comunitaria que será de “persuasivo seguimiento en casos similares”.⁷¹

El juez nacional que conozca el proceso “deberá adoptar en su sentencia” la interpretación del TJCA (artículo 35, TCTJCA). Como observamos, en el DUE, los jueces de Luxemburgo imponen sus interpretaciones a todos los jueces nacionales con el fin de garantizar una aplicación uniforme, en el DCA, el único obligado al acatamiento de las interpretaciones de los jueces de Quito, “es el Juez nacional que conoce el proceso donde se ha suscitado el conflicto que requiere de interpretación normativa. Obviamente, las interpretaciones prejudiciales sirven como precedentes jurídicos, aunque no son obligatorios, salvo que formen parte de la motivación de una nueva interpretación prejudicial”.⁷²

Los Estados miembros tienen la obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones comentadas y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales para con sus obligaciones en relación al DCA (artículo 36, TCTJCA).

La finalidad de la interpretación prejudicial en el DCA es, por tanto, la interpretación de éste y no parece alcanzar, como ocurre en el DUE, a la *validez* de los actos de las instituciones supranacionales. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria andina sostuvo que:

69 STJCA, de 2 de febrero de 2005, Proceso 157-IP-04. Sin resaltar en el original.

70 STJCA, de 3 de septiembre de 1999, Proceso 30-IP-99.

71 VIGIL TOLEDO, Ricardo, *La estructura jurídica (...)*, ya citada, p. 131.

72 DE TOMASO ROSERO, Carlos, “La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, en *Revista Jurídica*, Facultad de Derecho - Universidad Católica de Guayaquil, p. 427.

entre las características del Tratado de Creación del [TCJA], se destaca la de haber sido privada la interpretación prejudicial de la naturaleza y del calificativo de acción, que el Tratado le ha otorgado en cambio a las otras dos vías de acceso al Tribunal Andino: las acciones de nulidad y de incumplimiento.⁷³

B. Consulta facultativa y consulta obligatoria

De igual modo a como vimos ocurre en el DUE con el artículo 267 (TFUE), en el DCA se hace referencia a la cuestión prejudicial obligatoria y facultativa. Con ello se apunta, concretamente, a la necesidad o no de realizar la "consulta" (o el reenvío) a la jurisdicción supranacional, lo cual se diferencia de la interpretación prejudicial como respuesta propiamente dicha del TJCA.⁷⁴ Ello se destaca en relación a la importancia de la distinción en lo que hace a sus efectos jurídicos, toda vez que, mientras la consulta como trámite procesal puede ser obligatoria o facultativa, la interpretación prejudicial, en cuanto cuestión (respuesta) evacuada por el TJCA, es –ya se dijo– siempre y en todos los casos de obligatoria observancia tanto para el juez que la solicita como para los jueces que con posterioridad llegaren a intervenir en el marco de la misma causa.

La consulta será facultativa siempre que la sentencia del tribunal nacional sea susceptible de recursos en derecho interno. Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el DCA, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del TJCA acerca de dichas normas, siempre que la sentencia de dicho Tribunal sea objeto recurso posterior. Si se solicitara la interpretación, paralelamente el proceso interno continuará y si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

La consulta facultativa está recogida en el artículo 121 del Estatuto del TJCA, y al respecto el TJCA ha señalado que:

En este caso la norma es muy elocuente y clara, en este sentido si existe ulterior recurso en el ordenamiento interno el juez puede o no consultar al proceso doméstico, ya que el hecho de no consultar al Tribunal o no aplicar la interpretación prejudicial no vicia de nulidad el proceso interno.⁷⁵

Por el contrario, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el DCA –de oficio o a petición de parte– deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del TJCA. En este caso el juez nacional,

73 STJCA, de agosto 29 de 1997, Proceso 11-IP-96.

74 En el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), en cambio, la consulta prejudicial a la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ), es en todos los casos facultativa para el juez nacional que deba aplicar derecho comunitario centroamericano (cfr. artículo 22 k del Estatuto de la citada Corte).

75 STJCA, Proceso 157-IP-04, ya citado.

debe necesariamente consultar al Tribunal y detener el proceso interno hasta que el Tribunal se manifieste respecto a la interpretación prejudicial solicitada. Esto implica que incluso un juez de primera instancia, cuyas decisiones no tengan recurso, de acuerdo con la legislación nacional, estará obligado a hacer la solicitud, si se le presenta la aplicación de una norma comunitaria. Se trata entonces, más que de la jerarquía del juez nacional, de los efectos de su sentencia en el ordenamiento jurídico interno.⁷⁶

Finalmente, al igual que ha ocurrido con la jurisprudencia comunitaria europea, la jurisprudencia comunitaria andina tiene dicho que corresponde al TJCA definir que debe entenderse por “órgano jurisdiccional nacional” a los fines del mecanismo de consulta prejudicial. En efecto, este es uno de los conceptos cuya construcción dependerá de una visión comunitaria, con prescindencia de la naturaleza jurídica que dichos órganos tengan a tenor del Derecho interno. Así, los jueces de Quito han exigido, entre otros requisitos, que el ente consultante intervenga en el marco de un procedimiento jurisdiccional, sea un órgano judicial y no un órgano administrativo⁷⁷ y ejerza, además, una función judicial⁷⁸ o “formalmente jurisdiccional”, es decir, aquella que se caracteriza por “la independencia (no sometimiento a instrucciones jerárquicas), imparcialidad o neutralidad (...) y fuerza de cosa juzgada definitiva de las sentencias.”⁷⁹

De igual modo ocurre con la expresión “sentencia no susceptible de recurso en el derecho interno”. Si bien la determinación de la “existencia” de vías recursivas propiamente dichas es competencia del Derecho interno, la definición de lo que debe entenderse por *recurso* –en el sentido de la normativa del DCA– bien puede ser desarrollada a nivel comunitario. De esta manera solo de algunas de las defensas que el ordenamiento de los Estados miembros permite frente a las sentencias judiciales podrán caber dentro de la conceptualización “recurso de derecho interno”, a los fines de establecer la línea divisoria en el carácter obligatorio o no de la consulta prejudicial.

En palabras del TJCA por sentencia internamente irrecurrible debe entenderse aquellos supuestos en los que “se está en la última oportunidad procesal de aplicar correctamente el derecho común (DCA)”.⁸⁰ De esta forma, la primera consideración o análisis que debe efectuarse a fin de establecer si la decisión nacional es o no susceptible de ser revisada, es determinar si dicha revisión se extiende a la aplicación que el juez nacional ha hecho de la norma del DCA y con ello poder subsanarse eventuales errores o deficiencias, tanto en su interpretación como en su aplicación.

Finalmente cabe destacar que, todas las jurisdicciones –inclusive las constitucionales–, se han considerado obligadas por las deposiciones del artículo 33.2 (TCTJCA).⁸¹

76 *Ibidem*.

77 TJCA, caso INDECOPI (Perú), providencia de 9 de diciembre de 1993. En esta oportunidad el TJCA, consignando que el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial no había demostrado su *calidad de órgano jurisdiccional*, declaró inadmisibile la consulta.

78 SJCA, Proceso 1-IP-87, ya citado.

79 SJCA, de 2 de junio de 2000, Proceso 19-IP-99.

80 STJCA, de 3 de diciembre de 1987, Proceso 3-IP-90.

81 En este sentido véase las solicitudes de interpretación prejudicial elevadas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y la propia Corte Constitucional colombiana (cfr. Sala Plena, sentencia Nr. C 213-97, sentencia de 15 de mayo de 1997).

C. Condiciones y requisitos para la formulación de la consulta

La interpretación prejudicial sólo se puede realizar sobre las normas que conforman el DCA, el TJCA –al igual que el Tribunal de Justicia– no tiene la facultad para interpretar normas de Derecho interno o internacional. Asimismo, la interpretación prejudicial únicamente puede ser solicitada por los jueces nacionales de los Estados miembros, en el marco de una controversia en la que se involucre una normativa comunitaria.

La solicitud de interpretación que los jueces nacionales dirijan al TJCA debe contener: a) el nombre e instancia del juez o tribunal nacional consultante; b) la relación de las normas del ordenamiento jurídico andino cuya interpretación se requiere; c) la identificación de la causa que origine la solicitud; d) el informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación; y e) el lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la respuesta a su consulta. Al respecto, el TJCA tiene dicho que:

la solicitud del juez nacional debe motivarse de manera sucinta pero completa, a objeto de que el Tribunal alcance una comprensión de conjunto del tema sometido a consulta. En particular, la solicitud debe incluir un informe sucinto de los hechos que el consultante considere relevantes, la relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere, así como las alegaciones formuladas en torno a su aplicación. Además, la solicitud deberá ir acompañada de una copia de los documentos necesarios que sustenten el informe sucinto de los hechos y de las disposiciones nacionales aplicables, todo ello con el objeto de hacer útil al juez nacional la interpretación prejudicial que emane este Tribunal. De otro modo, la citada interpretación podría alcanzar tal grado de generalidad y abstracción, que resultaría inútil, tanto para decidir el caso concreto como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario.⁸²

Recibida la solicitud en el TJCA, se remite al presidente para su consideración por el Tribunal. Dentro del término de treinta días siguientes al de la admisión de la solicitud por el Tribunal, éste debe dictar sentencia.

D. Rechazo de la teoría del “acto claro” y del “acto aclarado”

Efectos de la interpretación: obligaciones del juez consultante y de los Estados miembros

La interpretación prejudicial rige aquí para el caso concreto, lo que significa que los jueces deberán solicitar –a diferencia de lo que ocurre en la UE donde vimos que los jueces nacionales tienen un margen de discrecionalidad para aplicar interpretaciones anteriores del Tribunal de Justicia– la interpretación en cada caso, aunque ya existieran interpretaciones del TJCA sobre la misma materia y aunque para el juez nacional esté claro del significado de la norma comunitaria que forma parte del proceso.

82 STJCA, de 30 de marzo de 2005, Proceso 31-IP-2005.

El TJCA, como se observa– ha rechazado la teoría del “acto aclarado” sostenida para la interpretación prejudicial en el DUE por el Tribunal de Justicia. En palabras de los jueces de Quito,

la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan solo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en caso similares o análogos.⁸³

En un precedente posterior, el TJCA ratificó que

los dictámenes del Tribunal son actos judiciales que, por su propia naturaleza, se refieren al asunto sub-judice en cada caso. De allí se desprende que la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida en un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de interpretación (...) bien podrá el Tribunal variar y aun cambiar de opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo.⁸⁴

Igual suerte ha corrido la teoría del “acto claro” vigente en el DUE, la cual considera que la obligación de consulta desaparece toda vez que no exista duda razonable sobre el sentido que debe dársele a la norma comunitaria. Los jueces de Quito la han rechazado argumentando que el TCTJCA le otorga una “capacidad exclusiva para interpretar” las normas que integran el DCA.⁸⁵ Sin perjuicio de ello,

no desconoce el Tribunal que en todo proceso de aplicación de una norma jurídica a un caso concreto, quien la aplica, sea juez [nacional], funcionario administrativo, o cualquier persona, realiza un proceso de interpretación (...) de aprehensión de su sentido y finalidad para efectos de (...) determinar si el hecho material (...), puede ser subsumido dentro de aquélla.⁸⁶

En igual sentido se ha manifestado la Secretaría General, en cuya opinión “en el evento en que el juez considere la norma comunitaria suficientemente clara no está eximido de solicitar la interpretación prejudicial, pues está es una competencia asignada expresamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por el artículo 28 del Tratado de su Creación”.⁸⁷

83 STJCA, Proceso 1-IP-87, ya citado. Sin resaltar en el original.

84 STJCA, de 18 de diciembre de 1989, Proceso 7-IP-89.

En el ámbito del SICA, si bien no existe jurisprudencia al respecto, la opinión de algunos de los magistrados de la CCJ se muestran contrarios a la adopción de la “teoría del acto aclarado” (Cfr. LEON GOMEZ, Adolfo, *La ordenanza de procedimientos de la Corte Centroamericana de Justicia*, en “El Tribunal Centroamericano”, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1995, p. 136. Del mismo autor, *La consulta prejudicial*, en “La competencia de la Corte Centroamericana de Justicia”, Editorial de la Corte Centroamericana de Justicia, Managua, 1996, p. 130).

85 STJCA, Proceso 1-IP-87, ya citado. En igual sentido, STJCA, de 26 de febrero de 1991, Proceso 2-IP-91.

86 STJCA, de 12 de noviembre de 1999, Proceso 7-IP-99.

87 Secretaría General, Resolución Nr. 210, *por la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración presentado por Ecuador contra la Resolución Nr. 171*, de 31 de marzo de 1999. Sin resaltar en el original.

En consecuencia, en el DCA, la remisión a la jurisdicción supranacional es imperativa en todos los casos en los cuales se presente una cuestión de interpretación del derecho comunitario, y ello a pesar de la claridad de la disposición.

Una expresión contraria a lo expuesto la encontramos la jurisprudencia constitucional colombiana, la cual encontró que, “en ejercicio de sus competencias”, no consideraba hacer lugar a la suspensión del proceso a fin de remitir una solicitud de interpretación prejudicial al TJCA sobre “las normas supranacionales invocadas” toda vez que “de una parte la naturaleza de la cuestión debatida es eminentemente jurídica y no técnica” y “de otra parte, contaba la Corte con todos los elementos de juicios indispensables para juzgar la constitucionalidad de las normas acusadas”.⁸⁸

Perotti ha señalado al respecto que, debe considerarse que la línea divisoria entre supuestos que cabrían dentro del ámbito de estas doctrinas, en especial a la que se refiere al “acto claro”, constituye, en la mayoría de los casos, una decisión controvertida, que pueden dar lugar a interpretaciones que por ser demasiado generosas en su reconocimiento, terminen por ocasionar “un escape abusivo a la obligatoriedad de plantear la cuestión prejudicial”. Es en este campo donde en mayor medida, se afirma, juega el principio de cooperación leal entre la jurisdicción nacional, por un lado, y la jurisdicción supranacional, por el otro. El estricto respeto de las competencias judiciales respectivas debería constituir el punto de equilibrio, sin embargo, en la práctica, se concluye, cabe el peligro que el mismo varíe de ubicación en atención al mayor o menor “espíritu comunitario” que resida en cada uno de los Tribunales nacionales a los cuales afecte la regulación del artículo 33.2 (TCTJCA).⁸⁹

Por otra parte, el TJCA ha indicado que:

En la absolución de la Consulta Prejudicial el Tribunal tiene amplia libertad para determinar cuáles normas del ordenamiento jurídico comunitario interpretará, y no se encuentra, por lo tanto, constreñido a las solicitadas por el juez nacional; puede en consecuencia interpretar las normas solicitadas u otras que considere pertinente para el caso en cuestión.⁹⁰

La sentencia que dicte el TJCA tiene carácter obligatorio, de acuerdo a lo establecido en el TCTJCA y el Estatuto del Tribunal, y el juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal:

Lo que significa que la sentencia que contiene la interpretación, resuelve la cuestión referente al Derecho Comunitario, correspondiendo al juez nacional la responsabilidad de dictar el fallo final apreciando los hechos con relación a dicha interpretación, es decir, que da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada; no se trata pues de una mera

88 Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, sentencia Nr. C-256/98 de 27 de mayo de 1998.

89 PEROTTI, Alejandro D., “Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino”, en *Revista Dikaion*, Universidad de la Sabana, No. 11, Año 16, p. 137.

90 STJCA, Proceso 157-IP-04, ya citado.

directiva o sugerencia, sino que vincula al juez nacional que hizo el reenvío. Esto quiere decir que en la materia objeto de interpretación, la interpretación del juez comunitario es absolutamente vinculante para el juez nacional.⁹¹

Además el TJCA ha manifestado que la sentencia vincula al juez nacional que solicitó la interpretación y a los demás jueces que conozcan del proceso por cualquiera de los recursos que llegue a su conocimiento y decisión. Los jueces nacionales deberán enviar al TJCA las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial.⁹²

Por otra parte, de acuerdo a lo establecido en el artículo 128 del Estatuto del TJCA, los Estados miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

Los Estados Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el TJCA en ejercicio de la *acción de incumplimiento*, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, no la incorpore en su sentencia.

91 *Ibidem*. Sin resaltar en el original.

92 En este sentido el TJCA ha implementado la práctica constante de incluir en las conclusiones de cada una de sus sentencias sobre interpretación prejudicial la frase que sigue: “De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación de este Tribunal Andino, el Tribunal ... (identificación del Tribunal nacional solicitante), deberá adoptar la presente interpretación al dictar la sentencia en el proceso interno”.

**Derecho de corrección económica:
Defensa de la Competencia y Competencia
Desleal, en la Ley Orgánica de Regulación
y Control del Poder de Mercado**

Patricia Alvear Peña

*A la memoria del doctor **José Vicente Troya**, estimado maestro y amigo, quién con infinito afecto y consideración siempre me motivó a escribir y a hacer de la enseñanza, una vocación.*

La juventud de su espíritu y la actitud de luchador incansable, inteligente y generoso, son el legado que nos deja a quienes recibimos el regalo de compartir su amistad.

Sumario:

1. Introducción; 1.1. Diferentes categorías conceptuales; 1.1.1. Análisis Económico del Derecho "AED"; 1.1.2. Derecho Económico "DE"; 1.1.3. Derecho de Corrección Económica "DCE"; 2. Derecho de Corrección Económica y Abuso del Derecho; 2.1. Regulación y Control del Poder de Mercado: Defensa de la Competencia en la Legislación Ecuatoriana; 2.1.1. Concentraciones Económicas y Poder de Mercado; 2.1.2. Del Abuso del Derecho al Abuso del Poder de Mercado; 2.1.2.1. La LORCPM y el Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica, frente a la Dependencia Económica como Deslealtad; 2.1.3. Acuerdos y Prácticas Restrictivas; 2.1.4. De la Acción del Estado y las Ayudas Públicas; 2.1.5. Bienes Jurídicos Tutelares del Derecho de Competencia; 2.1.6. La aplicación privada del Derecho de la Competencia; 2.2. La Regulación contra la Competencia Desleal. 2.2.1. La Competencia Desleal en la Legislación Ecuatoriana; 2.2.2. Análisis de las normas de competencia desleal, establecidas en la Decisión 486 de la CAN; 2.2.3. Acciones y procedimientos derivados de los actos de Competencia Desleal; 2.2.4. Derecho de daños frente a la deslealtad; 3. Conclusiones;

Resumen:

La Constitución Ecuatoriana reconoce y garantiza la protección de los derechos constitucionales de propiedad privada; libre empresa; libre asociación; libre contratación entre otros, estableciendo sus fines y funciones. Éstos derechos no son absolutos. Encuentran límites en su ejercicio funcional y en normas de corrección económica como las de defensa de la competencia; defensa del consumidor; y, competencia desleal. En este contexto, el presente artículo, aborda en primera instancia la categoría conceptual *Derecho de Corrección Económica* para luego analizar cómo la LORCPM¹, regula dos de las instituciones jurídicas del derecho de corrección económica: competencia y competencia desleal. Analiza su dogmática; naturaleza; objetivos; fines y bienes jurídicos tutelares, observando la inevitable confusión que acarrea la norma interna y, reflexionando sobre su necesaria reforma.

¹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, (11 de Octubre de 2011)

1. Introducción

El derecho económico², es la expresión normativa a través de la cual, se reconoce y legitima los derechos económicos como el de propiedad privada; libre contratación y, reparación de daños³, entre otros, siendo el contrato, la herramienta por la que generalmente se viabilizan los procesos económicos de producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios.⁴

El derecho como constructo social y cultural, cambia respondiendo a necesidades políticas, sociales, económicas y culturales de cada momento histórico y sociedad. El derecho civil y el comercial, en su largo proceso de evolución, han mutado, acorde a los diferentes modelos económicos, sociales, políticos y culturales históricamente determinados.⁵ En función de éstos modelos, se reconocen y legitiman aunque de diferentes formas y maneras, los derechos económicos como el de propiedad; libre contratación; libre circulación o el de transferencia, entre otros. La garantía, uso y explotación de éstos derechos, por los nuevos problemas y dinámicas económicas, sociales y culturales presentes en un mundo altamente tecnificado, globalizado y consumista, como el nuestro, -a mi entender-, son restringidos por normas de corrección económica que ponen límites al ejercicio, uso y goce de éstos, como parte de la responsabilidad estatal de promulgación de la nueva "generación de derechos"⁶; y como herramienta normativa de mantenimiento, consolidación y apuntalamiento de un modelo económico concreto, poniendo límite a los abusos de operadores económicos. En el caso ecuatoriano, estas normas de corrección responden a lo que se denomina modelo social y solidario⁷.

Los derechos de propiedad, contratación, o de libre empresa, son reconocidos, legitimados y regulados por la Constitución y diversos cuerpos normativos secundarios. Son derechos relativos, pues su reconocimiento y protección jurídica se encuentran sujetos

2 GHERSI, Carlos, *Cuantificación Económica, Valor de la vida humana*, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, 2008, Buenos Aires, p. 5 a 9.

3 *Ibidem*, 12.

4 *Ibidem* 12.

5 Sustenta ésta tesis, la evidencia histórica sobre el derecho de propiedad que ha sido regulado de diferente manera en el modelo económico, esclavista, feudalista, capitalista, socialista y social de mercado, entre otros.

6 GHERSI, Carlos, *Cuantificación Económica*, ...ob. cit., estratifica los derechos desde los de primera hasta los de quinta generación, últimos donde sitúa al derecho del consumidor, al que le siguen otros derechos como los de competencia y los competencia desleal, que junto con los de defensa del consumidor, aunque de diferente manera y forma de activación hacen regulación del tráfico económico en protección del modelo económico y de sus operadores: consumidores y competidores. Nótese también que el fundamento de protección del derecho de competencia, es entre otros también el consumidor. Ver CABANELLA DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia/1*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2005, p. 154.

7 Artículo 283: 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.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

al cumplimiento de funciones sociales, económicas, ambientales y del bien común.⁸ Su protección, se otorga en el marco del cumplimiento de estos fines y encuentran límites de orden público y principios generales como no abusar y no dañar.

La restricción de éstos derechos económicos, se encuentran materializados en normas de corrección económica que no tienen por finalidad fundamental el reconocimiento de éstos derechos, sino su corrección y establecimiento de límites en su ejercicio, a través de normas tales como la defensa de la competencia; la competencia desleal y las de defensa del consumidor, entre otras. Estas normas de corrección deben ser entendidas como herramientas jurídicas vinculadas y conexas, pues, en su conjunto, aunque de diferente forma, buscan la corrección del tráfico económico y la protección de intereses diversos: el sistema competitivo mismo como el modelo económico, último, que es de orden público; y, la de los operadores económicos (competidores y consumidores).

De entre éstas normas de corrección económica, las de defensa del consumidor, han alcanzado mayor conocimiento, difusión y desarrollo. Les sigue las de defensa de la competencia. Las de competencia desleal o de lealtad comercial, no han corrido con la misma suerte, pues falta visibilizar su importancia como herramienta jurídica autónoma y corrector del tráfico económico, la que por su desarrollo y trascendencia en países como España, por ejemplo, han alcanzado autonomía disciplinar y es una importante herramienta de control concurrencial.

En consideración a lo expuesto, reflexionando sobre las funciones; fines; bienes jurídicos tutelares; activación jurídica y acciones de cada una de estas ramas autónomas del derecho, se profundiza en la inquietud de analizar como supuesto sujeto a debate, que a la categoría conceptual derecho económico propuesta por el profesor argentino Carlos Ghersi, le sigue el de derecho de corrección económica, último que corresponde a una clase de derechos, pues no pretenden la legitimación de derechos ya reconocidos como el de propiedad en sus diversas formas; el de libre empresa; el de libre contratación; el de transferencia; entre otros, sino establecen los límites en el ejercicio, uso y goce de estos derechos, restringiéndolos y corrigiéndolos, como herramientas de regulación del tráfico económico en protección del sistema económico y de sus operadores.

La eficacia y racionalidad de éste tipo de normas, dependerá de la debida tipificación de los supuestos de ilicitud y de la implementación de eficientes herramientas procesales que permitan, por una lado, activar el cese inmediato de las acciones ilícitas y la reparación de los daños causados, por costos sociales o individuales que se ocasionen; y por otro lado, la intervención administrativa punitiva y penal de refuerzo debidamente reglada para lograr la inhibición de conductas abusivas en el ejercicio de éstos derechos.

8 ALVEAR, Patricia, y GÓMEZ DE LA TORRE Blanca, *Derecho de corrección económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal, apuntes para su construcción*, Universidad Internacional SEK, V&G, 2012 Quito, p. 28 a 33.

1.1. Diferentes categorías conceptuales

En coherencia con lo expuesto, en este acápite, se realizará un acercamiento breve pero necesario a las categorías conceptuales: análisis económico del derecho; derecho económico y derecho de corrección económica, las que como veremos si bien tienen en común las palabras derecho y economía, abarcan temas y objetos diferentes.

1.1.1. Análisis económico del derecho, "AED"⁹

Puede definirse como el uso de la teoría económica aplicada a las normas e instituciones jurídicas, para establecer y analizar su racionalidad y eficiencia. Es "la aplicación de herramientas de teoría económica, en especial de microeconomía para examinar la formación, estructura, procesos y el impacto económico de la ley y sus instituciones legales."¹⁰ Por tanto, no es una disciplina del derecho como de primera vista se puede pensar.

Cabanella de las Cuevas, en su obra *Derecho de la Competencia Tomo I*¹¹, manifiesta que el AED "no puede válidamente establecer metas sociales o establecer la conveniencia o corrección de una conducta. Se limita a exponer las consecuencias de las prácticas jurídicas. Tan sólo una vez que se plantean como datos las metas y valores de una sociedad o de algunos de sus miembros, puede el análisis económico del Derecho determinar si ciertas conductas jurídicas coadyuvan al logro de tales metas o valores, o lo impiden."¹²

El AE, es una herramienta de estudio e investigación, aplicable a las áreas del derecho y es diferente del derecho económico como una disciplina del derecho. Ha sido abordado por diferentes escuelas, como la de Chicago; la Italiana, francesa, americana, inglesa, española, alemana, brasileña, entre otras¹³, que tienen sus matices especiales, pero todas coinciden en que no es disciplina o interdisciplina de derecho y economía sino una herramienta de estudio aplicada al derecho.¹⁴

En el léxico jurídico, podríamos decir que el AED, tiene como VERBO RECTOR la EFICIENCIA Y RACIONALIDAD, porque analiza la eficacia, eficiencia y racionalidad de todas las normas e instituciones jurídicas, versus los fines que persiguen. Busca la maximización entre el ilícito, la sanción y la eficiencia sin dejar la equidad¹⁵.

9 Rincón, Alexander; *La ponderación y el Análisis Económico del Derecho Integrados*. Medellín Colombia, 2013, p. 81 a 116, señala que el AED, ha sido desarrollado por varias escuelas económicas como la Clásica de Chicago; la de Elección Pública; la Escuela Institucional; la Escuela Neo institucional, entre otras.

10 Ibidem.

11 Cabanella de las Cuevas Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia/1*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2005, p. 154

12 Ibidem p. 154.

13 GHERSI, Carlos, material de cátedra entregado en el curso del doctorado intensivo de derecho de la UBA, en julio de 2014.

14 STORDEUR, Eduardo (h), *Análisis Económico del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 1 y 2, señala que AED, es una herramienta de la economía, que antes que ser un desarrollo inter disciplinario, constituye centralmente la teoría de precios aplicada al sistema legal.

15 Gonzalez Nieves, Isabel, *Estudios de Derecho y Economía*. Heliasta Buenos Aires, 2005, p. 7 y 8.

1.1.2. Derecho Económico, “DE”

Es el conjunto de normas que reconocen y legitiman las relaciones patrimoniales en vinculación con el modelo económico. Su objeto es la “ordenación de conductas y funciones”¹⁶ estableciendo un régimen patrimonial de bienes dentro de un determinado modelo económico, cultura y de una sociedad. Su función fundamental es el reconocimiento y legitimación de los derechos económicos de orden público como privado, entre los que se sitúan la propiedad¹⁷, la transferencia, y el contrato¹⁸. Su objeto es amplio, “supera el clásico derecho civil y comercial heredado del proceso napoleónico, el que no resultan aptos al momento para regir la vida social y cultural actual”¹⁹. Por lo expuesto en el ámbito ecuatoriano, autores como José Vicente Troya, manifiesta que el “talón de Aquiles”²⁰ de esta disciplina es su amplitud, pues abarca temas muy amplios y diversos, como lo Financiero, Laboral, Societario, Fiscal, Bancario, Ambiental, Comercio Exterior, entre otros. Sin embargo de lo señalado, existe coincidencia en que es una disciplina del derecho, y en su diferencia con el AED.

1.1.3. Derecho de corrección económica, “DCE”

A diferencia del Derecho Económico, son solo ciertas normas jurídicas o disciplinas del derecho que determinan “la corrección de conductas”²¹ poniendo límites a las actividades y actuaciones de operadores económicos en el tráfico económico. Su función fundamental no es el reconocimiento de los derechos económicos, sino el establecimiento de límites en su ejercicio, uso y goce. Las normas de corrección económica, son herramientas jurídicas que apuntalan un determinado modelo económico, buscando proteger intereses privados de los diversos operados económicos (competidos y consumidores), pero también y fundamentalmente el sistema competitivo, que es de orden público. Entre ellas se ubican al derecho de la competencia; la competencia desleal; y el derecho del consumidor.

En conclusión, estas tres categorías conceptuales vinculan los términos economía y derecho, pero técnicamente tienen objetos y ámbitos materiales diferentes que pueden graficarse de la siguiente manera:

16 Ibidem.

17 El derecho de propiedad incluye derechos materiales como inmateriales; derechos de propiedad intelectual y libre empresa.

18 Krause, Martín, E. *Economía, Instituciones y Políticas Públicas*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 19 a 21.

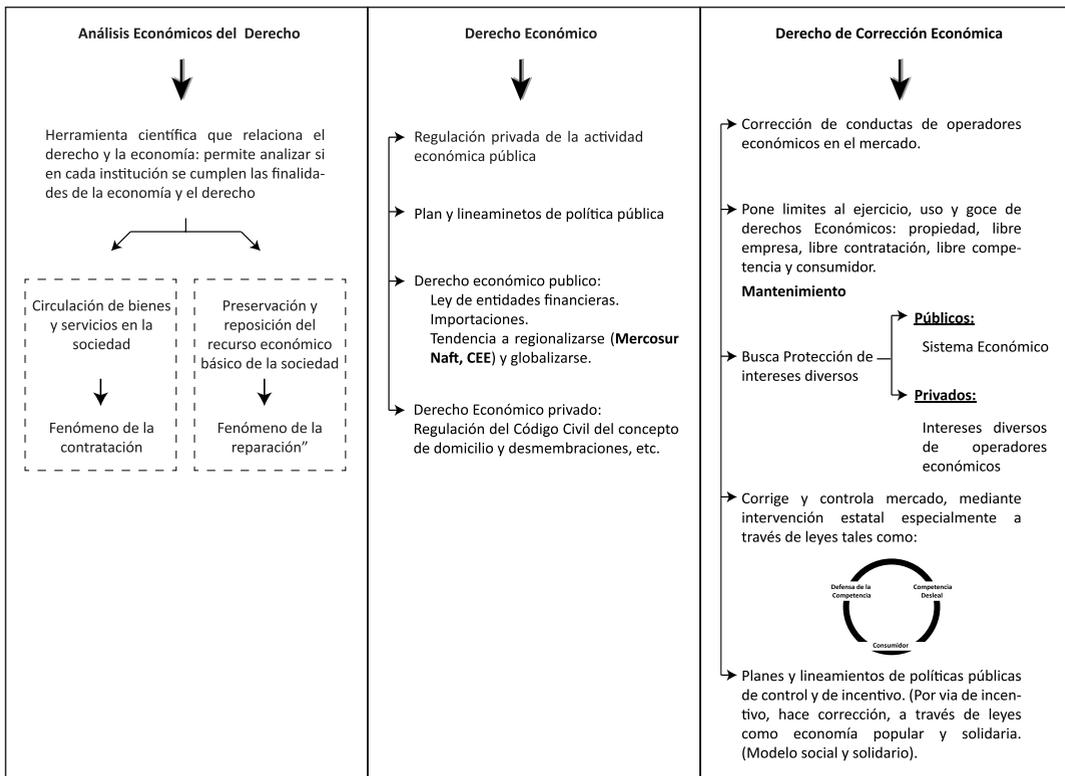
19 Ibidem.

20 Troya, José Vicente y otros, *Estudios de Derecho Económico*, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito Ecuador, 1998, p. 18.

21 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.

CATEGORÍA CONCEPTUAL	VERBO RECTOR	OBJETO
AED	EFICIENCIA / RACIONALIDAD	Herramienta económica aplicada al derecho y sus instituciones.
DE	RECONOCIMIENTO / LEGITIMACIÓN	Disciplina del derecho. Reconoce y legitima derechos económicos y patrimoniales tanto públicos como privados, (Propiedad, contratos, transferencias) acorde a un modelo económico determinado.
DCE	CORRECCIÓN	Nueva disciplina del derecho, fortalecidas con la aparición de los Estados modernos a partir de la 2da Guerra Mundial. Pone límites al uso, goce y ejercicio de derechos económicos (propiedad, libre empresa, libre competencia, consumidor), buscando el mantenimiento del sistema y protección de intereses diversos de operadores económicos.

Siguiendo la gráfica explicativa de Ghersi²², sobre las diferencias entre AEC y DE, se ubicará las que corresponden al DCE, en los siguientes términos:



22 Ghersi, Carlos, *Cuantificación Económica...* ob. cit. p 15.

2. El derecho de corrección económica y el abuso del derecho

Los derechos constitucionales económicos como el de propiedad; libre contratación; o libre empresa; entre otros, son por su naturaleza derechos relativos, no absolutos y por tanto, su ejercicio, uso y goce, no puede ser abusivo y está sujeto al cumplimiento de las funciones y límites establecidos en la ley. Al colisionar con otros derechos, no puede causar daño grave, desproporcionado, anormal ni excesivo.²³

A su vez, el abuso del derecho, es la situación dañosa causada por el ejercicio disfuncional de un derecho sea por el ejercicio excesivo o contrario a los límites normales impuestos por principios como la buena fe, la moral y las buenas costumbres o porque dicho ejercicio contraría el espíritu o la finalidad de la ley, causando daño,²⁴ y por ello, no puede ser protegido por un sistema jurídico, ni amparado por ley²⁵.

La teoría del abuso del derecho,²⁶ nace como tal “en la jurisprudencia francesa para corregir dos rasgos jurídicos-culturales del Código de Napoleón, el formalismo legal y el absolutismo de los derechos, de manera particular el de propiedad...”²⁷ Su desarrollo en el mundo contemporáneo, se consolida cuando se asume un “cambio en el método de interpretación de los textos legales, se alejaron de la exégesis y acogieron una interpretación basada en principios, finalidades y valores...”²⁸

El abuso del derecho, si bien nace del derecho civil, ha llegado a otras áreas del derecho como al de corrección económica,²⁹ con figuras como el abuso de posición dominante, en el derecho de la competencia;³⁰ la prohibición de las cláusulas abusivas, en defensa del consumidor; y la prohibición de deslealtad y abuso de otros operadores económicos, en la competencia desleal.

23 Cobas Manuel y otros, *Derecho Civil Parte General*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 146 y 147.

24 *Ibidem*, p. 148.

25 *Ibidem*, p. 147 y 150.

26 JOSSE RAND, Luis, *Del abuso del derecho y otros ensayos*, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 5 citado por Rengifo García, Ernesto en *Del Abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Bogotá, 2009, p. 39 y 40. Según Jossierand, las nociones del abuso del derecho, está presente ya en textos del romano Gayo.

27 RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Del Abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*, *ob. cit.*, p. 45. manifiesta: “Por formalismo legal se debe entender la pretensión decimonónica de que la ley contiene todas las soluciones posibles a los problemas que se originan en la vida práctica, o mejor, en el ámbito de las relaciones privadas, y en consecuencia, se hace innecesaria la ponderación racional del juez. De este modo que su labor consistiría sólo en subsumir un caso propio de la vida privada dentro de la solución normativa previamente fijada por el legislador.” Cita que la primera sentencia francesa data de mayo de 1855, dictada por la Corte de Colmar y la de Compiègne de 1913, como relevantes en el proceso de construcción del abuso del derecho, siguiendo la referencia de Atienza que lo acoge.

28 *Ibidem*, p. 29

29 *Ibidem*, p. 29. La figura del abuso del derecho, es una creación del derecho civil, “que ha trascendido ésta área para encontrar también aplicación en otras disciplinas normativas como el derecho comercial, el derecho administrativo, el derecho de la competencia económica, e incluso ha llegado en su discusión e incorporación al terreno de los derechos fundamentales”

30 En el ámbito del derecho de la competencia la activación jurídica, a diferencia del derecho civil, se da no solo frente al daño injustamente causado por un operador abusivo, sino ante el riesgo o posibilidad del daño.

La prohibición general de no abusar del derecho, tiene aplicación contra cualquier operador económico, que estando dentro de la permisión legal, es decir sobre la no prohibición, se sobrepasa en el ejercicio del derecho protegido y esta actuación conlleve al riesgo de causar afectación, daño o aprovechamiento indebido de otros agentes económicos, o de la competitividad.³¹

En este ámbito, los ordenamientos jurídicos pretenden no sólo el reconocimiento de los derechos económicos, sino la corrección del tráfico económico, a través de diferentes normas de carácter prohibitivo de abuso, que son complementarias unas a otras. Este conjunto de normas, debe entenderse como una unidad funcional, respetando sus obvias diferencias en la protección de los bienes jurídicos tutelares y su activación.³²

2.1. Regulación y control del poder de mercado: Defensa de la competencia en la legislación ecuatoriana

La defensa de la competencia, es regulada en Ecuador, a nivel interno por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, "LORCPM", y a nivel comunitario por las Decisiones 608 y 616 de la Comunidad Andina de Naciones³³.

La Decisión 608, regula el abuso de posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia. No regla las concentraciones económicas, ni las ayudas públicas. La Decisión 616, determinó la "*Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador*". Mediante Decreto Ejecutivo 1416 publicado en el Registro Oficial Número 558 del 27 de marzo de 2009, Ecuador, constituyó el primer instrumento normativo interno que permitió aplicar procesalmente las normas sustantivas de la Decisión 608.

Con la LORCPM se dictaron las normas ecuatorianas de regulación y control del poder de mercado reformándose además en forma errada la normativa interna de competencia desleal, afectando la autonomía de ésta última, sin considerar sus diferencias con la defensa de la competencia, confundiendo la naturaleza jurídica, los bienes jurídicos tutelares y las acciones propias de una u otra institución jurídica.

Los tipos de ilicitud anticompetitiva reguladas en la LORCPM, son:

1. Concentraciones Económicas;
2. Abuso de Posición de Dominio;
3. Prácticas Colusorias Prohibidas; y,
4. Ayudas Públicas.

31 Ver VELANDIA, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. Externado de Colombia, Bogotá 2008, p. 299 y 300. Criterio que recoge la tradición doctrinaria de activación preventiva en ésta área con la que comparto.

32 Ver Viera González, Vicente, Vicente Mambrilla Rivera y otros. *Distribución comercial y derecho de la competencia*. Editorial La Ley, Madrid, 2011.

33 La Decisión 608, dictada el 29 de marzo de 2005, contiene las normas específicas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

2.1.1. Concentraciones económicas y el poder de mercado

Concentración Económica, es “la creación de una empresa en común o la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando ésta pese a desempeñar con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto o efecto fundamental o coordinar el comportamiento de empresas que continúen siendo independientes.”³⁴

Alberto Bercovitz, manifiesta que ésta “resulta también una restricción a la competencia cuando se modifica la propia estructura del mercado, al desaparecer alguno o algunos de los competidores con peso significativo en el mercado, por cuanto entonces la competencia se ve afectada al ser menor el número de competidores. Y esta situación es la que se produce cuando tiene lugar la concentración de diversas empresas.”³⁵

Ecuador, siguiendo la línea continental, no sanciona per sé las concentraciones, sino tanto en cuanto éstas pueden limitar, distorsionar o afectar la eficiencia del mercado y produzca o pueda producir efectos estructurales, mediante la modificación de la identidad de los propietarios de las empresas que operan en un determinado sector, el número de estas o la independencia de sus respectivas administraciones, entre otros.

La LORCPM, entiende por operaciones de 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” (artículo 14). Se las restringe y sanciona cuando éstas puedan limitar, distorsionar o afectar la libre competencia.

Las concentraciones económicas pueden darse mediante operaciones en sección horizontal o vertical. Están sujetas al control y regulación, incluso luego de su aprobación por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, (artículo 15). Deben cumplir el requisito de notificación (artículo 16) cuando el volumen de negocios, supere los márgenes determinados por la Junta de Regulación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, o cuando se realice una concentración horizontal que incremente la cuota del nuevo operador en forma superior al 30 por ciento del mercado relevante de

³⁴ Ley de Defensa de la Competencia Española artículo 14.2

³⁵ BERCOVITZ, Alberto, RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual*, Segunda Edición, Madrid, 2001, p. 317

producto o servicio. La notificación de concentraciones es voluntaria, cuando no existen los supuestos de obligatoriedad antes señalados.

La calificación de concentraciones a partir de la promulgación de la LORCPM, sigue el criterio de calificación previa, la que no debe entenderse como impedimento para que la Superintendencia del Control del Poder de Mercado, pueda intervenir al operador económico, en cualquier momento, incluso una vez operada la concentración, cuando sus actuaciones limiten, distorsionen, o afecten al sistema competitivo.

Presentada la solicitud de concentración, la autoridad de competencia, deberá calificarla o negarla en forma motivada, dentro de un plazo no mayor de 60 días calendario. Caso contrario, la operación se tendrá por autorizada tácitamente, (artículo 21 de la LORCPM), por silencio administrativo positivo, el que a partir de mayo de 2016, deberá tramitarse como acción especial, conforme lo dispuesto en el artículo 326 inciso 4 literal a), Código Orgánico General de Procesos (en lo posterior COGEP) siguiendo el procedimiento sumario (Capítulo III, libro IV del COGEP) por disposición expresa del artículo 327 del mismo cuerpo normativo.

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. Habiéndose concretado sin previa notificación, o mientras no se haya expedido la correspondiente autorización, la Superintendencia podrá ordenar las medidas de desconcentración; correctivas; o de cese del control por un operador económico sobre otro u otros, cuando el caso lo amerite, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de la LORCPM.

Las concentraciones económicas realizadas entre la promulgación de la LORCPM y la fecha de posesión del Superintendente, conforme la Transitoria Primera de su Reglamento, debieron ser obligatoriamente notificados por los operadores económicos a la Superintendencia, la que mediante actuaciones previas determinaría si concurren las circunstancias para la notificación obligatoria.

Los actos de calificación o negación de concentración, emitidos por la autoridad de competencia, pueden impugnarse en instancia contenciosa administrativa, conforme el artículo 24 de la LORCPM. A partir de mayo de 2016, con la implementación del COGEP y el sistema de litigación oral por Audiencias, la proposición o demanda se deberá presentar cumpliendo lo dispuesto en el artículo 142 de éste cuerpo normativo, en correlación con su artículo 308. Con la presentación de la acción contenciosa administrativa, “se extinguirá” toda reclamación administrativa, conforme el artículo 300 inciso segundo del COGEP, pues por la presentación de la acción, no serán admisibles los reclamos administrativos una vez ejercidas las acciones contenciosas administrativas como tributarias.

Los plazos de presentación de estas demandas, serán los establecidos en el artículo 306 del COGEP. Las acciones contenciosas administrativas, podrán ser de plena

jurisdicción o de subjetividad; de nulidad; de lesividad; y, las especiales dentro de los cuales se incluyen el silencio administrativo; el pago por consignación; la responsabilidad objetiva del estado; la nulidad de contratos propuesto por la Procuraduría; las controversias en materia públicas y las demás que señale la ley³⁶.

El trámite de silencio administrativo positivo para el caso de concentraciones, conforme el artículo 327 del COGEP, deberá seguir el procedimiento sumario (Capítulo III, Libro IV, a partir del artículo 332), al igual que el juicio por consignación. En los demás casos, la impugnación de los actos administrativos emanados por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como el de concentraciones, será aplicará el nuevo procedimiento ordinario dispuesto en el COGEP en el Capítulo I, del Título I del Libro IV, a partir del artículo 289 al 298 y en la forma determinada en el Capítulo II, del Libro IV del COGEP.

2.1.2. Del abuso del derecho al abuso del poder de mercado

Las características del abuso del derecho, llega al derecho de competencia específicamente al abuso de posición dominante o del poder de mercado, sancionado en la Decisión 608 (artículos 8 y 9) y en la LORCPM, en la sección 2da (artículo 7 al 10), por sus aplicaciones concretas derivadas de su condición de principio general del derecho, que se expande en las mismas condiciones que otros principios como la buena fe; la apariencia; la simulación; el fraude a ley; la responsabilidad civil; la imprevisión; el móvil determinante; error de derecho; enriquecimiento injusto; entre otros,³⁷ adquiriendo un valor integrador³⁸ del ordenamiento jurídico, corrigiendo la disfuncionalidad en el ejercicio del derecho (Teoría funcional y del uso normal)³⁹, y sirviendo de elemento interpretativo, delimitador y productor⁴⁰, de alta importancia en el tráfico económico, y en el ejercicio, uso y goce de los derechos.

Para Josserand, "cada derecho tiene un espíritu, su objeto y su finalidad; quienquiera que pretenda desviarlo de su misión social comete una culpa, delictual o cuasidelictual, un abuso de su derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad."⁴¹ Esta posición, a pesar de las críticas de varios juristas como Planiol⁴², Mazued y André⁴³, entre otros, en el mundo jurídico contemporáneo, es reconocido cada vez más, como una institución jurídica propia, como un elemento de interpretación vital frente a la aplicación mecánica, disfuncional y abusiva del derecho, basada en el principio general de no abusar y respetar al otro, tanto que se ha incorporado dentro de diversas

36 Artículo 326, COGEP.

37 RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Del Abuso del...* ob.cit., p. 31 a 37.

38 HINOSTROSA, citado por Rengifo García, Ernesto, *Del Abuso del...* ob.cit. p. 33

39 *Ibidem*, p. 43

40 *Ibidem*, p. 33

41 JOSSERAND, citado por Rengifo, ob. cit., p. 47

42 RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Del Abuso del...* ob. cit., p. 47 y 49. Según El autor, Planiol, refutó esta teoría, señalando que el derecho cesa, cuando el abuso comienza; y que puede haber abuso en la conducta humana, pero no en cuanto ejercen su derecho sino cuando lo rebasan.

43 *Ibidem*, p. 48 Para Manued y André, el abuso del derecho, no es una fuente de responsabilidad distinta a la culpa y por tanto a éste no se aplica el abuso como principio general sino el de responsabilidad. El abuso puede consistir en la intención de perjudicar, en cuyo caso hay culpa delictual, y si resulta de una simple imprudencia o negligencia, estamos frente a la culpa cuasidelictual.

legislaciones latinoamericanas como la Argentina, Colombiana, Peruana y Ecuatoriana, entre otras.

Para Jorge Mosset Iturraspe, los elementos constitutivos del abuso del derecho son:

- a) Una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal;
- b) El uso de la norma contrario a sus fines claros; y
- c) La imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario⁴⁴

Para Atienza, el abuso del derecho, es un “ilícito atípico”, como lo son el fraude a la ley y la desviación del poder, que dan lugar a principios interpretativos dirigidos a los operadores como al juez, para que resuelva de manera que se eviten, en lo posible, las lagunas axiológicas que estas figuras tratan de remediar. Es para este autor, un mecanismo de salvaguardia de la coherencia valorativa de las decisiones judiciales⁴⁵.

El abuso del derecho conlleva a una responsabilidad frente a terceros y a la consiguiente reparación de los daños causados por actos que tengan la intención de dañar (*dolo civil*), o que sean derivados de la simple negligencia (*cuasidelito civil*).

La teoría abuso del derecho constan incorporado en la legislación ecuatoriana, en los artículos 26 y 130 numeral 13 del Código Orgánico de la Función Judicial, como en el artículo innumerado posterior al 36 del Código Civil. Su aplicación como principio general de derecho, trascienden transversalmente todo el sistema jurídico y puede ser alegado frente a actuaciones de abuso en el ejercicio de acciones judiciales, frente a cláusulas contractuales lesivas y abusivas en el derecho del consumo, en el derecho comercial, en el régimen de la competencia desleal, las prácticas restrictivas de la competencia, en los contratos de sociedad, en las cláusulas compromisorias y de adhesión⁴⁶. Su función correctora e integradora permite moralizar y regular la actividad contractual de la más variada índole, como el ejercicio ilegítimo de derechos subjetivos y adjetivos⁴⁷.

Rengifo García señala, “el abuso 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

44 Ibidem, p. 51

45 Ibidem, p. 59 a 60

46 RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Del abuso del..* ob. cit, caps. II al IV. Analiza las diferentes exteriorizaciones del abuso del derecho, en diversas instituciones del derecho, evidenciando la trascendencia de ésta teoría en el mundo actual.

47 Ver RODRÍGUEZ YONG, Camilo Andrés, *Una aproximación a las cláusulas abusivas*, Colección Precedentes Jurisprudenciales, Universidad de Rosario, Legis, Bogotá, 2013. Esta 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.

actividades económicas en posición de dominio. En otras palabras, el prius histórico, lógico y conceptual de la figura del abuso de posición de dominante es el abuso del derecho, a tal punto que se ha señalado que aquella en últimas resulta una moderna vestidura lingüística aplicada en el área del derecho de la competencia”.⁴⁸

Una vez ubicada la vinculación del clásico abuso del derecho frente al abuso de posición dominante o del poder del mercado, como se lo conoce en la legislación ecuatoriana, veremos que este ilícito anticompetitivo, tanto en la normativa comunitaria como ecuatoriana, no sancionan la posición de dominio “*per se*”, sino el abuso de esa posición.

Para la determinación de la existencia de éste ilícito, es requisito indispensable establecer en forma previa si el agente económico investigado o denunciado tiene dominancia en el mercado relevante y si sobre la “base de este poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general” (artículo 9, LORCPM).

El artículo 5 de la LORCPM, establece que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará en cada caso el mercado relevante, teniendo como base al menos el mercado de productos o servicios, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participen en dicho mercado. Refiere la calidad de equiparables de los competidores considerando la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.

Los criterios delimitadores del mercado relevante deben entenderse como:⁴⁹

- a) *Mercado Geográfico*.- El espacio concreto establecido donde se da el supuesto anticompetitivo, el que no necesariamente se debe limitar al mercado nacional o regional según corresponda;
- b) *Mercado Temporal*.- La delimitación del período de tiempo en que se mide los posibles efectos o los efectos del acto anticompetitivo;
- c) *Mercado de Productos o Servicios*.- La identificación de la sección de mercado de bienes y/o de servicios donde circulan determinados operadores económicos, y donde se da el o los supuesto competenciales, y por ende se encuentra sujeto a investigación y análisis dentro de un proceso competencial.
- d) *Los consumidores*.- Comprende la determinación de los consumidores posiblemente afectados o afectados por el acto anticompetitivo; y
- e) *Los competidores reales y potenciales específicos*.- Son aquellos plenamente determinados por los operadores económicos sujetos a investigación.

48 Ibidem, p. 369

49 ALVEAR, Patricia, GÓMEZ DE LA TORRE, Blanca, *Derecho de corrección...* ob. cit. ps 71 a 73.

El volumen de negocios (artículo 6 de la LORPCM), se establece en base a la cuantía resultante de las ventas de productos o servicios de uno o más operadores económicos, durante el último ejercicio económico que corresponda a las actividades ordinarias, previa deducción del impuesto al valor agregado y otros al consumidor final directamente relacionados con el negocio.

El estudio del mercado relevante, determinará el porcentaje de participación en la sección de mercado donde opera el agente económico y, si tiene o no dominancia. Sólo una vez que se demuestre el supuesto de posición relevante, que por sí no atenta contra la competencia, para que se configure el ilícito de abuso de poder de mercado, deberá además probarse el acto abusivo e ilícito.

El abuso de posición de dominio se refiere tradicionalmente “al perjuicio injustificado a los otros participantes en el mercado –proveedores, clientes o competidores– mediante actuaciones que no se habrían podido llevar a cabo si existiera una competencia efectiva”⁵⁰, sin embargo, “...esta noción se ha visto ampliada a aquellos supuestos en que la empresa en posición de dominio trata de fortalecerla por medio de operaciones de concentración, que no se refieren por tanto al comportamiento de la empresa en el mercado, sino que afectan a la estructura de ésta”.⁵¹

El abuso de posición de dominio, se estructura 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 de no abusar, –que como hemos visto tiene su exégesis en el clásico abuso del derecho–, 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 de abuso, tanto en la Decisión 608 (artículo 8) como en la LORPCM (artículo 9), son ejemplificativas y no excluyentes de otras conductas prohibidas. Constituyen una figura amplia, y “relativamente abstracta, capaz de incluir las diversas variantes de los actos contrarios a la libre competencia,”⁵² que garantizan la prohibición de cualquier práctica de abuso de posición de dominio en el mercado, inclusive aquellas que constituye abuso del derecho, fraude a la ley y/o utilización de medios judiciales.⁵³ El abuso de posición de dominio, en cualquier forma o exteriorización está prohibido.

50 BERCOVITZ, Alberto, RODRÍGUEZ CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual*, Segunda Edición, Madrid, 2001, p. 315

51 *Ibidem* p. 316

52 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Antimonopólico...* ob. cit. p. 733, cita textualmente el Informe Preliminar emitido en el caso SCC-D.C.0012-2010, p. 13.

53 ALVEAR, Patricia y GÓMEZ DE LA TORRE, Blanca, *Derecho de Corrección...* ob.cit. p. 44 a 49. Ver Resolución MIPRO-001.2011, publicada en Edición Especial del Registro Oficial Nro. 199 del 13 de Octubre de 2011, pág. 30, donde refiere que la Secretaría General A.I. de la CAN, al consultársele sobre la amplitud de la cláusula general prohibitiva contenida en el referido artículo 8, confirmó que está incluía los casos de “abuso de derecho”; “fraude a la ley” y/o “utilización de medios judiciales” que constituyan una posibilidad de restringir, afectar o distorsionar las condiciones de la oferta o demanda en el mercado de bienes o servicios, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, estarán en el ámbito de acción de la Decisión 608”

Se activa la acción en vía administrativa cuando ésta, pueda afectar, restringir o dañar la libre competencia, por denuncia o por investigación de oficio. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, puede 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 (artículo 66), apelación (artículo 67) y revisión (artículo 68).

Las resoluciones administrativas pueden ser impugnadas mediante acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción o subjetivo según el artículo 69 de la LORCPM, siguiendo el procedimiento ordinario a la vigencia del COGEP, a excepción de las acciones especiales determinadas en el literal 4 del artículo 326 del COGEP.

Debe aclararse que el procedimiento y la sanción que impone la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, son de carácter administrativo punitivo, y por ésta vía se puede solicitar las medidas preventivas de cese, pero no las de reparación de acción de daños y perjuicios a la que tiene derecho el operador abusado, ni la acción penal, conforme lo señalan los artículos 71 y 72 de la LORCPM.

En el caso señalado en el artículo 71, la prescripción de la acción civil, está fijada en 5 años contados desde la emisión de la resolución sancionatoria emitida por la Superintendencia. Sin embargo, nada refiere sobre la independencia de éstas acciones y el derecho de los particulares de ejercer por cuerda separada las acciones civiles que se deriven por las acciones anticompetitivas, como si lo hace al tratar por ejemplo la competencia desleal a partir del artículo 25 de la LORCPM.

Respecto, de las acciones privadas derivadas de las acciones anticompetitivas, Ingrid Ortiz Baquero⁵⁴, analiza los diferentes efectos civiles que por ellas se derivan y establece que las mismos dependen del modelo jurídico que regula la competencia, abogando por la concurrencia de los dos sistemas procesales el privado y el público⁵⁵, basándose en la interrelación de las acciones judiciales (que facilite las acciones de los particulares y la reparación de daño)⁵⁶ y las administrativas de las autoridades de competencia (de cese y sanción), que permita la defensa del derecho privado y del público, en forma equilibrada y paralela.

Señala que el “*private enforcement*”⁵⁷ prioriza la intervención judicial que tiene por “objetivo principal el conseguir una oportuna y adecuada protección de los intereses de los particulares que han sido afectados personal y patrimonialmente por la conducta colusoria o abusiva, buscando la reparación del daño en forma primera”⁵⁸ para luego pasar al análisis del sistema de protección pública, que en vía administrativa y punitiva por sí

54 ORTIZ BAQUERO, Ingrid, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*. Monografía Nro. 5, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2011, p. 52 a 64.

55 *Ibidem*, p. 58

56 *Ibidem*, p. 62

57 *Ibidem*, p. 55

58 *Ibidem*, p. 54 y 55

sola, descuidando la acción oportuna de protección a los particulares que se lo hace en forma subsidiaria.

La reflexión de la tratadista española, nos obliga a reparar en la independencia de las acciones civiles como efectos privados derivados de actos anticompetitivos y en su diferencia con las acciones administrativas y las penales; las que no son excluyentes unas de otras, ni la primera requiere prejudicialidad para su activación. Así pues, frente al supuesto de abusos de un operador, siguiendo los principios e instituciones del derecho civil, procede la acción de declaratoria de daños y perjuicios como la de daño moral, derivados de los delitos y cuasidelitos civiles, o la declaratoria de abuso del derecho, fraude a la ley; entre otras, las que deben ejercerse en forma directa e independiente de la acción administrativa y la penal, sin esperar para su ejercicio el largo transcurso hasta llegar a la resolución sancionatoria de la Superintendencia para iniciar las acciones de resarcimiento de los daños causados.

De esta forma, el texto del artículo 71 de la LORCPM, que deja a salvo las acciones civiles derivadas de la resolución sancionatoria, si bien no es claro en su redacción y puede traer más de una mala interpretación, no excluye ni puede excluir el derecho que tienen los operadores económicos de ejercer las acciones que les corresponda en la vía civil, pues éstas para su ejercicio no requieren de prejudicialidad.

2.1.2.1. La LORCPM y el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, frente a la dependencia económica como deslealtad

La LORCPM, trata el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, como una modalidad del abuso del poder de mercado. 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 acarrea.

Según el artículo 10 de la LORCPM, este tipo de abuso opera por:

- “Ruptura” de una relación comercial, aunque sea parcial, sin que haya existido preaviso con cuando menos 30 días, salvo incumplimientos graves de las condiciones pactadas o por fuerza mayor.
- “Amenazas” de ruptura de las relaciones comerciales; afectación de precios, condiciones de pago, modalidades de venta pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial.
- 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.

- Imposición directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

La regulación ecuatoriana sobre situación de dependencia económica, limita el ilícito de dependencia económica a los supuestos anticompetitivos de abuso de poder relevante. En cambio, cuando éste ilícito, se tipifica como un supuesto de deslealtad, se amplía la protección a más número de operadores económicos abusados, como el margen de inhibición de éstas conductas abusivas y desleales.

En este sentido, la legislación española, en 1996⁵⁹, incluyó a la “situación de dependencia económica, como un supuesto de competencia desleal, regulándola como “la explotación de una situación de dependencia económica, proyectada sobre las pequeñas y grandes empresas y en especial en relaciones comerciales de éstas”⁶⁰. Posteriormente, mediante reforma de 1999, esta primera definición, que se reducía solo a “las empresas clientes de un operador económico... por la alarmante y progresiva generalización de este tipo de prácticas en las relaciones entre proveedores y distribuidores, y siguiendo el modelo francés”,⁶¹ se ligó al supuesto de “discriminación al consumidor.”⁶²

Con esta puntualización, vemos que la situación de dependencia económica en las relaciones comerciales, no puede sancionarse como acto anticompetitivo, sino puede y debe ser sancionada como ilicitud de deslealtad, cuando ésta es abusiva y pueda afectar o afecte, a uno o varios operadores económicos⁶³, con el consiguiente coste individual y social que pudiere acarrear.

Según MASSAGUER, citado por Barona, éste ilícito como deslealtad, puede darse de cuatro formas: “a) dependencia debida a la selección de productos o servicios; b) Dependencia debida a la organización empresarial; c) Dependencia debida a una situación de escasez, que se daría cuando una empresa cliente necesita de los suministros de un fabricante; y d) Dependencia debida al poder relativo de la demanda”⁶⁴. Sea cual fuere su exteriorización, se reputa ilícita, cuando se produce una explotación de la situación de dependencia económica, que pueda generar o genere un beneficio al explotador y un perjuicio al explotado.

Los presupuestos materiales de esta conducta, en el supuesto de deslealtad, son objetivos y subjetivos. Los segundos son el sujeto pasivo y el activo del ilícito, mientras que los primeros son: “la acción de explotación; la situación de dependencia económica; y, la situación de superioridad económica en el mercado”⁶⁵

59 BARONA, Silvia, *Competencia Desleal*. ob. cit. p. 651

60 MASSAGUER FUENTES, J., *Comentarios*. citado en Barona, Silvia, *Competencia Desleal*. ob. cit. p. 651.

61 BARONA, Silvia, *Competencia Desleal*. ob. cit. p. 651.

62 *Ibidem*, p. 649.

63 Cabe señalar en este punto, que el derecho de competencia desleal, como el de competencia, a diferencia del derecho civil, se activa incluso en forma preventiva, es decir, frente al riesgo o peligro del daño.

64 *Ibidem*, p. 661

65 Barona, Silvia, *Competencia Desleal*. Ob. cit. p. 661 a 666.

- La Acción de explotación.- Es el aprovechamiento indebido y abusivo que objetivamente pueda reportar o reporte afectación, daños o perjuicios al operador económico destinatario de la explotación, en beneficio del sujeto activo de la acción.⁶⁶
- La situación de dependencia económica.- Se extiende a todos aquellos operadores económicos, que tienen una relación empresarial o comercial, ya del lado de la oferta o de la demanda, y que siendo clientes, proveedores o suministradores de un determinado operador económico, dependen económicamente en forma importante de él, para su mantenimiento, crecimiento o supervivencia comercial. Por ello, está limitada su capacidad de negociación con el agente desleal, y es impedido y limitado en la práctica de desvincularse de sus condiciones, directrices y sometimiento⁶⁷. La vinculación económica del agente económico sujeto a dependencia económica, pueden hallarse condicionada a quien ejerce la situación de superioridad.⁶⁸

Respecto de la situación de superioridad económica, debe entenderse como el poder que tenga el agente activo del ilícito, al punto tal que pueda generar dependencia económica sobre otro operador. Sin embargo, debe precisarse que el ilícito de deslealtad en general, no se sanciona en función del poder del mercado del agente activo del ilícito, ni de la afectación económica que la deslealtad pueda traer o traiga al sistema estructural del mercado, sino por la deshonestidad y abuso mismo del acto desleal, sin importar la magnitud económica que este acto tenga a nivel estructural del sistema.

La superioridad de dependencia económica, en este contexto, debe establecerse en relación al universo del sujeto pasivo del ilícito de deslealtad, no frente al del sujeto activo del abuso, ni a su volumen de ventas en el mercado, pues lo que es vital y altos volúmenes de compra o venta para el primero, no necesariamente lo es para el segundo.

El sentido de la deslealtad, es sancionar todos los actos desleales de comercio, sin importar su incidencia económica, esto es, incluso aquellos actos, que para la libre competencia no tiene significancia económica a nivel estructural. No hacerlo es incurrir en el error, de confundir la naturaleza misma de la protección de la competencia desleal y la defensa de la competencia.

El bien jurídico a tutelar, a través de la situación de dependencia económica como supuesto de deslealtad, es la protección particular de los operadores económicos más débiles, abusados comercialmente “o de menor protección, frente a determinadas empresas”⁶⁹, 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 ofrecidas⁷⁰.

66 *Ibidem*, p. 660.

67 *Ibidem*, p. 660 a 661.

68 *Ibidem*, p. 661.

69 *Ibidem*, p. 655.

70 *Ibidem*, p. 655.

En conclusión, el abuso de dependencia económica erradamente en Ecuador, se regula como ilícito anticompetitivo y no como supuesto de deslealtad. Esta imprecisión normativa, limita los supuestos de este ilícito, solo a aquellos actos de abuso de dependencia económica cometidos por grandes operadores económicos, excluyendo de éste supuesto, aquellos actos de dependencia económica cometidos por operadores económicos, que sin tener relevancia en el mercado incurren en esta conducta desleal en perjuicio de terceros. Hecho, que nos obliga a volver a la vía civil, donde en aplicación del derecho de daños y del abuso del derecho, se analice la reparación de los daños derivados de éste tipo de ilícitos cometidos por otros operadores económicos, que sin tener relevancia en el mercado, enmarquen sus conductas en el tipo de abusos en contra de otros operadores económicos.

2.1.3. Acuerdos y prácticas restrictivas

Los acuerdos o prácticas restrictivas, están reguladas en el artículo 7 de la Decisión 608 y la sección tercera de la LORCPM. Éste ilícito, tiene supuestos de exteriorización ejemplificativos y una cláusula general prohibitiva que prohíbe realizar prácticas o acuerdos expresos o tácitos entre operadores económicos, que se dan en sección horizontal o vertical del mercado, que tengan el propósito o efecto, esto es, que pueden o lleguen a distorsionar o afectar la eficiencia del mercado y la libre competencia.

En materia competencial, los acuerdos se consideran en sentido amplio y no restringido.⁷¹ Incluyen todas aquellas actuaciones de operadores económicos que pueden distorsionar o afectar la eficiencia estructural del mercado, a los operadores económicos, especialmente a los consumidores, ya sea mediante actuaciones dadas entre operadores privados, o entre éstos y el sector público.

La amplitud de la cláusula general prohibitiva contra las prácticas restrictivas, es una de sus características, como lo es la activación preventiva que caracteriza al derecho de la competencia. Por ello, la Autoridad de Competencia, puede sancionar ilícitos, incluso ante el riesgo o posibilidad del daño efectivo a la estructura del mercado, el interés general y el derecho especialmente de los consumidores, superando así el criterio de daño causado según el derecho civil.

La pertinencia de la acción depende de la determinación de que estas conductas pueden o no incidir en su mercado relevante y sólo si los efectos económicos de los colusionados, superan la regla del *minimis*. Caso contrario estamos frente a actos de competencia desleal y no de libre competencia.

Los acuerdos y prácticas restrictivas realizadas tanto en sección horizontal como vertical por principio general pueden ser sancionadas, aplicando en el primer caso la regla *per se* y en el segundo la regla de la razón. Sin embargo, esta prohibición admite excepciones cuando los acuerdos contribuyan a mejorar la producción o la comercia-

⁷¹ Resolución Nro. MIPRO-002-2011, proceso de investigación No. SCC-DC-0013-201:

lización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria autorización previa, siempre y cuando se cumplan todas las condiciones señaladas en el artículo 12 de la LORCPM, que son: a) Permitir participar a los consumidores y usuarios en forma equitativa de sus ventajas; b) No imponer restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y c) No posibilite eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

No obstante, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá examinar en cualquier momento estas conductas y de ser el caso imponer sanciones correctivas, preventivas y sancionatorias de ser el caso.

Al igual que en el caso anterior, las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, admiten la interposición de los recursos horizontales y verticales establecidas en la LORCPM y las contenciosas ante los jueces contenciosos administrativos. Las acciones civiles y penales derivadas de éstos ilícitos, corresponden tramitarse por cuerda separada.

La LORCPM no suspenden la vigencia y efectos de la Decisión 608, por lo que la aplicación del derecho comunitario en los casos de abuso del poder de mercado como en el de acuerdos y prácticas restrictivas, además deberán en instancia judicial someterse a la interpretación prejudicial de las normas comunitarias, que tiene aplicación directa por parte de los jueces nacionales.

2.1.4. De la acción del Estado y las ayudas públicas

La acción pública en Ecuador, por principio general es lícita incluso en los casos de establecimiento de restricciones a la competencia fijadas por razones de interés social y público, o cuando se establecen en beneficio de los consumidores. Es procedente, la acción pública, establecida 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.

Se declaran legítimas, las ayudas públicas destinadas a personas o grupos de atención prioritaria; las que de acuerdo a la ley requieran de acciones afirmativas; las que permiten la reparación de daños ocasionado por fenómenos naturales o de carácter excepcional; cuando compensen desventajas económicas de las regiones del país, cuando el caso así lo amerite o cuando exista grave situación de desempleo o subempleo; la soberanía alimentaria y el apoyo a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria o de economía popular y solidaria. (artículos. 28 y 29).

Esta disposición evidencia que la corrección económica, se da por el ajuste de conductas abusivas, como por la vía del incentivo y establecimiento de acciones afirmativas como las constituidas en pro de los emprendimientos y unidades de producción de la economía popular y solidaria.

Por lo expuesto, la ayuda pública es considerada como excepción ilegítima, solo cuando ésta, no esté contemplado en los supuestos de los artículos 28 y 29 de la LORCPM; que a más, puedan afectar la eficiencia en el mercado o perjudicar a los consumidores injustificadamente y que no tengan relación con la implementación de políticas públicas y el interés general o el modelo económico constitucionalmente definido.

Por tanto, las ayudas serían ilícitas solo cuando las mismas, no responden a la necesidad territorial y estatal de desarrollar y proteger a determinado sector; y, cuando desvirtúan la competencia de sus pares en el mercado, al beneficiar a ciertos operadores destinatarios de las ayudas frente al resto de sus competidores y sin la debida motivación y justificación.

2.1.5. Bienes jurídicos tutelares del derecho de competencia

El derecho de competencia ecuatoriano, sigue el modelo de intereses públicos⁷² tutela fundamentalmente el sistema competitivo, que es de orden público y preponderantemente el interés general de los consumidores. Su activación procede sólo cuando la actuación de los operadores económicos, puede afectar, distorsionar o impedir la libre competencia, quedando fuera aquellos actos que aunque presenten las mismas exteriorizaciones no llegar a afectar o no afecten la eficiencia económica.

2.1.6. La aplicación privada del derecho de la competencia

Los ilícitos anticompetitivos, pueden derivar en tres tipos de acciones:

- a) *Administrativas*.- En Ecuador, se tramitan por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, impugnables en jurisdicción contenciosa. Esta acción es evidentemente punitiva y correctiva. Dentro de la acción administrativa, se encuentran los compromisos de cese establecidos en capítulo VII a partir de los artículos 89 al 93 de la LORCPM.
- b) *Civiles*.- Se tramitan ante los jueces ordinarios, quienes deben conocer sobre la reparación de los derechos de los particulares afectados por actos anticompetitivos, como los daños y perjuicios ocasionados a los operadores económicos afectados por el ilícito de competencia, en los términos del artículo 71 de la LORCPM; y,
- c) *Penales*.- Cuando los supuestos anticompetitivos, pueden constituir supuestos de ilícitos penales, y deben ser remitidos a la Fiscalía, conforme lo establece el artículo 72 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

De las tres, la aplicación privada del derecho de competencia se mide en relación a los efectos civiles devenidos por el cometimiento de las infracciones anticompetitivas,

⁷² ORTIZ BLANCO, Ingrid, “La aplicación privada del derecho de competencia”, Editorial la Ley, Madrid, 2011. p. 51 y 52

especialmente los de nulidad contractual y el de responsabilidad civil⁷³, que dependiendo del sistema jurídico de regulación de actos anticompetitivos, se norma el derecho subjetivo así como el adjetivo que fija el ejercicio de las acciones privadas por la infracción de las normas de competencia⁷⁴.

Ingrid Ortiz Baquero, al tratar el tema, señala que existen dos sistemas de regulación de defensa de la competencia. El primero, el *private enforcement*⁷⁵ 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 público⁷⁶, 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”,⁷⁷ incluso cuando no exista riesgo de daño o daño causado a otros operadores, en cautela del interés general⁷⁸.

Por tanto, “dependiendo del bien jurídico tutelar protegido y el objetivo que se persigue con la aplicación de las normas de libre competencia (protección del interés público o protección de los intereses privados), la doctrina defiende uno u otro modelo.”⁷⁹

Bajo el sistema de *private enforcement*, un objetivo prioritario es la intervención judicial iniciada por petición privada, para conseguir una oportuna y adecuada protección de los intereses de los particulares que han sido afectados personal y patrimonialmente por

73 Ibidem, p. 40

74 Ibidem, p. 38 y 39. La autora señala que las diferencias trazadas entre el “modelo público” y el sistema del *private enforcement* responden a diversos criterios, entre otros, la naturaleza jurídica de la autoridad que tiene competencias para aplicar dicha normativa, los intereses que con carácter prioritario atienden dichas autoridades, las finalidades con las que ellas desarrollan sus funciones y, desde luego, los procedimientos y las potestades de las que disponen. Así, en efecto, desde una perspectiva estrictamente teórica establece varias diferencias entre los dos sistemas.

75 Ibidem, 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”.

76 Ibidem, p. 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. Y por último 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”.

77 Ibidem, p. 38 y 39.

78 Ibidem, p. 54 a 56.

79 Ibidem, p. 54 y 55

conductas anticompetitivas”⁸⁰. En el modelo público, la intervención de la autoridad administrativa de competencia se inicia para la determinación previa del ilícito anticompetitivo en procura de la protección del interés público y del restablecimiento de las condiciones de libre concurrencia, imponiendo sanciones de orden administrativo, pero no de responsabilidad ni de reparación frente a las particulares afectados por esta ilicitud. Lo que acarrea una ineficacia en la implementación de correctivos que miren tanto a la protección de los intereses públicos como a los privados, y a una doble función de inhibición de conductas de ilicitud anticompetencial.

En este contexto, 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 de los intereses cobijados por el otro”⁸¹, 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”.⁸² 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 entidades de competencia.⁸³

Por ello, aboga por la implementación del sistema mixto, señalando que 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 privado⁸⁴. “La reciente incorporación legal del sistema *private enforcement*, a nivel europeo, cuya defensa ha sido planteada desde las instancias comunitarias”⁸⁵, sugiere que el sistema mixto, 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.⁸⁶

En este contexto, Ecuador sigue el modelo público, priorizando la acción administrativa sancionadora antes que la reparatoria y, la protección preponderante de los consumidores, aunque tiene la capacidad del establecimiento del cese o corrección de medidas. El artículo 71 de la LORCPM, señala que 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, en el plazo de 5 años desde la emisión del acto sancionatorio de competencia.

Esta norma, incluso en el modelo público, resulta insuficiente para efectos de entender y canalizar la independencia de las acciones civiles con las administrativas y, la aplicación privada en protección de los derechos de los operadores afectados por ilícitos

80 *Ibidem*, p. 52 a 54.

81 *Ibidem*, p. 58.

82 *Ibidem*, p. 58.

83 *Ibidem*, p. 58 a 64.

84 *Ibidem*, p. 40 y 41

85 *Ibidem*, p. 60

86 *Ibidem*, p. 58 a 64.

anticompetitivos para la reparación del daño. Su limitada redacción, pretende 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; volviendo 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.

Al respecto, es importante señalar que debe valorarse la pertinencia de incluir en nuestro sistema de defensa de la competencia las reformas necesarias para buscar la complementariedad del sistema mixto. Sin embargo y hasta que esto tenga un feliz y oportuno desarrollo, cabe recordar que en nuestro sistema de 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, revertidos en los efectos civiles derivados de la infracción de este tipo de normas, puede analizarse en nuestro derecho, 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 Merado, se prosigan las acciones civiles derivadas de los ilícitos anticompetitivos, pues es claro que el incumplimiento de las normas de libre competencia son fuente de sanción administrativa y/o penal, dependiendo del caso, pero también de responsabilidad civil, “en donde quién causa daño debe repararlo”⁸⁷.

En apoyo de las normas especiales de competencia, el Código Civil, norma supletoria en la materia por disposición general primera de la LORCPM, establece que son fuente de responsabilidad civil los delitos y cuasidelitos civiles, que darán lugar a las acciones no sólo de daños y perjuicios sino de daño moral. Por tanto, y en consideración a lo expuesto, la aplicación privada del derecho de competencia conlleva efectos civiles de reparación del daño moral y los daños y perjuicios causados, que deben ser resueltos indistintamente por el juez de lo civil.

Conforme las normas del COGEP, a partir de mayo de 2016, las acciones de declaratoria del daño moral y de los daños y perjuicios se deberán ventilar según el procedimiento ordinario. La cuantificación de los daños y perjuicios, que hoy se tramita en la vía verbal sumaria, deberán tramitarse en la vía sumaria, conforme el literal 1 del artículo 332, en correlación con la Primera Disposición Reformatoria del COGEP.

2.2. La Regulación contra la competencia desleal

La competencia desleal sanciona los actos deshonesto de operadores económicos, sin importar si éstos superan o no la regla del *minimis*, o si el volumen de ventas podría o no afectar el mercado relevante donde se realiza la deslealtad. Basta determinar si un acto es desleal, esto es, si está incurso dentro de los criterios delimitadores de

87 *Ibidem*, p. 159

deslealtad establecidos en los diferentes momentos modelos que lo regulan, para que se activen las acciones.

La competencia desleal, en su desarrollo presenta tres momentos de evolución que son:

1. Modelo del período paleoliberal;
2. Modelo profesional o corporativo; y,
3. Modelo social.

El *modelo del período paleoliberal*, aparece en la segunda mitad del siglo XVIII. Responde a necesidades derivadas de la revolución industrial y la ideología liberal decimonónica para proteger derechos de propiedad industrial de los empresarios por el daño efectivamente realizado con dolo o culpa, estableciéndose la culpabilidad para estimar las pretensiones ejercidas frente a la deslealtad.⁸⁸

El *modelo profesional o corporativo*, surge luego de la revisión del Convenio de París, en la Haya, (noviembre de 1925), con una cláusula general prohibitiva contra la deslealtad, fijando como límite de contrariedad la desviación de los “usos honestos en materia comercial e industrial”⁸⁹ (usos y costumbres mercantiles), medida en función de la violación o no de la buena fe subjetiva. Su protección se finca en los intereses particulares de los competidores afectados o posiblemente afectados por la deslealtad, superando la exigencia de demostración de la “culpa y dolo” del empresario desleal, pues en este momento, “se concibe que no es necesario que la conducta sea dolosa o culpable para que acontezca la deslealtad. Probada la antijuridicidad del acto, se configura el ilícito, sin que sea necesario juzgar la intencionalidad del autor”⁹⁰.

La acción de cesación o prohibición de la deslealtad, se plantea ante el riesgo de afectación de los derechos del competidor, superando con ello la limitación que supone la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual, debido a su “vinculación directa al elemento del daño”, “es decir, la necesidad de que exista un daño concreto para que pueda activarse la protección legal”⁹¹.

El bien jurídico tutelar sigue siendo el derecho privado del competidor o empresario frente al desvío desleal o daño en su clientela. De ésta protección deviene el nombre de modelo profesional o corporativista⁹².

Indirectamente protege al consumidor tanto en cuanto exista el riesgo de que éste pueda ser desviado o engañado por un empresario deshonesto, pero no percibe la protección de éste como operador o agente económico de vital importancia en el sistema competitivo de mercado.

88 GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo, *Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor*, Lexis Nexis Argentina S.A., Buenos Aires, 2004, p. 10 y 11.

89 *Ibidem*, p. 13 a 15.

90 *Ibidem*, p.13 a 15.

91 *Ibidem*, p.13 a 15.

92 *Ibidem*, p. 14.

En este modelo la competencia desleal, se regula escuetamente como un acápite de la propiedad intelectual. Se la confunde como parte de ella y, no se establece claramente sus diferencias conceptuales, ni la función tutelar diferenciada que tienen.

En el *modelo social*, se desplaza el término empresario por operador económico, que incluye a los competidores y consumidores. Amplía la protección a los sujetos pasivos de intervención de la deslealtad. Vincula la protección de los consumidores al sistema competitivo, entendiéndolo, como parte importante del tráfico económico. Su fin tutelar preponderante son los derechos privados y particulares de los operadores económicos y las actuaciones correctas del mercado.

La diversidad y mixtura de los bienes jurídicos tutelados en éste modelo, evidencia la evolución y especialidad de la competencia desleal, donde la competencia desleal, mantiene para Bercovitz, su denominación, “por *inercia histórica*; porque por medio de esta regulación no sólo se reprime la competencia desleal en sentido estricto, sino que se imponen normas de actuación correcta a todos los que participan en el mercado ofreciendo bienes y servicios. Podría decirse que de la protección contra la competencia desleal se ha pasado a la protección contra las actuaciones incorrectas en el mercado”⁹³. “...La prohibición de competencia desleal ha pasado a ser la prohibición de actuar incorrectamente en el mercado. A la exigencia de competencia leal ha sucedido la vigencia del principio de corrección en el tráfico económico”⁹⁴.

En el modelo social, el criterio delimitador es la buena fe objetiva. Conserva la activación preventiva frente al daño. Desplaza el término empresario por el de operador económico y amplía su protección jurídica a competidores como a consumidores, vinculando su protección al sistema competitivo y la actuación correcta dentro de él. Sanciona todo acto deshonesto de mercado, sin importar su magnitud y afectación económica. Tutela derechos privados y particulares de los operadores del tráfico económico, así mismo, el interés general de corrección del tráfico económico.

En este modelo la regulación contra 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 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 agravados⁹⁵, cuyo efecto económico en el mercado relevante, supera los umbrales económicos (medidos a través de la regla del *minimis*) y cuando el

93 BERCOVITZ, Alberto, *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*, Madrid, Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, p. 22.

94 *Ibidem*, p. 22.

95 Esta 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

acto concurrencial pueda afectar estructuralmente al modelo económico. Se distancian por su diferente ámbito material, bienes jurídicos tutelares, contenido, alcance, y acciones.

En el modelo social, los actos desleales pueden clasificarse⁹⁶ considerando dos variables: el origen del ilícito desleal y los intereses afectados.⁹⁷

Por el origen, pueden dividirse en:

- a) Actos desleales derivados de la violación de los derechos de propiedad intelectual; y
- b) Actos desleales derivados de la violación de otros derechos diferentes a los de propiedad intelectual.

(Esta clasificación no excluye que el acto, pueda a su vez ser también simple o agravado en función de su afectación.

*Por los intereses afectados*⁹⁸, pueden ser:

- a) Actos Desleales Simples; y
- b) Actos desleales agravados.

Los actos desleales que nacen de la violación de derechos de propiedad intelectual.— Son sancionados en forma directa por normas de propiedad intelectual. En este caso, ambas disciplinas (propiedad intelectual y competencia desleal) deben ser aplicadas complementariamente, es decir, activándose primero el derecho de propiedad intelectual sobre el de competencia desleal.⁹⁹ Sólo si estos actos pueden afectar la estructura del sistema competitivo y los derechos tutelados por la defensa de la competencia, una vez protegido el derecho del particular afectado por la deslealtad, corresponde remitir a

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 GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo, citado por Alvear Patricia, en Capítulo II, Competencia Desleal, en la obra: Derecho de Corrección Económica: Ob. cit., 2012.

96 GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo, *Competencia Desleal*, ob. cit, p. 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.

97 ALVEAR, Patricia, GÓMEZ DE LA TORRE, Blanca, *Derecho de Corrección Económica*, ob. cit. p 97.

98 Ibidem. p. 97.

99 GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo *Competencia Desleal*, ob. cit. p. 33 y 34.

la autoridad de competencia, para conocimiento, investigación y sanción del ilícito competencial que podría ser concurrente pero no excluyente.

Los Actos desleales derivados de la violación de derechos diferentes a los de propiedad intelectual.- La deslealtad, por la variedad de maneras y formas en las que se presenta, abarca todo comportamiento o práctica incorrecta o abusiva de mercado, cualquiera que fuere su forma de manifestación y que objetivamente perjudique o pueda perjudicar a los concurrentes a él.

Este grupo incluye de manera ejemplifica entre otros supuestos de deslealtad, la discriminación al consumidor la inducción a la infracción contractual; la violación de normas; la venta a pérdida; la publicidad desleal, la inducción a la compra de la clientela mediante falsedades u omisiones de una presentación que induce a error; la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas; la omisión de verdades sobre las características de las prestaciones que se ofrecen; la venta con obsequios, primas, regalos o supuestos análogos; las conductas comerciales agresivas, entre otros, que constituyen supuestos concretos y ejemplificativos de deslealtad que van más allá de la afectación de los derechos monopólicos que protege la propiedad intelectual.¹⁰⁰

Los Actos Desleales Simples.- Son aquellos que por su mínima o insignificante incidencia económica en el mercado relevante, no pueden incidir en la eficiencia estructural del mercado, ni en el interés de los consumidores, que son de orden público. Solo afecta o puede afectar intereses particulares de los operadores económicos. Tienen un coste individual y no social.

Los Actos Desleales Agravados.- Son los que al margen de su exteriorización o instrumentación, por su gravedad económica pueden afectar o afectan derechos de orden público como el sistema competitivo y el interés general de los consumidores. Supera la afectación de los derechos privados de los particulares. Tiene un costo; y daño individual y social. Solo los actos desleales agravados deben ser remitidos a la autoridad de competencia, manteniendo la activación dual de los derechos.

La competencia desleal en el modelo social prohíbe toda forma de deslealtad y tipifica las exteriorizaciones consideradas en esta clasificación, para mejorar la activación de las acciones en cada caso. Debe sancionar la deslealtad sin importar su origen o afectación. Por ello, no debe limitarse a la prohibición de la publicidad desleal, abusiva o engañosa o a la defensa del consumidor (como 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 hace la ley ecuatoriana). Debe fundamentarse en

¹⁰⁰ En este grupo debe incluirse el abuso de dependencia económica como supuesto de competencia desleal y no como un acto anticompetitivo y una forma de exteriorización solo de abuso de posición de mercado, como se regula en Ecuador, pues esto forma de tipificar el abuso de dependencia económica, únicamente sanciona las exteriorizaciones que afectan la libre competencia dejando en la impunidad aquellos actos de abuso de dependencia económica que se da entre operadores, cuya actividad afecta solo intereses de particulares que por su magnitud no superen la regla del mínimos, y sean actos de competencia desleal, como sí lo regulaba la legislación Española.

una cláusula general prohibitiva de deslealtad, y entre sus exteriorizaciones debe incluirse todos los clasificados, entre los que está el ilícito de dependencia económica, que por su afectación pueden ser simple o agravado.

2.2.1. La competencia desleal en la legislación ecuatoriana

Se regula en la LORCPM, y por medio de la Decisión 486 de la Comisión Andina de Naciones, esta última que no supera el modelo corporativista de deslealtad. La LORCPM, a partir de octubre de 2011, la regla en la Sección 5 de su capítulo II; y se trata también en la sección 3 del Capítulo II de su Reglamento de Aplicación, rompiendo la armonía con la legislación comunitaria y subsumiéndola errada y desafortunadamente dentro de las normas de competencia.

La “LORCPM”, como su Reglamento, mezclan y confunden las acciones de activación propias de la competencia desleal con las de competencia, desconociendo que estas dos disciplinas tienen complementariedad sólo frente a los actos desleales agravados y que son diferentes por su objeto, intereses jurídicos tutelares, ámbito de aplicación y mecanismos de protección del derecho afectado. Tampoco diferencian ni clasifican los actos desleales en función de su origen y afectación. 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. No regulan los actos desleales simples que nacen de la violación de derechos diferentes a los de propiedad intelectual y, desactivan la acción preventiva de aquellos derivados de la violación de la propiedad intelectual¹⁰¹, dejando en indefensión por esta vía, a los operadores económicos víctimas de actos desleales abusivos cuya incidencia económica es inexistente o mínima estructuralmente hablando.

Por lo expuesto, las normas de deslealtad deben ajustarse al modelo social. Ampliar su protección a todos los operadores económicos afectados por la deslealtad, mediante supuestos como el de dependencia económica, en extensión de la institución jurídica abuso del derecho, y verificar sus mecanismos procesales de protección contra la desleal.¹⁰²

101 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 este dictamen 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.*

102 Ley 31/1991, de 10 de Enero de Competencia Desleal, actualizada a diciembre de 2009. Artículo 32.- “las acciones contra la competencia desleal, son “1º Acción declarativa de la deslealtad; 2º Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Así mismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica; 3º Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; 4º Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; 5º Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente; y, 6º Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

2.2.2. Análisis de las normas de competencia desleal, establecidas en la Decisión 486 de la CAN

Cuando un caso regulado por leyes ecuatorianas tenga relación con normas comunitarias obliga a la interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia. Es el caso de la Decisión 486 de la CAN, que regula la competencia desleal acorde al modelo corporativista, fijando como eje delimitador de la deslealtad la contradicción a los usos y costumbres mercantiles (criterio subjetivo) y, carecen de un sistema autónomo de protección especial contra la deslealtad, como se lo hace en el modelo social.

Su estructura normativa por tanto, carece de la delimitación del acto desleal desde la buena fe objetiva. Refiere pero no delimita con claridad y a detalle la cláusula general prohibitiva ni los supuestos ejemplificativos de deslealtad, careciendo de un andamiaje normativo propio que articule un sistema de protección especial contra la deslealtad como lo hace el modelo social.

Para superar las falencias conceptuales y legislativas de la Decisión 486, debe observarse que desde el objeto, función y ámbito material de protección de las normas de propiedad intelectual, no se puede afrontar ni resolverse adecuadamente todos los problemas de deslealtad. Por tanto, procede diseñar un nuevo normativo comunitario que regule desde la especificidad y autonomía disciplinar la competencia desleal, acorde al modelo social.

A pesar de las falencias de la Decisión 486 de la CAN, ésta por vía de derecho derivado y como norma supranacional, está en vigencia en Ecuador, tanto para los asuntos de propiedad intelectual cuanto para competencia desleal.

Por ello, preocupa que a *contrario sensu* de lo que pasa en la Decisión 486, en Ecuador, se haya subsumido las normas de deslealtad dentro de las de competencia, sin observar las características propias de la deslealtad diferentes en cada modelo de regulación, lo que incide en la activación efectiva del derecho y en contradicción de los bienes tutelares y los criterios delimitadores de la deslealtad en cada caso.

La ley interna se distancia de la norma comunitaria y, además no establece claramente el objeto de la competencia desleal, su ámbito material ni los bienes jurídicos tutelados. Tampoco refiere aquellos actos desleales que nacen de la violación de derechos diferentes a los de propiedad intelectual que por su insignificante afectación económica no pueden afectar la eficiencia del mercado ni el interés de los consumidores, es decir aquellos que no llegan a los umbrales de la regla del *minimis*. Por tanto, no solo que regula indebidamente la deslealtad, y vuelve ineficiente las acciones procesales en su contra, sino además, deja en la impunidad algunos supuestos de deslealtad.

La LORCPM olvidó que la regulación contra la competencia desleal debe hacérselo, entiendo, esta institución jurídica autónoma, que busca proteger fundamentalmente el interés particular de los operados económicos y de forma subyacente el interés general

y, que sólo los actos desleales agravados deben ser abordados en forma complementaria por la defensa de la competencia.

La legislación ecuatoriana no consideró que los actos desleales agravados, son el único supuesto, que deben ser afrontados en forma complementaria con la Autoridad de competencia, la que no debe ni puede conocer todos los actos de competencia desleal simples, por cuanto y como la doctrina establece: "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"¹⁰³.

La activación jurídica de los actos desleales simples en la LORCPM, se subsume y confunde con los actos desleales agravados, perdiendo así la efectiva protección que se busca contra cada uno de los supuestos de deslealtad, impidiendo la protección dual que debe tener su protección jurídica y acrecentando las diferencias de los supuestos de deslealtad del modelo interno con el comunitario.

En consecuencia, la norma ecuatoriana, no sólo que no consideró la evolución misma y autonomía disciplinar de la institución jurídica competencia desleal sino, además, no reparó en la dicotomía que puede darse al momento de la interpretación prejudicial de las normas de competencia desleal, establecida en la Decisión 486 de la CAN, del que se distancia la ley interna ecuatoriana que pretende asumir el modelo social, sin llegar a hacerlo.

Las diferencias entre la legislación comunitaria, que es de obligatoriedad cumplimiento, seguramente conllevará a muchos problemas al momento de la aplicación de la norma interna y posiblemente a la impunidad de algunos actos de deslealtad, por la contrariedad de los criterios delimitadores de deslealtad, como por los bienes jurídicos tutelares, entre otros. En prevención de lo expuesto, es importante considerar los correctivos normativos necesarios.

2.2.3. Acciones y procedimientos derivados de los actos de competencia desleal

En Ecuador, hasta la promulgación de la LORCPM, se reguló la competencia desleal dentro de la Ley de Propiedad Intelectual, estableciendo como acciones contra ella, las medidas preventivas o cautelares, las acciones de tutela administrativa y el inicio de acciones ante el Tribunal Contencioso Administrativo, que de acuerdo a la disposición transitoria décima de ésta ley, es el órgano competente para conocer de asuntos de propiedad intelectual, dentro de los cuales se encontraban los actos de competencia desleal.

La actual legislación ecuatoriana, carece de claridad en el establecimiento de las acciones que pueden ejercitarse contra los actos de competencia desleal, como lo hace el

103 GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo, *competencia desleal, actos de desorganización del competidor*, LexisNexis Argentina S.A., 2004, p. 24.

artículo 32 de la ley de Regulación contra la competencia desleal española, que establece desde la acción declarativa hasta la de enriquecimiento injusto, remarcando la actuación judicial en forma importante y prioritaria.¹⁰⁴

La LORCPM, y su Reglamento de Aplicación, por la confusión de las normas de competencia desleal con las de competencia, si bien establecen las acciones y procedimientos fundamentalmente administrativos contra las actuaciones desleales juzgan y sancionan los actos desleales agravados, y los que nacen de la violación de los derechos de propiedad intelectual; sin embargo, lo hacen desde la visión del interés público y no del privado, que 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 reformar la normativa contra la deslealtad y promulgar una ley autónoma, que respetando su especialidad, permita investigar, juzgar y sancionar de forma adecuada la deslealtad con los criterios propios de ésta disciplina que dista de la óptica dada en la LORCPM, y su Reglamento de aplicación

2.2.4. Derecho de daños en los supuestos de deslealtad

La deslealtad puede acarrear la reparación de daños causados a terceros. En este caso, es aplicable el principio de responsabilidad civil que deviene de obligaciones contractuales y extracontractuales, de las que emana la obligación de indemnización¹⁰⁵ y reparación a la persona natural o jurídica agraviada, mediante una imposición sancionatoria legal que obliga a una compensación, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere existir en virtud del ilícito.

La acción indemnizatoria debe entenderse desde la óptica de la reparación y reposición del afectado. Esto incluye que en el ámbito del derecho de corrección económica, la

104 Artículo 32, Ley 31/1991, de 10 de Enero de Competencia Desleal, actualizada a diciembre de 2009. "las acciones contra la competencia desleal, son "1º Acción declarativa de la deslealtad; 2º Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Así mismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica; 3º Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; 4º Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; 5º Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente; y, 6º Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

105 STORDEUAR, Eduardo (h), *Análisis Económico del Derecho, Una Introducción*. ob. cit. p. 203.

reparación debe cubrir el costo particular y el social, por los altos costos de transacción que pueda darse por los actos de deslealtad, donde la reparación frente a éste ilícito, debe darse por reposición de la externalidad negativa que causa afectación o daño a un operador económico, sin importar el dolo o culpa del agraviador e indistintamente de la afectación económica que pueda darse o se dé a la sección de mercado en que se desenvuelve el operador económico afectado.

Por vía administrativa, en Ecuador, no es posible la reparación de daños de competidores, proveedores, y distribuidores afectados por actos de deslealtad. La LORCPM en el artículo 25, señala que el acto de competencia desleal, se asume como un cuasidelito civil, y en el artículo 71 de la LORCPM deja a salvo las acciones civiles una vez emitida la resolución sancionatoria por parte de la autoridad administrativa de competencia. Por ello, corresponde volver al derecho civil que regula entre otros el cuasidelito civil, en virtud del cual y, sin que medie prejudicialidad, por la sola negligencia del sujeto activo del cuasidelito civil, procede en vía ordinaria pretender la indemnización de los daños y perjuicios y del daño moral ocasionado y en la verbal sumaria (posterior sumaria en el COGEP), la cuantificación de ésta reparación.

En este contexto, la aplicación privada del derecho de competencia desleal, deriva al igual que en caso del derecho de competencia, en efectos civiles que deben ser resueltos por los principios generales e instituciones del derecho civil, ya señalados en el punto 2.1.6. de este trabajo, con las obvias diferencias en la activación misma del derecho.

Las acciones privadas por deslealtad en la LORCPM, nos remite a las reglas y mecanismos establecidos en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil, al momento y, a partir de mayo de 2016, a las normas procesales del COGEP, y a la nueva vía ordinaria y sumaria en forma similar que en el caso de la aplicación privada del derecho de la competencia ya analizados.

Respecto de la acción penal la LORPCPM, señala que esta procederá, sin perjuicio de las acciones administrativas y civiles, debiendo remitir a la Fiscalía, conforme lo establecido en el artículo 72 de la LORCPM, cuando la Superintendencia de Control del Poder de Mercado encontrare indicios de responsabilidad penal.

La regulación contra la competencia desleal, debe seguir las líneas del modelo social, como si lo hacen otras legislaciones, que en forma clara señalan las acciones judiciales incluso de orden preventiva, que tienen como pilar fundamental la protección de los intereses de los particulares y subsidiariamente la del interés público. Siendo la instancia administrativa, aplicada solo en caso de los actos de competencia desleal agravada, y una vez protegidos los intereses de los particulares, en atención al bien jurídico tutelar que debe regir esta nueva disciplina.

Por lo expuesto, al no existir en Ecuador, un cuerpo jurídico que regule específicamente la aplicación privada del derecho contra la competencia desleal en la forma referida, debe buscarse la protección de los derechos de los particulares, en la vía del derecho civil conforme lo señalado en este artículo.

3. Conclusiones

A lo largo del presente artículo, se propone el análisis de la categoría conceptual derecho de corrección económica, a partir de la cual, se analiza la extensión de la institución del abuso del derecho al derecho de corrección económica, y las instituciones jurídicas defensa de la competencia y competencia desleal.

En este contexto, partiendo de las definiciones conceptuales del derecho de competencia y el de competencia desleal, como de sus importantes diferencias, se fundamenta la necesidad de considerar seriamente la reforma de la LORCPM, especialmente en lo atinente a la regulación contra la competencia desleal, para dotarle a esta herramienta jurídica, de una necesaria autonomía disciplinar, aportando a la superación de falencias normativas presentadas en la ley ecuatoriana, que erradamente subsume a la competencia desleal dentro de la defensa de la competencia.

Respecto de las acciones privadas del derecho de competencia y de la competencia desleal, este artículo repasa los bienes jurídicos tutelares que deben primar en cada caso. Llegando a la conclusión de que es importante construir mecanismos jurídicos más eficientes de reparación por el costo individual y social que puedan acarrear y acarren tanto los actos anticompetitivos como los de deslealtad, mediante la concurrencia de procedimientos judiciales y administrativos más eficientes como concurrentes, que viabilicen más eficientemente las acciones en protección de intereses diversos tanto públicos como privados, con inmediatez y celeridad.

Bibliografía

Gherzi, Carlos, *Cuantificación Económica, Valor de la vida humana*, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, 2008, Buenos Aires, Argentina.

Gherzi, Carlos, *Cuantificación Económica, Daño moral y psicológico. Daño a la psiquis*, 3ª edición, analizada y ampliada, Astrea, 2006, Buenos Aires, Argentina.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia /1*, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, 2005.

García Menéndez, Sebastián Alfredo, “*Competencia desleal, Actos de desorganización del competidor*”, LexisNexis Argentina S.A., 2004.

Alvear Peña, Patricia y Gomez 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.

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.

Storneu, (h) Guillermo, *Análisis Económico del Derecho, Una Introducción*, AbeledoPerrot, Buenos Aires Argentina 2011.

Velandia, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá, Externado de Colombia, 2008.

Viera González, Vicente, Vicente Mambrilla Rivera y otros. *Distribución comercial y derecho de la competencia*. Madrid, Editorial La Ley, 2011.

Gonzalez Nieves, Isabel, *Estudios de Derecho y Economía*. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2008.

Bercovitz Alberto, Rodríguez-Cano, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Editorial ARANZADI, 2da edición, España, 2001. Apuntes de Derecho Mercantil, 2001.

Cobas, Manuel y otros. *Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2007.

Rincón, Alexander; *La ponderación y el Análisis Económico del Derecho integrados*. Medellín Colombia, 2013.

Rengifo García, Ernesto, “*Del Abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*,” Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 2009.

Krause, Martin. *E. Economía, Instituciones y Políticas Públicas, La Ley*, primera edición 2011, Buenos Aires, Argentina.

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.

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.

Rodríguez Yong, Camilo Andres, *Una aproximación a las cláusulas abusiva*, Universidad Del Rosario, Legis, Bogotá Colombia, 2013.

Troya, José Vicente y otros, *Estudios de Derecho Económico*, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito Ecuador, 1998.

Leyes:

- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento General de Aplicación.
- Decisión 608, 616 y 486 de la Comunidad Andina de Naciones.
- Ediciones Legales. Sistema Informático Legal. Area Comerical.
- Regulación contra la Competencia Desleal española.
- Ley de defensa de la competencia.
- 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.
- Código Orgánico General de Procesos, COGEP.
- Código Civil, Libro IV.



**El procedimiento administrativo
sancionador en el marco de la Ley
Orgánica de Regulación y Control del
Poder de Mercado**

Pablo Tinajero Delgado

Sumario:

1. Introducción; 2. Proceso y procedimiento administrativo; 3. Los principios generales del procedimiento administrativo; 4. El sistema propuesto por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; 5. El procedimiento establecido en el Reglamento de Aplicación de la Ley; 6. Análisis del sistema legal y reglamentario; 7. Conclusiones

Resumen:

Entre los cambios propuestos por la Constitución de 2008, tenemos el sistema de control del poder de mercado, para lo cual se creó la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. A fin de ejercer ese control del poder de mercado, se requiere de procedimientos administrativos, los mismos que, si bien responden a una situación muy específica, no es menos cierto que deben respetar los principios generales del procedimiento administrativo. En este contexto, el presente estudio está dirigido a analizar si los procedimientos administrativos establecidos en la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado y su Reglamento de Aplicación, se enmarcan dentro de los conceptos doctrinarios o, en su defecto, si es necesario realizar reformas a fin de ajustar el sistema procesal a los conceptos de la ciencia jurídica.

1. Introducción

El presente estudio está enfocado a brindar algunos elementos para el análisis del procedimiento administrativo sancionador adoptado por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento de Aplicación, para cuyo efecto partiré por un breve concepto de lo que en doctrina se conoce como “*procedimiento administrativo*” y los principios que informan a este procedimiento, para luego realizar una breve reseña del procedimiento previsto en la Ley y su Reglamento, prescindiendo de otros reglamentos expedidos por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que regulan igualmente procedimientos administrativos, pero que, por razones de tiempo y espacio, no es posible analizarlos en el presente trabajo. Probablemente, alguna de mis afirmaciones puedan causar polémica, no es mi intención ocasionarla, sino por el contrario, proponer, si ustedes me permiten, algunos criterios de reflexión para los estudiosos de esta interesante y novedosa materia que es el Derecho de Corrección Económica.

2. Proceso y procedimiento administrativo

El prestigioso profesor José Vicente Troya Jaramillo¹, nos dice: “3.2. Los procedimientos administrativos, al igual que los actos administrativos, son instrumentos de la administración tributaria para la debida aplicación de los tributos. La naturaleza de los procedimientos administrativos no difiere de la que es propia de los actos administrativos.” Por su parte, el profesor argentino Juan Carlos Cassagne² nos dice: “El control que se desarrolla en el ámbito de la Administración Pública asume distintas modalidades pero en todos los casos se realiza a través del procedimiento administrativo, es decir, a través de una serie de actos orientados a la realización del control de legitimidad y de oportunidad, mérito o conveniencia y que sirven, al propio tiempo, de garantía de los administrados. El procedimiento administrativo constituye de ese modo, aun en los supuestos del mero procedimiento de formación de los actos administrativos que no implican la sustanciación de recursos, un instrumento de control de legitimidad (lo que incluye legalidad y razonabilidad o justicia) y del acierto de los actos en relación al interés público o bien común que es el fin que la Administración persigue (control de oportunidad, mérito o conveniencia).”

Los conceptos citados en el párrafo anterior, nos permiten afirmar, sin temor a duda alguna, que el procedimiento administrativo se distingue del proceso judicial, fundamentalmente, en cuanto a que el primero, esto es, el procedimiento administrativo, está orientado, como se dijo, a la satisfacción de un interés público a través de la expedición de un acto administrativo que termina siendo el resultado o la consecuencia de la sustanciación de un procedimiento administrativo; mientras que el proceso judicial tiene como objeto la protección del derecho subjetivo mediante la aplicación del derecho objetivo y en su

1 TROYA JARAMILLO José V., *Manual de Derecho Tributario*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014, p.s 223 y 224

2 CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Quinta edición actualizada, 1996, Tomo II, p. 303.

regulación debe tenerse en cuenta tanto el interés privado de los litigantes, como el interés público en el mantenimiento del orden jurídico. En un breve trabajo anterior, publicado en el Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia No. 16, correspondiente a los meses de marzo-abril de este año, me permití hacer unas breves diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, las mismas que ahora las reproduzco en forma resumida y que son:

- a) En cuanto al inicio, el proceso comienza con la presentación de la demanda, mientras que el procedimiento administrativo inicia con la expedición de un acto de la administración expedido de oficio o a instancia de un interesado;
- b) El proceso es riguroso y formal, mientras que el procedimiento administrativo es riguroso y formal para la administración, pero el administrado goza del principio de informalismo a su favor;
- c) En el proceso, rige el principio dispositivo, según el cual todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y los jueces resolverán de acuerdo a lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley (artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial), mientras que en el procedimiento administrativo el acto administrativo se expide procurando siempre la satisfacción de un interés público, por lo que busca la “verdad real”, por lo tanto, rige el principio de oficiosidad (artículo 116 del Código Orgánico de la Función Judicial), por lo que se pueden actuar pruebas de oficio;
- d) En el proceso existe un órgano jurisdiccional que está sobre las partes, quienes a su vez están en “*igualdad de armas*”; mientras que en el procedimiento administrativo no existen partes. El órgano administrativo (sujeto activo) actúa por sobre los interesados (sujetos pasivos) en procura de satisfacer siempre un interés público;
- e) El proceso termina normalmente con la expedición de una sentencia; mientras que el procedimiento administrativo concluye normalmente con la expedición de un acto administrativo (que dada la enorme variedad de competencias que tiene la administración pública, son muy variados y de distintas materias);
- f) En el proceso, la sentencia es susceptible de recursos en sede jurisdiccional; mientras que los actos administrativos pueden ser impugnados, ya sea por la vía de recursos en sede administrativa, o a través de la impugnación en sede contencioso administrativa; y,
- g) En el proceso, cabe el desistimiento de acuerdo con la ley; mientras que en el procedimiento administrativo cabe el desistimiento del interesado, sin perjuicio de que continúe el trámite de oficio, en virtud de que, como ya se dijo, procura siempre la satisfacción de un interés público, no sometido a la voluntad del particular o interesado.

El antes citado profesor Cassagne agrega las siguientes diferencias: el proceso judicial se encuentra basado en el principio de preclusión, según el cual, una vez cumplidas las etapas no pueden reabrirse ni por el juez ni por las partes. En el procedimiento administrativo ello no ocurre, admitiéndose el informalismo como criterio rector en la sustanciación de los procedimientos administrativos. Por otro lado, en el proceso judicial, la cosa juzgada (material y formal) le atribuye a la sentencia una inmutabilidad prácticamente absoluta, mientras que en el procedimiento administrativo ello no acontece como regla general, pues la decisión final puede ser revocada en virtud del principio de oportunidad, a favor o en contra del administrado.

Por su parte, Manuel María Díez³, respecto de las diferencias entre proceso y procedimiento, nos dice: “El proceso y el procedimiento tienen de común que ambos son una serie o sucesión de actos convenidos, pero mientras que en el proceso esta serie de actos se desenvuelve ante un tercero independiente e imparcial que está por encima de las partes y termina en un acto judicial, en una sentencia que tiene la fuerza de verdad legal, en el procedimiento, la serie o sucesión de actos coordinados termina en un acto administrativo, en una decisión de autoridad administrativa, que no tiene por supuesto el carácter de cosa juzgada. Por ello se ha llegado a decir que todo proceso comporta un procedimiento pero, en cambio, no todo procedimiento implica o comporta un proceso.”

Estas son, como dije, algunas de las diferencias que a groso modo podemos señalar entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo. En las páginas siguientes haré una breve reseña de los principios que informan al procedimiento administrativo, así como del procedimiento administrativo sancionador recogido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento de Aplicación.

3. Los principios generales del procedimiento administrativo

Díez y Cassagne concuerdan en señalar que el procedimiento administrativo (cualquiera que éste fuera), debe tener en cuenta varios principios fundamentales, entre los que señalamos: el de legitimidad (o legalidad objetiva), el de verdad material, el de oficialidad, el de informalismo a favor del administrado, el de igualdad y el debido proceso.

El *principio de legitimidad (o legalidad objetiva)* constituye la piedra angular de todo procedimiento administrativo, y tiende no solo a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a la tutela de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en las actuaciones administrativas.

El *principio de verdad material* igualmente aporta con uno de los elementos diferenciadores más determinantes con relación al proceso judicial, donde el juez limita sus actuaciones a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, siendo ellas el único fundamento de la sentencia. En el procedimiento administrativo el órgano que lo dirige

3 DÍEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, Tomo V, p. 223.

o impulsa (sujeto activo) ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia o no de lo alegado y probado por el particular interesado (sujeto pasivo). De esta manera, el acto administrativo producto del procedimiento administrativo resulta ser independiente con relación a la voluntad de los administrados, a la inversa de lo que sucede en el proceso judicial, en el que el acuerdo de los litigantes obliga al juez.

Como complemento del principio de verdad material, según el *principio de oficialidad (o inquisitivo)* corresponde a la autoridad competente dirigir el procedimiento y ordenar la práctica de cuanto crea conveniente para el establecimiento y resolución de la cuestión planteada, por ello, a la autoridad administrativa le corresponde indagar y determinar los hechos a los que se refiere el asunto, comprobar la verdad de los hechos alegados, incluso mediante la práctica de pruebas de oficio. Adicionalmente, este principio supone, como no puede ser de otra manera, que el procedimiento puede ser iniciado de oficio, o a petición de un interesado.

El *principio de informalismo en favor del administrado* marca igualmente la diferencia con el proceso, pues constituye la concreción de la carencia de las formas estrictas. Según este principio, los sujetos pasivos de los procedimientos administrativos no están sometidos al cumplimiento de exigencias formales no esenciales, debiendo interpretarse las actuaciones de los sujetos pasivos, con “...*espíritu de benignidad*”⁴. Cabe señalar que este principio es solamente aplicable a favor del administrado, es decir, solamente él lo puede invocar en su favor, y no puede ser empleado por la administración para dejar de cumplir con las disposiciones del ordenamiento jurídico ni para dejar de cumplir con las reglas del debido proceso. Por aplicación de este principio, las dudas que surjan respecto a casos, por ejemplo: de legitimación, de decidir si el acto es definitivo o de mero trámite, la calificación de recursos y otros, deben interpretarse a favor del administrado y de la viabilidad del recurso.

El *principio de igualdad*, según el cual, todo administrado ha de gozar de un mismo trato para situaciones iguales.

El *principio del debido proceso*, está perfectamente delimitado en el literal I del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, por lo que destaco de la norma constitucional citada, el derecho de ser oído, el mismo que no consiste, a mi modesto criterio, en recibir a las “partes en audiencia”, pues en el procedimiento administrativo no existen partes, por un lado, y por otro lado, porque este derecho de ser oído va más allá del simple acto formal de realizar una audiencia, pues supone que la administración, en la práctica, permita que los interesados tengan: un leal conocimiento de las actuaciones administrativas; la oportunidad de expresar su razones antes de la emisión del acto administrativo y, por supuesto, también después; la consideración expresa, por parte de la autoridad competente, de los argumentos y de las cuestiones propuestas por los sujetos pasivos interesados en cuanto sean condicionantes a la solución del caso; la obligación de decidir expresa y motivadamente las peticiones; la obligación de motivar las decisiones

4 DIEZ, op. cit., p. 232.

analizando los puntos propuestos por los administrados; y, el derecho de ofrecer y producir pruebas, lo que a su vez implica: que éstas sean razonablemente propuestas, que sean efectuadas antes de que se adopte la decisión sobre el fondo de la cuestión, y el derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración o por un tercero, cualquiera sea su naturaleza, a fin de garantizar el derecho de contradicción.

Estos principios y otros que por razones de espacio no los he recogido, deben encontrarse presentes en todos los procedimientos administrativos, pues son principios universales que, independiente de la materia, naturaleza e interés público que se vaya a satisfacer, deben ser respetados y cumplidos para efectos de garantizar un procedimiento y una decisión justa, apegada a derecho y respetuosa de los derechos de los interesados involucrados en el procedimiento.

4. El sistema propuesto por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

La Ley establece en el Capítulo V, los procedimientos a seguir en materia de control y divide a dicho Capítulo en cuatro secciones, a saber: Sección I, que desarrolla las “*facultades*”⁵ de investigación; la Sección II, que contiene el procedimiento de investigación y sanción; la Sección III, que contiene los recursos en sede administrativa y en sede jurisdiccional; y, la Sección IV, que habla de la prescripción y las responsabilidades civil y penal.

En la Sección I, relativa a las facultades de investigación, el artículo 49 de la Ley otorga tres competencias a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado: a) la de exigir que se presenten para su examen, todos los valores, libros, comprobantes de contabilidad, correspondencia, registros magnéticos o informáticos incluyendo sus medios de lectura y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada o con las actividades

5 A lo largo de mi actividad profesional, tanto en el libre ejercicio, como en el servicio público, he insistido en el error sistemático de los ecuatorianos, de confundir los términos y utilizarlos indistintamente, desconociendo las disposiciones contenidas en los literales 2 y 3 del artículo 18 del Código Civil según los cuales: “2. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal;

3. *Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.*”

Joaquín Escriche, en su *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, novísima edición, 1907, p. 674, con relación al vocablo “*facultad*” nos dice: “*La potencia ó virtud, la licencia, permiso o autorización, y la libertad que uno tiene para hacer alguna cosa...*”

Por su parte, Cassagne, op. cit. p. 133, respecto de la competencia, nos dice: “...es la aptitud legal que surge del conjunto de facultades y atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos estatales.” Y más adelante, en la p. 136, el citado autor, con relación a las reglas jurídicas en materia de competencia, nos dice que son las siguientes: 1) la competencia debe surgir de una norma de rango constitucional, legal o reglamentario; 2) su ejercicio constituye una obligación para el órgano o sujeto estatal y es irrenunciable en atención al interés público que motiva su establecimiento; y, 3) es inderogable e improrrogable, salvo que la avocación o delegación fueren precedentes.

Lo dicho nos permite afirmar que existe una clara diferencia entre el significado del término “*facultad*” con el significado del término “*competencia*”, entendida a ésta como la suma de potestades, por lo que encuentro que la utilización que hace la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado del vocablo “*facultad*” es ciertamente, desacertado.

inspeccionadas, sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza; b) notificar, examinar y receptor declaración o testimonio, a través de los funcionarios que se designen para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores, dependientes y terceros, utilizando los medios técnicos que consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo utilizar grabaciones magnetofónicas, grabaciones en video u otras similares. Para ello, la declaración se efectuará con la presencia de un abogado particular o un defensor público provisto por el Estado; y, c) realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los establecimientos, locales o inmuebles de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada, correspondencia comercial y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de los procesos productivos y podrá receptor las declaraciones voluntarias de las personas que en ellos se encuentren.

La Sección II trata del procedimiento de investigación y sanción y regula el inicio del procedimiento, el contenido de la denuncia, la calificación de la denuncia, el archivo de la denuncia, el término de excepciones, el término de prueba, las medidas preventivas y la calificación de las denuncias maliciosas o temerarias.

La Sección III se refiere a los recursos en sede administrativa y en sede jurisdiccional y empieza por recoger el principio de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos. Luego se refiere a los recursos de reposición, de apelación o jerárquico y de revisión, para luego concluir con la impugnación en sede contencioso administrativa.

Finalmente, en cuanto a la Ley, la Sección IV del Capítulo V se refiere a la prescripción y la responsabilidad civil y penal. Respecto de la prescripción, se refiere a la pérdida de la competencia para iniciar el proceso administrativo (caducidad), así como a la prescripción de las sanciones impuestas por la comisión de una infracción. En cuanto a la responsabilidad civil la Ley otorga acción de indemnización de daños y perjuicios en vía verbal sumaria. En lo relativo a la responsabilidad penal, la Ley dispone que en caso de que existieren indicios de responsabilidad penal, la Superintendencia de Control de Poder del Mercado se encuentra obligada a remitir el expediente a la Fiscalía para el inicio de las investigaciones y acciones correspondientes.

5. El procedimiento establecido en el reglamento de aplicación de la Ley

El Capítulo V de este cuerpo normativo desarrolla los procedimientos administrativos previstos en la Ley y está dividido en cuatro secciones, a saber: la Sección I, relativa al procedimiento de consulta; la Sección II, que se refiere al procedimiento de investigación y sanción; la Sección III, relativa al procedimiento para la aplicación de medidas preventivas; y, la Sección IV, que regula el procedimiento coactivo, muy mal denominado como "*jurisdicción coactiva*".

La Sección I, relativa al procedimiento de consulta establecido en el numeral 15 del artículo 44 de la Ley regula el inicio, el trámite y los efectos del procedimiento de consulta.

La Sección II, relativa al procedimiento de investigación y sanción, regula el inicio del procedimiento (de oficio o por denuncia), la competencia para la sustanciación de los procedimientos, el contenido de la denuncia, la calificación de la denuncia, la etapa de investigación previa, la resolución del inicio de la investigación, la resolución de archivo de la denuncia, las etapas de la investigación, el derecho de acceso al expediente, la acumulación de expedientes, el informe de resultados de la etapa de investigación, el “*término de excepciones*”, el término de prueba, el informe final, la etapa de resolución y las medidas correctivas.

La Sección III, que regula el procedimiento para la aplicación de medidas preventivas, contiene normas que se refieren a las clases de medidas preventivas, la forma y requisitos para la adopción de las medidas preventivas, la caducidad de las medidas preventivas, la suspensión, modificación y revocatoria de las medidas preventivas y el cese de las medidas preventivas.

Finalmente, en la Sección IV, se regula la mal llamada “*jurisdicción coactiva*”, que contiene normas relativas al ejercicio de la potestad coactiva, la delegación, el rol del Secretario, las excepciones y el instructivo que la Superintendencia debe poner en vigencia para el ejercicio del procedimiento administrativo de ejecución.

6. Análisis del sistema legal y reglamentario

Los procedimientos descritos en los párrafos anteriores, no se encuentran totalmente ajustados al concepto y a los principios del procedimiento administrativo señalados en este trabajo. Así, podemos decir, en un primer momento, que existe en el sistema legal y reglamentario propuesto, una imprecisión en el uso de ciertos términos, lo que torna a dichos cuerpos normativos, en ambiguos y, por tanto, carentes de la claridad necesaria. En efecto, tanto la Ley como el Reglamento establecen estructuras procesales complejas, similares a las de un juicio, en los que existe un juez y las partes en igualdad de condiciones, con términos para proponer excepciones, presentar pruebas, etc., y la posibilidad de provocar un número muy considerable de incidentes, lo cual no responde a la filosofía, concepto y finalidad del procedimiento administrativo. He aquí uno de los aspectos que se deben tomar en cuenta, a fin de adoptar un sistema que, al tiempo de ser ágil, permita la toma de decisiones oportunas, sustentadas en el mérito y la conveniencia adecuadas.

Lo dicho anteriormente, se relaciona en forma directa con el hecho de que el sistema legal y reglamentario propuesto, plantea una estructura procesal excesivamente formal, con términos de prueba sumamente largos (60 días) prorrogables por una sola vez (30 días más), lo cual, si analizamos el término de prueba dentro de un juicio ordinario o de uno contencioso administrativo (ambos de 10 días) resulta muy dilatado y no sé hasta qué punto justificado, lo cual atenta contra la economía procesal y la eficiencia de un procedimiento administrativo. Adicionalmente, considero que rompe con la corriente vigente en esta época se buscar la eficiencia y eficacia, con la mayor simplicidad posible y

que se ha visto reflejada, por ejemplo, con la expedición del Código General de Procesos que reduce de 80 procesos a 4 procesos tipo, así como simplifica y uniforma los procesos para todas las materias.

Por otro lado, el artículo 60 de la Ley establece que el órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, si lo estima conveniente para la marcha de las investigaciones, podrá convocar a audiencia pública, en la que los interesados podrán alegar y presentar los justificativos que estimen pertinentes. A continuación, el artículo 61 de la Ley, establece que realizada la audiencia o concluido el término de prueba, el órgano competente dictará su resolución motivada en el término de noventa días. Al respecto, considero que estas normas no son claras y las distintas interpretaciones que se den a las mismas, podría ocasionar problemas prácticos de trascendencia, tanto en los procedimientos administrativos, como en los procesos que como consecuencia de ellos se promuevan, sobre todo si tomamos en consideración que la audiencia permite la presentación de pruebas que los interesados estimen pertinentes, sin que los interesados opuestos puedan ejercer a cabalidad el derecho a contradecir, pues no tendrán el tiempo necesario para ofrecer una defensa técnica adecuada.

Otra imprecisión de la Ley se refiere al uso indebido del término "*prescripción*", para referirse a la caducidad de la potestad administrativa, entendida como la pérdida de las competencias para iniciar y sustanciar el procedimiento administrativo sancionador, como también para la imposición de las sanciones respectivas.

Al respecto, tanto la doctrina como la legislación y la jurisprudencia, concuerdan en considerar que la caducidad y la prescripción son instituciones jurídicas distintas. Desde el punto de vista del derecho administrativo, la caducidad puede operar de varias maneras. Así, por ejemplo, existe la caducidad del acto administrativo, entendida como la eliminación del acto, dispuesta unilateralmente por la administración, en razón de que el particular no ha cumplido con las obligaciones que dimanen del acto administrativo. Por consiguiente, se trata de una sanción al administrado por su inactividad. También existe la caducidad por la falta de ejercicio de un derecho por parte del administrativo, cuyos efectos son similares a los establecidos en el caso anterior. Existe también otro concepto de caducidad, es el relativo a la pérdida de competencia del órgano administrativo por falta de ejercicio de la misma dentro de un determinado tiempo. En este caso, estamos hablando de una sanción a la administración morosa, que por varias razones ha dejado de ejercer una competencia, en un determinado caso y que es precisamente, el tipo de caducidad a que se refiere inapropiadamente el artículo 70 de la Ley como "*prescripción*". Al respecto, Diez⁶ nos dice que las potestades administrativas son inalienables e intransferibles (pudiéndose en ocasiones delegar su ejercicio), irrenunciables (en algunos casos se podrá renunciar a la potestad mas no con referencia a su competencia general) y, son imprescriptibles (pues la prescripción opera con efectos erga omnes, mientras que la caducidad opera para el caso concreto y particular). Por ello, podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que el concepto de prescripción a que se refiere el artículo 70 de la Ley

6 DIEZ, Op. cit., Tomo I, p. 216.

corresponde más bien, a la definición de caducidad, error que, por lo demás, es común en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.⁷

Continuando con el análisis del sistema propuesto no podemos dejar de referirnos a la jurisdicción coactiva⁸, establecida en la Sección 4 del Capítulo V del Reglamento de Aplicación de la Ley. Al respecto, empiezo por señalar que existe aquí otro uso inadecuado del lenguaje técnico jurídico, pues, como todos sabemos, la “*jurisdicción*”, entendida como el poder de administrar justicia, solo la tienen los jueces y, de acuerdo al mandato consagrado en el numeral 3 del artículo 168 de la Constitución, “ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución”.

Lo dicho, plantea el problema entonces, de que existe, de parte de varios órganos administrativos, la posibilidad de ejercer la “*jurisdicción coactiva*”, en contra de lo dispuesto en la norma constitucional citada. Evidentemente no existe contradicción ni problema alguno, que no sea si no, la indebida utilización del vocablo “*jurisdicción*”. En efecto, la doctrina del derecho administrativo es unánime en sostener que la administración pública goza de una prerrogativa que no tienen las personas de derecho privado, prerrogativa que se conoce como “*autotutela*”, cuyo fundamento jurídico radica en las presunciones de legitimidad y ejecutividad de los actos, caracteres éstos que hacen posible, por un lado, que la propia administración, en ejercicio de sus competencias, dispone de la fuerza legal y material para la eventual ejecución coactiva del acto administrativo; y, por otro lado, que en ejercicio de sus deberes y obligaciones, adecúe sus actos al ordenamiento jurídico, en caso de que éstos adolezcan de un vicio o causa que ocasionen la nulidad de pleno derecho del acto.

En el presente estudio, nos vamos a referir a la autotutela, con relación a la ejecución del acto administrativo vía el procedimiento administrativo de ejecución (mal denominado, como he dicho, “*jurisdicción coactiva*”).

El concepto de autotutela tiene una íntima relación con el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos. El profesor Cassagne⁹ nos dice al respecto: “Como un principio consubstancial al ejercicio de la función administrativa se halla la ejecutoriedad del acto administrativo, que consiste en la facultad de los órganos estatales que ejercen dicha

7 En efecto, solo a manera de ejemplo, me remito a la Ley Orgánica de Servicio Público, la misma que en el segundo inciso del artículo 92 se refiere a la prescripción, cuando en realidad se trata de la caducidad del ejercicio de la potestad sancionadora. Igual yerro encontramos en el artículo 307 del Código Orgánico General de Procesos, que se refiere a la prescripción en el ejercicio de la acción contencioso administrativa o contencioso tributaria, cuando en realidad se trata de la caducidad.

8 No se debe confundir aquí, el ejercicio de lo que Díez llama la “*potestad jurisdiccional de la administración pública*”, también llamada por Cassagne como “*actos de substancia jurisdiccional*”, que son aquellos actos dictados excepcionalmente por un órgano de la administración pública, cuando dirime controversias con fuerza de verdad legal. A criterio del suscrito, en nuestro país existen varios casos en los que un órgano administrativo ejerce potestad jurisdiccional. A manera de ejemplo, me permito indicar que la Ley de Propiedad Intelectual otorga competencia al IEPI para resolver conflictos de propiedad intelectual entre particulares, lo cual significa dirimir controversias entre partes.

9 CASAGNE, Op. cit., p. 232.

función administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto, sin intervención judicial, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.” Y continúa el profesor argentino manifestando: “Lo esencial de nuestra tesis sobre la ejecutoriedad radica en sostener que se trata de una atribución “inherente” a la función administrativa y no a la zona de reserva, la cual aparece en nuestra concepción sólo para explicar el fundamento de la facultad de proceder a la ejecución coactiva de las decisiones estatales que, en casi todos los sistemas constitucionales del mundo, corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo. En tal sentido, hemos concluido que debe diferenciarse la ejecución coactiva, es decir, la medida de ejecución, de la facultad de disponerla sin intervención judicial; la ejecución coactiva integra uno de los aspectos de la ejecutoriedad, ya que, como veremos seguidamente, no es imprescindible en todos los casos que el acto se cumpla apelando a la coacción.”¹⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández¹¹ nos dicen que la obligación de cumplimiento inmediato del acto administrativo es un “...privilegio de la Administración, que ya nos es familiar, el privilegio de la ejecución forzosa o acción de oficio, que coloca en manos de la Administración una serie de instrumentos jurídicos capaces de vencer en cualquier caso la eventual resistencia de los particulares mediante el uso de la coacción.”

Como bien dice el profesor Cassagne, la ejecución coactiva es una especie dentro del género que constituye el procedimiento administrativo de ejecución, el mismo que puede ser muy variado, pues depende de la naturaleza del acto administrativo que se deba ejecutar. Así, en un procedimiento en el que se imponga al administrado una obligación de hacer, el procedimiento de ejecución, en caso de que el administrado no cumpla esa obligación, consistirá en la realización por parte de la propia administración, de los actos materiales tendientes al cumplimiento de la disposición administrativa, de manera que si el administrado no cumple, puede la administración proceder a realizar los actos de ejecución, sin perjuicio de acudir a la vía coactiva para recuperar los costos que ello produzca. Un ejemplo de este caso tenemos en el acto administrativo por el cual se ordena el derrocamiento de una construcción realizada sin los debidos permisos y planos. En el caso del ejemplo, si el administrado no da cumplimiento al acto de derrocamiento, puede la administración municipal proceder a derrocar la construcción, con una cuadrilla municipal y, obviamente, los gastos que ello demande deberán ser sufragados por el administrado obligado. Sin embargo, en el caso en que la obligación sea la de dar una suma de dinero líquida, pura y de plazo vencido, si el obligado se rehúsa o no satisface dicha obligación, la administración está autorizada para acudir al procedimiento coactivo para el cobro de dicha obligación. Todo lo dicho, refleja claramente, que el procedimiento coactivo no es un proceso judicial, pues es sustanciado por un funcionario administrativo que no ejerce jurisdicción, es un procedimiento que se inicia con un auto de pago (y no con una demanda como es el proceso judicial), en el que no existen partes y que no termina con sentencia, sino con la expedición de actos administrativos tendientes al cobro de una obligación dineraria. En consecuencia, estimo que existe, en la Ley y en el Reglamento, una utilización indebida de los términos

¹⁰ Op. cit., p. 234.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, décima edición, 2001, p. 575.

“*jurisdicción coactiva*”, error que, al igual que los otros que he señalado en este trabajo, son muy frecuentes en nuestro país.

Otro aspecto digno de resaltar es el relativo a las “*medidas preventivas*” establecidas en el Reglamento de la Ley. La ciencia jurídica, cuando estudia las “*medidas preventivas*”, ubica a esta institución jurídica dentro de la ciencia penal y se la ha usado por penalistas y criminólogos para calificar todas aquellas acciones del más variado carácter (jurídico, político, económico, etc...) cuya puesta en acción se estima adecuada para oponer trabas o remedios para el fenómeno criminal, en resumen, son herramientas para combatir el delito y sus efectos.¹² El Reglamento, al respecto dice que entre las medidas preventivas que se pueden adoptar se encuentran: la orden de cese inmediato de la conducta, bajo el apercibimiento de la sanción respectiva; la imposición de condiciones; la suspensión de los efectos de los actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida; la adopción de comportamientos positivos; y, las demás que se consideren pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. La Enciclopedia Jurídica Latinoamericana¹³, respecto de las medidas cautelares, nos dice: “MEDIDAS CAUTELARES. I. Calificadas también como providencias o medidas precautorias, son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso.” Este concepto que corresponde a las medidas cautelares en un proceso judicial, es plenamente aplicable al procedimiento administrativo y, a mi criterio, es el que corresponde a las medidas recogidas en nuestra legislación de control del poder de mercado, pues las medidas preventivas, como vimos, operan en el campo penal (las más clásicas son la prisión preventiva y la libertad provisional) y cumplen una finalidad diferente a las establecidas para las medidas cautelares, por lo que considero que existe también, en este aspecto, una imprecisión en el uso de la terminología técnico-jurídica apropiada, pues las medidas cautelares en los procedimientos administrativos pueden tener como finalidad, la protección de los derechos de los administrados, como también, garantizar el resultado del procedimiento así como el cese de las conductas injurídicas.

7. Conclusiones

El breve estudio que hemos realizado, nos permite concluir, de manera general, que el procedimiento administrativo adoptado por la Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado y su reglamento, requieren de ajustes que le permitan adecuar sus normas a los principios generales del procedimiento administrativo, de manera que se diferencie plenamente de los procesos judiciales.

Por otro lado, bajo mi modesto criterio, estimo que los términos de las distintas etapas procesales son exagerados, lo cual vuelve lento y con altos índices de incidentalidad al

12 Ver al respecto la Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, 1976, Tomo XIX, p. 464 y siguientes.

13 Rubinzal – Culzoni Editores – Universidad Nacional Autónoma de México, Buenos Aires, p. 401 y siguientes.

procedimiento administrativo, con el riesgo de que los actos administrativos resulten inoportunos, en razón del tiempo transcurrido.

La aplicación del derecho de corrección económica en el Ecuador, presenta retos muy importantes que se deben superar en beneficio de la protección de los derechos de propiedad privada, libre empresa, libertad de contratación, acceso a bienes y servicios de calidad, etc. Uno de ellos es el establecimiento de procedimientos administrativos adecuados, que permitan la adopción de decisiones justas, legales y oportunas.

Bibliografía:

Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Quinta edición actualizada, 1996.

Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Rubinzal - Culzoni Editores - Universidad Nacional Autónoma de México, Buenos Aires.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, 1976, Tomo XIX

Escriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, novísima edición, 1907.

García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, décima edición, 2001.

Troya Jaramillo, José Vicente, *Manual de Derecho Tributario*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014.

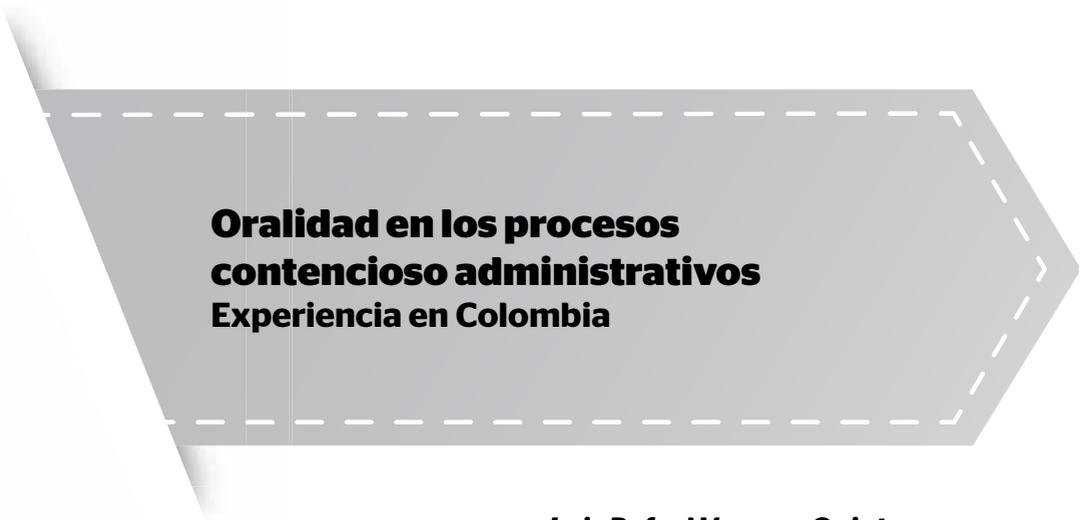
Constitución de la República de 2008.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Código Orgánico de la Función Judicial.

Ley Orgánica de Servicio Público.

Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.



**Oralidad en los procesos
contencioso administrativos**
Experiencia en Colombia

Luis Rafael Vergara Quintero

Sumario:

1. Acciones y actividades para la implementación del sistema oral; 1.1. Inversiones estructurales y operativas; 1.2. Planes de capacitación y formación académica; 1.3. División de los jueces y magistrados; 1.4. El juicio en línea y los adelantos tecnológicos; 2. Evaluación del sistema de oralidad; 3. Conclusiones sobre oralidad

Resumen:

Como primera medida, se efectúa un recuento histórico de la creación del Consejo de Estado. Tal como está concebida hoy en día, la Justicia Administrativa, existe como cuerpo consultivo del Gobierno y veedor de la actividad de la administración en asuntos de carácter laboral (disputas de empleados públicos); de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado; asuntos tributarios; aduaneros; electorales; de propiedad industrial y; en general, del control de legalidad de todas las actividades de la administración.

En segundo lugar, debió hace poco repensarse para hacerla más actual y a la vanguardia de las nuevas tecnologías de la información, para lo cual se promulgó la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 que comenzó a regir el dos (2) de julio de 2012, con la cual se implementó el sistema oral.

Su implementación ha requerido también grandes inversiones estructurales y operativas, planes de capacitación y formación académica a los jueces, magistrados, empleados y funcionarios de las Altas Cortes que les instruyan no sólo en conocimientos sino en el cambio de mentalidad para pasar de un sistema a otro; así como un plan de descongestión para evacuar aquellos procesos del sistema escrito aun existentes. Igualmente, ha sido imperiosa la aplicación de la tecnología, sin la cual no sería posible llevar a cabo el juicio en línea.

Para hablar de la experiencia de la oralidad en el proceso contencioso administrativo en Colombia –que es el tema que nos convoca a este seminario– se hace necesario previamente hacer una reseña de carácter histórico de lo que ha sido el desarrollo de la justicia administrativa en nuestro país, para así tener la claridad necesaria sobre el funcionamiento de la misma y cual la verdadera dimensión de esta jurisdicción dentro de nuestras instituciones democráticas; de tal suerte que esta charla o conferencia la vamos a dividir en dos (2) partes:

1. La historia y la evolución institucional de la justicia administrativa en Colombia
2. El sistema de la oralidad en el proceso contencioso administrativo y su correspondiente evaluación en los últimos años.

Reseña histórica y evolución institucional

El 30 de octubre de 1817 en la ciudad de Angostura (Hoy ciudad Bolívar ubicada en el Orinoco Venezolano) el General Simón Bolívar crea el Consejo de Estado en su condición de Jefe Supremo de la República de Venezuela y Capitán General de sus Ejércitos y de los de la Nueva Granada (hoy Colombia) y en su instalación el libertador señaló:

Señores del Consejo de Estado:

La instalación de un cuerpo tan respetable y digno de confianza del pueblo en una época fausta de la Nación. El gobierno que, en medio de tantas catástrofes aislado entre tantos escollos no contaba antes con ningún apoyo, tendrá ahora por guía una congregación de ilustres militares, magistrados, jueces y administradores, y se hallará en lo futuro protegido, no solo de una fuerza efectiva, sino sostenido de la primera de todas las fuerzas, que es la opinión pública. La consideración popular, que sabrá inspirar el Consejo de Estado, será el más firme escudo del gobierno.

Con el propósito descrito y organizado como un cuerpo consultivo del gobierno, inició su labor el Consejo de Estado, conformado por el Presidente del Consejo de Ministros, los Ministros, Secretarios de Estado y, al menos, un Consejero por cada una de las provincias o regiones que en esa época conformaban la incipiente República con que soñaba Bolívar cuya función consistía en preparar todos los decretos y reglamentos a ser expedidos por el Jefe de Estado.

No obstante, fue efímera la vida de este primer Consejo de Estado, ya que fue eliminado en la Constitución de Cúcuta de 1821. Empero, Bolívar insistió dentro de la tenacidad y perseverancia que lo caracterizaba en su creación en la Constitución de 1828 que es, al fin y al cabo, considerada la primera Constitución de la República de Colombia. En las Constituciones de 1830 y 1832, se mantuvo vigente esta institución.

Con el advenimiento de la Constitución Política de la República de la Nueva Granada de 1843, fue abolido el Consejo de Estado y nuevamente revivido mediante la Constitución Política de 1886. En esta oportunidad, no solo fue concebido como un cuerpo consultivo del Gobierno sino como el máximo juez de la administración y así asumió la función de Órgano Supremo de lo Contencioso Administrativo.

Hacia el año 1905, cuando aparece en el firmamento colombiano la oscura noche de la dictadura del General Rafael Reyes, fue nuevamente suprimido el Consejo de Estado a través del Acto Nro. 10 Reformatorio de la Constitución quien lo consideró un organismo inoficioso e inútil, pues dentro una perspectiva dictatorial era evidente que no podía existir un juez de la administración, ni mucho menos del gobierno.

Posteriormente, al caer la Dictadura de Rafael Reyes se da un período de reacomodo institucional y a través del Acto Legislativo No. 3 de 1910, se reformó la Constitución Nacional y se dispuso el restablecimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que se hizo efectivo mediante la Ley 130 de 1913, que determinó que su organización estaría conformada por un Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y unos tribunales seccionales; a partir de ese momento se puso en práctica, por primera vez en Colombia, un sistema dual de jurisdicciones: la ordinaria (asuntos civiles, comerciales, penales, etc.) y la especializada o contencioso administrativa.

Finalmente, mediante el Acto Reformatorio que tuvo lugar el 10 de septiembre de 1914 se estableció el Consejo de Estado como Supremo Cuerpo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración y como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, y a partir de esa época ha ejercido ininterrumpidamente sus funciones hasta nuestros días, esto es, como órgano consultivo del gobierno y Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

En esa dirección, podríamos decir que aunque la estructura del Consejo de Estado que instituyó Simón Bolívar en Angostura en 1817 fue semejante al que estableció Napoleón en Francia en 1799, paradójicamente la justicia francesa no cuenta con una Jurisdicción Contenciosa Administrativa como la que conocemos en Colombia, pues bajo el sistema Francés, los procesos contra la administración son juzgados y decididos por la misma administración a través de la llamada "Justicia Retenida" ejercida por los Consejos de Prefectura y el Consejo de Estado, evitando así el denominado "Gobierno de los Jueces".

Entre tanto, en el caso colombiano, la función de juzgamiento de la administración está organizada bajo un criterio netamente "judicialista" similar al sistema Español, dotado de jueces administrativos, Tribunales Administrativos y a cuya cabeza se encuentra el Consejo de Estado, los cuales conforman la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que a su vez hace parte de la Rama Judicial del Poder Público.

Así las cosas, la justicia contencioso administrativa colombiana está concebida de forma independiente y autónoma, y no hace parte de la justicia ordinaria, ni está constituida por una Sala Especializada hacia el interior de cortes judiciales o Tribunales Supremos,

sino que se erige como una jurisdicción especializada que controla la actividad de la administración en asuntos de carácter laboral (disputas de empleados públicos) de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, asuntos tributarios, aduaneros, electorales, de propiedad industrial y en general del control de legalidad de todas las actividades de la administración.

Hasta principios de la década de los años 90 la justicia contenciosa administrativa se impartía por medio de jueces colegiados, esto es, Consejo de Estado y tribunales seccionales o departamentales ubicados en cada región colombiana, dentro de un sistema escrito colapsado y congestionado donde existían verdaderas torres de papel, arrumes de expedientes y donde un proceso contencioso administrativo podía demorar una eternidad.

En 1996 se promulgó la Ley 270, Estatutaria de la Administración de Justicia, y en virtud de ella se dispuso la creación de los juzgados administrativos, como parte integrante de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los cuales tuvieron una férrea oposición por los que consideraban que el juez administrativo debía seguir siendo colegiado y no unipersonal, por cuanto el juez plural es prenda de garantía por su imparcialidad, rectitud y sabiduría, y es menos proclive a la corrupción judicial. No obstante estas críticas, la necesidad de fortalecer la jurisdicción se impuso dado que había que adaptarla a los nuevos cambios introducidos por la Constitución de 1991 y afrontar la realidad de una justicia morosa, congestionada y paquidérmica.

La entrada en funcionamiento de los mismos, se produjo a partir del 1^o de agosto de 2006, con 257 jueces unipersonales que permitieron una mayor cobertura en el acceso a la administración de justicia en esta especialidad, al ser instalados en los diferentes municipios del país, incluso en las regiones más apartadas, pues antes de su creación y entrada en funcionamiento, solo se tenía acceso a través de los Tribunales que, como se dijo previamente, se habían creado en cada departamento y su sede se ubicaba en las capitales de los mismos.

Su presencia, después de 90 años de existencia de la jurisdicción, implicó dos (2) cambios fundamentales. De un lado, el establecimiento de una estructura piramidal de tres (3) niveles y, de otro, se pasó de un sistema donde las decisiones se tomaban de manera colegiada a un sistema de decisiones unipersonales que resultaba extraña a la tradición y a la costumbre que había caracterizado la justicia administrativa en Colombia.

De esta manera se acercó esta justicia especializada al ciudadano del común, a la provincia, a la gente de a pie, al instalar este tipo de despachos en muchos municipios y regiones apartadas de Colombia, lo que antes era un privilegio de las capitales y las grandes ciudades. Al poner en funcionamiento estos juzgados unipersonales se facilitó el acceso a la administración de justicia, se abarataron los costos y, de paso, se rompió con la tradición del juez colegiado que desde su creación había caracterizado a esta jurisdicción.

Con la evolución anterior y debido a la ampliación de cobertura, producto de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, se ha logrado un mayor control de

la actividad administrativa, al punto de que prácticamente no existe actuación o actividad de los órganos estatales que esté exenta de control por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En la actualidad, la Jurisdicción se encuentra conformada por 257 Juzgados Administrativos, 144 magistrados de Tribunal y 31 Consejeros de Estado, para un total de 432 operadores judiciales que se encargan del servicio público de la justicia administrativa y cuyo ámbito de acción ya no se limita al simple control de legalidad de los actos administrativos, sino que también ejerce la función de protección de los derechos fundamentales ciudadanos y colectivos de la sociedad por medio de las acciones populares, de grupo, de cumplimiento y la acción de tutela. Inclusive, es garante de la transparencia del sistema democrático a través del juicio de pérdida de la investidura establecida para congresistas diputados y concejales.

Así, desde el punto de vista de su estructura institucional, la Jurisdicción en los últimos años ha salido fortalecida pues con el advenimiento de los juzgados en el año 2006 se ampliaron los despachos judiciales para atender la creciente demanda en la materia. En el año 2012 ingresaron 316.208 asuntos, el año 2013 fueron del orden de 253.103 y el año pasado, en 2014, 281.306 procesos .

Como puede observarse, el nivel litigiosidad o de utilización de los órganos contencioso administrativos es bastante alto en proporción al número de jueces y magistrados, puesto que si dividimos el número de los pleitos y los asuntos que ingresaron durante el último año por el número de jueces y magistrados existentes, da una media aproximada de más de 700 asuntos por cada funcionario judicial, sin contabilizar los inventarios existentes de los años anteriores, lo que desborda cualquier índice razonable y prudente de carga laboral.

Por materia, los asuntos sobre reclamaciones laborales de empleados ocupan el 50 % de la carga laboral; los contratos y los asuntos de responsabilidad extracontractual del Estado el 20 %; y los asuntos electorales, tributarios y acciones de nulidad el 30 % de la carga.

Sin embargo, esta estadística es poco exacta por cuanto adicional a las funciones netamente contencioso administrativas, en los últimos años se añadieron otras labores de protección de derechos fundamentales y colectivos, como antes se dijo, que sobrepasan la capacidad operativa de esta justicia especializada.

Con todo, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha estado a la altura de los nuevos retos y de las transformaciones que se han dado durante todos estos años, y los ha asumido con energía y decisión; pues en un País tan particular como el nuestro, y a pesar de todos los inconvenientes, ha tenido un papel fundamental en la consolidación de las Instituciones y en el Estado de Derecho.

Una *Justicia* que controle y fije límites a la actividad de la Administración Pública es, como dijimos, fundamental, para la comprensión de la Democracia, entendida esta no

solamente como las mayorías que vencen en una contienda electoral, sino como ese Sistema judicial que brinda protección a los derechos y garantías sociales, restringe los abusos y las arbitrariedades, brinda protección a las minorías, garantiza las libertades civiles y los derechos fundamentales del abuso y la extralimitación del poder ejercido por funcionarios públicos.

El sistema de la oralidad en el proceso contencioso administrativo

Las realidades y exigencias de últimas décadas hizo que desde el año 2006 el Consejo de Estado se fijara el inaplazable propósito y objetivo de REPENSAR el modelo y la forma como estaba hasta ese momento concebido el trámite y los procedimientos contenciosos administrativos que hasta esa época habían sido netamente escriturales.

Entonces, se pensó en un nuevo código contencioso administrativo toda vez que el del año de 1984 estaba rezagado frente a las transformaciones estructurales, constitucionales, tecnológicas, sociales y culturales acontecidas no solo en el país sino en este mundo moderno.

En Colombia, la tendencia hacia el sistema de la oralidad fue en verdad tardía, por lo menos en el juicio civil y contencioso administrativo, puesto que solo empezaron a perfilarse a comienzos del siglo XXI.

En efecto, en el Código Contencioso Administrativo de 1984, los procedimientos eran esencialmente escritos y con algún vestigio de oralidad al consagrar una audiencia pública para resolver puntos dudosos de hecho y de derecho, lo que nunca funcionó y fue letra muerta, en parte por esa mentalidad escritural de los jueces y magistrados que no veíamos con buenos ojos la experiencia en audiencias. Por ello, se dice que el problema fundamental del tránsito de un sistema a otro no solo es un asunto de legislación, sino de transformación de la concepción del juez y por la natural resistencia a los cambios que modifican sus costumbres y el manejo de sus tareas laborales.

No obstante, a pesar de muchas opiniones encontradas, se empezó elaborar un código contencioso administrativo sobre la égida del proceso verbal o el juicio en audiencias, porque era necesario modernizar la justicia administrativa y hacerla más eficiente.

Para algunos, el sistema de la oralidad hace posible los principios de la concentración, intermediación y publicidad, en el entendido de que el juez centrará su energía y capacidad en un caso a la vez, sin la dispersión propia del sistema escrito. Igualmente, la oralidad implica una comunicación directa entre el juez y las partes, lo que dignifica las principales decisiones judiciales; aquí, el juez no es una persona escondida detrás de una torre de papel, un funcionario invisible ante el usuario de la administración de justicia sino que es un juez da la cara, que razona y motiva de frente a las partes sus providencias, con el objeto evitar las sospechas y especulaciones que generan a veces los jueces sin rostro.

Ese contacto no solo *legítima las decisiones* que toma el juez en las audiencias, sino que le permite captar de primera mano la verdad de los hechos para decidir en debida forma la controversia judicial que se le plantea. Es un juez ser proactivo, un verdadero director del proceso, no un simple espectador del mismo.

La publicidad del juicio oral rompe de entrada con la privacidad y secreto que tantas críticas origina el sistema escrito; aquí el juicio es transparente, de manos abiertas, donde no es posible esconder pruebas o el manejo secreto de elementos valiosos para decidir la contienda.

La oralidad ennoblece y legitima las decisiones judiciales porque son adoptadas en frente de todas las partes y la comunidad de una manera transparente, abierta, sin eufemismos y sin largas y tediosas sentencias que enredan y confunden a todos los intervinientes en el proceso.

Fue así como en el mes de septiembre de 2009, el Consejo de Estado presentó el proyecto de código contencioso administrativo bajo los principios del juicio por audiencias o del sistema de la oralidad el cual, apoyado por el Gobierno, fue aprobado por el Congreso mediante la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 que comenzó a regir el dos (2) de julio de 2012, y su implementación tuvo como objeto primordial dar celeridad al trámite del proceso contencioso administrativo, lograr la descongestión de los despachos judiciales y prestar un servicio de administración de justicia oportuno, igualitario y eficaz, pues además de la Oralidad, se incluyeron figuras novedosas como el Recurso de extensión de jurisprudencia -que hace obligatorio el precedente judicial para la administración pública y para los magistrados y jueces de menor jerarquía- y el *recurso de unificación de jurisprudencia* para brindar seguridad jurídica y evitar fallos encontrados o dispersos de los Tribunales Administrativos.

De esta manera, Colombia se puso no solo a tono con las realidades y exigencias internas, sino con la normatividad internacional y los tratados de derechos humanos que hacen parte de nuestro bloque de constitucionalidad, como el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Lo anterior significa que el sistema de la oralidad no es un asunto parroquial, local o interno, sino una tendencia de la comunidad internacional, y Colombia estuvo varias décadas en mora de establecer los juicios orales reclamados en varios tratados sobre derechos humanos y garantías civiles.

En todo caso, a pesar de todos sus detractores, el juicio por audiencias del proceso contencioso administrativo es hoy en día una realidad en Colombia; en pleno proceso de decantación y evolución toda vez que tan sólo lleva de vigencia tres (3) años y, por supuesto, en este periodo de transición subsisten los dos (2) sistemas: el escrito, para todos los procesos que comenzaron antes de la entrada en vigencia del nuevo código; y el oral, para todos aquellos que empezaron después de la entrada en vigor del nuevo estatuto de procedimiento contencioso administrativo.

Como dijimos, la Justicia Contencioso Administrativa Colombiana estuvo regida por el sistema escritural desde su creación, pero en virtud de la Ley 1437 de 2011 se implementó el sistema mixto en los procesos administrativos, según el cual una parte de la actuación comprendida entre la presentación de la demanda y la audiencia inicial, se tramita en forma escrita, mientras que el trámite subsiguiente se adelanta en forma oral.

En otras palabras, en el nuevo ordenamiento se regula y se simplifica el proceso contencioso Administrativo mediante la introducción de un sistema mixto del proceso, en el cual se combinan elementos orales y escritos pero con predominio de la oralidad.

El nuevo proceso consta de tres (3) etapas bien definidas y concretas

La primera, que comienza bajo el sistema escritural va desde la presentación de la demanda pasando por su contestación hasta llegar a la denominada AUDIENCIA INICIAL, donde empieza el sistema verbal, y que tiene como objetivos esenciales el saneamiento de vicios del procedimiento para evitar sentencias inhibitorias; la fijación del litigio, desentrañar el punto central del mismo, el quid del asunto; resolver las medidas cautelares; y decretar o negar las pruebas oportunamente solicitadas por las partes.

De esta manera, ya no podrá señalar el juez que no se demandó el acto que era, o que no es el competente; igualmente, se acaban esas discusiones bizantinas y superfluas sobre si el oficio es acto administrativo o no, si se integró bien el contradictorio, o si los documentos tienen que venir autenticados o no; porque el juez debe tomar el control desde el inicio del mismo y no al final cuando le llega el proceso para sentencia.

La segunda etapa denominada AUDIENCIA DE PRUEBAS, fue establecida con la finalidad de recaudar y practicar las pruebas decretadas por el juez y solicitadas por las partes.

Y la última etapa denominada AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO, se realizará por el juez, la sala, sección o subsección correspondiente, para oír los alegatos de las partes y, de ser posible, proceder a dictar sentencia inmediata, o en su defecto, indicar el sentido de la decisión. Asimismo, se tiene la posibilidad de dictar sentencia por escrito dentro de los 30 días siguientes, atendiendo la complejidad en algunos casos del juicio contencioso administrativo. Precisamente, uno de los argumentos para oponerse al juicio por audiencias en esta materia, es aquel que tiene que ver con lo poco aconsejable que resulta dictar sentencias verbales en un proceso, como el contencioso objetivo de nulidad que requiere de despliegue de erudición, hermenéutica jurídica y de interpretaciones judiciales que demandan cautela, estudio y análisis que no es propio, ni prudente en una audiencia pública. Por ello, el código dejó abierta esta alternativa de dictar sentencia escrita dentro de los 30 días siguientes para casos especiales.

1. Acciones y actividades para la implementación del sistema oral

1.1. Inversiones estructurales y operativas

La implementación de ese nuevo sistema ha traído consigo dificultades de diferente índole. En primer lugar, se ha requerido realizar inversiones de carácter estructural y operativo a fin de adecuar los despachos judiciales; ha sido necesario dotarlos de la infraestructura física y tecnológica que demanda la realización de las audiencias, pues de ellas es necesario dejar grabaciones de video o audio que registren lo ocurrido durante la sesión; en segundo término, el espacio físico de los despachos judiciales tradicionales, no tenía habilitadas salas de audiencias debidamente adecuadas para celebrar las mismas y ante la necesidad de espacios con tales características, se tuvo que disponer de los recintos necesarios para ello, que en la actualidad son compartidos entre los diferentes despachos judiciales.

1.2. Planes de capacitación y formación académica

El mayor desafío en la implementación del juicio oral, ha sido la resistencia al cambio al que se han visto enfrentados tanto al operador judicial, como los abogados litigantes y, en general, todos aquellos que intervienen en el proceso contencioso administrativo, en cuanto a la transformación del trámite tradicional del proceso escrito, por el denominado "juicio por audiencias".

Vale la pena indicar el papel fundamental que juegan las universidades en la formación de los estudiantes de Derecho, quienes serán los futuros litigantes, jueces, magistrados y, en fin, quienes se enfrentarán a los desafíos del juicio oral.

En tal sentido debe exhortarse a las facultades de derecho universidades para que brinden las herramientas necesarias para una adecuada educación de los futuros abogados, incluyendo en sus programas académicos materias que apunten al adecuado manejo y desempeño de audiencias.

El desafío de enfrentarse al juicio oral exige a las partes la necesidad de hacer relucir sus mayores habilidades oratorias y argumentativas para que su intervención no se limite a la simple exposición de sus planteamientos, sino a escuchar y participar activamente, a cuestionar los argumentos dados por la contraparte, a interponer recursos contra las decisiones que le sean desfavorables y adquirir destreza en la forma de exponer sus planteamientos de modo que logre convencer al juez sobre los mismos.

En lo que respecta a jueces, magistrados y demás colaboradores que hacen parte integral de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ha visto la necesidad de capacitarlos con el objeto de asimilar el nuevo sistema.

Por fortuna, a efecto de afrontar de manera eficiente y efectiva tal dificultad, y consciente el legislador del reto que conllevaba implementar un nuevo régimen procesal, a través de la misma Ley 1437 de 2011, se ordenó la ejecución de planes de capacitación

en la materia, por intermedio de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, dirigidos tanto a funcionarios como a empleados de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuyos objetivos centrales fueron:

1. Capacitación en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,
2. Formación de los servidores judiciales con énfasis en las habilidades y destrezas para el buen desempeño dentro del sistema oral.
3. Adiestramiento de los servidores judiciales en el manejo de los medios tecnológicos,
4. Inducción de los servidores judiciales en estrategias de descongestión y mejores prácticas para una mayor evacuación de procesos.

1.3. División de los jueces y magistrados

Dentro del periodo de transición de un sistema a otro era necesario establecer reglas de trabajo que respetaran el derecho al debido proceso y permitieran claridad en los procedimientos para los jueces y las partes. Por manera que los jueces y magistrados fueron divididos entre los que se dedicarían exclusivamente al sistema escritural –aquellos que iniciaron antes de la entrada en vigencia del nuevo código– y los de oralidad encargados de tramitar los nuevos procesos presentados después de la entrada en vigencia del sistema; los escriturales subsistirán hasta que se acaben la totalidad de los procesos anteriores y que hoy llevan evacuados más de un 80 % lo que indica que a finales del 2016 deben estar decididos su gran mayoría, y entraremos a la plenitud del sistema de la oralidad.

1.4. El juicio en línea y los adelantos tecnológicos

El reto que se nos presenta, en un futuro próximo consiste en la aplicación de la tecnología en toda su extensión; cero papeles, protección del medio ambiente, desarrollo sostenible, acceso inmediato, transparencia, celeridad y eficacia mediante el que se ha denominado “juicio en línea”, es allí a donde apunta nuestra jurisdicción. Hoy en día las notificaciones se realizan por correos electrónicos de las partes y existen sesiones virtuales para la toma de decisiones; empero, el futuro es celebrar todo un proceso en que las partes no tengan que asistir a las salas audiencias o a los despachos judiciales sino que las mismas puedan celebrarse de manera virtual a través de la web.

2. Evaluación del sistema de oralidad

En resumen, podríamos decir puntualmente que en la experiencia colombiana el juicio oral en el proceso contencioso administrativo ha tenido diversos obstáculos entre otros los siguientes:

1. La falta de recursos necesarios para adecuar salas de audiencias, despachos e implementación de medios tecnológicos para el normal desarrollo de las diligencias, a pesar de todo el empeño y esfuerzo de nuestro gobierno por satisfacer todas estas necesidades.

2. La falta de destrezas y habilidades de abogados, jueces, magistrados y demás intervinientes en las audiencias: argumentación oral, capacidad de síntesis en las exposiciones, fijación clara del objeto del litigio y la falta de habilidad para la toma de decisiones en audiencias, entre otras.

3. Diseño inapropiado de las salas de audiencias en el caso de los jueces colegiados y la falta de dotaciones necesarias para su resolución.

4. La alta demanda del servicio de justicia y la desbordada litigiosidad que hace que la fijación de audiencias sea con muchos meses de antelación y que recargue las actividades laborales de los jueces y magistrados.

5. La morosidad en la fijación de las fechas de audiencias como consecuencia de la alta carga laboral.

6. A lo anterior la falta de preparación de los profesionales del derecho. La falta de formación en sistemas orales es necesaria en esta nueva época para desenvolverse con total propiedad en el juicio por audiencias, como antes anotábamos.

7. Con todo, la práctica al respecto no ha sido nada fácil, pues la inexperiencia del juez contencioso administrativo en la dirección de las audiencias ha llevado a cuestionamientos acerca del rol que debe tener como director del proceso, si debe ser predominantemente activo o preferiblemente pasivo y a pesar de que aún no existen técnicas ni mecanismos que garanticen cuál es la justa proporción en su intervención, se ha considerado que, asociado con el criterio de juez director del proceso y en aras de garantizar el principio de intermediación, su intervención debe ser preferiblemente activa, mostrando constante interés en los argumentos y disertaciones hechas por las partes.

8. La implementación del proceso oral, lleva consigo la necesidad de que el juez identifique desde el inicio del proceso las teorías que proponen las partes a efecto de resolver la controversia, que defina los problemas jurídicos, a efecto de estar preparado para dirigir adecuadamente la audiencia inicial, sin perjuicio de escuchar atentamente los argumentos que dentro del desarrollo de la misma expongan las partes, pues ello puede dar lugar a cambiar la percepción que durante la preparación de la audiencia haya logrado.

9. En síntesis, la tramitación el proceso oral, exige del juez mayores habilidades en materia de conducción de las audiencias, de instrucción e incluso, del ejercicio de los poderes correccionales con que cuenta.

10. La experiencia que poco a poco hemos ido adquiriendo en la práctica de la celebración de las audiencias, ha permitido que en la actualidad, incluso, se realicen audiencias simultáneas, obviamente en asuntos que lo permitan; tal circunstancia ha sido posible, por ejemplo, al resolver controversias de carácter laboral en las que se exponen identidad de hechos, pues se trata de reclamaciones realizadas por trabajadores que demandan el reconocimiento de una misma pretensión, procesos en los cuales, a pesar

de ser distinto el acto de la administrativo que se cuestiona, se valen de unas mismas circunstancias de hecho y de derecho a ser resueltas por el juez. En este tipo de situación, el juez puede hacer uso de su poder inquisitivo y citar a los diferentes actores de los diversos procesos, a una misma audiencia y en ella, incluso, dictar sentencia que resuelva la controversia de cada uno de ellos, lo que redundará en una justicia pronta y efectiva.

11. El sistema de juicio por audiencias es más desgastante para el juez. Es mayor el estrés que genera la preparación y la realización de las audiencias. Varios jueces han sido afectados por disfonías particularmente en los casos repetitivos como los de carácter laboral de serie o estereotipados.

12. Uno de los males típicos del sistema escrito es la procrastinación o arte de aplazar. La oralidad es un antídoto porque si se atiende el principio de la concentración, la decisión judicial hay que adoptarla en el momento oportuno, generalmente en la audiencia. El sistema escrito es propicio para la procrastinación, porque permite aplazar con relativa facilidad la decisión, sin que ello sea notorio. Por ello, en gran medida se explica la resistencia a la sentencia oral, porque se prefiere aplazar la redacción de la sentencia y luego proferirla por escrito.

13. La ambigüedad normativa y en algunos casos de genuinas antinomias en la L. 1437, ha generado interpretaciones jurídicas diversas de la ley procesal, lo que ha llevado a prácticas procesales que difieren de un despacho a otro.

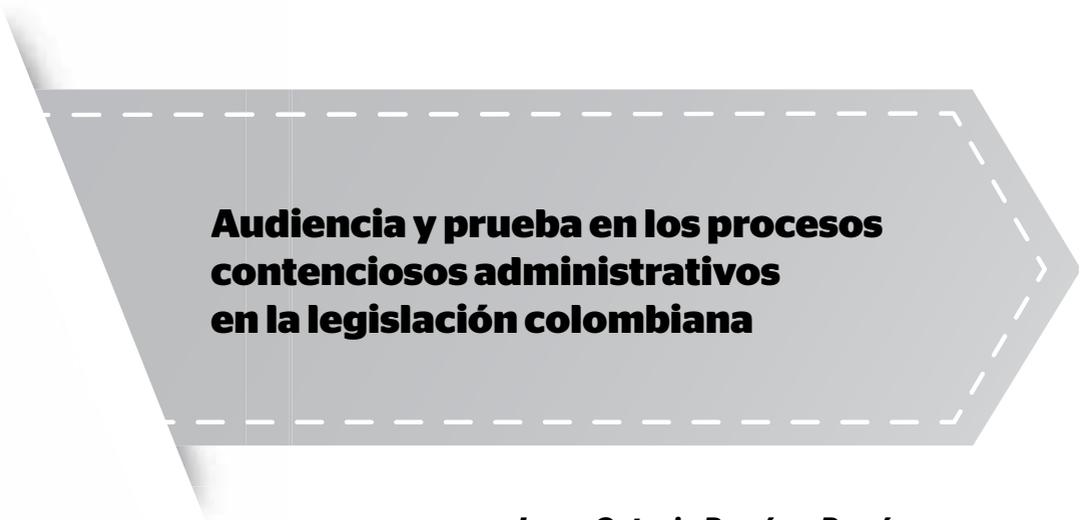
3. Conclusiones sobre oralidad

De todo lo anterior podemos concluir:

- Los tres años de experiencia en el juicio por audiencias ha permitido comprender con mayor nitidez las fortalezas y las debilidades, lo cual garantiza que se capitalice la experiencia y las buenas prácticas.
- La inmensa mayoría de los jueces y magistrados que han practicado la oralidad se han entusiasmado con el sistema, sienten que la función pública de administrar justicia tiene mayor reconocimiento y efectividad. Por ello son defensores del sistema, particularmente de la audiencia inicial, porque consideran que ello fortalece el Estado de Derecho.
- La experiencia y el empoderamiento del sistema oral por parte de los jueces y abogados, genera un clima propicio para un ajuste normativo de la L. 1437, lo cual permitirá encontrar el punto de equilibrio del juicio por audiencias acorde con las particularidades de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- Estamos esperanzados en que este viejo anhelo del proceso en audiencias tenga su mayor desarrollo y consolidación para así poder brindar una administración de justicia moderna, oportuna y eficaz.

- Es posible que no sea el remedio total a todos nuestros problemas de congestión, pero es evidente que este nuevo proceso tiene virtudes como también innumerables defectos, y es un riesgo que hay que tomar si se quiere una administración de justicia diferente y rápida.
- El proceso verbal es el futuro, por eso los anglosajones lo tienen hace mucho tiempo. El pasado es el sistema escrito, esa justicia estilo Luis XVI donde uno no conoce a sus jueces, nunca los ve, ni sabe quiénes son, y donde todo transcurre entre bastidores, detrás de las solemnidades y el sigilo de los despachos judiciales.
- En el nuevo sistema, el juez da la cara, es conocido; recauda y evalúa las pruebas ante las partes y dice en forma transparente y ante todos, el sentido y las razones de su decisión, en homenaje al principio de la transparencia y a la publicidad que deben guiar los procesos judiciales.

Para finalizar debemos decir que no hay posibilidades de una marcha atrás en la implementación del sistema de la oralidad a pesar de todas las dificultades presentadas; nuestra Jurisdicción se encuentra en plena transformación y por ello hay que brindarle todo nuestro esfuerzo y apoyo, a l sistema en este periodo de decantación y consolidación.



**Audiencia y prueba en los procesos
contenciosos administrativos
en la legislación colombiana**

Jorge Octavio Ramírez Ramírez

Sumario:

1. *Introducción: Estructura de la Rama Judicial en Colombia*; 2. *Integración normativa: La vigencia del Código General del Proceso en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*; 3. *Generalidades del sistema oral establecido en el Código General del Proceso*; 4. *El proceso por audiencias establecido en la Ley 1437*; 4.1. *Generalidades*; 4.2. *La audiencia inicial*; 4.2.1. *Generalidades*; 4.2.2. *Estructura de la audiencia inicial*²⁷; 4.2.2.1. *Saneamiento del proceso*; 4.2.2.2. *Decisión de excepciones previas*; 4.2.2.3. *Requisitos de procedibilidad*; 4.2.2.4. *La conciliación*; 4.2.2.5. *La fijación del litigio*; 4.2.2.6. *Decreto de pruebas*; 4.2.2.7. *Sentencia*; 4.2.2.8. *Otros*; 4.3. *La audiencia de pruebas*; 4.4. *La audiencia de alegaciones y juzgamiento*; 5. *Las pruebas en los procesos contenciosos administrativos*; 5.1. *Integración o remisión normativa con el Código General del Proceso*; 5.2. *Sistema mixto en materia probatoria*; 5.3. *Carga dinámica de la prueba*; 5.4. *Exclusión de la prueba por violación al debido proceso*; 5.5. *Medios de prueba y utilización de recursos electrónicos*; 5.6. *La prohibición de confesión de los representantes de entidades públicas y el informe*; 5.7. *El dictamen pericial*; 5.7.1. *Generalidades*; 5.7.2. *Deber de colaboración de las partes*; 5.7.3. *Contradicción del dictamen pericial*; 5.7.3.1. *Actuaciones que se deben realizar en la audiencia inicial*; 5.7.3.2. *Actuaciones que se deben realizar en la audiencia de pruebas*; 5.7.3.3. *Esquema sobre el proceso de contradicción de los dictámenes periciales*; 5.7.4. *Consecuencias de la inasistencia del perito*; 5.7.5. *Tacha por impedimento*; 5.7.6. *Honorarios de los peritos*

Resumen:

En Colombia coexisten dos estatutos procesales: el Código General del Proceso –Ley 1564– y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437–. El primero rige, por regla general, los procesos judiciales que se tramitan en la jurisdicción ordinaria; el segundo es aplicable a los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, el C.G.P. tiene vocación de generalidad para todos los procesos jurisdiccionales, ya que sus disposiciones se aplican “además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”.

La Ley 1437 no regula íntegramente los aspectos procesales y probatorios, por lo que se debe acudir al Código General del Proceso siempre “que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”. Esa integración o remisión normativa presenta problemas prácticos, especialmente en materia de audiencias y pruebas, dada las especialidades del proceso contencioso administrativo.

El procedimiento civil regulado en el C.G.P. puede calificarse como predominantemente oral. La Ley 1437 regula un proceso “mixto” con tendencia a la oralidad –proceso por audiencias–; el juez puede prescindir de las notas de oralidad y acudir a actuaciones propias de un sistema escritural.

1. Introducción: Estructura de la rama judicial en Colombia

El Estado colombiano está organizado en tres ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial y por organismos autónomos e independientes a dichas ramas, previstos para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, como las de control, banca central, organización electoral o preservación del medio ambiente, por citar solo unos ejemplos.

La Rama Judicial, que es la que interesa para el presente análisis, está conformada en términos generales por tres jurisdicciones¹: *i)* la constitucional, *ii)* la contenciosa administrativa y *iii)* la ordinaria.

De conformidad con el artículo 239 de la Constitución, la *jurisdicción constitucional* está integrada por la Corte Constitucional, órgano principal de esta jurisdicción, a quien se le confía la guarda de la integridad de la Constitución.

También la integra el Consejo de Estado, que tiene una función residual de control constitucional², y los demás jueces y magistrados –independientemente de la jurisdicción a la que pertenezcan–, cuando conocen de las acciones de tutela o amparo constitucional previstas para proteger los derechos fundamentales.

Por su parte, la *jurisdicción contenciosa administrativa*, tal como lo dispone el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante Ley 1437³, “está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”⁴

Igualmente conoce de los siguientes procesos: *i)* de responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable; *ii)* contractuales, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado; *iii)* los surgidos en virtud de contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes; *iv)* los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público; *v)* los que se originen en actos políticos o de gobierno; *vi)* los ejecutivos derivados de las

1 Se dice que, en términos generales, porque a la Rama Judicial también la integran las jurisdicciones especiales conformadas por los jueces de paz y las autoridades de los pueblos indígenas, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura –hoy Consejo de Gobierno Judicial, Gerencia de la Rama Judicial y Comisión Nacional de Disciplina Judicial–.

2 En los términos del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución, al Consejo de Estado le corresponde conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

3 En el argot colombiano, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o Ley 1437 se conoce como CPACA por sus iniciales.

4 Artículo 104 de la Ley 1437.

condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esa jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública e igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades; *vii*) de los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos sobre contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado; *viii*) de la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden y de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas; *ix*) de la solicitud de pérdida de investidura de los miembros de elección popular de las corporaciones públicas y; *x*) de las acciones populares y de cumplimiento.

El Consejo de Estado es el máximo órgano de la jurisdicción, pues desempeña la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. También hacen parte de esta jurisdicción los tribunales administrativos y los juzgados administrativos⁵.

Como puede verse, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el juez natural de la Administración Pública, más precisamente, de la función administrativa.

Los procesos que se adelantan en esta jurisdicción se rigen por la Ley 1437, código que también regula de manera completa las actuaciones y procedimientos administrativos, disposiciones que se aplican “a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas”⁶, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales.

A la *jurisdicción ordinaria* le corresponde conocer los conflictos surgidos entre los particulares y aquellos asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción⁷, para lo cual se divide en las especialidades civil, agraria, penal, familia y laboral.

La Corte Suprema de Justicia es el máximo organismo de esta jurisdicción, pues actúa como tribunal de casación. Igualmente, hacen parte de esta jurisdicción los juzgados municipales, los juzgados de circuito y los tribunales superiores de distrito.

Por regla general, los procesos judiciales que se tramitan en la jurisdicción ordinaria se rigen por el Código de Procedimiento Civil, estatuto que fue sustituido por el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), salvo que exista ley expresa que regule la especialidad como ocurre, por ejemplo, con los procesos penales o laborales.

No obstante, dicho código tiene vocación de generalidad para todos los procesos jurisdiccionales, ya que sus disposiciones se aplican “además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades

5 Artículo 106 de la Ley 1437.

6 Artículo 2 de la Ley 1437.

7 Artículo 15 de la Ley 1564 de 2012 (C.G.P.)

administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”⁸.

2. Integración normativa: La vigencia del Código General del Proceso en la jurisdicción de lo contencioso administrativo

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270, modificada por la Ley 1285), dispone que “las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley”⁹. Para el cumplimiento de dicho fin, ordena la adopción de “nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales”¹⁰.

En virtud de dicho mandato, el legislador expidió la Ley 1437 y el Código General del Proceso [(C.G.P.) Ley 1564], para regular el procedimiento contencioso administrativo y el procedimiento ante la jurisdicción civil u ordinaria, respectivamente.

La Ley 1437 no regula íntegramente los aspectos procesales. Ello impone, entonces, en virtud de la regla general expuesta, acudir al Código General del Proceso en los aspectos no regulados por aquel; mandato reiterado por el artículo 306 de la Ley 1437 que dispone:

ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Debe advertirse que la vigencia, la aplicación y la integración de la Ley 1437 y del Código General del Proceso han generado una serie de controversias y problemas entre los órganos jurisdiccionales. Estas bien pueden atribuirse a su reciente expedición, al hecho de que se trata de dos estatutos procesales que regulan de manera diferente situaciones iguales y a los fines que inspiraron al legislador de respetar la “especialidad” de la jurisdicción contenciosa administrativa que implica normas diferentes a las de los particulares. De hecho, gran parte de la opinión autorizada consideraba que era mucho más conveniente la expedición de un solo código o estatuto procesal para evitar, precisamente, la falta de certeza originada en la coexistencia de diversas regulaciones¹¹.

Con mayor razón si se tiene en cuenta que la Ley 1437 es un estatuto procesal con tendencia a la oralidad, mientras que el Código General del Proceso es eminentemente oral. Se dice que con tendencia a la oralidad porque el juez puede prescindir de las notas de oralidad y acudir a actuaciones propias de un sistema escritural, a diferencia de lo

8 Artículo 1° del C.G.P.

9 Artículo 4 de la Ley 270 de 1996.

10 *Ibidem*.

11 HERNÁNDEZ GÓMEZ, William. *Monitoreo de la Ley 1437 e integración normativa con el CGP –Fase II, 2014– 2015–*. Informe de investigación. Bogotá. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Septiembre de 2015.

previsto en el Código General del Proceso en el que la regla general (obligatoria, diríamos) es la oralidad.

Por tal razón, la integración o remisión normativa que ordena el artículo 306 de la Ley 1437 debe entenderse hecha a ese estatuto procesal (C.G.P.), más si se tiene en cuenta que sus disposiciones están acordes con el sistema procesal previsto para la jurisdicción contenciosa administrativa (proceso por audiencias), característica que no se predica de las del Código de Procedimiento Civil, estatuto que regula un proceso judicial completamente escritural.

No obstante, conviene advertir que para que se lleve a cabo la integración ordenada en el artículo 306 de la Ley 1437 se deben tener en cuenta las características propias del proceso contencioso administrativo que, como se dijo, puede calificarse como un proceso mixto porque mezcla elementos de un sistema escritural y de un sistema oral.

3. Generalidades del sistema oral establecido en el Código General del Proceso

El procedimiento civil regulado en el Código General del Proceso puede calificarse como eminentemente oral, ya que si bien tiene una necesaria fase escrita (correspondiente a la presentación de la demanda, su admisión, corrección, aclaración o reforma¹², así como a la contestación¹³ y la proposición de excepciones previas¹⁴), el desarrollo del proceso se realiza únicamente en dos audiencias: la inicial y la de juzgamiento.

La finalidad de la *audiencia inicial*¹⁵ es: *i)* sanear el proceso de los vicios que puedan acarrear nulidades u otras irregularidades del proceso; *ii)* realizar un interrogatorio “exhaustivo” a las partes sobre el objeto del proceso; *iii)* requerir a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión; *iv)* fijar el objeto del litigio, con precisión de los hechos que están demostrados y los que requieran ser probados; *v)* decretar las pruebas solicitadas por las partes y las que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos y; *vi)* fijar fecha y hora para la audiencia de instrucción y juzgamiento.

Sin perjuicio de la facultad de proponer fórmulas de arreglo el juez, además de decretar, puede practicar las pruebas que le resulten posibles, siempre y cuando estén presentes las

12 Artículos 82 a 96 del C.G.P.

13 Artículos 96 a 99 del C.G.P. En esta fase escrita también se incluye la posibilidad de que el demandado presente demanda de reconvencción (artículo 371 del C.G.P.) o haga un llamamiento en garantía (artículos 60 a 70 del C.G.P.).

14 Las excepciones previas están reguladas en los artículos 100 a 102 del C.G.P. En virtud de dicha regulación, las excepciones previas deben formularse en el término del traslado de la demanda y darse traslado de las mismas al demandante. Cuando no se requiera práctica de pruebas, el juez debe decidir sobre las excepciones antes de la audiencia inicial y, si prospera alguna que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsanada o no lo haya sido oportunamente, debe declarar terminada la actuación y ordenar devolver la demanda al demandante. Cuando se requiera la práctica de pruebas, el juez debe citar a la audiencia inicial y en ella, además de practicar las pruebas, debe resolver sobre las excepciones.

15 Artículo 372 del C.G.P.

partes. En ese caso, salvo que se requiera la práctica de otras pruebas, una vez escuchados los alegatos de las partes, *el juez deberá dictar sentencia dentro de la misma audiencia.*

Por su parte, la *audiencia de instrucción y juzgamiento*¹⁶ está prevista para: *i) practicar todas las pruebas decretadas, salvo que el juez considere algunas como innecesarias; ii) oír los alegatos de las partes; y iii) proferir la sentencia.*

El juez debe dictar la sentencia en forma oral. De no ser posible, deberá dejar constancia expresa de las razones concretas e informar esa circunstancia al órgano de administración de la Rama Judicial. Pero, en todo caso, debe anunciar el sentido de su fallo, con una breve exposición de sus fundamentos y emitir la decisión escrita dentro de los diez días siguientes.

Finalmente, se advierte que el artículo 107 del C.G.P. regula las reglas a las que deben sujetarse las audiencias y diligencias, de las cuales se destacan las siguientes por desarrollar los principios de inmediación, concentración y oralidad, propios de un proceso oral:

i) Toda audiencia debe ser presidida por el juez y, en su caso, por los magistrados que conozcan del proceso. La ausencia del juez o de los magistrados genera la nulidad de la respectiva actuación. Sin embargo, la audiencia podrá llevarse a cabo con la presencia de la mayoría de los magistrados que integran la sala, cuando la ausencia obedezca a un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito.

ii) Cuando se produzca cambio de juez que deba proferir sentencia en primera o segunda instancia, quien lo sustituya deberá convocar a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar. Oídas las alegaciones, se dictará sentencia según las reglas generales.

iii) Toda audiencia o diligencia se debe adelantar sin solución de continuidad. El juez deberá reservar el tiempo suficiente para agotar el objeto de cada audiencia o diligencia.

iv) Las intervenciones orales no pueden ser sustituidas por escritos. El acta se limitará a consignar el nombre de las personas que intervinieron como partes, apoderados, testigos y auxiliares de la justicia, la relación de los documentos que se hayan presentado y, en su caso, la parte resolutive de la sentencia.

4. El proceso por audiencias establecido en la Ley 1437

4.1. Generalidades

Como se dijo antes, a diferencia del procedimiento civil, el procedimiento contencioso administrativo es un sistema mixto y flexible porque mezcla elementos de un sistema escritural y de un sistema oral y le permite al juez prescindir de algunas actuaciones orales.

16 Artículo 373 del C.G.P.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 1437, el proceso contencioso administrativo está conformado por tres etapas, a saber:

i) La primera etapa se divide en dos sub-etapas o fases: una escrita y otra oral. La fase escrita es de preparación del proceso, ya que implica la presentación de la demanda, su admisión, inadmisión o rechazo, el traslado de la demanda, la reforma de la misma, su contestación, la presentación de excepciones, la formulación de demanda de reconvenición o llamamientos y la intervención de terceros¹⁷. La fase oral la constituye la *audiencia inicial*, que es la manifestación más evidente de la oralidad en el proceso contencioso administrativo.

ii) La segunda etapa la conforma la *audiencia de pruebas*, que tiene como finalidad la práctica de las mismas.

iii) La tercera etapa la comprende la *audiencia de alegaciones y juzgamiento*, que tiene como finalidad escuchar los alegatos de las partes y del Ministerio Público y anunciar el sentido del fallo.

Todas las etapas del proceso se caracterizan por estar regidas por el *principio de saneamiento*. En virtud de este el juez tiene el deber de efectuar un control de legalidad del trámite, una vez concluida cada etapa del proceso, para sanear los vicios que acarreen nulidades, “los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes”, al tenor de lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley 1437.

4.2. La audiencia inicial¹⁸

4.2.1. Generalidades

La audiencia inicial, prevista en el artículo 180 de la Ley 1437, tiene como propósito: i) solucionar y superar todo lo que pueda impedir un fallo de mérito, concentrando en ella la decisión de una serie de cuestiones que podemos calificar como de forma, con el objeto de depurar el proceso, para preparar y adoptar el fallo; ii) aclarar las posiciones de las partes, precisando, en una actitud dialógica, los aspectos controvertidos, los hechos, las pretensiones, las defensas y excepciones y la determinación de las pruebas o medios de convicción que sean estrictamente necesarios o indispensables para resolver el problema jurídico que subyace en la controversia suscitada entre las partes y; iii) generar espacios de acercamiento entre las partes, mediante mecanismos auto-compositivos del conflicto como la conciliación o la oferta de revocatoria directa del acto administrativo subjetivo demandado.

17 Con la aclaración de que en los procesos de simple nulidad es permitida la intervención de terceros incluso en la audiencia inicial (artículo 223 de la Ley 1437).

18 Este capítulo se fundamenta en el texto RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio. *La Audiencia Inicial*. En: El juicio por audiencias en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Guías procesales de casos típicos), Segunda Parte, Tomo II, Temas procesales especiales. Rama Judicial del Poder Público, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá, diciembre de 2012, p. 183 a 234. Publicación electrónica http://www.ejrlb.com/docs/423_segunda_parte_juicio_audiencias_cpaca.pdf (consultado el 15 de octubre de 2015).

En otras palabras, en la audiencia inicial se cumplen funciones saneadoras¹⁹, conciliadoras²⁰, depuradoras²¹ y ordenadoras²². Y eso es así por cuanto en dicha audiencia se tramitan y deciden aspectos relacionados con el saneamiento del proceso, las excepciones previas, la fijación del litigio, la posibilidad de la conciliación, las medidas cautelares y el decreto de pruebas.

La Ley 1437, a diferencia de lo consagrado en el Código General del Proceso, no obliga a las partes a asistir a la audiencia inicial: Su asistencia es opcional. Lo que sí es obligatoria es la asistencia de los apoderados de las partes.

Dicha regla ha sido criticada por muchos, pues desconoce la razón de ser de la oralidad, en tanto la intermediación es de doble vía: lo que se busca es que entre el juez y las partes sin intermediarios –que son las que conocen de manera directa el origen y razón de la controversia– depuren los hechos, los argumentos y los problemas jurídicos. Además, la intermediación, “como proximidad física entre el juez y las partes, es un acto de comunicación humana que dignifica las principales decisiones judiciales en la audiencia, de cara al ciudadano”²³.

También desconoce la importancia de la asistencia de las partes para dos momentos de la audiencia: la conciliación y la fijación del litigio. Esta última cuestión se agrava si se tiene en cuenta que la Ley 1437 deja a opción del demandado el contestar o no la demanda. Luego, el silencio del demandado no acarrearía ninguna consecuencia procesal, salvo que el juez las derive del artículo 241 del C.G.P. que le permite deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

Cabe advertir que si los apoderados no asisten, de todas maneras debe realizarse la audiencia y las decisiones adoptadas serán válidas y oponibles. Esta regla es semejante a la que trae el C.G.P. y solo será justificable la ausencia, para efectos sancionatorios²⁴, siempre que se trate de hechos que puedan calificarse como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito; conceptos mucho más restrictivos que el de justa causa.

Esa regla es manifestación del principio de concentración y continuidad, toda vez que si las audiencias se aplazaren continua e indefinidamente se desvirtuaría la razón de ser del juicio por audiencias, que busca que ellas, una vez iniciadas, finalicen y no sean objeto de suspensión o aplazamiento.

19 Sanear las irregularidades o nulidades procesales y preservar la regularidad del proceso mediante la resolución de las excepciones previas y la revisión de los requisitos de procedibilidad.

20 Busca abrir posibilidades para que las partes, mediante el uso de mecanismos de auto-composición logren solucionar sus diferencias.

21 Concertar con las partes o fijar los acuerdos o diferencias fácticas y normativas y precisar el problema jurídico a resolver.

22 Busca garantizar que el proceso se desarrolle de manera regular, válida y eficaz.

23 HERNÁNDEZ GÓMEZ, William. *Audiencia inicial y audiencia de pruebas. Ley 1437 de 2011*. XXI Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2015, p. 26.

24 Multas de 2 S.M.L.M.V.

Otra diferencia entre la Ley 1437 y el C.G.P., cuando se trata de jueces colegiados, es que la dirección de la audiencia inicial está a cargo del juez o magistrado ponente y no de toda la Sala.

Dicha regla general se consagró con el propósito de buscar la celeridad y eficacia en el proceso, a fin de salvar las dificultades que puede generar la falta de conformación de la sala, lo que, eventualmente, podría conducir a la suspensión de esta audiencia de trámite o sustanciación, afectando así el principio de concentración y la celeridad del proceso.

No obstante, debe tenerse en cuenta que cuando se vaya a proferir una decisión que dé por terminado el proceso o se vaya a dictar sentencia, es necesario que todos los magistrados que conforman la Sala, o su mayoría, estén presentes en la audiencia, so pena de que se configure nulidad por falta de competencia funcional del ponente.

Cabe anotar que esa competencia funcional para adoptar decisiones por el magistrado sustanciador o ponente, en el curso de las audiencias o por fuera de ellas, fue objeto de intenso debate.

El Consejo de Estado²⁵ armonizando algunas disposiciones del código, en apariencia contradictorias, concluyó que por regla general los autos que se profieran en el proceso deben ser dictados por el ponente. Pero, cuando se trate de providencias que pongan fin al proceso (como la decisión de una excepción previa), la competencia radica en la Sala o Sección.

Es algo paradójico que a pesar de que la Ley 1437 pretende poner el proceso contencioso administrativo a tono con la oralidad y las nuevas tecnologías, a diferencia de la regulación prevista en el Código General del Proceso, ordene levantar un acta de la audiencia que puede calificarse de extensa e, incluso, contradictoria con el principio de la oralidad. Lo anterior, en tanto debe contener, además de la identificación del juez y de las partes, los demás asuntos formales²⁶:

i) Un resumen del desarrollo de la audiencia en el que se indique, cuando participen en esta, el nombre de los testigos, los peritos, los intérpretes y demás auxiliares de la justicia, así como la referencia de los documentos leídos y de los otros elementos probatorios reproducidos, con mención de las conclusiones de las partes.

ii) Las solicitudes y decisiones producidas en el curso de la audiencia y las objeciones de las partes y los recursos propuestos.

iii) La constancia sobre el cumplimiento de las formalidades esenciales de cada acto procesal surtido en la audiencia.

25 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 25 de junio de 2014. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00395-01(IJ).

26 Artículo 183 de la Ley 1437.

iv) Las constancias en las que el juez, el magistrado ponente o la Sala, Sección o Subsección ordene registrar y las que soliciten las partes sobre lo acontecido en la audiencia.

v) Cuando así corresponda, el sentido de la sentencia.

Adicionalmente, la Ley 1437 permite que, en los casos en que el juez lo estime necesario, se realice una transcripción literal total o parcial de la audiencia o diligencia, cuando debería bastar con el audio o video de la misma.

4.2.2. Estructura de la audiencia inicial²⁷

La audiencia inicial, regulada en el artículo 180 de la Ley 1437, tiene como finalidad la realización de una serie de actuaciones encaminadas a darle efectividad, eficacia y celeridad al proceso.

Así las cosas, dicha audiencia está prevista para que el juez: *i)* realice un control de legalidad (etapa de saneamiento del proceso); *ii)* decida sobre las excepciones previas y mixtas; *iii)* verifique los requisitos de procedibilidad; *iv)* acerque a las partes y propicie espacios para la conciliación, de ser posible; *v)* fije el litigio; *vi)* decrete las pruebas; *viii)* decida sobre otros asuntos accesorios como medidas cautelares, incidentes, nulidades, apelaciones y; *ix)* dicte sentencia, de ser posible.

4.2.2.1. Saneamiento del proceso

Establece la Ley 1437 que el juez, de oficio o a petición de parte, debe resolver en la audiencia inicial lo atinente a los vicios que se hayan presentado y adoptar las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias.

Esa regla está acorde con otra más general, que ordena al juez efectuar un control de legalidad del trámite una vez concluida cada etapa del proceso, para sanear los vicios que acarreen nulidades. No obstante, la de la audiencia inicial es mucho más amplia, dado que tiene en cuenta los propósitos y fines de la audiencia preliminar, lo que supone que, además de las nulidades, otras irregularidades, las que fueren, deben sanearse en esa oportunidad procesal.

Así, en virtud de la potestad de saneamiento, el juez no solo controlará los presupuestos de regularidad de la demanda, sino también las circunstancias constitutivas de nulidad y aquellos hechos exceptivos previos que puedan afectar la validez y eficacia del proceso. Amén de aquellas otras irregularidades que puedan incidir en su desenvolvimiento, que no encajen en una u otra de las categorías mencionadas.

En otras palabras, el juez podrá en virtud de la facultad de saneamiento, controlar y constatar:

²⁷ RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio. *La Audiencia Inicial*, op. cit., p. 190–210.

i) Todos aquellos factores que pueden condicionar la validez del proceso, en su origen y desarrollo, tales como competencia del juez (falta de jurisdicción, de competencia o cláusula compromisoria); debida representación judicial de las partes, derecho de postulación; correcta vinculación de los demandados, de otras partes o de terceros; problemas de incorrecta notificación o ausencia de traslados; oportunidad para solicitar pruebas e integración del litisconsorcio necesario, mediante las nulidades procesales.

ii) Los requisitos que apuntan a la eficacia y regularidad del proceso: capacidad para ser parte; capacidad para comparecer al proceso; demanda en forma; procedimiento indicado en la ley; idoneidad y precisión de las pretensiones; indebida acumulación de pretensiones; integración del necesario contradictorio; citación de terceros; omisión de actuaciones procesales (reforma de la demanda, decisión del llamamiento en garantía, traslado de excepciones); caducidad; cosa juzgada; conciliación y transacción, mediante las excepciones previas.

iii) Los llamados requisitos de procedibilidad o previos para demandar²⁸: conciliación prejudicial, ejercicio de los recursos de ley en el trámite administrativo, constitución de renuncia, reclamación previa para la protección de un derecho colectivo, pago previo a la repetición, examen previo de la autoridad administrativa en el medio de control electoral.

iv) Todas aquellas otras irregularidades que sin ser catalogadas como nulidades procesales puedan afectar el normal desarrollo del proceso.

No está por demás anotar que el control de las nulidades u otras irregularidades que se presenten desde el origen, curso y terminación del proceso, no son del resorte exclusivo del despacho judicial. Las partes también pueden hacerlo por vía del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, de la proposición de excepciones previas y de las nulidades procesales, con las limitaciones que trae la ley, en virtud del principio de preclusión y de la inoponibilidad que consagra el C.G.P.²⁹, al cual debe acudir por vía de remisión normativa.

De todas maneras, en el ejercicio de la potestad de saneamiento, debe tenerse presente que lo se busca es la solución de todas aquellas irregularidades o vicios que puedan evidenciarse en esta etapa procesal. Esto, con el fin de que el proceso termine con una sentencia de mérito que ponga fin a la controversia, evitando la terminación temprana del proceso por meras irregularidades o por cuestiones formales subsanables, por su naturaleza o por la voluntad expresa o implícita de las partes.

28 Son aquellos que el actor debe cumplimentar ante la Administración para poder acudir en demanda ante el juez.

29 Artículo 102. Inoponibilidad posterior de los mismos hechos. Los hechos que configuran excepciones previas no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandante, ni por el demandado que tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones. Este es uno de los muchos casos en los cuales debe acudir al C.G.P. ante la falta de regulación del tema en la Ley 1437.

4.2.2.2. Decisión de excepciones previas

La decisión de las excepciones previas en la audiencia inicial es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.

La Ley 1437 no definió ni reguló las excepciones previas. Solo trata la posibilidad de formularlas por el demandado y su decisión en la audiencia inicial. Luego, en los otros aspectos no regulados y que sean compatibles con el proceso contencioso administrativo, deberá acudirse al Código General del Proceso.

Por ende, las excepciones previas, que deben ser objeto de especial y previo pronunciamiento en la audiencia inicial, son las relacionadas en el C.G.P., en virtud de la integración o remisión normativa prevista en la Ley 1437: *i)* falta de jurisdicción o de competencia; *ii)* compromiso; *iii)* inexistencia del demandante o del demandado; *iv)* incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado; *v)* falta de prueba de la calidad en que actúe demandante o demandado; *vi)* ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o indebida acumulación de pretensiones; *vii)* trámite o procedimiento distinto al que corresponde; *viii)* no integración del litis consorcio; *ix)* pleito pendiente; *x)* falta de citación de terceros interesados y; *xi)* notificación a persona distinta del demandado.

En ese punto, al igual que en materia de nulidades, el legislador colombiano optó por una relación taxativa, no enunciativa, de las excepciones previas, con la finalidad de dar certeza y seguridad a la relación jurídica procesal, evitando que se crearan otros “*hechos exceptivos*”, por vía de interpretación³⁰.

No obstante, la Ley 1437 también permite proponer y decidir como excepciones previas la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la prescripción extintiva, la falta de legitimación en la causa y la conciliación.

Las cuatro primeras, conocidas como excepciones mixtas, al igual que la falta de legitimación en la causa pueden formularse y decidirse como excepciones previas, lo que apareja que, si se demuestran, el órgano jurisdiccional debe declararlas probadas y dar por terminado el proceso en la audiencia. Procedimiento diferente al establecido para la jurisdicción ordinaria civil, pues el Código General del Proceso permite dictar sentencia anticipada, en cualquier estado del proceso, si se encontrare probada una de tales excepciones³¹.

Varios problemas genera el tratamiento de esas excepciones “*mixtas*” como objeto de especial y previo pronunciamiento, pues pueden dar lugar a que se termine de manera

30 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Dupre Editores, Bogotá, Décima Edición, 2009, 941 p.

31 Artículo 278 del C.G.P.

precipitada el proceso.³² Sin embargo, lo que busca el código es, precisamente, evitar un desgaste inútil de la jurisdicción, cuando es evidente su ocurrencia.

Eso, a nuestro juicio, lo que impone es un uso prudente de la potestad de declararla solo en aquellos casos en que es manifiesta, pues si hay duda debe seguir el proceso. Así las cosas, fue mejor regulada la figura en el Código General del Proceso.

Hay que agregar que el Código General del Proceso no se refiere a la conciliación como excepción previa y parece que fuera redundante tal previsión si se tiene en cuenta que si se trata de una conciliación (esto es, la autocomposición del conflicto por las partes), la “*excepción*” pertinente es la de la cosa juzgada. Lo anterior, toda vez que en materia contenciosa administrativa, el acuerdo entre la Administración y el particular supone siempre aprobación judicial, mediante providencia que hace tránsito a cosa juzgada³³ y, de otra parte porque, según la Ley 1437, es un requisito previo para demandar y su falta da lugar a la terminación del proceso.

Finalmente, debe advertirse que, pese a la claridad del mandato de la Ley 1437 respecto de la decisión de las excepciones previas en la audiencia inicial, se ha observado que en la práctica judicial algunos despachos tienen la costumbre de decidir sobre las mismas antes de la audiencia³⁴.

4.2.2.3. Requisitos de procedibilidad

De la regulación hecha en la Ley 1437, se infiere que para el legislador hay dos figuras diferentes: las excepciones previas, donde prima el principio de preclusión y convalidación, y, los requisitos de procedibilidad que, en principio, no son convalidables o renunciables.

Los requisitos de procedibilidad o “*requisitos previos para demandar*” son, fundamentalmente, la conciliación extrajudicial y la falta de interposición de los recursos obligatorios contra el acto administrativo demandado³⁵. La expresión categórica del código supone que el legislador quiso darles un tratamiento distinto al de las excepciones, como se deduciría del hecho de que no son convalidables, son oponibles y su falta, en todos los casos, dará lugar a la terminación del proceso.

32 Por eso el Consejo de Estado ha dicho que cuando la excepción corresponda a una de naturaleza perentoria o de mérito –como la prescripción extintiva de los derechos laborales–, destinada a atacar el derecho sustancial alegado por el demandante, tal asunto, por regla general, no puede debatirse ni menos resolverse en la audiencia inicial, ya que: a) la Ley 1437 consagra tan solo la potestad para resolver las excepciones previas en dicha audiencia y, b) el juez no puede emitir juicios valorativos sobre los documentos aportados al plenario, sorprendiendo a las partes con una decisión anticipada que tan solo puede darse en la sentencia que decida el mérito de las pretensiones –Consejo de Estado. Sala Unitaria. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Auto del 12 de marzo de 2014. Radicado 15001–23–33–000–2013–00558–01(0191–14)–.

33 Se justifica en razones de protección del patrimonio público, lo que explica, además, que no opera tal requisito en el caso de conciliaciones de derecho privado.

34 HERNÁNDEZ GÓMEZ, William. *Monitoreo de la Ley 1437 e integración normativa con el CGP*, op. cit., p. 13.

35 El artículo 161 de la Ley 1437 relaciona otros que tienen que ver con las acciones populares y de cumplimiento o con las pretensiones de repetición y electorales.

Sin embargo, tal regla ha sido modulada por la jurisprudencia al darle prevalencia al derecho sustancial sobre el formal, específicamente frente a la convalidación, atendiendo su finalidad, el hecho de que en la audiencia inicial se prevé una fase de arreglo o conciliación y de que, por último, puede implicar una restricción injustificada, según el caso, al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho que los requisitos formales para demandar (como lo es la conciliación prejudicial) no pueden impedir que se profiera una decisión de fondo cuando no se controlaron en las etapas anteriores a la sentencia³⁶.

4.2.2.4. La conciliación

A pesar de que la regla general es la conciliación extrajudicial, lo que permitiría pensar que su celebración en la audiencia inicial genera una duplicidad innecesaria, el legislador autorizó al juez o magistrado ponente para agotar nuevamente esa etapa, si lo considera conveniente.

La razón es clara: en la audiencia inicial el juez ya tiene un panorama que si bien no puede calificarse como definitivo, es mucho más amplio en lo que toca con el problema jurídico, las posiciones de las partes, las pruebas aportadas, etc, más propicio para el acuerdo, que el existente o conocido en la conciliación extrajudicial.

En esas condiciones, no solo está en posibilidad de proponer fórmulas de arreglo, sino en terminar anticipadamente el conflicto, mediante la conciliación: un mecanismo de autocomposición, que realiza valores como la paz social, el diálogo y la convivencia pacífica, amén de las ventajas que representa para la justicia y las partes, en términos de costos, eficacia y oferta de justicia.

Algunos han criticado esta fase de la audiencia inicial y en general la conciliación judicial, porque consideran que afecta el principio de imparcialidad del juez, al tener que presentar fórmulas de arreglo o de acercamiento.

Sin embargo, tal tesis parte de la idea del juez como tercero imparcial y neutro, que no puede actuar proactivamente, toda vez que desequilibraría la igualdad de las partes, cuando la imparcialidad debe definirse en función de “la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la Ley y la preservación del orden jurídico”³⁷, atendiendo el mandato de la Ley 1437.

Dentro de esos mecanismos de autocomposición, se encuentra también la llamada oferta de revocatoria del acto administrativo en sede judicial, que consagra la Ley 1437 y

36 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 13 de febrero de 2014, radicado 11001-03-15-000-2013-02489-00, Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 16 de julio de 2015, radicado 11001-03-15-000-2014-03291-00, Consejera ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

37 Artículo 103 de la Ley 1437.

que permite a la administración “ofrecer” a la parte demandante, en los términos y condiciones fijadas en la ley, la revocatoria de los actos administrativos demandados, para que, si este lo acepta, se dé por terminado el proceso.

Dicha oferta puede provocarse de oficio o a petición de parte o del Ministerio Público, previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta debe señalar los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, la deberá poner en conocimiento del demandante, quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto. En ese evento, el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

4.2.2.5. La fijación del litigio

Uno de los propósitos fundamentales de la audiencia inicial es depurar el proceso y precisar y reducir el problema o los problemas jurídicos que deben resolverse en la sentencia.

Si en alguna etapa de la audiencia inicial se cumple ese propósito, es precisamente en esta, pues el funcionario judicial, con la colaboración de las partes y terceros, debe precisar los extremos de la demanda (hechos y pretensiones), los fundamentos de derecho, la contra-demanda, la contestación de la demanda y los otros conexos; a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción civil, en tanto el Código General del Proceso delimita la fijación del litigio a establecer los hechos que se encuentran demostrados y los que requieren ser probados.

En fin, en la etapa de fijación del litigio de la audiencia inicial prevista en la Ley 1437 se debe buscar que las pretensiones presenten una estructura adecuada, completa, clara y coherente, en relación con sus elementos: sujetos, objeto y razón; que los hechos enunciados sean relevantes o trascendentes, que no sean contradictorios; que los fundamentos de derecho se expongan de una manera adecuada, clara y precisa; que las excepciones reúnan esos mismos atributos y, que se logre suficiente claridad sobre los hechos, esto es, los aceptados por las partes o los que deben ser objeto de prueba.

Estas son pautas que debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional, bajo la idea de que con su concurso se busca que las partes expliquen y precisen las pretensiones y excepciones de mérito y, además, busquen puntos de acuerdo en relación con las circunstancias fácticas o hechos que rodean la controversia.

De allí que no pueda considerarse como una oportunidad adicional para reformar la demanda o adicionar la contestación, pues ese no es el propósito; tampoco, para que el juez sustituya a las partes en lo que tiene que ver con las pretensiones o excepciones o en la determinación de los hechos controvertidos, pues eso no es de su resorte.

4.2.2.6. Decreto de pruebas

En la audiencia inicial, el juez debe decretar las pruebas pedidas por las partes, por los terceros intervinientes o las que de oficio considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad.

Son tres los criterios orientadores que el juez debe tener en cuenta para decretar las pruebas del proceso: *i)* que sean necesarias, esto es, que se requieran para adoptar una debida fundamentación de la decisión; *ii)* que tengan por objeto probar hechos sobre los cuales exista disconformidad y; *iii)* que sean indispensables para esclarecer la verdad³⁸.

Por tal razón, uno de los aspectos importantes de la fijación del litigio, al depurar el proceso, es el atinente al objeto de la prueba, pues, en principio, debe circunscribirse a los hechos controvertidos: aquellos que son objeto de proposiciones contradictorias o sobre los cuales hay disconformidad.

Todo, bajo la idea que el concepto de necesidad de la prueba, no excluye los criterios clásicos de *utilidad* de la prueba (que sirva o aproveche al proceso), *pertinencia* (que sirva para demostrar el hecho que se alega) y *conducencia* (que el hecho pueda demostrarse, de acuerdo con la ley, con el medio de prueba solicitado), que deberán tenerse en cuenta para efectos de su decreto.

Al respecto, el Código General del Proceso (que en materia de pruebas se aplica por remisión) faculta al juez para que, mediante providencia motivada, rechace las pruebas notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles; conceptos a los que el juez puede acudir, por ejemplo, cuando el hecho está plenamente demostrado en el proceso, cuando se trata de desvirtuar hechos que han sido objeto de juzgamiento, cuando se puede probar mejor por otro medio probatorio, cuando se trata de probar negaciones indefinidas o hechos que no han existido o, cuando se solicitan documentos que obran en el expediente administrativo.

Igualmente, el juez puede rechazar la solicitud de pruebas cuando: *i)* se trate de pruebas ilícitas; *ii)* la parte que solicita la prueba pudo conseguirla directamente o mediante derecho de petición; *iii)* las pruebas son extemporáneas y/o; *iv)* la solicitud de pruebas no reúne los requisitos legales.

Una discusión en materia de aporte de la prueba tiene que ver con el rechazo de la prueba si la parte pudo obtenerla directamente o por medio del derecho de petición.

Esta regla, contenida en el Código General del Proceso, encaja en el propósito del legislador de que las partes aporten esas pruebas con la demanda o con la contestación, en razón a la eficacia y agilidad del proceso, al punto que lo consagra como un deber de los apoderados.

38 HERNÁNDEZ GÓMEZ, William. *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*, op. cit., p. 112.

Para algunos esa norma no es compatible con el proceso contencioso administrativo, que respecto con el aporte de pruebas contiene una orientación y regla explícita especial. Primero, porque es facultativo de las partes aportarlas con la demanda y la contestación. Segundo, porque en esa materia la obligación de la Administración (generalmente la parte demandada) es aportar al proceso los antecedentes administrativos (prueba documental) de la actuación objeto del proceso. Tercero, porque no puede limitarse el derecho a la prueba³⁹.

El auto que decreta las pruebas solicitadas por las partes es susceptible del recurso de reposición, de acuerdo con la regla general prevista en la Ley 1437. El auto que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba es apelable en efecto devolutivo, siempre y cuando quien lo profiera sea un juez unipersonal. Si se trata de juez colegiado (tribunales), si bien la competencia recae en el magistrado sustanciador, la decisión solo es objeto de recurso de reposición, por expresa previsión legal.

4.2.2.7. Sentencia

La Ley 1437 autoriza que en la audiencia inicial se pueda dictar sentencia, previo traslado para alegar, prescindiendo de la audiencia de pruebas, cuando se trate de asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas.

Tratándose de asuntos de puro derecho no parece existir problema, pues allí la cuestión fáctica no es relevante. Los problemas se pueden presentar cuando los hechos son controvertidos (no hay acuerdo de las partes) y no se requiere la práctica de pruebas.

Allí radica el concepto de necesidad de la prueba, que bien podría expresarse así: Si los hechos son incontrovertidos, porque las partes están de acuerdo sobre ellos, el juez puede dictar sentencia; si los hechos son controvertidos, pero, de acuerdo con el criterio del juez, aparecen probados con los medios de convicción aportados al proceso, también lo puede hacer, porque no hay necesidad de practicar pruebas⁴⁰. Por el contrario, si los hechos son controvertidos y son necesarios otros medios de convicción, el juez no podrá dictar sentencia.

Esta última hipótesis (no fuere necesario practicar pruebas) exige del juez una actitud enmarcada en la prudencia y el buen juicio, de manera tal que no desconozca los derechos de los justiciables, pero que tampoco frustre la posibilidad de obtener una sentencia pronta y ajustada a la realidad de los hechos.

La decisión del juez de prescindir de la audiencia de pruebas puede ser objeto del recurso de apelación, si es proferida por un juez unitario. Cuando se trate de juez colegiado, la decisión solo puede ser objeto de recurso de reposición o súplica ante la Sala, según el caso.

39 HERNÁNDEZ GÓMEZ, William. *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*, op. cit., p.127-128.

40 Eso ocurre, generalmente, cuando la prueba necesaria es documental y fue aportada por las partes con la demanda o con la contestación.

4.2.2.8. Otros

En la audiencia inicial pueden surgir otros temas accesorios que, sin suspender el curso del proceso, deben resolverse en esa etapa judicial, en virtud del principio de concentración.

Tal es el caso de la solicitud y decisión de las medidas cautelares, ya que el artículo 229 de la Ley 1437⁴¹ permite que se haga en cualquier etapa del proceso, y de los incidentes regulados en el artículo 209 de la Ley 1437⁴², entre los que se encuentra el de nulidad.

Si bien el trámite previsto en la Ley 1437 para los incidentes dispone que los mismos se deben proponer verbalmente durante la audiencia y decidir en la misma, si es posible, o en la siguiente, en la práctica judicial se ha presentado, en muchas ocasiones, que las partes presentan, por ejemplo, una solicitud de nulidad antes de la celebración de la audiencia inicial.

En la práctica se pudo constatar que si bien la mayoría de los despachos deciden la solicitud en la audiencia inicial (54%), otros tramitan el incidente por escrito y antes de la audiencia (34%) y un grupo más reducido da trámite y decide la solicitud de nulidad en la audiencia (14%)⁴³.

4.3. La audiencia de pruebas

La audiencia de pruebas tiene por objeto practicar las decretadas en la audiencia inicial, razón por la cual se constituye en la materialización del derecho de contradicción y defensa.

41 Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

42 Artículo 209. Incidentes. Solo se tramitarán como incidente los siguientes asuntos:

1. Las nulidades del proceso.

2. La tacha de falsedad de documentos en el proceso ejecutivo sin formulación de excepciones y las demás situaciones previstas en el Código de Procedimiento Civil para ese proceso.

3. La regulación de honorarios de abogado, del apoderado o sustituto al que se le revocó el poder o la sustitución.

4. La liquidación de condenas en abstracto.

5. La adición de la sentencia en concreto cuando entre la fecha definitiva y la entrega de los bienes se hayan causado frutos o perjuicios reconocidos en la sentencia, en los términos del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

6. La liquidación o fijación del valor de las mejoras en caso de reconocimiento del derecho de retención.

7. La oposición a la restitución del bien por el tercero poseedor.

8. Los consagrados en el capítulo de medidas cautelares en este Código.

9. Los incidentes previstos en normas especiales que establezcan procesos que conozca la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

43 HERNÁNDEZ GÓMEZ, William. *Monitoreo de la Ley 1437 e integración normativa con el CGP*, op. cit., p. 17–18.

La competencia para presidir y dirigir la audiencia, así como para tomar las decisiones necesarias para su desarrollo, radica en el juez o magistrado sustanciador (en caso de jueces colegiados), previsión que ha tenido algunos contradictores, por cuanto, en su sentir, desnaturaliza el principio de inmediación en materia probatoria. No obstante, se considera que dicha norma también desarrolla otros principios como la celeridad y eficacia del proceso que, como se expuso antes, se podrían ver limitados por la complejidad que reviste una decisión o conformación de un juez plural.

La audiencia debe llevarse a cabo, sin interrupción, durante los días consecutivos que sean necesarios, sin que se pueda exceder de quince. Sin embargo, el legislador previó dos supuestos en los que el juez estaría facultado (de manera excepcional) para suspender la audiencia:

i) Cuando sea necesario dar traslado de la prueba, de su objeción o de su tacha, por el término fijado por la ley.

ii) A criterio del juez, cuando atendiendo la complejidad, lo considere necesario.

La eficacia de esta norma, sin embargo, es discutible dado el número de procesos que maneja cada juzgado y el aumento excesivo de la demanda de justicia.

Desde la entrada en vigencia de la Ley 1437 (2 de julio del año 2012) hasta el 31 de diciembre de 2014, han ingresado 450.936 procesos para distribuir en 401 despachos judiciales; en promedio 1125 procesos por despacho⁴⁴.

Del 1º de enero al 30 de abril de 2015 han ingresado 81.371 procesos (54.491 ordinarios, que corresponde al 67% de la carga laboral, y 26.880 acciones de tutelas o recursos de amparo constitucional, que equivale al 33% de la carga de cada despacho). Sobre esa base, la carga se ha incrementado en 1327 procesos (220 por despacho en cuatro meses)⁴⁵.

Algunas dudas han surgido también, en cuanto a la obligatoriedad de celebrar esta audiencia cuando la única prueba por recaudar es documental, pues su finalidad sería solamente la incorporación formal de los documentos al proceso. Un estudio de campo permitió concluir que el 85% de los despachos encuestados tienen como práctica realizar la audiencia de pruebas aunque solo sea para incorporar documentos; el 15% restante no realiza la audiencia de pruebas en esos eventos⁴⁶.

En todo caso, la audiencia de pruebas también es la oportunidad procesal para que las partes desistan de las pruebas decretadas o para tachar de falso algún documento incorporado al proceso⁴⁷.

44 Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. La Jurisdicción Contenciosa Administrativa, una jurisdicción en transformación. Informe. Bogotá, abril de 2015.

45 Información suministrada por el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa–, Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico.

46 HERNÁNDEZ GÓMEZ, William. *Monitoreo de la Ley 1437 e integración normativa con el CGP –Fase II, 2014–2015–*. Informe de investigación. Bogotá. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Septiembre de 2015, p. 15.

47 Artículo 269 del C.G.P.

En cuanto al desistimiento debe advertirse que, al tenor del Código General del Proceso, solo está permitido frente las pruebas no practicadas, salvo que se trate de un documento que haya sido tachado de falso. Las demás pruebas una vez practicadas no pueden ser desistidas, pues en virtud del principio de la comunidad de la prueba, esta no pertenece a quien la aporta o solicita, sino al proceso, independientemente de los efectos que produzca.

4.4. La audiencia de alegaciones y juzgamiento

La tercera y última etapa del trámite del proceso ordinario previsto en la Ley 1437 es la audiencia de alegaciones y juzgamiento, la que debe ser presidida por el juez, o la sala o sección en caso de jueces colegiados.

Dicha etapa tiene como finalidad escuchar los alegatos de los sujetos procesales (demandante, demandado, terceros, Ministerio Público y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado) y, además, en caso de que el juez lo considere necesario, interrogar a los intervinientes sobre lo planteado en los alegatos.

A pesar de que la audiencia se denomina también como de “*juzgamiento*”, no tiene como objetivo proferir sentencia, pues la Ley 1437 solo contempla la posibilidad (no el deber) de que el juez informe el sentido de la sentencia en forma oral, evento en el cual la debe consignar por escrito dentro de los diez días siguientes.

En el caso de que el juez no indique el sentido de la sentencia debe proferirla por escrito dentro de los treinta días siguientes a la celebración de la audiencia, pero, en todo caso, debe dejar constancia en la audiencia del motivo por el cual no es posible indicar el sentido del fallo.

El juez puede prescindir de la celebración de esta audiencia cuando la considere innecesaria, y ordenará que los alegatos se presenten por escrito, como ocurrirá con la sentencia. De hecho, en promedio, el 83.5% de los despachos del país no citan a audiencia de alegaciones y juzgamiento o solo lo hacen en un 20% de los casos⁴⁸.

Algo semejante ocurre con el fallo en segunda instancia, pues el superior podrá prescindir de la audiencia oral y optar por un trámite escrito, como ocurre en la gran mayoría de los casos. Téngase en cuenta que una vez concedido el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el superior debe decidir sobre su admisión y señalar fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, salvo que la considere innecesaria. En ese evento, debe ordenar la presentación de los alegatos por escrito y proferir la sentencia de la misma forma.

48 HERNÁNDEZ GÓMEZ, *Monitoreo de la Ley 1437 e integración normativa con el CGP*, op. cit., p. 16–17.

5. Las pruebas en los procesos contenciosos administrativos

5.1. Integración o remisión normativa con el Código General del Proceso

La Ley 1437 dispone que “en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil”⁴⁹ (hoy Código General del Proceso).

La regulación en materia de pruebas hecha en la Ley 1437 no es exhaustiva, pues solo se refirió a: *i*) las oportunidades probatorias; *ii*) las pruebas de oficio; *iii*) la exclusión de la prueba por violación al debido proceso; *iv*) la utilización de medios electrónicos para efectos probatorios; *v*) la declaración de representantes de las entidades públicas; *vi*) la presentación de dictámenes por las partes y su contradicción y; *vii*) los honorarios del perito⁵⁰.

Si bien en otros artículos de la Ley 1437 se regulan temas atinentes a la pruebas⁵¹, ante la ausencia de regulación sobre todas las materias probatorias⁵², debe concluirse que en esta materia opera la integración normativa con el Código General del Proceso (dada la sustitución del Código de Procedimiento Civil), pero solo en lo que no esté expresamente regulado en la Ley 1437.

5.2. Sistema mixto en materia probatoria

El materia probatoria, el proceso contencioso administrativo puede calificarse como un sistema mixto, en tanto si bien es esencialmente dispositivo, ya que las partes tienen la carga de aportar y solicitar los medios de prueba en que sustentan sus afirmaciones, también combina elementos de un proceso inquisitivo, toda vez que el juez tiene la potestad de decretar pruebas de oficio para el esclarecimiento de la verdad.

En efecto, la Ley 1437 regula las oportunidades que tienen las partes para aportar o solicitar pruebas, así:

49 Artículo 211 de la Ley 1437.

50 Artículos 212 a 222 de la Ley 1437.

51 Deber de colaboración, cumplimiento de las cargas procesales y probatorias (artículo 10); comisión para la práctica de pruebas y diligencias por parte del Consejo de Estado (artículo 117); prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño (artículo 142); deber de aportar con la demanda y la contestación las pruebas que pretendan hacer vale y deber de aportar las que se encuentren en su poder (artículos 162.5 y 175.4); anexos de la demanda (artículo 166); pruebas de normas jurídicas de alcance no nacional (artículo 167); reforma de la demanda (artículo 173.2); deber de allegar el expediente administrativo y la historia clínica (artículo 175); Allanamiento a la demanda y transacción (artículo 176); etapas del proceso (artículo 179.2); decreto de pruebas en el proceso ordinario y práctica de pruebas para decidir excepciones previas (artículo 180); audiencia de pruebas (artículo 181); las pruebas en las medidas cautelares (artículo 231); recurso contra el auto que prescinde de la audiencia de pruebas (artículo 243.8); recurso contra el auto que deniegue el decreto o práctica de una prueba (artículo 243.9); audiencia de pruebas en procesos electorales (artículo 285).

52 Por citar algunos ejemplos, en la Ley 1437 no se define el concepto de prueba judicial, ni se regulan temas relativos a los elementos, requisitos y principios que deben regir a las pruebas, los medios de prueba admisibles, presunciones probatorias, supuestos de hecho exentos de prueba, carga y apreciación de la prueba, pruebas practicadas en el extranjero, pruebas extra proceso o trasladadas, entre otros.

i) En *primera instancia*, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas la demanda y su contestación, la reforma de la misma y su respuesta, la demanda de reconvencción y su contestación, las excepciones y la oposición a las mismas, y los incidentes y su respuesta, en este último evento, circunscritas a la cuestión planteada.

ii) En *segunda instancia* solo es procedente pedir pruebas cuando se trate de apelación de sentencia, la cual debe efectuarse en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso.

El juez solo las podrá decretar cuando: i) las partes las pidan de común acuerdo; ii) decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento; iii) versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos; iv) se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y/o; v) se trate de desvirtuar las pruebas que se presenten para acreditar hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad probatoria (literal c) o que las que no pudieron solicitarse por caso fortuito o fuerza mayor (literal d), las cuales deberán pedirse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.

La facultad oficiosa del juez para decretar pruebas opera en dos momentos. Uno, al decretar pruebas en la audiencia inicial, necesarias para la búsqueda de la verdad y, dos, antes de dictar sentencia para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda.

Dicha "*facultad*", más que una potestad, ha sido considerada como una verdadera obligación, al punto de que por vía del recurso de amparo constitucional o de tutela, se ha ordenado a los jueces su decreto.

Para la Corte Constitucional, las pruebas de oficio son legítimas y necesarias si se parte de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas. Así las cosas, de acuerdo con su precedente, el funcionario judicial está en la obligación de decretar pruebas oficiosamente: i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material.⁵³

Cuando se trate de *controvertir las pruebas decretadas de oficio*, las partes pueden aportar o solicitar nuevas pruebas dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta, siempre que fueren indispensable para contraprobarlas.

53 Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-768 de 2014.

No obstante las oportunidades anteriores, la Ley 1437 también autoriza al juez para que al momento de decidir sobre el allanamiento a la demanda, cuando advierta fraude o colusión o lo pida un tercero que intervenga en el proceso, rechace dicho allanamiento y decrete las pruebas de oficio que considere necesarias.

En todos los casos, el auto por el que se decreta una prueba de oficio es objeto del recurso de reposición, de acuerdo con la regla general prevista en el artículo 242 de la Ley 1437.

5.3. Carga dinámica de la prueba

De conformidad con el Código General del Proceso, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (sistema procesal dispositivo).

No obstante, en virtud de la carga dinámica de la prueba (concepto que pese a no tener regulación expresa en materia contenciosa administrativa ha sido desarrollado desde hace varios años por la jurisprudencia del Consejo de Estado y recientemente positivizado en el Código General del Proceso) el juez puede, según las particularidades del caso de oficio o a petición de parte, distribuir la carga de la prueba, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en la situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

Dicha potestad la puede ejercer el juez al decretar las pruebas (que sería lo ideal para no sorprender a la parte), pero también durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar.

Para efectos de invertir la carga probatoria, se considera que está en mejor posición para probar, la parte que tiene cercanía con el material probatorio en razón a que: *i)* tiene en su poder el objeto de prueba; *ii)* por circunstancias técnicas especiales puede realizar el objeto de la prueba o; *iii)* intervino directamente en los hechos que dieron lugar al litigio.

En virtud de la carga dinámica de la prueba, el juez también está facultado para invertir la carga probatoria cuando considere que la parte a la que inicialmente le corresponde probar un determinado hecho se encuentra en estado de indefensión o de incapacidad en relación con la contraparte, “entre otras circunstancias similares” que no precisó el legislador, dejando abierta la posibilidad para que el juez, dentro de su arbitrio, decida cuándo invertir la carga de la prueba, siempre que dicha decisión sea razonable y justificable.

5.4. Exclusión de la prueba por violación al debido proceso

La Ley 1437, en desarrollo de lo previsto la Constitución, dispone que “toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia ne-

cesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas”⁵⁴.

Si bien esa disposición es también una materialización del principio al debido proceso, el legislador guardó silencio sobre la oportunidad procesal para que el juez pueda excluir tal prueba.

Algunos han considerado que el momento ideal para excluir la prueba es la sentencia, en aras de no dilatar el trámite procesal⁵⁵, posición que no comparten otros autores porque la parte afectada con la exclusión no tendría oportunidad de oponerse a la decisión o de analizar el material probatorio sin la prueba o pruebas excluidas.

En ese sentido, consideran más acorde con el proceso por audiencias y el derecho de defensa de las partes, que la prueba obtenida con violación al derecho de defensa debe ser excluida: *i)* en la audiencia inicial, si el juez advierte de la ilicitud al momento de admitir la demanda; *ii)* en el trámite incidental de nulidad o; *iii)* durante su práctica o al momento de las alegaciones, si se percata con posterioridad a la etapa inicial, caso en el cual deberá excluirla inmediatamente antes del fallo⁵⁶.

5.5. Medios de prueba y utilización de recursos electrónicos⁵⁷

De acuerdo con lo previsto en el Código General del Proceso, son medios de prueba admisibles en un proceso judicial: *i)* la declaración de parte, *ii)* la confesión, *iii)* el juramento, *iv)* el testimonio de terceros, *v)* el dictamen pericial, *vi)* la inspección judicial, *vii)* los documentos, *viii)* los indicios, *ix)* los informes y, *x)* cualquier otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez.

Igualmente, tal como lo dispone la Ley 1437, es válida la utilización de medios electrónicos para efectos probatorios, de conformidad con las normas que regulan la materia.

Así, según el artículo 171 del C.G.P. el juez y las partes, por razón del territorio o por otras causas, pueden hacer uso de la informática y las telecomunicaciones para practicar las pruebas, ya sea mediante videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, la concentración y la contradicción.

También, según lo dispuesto en la Ley 1437, cuando el acto demandado no ha sido publicado o se deniegue la copia o la certificación sobre su publicación, se podrá indicar que se encuentra en el sitio web de la respectiva entidad para todos los fines legales.

54 Artículo 214 de la Ley 1437.

55 HERNÁNDEZ GÓMEZ, William. *Audiencia inicial y audiencia de pruebas. Ley 1437 de 2011*. XXI Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2015, p. 172.

56 NAMÉN VARGAS, Álvaro. *Las pruebas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. En: Justicia contencioso administrativa, avances, retos y metas. Por una pronta y cumplida justicia administrativa, abierta al mundo. Consejo de Estado, Bogotá, septiembre de 2015, p. 67.

57 NAMÉN VARGAS, Álvaro. *Los medios de prueba electrónicos*. En: 100 años Jurisdicción Contencioso Administrativo. XX Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por una justicia eficaz, moderna y económica. Bogotá, septiembre de 2014, p. 65–77.

Bajo esa misma orientación el Código, si bien preserva la obligación de aportar las normas jurídicas de alcance no nacional que se invoquen como violadas, prevé que no será necesario acompañar una copia física cuando se encuentren disponibles en el sitio web de la entidad pública correspondiente, caso en el cual se deberá indicar el sitio de internet respectivo; regla que es reiterada en C.G.P., referida particularmente a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas.

5.6. La prohibición de confesión de los representantes de entidades públicas y el informe

La Ley 1437 prevé que la confesión de los representantes de las entidades públicas, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas, no tendrá valor alguno. En consecuencia, si bien la norma no lo dice, tampoco podrá llamarse a interrogatorio de parte a los representantes porque “al prohibirse la confesión de tales funcionarios es apenas obvio que no se pueda acudir a ese mecanismo para provocarla”⁵⁸.

Dicha prohibición se fundamenta en:

i) el interés general y el patrimonio público confiado a los agentes del Estado (artículos 1º y 2º C.P.), que se podría ver comprometido con la declaración de los mismos y *ii)* el principio de legalidad que gobierna las actuaciones de todas las autoridades de la República (artículos 1º a 4º, 6º, 121 y 122 C.P.), pues una manifestación de parte de estos sin la observancia de las normas que establecen las formas y requisitos previstos por el orden jurídico para adelantar las actuaciones administrativas y expedir actos vinculantes para la administración alteraría el sistema y los fundamentos de la competencia que se atribuyen a los entes públicos⁵⁹.

En lugar de la confesión y la declaración de parte, el legislador previó la posibilidad de que se le solicite al representante administrativo de la entidad que rinda un informe escrito, bajo juramento, sobre los hechos. Dicho informe deberá rendirse dentro del término señalado por el juez y, si no se remite en oportunidad, sin motivo justificado, o no se rinde en forma explícita, podrá ser sancionado con una multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Además, se considera que la omisión de rendir informe podría constituirse en un indicio, conforme lo dispone el Código General del Proceso, lo que en ningún caso puede confundirse con la confesión.

Debe advertirse, igualmente, que las respuestas dadas por el representante legal en el informe, no tienen el carácter de confesión, ni pueden valorarse como tales (ya que está prohibida), ni pueden apreciarse como una declaración testimonial (en tanto no proviene de un tercero)⁶⁰.

58 BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Librería Señal Editora, Octava Edición, Medellín, 2013, p. 458.

59 NAMÉN VARGAS, Álvaro. *Las pruebas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, op. cit., p. 62.

60 BETANCUR JARAMILLO, op. cit., p. 461–462.

No obstante, lo anterior no quiere decir que el informe del representante no deba estar conforme con la realidad. El hecho de que una entidad pública demandada asuma como cierto uno o varios hechos, no comporta ni tiene los efectos jurídicos de una confesión de responsabilidad; se trata de la actuación de una entidad pública, susceptible de ser informada al juez, en la búsqueda de la verdad y como materialización del principio de colaboración probatoria⁶¹.

De todas formas el legislador, al prever la posibilidad de allanamiento a la demanda y la transacción, exceptuó la regla general de la prohibición de la confesión. Téngase en cuenta que cuando las pretensiones de la demanda contengan aspectos que por su naturaleza son conciliables, las entidades públicas están autorizadas para transigir o allanarse a la demanda siempre y cuando se tenga autorización del Gobierno Nacional, cuando se trate de la Nación, o, tratándose de las demás entidades públicas, de su representante (gobernador, alcalde, director, gerente, etc).

5.7. El dictamen pericial

Nos ocuparemos de esta prueba en especial (el dictamen pericial), ya que la regulación que hizo la Ley 1437 ha traído algunos problemas en su trámite, especialmente en su contradicción, en virtud de los vacíos normativos y las diferencias con lo establecido para la jurisdicción civil en el Código General del Proceso, lo que dificulta la integración normativa.

5.7.1. Generalidades

Tal como lo dispone el Código General del Proceso, la prueba pericial o dictamen pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Por mandato de la ley, cada sujeto procesal solo puede presentar un dictamen pericial sobre un mismo hecho o materia y no son admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, salvo que se requiera demostrar la existencia de la ley o de la costumbre extranjera.

A diferencia de lo que ocurre en materia civil, en la que solo se permite el dictamen aportado por la parte y excepcionalmente el juez puede decretarlo de oficio⁶², la Ley 1437 le otorga la posibilidad a las partes de: *i)* presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho o, *ii)* solicitar la designación de perito en el proceso judicial, en

61 NAMÉN VARGAS, Álvaro. *Las pruebas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, op. cit., p. 62.

62 El artículo 227 del C.G.P. dispone que si la parte pretende valerse de un dictamen pericial, debe aportarlo en la oportunidad para pedir pruebas. En el trámite procesal civil no está prevista la posibilidad de solicitarle al juez que decrete un dictamen pericial, salvo que se trate de la parte que obre bajo el amparo de pobreza o que se requiera de una peritación de una entidad o dependencia oficial. Igualmente el juez está facultado para decretar de oficio un dictamen pericial cuando lo considere necesario (artículos 169, 229, 230 y 234 *Ibidem*).

las mismas oportunidades para aportar o solicitar pruebas⁶³. Igualmente, *iii*) el juez está facultado para decretarlo de oficio.

Cuando el dictamen pericial es aportado por la parte, el experto que lo rinda debe manifestar bajo juramento, que se entiende prestado por la firma del mismo: *i*) que no se encuentra incurso en las causales de impedimento para actuar como perito en el respectivo proceso; *ii*) que acepta el régimen jurídico de responsabilidad como auxiliar de la justicia; *iii*) que tiene los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, indicando las razones técnicas, de idoneidad y experiencia que sustenten dicha afirmación y; *iv*) que ha actuado leal y fielmente en el desempeño de su labor, con objetividad e imparcialidad, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. Adicionalmente, tiene la obligación de señalar los documentos con base en los cuales rinde su dictamen y, de no obrar en el expediente y de ser posible, aportarlos como anexo del dictamen.

Si bien no existe una disposición similar que regule la presentación de los dictámenes decretados por el juez en el proceso contencioso administrativo, nada impide que las reglas previstas para los dictámenes de las partes se apliquen a tales eventos, no obstante que el papel y posición que ocupa cada uno de ellos es diferente. En el aportado por la parte, el perito es un particular experto, que de acuerdo con la Ley 1437 cumple funciones que podrían catalogarse como de testigo técnico; el nombrado por el juez, es un auxiliar de la justicia.

Por regla general, para los dictámenes decretados por el juez, de oficio o a solicitud de parte, se debe asignar un perito de la lista de auxiliares de la justicia, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción civil, pues el Código General del Proceso indica que el juez al decretar de oficio o a petición del amparado por pobre, deberá acudir preferiblemente a instituciones públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad.

No obstante, la Ley 1437 también autoriza al juez para prescindir de la lista de auxiliares de la justicia y designar expertos idóneos para la realización del dictamen, cuando la complejidad de los asuntos materia del dictamen así lo ameriten o, ante la ausencia en las listas de auxiliares o, por la falta de aceptación del perito designado.

5.7.2. Deber de colaboración de las partes

El Código General del Proceso, dispone que “las partes tienen el deber de colaborar con el perito, de facilitarle los datos, las cosas y el acceso a los lugares necesarios para el desempeño de su cargo; si alguno no lo hiciera se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra”⁶⁴.

63 Son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de dictámenes periciales las mismas que rigen para las demás pruebas, esto es, la demanda y su contestación, la reforma de la misma y su respuesta, la demanda de reconvenición y su contestación, las excepciones y la oposición a las mismas, y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritos a la cuestión planteada.

64 Artículo 233 del C.G.P.

Igualmente, dispone que “si alguna de las partes impide la práctica del dictamen, se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión que la otra parte pretenda demostrar con el dictamen y se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales”⁶⁵.

Dicha norma, si bien puede aplicarse por la remisión normativa que hace la Ley 1437, debe leerse conforme con la prohibición de confesión de los representantes de las entidades públicas.

En ese orden de ideas, la consecuencia consagrada para quien impida la práctica del dictamen solo puede aplicarse, de manera plena, frente a la persona natural o jurídica de carácter privado que actúe en el proceso. Si quien impide la realización del dictamen pericial fuera la entidad pública parte en el proceso, únicamente podría ser objeto de la multa consagrada, sin perjuicio de que el juez pueda apreciar su conducta como un indicio en su contra⁶⁶.

5.7.3. Contradicción del dictamen pericial⁶⁷

La contradicción del dictamen pericial puede ejercerse por varios medios: *i)* mediante la solicitud de complementación y aclaración, *ii)* objetando el dictamen y aportando o solicitando pruebas que sustenten la objeción, *iii)* mediante la formulación de preguntas a los peritos y, *iv)* refutando la prueba en las alegaciones finales.

El trámite que debe seguirse para la contradicción del dictamen es el regulado en la Ley 1437 y dependerá de si se trata de un dictamen aportado por la parte o uno decretado por el juez (de oficio o a solicitud de parte), como se pasará a explicar.

5.7.3.1. Actuaciones que se deben realizar en la audiencia inicial

Cuando el dictamen es *aportado por una parte*, la audiencia inicial es el momento procesal para que la contraparte formule las objeciones y solicite las aclaraciones y adiciones que considere pertinentes y que tengan relación directa con la cuestión que fue objeto del dictamen.

También es el momento procesal para que, con el fin de sustentar las objeciones al dictamen, la parte objetante aporte o solicite las pruebas que pretenda hacer valer. En ese sentido, la parte podrá, en la misma audiencia: *i)* aportar un nuevo dictamen para refutar el inicial; *ii)* solicitar la práctica de un nuevo dictamen, caso en el que la designación del

65 Ibidem.

66 GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos. *El nuevo proceso contencioso administrativo. Sistema escrito – sistema oral*. Debates procesales (Ley 1437 del 18 de enero de 2011). Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2014, p. 496.

67 Este capítulo se fundamenta en el análisis realizado en los siguientes textos: HERNÁNDEZ GÓMEZ, William. *Audiencia inicial y audiencia de pruebas. Ley 1437 de 2011*. XXI Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2015, p. 167–172.

perito se debe hacer en el auto que abre a pruebas el proceso; y/o *iii*) solicitar la declaración de testigos técnicos que “habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tengan conocimiento profesionales o especializados en la materia”⁶⁸.

Y eso es así por cuanto el contenido del dictamen fue conocido desde la fase escrita de la primera etapa del proceso y se ha tenido tiempo para su análisis.

Si el dictamen fue *solicitado por las partes*, el juez, si lo considera necesario, conducente y pertinente, lo debe decretar en la audiencia inicial, específicamente en la etapa de decreto de pruebas, en la cual también designará al perito encargado de la pericia.

5.7.3.2. Actuaciones que se deben realizar en la audiencia de pruebas

La verdadera materialización de la contradicción del dictamen pericial se realiza en la audiencia de pruebas, independientemente de si fue aportado por las partes o decretado por el juez, ya que esta audiencia es el escenario para que el perito explique y fundamente la experticia, esto es, la razón y conclusiones de su dictamen, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento.

Si el dictamen fue *aportado por una parte*, como las solicitudes de aclaración y adición se realizaron en la audiencia inicial, el perito en la exposición del dictamen también se referirá a ellas.

Al finalizar su relato, tanto las partes como el juez pueden formular preguntas al perito, relacionadas exclusivamente con su dictamen, las cuales deben ser resueltas en ese mismo acto. No obstante, cuando el interrogatorio sea realizado por las partes, el juez debe rechazar las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes.

Si el dictamen fue objetado en la audiencia inicial, la audiencia de pruebas también es el momento procesal para practicar las pruebas solicitadas para tal fin. En todo caso, será en la sentencia en la que se decida sobre la objeción, en tanto es en ese acto procesal donde el juez realiza la valoración del acervo probatorio.

Si el dictamen fue *decretado en la audiencia inicial* el juez deberá, luego de la exposición del perito, dar traslado a las partes para que, en la misma audiencia, soliciten las aclaraciones o adiciones que consideren, las que deberán ser resueltas también en esa audiencia.

No obstante, por expresa previsión de la Ley 1437, de oficio o a petición de parte, el juez podrá, previa ponderación de la complejidad del dictamen, ampliar el término del traslado del mismo o de las aclaraciones o complementaciones, sin que en ningún caso el término para la contradicción sea superior a diez días; ampliación que podría extenderse también para que el perito responda, atendiendo la complejidad de las aclaraciones o adiciones solicitadas, aunque la norma expresamente no lo autorice.

68 Artículo 220-1 de la Ley 1437.

Una vez el perito se refiera sobre las aclaraciones y complementaciones, tanto las partes como el juez podrán interrogarlo sobre el objeto del dictamen, en los términos antes dichos.

Si bien la Ley 1437 no regula el trámite de las objeciones cuando se trata de un dictamen decretado por el juez, pese a que expresamente autoriza a que se objete por “*error grave*”, consideramos que se debe seguir el mismo trámite establecido para las objeciones de los dictámenes aportados por las partes.

No se desconoce que la situación sería compleja en tanto en la misma audiencia de pruebas se deben formular las objeciones, solicitar y/o aportar las pruebas que se pretenden hacer valer, decretarlas y practicarlas. Sin embargo, el juez, atendiendo la complejidad del caso y/o la facilidad o acceso a las pruebas, bien puede llevar a cabo el trámite de la objeción en el mismo momento en que se propone, o suspender la audiencia mientras se preparan y realizan los trámites para el recaudo de la prueba necesaria.

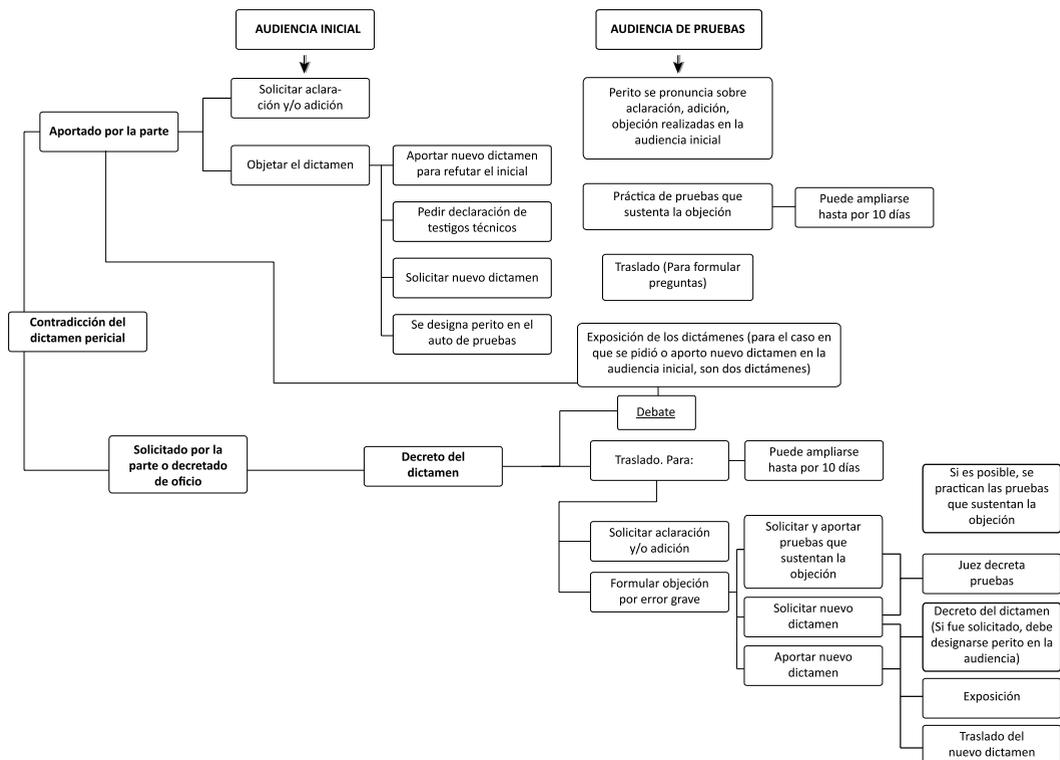
No darle trámite a la objeción por error grave por no estar regulado el procedimiento en la Ley 1437 y tampoco en el Código General del Proceso, implicaría dejar a las partes sin una oportunidad de controvertir el dictamen pericial. Precisamente, la flexibilidad del proceso por audiencias previsto en la Ley 1437 y los principios que rigen a la oralidad (concentración, inmediación y publicidad) le permiten al juez tomar decisiones procesales no previstas en las normas, siempre y cuando se garantice el debido proceso.

Se anota que la objeción por error grave del dictamen pericial la regulaba el estatuto procesal anterior al Código General del Proceso, esto es, el Código de Procedimiento Civil, propio de un sistema escritural y en el cual el dictamen pericial era solicitado por la parte, decretado por el juez y practicado por un auxiliar de la justicia.

Por razones de eficacia, economía procesal y agilidad, fundamentalmente, el Código General del Proceso suprimió dicho incidente, privilegiando la pericia aportada por las partes, lo que genera disfuncionalidades en la armonización de este medio de prueba con las normas de la Ley 1437 y del C.G.P.

5.7.3.3. Esquema sobre el proceso de contradicción de los dictámenes periciales

El procedimiento de contradicción de los dictámenes periciales en el proceso ordinario contencioso administrativo que se acaba de explicar, puede resumirse en el siguiente esquema:



5.7.4. Consecuencias de la inasistencia del perito

Si bien es cierto que la Ley 1437 indica que la comparecencia del perito a la audiencia de pruebas es obligatoria, dicha norma no regula las consecuencias de su inasistencia, como sí lo hace el Código General del Proceso.

tenemos entonces que en virtud de la integración normativa autorizada por la Ley 1437, se concluye que la consecuencia de la inasistencia del perito a la audiencia de pruebas es que se deje sin valor el dictamen, ya sea que haya sido aportado por la parte o solicitado por esta, como lo dispone el Código General del Proceso.

Por supuesto, el perito podrá excusarse por fuerza mayor o caso fortuito, pero por una vez y antes de su intervención en la audiencia.

Las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres días siguientes a la audiencia, al tenor de la norma en cita, solo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Pero, si el proceso es de única instancia el juez deberá fijar, por una sola vez, nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito.

Se considera que dicha consecuencia no se predicaría tratándose de un dictamen decretado de oficio, ya que el interesado en su práctica es el juez, en aras de “esclarecer la verdad”.

En esas condiciones, el juez podrá suspender la audiencia y requerir al perito para que comparezca a la audiencia y se pueda surtir la contradicción del dictamen, sin perjuicio de que puedan aplicarse las sanciones establecidas para el efecto en el Código General del Proceso (multa e informe a la entidad de la cual dependa o a cuya vigilancia esté sometido).

5.7.5. Tacha por impedimento

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1437, la configuración de una causal de impedimento, da lugar a la tacha del perito, “mediante el procedimiento establecido para los testigos”⁶⁹.

Son causales de impedimento, para dichos efectos, las siguientes:

i) Ser cónyuge, compañera o compañero permanente o tener vínculo de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con el funcionario que conozca del proceso, los empleados del despacho, las partes o apoderados que actúen en él, y con las personas que intervinieron en la elección de aquel.

ii) Tener interés, directo o indirecto, en la gestión o decisión objeto del proceso, distinto del derivado de la relación contractual establecida con la parte para quien rinde el dictamen.

iii) Encontrarse dentro de las causales de exclusión indicadas en el Acuerdo número 1518 de 2002 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura o la norma que lo sustituya, de las cuales no será aplicable la establecida en el numeral segundo relativa al domicilio del perito.

iv) Cualquier otra circunstancia que evidencie su falta de idoneidad profesional.

Cuando el dictamen pericial es aportado por las partes, la tacha debe ser formulada antes de la realización de la audiencia inicial, para que el juez la pueda decidir en esta. No obstante, si el dictamen es presentado en la audiencia de pruebas, como prueba de una objeción a otro dictamen, la tacha deberá presentarse y decidirse en la misma audiencia, por la dinámica propia del procedimiento de contradicción del dictamen, así la norma expresamente no lo prevea.

Repárese que esta tacha es distinta de la que se prevé para los testigos. Tanto en el anterior Código de Procedimiento Civil como en el Código General del Proceso, se

69 Artículo 219 de la Ley 1437.

formula por sospecha o por parcialidad, en uno u otro caso, y la debe resolver el juez en la sentencia.

Respecto del perito designado por el juez, la Ley 1437 dispone que se seguirá el trámite establecido en el Código de Procedimiento Civil, estatuto derogado por el Código General del Proceso.

No existe en el Código General del Proceso un procedimiento para la tacha de peritos como existía en el Código de Procedimiento Civil (trámite escritural); tampoco es aplicable la tacha de los testigos, ya que no es compatible con el trámite de presentación y contradicción de los dictámenes en la Ley 1437⁷⁰.

Atendiendo los principios de la oralidad (economía, eficiencia, publicidad, intermediación y concentración), la tacha, en principio, debe formularse en la audiencia inicial o antes de la de pruebas, según el caso, para evitar dilaciones innecesarias a fin de que el juez pueda resolverlas antes de su práctica.

Por la remisión a normas de un sistema eminentemente escritural, como lo era el Código de Procedimiento Civil, remplazado por uno esencialmente oral (C.G.P.) y su armonización con la Ley 1437 (mixto, porque tiene notas de uno y otro), los problemas que se presentan son innumerables y han generado una serie infinita, podríamos decir, de prácticas procesales que restan certeza y transparencia a la prueba, en la medida que dependen de la inventiva y buen juicio del intérprete.

5.7.6. Honorarios de los peritos

La Ley 1437 dispone que en el caso de que el juez decreta un dictamen pericial, los honorarios de los peritos se deben fijar en el auto de traslado de las aclaraciones o complementaciones al dictamen, cuando estas han sido solicitadas, o una vez vencido el término para solicitar las aclaraciones y complementaciones, cuando no se soliciten.

Cuando el dictamen se decreta de oficio, el juez debe determinar a cargo de qué parte correrán los gastos o, si es a cargo de ambas, determinar lo que deba pagar cada una.

Tratándose de los dictámenes presentados directamente por las partes, el juez solo podrá fijar honorarios a los peritos en el caso de que las complementaciones a que haya habido lugar lo ameriten.

Para la fijación de los honorarios de los peritos, el juez debe tener en cuenta la tarifa oficial establecida en los acuerdos de la Sala Administrativa de la Judicatura. No obstante, en el caso de que se trate de asunto de especial complejidad, la autoridad judicial podrá señalarles los honorarios a los peritos sin sujeción a la tarifa oficial.

⁷⁰ Dispone el artículo 211 del C.G.P.: "...La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso".

Antes del vencimiento del traslado del escrito de objeciones, el objetante está en la obligación de presentar el comprobante del pago de los honorarios a su cargo, so pena de que se entienda desistida la objeción. Sin embargo, nada dice sobre las consecuencias por la omisión de pago de los honorarios en otros eventos distintos al trámite de la objeción.

En ese sentido, ante el vacío normativo, podría decirse que la omisión del pago de los honorarios por parte del solicitante de la prueba puede entenderse como desistimiento de la misma (como ocurre con la objeción), o que, pese a la omisión en el pago, el perito conserva la obligación de rendir el dictamen, asistir a la audiencia y dar respuesta a las solicitudes de aclaraciones y adiciones, sin perjuicio del cobro ejecutivo de sus honorarios.

Si se considera que el desistimiento de la prueba es una sanción, no podría aplicarse por analogía a los casos no previstos por el legislador, lo que no descarta la posibilidad de que el juez en la audiencia de pruebas le solicite a la parte que desista del dictamen, de manera voluntaria, ante la ausencia del pago de los honorarios del perito.

Lo indicado sería, entonces, ante la imposibilidad de declarar como desistida la prueba por lo antes dicho, que se surta el procedimiento de contradicción del dictamen, más si se tiene en cuenta que para la audiencia de pruebas -momento en el que se debe verificar el pago- el perito ya ha realizado su experticia, sin perjuicio, se reitera, de que el juez comine a la parte para el pago de los honorarios o del cobro por vía ejecutiva.

Pero nada obsta para entender que en esos casos pueda hablarse de un desistimiento tácito de la prueba, figura consagrada en la Ley 1437, toda vez que se trata de una carga de la parte interesada con el dictamen.



**Derecho de corrección económica:
Control de compañías
y el corrimiento del velo societario**

Suad Manssur Villagrán

Sumario:

1. Introducción; 2. La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros de la República del Ecuador; 3. Medidas correctivas previstas en la legislación ecuatoriana para las entidades controladas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; 3.1. Medidas correctivas para el ámbito societario; 3.2. Medidas correctivas para el ámbito de mercado de valores; 3.3. Medidas correctivas para el ámbito de seguros; 4. El control ex-post de actos societarios que no requieren de la aprobación previa de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; 5. Consideraciones sobre el derecho de corrección económica, en relación con los actos de control que ejecuta la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; 6. El corrimiento o levantamiento del velo societario en la legislación ecuatoriana; 6.1. El velo corporativo y el velo societario; 6.2. El levantamiento del velo societario; 6.3. Procedimiento para levantar el velo societario; 6.4. El velo societario frente al derecho de corrección económica; 7. Conclusiones.

Resumen:

La ponencia que se me ha pedido presentar a nombre de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en este Seminario de Derecho Administrativo y de Corrección Económica, obedece a la gentil invitación del doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, principal mentalizador y gestor de este importante evento de contenido académico. Ello explica la participación en este seminario de la entidad de control que me honro en dirigir, cuyas funciones y atribuciones no tienen, debo decirlo, una vinculación directa con la legislación que informa el Derecho de Competencia vigente en la República del Ecuador, y precisamente esa razón nos ha llevado a ejercitar un estudio cuidadoso del marco constitucional y legal para identificar, en la medida de lo posible, las aproximaciones existentes entre ese Derecho de Corrección Económica con el cual se ha denominado a este evento, y las acciones que ejecuta la Superintendencia que represento, dentro de sus ámbitos de control asignados por mandato de la Constitución y la Ley, que abarcan el sector societario, el sector de valores y el sector de seguros.

La participación de prestigiosos juristas nacionales e internacionales que nos han ilustrado e ilustrarán con sus disertaciones especializadas sobre la materia, permitirá enriquecer el conocimiento sobre el Derecho de Competencia, cuya carta de naturalización legal en nuestro País se dio con la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre del 2011, cuerpo legal que a través de sus disposiciones creó los correspondientes organismos estatales de regulación y control.

Al tiempo de expresar mi agradecimiento al señor Presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador por su invitación, debo dejar constancia de que la participación de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a través de la ponencia que se desarrolla a continuación, ha procurado circunscribir el análisis que la sustenta, estrictamente a los ámbitos y competencias que esta entidad tiene asignados en el ordenamiento jurídico de la República del Ecuador.

Estoy segura que la vocación del doctor Carlos Ramírez Romero por la Cátedra de Derecho Mercantil y Societario que ha ejercido en la Universidad Técnica Particular de Loja, ha sido la motivación fundamental para gestar y realizar desde la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia este seminario que ha sido auspiciado por ese prestigioso centro superior de estudios, y aspiro que la ponencia que paso a presentar contribuya al análisis y a la discusión académica del tema, y por ende al propósito que animó a sus inspiradores y organizadores.

1. La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros de la República del Ecuador

Para situar en forma objetiva y precisa la ubicación que tiene la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros dentro de la estructura jurídica del Estado ecuatoriano, es necesario remitirse a las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 20 de octubre del 2008 en que fue publicada en el Registro Oficial, luego de haber sido aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente que se reunió en la ciudad de Montecristi desde fines del 2007, en primer término; y posteriormente, ratificada su aprobación plebiscitariamente por la mayoría del pueblo ecuatoriano en el referéndum que tuvo lugar el 28 de septiembre del 2008.

Es así que el artículo 213 de la referida Constitución de la República establece que: “Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.”

Añade la citada disposición constitucional que: “Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la Ley.”

En segundo lugar, es menester citar el artículo 204 de la Carta Política del Estado, el cual prescribe que: “La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias.” Agregando a continuación que: “Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.”

Bajo el imperio de los mandatos invocados, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros de la República del Ecuador cuenta con una base constitucional que fundamenta su existencia jurídica; asimismo define sus funciones y objetivos esenciales, estableciendo expresamente que en el cumplimiento de sus responsabilidades específicas debe asegurarse de la prevalencia del interés general como un bien jurídico superior que se sobrepone al interés particular; y prescribiendo que tanto sus facultades como las áreas a ser controladas, serán determinadas por la Ley.

A su vez, la Ley de Compañías vigente desde febrero de 1964, creó la Intendencia de Compañías Anónimas que más tarde se convirtió en la Superintendencia de Compañías y le asignó el control del ámbito societario. Posteriormente, con la expedición de la Ley de Mercado de Valores que se dio en el año 1993, este organismo del Estado extendió su ámbito de control al mercado de valores; y, desde el mes de septiembre del presente año de 2015, por mandato del Código Orgánico Monetario y Financiero, vigente a partir de su publicación en el Registro Oficial de 12 de septiembre del 2014, y que estableció en

sus disposiciones transitorias que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros debía asumir, como en efecto asumió, las competencias para el control del sector de seguros, en el plazo de un año contado a partir de la vigencia de dicho Código.

Cabe resaltar que la facultad regulatoria de los sectores de valores y de seguros controlados por la entidad que conduzo, está radicada en la Junta de Regulación de Política Monetaria y Financiera, creada con la expedición del referido Código Orgánico Monetario y Financiero, en tanto que las facultades de control asignadas a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, están determinadas en tres cuerpos legales principales que son: 1) La Ley de Compañías; 2) La Ley de Mercado de Valores; y, 3) La Ley General de Seguros.

El primero de los cuerpos legales enunciados, vale decir la Ley de Compañías, establece en su artículo 430 que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es el organismo técnico y con autonomía administrativa, económica y financiera, que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías y otras entidades, en las circunstancias y condiciones establecidas por la Ley.

El artículo 431 determina que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ejercerá la vigilancia y control: a) De las compañías nacionales anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, en general; b) De las empresas extranjeras que ejerzan sus actividades en el Ecuador, cualquiera que fuera su especie; c) De las compañías de responsabilidad limitada; y, d) De las bolsas de valores y demás entes en los términos de la Ley de Mercado de Valores.

El artículo 432 establece que la vigilancia y control a que se refiere el artículo 431 será ex post, es decir con posterioridad al proceso de constitución y de su inscripción en el Registro de Sociedades que lleva la Superintendencia, a cuyo efecto, la misma disposición legal prescribe que: "La vigilancia y control comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables."; y agrega que para ese propósito, podrá ordenar las verificaciones e inspecciones que considere pertinentes. Sobre el alcance de esta disposición específica, en líneas posteriores se desarrolla un análisis de mayor profundidad y que se sitúa en el tema que motiva este seminario.

De su parte, el artículo 10 de la Ley de Mercado de Valores prescribe: "Además de las funciones señaladas en la Ley de Compañías, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para efectos de esta Ley, ejercerá las funciones de vigilancia, auditoría, intervención y control del mercado de valores con el propósito de que las actividades de este mercado se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general." confiriéndole en esa misma disposición amplias facultades y atribuciones para el cumplimiento de sus funciones, algunas de las cuales se analizan más adelante, en línea con el tema central de este evento.

De otra parte, el artículo 1 de la Ley General de Seguros, reformada por el Código Orgánico Monetario y Financiero establece: "artículo 1.- Esta Ley regula la constitución,

organización, actividades, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas y las operaciones y actividades de las personas naturales que integran el sistema de seguro privado; las cuales se someterán a las Leyes de la República y a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.”

Los integrantes del sistema de seguro privado se encuentran enunciados en el artículo 2 de la referida Ley General de Seguros, en los términos que a continuación cito: “artículo 2.- Integran el sistema de seguro privado: a) Todas las empresas que realicen operaciones de seguros; b) Las compañías de reaseguros; c) Los intermediarios de reaseguros; d) Los peritos de seguros; y, e) Los asesores productores de seguros.”

Para complementar la visión del marco jurídico que fundamenta el accionar de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, es menester citar el artículo 78 del Código Orgánico Monetario y Financiero, que textualmente dispone: “Artículo 78.- Ámbito.- La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, entre otras atribuciones en materia societaria, ejercerá la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión del mercado de valores, del régimen de seguros y de las personas jurídicas de derecho privado no financieras, para lo cual se regirá por las disposiciones de la Ley de Compañías, Ley de Mercado de Valores, Ley General de Seguros, este Código y las regulaciones que emita la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.”

Cabe aclarar en esta parte que el artículo 1 del citado cuerpo legal prescribe: “Artículo 1.- Objeto.- El Código Orgánico Monetario y Financiero tiene por objeto regular los sistemas monetario y financiero, así como los regímenes de valores y seguros del Ecuador.”

Como se puede apreciar, la regulación de las actividades que se desarrollan en los ámbitos de valores y de seguros está reservada por la Ley, en forma expresa, a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera; en tanto que la regulación del sector societario le corresponde a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en ejercicio de la facultad reglamentaria que le confiere el artículo 433 de la Ley de Compañías, el cual se expresa en los siguientes términos: “Artículo 433.- El Superintendente de Compañías, Valores y Seguros expedirá las regulaciones, reglamentos y resoluciones que considere necesarios para el buen gobierno, vigilancia y control de las compañías mencionadas en el artículo 431 de esta Ley y resolverá los casos de duda que se suscitaren en la práctica.”

La normativa expedida por el organismo de control para regular las actividades y el funcionamiento del sector societario se contienen en reglamentos de carácter general que son publicados en el Registro Oficial y que versan sobre diversos aspectos tales como:

- Información que deben remitir las compañías controladas que cuenten con sociedades extranjeras en calidad de accionistas.
- Impugnación de resoluciones de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.
- Concesión de información y certificaciones.

- Inactividad, disolución, liquidación, reactivación y cancelación de compañías nacionales y de cancelación del permiso de operación para las sucursales de compañías extranjeras.
- Información y documentos que deben remitir las sociedades controladas.
- Reserva de denominaciones de nuevas compañías.
- Recepción, sustanciación y trámite de denuncias.
- Designación de liquidadores y fijación de honorarios.
- Proceso simplificado de constitución y registro de compañías por vía electrónica.
- Juntas generales de socios y accionistas de las compañías responsabilidad limitada, anónimas, en comandita y de economía mixta.
- Intervención de compañías nacionales y de sucursales de compañías extranjeras.
- Calificación, selección, designación y retribución de interventores.
- Calificación y registro de personas naturales y jurídicas para que puedan ejercer actividades de auditoría externa en las compañías controladas.

Dada la trascendencia del tema, debo mencionar que la administración a mi cargo se ha empeñado en automatizar los procesos que se generan en la interacción que se produce entre la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, con las compañías sujetas a su control y vigilancia, para lo cual ha propiciado un desarrollo sostenido de las aplicaciones informáticas que se aprovechan de las tecnologías de la información, para que los distintos trámites y servicios que demandan los ciudadanos ante este organismo de control estatal, sean efectuados y consultados en línea, a través de la página web institucional www.supercias.gob.ec como es el caso de la actualización de la información general; presentación de estados financieros individuales y consolidados; estados financieros rectificatorios; solicitudes de prórroga para la presentación de estados financieros; reserva de denominaciones para constitución de nuevas compañías, transformación, fusión, escisión y cambio de denominación de las existentes; transferencia de acciones y cesión de participaciones; presentación de información de ventas a crédito; presentación de información de tarjetas de circulación restringida; emisión electrónica del certificado de cumplimiento de obligaciones, para citar los más relevantes.

Los certificados en línea, a su vez, se emiten sobre aspectos tales como: nómina de socios o accionistas; administradores actuales y anteriores; datos generales; actos jurídicos relevantes; resoluciones, extractos y publicaciones de actos societarios; presentación de información diaria y mensual de administradoras de fondos; información mensual de emisores de valores; información mensual de casas de valores; información de colocaciones y pagos de procesos de titularización; consultas de valores pendientes de pagos.

La automatización de los procesos para el área de seguros se encuentra en fase de desarrollo y posterior automatización, por lo que se aspira concretar, en el más breve término, las metas propuestas dentro del desarrollo tecnológico para este nuevo sector controlado.

2. Medidas correctivas previstas en la legislación ecuatoriana para los ámbitos societario, de valores y de seguros.

Con apego al mismo orden de enunciación que hice en el acápite anterior sobre las leyes que rigen el funcionamiento de los ámbitos controlados por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, debo remitirme a las disposiciones previstas en esos cuerpos legales para la adopción de medidas que se dirigen a corregir situaciones de carácter irregular o anormal, detectadas en el control de los integrantes de cada uno de esos sectores, y especialmente de aquellas medidas que revisten mayor importancia en función de proteger el interés general.

2.1. Medidas correctivas para el ámbito societario

La primera medida de carácter preventivo y por tanto correctiva que ha previsto la legislación societaria ecuatoriana, se encuentra en el artículo 353 de la Ley de Compañías, que contempla la figura de la intervención de una compañía, en los casos en que se configure una o más de las seis (6) causales establecidas en el artículo 354 del referido cuerpo legal, todas ellas previsivas de situaciones que pueden poner en riesgo el interés de los socios, accionistas, y de terceros.

La primera de esas causales ha previsto el caso en que la solicitud de intervención sea formulada por uno o más socios o accionistas que representen cuando menos el diez por ciento del capital pagado de la compañía, manifestando que han sufrido o se hallan en riesgo de sufrir grave perjuicio por incumplimiento o violación de la ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía, en que hubieren incurrido ésta o sus administradores; precisando las violaciones que motivan el pedido y las razones por las que tales hechos les ocasionan o pueden ocasionar perjuicios.

La segunda de las causales se configura cuando se llegare a comprobar, ante denuncia de parte interesada o de oficio, que se han ocultado activos o pasivos en la contabilidad de la compañía, o se ha incurrido en falsedades u otras irregularidades graves, y que estos hechos pudieran generar perjuicios para los socios, accionistas o terceros; siendo necesario que en la denuncia se precisen los hechos irregulares, así como los potenciales perjuicios que pudieren ocasionar.

La tercera causal se configura en el caso de que no se atienda el requerimiento de la Superintendencia para presentar el balance general anual y el estado de pérdidas y ganancias o documentos y comprobantes necesarios para determinar la situación financiera de la compañía; y hubiere motivos para temer que esa renuencia trate de encubrir una situación económica o financiera que implique graves riesgos para sus accionistas, socios o terceros.

La cuarta causal ha previsto como elemento de configuración el caso en que una compañía recurriera a cualquier forma de invitación pública para obtener dinero de terceros a base de planes, sorteos, promesas u ofertas generales de venta, entrega o

construcción de bienes muebles o inmuebles, o suministro de préstamos; cuando no hubiere garantías suficientes para respaldar los dineros recibidos y tal situación implicare graves riesgos para terceros, o cuando efectuaren una oferta pública de valores, sin cumplir con los requisitos señalados en la Ley de Mercado de Valores.

La quinta causal se configura cuando la compañía se encontrare en cualquiera de los casos previstos en los artículos 325 o 432 inciso cuarto, de la Ley de Compañías, el primero de ellos referido a la falta de contratación de una firma de auditoría externa, cuando la compañía tenga esa obligación por el monto de sus activos, actualmente fijado en la suma de un millón de dólares; y el segundo cuando en virtud de una denuncia o mediante inspección de oficio se comprobare que se han violado los derechos de los socios, que se ha contravenido el contrato social o la ley, o que se ha abusado de la personalidad jurídica de la sociedad, en perjuicio de la propia compañía, de sus socios o de terceros.

Y finalmente la sexta causal ha previsto el caso en que se hubieren incumplido por dos o más años seguidos las obligaciones constantes en el artículo 131 y en los dos últimos incisos del artículo 263 de la Ley de Compañías. (Estos artículos establecen la obligación de presentar a la Superintendencia, en el mes de enero de cada año, la nómina de compañías extranjeras que figuren como socias de la compañía controlada).

El artículo 355 de la Ley que nos ocupa determina que, en todos los casos, antes de adoptar la resolución sobre el nombramiento de interventor de una compañía, se dispondrá que el área de control de la Superintendencia realice una inspección y presente el informe correspondiente; agregando que en este caso no será necesaria la notificación previa a la compañía, ni a sus administradores, de las conclusiones y observaciones derivadas de dicho informe.

Es importante en esta parte advertir que según lo dispuesto en el artículo 357 de la Ley de Compañías, la actuación del interventor se concretará a propiciar la corrección de las irregularidades que determinaron su designación; a procurar el mantenimiento del patrimonio de la compañía; así como a evitar que se ocasionen perjuicios a los socios, accionistas o terceros; y que sólo durará el tiempo necesario para superar la situación anómala de la compañía.

Este precepto legal se encuentra recogido en el artículo 1 del vigente Reglamento de intervención de compañías, el cual reitera que la intervención es una medida administrativa de carácter temporal, resuelta por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, que tiende a propiciar la corrección de irregularidades comprobadas, procura el mantenimiento del patrimonio de las compañías y evita que se ocasionen perjuicios a los socios, accionistas o terceros.

Cabe indicar que la superación de la causal o causales que dieron lugar a la intervención de una compañía, debe ser informada con los documentos de soporte por el interventor designado, quien de conformidad con la reglamentación vigente está obligado a presentar informes mensuales de su gestión que a su vez es materia de seguimiento y

evaluación por parte del área de control de la Superintendencia; y que solamente sobre la base de los informes favorables coincidentes de esa área y del área jurídica, se puede declarar terminado el estado de intervención de la compañía sometida a esa medida de carácter temporal, preventiva e igualmente correctiva, bajo el entendido de que la corrección de las situaciones irregulares o anómalas es de responsabilidad directa de los administradores, con la supervisión y participación coadyuvante del interventor.

2.2. Medidas correctivas para el ámbito del mercado de valores

En lo que atañe al ámbito del mercado de valores, es necesario analizar el alcance del artículo 222.7 de la Ley de Mercado de Valores, el cual consagra la facultad de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para declarar la intervención de las entidades reguladas por dicha Ley, con la finalidad de precautelar los intereses de los inversionistas, socios o accionistas, y terceros, sin perjuicio del establecimiento de responsabilidades administrativas a que hubiere lugar.

La disposición legal invocada establece como causales de intervención las siguientes:

1. Cuando existan irregularidades producto de inobservancias a la Ley, reglamentos y demás normas complementarias y secundarias que las rigen, inclusive sus estatutos, reglamentos internos y manuales operativos.
2. Cuando existan irregularidades que pudieren ocasionar perjuicios a los clientes, inversionistas, socios o accionistas, comitentes, partícipes, constituyentes, beneficiarios de fideicomisos, originadores o terceros, sea que tales irregularidades hayan sido detectadas de oficio o a consecuencia de una denuncia.
3. Si se comprobare ante una denuncia de parte interesada o de oficio, que en la contabilidad de los entes regulados por dicha Ley se ha ocultado información sobre activos o pasivos, o se ha incurrido en falsedades u otras infracciones, y que estos hechos pudieran generar perjuicios a los clientes, inversionistas, socios o accionistas, comitentes, partícipes, constituyentes, beneficiarios de fideicomisos, originadores o terceros.
4. Si la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros requiere información a un ente regulado por dicha Ley, y éste no remitiere la información en los términos solicitados.
5. Si existieran indicios de que un ente regulado por dicha Ley, realiza actividades que sean privativas de las instituciones del sistema financiero o no correspondan a su objeto social, en el caso de compañías, o a su finalidad en el caso de negocios fiduciarios o fondos comunes. En estos últimos casos se intervendrá a la administradora de fondos y fideicomisos o casa de valores, según corresponda.
6. Si la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros presumiera problemas o peligro de liquidez o de solvencia de los participantes.

7. Si la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros presumiera problemas de índole financiero o legal de los accionistas mayoritarios que controlan la entidad, que puedan afectar al normal desenvolvimiento de la actividad.

8. Cuando la administradora de fondos y fideicomisos reincida en los incumplimientos respecto de los límites de inversión de los fondos de inversión; y,

9. Los demás que determine la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

El artículo 222.8 del cuerpo legal citado establece que la actuación del interventor se concretará a propiciar la corrección de las irregularidades que determinaron su designación o las que detectare durante el proceso; procurar el mantenimiento del patrimonio de la compañía o de los patrimonios que ésta administra y evitar que se ocasionen perjuicios a los inversionistas, socios, accionistas o terceros; añadiendo que la intervención sólo durará el tiempo necesario para superar la situación anómala de la compañía; de lo que se concluye que la medida tiene las mismas características que la intervención prevista para las compañías del sector societario, vale decir: preventiva, temporal y correctiva; y que su terminación opera de idéntica forma, siguiendo un procedimiento similar.

2.3. Medidas correctivas para el ámbito de seguros

En lo que corresponde al sector de seguros es menester remitirse, en primer término, a la disposiciones de la Ley General de Seguros contenidas en el capítulo atinente a la regularización y a la intervención, y específicamente al artículo 53 del referido cuerpo legal, el cual determina que las empresas de seguros y compañías de reaseguros están obligadas a informar a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros las deficiencias de capital mínimo legal, o de inversiones en las cuales deben respaldar sus reservas técnicas y el margen de solvencia establecido en el artículo 22 de dicha Ley, tan pronto ello sea detectado, y a comunicar, dentro de los cinco días hábiles siguientes, las medidas que hubiere adoptado o adoptará para su solución, las mismas que deberán encontrarse dentro del plan de regularización que más adelante se describe en el mismo artículo invocado.

Agrega la disposición citada que, en el evento de que la empresa de seguros no cumpliera con la obligación de informar, señalare como fecha de ocurrencia del déficit una distinta a la efectiva o consignare datos no reales, y estas irregularidades fueren detectadas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a más de las sanciones a que haya lugar, se aplicarán los procesos de regularización cuyos plazos se deben contar a partir de la fecha de notificación de las observaciones que efectúe el organismo de control, y que deben incluir los siguientes aspectos:

1. La reducción del capital a menos del mínimo legal deberá ser cubierta en un plazo no superior a noventa días, cuyo aumento deberá ser pagado en dinero en efectivo; y,

2. En caso de producirse un déficit en las inversiones con las cuales la empresa de seguros debe respaldar sus reservas técnicas y margen de solvencia, deberá adoptar las

medidas tendientes a solucionarlo, tales como la contratación de reaseguros, la cesión de cartera, la sustitución de las inversiones o el aumento de capital.

Si el déficit no sobrepasare el 5% de lo requerido, la empresa de seguros deberá adoptar las medidas tendientes a solucionarlo dentro de un plazo de hasta treinta días. Si el déficit correspondiente sobrepasare este porcentaje, el plazo para cubrirlo será de noventa días.

En los casos de déficit, tanto del capital como de inversiones que respaldan las reservas técnicas y el margen de solvencia, el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros podrá, mientras estos no se superen, disponer la suspensión de la emisión de nuevas pólizas, la cesión de todo o parte de la cartera de seguros o adoptar ambas medidas.

Si la empresa de seguros no se regularizare en los plazos señalados, el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros dispondrá la liquidación forzosa, en los términos de dicha Ley.

Cabe anotar que, en concordancia con la disposición citada, una de las causales para la liquidación forzosa de una empresa de seguros es el incumplimiento del régimen de regularización, acorde con lo dispuesto en el artículo 55, literal b) de la Ley General de Seguros.

También es importante señalar que el artículo 53.1 de la citada Ley General de Seguros, establece que el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros podrá ordenar la intervención de las empresas sujetas a su control y vigilancia según dicha Ley, con arreglo a las normas correspondientes de la Ley de Compañías. Esta remisión expresa que se hace en la Ley General de Seguros para la aplicación de las disposiciones previstas en la Ley de Compañías, en materia de intervenciones a las empresas de seguros, determina que las causales de intervención, son aquellas contempladas en el artículo 354, citado y analizado en líneas precedentes.

Como corolario de esta revisión del marco legal aplicable a cada uno de los ámbitos controlados por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, se determina que la Ley ha previsto medidas de carácter preventivo, temporales y correctivas, que deben ejecutarse bajo la supervisión del organismo de control de estos tres sectores, dentro de los plazos y términos establecidos al efecto.

El escenario ideal y deseado es que las situaciones irregulares que dieron lugar a la intervención de una entidad controlada sean corregidas, y superadas las causales que la motivaron, de modo que el organismo de control dé por finalizada la medida temporal impuesta y la compañía que estuvo intervenida normalice sus actividades; sin embargo, cabe advertir que el escenario contrario, puede derivar en la disolución y liquidación de la respectiva compañía, con las consecuencias e implicaciones que ello trae aparejado.

3. El control ex post de actos societarios que no requieren de la autorización previa de la Superintendencia de Compañías

Las reformas introducidas por la denominada Ley de Fortalecimiento del Sector Societario y Bursátil, impulsadas por la administración que condujo y que entraron en vigencia el 20 de mayo del 2014, crearon el marco jurídico para que determinados actos societarios como son los procesos de constitución de nuevas compañías y los aumentos de capital de las existentes, que por mandato legal requerían de la autorización previa de la Superintendencia, puedan instrumentarse en forma directa sin necesidad de que sean aprobados previamente por el organismo de control, al que la Ley ha reservado expresamente la facultad de efectuar el denominado control ex post, es decir posterior, en orden a establecer que se han otorgado y perfeccionado con estricto apego a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.

Es así que, según los artículos 136 y 146 de la Ley de Compañías, reformados por el cuerpo legal señalado en el párrafo anterior, la constitución de compañías de responsabilidad limitada y anónimas, respectivamente, se debe hacer mediante escritura pública que será inscrita en el Registro Mercantil del cantón en el que tenga su domicilio principal la nueva compañía constituida, la que existirá y adquirirá personalidad jurídica desde el momento de dicha inscripción; habiéndose establecido que solamente podrá operar a partir de la obtención del Registro Único de Contribuyentes otorgado por el Servicio de Rentas Internas, así como la obligación del Registrador Mercantil del cantón donde la compañía haya fijado su domicilio principal, de remitir los documentos correspondientes con la razón de inscripción a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a fin de que el Registro de Sociedades que lleva este organismo de control, incorpore la información en las bases de datos que integran sus archivos.

Esas mismas normas legales establecen que las compañías de responsabilidad limitada y anónimas pueden constituirse también mediante el proceso simplificado de constitución por vía electrónica, de acuerdo con la reglamentación expedida por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Para información de los asistentes a este seminario y del público en general debo indicar que este mecanismo se encuentra plenamente habilitado y en funcionamiento a través de la página web institucional www.supercias.gob.ec que se encuentra interconectada a las páginas de las demás entidades involucradas, vale decir: Notarías, Registro Mercantil y Servicio de Rentas Internas.

La constitución de nuevas compañías de responsabilidad limitada y anónimas en las formas previstas en las disposiciones invocadas, deja librada a la responsabilidad de sus socios o accionistas fundadores y que comparecieron al otorgamiento de la respectiva escritura pública, la veracidad de la información contenida en la escritura constitutiva, así como la suscripción y pago del capital con el cual se constituye la compañía, en un porcentaje no inferior al cincuenta por ciento del capital suscrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Compañías, para el caso de la compañías de res-

ponsabilidad limitada, y al que se remite expresamente el artículo 147 del mismo cuerpo legal, en una cuarta parte, por lo menos, para el caso de las compañías anónimas.

Como una suerte de contrapartida de esta permisividad legal que se inspiró en la necesidad de propiciar un mejor clima de negocios en el país, y de simplificar y automatizar los trámites a través de la utilización de las modernas tecnologías de la información, se encuentra la facultad que la Ley reservó expresamente a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para realizar el control ex post de estos procesos de constitución, en los términos de la disposición contenida en el artículo 432 de la Ley de Compañías, según el cual, la vigilancia y control a que se refiere el artículo 431 será ex post al proceso de constitución y de la inscripción en el Registro de Sociedades; y, se complementa con lo dispuesto en el artículo 438 del referido cuerpo legal, cuando establece que en el ejercicio de su facultad de vigilancia y control ulterior, la Superintendencia podrá disponer, mediante resolución debidamente motivada, que el Registrador Mercantil correspondiente cancele la inscripción de los actos societarios no sujetos a aprobación previa, que no cumplan con los requisitos legales pertinentes o que hayan sido inscritos en infracción de normas jurídicas vigentes.

Esta disposición se reitera en el artículo 440, el cual dispone que la inspección de las compañías tiene por objeto establecer la correcta integración del capital social al tiempo de la constitución, así como de los aumentos de capital; verificar si la sociedad cumple su objeto social; examinar la situación activa y pasiva de la compañía; si lleva los libros sociales tales como los de actas de juntas generales y de directorios, el libro talonario y el de acciones y accionistas o de participaciones y socios, y los documentos que exige la ley para registrar válidamente las transferencias de acciones; si su contabilidad se ajusta a las normas legales; si sus activos son reales y están debidamente protegidos; si su constitución, actos mercantiles y societarios, y su funcionamiento se ajustan a lo previsto en las normas jurídicas relevantes vigentes y en las cláusulas del contrato social, y no constituyen abuso de la personalidad jurídica de la compañía, en los términos del artículo 17 de dicha Ley; si las utilidades repartidas o por repartir corresponden realmente a las liquidadas de cada ejercicio; si las juntas generales se han llevado a cabo con sujeción a las normas legales relevantes; si la compañía está o no en causal de intervención o disolución; y, la revisión y constatación de la información que sea necesaria para la investigación de oficio o a petición de parte, de hechos o actos que violen o amenacen violar derechos o normas jurídicas vigentes.

Para garantizar la observancia del debido proceso y del derecho a la defensa, la misma norma legal dispone que si de los informes de inspección y control referidos a actos societarios se detectaren hechos que dan lugar a la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 442, es decir se notifican las observaciones a la compañía y se le concede un término de hasta treinta días para que presente sus descargos y subsane las infracciones o violaciones legales detectadas. Adicionalmente el mismo artículo prescribe que en este caso, así como cuando se constatare la existencia de infracciones a normas jurídicas vigentes o la violación o amenaza de inminente violación de derechos de socios o de terceros, el

Superintendente podrá disponer que los socios o accionistas reunidos en junta general, los órganos de administración y los representantes legales de la sociedad procedan a subsanar la situación irregular advertida, ordenando la ejecución de acciones o adopción de medidas concretas encaminadas a tal fin.

La previsión legal citada se refuerza con la disposición que sigue a continuación del mismo artículo 440, cuando establece que, en caso de persistir el incumplimiento a las leyes o normativa vigente, la Superintendencia de Compañías y Valores, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 438, antes comentado, dispondrá mediante resolución motivada la cancelación de la inscripción del acto societario en el correspondiente Registro Mercantil, cuando corresponda, e impondrá las sanciones que prevé la Ley de Compañías, las cuales podrán aplicarse, coercitiva y reiteradamente, hasta que la sociedad, los accionistas o administradores superen la situación de la sociedad de acuerdo con las disposiciones que al efecto determine el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros.

El carácter eminentemente correctivo de las disposiciones que integran este novísimo marco legal resulta evidente e incuestionable, puesto que, al establecer previsiones dirigidas a proteger el interés de la propia compañía, de sus socios o accionistas; y finalmente el de terceros, la Ley de Compañías reformada por la Ley de Fortalecimiento del Sector Societario y Bursátil contiene nuevas disposiciones que permiten a la autoridad de control exigir la adopción de medidas correctivas para subsanar aquellos actos societarios que hubieren contrariado la Ley, de manera que puedan tener plena validez y eficacia jurídicas; siendo importante notar que aún en el evento de que se llegare a disponer su cancelación en el Registro Mercantil; la única forma de subsanar una determinada situación, es la reiniciación del proceso irregular, desde el principio, ejecutándolo de manera que no se incurra en las violaciones legales que se hubieran producido en el proceso cancelado por la autoridad de control.

El ejemplo que mejor ilustra la bondad de este mecanismo es el referido a los aumentos de capital que muchas veces se procesaban con la evidente pero inconfesada intención del accionista que administraba una compañía, de reducir el porcentaje que tenía otro accionista cuya presencia y cuestionamientos le resultaban incómodos.

El mecanismo más socorrido era el de cuidar, con la necesaria sutileza, que ese otro accionista no se enterara de que se había convocado a una junta general de accionistas para resolver un aumento de capital; asegurándose que tampoco conociera que se había publicado el aviso para ejercer su derecho preferente en el aumento resuelto. Cuando el accionista afectado se enteraba, pues resultaba que se encontraba frente a hechos consumados, muchas veces autorizados en forma expresa por la propia autoridad de control que, sobra decirlo, también pudo haber sido engañada.

El imperio del nuevo marco legal que entró en vigencia en el mes de mayo del 2014, franquea a los accionistas que se sintieren afectados por prácticas de esta naturaleza, la posibilidad de acudir a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros a presentar la correspondiente denuncia, cuya tramitación puede dar lugar a la cancelación de los

actos societarios que se hubieren instrumentado con violación de la Ley, sin perjuicio de la imposición de sanciones a quienes hubieren incurrido en ese tipo de irregularidades.

4. Consideraciones sobre el derecho de corrección económica, en relación con los actos de control que ejecuta la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

El derecho de corrección económica es una categoría conceptual específica desarrollada por la doctora Patricia Alvear Peña, quien nos ilustró con su versado conocimiento jurídico sobre el tema en su brillante disertación, mediante su ponencia en la que identifica al derecho de corrección económica como una “Nueva disciplina del derecho, fortalecida con la aparición de los Estados modernos a partir de la 2da. Guerra Mundial, que pone límites al uso, goce y ejercicio de los derechos económicos (propiedad, libre empresa, libre competencia, consumidor), buscando el mantenimiento del sistema y protección de intereses diversos de operadores económicos.”

Nos enseña también en su excelente ponencia que el derecho de corrección económica controla y corrige el mercado, lo cual se cumple a través de la intervención estatal que promueve e impulsa la expedición de leyes principalmente dirigidas a la defensa de la competencia; de combate a la competencia desleal; y de protección de los derechos del consumidor.

Al tener presente este marco teórico conceptual y referencial de innegable validez, es necesario señalar que en el mes de octubre del 2011 entró en vigencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuerpo legal que engloba, según la misma jurista, los mencionados elementos de defensa de la competencia, de regulación y control del poder de mercado, y también la competencia desleal.

La Ley mencionada reservó para la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación, a cargo de una Junta integrada por los Ministros Coordinadores de la Producción, Empleo y Competitividad; Política Económica; Sectores Estratégicos; y Desarrollo Social; y, que creó la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, asignándole la responsabilidad esencial de asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en dicha Ley; y el control, autorización, y del ser el caso la sanción de la concentración económica.

Para el cumplimiento de su cometido, el organismo de control está dotado de amplias atribuciones para hacer cumplir, a su vez, a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, tanto las disposiciones contempladas en la Ley que determinó su creación, así como las regulaciones dictadas por la Junta de Regulación, y también aquellas que emanen de la propia Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en uso de la facultad que le concede el artículo 37 de la Ley de la materia.

Por lo expresado, queda claro y resulta incontestable que la competencia para la aplicación del derecho de corrección económica, le corresponde manera privativa y excluyente a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, organismo que al igual que las demás superintendencias, entre las que se incluye la de mi representación, forma parte de la Función de Transparencia y Control Social.

Las funciones y responsabilidades que tiene asignadas la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros no se insertan en la categoría jurídica identificada como derecho de corrección económica; y si bien el marco legal vigente que me he permitido repasar en esta ponencia, nos ilustra sobre las medidas correctivas previstas en la Ley de Compañías, en la Ley de Mercado de Valores y en la Ley General de Seguros, que pueden aplicarse en los ámbitos regulados por dichos cuerpos legales y controlados por la Superintendencia que dirijo; no es menos cierto que esas medidas son de implicancia principalmente societaria y contable, más allá del hecho cierto que determinadas irregularidades que pueden motivar su aplicación, sean de contenido económico y financiero, y tengan en determinados casos derivaciones de orden administrativo, laboral y aún penal, en los casos en que se encuentran indicios de esa naturaleza que son puestos en conocimiento de la Fiscalía General del estado, por expreso mandato de la Ley.

6. El corrimiento del velo societario en la legislación ecuatoriana

6.1. El velo corporativo y el velo societario

Es un principio generalizado del Derecho Civil el reconocimiento de la persona jurídica como un ente moral o ficticio, cuya existencia, patrimonio y finalidades son distintos y separados respecto de cada uno de los individuos que la integran, y es precisamente ese reconocimiento estatal de su autonomía operativa, personalidad jurídica y personería jurídica a través del ejercicio de la representación legal, que se hace a través de la ley, lo que, en conjunto, se da en llamar el *velo corporativo*.

Esta figura es un manto jurídico que protege corporativamente a quienes individualmente se han asociado dentro de una compañía o sociedad mercantil, que distingue frente a terceros los derechos individuales o colectivos de los asociados, en relación con aquellos que son propios de la persona jurídica como tal, a la que le reconoce el derecho a un nombre distintivo, domicilio, nacionalidad y al ejercicio de la potestad de adquirir derechos y contraer obligaciones con terceros, con la intermediación de un representante legal o administrador, o para operar con una estructura interna de gobierno, administración y vigilancia, más o menos compleja según el tamaño de sus operaciones, que responde a la voluntad de sus asociados.

Aquellos entes que no se han establecido en virtud de una ley, o que no han sido aprobados por una entidad pública facultada legalmente para aquello, no son, en el ámbito civilista, considerados personas jurídicas, y por tanto carecen de personalidad jurídica.

En cambio el *velo societario* se reconoce y norma por el Derecho Mercantil y, en su seno, por varias leyes especializadas según los campos de actividad económica que el Estado ha considerado indispensable regular por separado; y, los entes que se crean no siempre requieren de la previa aprobación estatal, sino más bien, salvo excepciones, incorporan su contrato constitutivo y sus estatutos en un registro público que da fe de la existencia de la persona jurídica empresarial y de sus actos societarios posteriores, sujetos a control ex post de la entidad pública legalmente competente, como es el caso actual de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Generalmente, el velo societario tiene que ver con empresas o compañías de naturaleza mercantil, y hasta podría hablarse de un *velo fiduciario* para aquellos emisores u operadores registrados en el Mercado de Valores y para los fideicomisos mercantiles que conforman un patrimonio autónomo.

Los principios generales sobre los cuales se conforma y sustenta el *velo societario* pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- Una empresa o compañía mercantil goza de personalidad jurídica y constituye un sujeto de derecho distinto a cada uno de sus socios o accionistas, incluyendo al gerente-propietario en el caso de la empresa unipersonal.
- Lo que pertenece a una empresa o sociedad, no pertenece, ni en todo ni en parte, a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente las deudas de una empresa o sociedad no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen tal empresa o sociedad, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la empresa o sociedad.
- La responsabilidad de los socios o accionistas (incluyendo al gerente-propietario) se limita al monto de sus aportes al capital social.
- Los socios o accionistas (incluyendo al gerente-propietario) pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la empresa o sociedad se obliga; y la responsabilidad de los socios o accionistas será entonces solidaria, si se estipula expresamente la solidaridad, salvo el caso en que por la naturaleza jurídica de la sociedad la responsabilidad sea colectiva entre todos sus miembros o parte de ellos, como es el caso de las compañías en nombre colectivo o en comandita simple.
- Los administradores tienen la responsabilidad derivada de las obligaciones que la ley y el contrato social les impongan como tales y las contempladas en la ley para los mandatarios; igualmente, la tienen por la contravención a los acuerdos legítimos de las juntas generales.
- Es nula toda estipulación que tienda a absolver a los administradores de sus responsabilidades o a limitarlas.

- Los administradores no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la empresa o compañía.
- Será ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores o gerentes que se estipulare en el contrato social o en sus reformas.

6.2. Levantamiento del velo societario

La Disposición General Tercera de la Ley de Compañías, incorporada por mandato expreso de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento del Sector Societario y Bursátil que entró en vigencia, como ya se dijo, en mayo del 2014, al referirse a la inoponibilidad de la personalidad jurídica, es decir al corrimiento del velo societario, establece lo siguiente:

TERCERA.- La compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto a sus socios.

Sin embargo, esa distinción no tendrá lugar ni será oponible en caso de comprobarse judicialmente que el contrato social fue celebrado para violar la ley, el orden público o la buena fe; para encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía; o como mero recurso para evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la ley, o por cualquier otro medio semejante, siempre que de ello se derivaren perjuicios a terceros. Lo antedicho se extenderá a todas las modificaciones al contrato social referidas en el artículo 33 y a cualquier actividad de la compañía que, con iguales propósitos y medios, perjudicaren derechos de terceros.

Los perjuicios sufridos por cualquier abuso de la personalidad jurídica de la compañía, en los términos previstos en el inciso anterior, se imputarán directa y personalmente a la persona o personas que se hubieren aprovechado o se estuvieren aprovechando de la simulación o del fraude a la ley, o de cualquier otro medio semejante, para ocultar o encubrir su interés o participación en la compañía o en su patrimonio, o en los actos o contratos que hubieren ocasionado o estuvieren ocasionando los perjuicios supradichos.

En la sentencia en que se declare la inexistencia de la distinción a que se refiere el primer inciso, es decir, en que se declare la inoponibilidad de la personalidad jurídica se dispondrá que, de ser posible, las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la simulación, del fraude a la ley o de cualquier otra vía de hecho semejante, y que los responsables de los perjuicios respondan personal y solidariamente por éstos, mediante la correspondiente indemnización; pero en todo caso se respetarán y no podrán afectarse los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

En general, por los fraudes, simulaciones, abusos o vías de hecho que se cometen en perjuicio de terceros, a nombre de una compañía o valiéndose de ella, serán personal y solidariamente responsables, además de los señalados con anterioridad en este artículo, quienes los hubieren ordenado

o ejecutado. También serán personalmente responsables los tenedores de los bienes respectivos, para efectos de su restitución, salvo los que hubieren actuado de buena fe.”(Subrayado fuera del texto original)

En consonancia con la antedicha Disposición General, los artículos 17 y 31 de la misma Ley de Compañías, disponen:

Artículo 17.- Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables:

1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar;

2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y,

3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.

Salvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor. La acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica seguirá el trámite especial previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Artículo 31.- Los acreedores personales de un socio o accionistas durante la existencia de una compañía, podrán:

1. Solicitar la prohibición de transferir participaciones o acciones.

2. Embargar las acciones que le correspondan, las cuales podrán ser rematadas a valor de mercado, de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los derechos económicos inherentes a la calidad de accionista, serán ejercidos por la persona en cuyo beneficio se dictó el embargo.

No son susceptibles de embargo las cuotas o participaciones que correspondan al socio de una compañía de responsabilidad limitada en el capital social.

3. Embargar las utilidades que les correspondan previa deducción de lo que el socio o accionista adeudare por sus obligaciones sociales;

Las medidas reseñadas en los numerales 1 y 2 se efectuarán con la inscripción en el libro respectivo.

Los perjudicados por el abuso de la personalidad jurídica, en los casos previstos en el artículo 17 de esta Ley, tendrán los mismos derechos que por virtud de este artículo se les confiere a los acreedores de los accionistas, con arreglo a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Una vez disuelta la compañía el acreedor personal, podrá embargar la parte o cuota que corresponda al socio o accionista en la liquidación.

6.3. Procedimiento levantar el velo societario

El artículo 155 de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, publicada en el suplemento del Registro Oficial NO.249 de 20 de mayo de 2014, reformó el Código de Procedimiento Civil, en la siguiente forma:

Artículo 155.- Agréguese a continuación del artículo 412 los siguientes artículos

Sección 1b.

Del proceso de inoponibilidad de la personalidad jurídica

Artículo 412-A.- La demanda de desvelamiento societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica podrá proponerse contra una o más compañías y contra los presuntos responsables. Si la demanda se propusiere contra varias compañías y varias personas naturales, el actor deberá presentar la demanda en el domicilio principal de la compañía o persona jurídica sobre la cual se pretenda oponerse a su personalidad jurídica, en los términos del último inciso del artículo 17 de la Ley de Compañías.

En la demanda se podrán solicitar, como medidas cautelares, las prohibiciones de enajenar o gravar los bienes y derechos que estuvieren relacionados con la pretensión procesal y, de manera particular, de las acciones o participaciones o partes sociales de la o las compañías respectivas, así como la suspensión de cualquier proceso de liquidación o de cualquier orden de cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil de cualquiera de las compañías demandadas; las que, en su caso, serán ordenadas antes de cualquier citación con la demanda.

Artículo 412- B.- Las prohibiciones de enajenar o gravar inmuebles se inscribirán en el o los correspondientes Registros de la Propiedad; las de enajenar participaciones o partes sociales, en el o los correspondientes Registros Mercantiles; las de enajenar o gravar acciones, en el o los correspondientes Libros de Acciones y Accionistas, bajo la responsabilidad personal de los respectivos representantes legales encargados de su cuidado; y, la de suspensión de cualquier proceso de liquidación o de cualquier orden de cancelación de la inscripción de cualquier compañía se inscribirán en el respectivo Registro Mercantil, y se comunicará al liquidador correspondiente. El juez deberá notificar a la Superintendencia de Compañías y Valores a fin de que registre en su base de datos las medidas cautelares dispuestas, cuando corresponda.

Artículo 412-C.- El juez, a solicitud de parte, podrá disponer que la Superintendencia de Compañías y Valores ordene las inspecciones que fueren del caso para determinar que las prohibiciones de enajenar o gravar acciones fueron debidamente anotadas o registradas en el o los Libros de Acciones y Accionistas.

Artículo 412-D.- En la demanda también se podrán solicitar inspecciones determinadas por parte de la Superintendencia de Compañías y Valores a los libros sociales y contables de dichas compañías, aunque no estuvieren bajo su control y vigilancia, y los resultados de las mismas no tendrán carácter de reservados. Tal solicitud se podrá presentar también dentro del término de prueba.

Artículo 412-E.- Las inspecciones referidas en el inciso anterior podrán solicitarse motivadamente, con indicación de las presuntas irregularidades del caso, como diligencias preparatorias específicas para esta acción, y la Superintendencia de Compañías y Valores las llevará a cabo sin reserva alguna aunque las compañías no estuvieren bajo su control y vigilancia; sin perjuicio del derecho que cualquiera de las compañías inspeccionadas según este inciso pudiera tener para demandar indemnización de daños y perjuicios al solicitante, en caso de que en la inspección respectiva no se hubieren determinado la o las irregularidades señaladas en la solicitud.

Artículo 412-F.- La acción de desvelamiento societario o inoponibilidad de la personalidad jurídica prescribirá en seis años, contados a partir del hecho correspondiente, si hubiere sido uno solo, o del último de ellos, si hubieren sido varios.

Lo establecido en este artículo se aplicará sin perjuicio del derecho a presentar impugnaciones o acciones de nulidad de la constitución o de los actos o contratos de las compañías demandadas, según lo previsto en esta ley.

6.4. El velo societario frente al derecho de corrección económica

Con respecto a las normas transcritas y frente al derecho de corrección económica, control de compañías y corrimiento del velo societario, es necesario comentar lo siguiente:

El artículo 3 de la Ley de Compañías prohíbe la formación y funcionamiento de compañías contrarias al orden público, a las leyes mercantiles y a las buenas costumbres; de las que no tengan un objeto real y de lícita negociación y de las que tiendan al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de cualquier industria, mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad.

Como ya quedó establecido, el artículo 17 de la misma Ley manda que por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar; los

que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y, los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.

El contrato privado de compañía, en cuanto permite generar una persona jurídica incorporada a un registro público, tiene límites fijados en diversos cuerpos normativos para la interposición de su personalidad jurídica o velo societario ante terceros para precaver que sirva como instrumento en la comisión de fraudes y delitos, tales como testaferrismo, evasión fiscal, lavado de activos, captación de recursos del público sin respaldo adecuado, y otros semejantes que perjudican al interés general o a la fe pública.

No obstante, en nuestra legislación positiva no se ha normado sobre el *fraude de ley*, que consiste en aquella categoría antijurídica que despliega efectos invalidantes en otros sectores del ordenamiento jurídico, en tanto que un acto realizado al amparo de una norma persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él.

Para establecer el fraude se debe considerar la antijuridicidad de cada conducta, en cuanto signifique transgresión al principio de transparencia de un negocio jurídico; la imputabilidad del accionista, socio o partícipe que tenga la titularidad real y el control de la compañía, respecto de su decisión de crearla o usarla para declinar responsabilidades propias; y, la gravedad del daño para terceros que no tienen la obligación de soportarlo, sean o no elementos constitutivos de un delito.

Similar responsabilidad en hechos antijurídicos deben tener los administradores de la compañía que fueren partícipes en su ejecución o por omisión fraudulenta de sus deberes legales.

Los titulares reales de la compañía y sus administradores deben responder solidaria e ilimitadamente frente a terceros por las obligaciones contraídas por la persona jurídica, y asumirán su responsabilidad penal y civil en caso del cometimiento de ilícitos judicialmente declarados por sentencia ejecutoriada, cuando se haga uso de una compañía, para:

- a) Fines fraudulentos en perjuicio de un tercero;
- b) Como instrumento para fraude de ley, abuso de derecho o ejercicio antijurídico del mismo;
- c) Negocios irregulares, simulados o ilícitos;
- d) Elusión de responsabilidad contractual o extracontractual;
- e) Actividades de fachada;
- f) Utilización fraudulenta o simulada de nombres o documentos de terceras personas para que funjan como accionistas, beneficiarios o partícipes de compañías o negocios cuyo verdadero titular está encubierto;

- g) Contabilización o inscripción de bienes, derechos, contratos o cualquier tipo de acto jurídico a nombre de la compañía, buscando eludir la prohibición o limitación impuesta al titular real por otra norma jurídica;
- h) Captar recursos o bienes de terceros, si no hubieren activos fijos o garantías suficientes para respaldar los dineros o bienes recibidos;
- i) Servir para la simple tenencia de activos sin actividad o finalidad mercantil, para elusión tributaria o en perjuicio de derechos de terceros;
- j) Para amparar bienes o derechos que los socios o partícipes, personas naturales o jurídicas, no quieren que se les persiga o detecte por acciones legales de terceros;
- k) En caso de falsedad contable de estados financieros, reportes o declaraciones.

Debe considerarse *negocio jurídico irregular* a aquel formalmente válido bajo una figura societaria prevista en la Ley, que cumple con los requisitos exigidos por la normativa aplicable para la constitución de la compañía, pero que por decisión encubierta de sus titulares ésta no cumple con el fin propio del acto o contrato, bien sea por simulación absoluta, cuando el negocio es inexistente, o por simulación relativa, cuando el negocio es existente pero distinto del realizado.

Se debe *presumir simulación* en perjuicio de terceros cuando:

- a) Dos o más compañías comparten administrador o la misma sede social o dirección domiciliaria para encubrir operaciones ilícitas;
- b) Cuando haya identidad de titulares y a la vez confusión de patrimonios, aunque se pretendan personas jurídicas distintas;
- c) En caso de la infracapitalización de una compañía cuando la responsabilidad de sus socios o accionistas está limitada a los aportes declarados como capital, pero que ejecuta operaciones relevantes que no se compadecen con los activos, pasivos y patrimonio de la misma;
- d) En compañías pertenecientes a un mismo grupo familiar o económico que simulan frente a terceros no tener vinculación, con el ánimo de evadir o perjudicar el cumplimiento de una norma jurídica o de evadir controles estatales, especialmente antimonopolio;
- e) En compañías ligadas por comunidad de gestión, intereses y beneficios que no se revelan como un grupo empresarial;
- f) Cuando exista inactividad de la compañía y una actividad simulada de sus administradores, socios, accionistas o partícipes para engañar a terceros;
- g) Ante la constatación de un entramado jurídico u operacional en el que unas compañías participan en los activos o en los resultados de las otras, utilizan figuras o actos aparentemente legales para piramidar capitales; o reproducen garantías,

créditos o asignaciones con base a los mismos recursos económicos en desmedro de sus acreedores;

- h) En caso de disolución y creación simultánea o sucesiva de compañías con elementos coincidentes, con el ánimo de perjudicar a terceros; o
- i) El uso de la personalidad jurídica de la compañía como sujeto interpuesto en actos o contratos, sirviendo la sociedad como mera pantalla de otras actividades encubiertas

Se debería tener como *infracapitalización* a la insuficiente dotación de recursos a la compañía para cumplir sus fines sociales, bien sea de carácter material por ausencia de recursos frente al volumen de operaciones sociales, o formal por la falsa contabilización de fondos captados o generados por el mismo negocio, haciéndolos aparecer como crédito o aporte de los socios, salvo el caso de la capitalización legal de recursos patrimoniales o de aportes reales para futura capitalización.

En estos casos, se tendrá como efecto la imputación de responsabilidad ilimitada y solidaria en contra del patrimonio personal de los socios o accionistas sobre la totalidad de las obligaciones sociales carentes de garantía patrimonial suficiente o que llegaren a ser incumplidas por falta de pago.

En el caso de que se determine que existe el control efectivo de una compañía por parte de otra, la imputación de responsabilidad frente a terceros se hará a la *compañía dominante*, o se hará extensiva la responsabilidad entre miembros del mismo grupo hasta llegar a la persona natural que ejerce la titularidad real.

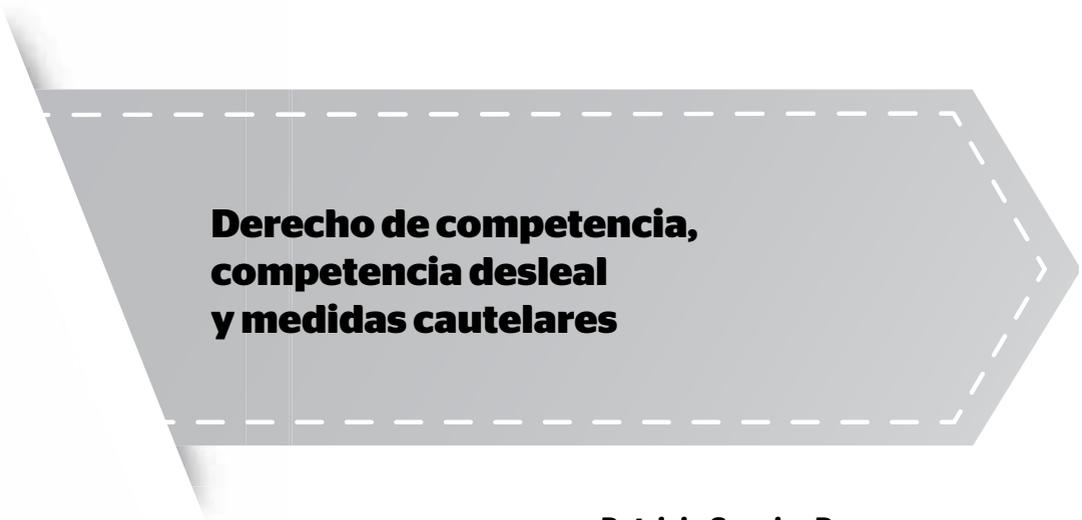
Cuando se haga uso de una compañía para eludir el pago de obligaciones con terceros, o se aporten bienes al capital social o se los haga figurar en el activo para evitar embargos o medidas cautelares, o se efectúe sucesivas transferencias de acciones o derechos a través de personas naturales o jurídicas interpuestas para evitar que aparezca el comprador o contratista real, se podrá acudir a la declaratoria de fraude de ley.

7. Conclusiones

El análisis del marco jurídico vigente conduce a reflexionar sobre la necesidad de propiciar medidas de refuerzo en lo legal y en las labores de control estatal, a través de los distintos organismos que ejecutan labores de esa naturaleza, que aseguren la mayor transparencia en las actividades de las compañías para una cabal y oportuna identificación de los titulares o beneficiarios reales de los negocios mercantiles, cuando se justifique aplicarlas en salvaguarda del interés público, para impedir operaciones que se efectúan a través de compañías simuladas, es decir, con una utilización indebida del velo societario, y para evitar que administradores o titulares de derechos contenidos en acciones o participaciones en compañías anónimas o de responsabilidad limitada, según corresponda, puedan eximirse fraudulentamente de su responsabilidad frente a

sus propios asociados o ante terceros, o evadan la acción de la justicia y enerven los controles estatales.

Sobra decir que los organismos estatales deben coordinar sus acciones para el cumplimiento de sus fines, y la protección del bien jurídico superior que es el interés general, en estricta aplicación de la disposición inserta en el artículo 226 de la Constitución de la República.



**Derecho de competencia,
competencia desleal
y medidas cautelares**

Patricio Secaira Durango

Sumario:

1. El Derecho a la Competencia; 1.1. Ámbito del Derecho de Competencia; 1.2. La Constitución ecuatoriana y el Derecho a la Competencia; 1.3. El Derecho a la Competencia en materia civil, administrativa y penal; 2. La Competencia Desleal; 2.1. La paradoja libertad de comercio-competencia desleal; 2.2. Conductas desleales; 2.3 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; 2.4. La Competencia Desleal en la nueva Ley. 3. Medidas Cautelares. 3.1. Su alcance doctrinario; 3.2. Clases de Medidas Cautelares; 3.3. Medida cautelares y diligencias preliminares; 3.4. Medidas cautelares en la legislación ecuatoriana.

Resumen:

El Derecho a la Competencia puede ser visto desde distintas ópticas, correspondiendo en esta oportunidad referirme a los temas siguientes: (i) El Derecho a la Competencia, en el cual haremos un intento de ubicación temática, nos referiremos a su alcance, a las disposiciones constitucionales que lo definen y someramente a su implicación en otras ramas del derecho; (ii) la competencia desleal, dentro del ámbito del derecho de la competencia nos permitirá acercarnos a uno de sus ejes, debiendo referirnos necesariamente al vínculo entre la moral y el derecho y, ligeramente a la normativa ecuatoriana; y, (iii) las medidas cautelares en el ámbito doctrinal y de la legislación de la competencia en el Ecuador, será el tema de cierre de exposición.

1. El Derecho a la Competencia

La competencia es de aquellos términos usados como parte de los metalenguajes que sirven para definir muchos actos o relaciones, la competencia en su definición es diferente en el deporte, en la aptitud de las personas; y obviamente en el aspecto jurídico, la palabra tiene otras significaciones.

La competencia puede ser sinónimo de contradicción, en la dialéctica se aprecia la contradicción permanente entre el ser humano y la naturaleza; los dos se han enfrentado en una competencia constante, interminable: el ser humano desde su capacidad analítica y racional, enfrenta a la naturaleza, se vale de ella para sobrevivir, para crear y superarse; en tanto que la naturaleza solo cumple su función que se explica por sus propios atributos; así, las plantas y los animales tienen mecanismos de subsistencia desde su constante y vital competencia. ¿Será esta una competencia leal o será una competencia desleal? ¿Cuáles son las reglas que rigen esa conflictiva relación, quién y cómo las controla? Son preguntas constantes que tienen tantas respuestas como visiones existan sobre el tema.

La vida humana en muchos aspectos es de competencia constante, así, en el deportivo los equipos y las personas se enfrentan entre sí, en búsqueda de obtener el triunfo; no podríamos entender esta actividad si no habría la recíproca oposición al adversario.

Para el abogado y más aún para el juez, la competencia es un medio de autorización limitado que le confiere la Constitución o la ley para obrar en ciertas órbitas, en los distintos órdenes de la actividad pública, pero puede tener otras connotaciones jurídicas; y es, el derecho el que se encarga de delimitar los ámbitos en los que opera la competencia, determinando sus definiciones, alcances y propósitos.

El derecho es evidentemente una construcción social y como tal es dinámico, por ello es coyuntural, puesto que norma necesidades sociales, situaciones que en cada época deben regularse, ya que su finalidad siempre será la paz social. De ello se infiere que las instituciones jurídicas existentes deben avanzar, modificándose para que se adecuen a cada circunstancia, a cada objetivo social, económico o de otra naturaleza; pero esa dinámica también permite, o exige la incorporación de nuevos institutos jurídicos requeridos para viabilizar el desarrollo de los pueblos.

El derecho no puede entenderse sin la existencia del Estado, sin que ello implique que el Estado sea el derecho en sí, pues éste es anterior a aquél; pero es claro que el Estado es entre otros aspectos una representación efectiva y concreta del derecho; pues el Estado es emisor de normas, es garante de su cumplimiento, para lo cual crea órganos, autoridades, procedimientos, mecanismos de control, de regulación, tipifica inconductas, impone sanciones, establece responsabilidades y posibilita que estas se cumplan.

Ello ocurre con el denominado Derecho de la Competencia, el cual ha venido perfeccionándose por el desarrollo de los mercados, por la exigencia de los consumidores, por las desigualdades y por otros aspectos, que son fuente sustancial para su acelerada

autonomía, como un derechos especializado que toma elementos del derecho civil, del derecho mercantil, del derecho administrativo, del derecho penal y ahora, en nuestro país del derecho ambiental y del derecho de la naturaleza.

El constitucionalista Miguel Carbonell refiere que, el derecho a la libertad de industria y comercio, fue establecido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, al amparo del dogma de la igualdad de todos frente a la ley; derechos que inauguran el liberalismo económico, que se fortalece a partir de la primera guerra mundial aunque, señala, que tiene más fuerza desde la segunda, época en la que paradójicamente, se establecen mecanismos de importante intervención del Estado en la Economía.¹

Señala asimismo que las libertades de comercio e industria determinaron la creación y desarrollo de grandes corporaciones de producción en serie, destinada a mercados más amplios, afirmando que:

Estos nuevos entes, en virtud de su fuerza, comenzaron a abusar de su poder, en daño de los empresarios más débiles, con lo que consiguieron el dominio y la prepotencia en el mercado a base de monopolios, de imposición de directrices económicas nacionales, del incremento en los precios y la mengua de la calidad de productos y servicios, todo ello en daño de los consumidores. Este abuso del poder llevó pronto a plantear la necesidad de regular la concurrencia, prohibir prácticas inmorales de competencia y situaciones monopólicas y oligopólicas que el poder público consideraba inconvenientes para la salud social y para el interés de la colectividad.

El maestro colombiano Mauricio Velandia, enseña que el derecho a la competencia es una rama del derecho que “salvaguarda la intervención del Estado en la economía, en busca de proteger el interés público, así como la propiedad privada”²

Marcelo Marín Sevilla en su artículo “El Derecho de Competencia Económica en la Constitución del Ecuador”³, cita a José Antonio Olaechea (a su vez citado por Pinkas Flint), expresando que:

El derecho de la libre competencia se encuentra inmerso en el nuevo derecho del tráfico económico que incluye tres disciplinas a saber: Las normas sobre la competencia desleal que tratan acerca de las pautas que deben seguir los competidores entre sí; las normas de defensa del consumidor que protegen los intereses de los consumidores, en oposición a aquellas que regulan a productores y comerciantes; y, el derecho de libre competencia que vela por el sistema de libre mercado.

1 CARBONELL, Miguel. (Coord.). *Diccionario de Derecho Constitucionale*. Editorial Porrúa, México, 2009. p. 892 a 896

2 VELANDIA, Mauricio. *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia, 2011 P. 45

3 Revista de Derecho, *Ius Humani*. Universidad Los Hemisferios, Vol.2, 2011. Ecuador. P. 48

1.1. **Ámbito del Derecho de Competencia**

Mauricio Velandia⁴, sostiene que el Derecho de Competencia comprende dos grandes ramas:

1. El Derecho relativo a las Prácticas Comerciales Restrictivas, el cual norma la protección de derechos del consumidor en lo relacionado a su capacidad adquisitiva y regula la redistribución equitativa de la riqueza dentro de una economía.
2. El Derecho de Competencia Desleal, el cual regula la “conurrencia de las empresas al mercado, es decir, el daño a la competitividad o el aprovechamiento indebido de esta”, este será el tema que abordaremos más adelante.

1.2. **La Constitución ecuatoriana y el derecho a la competencia**

Varias son las disposiciones constitucionales que hacen relación a la competencia, a los consumidores y al mercado que norman la actividad económica relacionada al derecho a la competencia; así, el artículo 283 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), determina que el sistema económico ecuatoriano es “social y solidario”; al definir la existencia de un sistema económico, es de entender que este está constituido por un conjunto ordenado e interrelacionado de normas que caracterizan el funcionamiento de la economía ecuatoriana; sistema que tiene como finalidad sustancial al ser humano individual o colectivamente considerado, estimando que la contribución de todos es la que podrá generar “una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza”. Desde luego que la relación entre esos sujetos de la economía siempre es dinámica, porque es una actividad que se basa en movimientos constantes, que actúan con fines específicos y determinados que tiene relación con el comercio, con la industria, con los servicios, que interactúan permanentemente, con las reglas que impone el mercado y con los límites y correcciones que determina el ordenamiento jurídico. Desde luego que lo novedoso de la disposición es incorporar a la naturaleza como sujeto adicional de esa relación, lo que significa que estas actividades deben ser sustentables, como medio para posibilitar el buen vivir.

El artículo 284 de la CRE en su numeral 8 fija como uno de los objetivos de la política económica ecuatoriana, el fomento del “intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes”. Debe considerarse en este aspecto, que la eficiencia y la transparencia de los mercados es un medio para que pueda lograrse el intercambio mercantil equilibrado, por consecuencia, la transparencia puede ser estimada como el mayor grado de información posible respecto de los mercados, sea de la calidad de los bienes y servicios, de las alternativas que de estos existen, de sus ventajas o desventajas y de sus valores reales; características que permiten lograr interacciones de mayor confianza y de mejor competencia, proceso que a la larga genera ventajas a los consumidores, a los productores y sin duda al desarrollo económico del propio país.

4 *Ibidem*, p. 54 y 55

La norma en cita concuerda con el objetivo de la “política comercial” establecido en el artículo 304 de la CRE, cuando establece la obligación pública de “Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos”; actividades que han de establecerse en el Plan Nacional de Desarrollo o Plan Nacional del Buen Vivir; lo cual significa que ésta es una política pública considerada como un objetivo permanente del Estado el cual ha de verificarse en función de la dinámica coyuntural que corresponda a su planificación.

El mismo artículo en sus numerales 5 y 6 establece como objetivos públicos el impulso a las economías de escala y del comercio justo, proscribiendo asimismo prácticas monopólicas y oligopólicas en el sector privado y otras prácticas que desnaturalicen los mercados afectando a su equilibrada actividad. Normas que sin duda alguna, caracterizan y están desarrolladas por la doctrina y las normas del derecho a la competencia.

Igualmente, el artículo 52 (CRE), que refiere los derechos a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, derecho a información precisa y no engañosa (transparencia); y, a la libertad de elegirlos; además de la obligación del establecimiento de procedimientos legales de control de calidad, de defensa de los consumidores y las sanciones por la vulneración de estos derechos, como la reparación e indemnizaciones por las deficiencias, daños y mala calidad de los bienes y servicios. Norma que se complementa con el artículo 54 referente a las responsabilidades civiles y penales derivadas de la deficiente prestación de los servicios, la mala calidad de los productos o la publicidad engañosa.

La Constitución de la República igualmente, en su artículo 66 numerales 15, 16 y 26, contiene el reconocimiento al derecho de desarrollo de actividades económicas con sustento en los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; el derecho a la libertad de contratación; y el derecho a la propiedad en todas sus formas con responsabilidad social y ambiental.

1.3. El Derecho a la Competencia en materia civil, administrativo y penal

Se ha dicho, y con razón, que inicialmente el Derecho de la Competencia fue un asunto desarrollado en el ámbito del Derecho Mercantil, vinculado a las relaciones de orden civil entre las personas; sin que sea de preocupación especial del Estado; pero, cuando los conflictos generados en esas relaciones se tornan relevantes para la sociedad, es el Estado el que interviene para regular, controlar y sancionar las prácticas que afectan al consumidor, a los productores, a los comerciantes y a la economía del propio Estado; de modo que, el establecimiento de normas destinadas a evitar, corregir, establecer responsabilidades y sancionar esas prácticas se hace cada vez más evidente.

En efecto, la legislación civil fija los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial y moral que debe ser satisfecha por aquellos que han ejercido actividades ocasionadoras de daños a otras personas, tanto por el incumplimiento de contratos como por responsabilidades extracontractuales derivadas de cuasi contratos y cuasi delitos; al respecto debe tenerse presente que en el ámbito de la responsabilidad civil, pueden considerarse como elementos identificadores de la responsabilidad por competencia desleal:

a) la ocasionada por daños, cuando se prueba la existencia de un desmedro patrimonial en el competidor afectado, por las actuaciones del afectante y, b) cuando existe una beneficio económico o de prestigio indebido del afectante, derivado del ejercicio de derechos que corresponden al afectado.

El Derecho Penal por su parte ha de formular las tipificaciones antijurídicas y las sanciones que han de imponerse a los que resulten culpables de las infracciones; y, por último, la actividad del Derecho Administrativo encaminada al establecimiento de órganos públicos, dotados de competencias suficientes para imponer su fuerza coactiva destinada al control y regulación de las actividades contrarias a las buenas prácticas económicas y comerciales; medios que contribuyen significativamente a los propósitos del Derecho de la Competencia y, sobre todo al desarrollo equilibrado y sustentable de la economía, al mejor acceso de los consumidores a bienes y servicios de óptima calidad y a la competencia debida de los sujetos que concurren al mercado.

No debemos olvidar que en el Derecho de la Competencia concurren otras ramas, como las relativas al Derecho Procesal relacionadas al desarrollo y ejercicio del debido proceso; al Derecho de la Propiedad Intelectual que refiere las actividades correspondientes, a derechos de autor, marcas, patentes, y otros relacionados a la propiedad industria; y, desde luego, al Derecho Internacional, pues el comercio internacional es dinámico y estructura sus propias exigencias, las que finalmente requieren la participación de los Estados, quienes concurren a la suscripción de tratados que regulan los aspectos relativos al Derecho de la Competencia y particularmente a la competencia desleal.

2. La competencia desleal

La competencia es sinónimo de rivalidad, de oposición o de disputa, y si se aplica a la actividad empresarial, es elemento sustancial que caracteriza la esencia del comercio y de la industria. A este enfrentamiento se le conoce también como CONCURRENCIA, explicada por la consideración de que dos o más personas o empresas corren (concurren, compiten) a un mismo tiempo en búsqueda de un fin que les permita alcanzar preferencias o exclusividades incluso, sujetas a las mismas reglas y condiciones.

Si la rivalidad, expresada por acciones positivas encaminadas a fines pretendidos por la persona o empresa, genera evidentes disputas entre los contendientes, daría la impresión que sus prácticas a menos que constituyan delitos, se inscriben en la libertad de comercio y empresa. De tal manera que, podría pensarse que la lealtad fundamental, es el ejercicio pleno de las convicciones individuales; es decir “yo debo ser leal con mi pensamiento y mis acciones deben conducirme a lograr las metas que me propongo”. Visto de esta manera el tema, la competencia *per se*, carecería del atributo de la lealtad, por cuanto la deslealtad podría verse como una característica de la disputa, pues quienes contienden pretenden ganarla.

Pero si solo nos detenemos en la consideración de que las actividades de las personas no pueden afectar la moral o las buenas costumbres, encontraríamos elementos que

podrían, incluso en esta clase de disputas, establecer límites o hitos por los que deben transitar los contendientes; así como, prohibiciones y penalizaciones para el caso de que se violen esos límites. Ello nos lleva a pensar que este es el origen de la existencia de competencias ilícitas o desleales.

Se estima como competencia desleal, la ejecución de actos arbitrarios o abusivos encaminados al aprovechamiento de la fama de otro comercio o industria.

La competencia ilícita, refiere a actos arbitrarios o abusivos, que violentando el ordenamiento jurídico o contractual, pretenden el aprovechamiento indebido de la fama de otro comercio o industria.

La competencia desleal, en este contexto, era una práctica arbitraria que no violentaba derechos u obligaciones previamente establecidas, eran estimados como hechos incorrectos; a diferencia de la competencia ilícita que connotaba la violación de esos derechos u obligaciones. Sus efectos por tanto también podrían ser diversos.

En esas prácticas indebidas podrían incluirse actos como:

- Desviación de la clientela a base de engaños, para beneficiarse personalmente de ella o para disminuir la que tiene el competidor.
- Propaganda deshonesta para posicionar un producto propio o para desacreditar el ajeno.
- Ejecutar actos o correr rumores sobre la mala calidad de los productos del competidor.
- Dar información falsa sobre la bondad de los productos propios.
- Aprovecharse de las invenciones, marcas, lemas comerciales etc., sea imitándolos o reproduciéndolos sin autorizaciones o licencias.

Lo importante es centrar estos actos, como prácticas que se fueron generando en el tiempo y, en la medida en que éstas produjeron daños al competidor, fueron haciéndose visibles por las afectaciones ocasionadas en los consumidores; observándose un elemento nuevo en estas relaciones de concurrencia comercial o industrial, no extrañas a los propósitos de los contendientes; como no pudieron ser tampoco omitidas por el Estado que con su poder de imperio puede intervenir para evitar, solucionar, corregir o sancionar esas defecciones propias del mercado y de la competencia.

El Estado se convierte entonces, en un nuevo sujeto que interviene en esas relaciones, con diferentes propósitos como: garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las personas, evitar que la libertad de comercio y empresa se convierta en una competencia abierta sin límites y sin moral, fomentar las prácticas debidas del comercio y de la industria, corregir las defecciones propias del mercado; garantizar el crecimiento de la actividad empresarial como medio de desarrollo económico; proteger el interés y el derecho de los consumidores; en suma, regulando y controlando las actividades en las que pueda producirse competencia desleal.

2.1. La paradoja: libertad de comercio-competencia desleal

La libertad en sentido lato, es la potestad que tienen las personas para hacer o no alguna cosa, es decir, es un derecho subjetivo, personal, que permite decidir sin obstáculo o presión alguna. Pero sin duda en el ámbito del derecho, la libertad tiene que ver con el conjunto de prerrogativas que están reconocidas por el ordenamiento jurídico de un Estado. De ello se infiere que la libertad jurídica, no es una facultad ilimitada puesto que está extendida a todas las personas, por tanto opera en función de los límites que la propia legislación impone para precautelar las relaciones jurídicas, económicas, comerciales o de otra naturaleza.

Es en este contexto que la libertad de comercio o la libertad económica, está integrada por un conjunto de derechos, responsabilidades y límites indispensables, orientados al desarrollo de las personas y de las colectividades. Esta libertad entonces, está condicionada a lograr comportamientos interpersonales e intercolectivos, sustentados en principios morales; así, queda descartada la idea de que la libertad, reconocida y garantizada por el Estado, es ilimitada, ya que ello simplemente contribuiría a la legalización de la anarquía y el Estado a la larga, es el leviatán, representante del orden requerido por la sociedad.

Esos principios que identifican a la libertad jurídica, son fundamentalmente, como informa el artículo 66 numerales 1516 y 26 de la CRE, *i) la solidaridad*, la cual según Martín Ruiz Moreno (citado por Abelardo Torr ), debe ser entendida como la "fuerza moral cohesiva que actuando sobre los componentes del agregado social propende a su mutuo acercamiento y cooperaci3n"⁵; no de otro modo puede entenderse la existencia y el desarrollo de la sociedad, si los individuos que la conforman, no poseen una actitud de pertenencia a ese colectivo y de su expresa o tácita voluntad de contribuir a su mantenimiento y progreso; *ii) la responsabilidad social*, cuyo alcance puede ser considerado como un deber u obligaci3n jurídica para que las personas respondan por los daños que potencialmente puedan ocasionar a la sociedad, de la cual se desprende una fortaleza adicional de la solidaridad, esta es un grado mayor de alteridad; y, *iii) la responsabilidad ambiental*; es un compromiso para que los actos u omisiones de las personas no afecten al medio ambiente, es un grado de solidaridad para contribuir al sostenimiento ambiental, sin que ello implique sacrificar el desarrollo de la sociedad, ya no es solo una contribuci3n a la naci3n, sino al planeta entero y por ende a la humanidad.

Recans ns Siches, citado por Monroy Cabra, refiriéndose a la relaci3n entre la moral y del derecho dice⁶:

Que el derecho no pueda ni deba convertirse en un agente de la moralidad no impide, sin embargo, que cree situaciones sociales favorables para que los hombres se hallen en mejores condiciones para cumplir ellos mismos por si sus deberes morales. El derecho no puede ciertamente imponer el cumplimiento de una virtud puramente moral, ni prohibir un acto vicioso

5 TORR , Abelardo. *Introducci3n al Derecho*. 11ma Edici3n. Edt. Perrot. Bs.As., 1997 p. 487

6 MONROY Cabra, Marco Gerardo. *Introducci3n al Derecho*. 14ta. Edc. Edt. Temis. Bogotá, 2006 p. 130

que no dañe directa e inmediatamente a la convivencia y a la solidaridad, es decir, que no implique una injusticia inferida a otra persona o a la sociedad; pero puede, e incluso debe, mediante normas adecuadas suprimir, en la medida de lo factible, las tentaciones que constituyan un incentivo habitual y poderoso para conductas inmorales.

Monroy Cabra cita también a Georges Ripert quien enseña⁷:

La moral nos enseña también que es necesario inquirir los sentimientos que hacen obrar a los sujetos de derecho, proteger a los que son de buena fe, herir a los que obran con malicia o con dolo, perseguir el fraude y hasta el pensamiento fraudulento. Hay que ver hasta qué punto puede acoger el derecho esta investigación de intenciones, este examen puramente subjetivo de las situaciones.

Aun desde otro punto de vista, la regla moral penetra en el mundo jurídico cuando trata de encarnarse en una regla obligatoria de conducta y demanda el socorro del brazo laico. El deber de no perjudicar injustamente a otro es el fundamento de la responsabilidad civil; el deber de no enriquecerse a expensas de otro, la fuente de la acción del enriquecimiento sin causa.

Lo dicho nos hacen colegir con absoluta claridad que la libertad de comercio, y la libertad económica, tienen límites morales efectivos, que han sido recogidos por el derecho con el propósito de viabilizar los compromisos de alteridad, solidaridad y responsabilidad que corresponden a todos los sujetos de esas actividades; límites, que en lugar de ser considerados como restricciones de esas libertades, son una expresión de su fortaleza, de un camino responsable que conduce a las personas, empresas y sociedades a sólidos procesos de desarrollo, puesto que contribuyen a reducir las desigualdades y al logro de mejores condiciones de vida de las personas.

2.2. Conductas desleales

La doctrina generalmente acepta que en un primer momento la competencia desleal fue tratada solo en el ámbito de la relación puramente civil, para luego tener un avance hacia las actividades o mejor a las relaciones de mercado entre los productores; para finalmente, evolucionar hacia una idea legislativa que reconoce al consumidor, a los concurrentes, a la sociedad, a la economía y al Estado como sujetos determinantes en la actividad comercial y económica, generadora de relaciones y efectos de orden jurídico. Al respecto, recurrimos a las ideas de Silvia Barona⁸, quien señala que el Derecho de la Competencia y puntualmente la competencia desleal,

se presenta como una disciplina que se desarrolla como un "derecho general de ordenación del mercado, prohibiendo la deslealtad no solo frente al competidor -modelo antiguo- sino también frente al consumidor y,

7 *Ibidem*, p. 131

8 BARONA Vilar, Silvia. *Competencia Desleal*, 2ª. Edic. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999 p. 23

en general, frente a un orden concurrencial del mercado que no debe ser falseado -modelo nuevo- (..) sin olvidar, en ningún caso, la premisa de la libertad de empresa que aparece protegida por la Constitución española (..), como el principio de la libertad de competencia desde el plano institucional

El planteamiento de que las regulaciones normativas de la competencia desleal cumplen un rol de ordenación, es compartido por Mauricio Velandia⁹, cuando dice:

El régimen de competencia desleal es un régimen de ordenación. Se pretende que el mercado esté ordenado y que quien sea elegido lo sea dentro de un ambiente de transparencia, sin trampas que hagan perder la credibilidad en el mercado. Para ello el estado dota a quienes a su mercado concurren con un conjunto normativo que reprime los comportamientos que dañan el ambiente sano de competencia.

Ese ambiente sano de mercado se afecta cuando: 1. Un comerciante concurre de manera inapropiada al mercado creando para sí un enriquecimiento sin justa causa derivado del uso del derecho ajeno, independientemente de si le causa daño a otros, y 2. Se afecta la concurrencia de un comerciante al mercado causándole daño.

Nótese que los dos autores citados refieren que el régimen de la competencia desleal, tanto en el aspecto económico como jurídico, tiene como fundamento la necesidad de ordenar debidamente el mercado, para que este fluya sin alteraciones, sin afectar a terceros ni a la economía, pues esas prácticas abusivas terminan por distorsionar al mercado afectando a los sujetos que en él intervienen.

El propio Mauricio Velandia¹⁰ señala que:

Es necesario destacar que el régimen de deslealtad no tiene como bien jurídico a la empresa, sino que su bien tutelado es la concurrencia, más específicamente la competitividad. Así, para que exista deslealtad no se requiere la presencia de daño a la propiedad privada, pues la deslealtad puede estar representada en un enriquecimiento sin justa causa o en un daño a la competitividad.

Efectivamente, si bien el Estado tiene interés en el desarrollo personal y empresarial, no obstante por su propia fuerza ordenadora debe definir cuáles son los bienes jurídicos protegidos por el orden jurídico que crea o usa para el logro de los objetivos que persigue. De modo que, siendo que el mercado se nutre de la concurrencia, de la competencia de sujetos productores, comerciantes o prestadores de servicios, es evidente que las normas que expide tienen como propósito fundamental lograr que esa actividad fluya en términos de mayor honestidad y transparencia, ya que estos son elementos que confluyen a una competitividad y desarrollo efectivo.

9 Ibidem, p. 355

10 Ibidem, p. 356

Valencia¹¹, clasifica en tres grupos a las conductas desleales:

1. Las que pretenden erosionar o debilitar una empresa; esto es destruir al competidor como los actos de descrédito, los de desorganización y la inducción a la ruptura de contratos.
2. Las que pretenden fortalecer a una empresa, buscando imponerse en el mercado, como el desvío de clientela, la explotación del prestigio ajeno, violación de secretos empresariales, confusión, engaño o imitación.
3. Las que tienen como propósito la permanencia en la mente de quien demanda un producto (consumidor potencial), para lo cual se crea una imagen falsa del producto, como la publicidad engañosa.

2.3. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) Objeto (SRO.555.13-10-11)

Esta Ley contiene disposiciones que tienen como propósito (artículo 1) “evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de los operadores económicos con poder de mercado”, norma “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”.

En su artículo 4 define los ejes en los que se sustenta su ordenamiento y en los que deberá basarse la política pública que se expida para los objetivos que persigue; siendo los principales:

El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular. El reconocimiento de la heterogeneidad estructural de la economía ecuatoriana y de las diferentes formas de organización económica, incluyendo las organizaciones populares y solidarias. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado. La distribución equitativa de los beneficios del desarrollo, incentivar la producción, la productividad, la competitividad, desarrollar el conocimiento científico y tecnológico; y, la necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes.

El abuso del poder de mercado está definido en el artículo 9 como aquellas conductas que por cualquier medio “impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general”; fijando 23 casos que corresponde a estas prácticas.

11 Op. Cit. p. 359 y 360

El abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica está prohibido cuando los clientes o proveedores de los operadores económicos, no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de la actividad, fijando cuatro conductas que hacen presumir su existencia (artículo 10).

Los acuerdos y prácticas restrictivas, están prohibidas y sancionadas, entre ellas, los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas, y en general los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, 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 afectar negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. Determina los casos en los que pueden existir estas prácticas indebidas como sus excepciones.

La concentración económica, entendida como el cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos a través de fusiones, transferencias, adquisición directa o indirecta de propiedades o acciones, acciones que le otorguen control o influencia determinante que conduzca a la distorsión del mercado, originadas en restricciones geográficas y aquellas que resulten de las asimetrías productivas entre los operadores económicos. Desde luego que la concentración económica está regulada mediante un proceso de autorizaciones que debe conferir la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado, con sustento en la competencia, el grado de dominio de mercado y los beneficios que podrían producirse.

Las sanciones se establecerán desde la Superintendencia y se clasifican en leves, graves y muy graves. Además, el proyecto de ley establece las capacidades investigativas de la superintendencia. Se debe señalar que a fin de determinar abusos del poder de mercado, a petición de parte o de oficio, se requiere de esta capacidad de acceder a información, que de todas maneras es una protección para los/as consumidores/as.

2.4. La Competencia desleal en la LORCPM

El artículo 25 de ley dispone que:

Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria.

En ese contexto el artículo 26 prohíbe y sanciona las conductas desleales, "cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiestan, 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".

El artículo 25, deja establecido que las actividades económicas, a las que se refiere su ordenamiento, hace relación a toda clase de actividad, sea comercial, de servicios, profesionales u otras; de modo que no está restringida a la actividad mercantil o industrial,

sino al universo de las operaciones económicas en las cuales se produzcan los actos de competencia desleal que enumera.

Determina asimismo que para efectos de las actividades económicas internacionales debe estarse a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional, lo cual resulta no solo lógico sino necesario por el propio celo con el que debe manejarse el comercio internacional, al cual no solo le asisten prácticas interempresariales, sino tratados internacionales.

Uno de los elementos que aclara el alcance de la competencia desleal, prohibida y sancionada en este nuevo ordenamiento, es que para su existencia no se requiere probar la “conciencia o voluntad” en el hecho ya que se la estima como un cuasi delito que genera derechos, no solo por los daños que haya producido sino por aquellos que potencialmente pueda producir.

Vale decir que, la responsabilidad que genera una conducta desleal puede ser efectivamente perjudicial al patrimonio de un tercero, este caso debe probarse el daño dentro de un juicio civil; desde luego que la afectación puede haber provocado un desmedro patrimonial efectivo o este puede sobrevenir en el futuro; aunque también debe considerarse que existen casos en los cuales no se han producido daños patrimoniales ni hay expectativa de que ocurran, no obstante, quien ha incurrido en la conducta desleal se ha beneficiado del prestigio del otro, evento en que corresponde también el establecimiento de la responsabilidad.

La ley diferencia entre las responsabilidades que se generan entre dos o más competidores, entre estos y los consumidores; o, entre los operadores y el orden público económico. Esas conductas precisamente están debidamente tipificadas en el artículo 27 de la Ley; y, las correcciones y sanciones son conforme la infracción que pudiera haberse cometido.

Las sanciones que corresponden imponerse por parte de la Superintendencia, que es el órgano de regulación y control de la competencia desleal, derivan doctrinariamente del denominado Derecho Penal Administrativo, el cual es parte del sistema de control público externo también llamado de policía administrativa, por tanto, las sanciones que se impongan luego del debido proceso son de orden administrativo, independientes de las acciones civiles o penales que correspondan a cada caso.

Desde luego que la sanción administrativa, por ser una resolución de ese orden es susceptible de ser impugnada por vía judicial en los términos de los que dispone el artículo 173 de la Constitución, que establece el derecho de impugnar en sede administrativa o judicial cualquier acto administrativo que potencialmente, afecte los derechos del sancionado.

La norma legal en análisis establece que en caso de que exista, en otra norma legal, sanciones administrativas con penalidad mayor a las de la LORCPM, son aquellas las que

deben aplicarse, sin perjuicio de que se adopten medidas encaminadas a prevenir o impedir que las prácticas desleales afecten a la competencia.

Es importante tener presente que la Ley establece con claridad que los asuntos relativos a la *propiedad intelectual* entre pares públicos o privados, siempre que no exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, no corresponden a la competencia de la Superintendencia, sino a las autoridades pertinentes, esto es al IEPI.

El artículo 27 de la ley fija como prácticas desleales:

1. Los actos de confusión como el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, etiquetas, envases u otros medios de identificación de un tercero
2. Actos de engaño como aquellos relativos a la naturaleza, modo o fabricación, distribución, atributos y otras actividades que pueden inducir a error al consumidor, o la difusión engañosa,
3. Actos de imitación como los que afecten a los derechos de la propiedad intelectual, prestaciones o iniciativas de terceros, que genere confusión en el mercado sobre la procedencia del bien o servicio, etc.
4. Actos de denigración como el uso o difusión de aseveraciones, sobre actividades, productos, establecimientos que puedan menoscabar el crédito en el mercado, como falsedades, rumores, que afecten el crédito en el mercado; incluso las referidas a las creencias, ideología, vida privada, estrictamente personales del afectado, etc.
5. Actos de comparación,
6. Explotación de la reputación ajena
7. Violación de secretos empresariales, como información no divulgada, espionaje industrial, etc.
8. Inducción a la infracción contractual, como la interferencia en relaciones laborales que el competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, o clientes.
9. Violación de normas, como la de conseguir ventajas significativas abusando de procesos judiciales o administrativos; incumplimiento de normas ambientales, tributarias, etc.
10. Prácticas agresivas de acoso, coacción o influencia indebida contra los consumidores, como el aprovechamiento de la debilidad o desconocimiento del consumidor, las dirigidas al desgaste del consumidor, suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen al cliente.

3. Medidas cautelares

3.1. Alcance doctrinario

De modo general, las medidas cautelares pueden entenderse como un conjunto de acciones anticipadas, que puede disponer el juez, para garantizar la potencialidad de la ejecución de una sentencia estimatoria, que pueda expedirse en favor de quien ha planteado un proceso principal, reclamando a otro por los daños ocasionados o que se puedan ocasionar.

Estas medidas tienen como fundamento de su existencia, la garantía jurisdiccional procesal, de anticipar ciertas decisiones provisionales que permiten evitar, suspender o prohibir ciertos actos que pueden poner en riesgo el cumplimiento de la decisión final que se expida en un juicio principal.

Ello implica el reconocimiento de que los procesos judiciales, que son la garantía de la tutela judicial efectiva, para que culminen con una sentencia, deben cumplir la tramitología, las ritualidades, incidentes y recursos a disposición de las partes, lo que significa necesariamente un tiempo prudencial, en el cual el daño puede agravarse, haciéndose más significativo o permitiendo que las cosas se deterioren o desaparezcan y con ello la ejecución de una sentencia estimatoria no tenga el resultado esperado, es decir se torne ineficaz.

La medida cautelar, anticipa transitoriamente, el efecto de la sentencia judicial definitiva, permite suspender la ejecución de actos dañosos que un tercero esté causando al afectado, prohíbe la ejecución de actos que pueden ocasionar daños; evita que se sigan ocasionando más daños de los que ya están previstos en la demanda; y, garantiza que el afectado tenga la certeza de que sus derechos sean reparados debidamente.

La doctrina ha señalado que las medidas cautelares se fundan en dos características o requisitos que las explican:

1. *Periculum in mora*, (peligro de la demora) que es la incertidumbre o el peligro de la demora en la tramitación de los juicios, al cual se incorpora asimismo, la necesidad de que se garantice el cumplimiento de la sentencia y se eviten los daños que se producen por la competencia desleal denunciada.

2. *Fumus boni juris*, (-humo- apariencia del buen derecho), que en materia de competencia desleal se explica por las pruebas preliminares que se entregan, en la demanda, de las cuales se infieran, sin que ello signifique un adelantamiento de opinión judicial, elementos suficientes para que se precautelen bienes, se eviten nuevos actos, se suspendan los que están en ejecución o se prohíban aquellos que potencialmente se produzcan, para de esta manera proteger los daños a los operadores económicos, a los consumidores y al interés público. (ver artículo 330 COFJ)

Silvia Barona Vilar¹², al respecto señala que:

En estos últimos años se ha producido, sin embargo, una superación de la teoría clásica de las medidas cautelares -defendida por quienes abogan por la función y efectos estrictamente de aseguramiento de las mismas-, y se ha defendido que con las medidas cautelares se cumple, en muchas ocasiones, una función que alcanza incluso a la propia anticipación de la resolución. Así se supera el término clásico de <<cautela>>, convirtiéndose las medidas cautelares en aquellos instrumentos que aseguran la efectividad de la sentencia que en su día se dicte. La doctrina ha mantenido la naturaleza cautelar de las mismas, pese al carácter anticipatorio que en estas ocasiones puede llegar a predicarse. (...)

Las medidas cautelares pueden dirigirse hacia tres finalidades: a) asegurar la ejecución; b) conservar el estado tal cual estaba al inicio del proceso principal; y c) garantizar la efectividad de la sentencia.

Las medidas cautelares en la actualidad, han sido catalogadas por la doctrina, como una resolución judicial provisional que de alguna manera anticipa el resultado final del juicio y el efectivo cumplimiento de la sentencia, en consecuencia es un instrumento procesal fundamental para la prosecución del propio juicio; desde luego que su expedición no significa que necesariamente puede mantenerse en el transcurso del juicio, pues si el juez encuentra elementos suficientes para hacerlo puede cancelar las medidas o puede sustituirlas por otras; así por ejemplo la cesación de una actividad puede ser reemplazada por una caución suficiente que garantice económicamente los potenciales perjuicios que pueden ocasionarse por razón de la sustitución de la cesación.

Debe considerarse, desde luego, que es al juez al que corresponde determinar cuál es la medida cautelar que debe ordenarse en cada caso, en función de la particularidad que tenga cada proceso judicial y los bienes que deben cautelarse; ello implica un grado de libertad o decisionismo judicial que no puede estar exento de excesos, competencia que por ello debe ser entendida no como una discrecionalidad total, sino como un medio orientado a que el juzgador pueda analizar los asuntos y justificar (motivar), sus resoluciones, de modo que no quepa duda de la finalidad que tiene la medida.

En efecto, al juez le corresponde establecer que la petición de medidas cautelares, puede en sí corresponder incluso, a una pretensión encaminada a legitimar actos que encubran prácticas desleales; por ello es que el análisis previo a la decisión debe ponderar cada situación y cada efecto.

3.2. Clases de medidas cautelares

Se sostiene que las principales medidas cautelares en materia de competencia desleal son las siguientes¹³:

12 Op.cit. p. 351 y 352

13 Ver Silvia Barona Vilar. Op. Cit. p. 380 y ss.

1. Cesación provisional de los actos de competencia desleal, medida que puede adoptarse por razón de la gravedad de los daños que pueden seguir produciéndose de continuar aquéllos. (como la buena reputación, desvío de clientela, violación de secretos industriales).

2. Prohibición temporal de aquellos actos que aun no se han puesto en ejecución, pero que se presume, de manera clara, que pueden ejecutarse; su propósito es prevenir el daño potencial.

3. Restricción provisional ocurre en “aquellos supuestos en los que es posible deslindar la actividad tildada de desleal del resto de actividad empresarial”, lo que significa que la restricción opera solo respecto del acto denunciado como desleal, sin que ello afecte al funcionamiento normal de la actividad que no está involucrada en esa conducta¹⁴.

4. Retiro, retención o depósito de productos, secuestro o precintado de la maquinaria o instrumentos; que opera cuando la demanda se refiera a retiro de indicaciones engañosas; destrucción de imitaciones; recuperación de secretos industriales, entre otros.

5. Suspensión provisoria de contratos vigentes o, restablecimiento de relaciones contractuales; cuando por actos discriminatorios o de otra naturaleza que impliquen conducta desleal, se han dejado de cumplir obligaciones contractuales.

6. Fianza, embargo, administración o intervención judicial; cuando la pretensión principal se refiere a indemnizaciones de daños y perjuicios ocasionados al actor, o cuando el demandado ha ejercido actos que le han generado un enriquecimiento injusto a costa de los bienes o servicios del demandante

7. Caución sustitutoria, que opera cuando se sustituye una medida cautelar a cambio de una caución monetaria que garantice los potenciales daños que aquello genere.

3.3. Medidas cautelares y diligencias preliminares

La diferencia entre estos dos institutos radica en que las diligencias preliminares, están orientadas a la constatación de hechos, de probanzas previas al juicio, que pueden demostrar las conductas desleales; constataciones que tienen como propósito además, evitar que desaparezcan las evidencias o que estas sean alteradas. De ahí que tienen importancia determinante ya que se las practica antes de que se inicie el juicio y pueden servir de sustento precisamente para justificar la necesidad de que se expidan las medidas cautelares pertinentes a cada caso. El maestro Santiago Guarderas, al respecto enseña:¹⁵

Las medidas cautelares o precautorias aparecen con el fin de conjurar o evitar los peligros que, por cualquier circunstancia, puedan sobrevenir en el

14 Ibidem, p. 383

15 GUARDERAS, Santiago. *Medidas Cautelares en Procesos Constitucionales*. Edt. Jurídica Cevallos. Quito-Ecuador. 2014. p. 9

lapso que ineludiblemente transcurre entre la presentación de la demanda y la emisión del fallo final, circunstancias que hagan inejecutable el pronunciamiento judicial definitivo o lo torne inoperante o ilusorio. El fundamento de ellas e, por tanto, equilibrar esos peligros con la posibilidad de un resultado positivo en favor del actor.

3.4. Las medidas cautelares en la legislación ecuatoriana

1. La Constitución ecuatoriana, en su artículo 87 instituye las denominadas medidas cautelares constitucionales, con el propósito de “evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”, medidas que pueden proponerse conjunta o separadamente de las acciones jurisdiccionales de control constitucional como la acción de protección, el habeas corpus y las demás determinadas en el texto supremo; y que se entienden pertinentes en el evento en que el juez pueda determinar la existencia de actos u omisiones graves que estén afectando derechos o que potencialmente pueden producirse, por lo que se requiere urgentemente cesar o prohibir aquellos, para que el proceso principal de control constitucional u otros procesos judiciales de control de la legalidad, e incluso procedimientos administrativos, puedan ventilarse con la serenidad requerida.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, desarrolla este proceso al señalar en su artículo 26 que estas medidas tienen como objeto “evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos”. Debe notarse que el texto constitucional tiene un contenido más amplio que el de la ley, pues aquel se refiere a los derechos en general, esto es, a cualquier derecho; en tanto que la ley, limita a los derechos humanos previstos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos.

La misma Ley (artículo 27) señala que se considera grave un hecho, cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

No obstante la norma establece que éstas no proceden en el caso de que existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, o, cuando se trate de la ejecución de órdenes judiciales, o cuando de interpongan junto con la acción extraordinaria de protección.

2. La Ley de Propiedad Intelectual (RO. 320. 19-05-98), en sus artículos 305 y siguientes se remite a las providencias preventivas del Código de Procedimiento Civil <que concluirá su vigencia el 21 de mayo de 2015>, sin perjuicio de las que de modo expreso establece en sus normas.

La Ley (artículo 306), establece con claridad que corresponde al juez, al tiempo de calificar la demanda, ordenar las medidas cautelares que estime pertinentes “siempre que se acompañen pruebas sobre indicios precisos y concordantes que permitan razonablemente presumir la violación actual o inminente de los derechos sobre la propiedad intelectual reconocidos en esta ley, o sobre información que conduzca al temor razonable y fundado sobre su violación actual o inminente, atenta la naturaleza preventiva o cautelar

y la infracción que pueda tratarse”. Norma que se incluye dentro de las recomendaciones jurisprudenciales y doctrinales sobre la procedencia de las medidas.

Le corresponde al juez determinar que el actor sea el titular del derecho, debiendo, según la circunstancia (artículo 307) exigir la presentación de fianza o garantía suficiente para proteger al demandado y evitar abusos que la medida pueda provocar. Igualmente el juez, según la circunstancia debe (artículo 308), ordenar medidas cautelares necesarias para la urgente protección de los derechos pretendidos y, en especial: (i) El cese inmediato de la actividad ilícita; (ii) La suspensión de la actividad de uso, explotación, venta, oferta en venta, importación o exportación, reproducción, comunicación o distribución; (iii) cualquier otra que evite la continuación de la violación de los derechos de propiedad intelectual; (iv) puede igualmente ordenarse el secuestro de ingresos, equipos u otros bienes que aseguren el pago de la indemnización; (v) la retención de valores derivados de la explotación o remuneración; y, (vi) incluso la prohibición de ausentarse del país, en caso de que el infractor no tuviese domicilio o establecimiento permanente en el país.

Las medidas cautelares en materia de propiedad intelectual, pueden caducar (artículo 314), en el caso de que si dentro de los quince días siguientes de ejecutadas, no se ha propuesto demanda sobre la materia principal que motivara su establecimiento.

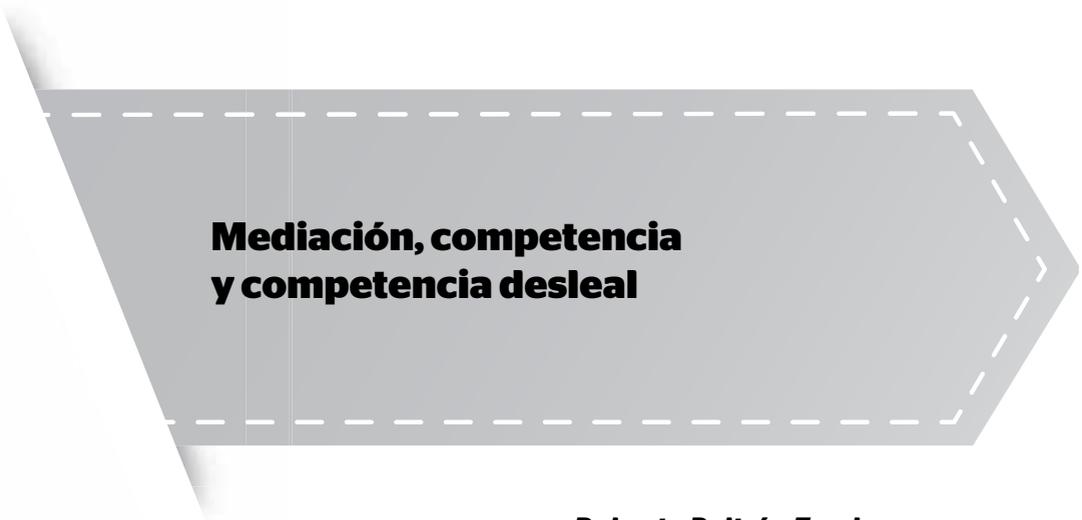
Como puede observarse la ley de modo expreso entrega un cierto grado de libertad o decisionismo judicial, para que el juez pueda disponer medidas distintas a las enumeradas, con el propósito de que se garanticen los derechos de la propiedad intelectual; desde luego que la ponderación de las medidas, deberán ser motivadas, teniendo para ello el juez, la posibilidad de ordenar que se rinda fianza suficiente para garantizar los derechos del demandado; generando con ello un equilibrio procesal.

3.- La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado tiene igualmente, disposiciones relacionadas con las medidas cautelares que pueden adoptarse en las controversias que se suscitan por cuestiones referentes a los aspectos que regula ese ordenamiento jurídico;

Así en un primer momento se establece la posibilidad de que se suspenda la ejecución de la resolución administrativa por la cual la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, impone multas a los responsables de infracciones; suspensión que puede ordenarse siempre que el sancionado rinda caución equivalente al 50% del valor de la multa, mediante póliza o garantía bancaria; situación que mejora la condición que se encuentra establecida en los artículos 75 y 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, norma que establece la suspensión, siempre que se garantice el interés económico de la entidad emisora del acto administrativo impugnado, consignando el valor del 100%, más los intereses devengados, incrementados en un 10%, sea consignando el valor o garantizándolo de otra forma.

El artículo 62, establece varias medidas preventivas que puede adoptar la administración, antes o en cualquier estado del procedimiento medidas como: (i) cese de la

conducta, (ii) imposición de condiciones, (iii) suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, (iv) adopción de comportamientos positivos; y otros que estime pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar los potenciales daños que puedan producirse y para asegurar la eficacia de la resolución definitiva.



**Mediación, competencia
y competencia desleal**

Roberto Beltrán Zambrano

Sumario:

1. ¿Qué es y cómo funciona?; 2. Elementos constitutivos y características principales de la mediación; 3. La mediación en parte la legislación ecuatoriana; 4. Mediación y derivación procesal; 5. Mediación y derecho de competencia

Resumen:

La mediación es una herramienta del grupo conocido como medios alternativos de resolución de conflictos. Su aplicación en la gestión de conflictos es diversa, depende del país y la legislación que la ampara. En nuestro país, la Constitución de la República, expresamente contempla a los “medios alternativos de resolución de conflictos”. El artículo 190, expresamente dice: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”. Este reconocimiento permite su aplicación a través de lo que denominamos un proceso administrado de mediación, el cual se lleva bajo la tutela de un Centro de Mediación.

¿Puede la mediación ayudar a gestionar conflictos derivados de procesos de competencia desleal o conductas anticompetitivas? La respuesta quizá se encuentra en la naturaleza de aplicación de la mediación: la capacidad de las partes para transigir. Sin esa capacidad, la mediación no podrá ser usada en la gestión de ese tipo de conflictos.

Este trabajo busca compartir pautas para la aplicación o uso de la mediación en procesos de competencia desleal.

1. ¿Qué es y cómo funciona?

Según Christopher Moore, la mediación “es la intervención en una disputa o negociación de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”.¹

Esta definición se complementa con otra que nos ayuda a entender el contexto de la mediación: “La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto. El Mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trasciendan el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambos”².

Podemos acceder a la mediación a través de una solicitud directa a un centro de mediación o, cuando el juez competente propone a las partes derivar su conflicto a mediación, a pesar de encontrarse dentro de un proceso judicial.

Una vez que el Centro de Mediación recibe y acepta la solicitud, se procede a invitar a la parte correspondiente. Con la asistencia de las partes a la audiencia de mediación, el mediador designado para tal efecto, buscará restablecer el diálogo entre las partes y que sean ellas las que acuerden la posibilidad, o no, de un acuerdo. Cualquiera de estas dos decisiones conlleva efectos legales. La primera: el acuerdo, tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará, dice la ley, del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.³ Si el acuerdo fuese parcial o existiera una imposibilidad de acuerdo, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario.⁴

1 MOORE, Christopher. *El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Ediciones Granica, Barcelona, 1995

2 HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ, Gladys S.; *Mediación para resolver conflictos*, 1ra. Ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, p. 195.

3 Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 43, parágrafo 3º

4 Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 43, parágrafo 5º

2. Elementos constitutivos y características principales de la mediación

La mediación permite la aplicación de dos elementos fundamentales:

- a. Capacidad que tiene todo ser humano par tomar decisiones, la cual hemos olvidado cuando llegamos a convencernos que solamente el juez podía resolver nuestros conflictos. Ya nos lo recordaba Jean-Francois Six (1995), cuando al hablar del conflicto decía que los conflictos y las discordias esenciales encontraron un apaciguamiento en el marco de una autorregulación facilitada por actores terciarios que, a su vez, podían reaccionar porque se encontraban en espacios de mediación naturales como familias amplias, parroquias, pueblos... El proceso o el juicio era el último recurso: se recurría a él para las disputas graves y complejas.
- b. Oportunidad de utilizar el diálogo como herramienta. Esta oportunidad parte de la premisa de que dialogar es sobre todo escuchar. La mediación nos brinda la maravillosa oportunidad de escuchar a la otra parte, en un contexto no judicial. De esa manera existe una mayor posibilidad de construir acuerdos conjuntos en beneficio de las partes. El diálogo es la herramienta principal del proceso de mediación y ese será el reto del mediador: lograr que las partes descubran esa oportunidad.

Múltiples son las características de la mediación. Señalaremos las que a nuestro criterio son importantes para su uso:

- a. La mediación es la intervención de un tercero neutral llamado mediador que facilita la comunicación de las partes para que lleguen a un acuerdo mutuamente satisfactorio. El mediador no tiene poder sobre las partes ni sobre el resultado. Sus funciones son las de facilitar la discusión, el intercambio de ideas, el diálogo con respeto y, motivar y apoyar a las partes para que ellos mismos dialoguen y encuentren soluciones, esto se traduce en ayudarles a descubrir opciones de solución y animar la participación activa de las partes, o que las partes comprueben que no existe posibilidad de un acuerdo.
- b. El mediador que participa de la mediación es aceptado voluntariamente por las partes. Es decir, las partes tienen la posibilidad de pedir un cambio de mediador, cuando no se sienten cómodas con su trabajo. Si este pedido de cambio no se produce, asumimos tácitamente que hay una aceptación voluntaria.
- c. El principio bajo el cual el mediador ejerce su función, es el de imparcialidad. Entendida ésta, como el sentimiento que las partes en el proceso de mediación sienten en torno al equilibrio en el tratamiento, en los tiempos, en las posibilidades de participar y en el cumplimiento del código de ética del mediador, que le impone el no favorecer a alguna de las partes mientras dura su asistencia.
- d. La mediación es un proceso voluntario y confidencial. Son las partes las que voluntariamente resuelven asistir al proceso de mediación. Si son ellas las que asisten,

una buena parte del acuerdo está escrito, cuyo proceso deberá ser confidencial. Eso permite que las partes hablen libremente, sin el peligro de que sus dichos sean usados como prueba en un proceso. La única constancia del proceso de mediación es el acta firmada por las partes y el Director del Centro.

- e. Debido a la amplitud de campos de acción, requiere en ciertos momentos y en ciertos temas, de especialización. Hoy hablamos de mediación en diversos ámbitos de quehacer social: familiar, ambiental, laboral, societaria y por qué no hablar de una mediación en procesos de competencia desleal. La formación de ese tipo de mediadores conlleva una preparación especializada, a efectos de que su ejercicio cumpla su objetivo.
- f. La mediación es un proceso flexible porque permite cumplir su objetivo en tiempos cortos, en el número de sesiones que las partes así acuerden, con la posibilidad de discutir aspectos legales en un ambiente no judicial, lo que posibilita visualizar los puntos de acuerdo y desacuerdo de las partes y con ello decidir sobre un acuerdo parcial, total o una imposibilidad de acuerdo.

3. La mediación en parte la legislación ecuatoriana

- La Constitución del Ecuador, establece que uno de los deberes del Estado será el de garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción. Ese derecho a una cultura de paz, engloba la promoción y aplicación de los medios alternativos de resolución de conflictos como la mediación. Ese mismo cuerpo normativo, tal como lo decíamos en la introducción a este trabajo, en su artículo 190, reconoce al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos de solución de conflictos.
- Contamos con una Ley de Arbitraje y Mediación que fue publicada en el Registro Oficial 145 de 04 de septiembre de 1997. Su artículo 43 de la Ley define a la mediación “procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral, llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo que ponga fin al conflicto.
- El Código de Procedimiento Civil prevé la conciliación como parte del proceso judicial.
- Se establece además que los organismos del Estado también pueden utilizar los métodos alternativos de resolución de conflictos
- La Ley de Contratación Pública faculta a las entidades estatales a utilizar la mediación y arbitraje en la resolución de conflictos derivados de contratos con el Estado.

4. Mediación y derivación procesal

Todas las personas organizaciones, grupos, comunidades que tengan un conflicto que éste obstaculizado las relaciones y que pueda ser manejado mediante encuentros de mediación, tienen la capacidad de solicitar este servicio.

¿Cómo se accede a la mediación? Hay tres formas:

1. De forma personal y directa: a través de una solicitud dirigida al Director Centro de Mediación correspondiente de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley de la materia y en el Centro. Esto es conocido por algunos autores como mediación extraprocésal porque nace fuera de un proceso y porque han sido las partes las que intervienen voluntariamente sin pedido de un tercero (juez).

2. Por derivación procesal: conocida también como mediación intraprocésal. El Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 130.11 dispone: "Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocésal con la misma finalidad. Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal, jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional".

Debo coincidir con el análisis que hace Cátia Marquéz Cebola (2013), cuando cuestiona el hecho de clasificar a la mediación como extra e intrajudicial. Incluso la norma del COFJ, hace mención a oficinas judiciales de mediación intraprocésal, dejando de lado el concepto general de centro de mediación.

En mi personal punto de vista, los avances que tiene la mediación a lo largo de los últimos años, tanto en nuestra Constitución como el impacto social que ésta tiene, nos lleva a analizar la necesidad de establecer reformas a la Ley de Mediación y Arbitraje y plantearnos nuevos retos en la aplicación de esta herramienta.

Los avances en el ámbito de la mediación marcan un antes y un después en la utilización de esta opción que, si bien ha servido como medio de apoyo a la construcción de una cultura de paz, ha adquirido una connotación a tal punto de constituirse en un instrumento para fomentar la paz social. Siendo la mediación entonces este instrumento de paz social, conlleva en su práctica un procedimiento, que si bien adquiere un carácter flexible, está supeditado y se sustenta en los principios que la componen, principios que al igual que en un procedimiento judicial tienen como finalidad tutelar los derechos individuales y colectivos, de esta misma manera los principios de la mediación surgen del potencial de procedimientos propios que caracterizan a este instrumento y de las diferentes teorías sobre la mediación.

El procedimiento de la mediación en base a los principios que la rigen, son de aplicación inmediata y práctica, existen diversas formulaciones sobre los principios de la mediación, podríamos señalar que constan los que cuenta con una aceptación generalizada como los de voluntariedad, neutralidad y confidencialidad (Barker & Domenici, 2000), otros los diferencian entre imparcialidad y neutralidad como principios diversos (Escriba - Ibars, 2001), y algunos que señalan como principio la profesionalización del mediador.

Analizados estos principios, surgen algunas interrogantes en torno a ¿cuáles son los principios que rigen la mediación en nuestra Legislación?, ¿cuáles hemos adaptado a nuestra realidad?. De la revisión de la Ley de Mediación y Arbitraje vigente en nuestro país evidenciamos que estos no constan, lo que nos lleva a la necesidad de incorporar y planearnos un estudio mas detenido, en el que podamos señalar por ejemplo que nuestro principio de voluntariedad cuando se refiere a la mediación intraprocesal no constituye una antinomia a lo que en el sentido estricto significaría, pues la voluntariedad si bien no se demostraría en el procedimiento por cuanto sería el juez quien bajo la legislación vigente procede a derivar, la voluntariedad se reflejaría en los acuerdos al que las partes lleguen, accediendo a firmarlos.

3. Encontramos otra forma de acceder a la mediación a consecuencia de Clausulas Contractuales. Esta modalidad tiene relación con la llamada “cláusula de mediación” que se incluyen en los diversos tipos de contratos. En lugar de insertar un texto que indique que cualquier diferencia de las partes en el convenio deberá ser puesta a conocimiento de un juez, se deberá indicar que las diferencias serán resueltas a través de un proceso de mediación.

5. Mediación y derecho de competencia

Pensando que la mediación busca (Moore, 1995):

- Lograr un ánimo de cooperación y confianza entre las partes, podemos decir que en temas de conflictos de competencia desleal y similares, la confianza es el primer factor que se altera y con ello el ánimo de cooperar. Si contamos con un mediador especializado en la materia, quizá podamos ayudar de mejor manera a que ese proceso cumpla sus objetivos.
- Desarrollar la habilidad de las partes para comunicarse, o para comprender los sentimientos de la otra y compartir las decisiones necesarias. Es decir el famoso ejercicio de “ponerse en la parte del otro”. La mediación a través de sus técnicas nos permite guiar a las partes para que sientan, lo mejor que sea posible, lo que siente la otra parte, ya sea que las partes hayan pedido la mediación o si la solicitud de mediación vino del juez.
- Asegurar a todas las partes la oportunidad de que sus puntos de vista sean escuchados y lograr que sientan que han sido tratados con justicia. La teoría del

conflicto nos señala que las personas necesitamos ser escuchadas, más allá de la ley y los procesos, necesitamos desfogar, decir lo que pensamos y cómo creemos que podríamos ayudar.

- Reducir la tensión que el conflicto genera. El inicio del proceso de mediación disminuye la tensión, más allá de eso, mantener las relaciones comerciales entre las partes es un logro paralelo al acuerdo.
- Lograr que las partes se abran a los hechos relevantes. El proceso de mediación conlleva ponerse de acuerdo, en lo que no se está de acuerdo. El mediador ayuda a que las partes definan los hechos relevantes sobre los cuales quieren dialogar y resolver en el acuerdo.
- Llegar a un acuerdo razonable y justo. Esto es posible, porque el acuerdo nace de las partes y los compromisos que ellas se imponen, les permite reparar la falta o faltas que motivaron el conflicto.

Podemos decir entonces que el uso de la mediación para resolver conflictos derivados del derecho de competencia es posible. Mantener las relaciones comerciales entre empresas o industrias, corregir errores en la aplicación de cláusulas contractuales o en comportamientos calificados de desleales, pueden ser los beneficios del uso de esta herramienta.

Si interesa el negocio, interesa la relación y la imagen. Si interesa la relación y la imagen, el diálogo es el camino inicial para resolver el conflicto. La mediación es una negociación, un diálogo asistido. Por eso y por ello, creo que su uso especializado puede brindar beneficios a las partes, ahorro procesal y económico.

Asimismo, bajo esta premisa la derivación procesal en este tipo de casos, es pertinente y podría ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo duradero, en un tiempo menor al esperado por la vía judicial.

6. Conclusiones

Las breves reflexiones anteriores, me han llevado a plantear algunas inquietudes que creo importantes compartir:

a. Nos queda pendiente el debate sobre los “tipos de mediación”: extra e intra procesal. Más allá de ello, el espíritu de la mediación, es buscar restaurar el diálogo entre las partes en conflicto y que sean ellas, con el apoyo del mediador, las que busquen la o las formas de solución más adecuada a sus intereses. La labor del juez en derivar un proceso judicial a mediación, es fundamental a la hora de brindar a las partes la oportunidad de un diálogo directo fuera del espacio judicial.

b. La nueva normativa sobre la oralidad en los procesos, que se implementará en el Ecuador el año que viene, plantea un reto a la mediación como mecanismo ágil y rápido para resolver conflictos, si próximamente el juzgador deberá resolver la causa en la misma audiencia, por lo que estaríamos activando la figura de conciliación y no mediación, para lo cual sería necesario establecer e incorporar en la Ley de Mediación y Arbitraje los principios, procedimientos y connotación que ello implica.

c. Necesitamos reformar nuestra Ley de Mediación y Arbitraje, necesitamos incorporar procedimientos que permitan cumplir con la esencia de lo que son los métodos alternativos de resolución de conflictos, requerimos crear y adaptar los principios que sustentan la mediación en el Ecuador acordes al momento actual en el que nos encontramos, para que puedan responder de forma mediática las necesidades de quienes solicitan su utilización.

d. La aplicación y utilización de la mediación se ha constituido en un tema conocido, no sólo para quienes hemos trabajado algunos años y estudiado esta herramienta, sino que su impacto se muestra en la sociedad, ¿por qué no asumir un nuevo reto y cambiar el esquema de una mediación intrajudicial a una mediación extrajudicial obligatoria en materia transigible como requisito fundamental para proceder al planteamiento de un proceso judicial?

e. Existen en la actualidad en nuestro país diferentes instituciones con centros de mediación, a los que se suman los que tienen Centros Universitarios, y la oficina de mediación establecida en cada una de las Cortes Provinciales, ¿por qué no aunar esfuerzos y unificar cada una de estas conformándonos en una corporación de centros de mediación, que tengan competencia para resolver todos los conflictos que en materia transigible se establezcan como procesos extrajudiciales a tratarse con el carácter de obligatorio, para proseguir a la instancia judicial correspondiente?, así el aparataje y recursos que invertimos en cada uno de nuestros centros de mediación no sería disperso, sino estaría debidamente coordinado.

Bibliografía:

BARKER, J. R. & DOMENICI, K. L. (2000). *Prácticas de mediación para equipos generadores de conocimientos*. En D. Fried, & J. Schnitman (comp.). Resolución de conflictos, nuevos diseños, nuevos contextos. Editorial Granica. Buenos Aires: Argentina

ESCRIVA-IVARS Javier (2001), *Matrimonio y mediación familiar*. Ediciones Rialp, Madrid

FERNANDEZ Herrería Francisco, (Editor), (1997) *“Educando para la Paz: Nuevas propuestas”*. Seminario de Estudios sobre la Paz y los Conflictos Universidad de Granada.

FISAS Vicent. *Cultura de Paz y Gestión de Conflictos*. Icaria. UNESCO. Barcelona. 1998.

GALTUNG Johan, (2003), *“Paz por Medios Pacíficos: Paz y Conflicto, Desarrollo y Civilización*. Gernika Gogoratz. Bilbao. España.

GALTUNG Johan, (1998), *“Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución – Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*. Colección Red Gernika Gogoratz.

GONZALO QUIROGA Marta, GORJON GOMEZ Francisco, Editores (2011). *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia*. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

JIMÉNEZ BAUTISTA, Francisco (2009) *Hacia una Antropología -para- la Paz*, en *Gaceta de Antropología número 40*, Granada, Editorial Universidad de Granada

HIGHTON Elena, ALVAREZ Gladys (2013), *Mediación para resolver conflictos*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires

KANT Emmanuel. *La Paz Perpetua*. Ed. Porrúa. México. 1990.

LEDERACH John Paul, (1998), *“Construyendo la paz – Reconciliación sostenible en sociedades divididas”*, Colección Red Gernika Gogoratz.

LOPEZ Martínez, Mario. *Enciclopedia de paz y conflictos. Granada*, Ed. Universidad de Granada-Consejería de Educación y Ciencia, 2004b.

LOPEZ Martínez, Mario. *La no violencia como alternativa política*, en Fco. A. Muñoz (ed.) *La Paz Imperfecta*. Granada, Ed. Universidad de Granada, 2001, p. 181-251.

LOPEZ Martínez, Mario. *La sociedad civil por la paz*, en Fco. A. Muñoz Y López Martínez, Mario (eds.) *Historia de la Paz. Tiempos, espacios y actores*. Granada, Ed. Universidad de Granada, 2000, p. 291-357.

LOPEZ Martínez, Mario. *Métodos y Praxis de la Noviolencia*. Seminario Internacional sobre Construcción de Paz. Pontificia Universidad Javeriana. 2003.

MARQUES CEBOLA Cátia (2013), *La mediación*. Marcial Pons. Madrid

MUÑOZ Francisco, LOPEZ Martínez Mario (editores), (2000), "*Historia de la Paz - Tiempos, espacios y actores*", Eirene Instituto de la Paz y los Conflictos - Universidad de Granada.

MOORE, Christopher. *El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Ediciones Granica, Barcelona, 1995

MULDOOM Brian (1998). *El corazón del conflicto*. Paidós Mediación. Barcelona

SIX Jean Fracois (1995). *Dinámica de la mediación*. Desclée de Brouwer. Paidós. Barcelona

**Responsabilidad civil
extracontractual por daños
originados en conductas
anticompetitivas en el Ecuador**

Fabián Andrade Narváez

Sumario:

1. Introducción; 1.1. Planteamiento general; 1.2. Responsabilidad civil extracontractual y derecho de la competencia en el régimen jurídico ecuatoriano: fuentes; 2. El «régimen común» en el Ecuador en materia de responsabilidad civil extracontractual; 2.1. Fundamento; 2.2. Aspectos sustantivos: presupuestos materiales; 2.2.1. El hecho culpable; 2.2.2. El daño y su reparación. Especial referencia al bien jurídico protegido en el derecho a la competencia; 2.2.3. Relación causal entre el hecho culpable y el daño; 2.3. Aspectos procesales básicos; 2.3.1. Competencia judicial y debido procedimiento; 2.3.2. Legitimación procesal y diferencia con la legitimación material; 2.3.3. Prescripción de la acción; 2.3.4. Trámite; 2.3.5. La prueba; 3. Límites a las potestades normativas otorgadas a la Administración pública frente a las innovaciones al régimen común de responsabilidad civil extracontractual; 3.1. Reserva de ley: perspectiva constitucional; 3.1.1. Tutela judicial efectiva, debido proceso y derecho de defensa; 3.2. Distribución de competencias en el ámbito de la regulación del «poder de mercado»; 3.3. Invalidez: consecuencia formal en el caso; 4. Perspectivas de Derecho comparado; 5. Epílogo

Resumen.

En este trabajo se presenta un estudio analítico de las disposiciones que rigen en el Ecuador la responsabilidad civil extracontractual de los operadores económicos que causan daños en razón de una conducta contraria al régimen de la competencia. Se justifica la invalidez de ciertas disposiciones infraordenadas que, en la materia, han sido expedidas para regular la actividad judicial y la determinación y cuantificación de daños con ocasión de la suscripción de compromisos de cese. En lo fundamental, el régimen común de responsabilidad civil extracontractual en Ecuador no tiene variaciones sustanciales en materia de competencia, aunque, *lege ferenda* y a la luz de las soluciones adoptadas en otros sistemas jurídicos, parece conveniente introducir ciertas reformas legislativas que tiendan a construir un sistema de responsabilidad que sin ser de carácter objetivo, morigere las exigencias de la carga de la prueba para la víctima.

1 Introducción

1.1 Planteamiento general

1. El Código Civil («CC») ecuatoriano de 1861,¹ tributario del proceso codificador francés y adscrito a la tradición romano germánica, contiene las disposiciones básicas acerca de la responsabilidad civil.²

2. Según lo dispuesto en el artículo 1453 del CC, las obligaciones se derivan de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos o directamente de la ley. El Código distingue y regula la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.³

3. De conformidad con régimen ecuatoriano, cuando el contrato es de aquellos denominados unilaterales (solo una de las partes tiene obligaciones a su cargo)⁴, si el deudor no cumple o se halla en mora de cumplir, el acreedor tiene derecho a proponer su acción destinada a exigir el cumplimiento con la indemnización de los daños provocados.

En los contratos bilaterales, la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional, cualquiera de ellas, la «Corte») ha señalado que:

En los contratos bilaterales, va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, circunstancia en la cual el otro contratante, podrá pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del convenio, con indemnización de perjuicios; pero es evidente también, que esta condición resolutoria tácita supone que cada una de las partes debe cumplir aquello que se obliga para exigir de la otra el mantenimiento de la situación jurídica.⁵

4. Por otra parte, la responsabilidad civil extracontractual, contenida en las disposiciones del Título XXXIII, «De los Delitos y Cuasidelitos», dentro del Libro IV del CC, se regula por principios y reglas de aplicación amplias, sobre cuya base la jurisprudencia y la doctrina han esbozado una teoría general.⁶ Por supuesto, el sistema se ha ido adaptando a la casuística mediante específicas variaciones operadas en el ordenamiento jurídico y que responden a nuevas tendencias usualmente destinadas a proteger a la víctima del daño.

1 El CC fue promulgado el 4 de diciembre de 1860 y entró en vigencia el 1 de enero de 1861.

B. CEVALLOS, *Historia del Derecho Civil Ecuatoriano*, v. 1, Quito, Talleres Gráficos Nacionales, 1968, p. 349. La codificación vigente del CC consta publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 46, de 24 de junio de 2005.

2 El régimen del CC en materia de responsabilidad civil únicamente ha tenido alguna modificación en lo que respecta a la responsabilidad por daños morales producida en 1984. [Ecuador] La Ley 171, publicada en el Registro Oficial 779, de 4 de julio de 1984.

3 [Ecuador] CC, artículo 1453, n. 3.

4 [Ecuador] CC, artículo 1455, n. 3.

5 [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de febrero 1981, caso *Serrano c. Corporación Electrónica del Ecuador S.A.*, publicada en la Gaceta Judicial XIII, Serie 11, p. 2493.

6 [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, Sentencia [168-2007] de 11 de abril de 2007, caso [núm. 62-2007] *Andrade c. Conelec y otros*, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 339, de 17 de mayo de 2008.

Este estudio se dirige a identificar y determinar el alcance de las disposiciones en el Ecuador que rigen la responsabilidad civil extracontractual de los operadores económicos por los daños causados por conductas contrarias al régimen de la competencia. A las fuentes primarias (significantes) se las somete al método analítico⁷ para extraer su contenido normativo (significados), empleando para este propósito fundamentalmente los enunciados interpretativos provistos por la Corte en materia de responsabilidad civil extracontractual. En este marco se abordan los problemas que el interprete afronta en su labor y se describe la interpretación de los textos normativos que se ha venido empleando en materia de responsabilidad civil extracontractual y que, como se verá, son aplicables a un operador económico por conductas anticompetitivas.⁸

No son objeto de la investigación, ni la responsabilidad civil contractual, ni aquellas que corresponden al orden administrativo o al régimen penal. Tampoco corresponde al alcance de esta tarea, la responsabilidad derivada de otros regímenes vinculados con el de la competencia, como el específico de defensa del consumidor contenido en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.⁹

5. La identificación de las normas jurídicas presupone la necesidad de señalar y excluir del sistema aquellas que contravienen los límites formales y materiales de su producción, *i. e.*, aquellas que, por vía interpretativa, se estiman inválidas. La operación corresponde al trabajo de sistematización del régimen contenido en este estudio.

Conviene anticipar que en el Ecuador, en esta materia, se ha determinado reglamentariamente el modo en que los jueces deben adoptar sus decisiones en los casos concretos, imponiendo el criterio administrativo con respecto a los hechos y su calificación.

Asimismo, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (la «Superintendencia») ha expedido un conjunto de disposiciones que buscan regular, con ocasión de la suscripción de compromisos de cese, la determinación y cuantificación de daños que, en abstracto, serían ocasionados al mercado o a los consumidores por conductas que podrían constituir ilícitos en materia de competencia.

Mi tesis, en este ámbito, es que los órganos de la Administración han excedido sus competencias normativas y han producido reglas restrictivas a los derechos constitucionales, cuyas disposiciones innovan el régimen jurídico en materia de la responsabilidad civil extracontractual.

7 Vinculada al positivismo jurídico, la aplicación del discurso de la filosofía analítica a la teoría del derecho busca, entre otras cuestiones, esclarecer el significado y función de los textos que son empleados en la ley desde la particular perspectiva del jurista. Vid. J. HALL, «Filosofía analítica y teoría del derecho» [trad. G. Motta], en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 21, 1974, p. 83-103.

8 En relación con el método analítico, me baso especialmente en los planteamientos efectuados en R. GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica* [trad. M. Gascón y M. Carbonell], México, UNAM, 1999.

9 [Ecuador] Ley 21, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 116, de 10 de julio de 2000.

6. Los cambios que han operado en el Ecuador respecto del sistema de responsabilidad por daños relacionados con conductas anticompetitivas se reducen a la extensión del plazo de prescripción de la acción -5 años desde la «ejecutoria» de la resolución sancionadora- y al trámite judicial que se debe dar a la causa -verbal sumario-.

Sostengo, por tanto, que en Ecuador no existen variaciones sustanciales válidas en el régimen general de la responsabilidad civil extracontractual en materia de competencia.

Sin embargo, *lege ferenda* y a la vista de las soluciones previstas en el Derecho comparado adaptables a nuestro contexto, es posible introducir, mediante ley, modificaciones en el sistema con efectos principalmente en materia de la carga de la prueba que le corresponde a la víctima.

Más allá de las limitaciones en el ejercicio por parte de los órganos administrativos de competencias normativas, en ningún caso es compatible con nuestro sistema jurídico, que a la autoridad de control se le atribuya el rol de establecer, en beneficio de terceros o del suyo, la declaración y cuantificación de un daño que en abstracto afectaría al mercado o a los consumidores por conductas contrarias a la libre competencia.

1.2. Responsabilidad civil extracontractual y derecho de la competencia en el régimen jurídico ecuatoriano: fuentes

7. La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (la «LORCPM») fue publicada el 11 de octubre de 2011.¹⁰ Ha sido reformada en 2014,¹¹ con el único objeto de establecer el mecanismo de coordinación entre las autoridades de control, por un lado, en el ámbito de la competencia y, por otro, del sistema financiero nacional y de la economía popular y solidaria.¹²

Los artículos 71¹³ y 89¹⁴ de la LOSRCPM son las disposiciones en las que se hace referencia, con un enfoque prescriptivo concreto, a la responsabilidad civil extra-

10 [Ecuador] Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 555, de 13 de octubre de 2011.

11 [Ecuador] Ley [s/n], publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 332, de 12 de septiembre de 2014.

12 La norma afectada fue el artículos. 53, segundo inciso, de la LORCPM. Se ha establecido que al inicio del procedimiento de investigación a cargo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se ha de notificar y contar con las otras autoridades de control de los operadores económicos en el sistema financiero y la economía popular y solidaria.

13 [Ecuador] LORCPM, artículo 71 («Responsabilidad civil.- 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 indemnización 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»), n. 12.

14 [Ecuador] LORCPM, artículo 89 («Compromisos.- Hasta antes de la resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el o los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados podrán presentar una propuesta de compromiso por medio del cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas»), n. 12.

contractual originada en daños producidos con ocasión de un ilícito en materia de competencia.¹⁵

8. El Reglamento a la LORCPM fue expedido el 7 de mayo de 2012¹⁶ (el «Reglamento de la Ley»). Ha sido reformado en noviembre del mismo año de su expedición¹⁷ y en el año 2015,¹⁸ únicamente para ajustar asuntos de estructuración orgánica y de transición para los procedimientos que se hallaban en curso.

El artículo 79 del Reglamento de la Ley introdujo una disposición que, en mi opinión y como lo explico más adelante,¹⁹ no corresponde a su rango y no está ajustada a la naturaleza y función de un reglamento: la aplicación de la ley, sin contravenirla o alterarla.²⁰ Esta disposición establece que el juez que conozca una acción resarcitoria «fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emita respecto a los asuntos que hubiere conocido».²¹

9. Finalmente, para propósitos de este estudio, se debe considerar que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado expidió la Resolución No. SCPM-DS-029-2015, de 16 de abril de 2015²² (la «Resolución de la Superintendencia»), que contiene el «Instructivo para la gestión y ejecución de los compromisos del cese en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado», en cuyo marco se estableció la denominada «guía para el cálculo del importe de la subsanación en los compromisos de cese».²³

La Resolución de la Superintendencia, en la práctica, introduce un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual –diría administrativo– que operaría en el marco de los denominados «compromisos de cese», regulados a partir del artículo 89 de la LORCPM y en los artículos 114 y siguientes del Reglamento a la Ley.

10. La Resolución de la Superintendencia genera únicamente perplejidad. El sistema configurado por la autoridad de control incorpora las siguientes reglas:²⁴

15 Los artículos 24 (impugnación en materia de concentraciones), 46 (responsabilidad de servidores públicos), 47 (deber de secreto y reserva) y 78, letra g (denuncias falsas) de la LORCPM, aunque enuncian aspectos vinculados con la responsabilidad, todos ellos, sometiendo el caso contemplado al régimen común, se refieren a conductas y/o sujetos distintos a los que ahora nos interesan.

16 [Ecuador] Decreto Ejecutivo 1152, Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (el «Reglamento de la Ley»), publicado en el Registro Oficial 697, publicado 7 de mayo 2012.

17 [Ecuador] Decreto Ejecutivo No. 1332, publicado en Registro Oficial (Suplemento) 823, de 5 de noviembre de 2012.

18 [Ecuador] Decreto Ejecutivo No. 676, publicado en Registro Oficial (Suplemento) 512, de 1 de junio del 2015.

19 *Vid. infra* 71 y ss.

20 [Ecuador] Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, artículo 147, numeral 13.

21 [Ecuador] Reglamento a la Ley, artículo 71, n. 18

22 [Ecuador] Resolución No. SCPM-DS-029-2015, de 16 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial 515, de 4 de junio de 2015.

23 [Ecuador] Resolución de la Superintendencia, artículos 15 y ss., n. 24.

24 [Ecuador] Resolución de la Superintendencia, artículo 16, n. 24.

- a) La prestación económica denominada «subsanción», según se afirma, «comprende los daños y perjuicios o los efectos reales o potenciales en perjuicio del *orden competitivo* del mercado, el *bienestar* de los consumidores y usuarios».²⁵
- b) La cuantificación de la subsanción se establece en función del volumen de negocios del operador, para lo que se establecen criterios de referencia para fijarlo.
- c) El valor de la subsanción se incrementa con el transcurso del tiempo desde se solicita el compromiso de cese o se inicia el procedimiento administrativo, hasta por un máximo del 12 % del volumen de negocios de referencia, *i. e.*, del máximo de las sanciones previstas por infracciones al régimen de la competencia.²⁶
- d) La subsanción puede variar en función de la calificación de la conducta previa -hecho previsto como «atenuante»- o según la naturaleza y gravedad del hecho o conducta que justifique el compromiso de cese.

11. Adicionalmente, el régimen de responsabilidad civil extracontractual configurado por la Superintendencia, prevé el escenario en el que sean varios los operadores económicos los que estén sometidos a un procedimiento de control y todos o algunos de ellos propongan un compromiso de cese. En tal caso, cuando la propuesta de compromiso de cese se efectúa dentro de los primeros diez meses de iniciado el procedimiento administrativo, el monto de la subsanción puede ser afectado en beneficio de los operadores con porcentajes de descuento que van desde el uno al noventa por ciento. Aunque se hace referencia a la «oferta de medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda y/o contribuyan con la prevención y la promoción de la competencia», el mecanismo genera una especie de concurso, de modo que quien se anticipa en el requerimiento tiene mayores descuentos que aquel que se demora.²⁷

12. Las disposiciones de la Resolución de la Superintendencia pueden ser consideradas con el propósito de establecer su alcance, desde una perspectiva analítica; sin embargo, los problemas que suscita y que mayor atención requieren están referidas a aspectos más generales y de sistema, como su validez y aplicabilidad, y, en cualquier caso, su consistencia con las normas -el significado de las disposiciones aplicables- del régimen común de responsabilidad civil extracontractual al que se remite el artículo 71 de la LORCPM y los límites impuestos en el artículo 90 de la LORCPM respecto de los compromisos de cese.

2. El «régimen común» en el Ecuador en materia de responsabilidad civil extracontractual

13. El artículo 71 de la LORCPM es categórico en establecer que la responsabilidad civil de los operadores económicos por daños derivados de su conducta anticompetitiva está sujeta al «régimen común».

25 [Ecuador] Resolución de la Superintendencia, artículo 16, n. 24.

26 [Ecuador] LORCPM, artículo 79, n. 12.

27 [Ecuador] Resolución de la Superintendencia, artículos 17 y 18, n. 24.

Se requiere, por tanto, determinar cuál es este régimen común en materia de responsabilidad civil extracontractual en el Ecuador.

14. No es nuestra pretensión abordar en detalle todos los aspectos del régimen común de esta responsabilidad, mas es necesario establecer los rasgos generales de la institución con el propósito de reflejar su contenido normativo en relación con las conductas anticompetitivas y los daños a ellas atribuibles.

2.1. Fundamento

a) Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva

15. A la cuestión de ¿cuál es la razón por la que se ha de responder por un daño causado?, se suele contestar de dos maneras:

- Por haber actuado con algún grado de intencionalidad: culpa o dolo.
- Por el hecho mismo de haber causado un daño que la víctima no está obligada a soportar.

A la primera respuesta corresponde todo el sistema de responsabilidad que se basa en el elemento subjetivo que califica la conducta del agente. Se trata de reprochar la conducta de quien busca provocar el daño (dolo) o lo ocasiona por violentar su deber general de cuidado, la debida diligencia (culpa).

Los sistemas de responsabilidad objetiva no enfatizan la intencionalidad en el comportamiento del agente del daño, sino, en su lugar, se ocupan de la juridicidad del daño soportado y, fundamentalmente, de la protección de la víctima.²⁸

16. El régimen común en el Ecuador es el que corresponde al sistema de responsabilidad subjetiva.

El Código Civil francés desde 1804, en su artículo 1382, definió el principio general conforme al cual «[c]ualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo».²⁹

Este criterio ha sido reconocido por la Corte,³⁰ incluso cuando ha tratado soluciones que matizan el sistema de responsabilidad subjetiva pura:

La responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su

28 [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 5 de febrero de 2004, caso [núm. 290-2003] *Medardo Luna c. Aeca*, publicado en el Registro Oficial 411, de 1 de septiembre de 2004.

31 [Francia] Código Civil, artículo 1382, disponible en <www.legifrance.com/content/download/1966/13751/.../2/.../Code_41.pdf>, [Consulta: 16/10/2015].

30 Por todas, *vid.* [Ecuador] Corte Nacional de Justicia, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, caso [núm. 473-2009] *DAC c. Garzón Terán*, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 167, de 12 de julio del 2011.

configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias.³¹

b) Técnicas intermedias de atribución de responsabilidad.

17. Entre los sistemas de responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva batallan tendencias que matizan las exigencias materiales o procesales para su atribución al agente del daño, en función de factores tan disímiles como el tipo de actividad generadora del daño o la naturaleza del agente. La responsabilidad subjetiva con reversión de la carga de la prueba y la responsabilidad tendencialmente objetivada son los asuntos que se introducen en este espacio.

18. Precisamente en el caso *Delfina*,³² la Corte trató, por primera ocasión, la responsabilidad civil extracontractual en el caso de daños originados en actividades anormalmente peligrosas.

En síntesis, dejó establecido que en estos casos el elemento subjetivo de la culpabilidad del agente que ejecuta la actividad anormalmente peligrosa debía presumirse. Para este propósito, partió del análisis de la teoría del riesgo creado y buscó atenuar los efectos de una doctrina que, llevada a sus últimas consecuencias, podía llegar a objetivar la responsabilidad en quien ejecuta la actividad anormalmente peligrosa atendiendo únicamente la producción y demostración del daño típico u ordinario de dicha actividad, sin ninguna otra consideración adicional, sin que el ejecutor de la actividad pueda enervar los efectos de una responsabilidad preconstituída.³³

19. Sin embargo, según lo señalado por la misma Corte, la presunción de culpabilidad que dejaba señalada no podía ser desvirtuada sino con la prueba de uno de los tres clásicos eximentes de responsabilidad:

31 [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de octubre de 2002, caso [núm. 229] *Comité Delfina Torres vda. de Concha c. Petroecuador y otros* (el caso «Delfina»), publicada en el Registro Oficial 43, de 19 de marzo de 2003. El texto reproducido corresponde a la sentencia del caso *Delfina* que, sin lugar a dudas y más allá de los defectos que se le pueden endilgar —particularmente en su aplicación al caso— es la resolución judicial de la Corte que mejor expuso, sintetizando y sistematizando, los enunciados interpretativos de las disposiciones que configuran el régimen responsabilidad civil extracontractual en el Ecuador. La interpretación régimen de responsabilidad civil extracontractual contenidos en este estudio se fundamentan, principalmente, en todo cuanto fue expuesto en este caso, al que remito al lector por su importancia. Todavía la Corte se remite a sus contenidos, vid. [Ecuador] Corte Nacional de Justicia, Sentencia [262-2010] de 4 de mayo de 2010, caso [31-08] *Montesinos c. Municipalidad de Cuenca*, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 70, de 13 de noviembre de 2013, [cons. sexto].

32 *Ibidem.*, n. 33.

33 Por la teoría del riesgo creado, en efecto, el agente que ejecuta la actividad anormalmente peligrosa respondería por cualquier daño que resulte de dicha actividad, por el hecho de haber asumido previamente las consecuencias y aspectos negativos de su hacer, en función del beneficio que le reporta: no habría manera de enervar una responsabilidad preconstituída de este modo, pues ni la debida diligencia en la actuación del agente ni una circunstancia externa a él, puede modificar el hecho de que la actividad puede, en determinadas circunstancias, causar el daño por el que, en cualquier caso, debía responder. En ello consistiría la responsabilidad objetiva, fundada en el daño causado.

Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha, la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño.³⁴

La apreciación del tipo de presunción de culpabilidad no quedó esclarecido, por lo que se desprendieron al menos dos tesis acerca del enunciado interpretativo de la Corte:

- a) Se ha conceptualizado una responsabilidad con culpa presunta *iuris tantum*, pero con una reversión de la carga de prueba específica: se podrá probar la inexistencia de la culpa únicamente con la demostración de que el daño se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. Hay quien ha estimado que este límite en la prueba a cargo del demandado no es relevante en el pronunciamiento de la Corte y que el agente del daño podía justificar su diligencia, sin ninguna exigencia específica, para desvirtuar la presunción de culpabilidad.³⁵
- b) Se ha conceptualizado una responsabilidad con culpa presunta en las actividades anormalmente peligrosas, pero por el modo prescrito por la Corte para desvanecer tal presunción, con independencia del discurso o sus defectos expositivos, lo que hay es, por un lado, una presunción *iuris et de iure* de la culpabilidad en estricto

34 [Ecuador] Caso Delfina. En la explicación de la tesis, más adelante, la Corte citó a Valencia Zea, he hizo suya la siguientes afirmación: «De ahí la necesidad de estatuir un nuevo tipo de responsabilidad para esta clase de daños, eliminando el criterio de culpa mediante una responsabilidad de pleno derecho o estableciendo una presunción absoluta de la misma. El dueño de la explotación o industria debe responder directamente de los daños que tengan su causa en la mencionada industria o explotación, de suerte que sólo puede exonerarse de responsabilidad si demuestra que el daño no tuvo su causa en la explotación, sino en un hecho extraño (fuerza mayor, culpa de un tercero o de la propia víctima)», n. 33.

35 La Corte posteriormente, en el contexto de una explicación de una especie de gradación en las formas de atribución de la responsabilidad, desde un sistema puramente subjetivo a otro puramente objetivo como el de la responsabilidad en la actividad aeronáutica, procuró explicar el tipo de presunción de culpabilidad que había señalado en el caso *Delfina*, pero mantuvo el criterio de que esta únicamente podía ser desvirtuada probando la diligencia a través de un eximente de responsabilidad. En efecto, la Corte señaló: «La doctrina, para no dejar a la víctima sin la tutela de la reparación por los daños sufridos, ha encontrado solución a dicho problema al revertir la carga de la prueba, y dejar que sea el agente del daño el que tenga que demostrar que ha observado todo el cuidado y precauciones necesarias para que no se produzca el accidente que ha ocasionado tal daño, sino que éste ha sido el efecto de fuerza mayor o caso fortuito (definido en el artículo 30 del Código Civil). En otras palabras se presume (*iuris tantum*) culpa en el agente del daño. Justamente, esta Sala acogió esta doctrina en el fallo dictado en el juicio ordinario de daños y perjuicios No. 31-2002 seguido por los representantes del barrio “Delfina Torres Vda. de Concha” en contra de Petroecuador y sus filiales, publicado en el R.O. 43 de 19 de marzo del 2003. En este fallo, declara categóricamente que los demandados incurrieron en responsabilidad subjetiva y, con ese fundamento, fueron condenadas al pago de indemnizaciones, *por cuanto, dentro del proceso, no probaron que los daños causados a las víctimas fueron el efecto o consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito*; es decir, se aplicó la presunción de culpa de los demandados». [Ecuador] Caso *Medardo Luna c. Aeca*, n. 30.

sentido y, por otro, una presunción iuris tantum del nexo causal entre esa culpabilidad y el daño típico de la actividad de riesgo: así, la única manera de evitar la responsabilidad en estos casos, una vez probado el daño, en principio atribuible a quien ejecuta la actividad, es destruyendo el vínculo de causalidad a través de la prueba de uno de los eximentes de responsabilidad, lo que descarta la culpabilidad del agente de la actividad. En este último sentido, el término «culpabilidad» se lo emplea como el reproche a la conducta presuntamente contraria al deber de diligencia o simplemente como responsabilidad.³⁶

Estas dos tesis representan, en conclusión, variaciones al sistema de responsabilidad subjetiva. Es relevante su consideración, pues estas modificaciones en el régimen de responsabilidad civil extracontractual, por su naturaleza excepcional, no pueden ser consideradas como el régimen común al que se refiere el artículo 71 de LORCPM.

c) ¿Construcción de un sistema de responsabilidad objetiva en materia del Derecho de la competencia?

20. Hemos señalado que el artículo 71 de la LORCPM determina que la responsabilidad del operador económico por daños originados en conductas anticompetitivas está sujeta al régimen común que, como hemos visto, se construye alrededor del sistema de responsabilidad subjetiva.

Al artículo 71 de la LORCPM le corresponde el artículo 79 del Reglamento a la Ley, que prescribe que en los procesos por responsabilidad civil, el juez debe sujetarse en su motivación a los «hechos y calificación jurídica» que consten en la resolución administrativa sancionadora.³⁷

Uno de los primeros efectos de la norma reglamentaria –que como veremos debe estimarse inválida e inaplicable en el sistema jurídico ecuatoriano– parecería ser la objetivación de la responsabilidad civil, pues es claro que en el proceso judicial la culpabilidad del operador económico habría quedado previamente definida en virtud de la resolución administrativa que declara la infracción al régimen de la competencia: como conocemos, uno de los casos en los que se incurre en culpa es precisamente la infracción del ordenamiento jurídico con el que se justifica, a su vez, la vulneración del deber de diligencia.

En el sistema jurídico ecuatoriano, además, la responsabilidad administrativa es en principio objetiva, en el sentido de que la infracción se comente y la sanción procede, con independencia del elemento subjetivo, por el mero hecho de que la conducta se ajuste al tipo.

36 «2. f. Der. Reproche que se hace a quien le es imputable una actuación contraria a derecho, de manera deliberada o por negligencia, a efectos de la exigencia de responsabilidad», *Diccionario de la lengua española* [en línea], 23.^a ed., s. v. «culpabilidad», <www.rae.es>, [Consulta: 15/10/2015].

37 [Ecuador] Reglamento a la Ley, artículo 79 («El juez que dictamine sobre las acciones civiles previstas en el artículo 71 de la Ley, fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emita respecto a los asuntos que hubiere conocido»), n. 18.

21. El propósito de objetivar la responsabilidad civil en ciertos casos de conductas anticompetitivas no es novedoso en el Derecho comparado: el problema que se suscita en el Ecuador es que se lo ha intentado mediante una norma reglamentaria que, en la práctica, estaría alterando el mandato legal de que esta responsabilidad está sometida al régimen común.

En el ámbito de la UE, en este sentido, se ha determinado una presunción *iuris tantum* acerca de la existencia de daño (otro de los elementos objetivos de la responsabilidad) en el caso de conductas anticompetitivas efectuadas en cárteles.³⁸ Esta presunción unida al factor de indisputabilidad de las resoluciones sancionadoras firmes, colocan al integrante de un cártel claramente frente a un régimen de responsabilidad objetiva, en el que tiene a su cargo la demostración de la inexistencia del daño como único medio para evitar incurrir en responsabilidad civil extracontractual. Dado que la presunción del daño, presupone una específica conducta anticompetitiva, es decir, una relación causal abstracta y preconstituida, es dudable que en estos casos operen eximentes de responsabilidad.

d) Obligación de reparación y derecho personal a ser resarcido por el daño causado

22. Aunque el tema que se propone parece un asunto que no amerita mayor atención, por obvio, se requiere abordarlo en consideración al hecho de que, aunque el agente del daño usualmente siempre está identificado o se puede llegar a ello mediante técnicas presuntivas, la individuación de la víctima, en razón de las innovaciones legislativas recientes,³⁹ parece haberse complicado cuando se trata de derechos difusos⁴⁰ -y no en el caso de derechos colectivos,⁴¹ conceptos que deben distinguirse técnicamente-.

El tratamiento del tema se hace necesario, mucho más si se considera que las disposiciones incorporadas en la Resolución de la Superintendencia se dirigen a cuantificar la reparación de unos daños respecto de los que no se puede concebir con facilidad la víctima ni el bien jurídico afectado o, en fin, la causa por la que indefectiblemente hay que pagar un valor de subsanación definido en abstracto en función de afectaciones al «orden competitivo» del mercado y al «bienestar» de los consumidores, dos conceptos que no se refieren a derechos con contenido patrimonial, o incluso extrapatrimonial, de ningún sujeto en específico.

38 *Vid. infra* 94.

39 Por ejemplo, la Constitución de la República del Ecuador reconoce tres tipos de víctimas en relación con daños ambientales, cada uno de los individuos, todos ellos aunque no tengan afectaciones en su esfera individual y la naturaleza como una abstracción dotada de personalidad.

40 Definidos como un derecho del que nadie, en particular, puede reclamar su titularidad, sin perjuicio de lo que corresponda a su esfera particular, *v. gr.*, el derecho a la paz. Es más compleja la explicación respecto de estos derechos, pues, si bien el derecho a la paz puede ser concebido como un derecho difuso, una guerra no excluye efectos en la esfera individual y, por tanto, daños a derechos individuales o si se los aprecia agregados, a derechos colectivos.

41 Definidos como la agregación de derechos individuales de cada integrante de un grupo o clase y cuya titularidad —siempre individual— se relaciona o explica, principalmente, por su pertenencia al conjunto, *v. gr.*, todos los consumidores de un producto con defectos de fabricación o los trabajadores de la empresa X.

23. El artículo 89 de la LORCPM al referirse a la subsanación a la que se debe obligar al solicitante de un compromiso de cese, lo hace en relación con «los daños, perjuicios y efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores». Dejando a un lado el concepto de consumidor –que tiene un definición estipulativa–,⁴² nos interesa el enunciado de los efectos (incluidos daños) en referencia a un concepto abstracto como «el mercado».

En nuestro sistema jurídico, el mercado no está dotado de personalidad jurídica y, a diferencia de la naturaleza,⁴³ el interprete de esta disposición no podría suponer que la referencia –el mercado– sea titular en sí misma de algún derecho que le habilite, por vía de representación de un tercero –como la autoridad de control–, para exigir de un sujeto de Derecho, la reparación, bajo el marco de la responsabilidad civil extracontractual, de unos efectos negativos que pueden resultar de una conducta anticompetitiva en una abstracción.

Si el mercado en sí mismo no es titular de ningún derecho, la mirada debe dirigirse a los sujetos que intervienen en él. Excluidos expresamente los consumidores del conjunto, para el análisis de la disposición restan quienes producen y comercializan bienes y servicios en el mercado: los operadores económicos. Los operadores económicos, como infractores tanto como víctimas, son sujetos individualizables titulares de derechos que pueden ser afectados por conductas anticompetitivas y, respecto de ellos, no existe norma alguna que permita sostener un derecho difuso. De modo que los derechos que pueden ser objeto de reparación, bajo el régimen común de responsabilidad extracontractual, son sus derechos individuales, que bien pueden ser agregados y considerados como derechos colectivos, v. gr., los proveedores de un determinado bien o servicio a otro operador económico que actúa en cártel.

Esta reflexión nos lleva a afirmar que cuando el artículo 89 de la LORCPM hace referencia a la subsanación de los efectos en el mercado de la conducta anticompetitiva, lo hace en relación con dos cuestiones absolutamente distintas: (i) la responsabilidad civil extracontractual del agente del daño respecto de otros operadores económicos que resultan individual o colectivamente afectados; y, (ii) el restablecimiento las condiciones de libre concurrencia (lo que serían los «efectos en el mercado») que son objeto de regulación y control, pero que no tiene relación alguna con una subsanación de carácter patrimonial. Las únicas cargas patrimoniales derivadas de la conducta anticompetitiva en este último caso se relacionan con el régimen de responsabilidad administrativa previsto en la LORCPM y, precisamente, un compromiso de cese, desde la perspectiva del operador económico, tiene sentido para evitar que un procedimiento administrativo concluya en una sanciones.

24. En este marco, la responsabilidad civil –en su régimen común– presupone siempre un vínculo jurídico entre dos partes, el agente del daño y la víctima titular de ciertos

42 [Ecuador] Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, artículo 2 («Consumidor.- Toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al Consumidor, dicha denominación incluirá al Usuario»), n. 11.

43 [Ecuador] Constitución de la República del Ecuador, artículos 19, segundo inciso, 396 y 397, n. 22.

derechos afectados: estos son los operadores económicos y los consumidores, individualmente considerados –o agregados en una clase, como se ha señalado en el caso de derechos colectivos–.

Decíamos que el artículo 1453 del CC establece que las obligaciones se derivan, entre otras fuentes, de los delitos y cuasidelitos. Este vínculo jurídico, por tanto, tiene como objeto, de una parte, una obligación –la de reparar el daño causado en la víctima– y, por otra, como correlativo a dicha obligación, un derecho personal –el de la víctima para exigir del agente del daño la reparación de las afectaciones que se le ha causado–.

La Corte ha señalado que «[q]uien incurre en responsabilidad civil extracontractual debe indemnizar (reparar o resarcir) a la víctima que ha sufrido el daño».⁴⁴

Por ello, en materia de responsabilidad civil extracontractual no existe la posibilidad de una subsanación respecto de un bien jurídico del que no exista un titular que, de acuerdo a nuestro régimen, es el único legitimado materialmente,⁴⁵ para proponer una acción resarcitoria.

Cualquier otro bien jurídico que el ordenamiento jurídico protege, como el orden competitivo o el bienestar de los consumidores, es objeto de regulación y control a través de herramientas como la sanciones de carácter administrativo (en el ámbito de la responsabilidad administrativa), tal como se encuentra previsto en la LORCPM.

2.2. Aspectos sustantivos: Presupuestos materiales

25. La regla básica de la responsabilidad civil extracontractual –aquella que corresponde a los hechos propios, basada en el principio de justicia correctiva–,⁴⁶ es la contenida en el artículo 2214 del CC:

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 cuasidelito.⁴⁷

Para que proceda la declaración de responsabilidad deben concurrir los siguientes requisitos: «1. Un daño o perjuicio, material o moral. 2. Una culpa, demostrada o preexistente. 3. Un vínculo de causalidad entre el uno y el otro».⁴⁸ En este planteamiento, basada en la tesis tradicional, la Corte observa al delito o cuasidelito como el hecho ilícito productor de un daño.

44 [Ecuador] Caso Delfina, n. 33.

45 Por todas, *vid.* [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 25 de junio de 1999, caso [núm. 372-99] *Jumbo c. Yahuachi*, publicada en el Registro Oficial 257, de 18 de agosto de 1999; y, Sentencia de 13 de julio de 1999, caso [núm. 405-99] *Bayas c. Flor*, publicada en el Registro Oficial 273, de 9 de septiembre de 1999.

46 E. BARROS, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 40.

47 [Ecuador] Código Civil, artículo 2214, n. 3.

48 [Ecuador] Caso *Delfina*, n. 33.

En otras ocasiones, la Corte ha señalado que para que se pueda declarar la existencia de un delito o cuasidelito, se requiere (i) que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; (ii) que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; que exista daño patrimonial o moral; y, que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño.⁴⁹ En este planteamiento, el elemento subjetivo no califica la licitud del hecho y, por tanto, el nexo causal no está dado entre hecho culpable y daño, sino entre hecho ilícito y daño.

2.2.1. El hecho culpable

26. Como se ha señalado, uno de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual es el hecho culpable.

En la concepción tradicional del régimen común que comentamos la culpabilidad califica al hecho como ilícito, ya porque el agente del daño actúa con la intención de provocar el daño, ya porque la violación del deber de diligencia incluye, entre otros aspectos, la infracción del ordenamiento jurídico en el proceder del agente.

En esta concepción, señalar que debe existir, por una lado, un hecho ilícito y, por otro, culpabilidad no es más que redundar.

27. De conformidad con el artículo 71 de la LORCPM el hecho culpable constituye «la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley», es decir, una conducta anticompetitiva según los términos de la referida Ley.

La culpabilidad del agente viene dada por la simple infracción del ordenamiento jurídico en materia de competencia, lo que supone una violación del deber de diligencia. Por supuesto, es posible que la conducta del operador económico esté dirigida a provocar un daño a sus competidores o a los consumidores: se trataría, entonces, el hecho culpable de una conducta anticompetitiva dolosa.

28. Como se ha señalado, el artículo 71 de la LORCPM no condiciona la calificación del hecho culpable a la determinación que pueda hacer la Superintendencia, por lo que, en principio, dentro del procedimiento debido, el actor puede demostrar que la conducta del operador económico es contraria al régimen de competencia previsto en la ley.

Como se comentará enseguida, el artículo 79 del Reglamento a la Ley parece limitar el derecho del actor y la facultad del juez, imponiendo como requisito en la motivación judicial el someterse a la determinación y calificación de los hechos que se haga en sede administrativa.

⁴⁹ [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, Sentencia [núm. 79-2003] de 29 de octubre de 2002, en el caso [núm. 043-2002] *Wagner Viñán c. Federación Médica Ecuatoriana y otros*, publicada en el Registro Oficial 87, de 22 de mayo de 2003.

2.2.2. El daño y su reparación. Especial referencia al bien jurídico protegido en el derecho a la competencia

29. Las normas que regulan la responsabilidad por los cuasidelitos y delitos civiles no hacen distinciones basadas en la naturaleza de los daños que pueden ser objeto de reparación por estos medios.

Las normas del CC están redactadas de forma general, de modo que puedan ser aplicadas a todos los supuestos de daños a las cosas⁵⁰ o las personas,⁵¹ respecto de las que existe un titular o éste es individualizable.

30. En términos generales, cuando los Estados establecen un régimen de defensa de la libre competencia buscan incrementar la eficiencia económica en el mercado, tutelando los derechos de los operadores económicos y, particularmente, de los consumidores y usuarios. El primero de los fines tiene un contenido regulatorio general, mientras que el segundo hace referencia a específicos bienes jurídicos que se traducen en derechos individuales de contenido patrimonial o moral.

31. Por su parte, el régimen común de responsabilidad está dirigido a restablecer el equilibrio patrimonial del sujeto afectado o compensar las afectaciones extrapatrimoniales derivadas de una conducta culpable del agente del daño.

Por esta razón, el daño no es resarcible bajo el régimen común si ya ha sido reparado, directamente por el agente o por un tercero. No cabe reparación múltiple o acumulada por el mismo daño,⁵² pues no habría restablecimiento del equilibrio perdido o no se habría compensado prudentemente la pérdida extrapatrimonial: lo único que habría es enriquecimiento injusto o, pura y llanamente, castigo.

32. En este sentido, como queda indicado, no existe justificación jurídica -ni racional- para sostener que una subsanación de contenido patrimonial, en el sentido técnico de reparación de un daño, se pueda producir en el marco del artículo 89 de la LORCPM para cubrir, lo que en la Resolución de la Superintendencia se señala son, los efectos reales o potenciales en perjuicio del «orden competitivo» del mercado o el «bienestar» de los consumidores y usuarios: en estos conceptos no hay equilibrio patrimonial que reconstituir ni afectación moral que compensar.

50 La Corte declaró la responsabilidad de los demandados por daños a los bienes de los actores derivados del incumplimiento de «las obligaciones impuestas por las normas reglamentarias por parte de Petrocomercial [que] ha producido la explosión de *Petrocomercial y otra*, publicada en el Registro Oficial 83, de 23 de mayo de 2000. Así mismo, la Corte determinó la existencia de un cuasidelito civil por violación al derecho a vivir. [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 29 de septiembre de 1993, caso *Gutiérrez y otra c. Compañía Molinos Champión S.A.*, publicada en la Gaceta Judicial, año XCIV, serie XVI, No. 1, p. 11.

51 La Corte declaró la responsabilidad de la demandada por la muerte de una persona en circunstancias que «transitaba por el malecón del balneario de Salinas y pasaban frente al edificio en construcción denominado El Mirador [y] recibió en la cabeza el impacto de un martillo de carpintero que fue fatal». [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 21 de enero de 1983, caso *Cedeño c. Constructora Santos*, publicada en la Gaceta Judicial año LXXXIII, aerie XIV, No. 2, p. 399.

52 [Ecuador] Caso *Delfina*, n. 33.

33. En el ámbito del Derecho comparado, ha quedado claramente establecido que el propósito directo de la acción resarcitoria es devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia.⁵³

34. Un asunto absolutamente distinto es la necesidad de morigerar las exigencias de la carga de la prueba, pero en este caso se requiere emplear la vía correcta: no el Reglamento a la Ley, no la Resolución de la Superintendencia.

Un ejemplo de esta necesidad es precisamente la cuantificación del daño, que en el Ecuador. En efecto, de acuerdo al régimen común, la víctima no solamente debe demostrar la existencia del daño, sino también su cuantificación.

Ahora bien, para estos propósitos, se requiere una gran cantidad de prueba que se podría entender técnica y que supone costos elevados, por ello, por ejemplo en la Unión Europea, se han tomado medidas para evitar que el acceso a la información y los costos que involucra la prueba de los daños hagan imposible o muy difícil el pleno resarcimiento de unos daños realmente causados. Estas medidas incluyen asignar atribuciones a los jueces para flexibilizar las exigencias de una prueba acabada sobre la cuantificación del daño,⁵⁴ lo que no equivale a ausencia de motivación o simple arbitrariedad. Taxonomía del daño reparable.

a) Taxonomía del daño reparable en el régimen común

35. El daño para que sea reparable debe ser cierto y no hipotético. La certeza del daño es objeto de prueba, la que se ha de practicar de acuerdo con las disposiciones en las que tiene reflejo el debido proceso.

36. Siguiendo la síntesis propuesta en el caso *Delfina*, decimos que el daño reparable puede ser presente, si ya se ha consumado y, futuro, el que aparece de forma previsible como la consecuencia normal del hecho antecedente.

37. El daño es material o patrimonial si se causa a otro una afectación susceptible de apreciación pecuniaria, la que, precisamente, se produce en el patrimonio de la víctima, sea directamente en las cosas de su dominio o posesión o indirectamente por la afectación a su persona (v. gr., la lesión que impide su trabajo) o a sus derechos (v. gr., la ilegal revocatoria de una autorización que paraliza la actividad). El daño material, cuando se refiere a la pérdida o disminución del patrimonio existente, se llama daño emergente; mientras que, la frustración de los beneficios esperados, se llama lucro cesante.⁵⁵

53 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 3.2, n. 125.

54 En este sentido las disposiciones en el Derecho de la competencia en la UE, *vid. infra* ¶ 97.

55 [Ecuador] CC, artículo 1572, n. 3.

El daño moral o extrapatrimonial es todo sufrimiento o dolor que se padece (*v. gr.*, deshonra), independientemente de sus efectos en el patrimonio de la víctima.⁵⁶

Uno y otro pueden provenir del mismo hecho ilícito, de la misma conducta culpable.

38. Más allá de la referencia al régimen común del artículo 71 de la LORCPM, una referencia a los tipos de daños se encuentra en la Resolución de la Superintendencia.

Se señala ahí, que la subsanación que el operador se ha de obligar a realizar, con ocasión de la celebración de un compromiso de cese, ha de cubrir: (i) en relación con el criterio temporal de clasificación, los daños que requieren subsanación serían los «reales o potenciales»; y, (ii) desde la perspectiva del objeto afectado, los daños sería los que se afectan «orden competitivo del mercado» y el «bienestar de los consumidores y usuarios».

Respecto de esta última categorización hemos señalado ya que el objeto eventualmente afectado no tiene contenido patrimonial o moral reparable bajo el régimen común de responsabilidad civil extracontractual. A esos comentarios nos remitimos.

Habría que entender que cuando la Resolución de la Superintendencia hace referencia a «daños reales» lo hace respecto de daños actuales o consumados, en razón de que opone a este enunciado la idea de «daños potenciales». Nadie racionalmente puede concebir ningún tipo de subsanación o reparación de un «daño irreal».

En relación con los daños potenciales habría que considerarlos, o bien como daños futuros reparables, esto es previsibles o esperados, o bien como daños contingentes, o sea, futuros e inciertos.

Respecto de los daños «reales» como actuales o consumados y los «potenciales» como daños futuros reparables, la categorización de la Resolución de la Superintendencia es compatible con el régimen común de responsabilidad. Sin embargo, en lo que respecta a los daños contingentes, esto es, los futuros e inciertos, el régimen común prevé medidas distintas al resarcimiento.

b) Tratamiento del daño consumado y del daño contingente en el régimen común

39. De conformidad con nuestro sistema jurídico, el régimen común de responsabilidad civil extracontractual, el daño consumado –y el futuro reparable– de carácter patrimonial ordinariamente se «indemniza», es decir, se lo repara por equivalente.

La Corte ha señalado que hay dos modos de reparar los daños sufridos por una víctima:⁵⁷ *in nature*,⁵⁸ cuando se colocan –o se dispone colocar– las cosas en su estado anterior a la producción del hecho ilícito; y, «por equivalente» cuando se restablece el equilibrio

56 [Ecuador] CC, artículo 2231, n. 3. Sobre la caracterización del daño moral y las exigencias de su prueba, *vid.* [Ecuador] Corte Nacional de Justicia, Sentencia [núm. 264-2010] de 4 de mayo de 2010, caso *Romo c. Banco Amazonas S.A.*, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 70, de 19 de noviembre de 2013, [cons. cuarto].

57 [Ecuador] Caso *Delfina*, n. 33.

58 Un ejemplo, de reparación *in nature*, consta para obligaciones de no hacer en: [Ecuador] CC, artículo 1571, n. 3.

patrimonial o se dispone el pago de una suma de dinero con este propósito, sin provocar un enriquecimiento sin causa. El daño moral, por otra parte, no se lo indemniza en estricto sentido, sino que se lo mitiga a través de una compensación, que en el régimen común la fija el juez prudencialmente.⁵⁹

40. En el caso de los daños contingentes, el régimen de responsabilidad civil extracontractual, incorpora el artículo 2236 que, en su letra, señala:

Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.

Una acción por daños contingentes busca evitar que el daño se produzca, por lo que el resultado del proceso bien puede suponer la imposición de una obligación de hacer⁶⁰ o la condena al pago de la suma de dinero necesaria para cubrir los costos de las medidas necesarias para remover el factor de riesgo del daño, en caso de omisión del obligado.⁶¹

41. Por lo señalado, cuando el artículo 89 de la LORCPM hace referencia a la subsanación de efectos que se puedan producir en el mercado relevante o en los consumidores, con ocasión de las obligaciones que asume el proponente de un compromiso de cese, no lo hace para imponer una prestación económica como ha quedado configurada en la Resolución de la Superintendencia.

Si acaso, la disposición puede ser interpretada desde el régimen de responsabilidad civil por daños contingentes, lo que se esperaría de un convenio de cese en lo que respecta a los efectos que se puedan producir en el mercado son simple y puramente obligaciones de hacer –o incluso de no hacer– que son compatibles, incluso, con la nomenclatura empleada: «compromiso de cese».

c) ¿Daño presunto, reparación punitiva o sanción encubierta?

42. De conformidad con el artículo 89 de la LORCPM,⁶² el operador económico sometido a un procedimiento de investigación, puede proponer a la autoridad de control su compromiso de cesar la conducta que es objeto de la actuación administrativa y, en

59 [Ecuador] CC, artículo 2232, último inciso, n. 3.

60 Por ejemplo, frente a la amenaza de que un objeto desde lo alto pueda caer y causar un daño, el artículo 2228 del CC establece que «podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella; y cualquiera persona tendrá derecho para pedir la remoción». También vid. [Ecuador] CC, artículos 988 y 990, n. 3.

61 Se trata de un enunciado interpretativo que tiene como base el contenido normativo del artículo 1569 del CC que claramente no contiene una disposición directamente aplicable a la responsabilidad civil extracontractual y a las obligaciones de hacer en su contexto.

62 [Ecuador] Reglamento a la Ley, artículo 114, n. 18. El artículo 114 del Reglamento de la Ley se refiere al artículo 89 de la LORCPM y, en este caso, lo único que define es el modo de tramitar el expediente: «[I] a solicitud de compromiso de cese se tramitará en expediente aparte, siendo accesorio del expediente principal».

lo que es relevante para este análisis, de «subsana, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores».⁶³ La disposición suscita las siguientes cuestiones interpretativas:

- a) ¿Cuál es la naturaleza y alcance del compromiso de subsanación que es objeto de la norma?
- b) ¿Cuál es la naturaleza de la prestación económica que, a través de la Resolución de la Superintendencia, se ha creado como «subsana»?

43. Respecto de la primera cuestión, de conformidad con el artículo 91, primer inciso, *in fine*, de la LORCPM, en caso de que la Superintendencia llegue a aceptar un compromiso de cese «se tendrá por concluida la investigación o denuncia» y, conforme lo dispuesto en el 92 *Ibidem*, en caso de incumplimiento del compromiso de cese, la Superintendencia «iniciará el proceso de ejecución y aplicación de las sanciones previstas en esta Ley y, de ser el caso, adoptará las medidas correctivas a que hubiere lugar».

De modo que, un compromiso de cese es una técnica de terminación anticipada de un procedimiento administrativo sin que recaiga resolución administrativa sobre el fondo de la cuestión, en este caso, de investigación y sanción de conductas anticompetitivas. La técnica no es extraña al ordenamiento jurídico ecuatoriano: el artículo 115 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, como excepción al deber de resolver un procedimiento administrativo, incorpora el caso del acuerdo o convenio, regulado en el artículo 155 *Ibidem*.⁶⁴

En el Derecho de la competencia ecuatoriano el compromiso de cese no está destinado a conseguir una exención o reducción de multas, reguladas en los artículos 83 y 84 de la LORCPM, pues para que ello ocurra se requiere una resolución administrativa de la Superintendencia dentro del procedimiento respectivo que se ajuste a los requisitos previstos en las referidas disposiciones.⁶⁵ para que haya exención o reducción de multas debe, en primer lugar, haber una multa que pagar, la que se impone con base en la declaración de una infracción cometida.

44. En el compromiso de cese se busca evitar la continuación de un procedimiento de investigación y, eventualmente, el inicio de uno de sanción a través de dos obligaciones que el operador económico investigado asume en el compromiso de cese:

- a) Cesar la conducta objeto de la investigación. Se trata de un problema puramente fáctico, que es consistente con el requisito de que el operador debe consignar

63 [Ecuador] LORCPM, artículo 89, n. 16.

64 [Ecuador] Decreto 2428, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en el Registro Oficial 536, de 18 de marzo de 2002, artículos 115 y 155. Su última reforma se produjo el 8 de abril de 2015.

65 [Ecuador] LORCPM, artículos 83 y 84, n. 12.

el «reconocimiento de todos o algunos hechos de la denuncia o de los cargos imputados».⁶⁶

- b) Subsanan, cuando el caso lo amerita –y no indefectiblemente–, (i) efectos que la conducta haya producido, se estén produciendo o se puedan producir en el mercado; y, (ii) los daños y perjuicios que se hayan ocasionado.

En los dos casos, se trata de prestaciones de hacer y, en ningún caso, se trata de prestaciones de dar, tal como ha sido regulado en la Resolución de la Superintendencia.

El compromiso de subsanar eventuales daños y perjuicios en otros operadores o en los consumidores –de ahí el enunciado «de ser el caso»– debe operar según la disposición del artículo 71 de la LORCPM, de acuerdo con el régimen común, pues no de otra manera se puede establecer un daño, una conducta culpable y su nexo de causalidad, de conformidad con la misma ley.

45. La Resolución de la Superintendencia, con el enunciado de que se trata de un conjunto de disposiciones que rigen el valor de subsanación económica «cuando sea procedente»⁶⁷ y que están sometidas a los principios de «proporcionalidad y razonabilidad»,⁶⁸ en realidad construyó un nuevo sistema de responsabilidad civil extracontractual de fuente administrativa, incompatible con el régimen común en la materia y por fuera de la naturaleza y alcance de un compromiso de cese.

Distante, incluso, del sentido de prudencia vinculado al ejercicio de potestades discrecionales⁶⁹ atribuidas a la autoridad,⁷⁰ el sometimiento al régimen creado aparece como un requisito para que la Superintendencia, en su modelo, admita un compromiso de cese, *i. e.*, el operador económico debe brindar su consentimiento y voluntariamente admitir la aplicación de este particular régimen de responsabilidad,⁷¹ si espera que la conducta por la que se le acusa no se constituya en el fundamento fáctico del que, eventualmente, se le atribuya responsabilidad administrativa y cualquier medida correctiva.

66 [Ecuador] LORCPM, artículo 90, numeral 1, n. 12.

67 [Ecuador] Resolución de la Superintendencia, artículos 3 y 15, n. 24.

68 [Ecuador] Resolución de la Superintendencia, artículo 16, numeral 1, n. 24.

69 «1. adj. Que se hace libre y prudencialmente.», *Diccionario de la lengua española* [en línea], 23.^a ed., s. v. «discrecional», <www.rae.es>, [Consulta: 16/10/2015].

70 [Ecuador] LORCPM, artículo 90 («Para evaluar la solicitud de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tomará en consideración el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones [...]), n.

71 [Ecuador] Resolución de la Superintendencia, artículo 8, n. 24. Las cláusulas cuarta, numerales 3 y 4, y quinta del modelo de compromiso de cese previsto en esta disposición exigen, no solo que haya un reconocimiento de todos o algunos de los «hechos» a los que se refiere la denuncia o la formulación de cargos —como lo establecen los artículos 90 de la LORCPM y 116 del Reglamento a la Ley—, sino que el proponente debe caracterizar y reconocer el ilícito que se habría cometido. En particular, la cláusula octava del modelo de compromiso de cese, determina que el operador económico debe aceptar «la determinación de la subsanación económica que realice la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en forma legal, técnica y motivada; conforme a la normativa técnica de la Superintendencia. Esto sin perjuicio de las acciones que podrán ejercer las personas naturales o jurídicas que tuvieran derecho, conforme a los artículos 25 y 71 de la LORCPM».

46. En relación con la segunda cuestión, conviene reiterar que la Corte ha señalado que «a través de la indemnización debe restablecerse únicamente el equilibrio que gozaba el damnificado con anterioridad al daño».⁷²

La valoración de la subsanación que aparece en la Resolución de la Superintendencia no se fija en función de ningún criterio que implique el restablecimiento de un patrimonio afectado, sino que, a tanto alzado, con base en el tiempo y el volumen de negocios del operador económico solicitante, se determina su *quantum*. No se trata, entonces, de una reparación de daños y perjuicios según los criterios del régimen común de la responsabilidad civil extracontractual.

47. En materia de daños, en los Estados Unidos de América se ha previsto un sistema de reparación punitiva consistente en el pago del triple de la cuantía de las cantidades cobradas en el caso de la fijación de precios.⁷³

¿Podría considerarse que la subsanación regulada en la Resolución de la Superintendencia constituye un caso de daños punitivos?

Me parece que la respuesta es negativa, pues en nuestro sistema jurídico la imposición de daños punitivos –aunque ciertas reparaciones tengan un efecto semejante– no está autorizada,⁷⁴ pero incluso si lo estuviera, la construcción de una interpretación así requiere desatender el momento en que un compromiso de cese puede ser suscrito, esto es, antes de que exista una resolución administrativa sancionadora, y su naturaleza y alcance.

48. Considerando que no es sostenible la cuantificación de la denominada subsanación desde el régimen de responsabilidad civil extracontractual y dado que se la ha empleado como referente de cuantificación el volumen de negocios del operador económico solicitante –y no la valoración del daño– igual que lo hace la LORCPM para la imposición de multas, me parece que lo que se ha hecho en la Resolución de la Superintendencia es fijar un régimen sancionatorio encubierto, o bien, y con los mismos efectos en su validez, alterar el régimen sancionador previsto en la ley.

2.2.3. Relación causal entre el hecho culpable y el daño

49. La Corte ha señalado que la relación causal entre la conducta culpable y el daño ocasionado es el factor diferenciador entre el sistema de responsabilidad subjetiva y el de responsabilidad objetiva:

El elemento diferenciador entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva es la relación de causalidad. En la responsabilidad subjetiva debe mediar delito o cuasidelito y no solo eso, sino que es indispensable

72 [Ecuador] Caso Delfina, n. 33.

73 [ONU] UNCTAD, Ley Tipo de Defensa de la Competencia, n. 122.

74 [Ecuador] Corte Nacional de Justicia, Sentencia de 12 de noviembre de 2013, caso [núm. 174-2012] *Aguinda y otros c. Chrevon, s.e.*

que entre el dolo o la culpa por una parte y el daño por la otra, haya una relación de causalidad, es decir, que sea efecto o consecuencia de ese dolo o culpa.⁷⁵

50. Le corresponde al juzgador establecer o descartar el nexo causal entre la conducta y el daño reclamado. En el caso *Delfina*, la Corte describió la teoría de la causa adecuada del siguiente modo:

Teoría de la causalidad adecuada. Esta teoría, con la que coincidimos, es a la que la mayoría de los tratadistas doctrinarios y la jurisprudencia de los tribunales extranjeros se inclinan. Consiste en dejar en manos del juzgador el análisis del tema cuando el hecho dañoso tiene aptitud como para generar responsabilidad en el autor, de lo cual resulta la prescindencia de toda regla general y la confianza en la potestad discrecional del juzgador.⁷⁶

Por supuesto, la discrecionalidad conferida al juez no equivale a arbitrariedad, por lo que está llamado –según nos dice la Corte– a calificar la relación causal en cada caso concreto con «criterios de razonabilidad» que, en nuestro concepto, se concretan en las exigencias de la motivación como garantía del debido proceso.

Las otras teorías de causalidad provistas por la dogmática⁷⁷ son, para propósitos de la labor judicial, guías que «no limitan su facultad [del juez] de calificar los hechos relevantes sobre las circunstancias específicas de los asuntos puestos a su consideración».⁷⁸

51. La atribución conferida al juez para establecer el nexo causal entre el daño y la conducta culpable, dentro del régimen común de responsabilidad en el Ecuador, tiene implicaciones con respecto al artículo 79 del Reglamento a la Ley y la Resolución de la Superintendencia:

- a) Dado que el daño que debe ser reparado es el provocado específicamente y directamente por la conducta culpable, la determinación y calificación de los hechos es una tarea que no se reduce a los eventos que pueden ser relevantes en el ámbito administrativo para la imposición de una sanción. Por ello, no solo que es inválida la innovación al régimen común incorporada en el artículo 79 del Reglamento a la Ley, sino que además su enunciado es desafortunado: cuando a nivel legislativo se le ha dado

75 [Ecuador] *Caso Medardo Luna c. Aeca*, n. 30.

76 Además del caso *Delfina*, n. 33, la Corte se ha pronunciado del mismo modo en: *Caso Andrade c. Conelec*, n. 8; [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, caso núm., *Rodríguez c. EMELMANABÍ*, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 349, de 30 de mayo de 2008; [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, caso *Hermida Moreira y otros c. Municipalidad de Cuenca*, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 620, de 25 de junio de 2009; [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, caso *López Yáñez c. Ecuador*, publicado en la Gaceta Judicial, año CVIII, serie XVIII, núm. 5, p. 5.

77 En el discurso interpretativo de nuestras cortes no ha tenido acogida alguna, la diferenciación extendida en cierta doctrina extranjera, entre causalidad fáctica —justificable desde el método científico— y causalidad jurídica —atribución abstracta que hace la norma jurídica, general o concreta—. Las teorías sobre la causa necesaria, la causa próxima y otras han sido desechadas explícitamente como fundamento único para evaluar el vínculo causal entre la conducta relevante y el daño.

78 [Ecuador] *Caso Delfina*, n. 33.

efecto vinculante a las conclusiones de las resoluciones firmes del ámbito administrativo, se lo ha limitado a aspectos específicos y no a la generalidad de los hechos y su calificación.⁷⁹

b) La subsanación cuantificada en la Resolución de la Superintendencia no tiene relación alguna, mucho menos de causa efecto, entre un supuesto daño al orden competitivo del mercado o el bienestar de los consumidores y una específica conducta anticompetitiva, por lo que da lo mismo que la infracción se refiera a la fijación de precios en cárteles que cualquier otras, por irrelevante que sea el efecto real en el mercado o en el bienestar de los consumidores.

2.3. Aspectos procesales básicos

2.3.1. Competencia judicial y debido procedimiento

52. Como hemos señalado, el artículo 71 de la LOSRCPM somete al régimen común la responsabilidad de los operadores económicos por daños derivados de su conducta anticompetitiva. Esta remisión no solo se refiere a los aspectos sustantivos, sino también a los asuntos de orden adjetivo. La disposición señala que:

La acción de indemnización 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.⁸⁰

Le corresponde al juez –y a ninguna otra autoridad pública– establecer en cada caso la concurrencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual; y, para hacerlo, debe sujetarse a las «reglas generales» del procedimiento.

53. Al artículo 71 de la LORCPM le corresponde el artículo 79 del Reglamento a la Ley, que dispone que en los procesos por responsabilidad civil, el juez debe sujetarse en su motivación a los «hechos y calificación jurídica» que consten en la resolución administrativa sancionadora.⁸¹

Esta disposición, en lugar de establecer la forma en que debe aplicarse la ley, innova el ordenamiento jurídico en varios aspectos:

a) La competencia otorgada al juez para conocer y resolver las acciones resarcitorias, no esta limita en función de las competencias a otras autoridades en el ámbito administrativo, por lo que el sometimiento de los jueces a las conclusiones

79 *Vid. infra* ¶ 97.

80 [Ecuador] LORCPM, artículo 71 *in fine*, n. 12.

81 [Ecuador] Reglamento a la Ley, artículo 79 («El juez que dictamine sobre las acciones civiles previstas en el artículo 71 de la Ley, fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emita respecto a los asuntos que hubiere conocido»), n. 18.

obtenidas en el ámbito administrativo grava el ejercicio de una competencia otorgada en la ley.

- b) Las reglas generales en materia de procedimiento, no autorizan al juez a dar por probados los hechos en función de un acto administrativo.⁸² Los actos administrativos, desde la perspectiva del Derecho procesal, son una prueba más de todas aquellas que se pueden aportar en el proceso: instrumentos públicos. Las pruebas deben ser valoradas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y las sentencias únicamente pueden ser pronunciadas con base en los méritos del proceso. En el siguiente apartado revisamos una muestra del conjunto de disposiciones procesales que, con rango de ley, son inobservadas por el texto reglamentario. La sujeción del juez a las conclusiones fácticas de la autoridad administrativa, además de variar las reglas procesales generales, suponen un fórmula de tarifa en la prueba.

2.3.2. Legitimación procesal y diferencia con la legitimación material

54. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71 de la LORCPM, le corresponde a las «personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio» (legitimación material) el ejercicio de la acción resarcitoria «de conformidad con las reglas generales», esto es, directamente o a través de representante legitimado (legitimación procesal).

55. En relación con la legitimación procesal y la material, la Corte ha señalado que:

La falta de personería, se produce cuando el actor o el demandado carecen de la capacidad para obrar en procesos por sí mismos, o en la ausencia de apoderado o representante legal cuando el que comparece lo hace a nombre de un incapaz, o en la falta o insuficiencia de poder del que parece en juicio como procurador judicial; es una excepción dilatoria relativa o temporal, ya que constituye un hecho en virtud del cual, sin que se niegue el nacimiento del derecho del actor ni se afirme su extinción, impide que el proceso iniciado concluya con una sentencia de mérito [...] esta excepción se conoce también en la doctrina como legitimidad procesal o «legitimatio ad-processum»; no hay que confundir esta excepción con [...] llamada legitimación en la causa o «legitimatio ad-causam» que [...] consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el Juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial [...].⁸³

56. Estas reglas en materia de legitimación no habilitan a terceros -incluso a la autoridad- a proponer ninguna acción resarcitoria a favor de la víctima o para, por sí misma, concretar reparación alguna.

82 *Vid. infra* ¶¶ 74 y ss.

83 [Ecuador] *Caso Bayas c. Flor*, n. 47.

De modo que, la subsanación de daños y perjuicios que pudiesen ser adecuados para la víctima de una conducta anticompetitiva, configurada en la Resolución de la Superintendencia, no es un instrumento que pueda ser empleado por la Administración para modificar las reglas de legitimación: un convenio de cese no es el instrumento para concretar un resarcimiento de daños que no han sido requeridos, por el canal adecuado y ante la autoridad competente, por quien está legitimado material y procesalmente para hacerlo.

Por esta razón, el artículo 89 de la LORCPM determina que el convenio de cese contiene únicamente obligaciones de hacer que en esta materia se limitan a subsanar «de ser el caso» las reparaciones de los daños que se puedan provocar a terceros por la conducta eventualmente anticompetitiva, aquella que ha de cesar para evitar la continuación del procedimiento administrativo.

57. Para que un tercero actúe en beneficio de la víctima para procurarle las reparaciones por los daños sufridos se requiere, como es natural, un acto voluntario de quien debe ser representado o una disposición de rango legal que otorgue esta legitimación, introduciendo una excepción a las reglas generales.

2.3.3 Prescripción de la acción

58. El artículo 71 de la LORCPM, en los aspectos de orden procesal, establece, como plazo de prescripción de la acción, cinco años contados a partir de la «ejecutoria» de la resolución administrativa de la Superintendencia con la que se impuso una sanción al operador económico. Del enunciado se desprenden dos posibles problemas interpretativos:

- a) ¿Qué se entiende por la «ejecutoria» de la resolución?
- b) ¿Es posible proponer la acción resarcitoria con independencia de las actuaciones administrativas?

59. En el primer asunto, el término «ejecutoria» respecto de una resolución administrativa no tiene definición estipulativa en materia del Derecho de la competencia y su alcance no es fácil establecerlo.

En el ámbito tributario, por ejemplo, los actos administrativos ejecutoriados son «aquellos actos que consistan en resoluciones de la administración, dictados en reclamos tributarios, respecto de los cuales no se hubiere interpuesto o no se hubiere previsto recurso ulterior, en la misma vía administrativa»,⁸⁴ es decir, los que agotan la vía administrativa. No obstante, los actos administrativos que agotan la vía administrativa se suelen llamar «firmes» en relación con las disposiciones del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva,⁸⁵ y el concepto de «ejecutoriedad» se lo emplea para hacer referencia a la condición de

84 [Ecuador] Código Tributario, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 38, de 14 de junio de 2005, artículo 84.

85 [Ecuador] Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículos 178 y 179, n. 66.

eficacia y ejecutividad inmediata de cualquier acto administrativo.⁸⁶ En el contexto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el término para reflejar el hecho de que se ha concluido la vía administrativa es que la resolución ha «causado estado».⁸⁷

En la Ley de Compañías, por su parte, la resolución de disolución y liquidación queda «ejecutoriada» cuando no se ha interpuesto el recurso judicial respectivo en el término de 10 días.⁸⁸

Lo más reciente en la obscuridad de sentidos que se han dado al enunciado «acto administrativo ejecutoriado» consta en el Código Orgánico de Procesos:

Artículo 329.- Presunciones del acto administrativo. Los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad. Serán ejecutables, desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados.

En el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, también se usa los términos «firme» y «ejecutoriado» como equivalentes.⁸⁹

60. Caben dos interpretaciones posibles: (i) el plazo de prescripción debe ser contado desde que la resolución administrativa ya no es susceptible de ningún otro recurso, sea en vía administrativa, sea en vía judicial; o, (ii) desde cuando se pronuncia el acto. En el primer caso, se emplea el sentido actualmente vigente y comentado de la Ley de Compañías, propio de la actividad procesal: mientras esté pendiente un recurso ordinario (cualquiera sea su naturaleza) el acto procesal no se ha ejecutoriado. En el segundo, el término «ejecutoria» se utiliza desde la perspectiva administrativa: los actos administrativos son directa e inmediatamente aplicables, donde el tiempo que el ordenamiento jurídico otorga para la interposición de recursos administrativos o judiciales, no modifica su estatus salvo declaración de suspensión por parte de la autoridad competente.

Me parece que la primera interpretación tiene una función tutelar en el caso de la víctima y se enfoca mucho mejor hacia la pretensión de objetivar la responsabilidad –cuando se lo haga por la vía adecuada–, mientras que la segunda se alinea de mejor modo con los principios generales en materia de prescripción cuyos plazos inician a discurrir desde el momento en que el actor está en posibilidad de ejercer su derecho.

61. El segundo aspecto, sobre si la regla de prescripción del artículo 71 de la LORCPM de algún modo presupone algún límite para el ejercicio de la acción sin que previamente haya concluido el procedimiento administrativo, la respuesta debe ser negativa. No hay indicación alguna a este respecto en la disposición comentada.

86 *Ibidem.*, artículo 161, n. 66.

87 [Ecuador] Ley 35, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en el Registro Oficial 338, de 18 de marzo de 1968, artículo 5.

88 [Ecuador] Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial 312, de 5 de noviembre de 1999, artículo 370.

89 [Ecuador] Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 303, de 19 de octubre de 2010, artículos 410 y 411.

Una conclusión en contrario, en cambio, se obtiene del artículo 79 del Reglamento de la Ley, pues esta disposición la que obliga al juez a fundar la sentencia en los hechos y su calificación dada en el ámbito administrativo.

62. La variación respecto del régimen común está dado porque la acción resarcitoria ordinaria prescribe en el plazo de 4 años contados desde la perpetración del hecho ilícito, según lo previsto en el artículo 2235 del CC.⁹⁰

2.3.4. Trámite

63. En el ámbito de la sustanciación de los procesos, tradicionalmente, la legislación procesal civil, a partir de la promulgación del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1907,⁹¹ ha contenido una disposición residual para asignar la vía de sustanciación de las causas, según la cual toda controversia a la cual la ley no le atribuye una tramitación especial, debe seguirse en juicio ordinario.⁹²

No ha existido, ni existe, disposición alguna en el sistema jurídico ecuatoriano que asigne, como regla general, un procedimiento específico para la tramitación de controversias cuyo objeto sea la declaratoria de existencia de un delito o cuasidelito civil. Por tanto, salvo los casos en los que existen disposiciones en contrario para casos específicos, las controversias por responsabilidad civil extracontractual se han sustanciado y continúan sustanciándose en juicio ordinario.

64. Junto a lo señalado es necesario resaltar que según lo que dispone el artículo 828 del Código de Procedimiento Civil deben sustanciarse verbal y sumariamente las demandas que, por disposición de la ley o por convenio de las partes, están sometidas a ese procedimiento.⁹³

Existen algunas características particulares que diferencian el juicio verbal sumario del juicio ordinario, sobre todo en cuanto a la naturaleza oral de la diligencia de contestación a la demanda; la obligatoriedad de resolver incidentes en sentencia; la tramitación de la apelación; y, la reducción de ciertos plazos. Actualmente, el juicio verbal sumario es, en la práctica, muy similar en su estructura, objeto y duración al juicio ordinario.

65. En el artículo 71 de la LORCPM se establece que el trámite que les corresponde a las acciones resarcitorias en materia de competencia es el juicio verbal sumario, por lo que la innovación es sistémicamente consistente con el régimen expuesto, aunque no parece que exista una consecuencia práctica relevante.

90 [Ecuador] CC, artículo 2235, n. 3.

91 [Ecuador] Decreto Legislativo [s/n], Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, publicado en el Registro Auténtico de 19 de octubre de 1907. El artículo 90 disponía: «Toda controversia judicial que, según este Código, no tiene un procedimiento especial, será ventilada en juicio ordinario»..

92 [Ecuador] Código de Procedimiento Civil [codificación], publicado en el Registro Oficial (Suplemento), artículo 59 («Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario»).

93 [Ecuador] Código de Procedimiento Civil, artículo 828, n. 94.

66. Por otra parte, es adecuado determinar cuáles son los efectos de esta regla en el contexto de las innovaciones operadas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en el ámbito procesal: el Código Orgánico General de Procesos.⁹⁴

Este Código entrará en vigencia en su plenitud a partir del 22 de mayo de 2016.⁹⁵ A partir de esa fecha el trámite será el común, el proceso ordinario regulado en los artículos 329 y siguientes.

2.3.5. La prueba

67. La Constitución en el artículo 76, numeral 4, determina que «[l]as pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria».⁹⁶

El artículo 114 del Código de Procedimiento Civil («CPC») determina que «[c]ada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley».⁹⁷

De conformidad con el artículo 117 del CPC, «[s]ólo la prueba debidamente actuada, esto es, aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la Ley, hacen fe en juicio».⁹⁸

Para propósitos de la petición y/o presentación de la prueba por parte de las partes y la disposición para su práctica, de acuerdo con el artículo 119 del CPC, «[e]l juez, dentro del término respectivo, mandará que todas las pruebas presentadas o pedidas en el mismo término, se practiquen previa notificación a la parte contraria»⁹⁹ y dado que la «prueba es pública [...] las partes tienen derecho de concurrir a su actuación».¹⁰⁰

En lo que respecta al diligenciamiento o práctica de la prueba pedida y ordenada en el correspondiente término probatorio, la regla general, según lo previsto en el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, es que estas deben practicarse dentro del respectivo término probatorio, salvo en los casos autorizados por la ley;¹⁰¹ y, en este contexto, «[e]l juez debe señalar términos, en los casos en que la Ley no los señale expresamente», conforme lo ordena el artículo 318 *Ibidem*,¹⁰² sin perjuicio de su atribución de ordenar de oficio las pruebas que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, según lo dispone el artículo 118 del CPC.¹⁰³

94 [Ecuador] Código Orgánico General de Procesos, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 506, de 22 de mayo de 2015.

95 W. WW

96 [Ecuador] Constitución de la República del Ecuador, artículo 76.4, n. 22.

97 [Ecuador] Código de Procedimiento Civil («CPC»), publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 58, de 12 de julio de 2005, artículo 114.

98 [Ecuador] CPC, artículo 117, n. 99.

99 *Ibidem.*, artículo 119, n. 99.

100 *Ibidem.*, artículo 120, n. 99.

101 *Ibidem.*, artículo 315, n. 99.

102 *Ibidem.*, artículo 318, n. 99.

103 *Ibidem.*, artículo 118, n. 99.

El artículo 274 del Código de Procedimiento Civil obliga al juez a motivar las sentencias únicamente en la ley –y en su falta en los principios de justicia universal– y en los méritos del proceso, entendiéndose por tales, las alegaciones y los hechos probados legalmente.¹⁰⁴ Nada ajeno al proceso puede ser valorado por el juez al momento de dictar sentencia.

Finalmente, la prueba debidamente practicada debe ser valorada por el juez en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conforme lo determina el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.¹⁰⁵

68. El régimen común asigna la carga de la prueba sobre cada uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad a quien la alega y busca que el daño sea reparado.

Sin embargo, como hemos señalado, para algunos interpretes, en el ámbito del sistema de responsabilidad subjetiva ecuatoriano cabría la reversión de la carga de la prueba en la culpabilidad cuando el daño proviene de actividades anormalmente peligrosas.

Otro supuesto de reversión de la carga de la prueba es el previsto en el artículo 396 de la Constitución en el ámbito ambiental, en cuyo marco se ha dispuesto que la responsabilidad del agente es objetiva en función del daño provocado. Esta regla de reversión de la carga opera en dos aspectos relevantes:

- a) El agente debe probar que el impacto negativo alegado –y probado– por el actor no es de aquellos que provocan un daño al ambiente,¹⁰⁶ conceptualizado éste como un impacto ambiental negativo significativo, i. e., que afecta la renovabilidad de los recursos o la funcionalidad del ecosistema.
- b) Asimismo, basándose en la tesis de las actividades anormalmente peligrosas, se ha estimado que cuando el daño es ambiental le corresponde al agente –no importa en este caso si la actividad en sí misma crea riesgos anormalmente peligrosos– desvanecer el nexo causal entre su actividad y el daño.

104 La CSJ, para definir los «méritos del proceso», ha señalado: «La ley establece que la sentencia debe sujetarse a la ley y a los méritos de los autos. Guillermo Cabanellas en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual dice que méritos del proceso son: “el conjunto de pruebas, antecedentes y razones resultantes del proceso y que constituyen la base a que deberá de atenderse el Juez o Tribunal para dictar sus resoluciones y sentenciar, en definitiva, con alejamiento de prejuicios y apreciaciones personales; –según lo alegado y probado locución sinónima en el fondo”». [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 27 de febrero de 2012, en el caso [núm. 62], *Pérez c. Hdrs. José Serrano*, publicada en el Registro Oficial 589, de 4 de junio de 2002.

105 [Ecuador] *Caso Romo c. Banco Amazonas*, [cons. tercero], n. 58

106 La única manera en que se puede interpretar esta regla, considerando el sistema en su conjunto y su virtualidad práctica, es diferenciando el impacto ambiental negativo (a cargo del actor) y el daño ambiental propiamente dicho (a cargo del demandado). Desde una perspectiva sistémica, el derecho derivado ecuatoriano hace esta distinción y, desde una perspectiva pragmática, entender que el demandado debe suministrar una prueba diabólica, sin ninguna actuación probatoria a cargo del actor, en realidad la disposición actuaría en perjuicio de la víctima, pues bastaría que el agente del daño no actuase prueba alguna en la materia para que el juez se vea impedido de tomar una decisión (cualquiera) en asuntos tan relevantes como la naturaleza y alcance de la reparación.

69. En materia de responsabilidad civil extracontractual por conductas anticompetitivas, la carga de la prueba no tiene alteraciones, como sí puede observarse en el Derecho comparado.¹⁰⁷

El artículo 79 del Reglamento de la Ley introduce una modificación a la regla de valoración de la prueba, al imponer al juez la obligación de fundar su sentencia en la determinación de los hechos y su calificación que tiene origen en el procedimiento administrativo.

Por otra parte, el procedimiento administrativo no garantiza el cumplimiento de las reglas de contradicción de la prueba, pues la LORCPM, permite niveles de reserva y confidencialidad de la información.¹⁰⁸

70. Bajo el entendido de que «[l]a valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia» y que «[e]l Tribunal de Casación no tiene otra atribución que fiscalizar o controlar que en esa valoración no se hayan violado normas de derecho que regulen expresamente la valoración de la prueba»,¹⁰⁹ la cuestión fundamental es conocer si la Corte llegará a casar una sentencia en la que se desatienda la disposición del Reglamento de la Ley, bajo la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

3. Límites materiales y formales a las potestades normativas otorgadas a la Administración pública frente a las innovaciones al régimen común de responsabilidad civil extracontractual

3.1. Reserva de ley: Perspectiva constitucional

71. De conformidad con el artículo 132 de la Constitución, le corresponde a la Asamblea Nacional aprobar como leyes las normas generales de interés común y, en tal virtud, están reservadas a la ley, entre otras, las disposiciones que regulan el ejercicio de derechos y garantías constitucionales, las fijan infracciones y sanciones y las que otorgan potestades normativas a organismos públicos, sin que en este último caso se pueda alterar o innovar las disposiciones legales.¹¹⁰

Además, son leyes orgánicas –y no ordinarias– las que se destinan a regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

72. Adicionalmente, en lo que respecta particularmente a la regulación del ejercicio de derechos, se debe considerar que esta regulación no puede, en ningún caso, suponer la restricción de derechos reconocidos constitucionalmente, conforme lo determina el artículo 11, numeral 4, de la Constitución.

107 *Vid. infra* ¶ 107.

108 [Ecuador] LORCPM, artículos 20, 47 y 56 por ejemplo, n. 12.

109 [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 8 de noviembre de 1999, caso [núm. Publicada en el Registro Oficial 349, de 29 de diciembre de 1999.

110 [Ecuador] Constitución de la República del Ecuador, artículos 132 y 133.

73. El régimen de reserva de ley expuesto nos interesa desde dos perspectivas:
- a) La regulación de los derechos a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el de defensa, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.
 - b) Los límites a la potestad normativa que con fundamento en la Constitución y la ley puede ser ejercida por una autoridad Administrativa.

3.1.1. Tutela judicial efectiva, debido proceso y derecho de defensa

74. El derecho a la tutela judicial efectiva consta reconocido en el artículo 75 de la Constitución de la República. La Corte Constitucional ha señalado que Corte Constitucional ha señalado que con él, además de garantizar el acceso oportuno y efectivo a los órganos jurisdiccionales para reclamar sus derechos, se obtiene una decisión fundada, «a través de los debidos causas procesales y con unas garantías mínimas» y «respetando las condiciones y principios procesales según cada caso».¹¹¹

75. La Corte, por su parte, ha señalado que «[l]as normas procesales son de orden público y obligatorio cumplimiento»¹¹² y que «[l]a realización de la justicia está pues íntimamente enlazada con las garantías del debido proceso y una de estas garantías es la aplicación del principio de la obligatoriedad de las normas procesales; en otras palabras, los actos procesales están reglados por la ley en cuanto al tiempo, lugar y al modo».¹¹³

76. De conformidad con el artículo 168 de la Constitución «los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa» y «ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución».

77. De todo el régimen procesal hasta ahora expuesto, que es una muestra de cuantas normas de rango de ley regulan el debido procedimiento y permiten el ejercicio del derecho de defensa, muestran la dificultad que supone en nuestro sistema que una norma reglamentaria, e incluso una de rango de ley, condicione una decisión judicial, al resultado de un procedimiento administrativo.

78. Por otra parte, habíamos anticipado que uno de los efectos del artículo 79 del Reglamento a la Ley, que impone a los jueces el deber de atenerse en la fundamentación de sus resoluciones en el ámbito de procesos por responsabilidad civil extracontractual a los hechos y su calificación determinados por la Superintendencia, era convertir el sistema

111 [Ecuador] Corte Constitucional, Sentencia 0031-14-SEP-CC, caso núm. 0868-10-EP.

112 [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, Sentencia [núm. 723] de 17 de noviembre de 1998, en el caso [núm. 199-97] *Banco de Crédito c. Guevara*, publicada en el Registro Oficial 103, de 7 de enero de 1999.

113 [Ecuador] Corte Suprema de Justicia, Sentencia [núm. 137-99] de 1 de marzo de 1999, en el caso [núm. 231-98] *Banco Central del Ecuador c. Academia Naval Jambelí Anajan Cía. Ltda.*, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 185, de 6 de mayo de 1999.

en uno de carácter objetivo, cuando el artículo 71 de la LORCPM determina que el que se aplica es el régimen común, o sea, el de responsabilidad subjetiva. Este efecto, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, el debido procedimiento y el derecho de defensa, modifica la situación procesal del operador económico, al alterar las reglas de rango legal sobre la carga de la prueba.

79. Otro de los efectos suponen, en cambio, la afectación a estos mismos derechos pero para la víctima.

El artículo 71 de la LORCPM no limita el derecho de acción de la víctima para acudir directamente a la función judicial para conseguir tutela judicial y, sometiéndose al debido proceso, obtener el resarcimiento del daño que le pudo haber causado un operador económico por conductas anticompetitivas.

La norma reglamentaria comentada, por el contrario, introduce un requisito de prejudicialidad.

Por la dependencia que la fundamentación fáctica de una sentencia judicial tiene del resultado del procedimiento administrativo en razón de la norma reglamentaria comentada, en materia del Derecho de la competencia, para ser agente del daño objeto de una acción resarcitoria se requiere, en primer término, haber infringido el régimen que asegura la libre competencia en el Ecuador y haber sido declarado como tal en el ámbito administrativo.¹¹⁴ Por ahora, no es de interés analizar cada una de las conductas anticompetitivas que son objeto del régimen.

De conformidad con el artículo 38 de la LORCPM¹¹⁵ es competencia privativa de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado declarar y sancionar las infracciones previstas en dicha ley, lo que excluye la capacidad de cualquier otro órgano, incluso judicial, asumir para sí competencia en esta materia, si no es para controlar los límites impuestos a la Administración en sus actuaciones.

Luego, una autoridad judicial, porque debe fundar los hechos y su calificación en un acto administrativo, no puede concluir un proceso judicial condenando a cualquier sujeto a la reparación de daños sin que previamente la Administración se haya pronunciado al respecto. Se trata, pues, de una condición suspensiva o un requisito de procedibilidad –según el punto de vista del interprete– para el ejercicio del derecho de acción en la materia que analizamos.

80. Hay que señalar que en el Derecho comparado las soluciones son muy diversas y, al menos, dos criterios se pueden resaltar:

114 En este sentido, en el ámbito del Derecho comunitario, la UE ha definido como infractor «la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la competencia». [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 [Diario Oficial L 349 de 5 de diciembre de 2014], artículo 2.2.

115 [Ecuador] LORCPM, artículo 38, especialmente el numeral 2, n. 12.

- a) La previsión de que una resolución administrativa puede tener efecto en un proceso judicial como prueba, como cualquier otra, según su importancia.
- b) Una resolución administrativa que haya pasado por el examen judicial (como el caso chileno) tiene efectos vinculantes de manera limitada.

3.2. Distribución de competencias en el ámbito de la regulación del «poder de mercado»

81. Finalmente, incluso si fuera posible mediante normas infra ordenadas la innovación del ordenamiento jurídico, en cualquier caso, en el ámbito del Derecho de la competencia no le corresponde a la Superintendencia la potestad normativa, sino únicamente para organizar el ejercicio de las competencias que tiene a su cargo.

82. En efecto, el artículo 35 de la LORCPM determina que «[l]a regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley» y, a la Superintendencia, le corresponde, según lo dispuesto en el artículo 37 *Ibidem*, «expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación» y las materias que le son propias son «asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica».¹¹⁶

No es sencillo sostener que la Superintendencia, y no la Junta de Regulación, sea la autoridad competente para establecer las reglas de aplicación de los compromisos de cese y, mucho menos, que en el ámbito de su competencia esté la regulación de las reparaciones de daños causados operadores económicos o consumidores.

3.3. Invalidez: Consecuencia formal en el caso

83. Del mismo artículo 71 de la LORCPM se desprende, al menos, una consecuencia bastante clara desde la dinámica del ordenamiento jurídico («nomodinámica»):¹¹⁷ ninguna alteración a este régimen –el «común» o «las reglas generales» se dice– es posible a través de una norma infraordenada, pues, de lo contrario es posible provocar una antinomia entre normas de distinta jerarquía.

La técnica para resolver antinomias entre normas de distinta jerarquía goza, en términos generales, de un amplio consenso: se ha de aplicar la norma superior, que invalida a la inferior.¹¹⁸

116 [Ecuador] LORCPM, artículo 37, n. 12.

117 Vid. H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado* [trad. E. García], México, UNAM, 1995.

118 «El principio jerárquico es el principio en virtud del cual: en el caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente ordenadas (o sea, dispuestas en grados diversos en la jerarquía de fuentes), la norma jerárquicamente inferior debe considerarse inválida (y por tanto no debe aplicarse)».

84. Lo que se esperaría de cualquier juez, en una situación como la señalada, es la aplicación de la regla contenida en el artículo 425 de la Constitución:

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.¹¹⁹

4. Perspectivas de derecho comparado

a) Ley Modelo de las Naciones Unidas

85. En el contexto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, el Grupo Intergubernamental de Expertos en Política y Derecho de la Competencia ha preparado la denominada «Ley Tipo de Defensa de la Competencia» cuyos textos se comentan periódicamente en función de las aportaciones y variaciones de los distintos sistemas jurídicos. La última revisión de los comentarios al capítulo XIII, que corresponde a la problemática abordada se efectuó recientemente en el año 2015.¹²⁰

86. El texto normativo propuesto es el siguiente:

Acción de resarcimiento de daños y perjuicios
Consiste en reconocer a la persona, o al Estado en nombre de esa persona, o a la empresa que sufra una pérdida o un daño a causa de la acción u omisión de una empresa o un particular, realizada contraviniendo las disposiciones de la ley, el derecho a obtener el resarcimiento de la pérdida o el daño (incluidos los gastos e intereses) mediante el ejercicio de la acción civil ante la autoridad judicial competente.¹²¹

87. Este texto de la Ley Modelo tiene comentarios que se actualizan constantemente, en función de los planteamientos que realizan las delegaciones nacionales. La última modificación a los comentarios a la Ley Modelo UNCITRAL se produjo en el 2014. A esta nos referimos en estas líneas.

88. El punto de partida de planteamiento consiste en otorgar un derecho y acción específicos para perseguir los daños originados en conductas anticompetitivas. Tiene origen en las técnicas propias de los *torts* anglosajones, en cuyos sistemas de responsabilidad las acciones son específicas, en contraste con el modelo regulatorio de los países de tradición romano germánica, en los que, como hemos señalado, en un régimen general de responsabilidad caben todos los casos que en abstracto.

R. GUASTINI, «Antinomias y lagunas», en *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 29, 1999, p. 439.

119 [Ecuador] Constitución de la República del Ecuador, artículo 425, n. 41.

120 [ONU] CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, *Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2015) – Capítulo XIII revisado*, TD/RBP/CONF.8/L.5, de 22 de mayo de 2015, <http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/tdrbpconf8L5_es.pdf>, [Consulta: 15/10/2015].

121 *Ibidem.*, n. 122.

89. En lo que respecta, a la legitimación procesal, la propuesta de UNCITRAL promueve que esta sea atribuida al sujeto que sufre el daño y al Estado, en representación de ella.

La Comisión explica que en ciertos países, como los Estados Unidos de América, el Estado ejerce una función tutelar y en función de ella se le concede la acción resarcitoria (*parens patriae suit*).

90. Otro caso de extensión de la legitimación procesal por acciones resarcitorias en el ámbito internacional son las acciones de clase (*class actions*), en cuya virtud, cualquiera de los integrantes de un conjunto de sujetos con intereses homogéneos, afectados por la conducta del agente y titulares de un derecho individual, en ciertas circunstancias calificadas por el juez, puede proponer una acción, en este caso resarcitoria, con efectos para cada uno de los sujetos que conformen la clase.

Como ha quedado señalado, lo más cercano a las acciones de clase que el ordenamiento jurídico ecuatoriano mantiene, son las acciones populares, todas ellas dirigidas a precautelar bienes comunes o evitar daños contingentes (futuros y eventuales).

Finalmente, la Comisión parece confundir la denuncia pública con las acciones resarcitorias. Pone como ejemplos de sistemas en los que «se autoriza en general a los competidores o perjudicados a interponer demanda por violación del orden económico, en particular la fijación de precios, incluidos unos precios abusivos y los acuerdos de vinculación» a países como Colombia, México, Perú o Venezuela en los que claramente lo que se establece, como en la mayor parte de países de nuestro entorno, es el derecho y la obligación de denunciar el ilícito ante la autoridad competentes.

91. El planteamiento define, como podría ser de otra manera, la competencia de los jueces para resolver la cuestión mediante el ejercicio del derecho de acción.

Sin embargo, la Comisión entiende que es posible que la Administración pueda ser titular de alguna competencia en esta materia.

b) Planteamientos de la Unión Europea

92. En el ámbito de la Unión Europea (la «UE»), la problemática de las acciones resarcitorias vinculadas con conductas anticompetitivas ha tenido un desarrollo particularmente relevante.

Con base en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,¹²² que contienen las disposiciones básicas sobre competencia en el mercado interior europeo, se expidió la Directiva 2014/1004/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, «relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea».¹²³

122 [Unión Europea] Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [Diario Oficial C 326 de 26 de octubre de 2012, p. 0001 – 0390]

123 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 [Diario Oficial L 349 de 5 de diciembre de 2014].

La Directiva se produjo, en el contexto de un diferente tratamiento legislativo de las acciones resarcitorias en los sistemas jurídicos nacionales, con el propósito de introducir criterios para igualar la situación, en el mercado interior, de las eventuales víctimas, pero también de los infractores frente al régimen de la competencia, y así fomentar una concurrencia real y eliminar los obstáculos que impiden su buen funcionamiento.¹²⁴

Cada Estado miembro puede establecer las condiciones para que proceda el resarcimiento de los daños causados por una conducta anticompetitiva, siempre con arreglo a las disposiciones de la Directiva y, en su ausencia, con ajuste a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en cualquier caso, a la luz de los principios de efectividad y equivalencia.¹²⁵

93. En la Directiva se plantea que la efectividad –directa– del régimen de competencia de la UE, exige que cualquier parte perjudicada pueda plantear ante los órganos judiciales nacionales las correspondientes acciones resarcitorias por una infracción de estas disposiciones, con las que se ha de garantizar la tutela judicial efectiva.¹²⁶

El principio general es que «[c]ualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por tal infracción puede solicitar resarcimiento por el daño emergente (*damnum emergens*), el lucro cesante (pérdida de beneficios o *lucrum cessans*), más los intereses, con independencia de si en las normas nacionales estas categorías se definen por separado o conjuntamente».¹²⁷

Se entiende por parte perjudicada exclusivamente a «la persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia»,¹²⁸ con independencia de quien se encuentre legitimado para interponer la acción resarcitoria.¹²⁹

Asimismo, se reconoce el derecho de la «víctima» a ser resarcido, cualquiera sea ella: consumidor, otro operador económico o la misma Administración. La Directiva no obliga a generar fórmulas de acción colectiva.

94. En lo que respecta a los elementos constitutivos de la responsabilidad, la Directiva únicamente hace explícita referencia a la necesidad de que se presuma *iuris tantum*

124 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 1, n. 125.

125 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 4, n. 125.

126 [Unión Europea] Tratado de la Unión Europea [Diario Oficial C 326 de 26 de octubre de 2012, p. 0001 – 0390], artículo 19, apartado 1, párrafo segundo; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [Diario Oficial C 326 de 26 de octubre de 2012, p. 0001 – 0390], artículo 47, párrafo primero.

127 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 3, n. 125.

128 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 2.6, n. 125.

129 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 2.4 («acción por daños»: toda acción conforme al Derecho nacional, mediante la cual una parte presuntamente perjudicada, o una persona en representación de una o varias partes presuntamente perjudicadas cuando el Derecho de la Unión o nacional prevean esta facultad, o una persona física o jurídica que se haya subrogado en los derechos de la parte presuntamente perjudicada, incluida la persona que haya adquirido la acción, presente ante un órgano jurisdiccional nacional una reclamación tendente al resarcimiento de daños y perjuicios), n. 125.

el daño en el caso de cárteles,¹³⁰ particularmente sobre los precios; presunción que no alcanza a su cuantificación, aspecto que le corresponde probar a la víctima con las variaciones introducidas en materia de la carga de la prueba en la misma Directiva.

95. En lo que respecta al resarcimiento de los daños y su cuantificación, el sentido es que la reparación sea integral, lo que no supone o se autorice excesos,¹³¹ como los daños punitivos o múltiples, a los que la Directiva los califica precisamente como tales excesos. En la UE se ha puesto particular énfasis en la relevancia que tienen los intereses en el concepto de reparación integral del daño.

Se introducen, además, criterios para caracterizar los daños resultantes de conductas anticompetitivas y su tratamiento. El principal daño emergente caracterizado en la Directiva es el que corresponde al sobrecosto¹³² que soporta la víctima y que resulta de la conducta anticompetitiva.¹³³ Se deja claramente establecido que aquella porción del sobrecosto que ha sido repercutido a terceros –compradores indirectos– no constituye daño para la víctima, pero al mismo tiempo se señala que los actores en una acción resarcitoria pueden ser el comprador directo del infractor y aquellos que de manera indirecta resultan afectados en la cadena.

Cuando el infractor argumenta en su defensa la repercusión del sobrecosto debe probar la existencia y el grado de repercusión. Sin embargo, probada la repercusión, se produce una presunción *iuris tantum* de que el total del sobrecosto ha sido repercutido al comprador indirecto. En contraste, probado el hecho de que la repercusión no ha sido total, le corresponde al juez establecer la porción de aquello repercutido y, para ello, se encomendó a la Comisión establecer una guía completa en consideración a la dificultad técnica de esta labor.

Considerando la posibilidad de repercutir el sobrecosto en terceros y el sentido de la reparación integral asegurada en la Directiva –que proscribe el exceso– se estimula el uso de técnicas procesales para evitar decisiones contrarias a este principio: se incluye la acumulación de procesos o incluso la inhibición de un juez a favor de otros.

Las mismas reglas son aplicables, *mutatis mutandis*, para el caso de disminución de precios cuando la víctima es un proveedor del infractor.

130 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 2.14 («“cárteles”: todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia»), n. 125.

131 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 3, n.

132 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 2.20 («“sobrecoste”: la diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del Derecho de la competencia»), n. 125.

133 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 12 y ss., n.

96. Le corresponde a cada país establecer los mecanismos de cuantificación de los daños, con arreglo a los principios de equivalencia y efectividad, aunque se instruye a la Comisión para que establezca orientaciones adecuadas.¹³⁴

En cualquier caso, frente a la asimetría de la información y la necesidad de utilizar escenarios hipotéticos en relación con el mercado sin afectaciones a la competencia se promueven una medida concreta: los jueces han de tener discrecionalidad para presumir el quantum de las afectaciones.

97. En materia de prueba, en la Directiva se reconoce las dificultades que puede tener la víctima para acceder a ella, por lo que busca asegurar que el actor y el demandado puedan obtener la exhibición de las pruebas relevantes para fundar sus pretensiones y defensas, pero siempre con sujeción a reglas de proporcionalidad y límites para proteger el interés público y privado.¹³⁵

Se requiere a los Estados miembros la aplicación de sanciones para quienes destruyan la prueba o, en general, que hagan uso abusivo de ella en contravención a los criterios definidos en la misma Directiva.¹³⁶

En este contexto, la coordinación entre la actuación de las autoridades públicas y la efectividad de las acciones resarcitorias se considera fundamental para asegurar la eficacia del régimen de competencia: un ejemplo de esa necesaria coordinación constituye el mecanismo para acceder a la información y documentación que se procesa en el ámbito administrativo en un procedimiento de investigación.

98. En relación con los denominados «programas de clemencia y los procedimientos de transacción», restringidos a los participantes en un cártel, se los estima importantes porque contribuyen a la detección, la persecución eficiente y la imposición de sanciones de las infracciones más graves del Derecho de la competencia, y porque son útiles para la eficacia de las acciones resarcitorias; sin embargo, se considera que se debe limitar el acceso a las declaraciones voluntarias y autoincriminatorias en el marco de estos programas y limitar la responsabilidad de quien colabora en la detección de las conductas anticompetitivas.

99. La Directiva contiene reglas acerca de los efectos que las resoluciones firmes de infracción dictadas por las autoridades nacionales de la competencia tengan en posteriores acciones por daños en el mismo Estado: no debe volver a ser objeto de litigio en posteriores acciones por daños, en lo que respecta a la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial.¹³⁷

134 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 17, n. 125.

135 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículos 5, 6 y 7, n. 125.

136 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 8, n. 125.

137 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 9, n. 125.

Para estos propósitos se entiende por resoluciones de infracción firmes «toda resolución en la que se declare la existencia de una infracción y contra la que no quepa o ya no quepa la posibilidad de interponer recurso ordinario».¹³⁸

Cuando la acción deba presentarse en otro Estado, la resolución firme constituye principio de prueba de que se ha producido una infracción del Derecho de la competencia.

100. El criterio de cómputo de los plazos de prescripción de las acciones resarcitorias son previstos para que no empiecen a correr antes de que cese la infracción ni antes de que el actor tenga o pueda tener conocimiento de que la conducta constituye la infracción, el hecho de que esa infracción haya causado un perjuicio al demandante y la identidad del infractor.¹³⁹

El plazo de prescripción mínimo es de cinco años y puede ser suspendido o interrumpido, por un año, en caso de que la autoridad de control inicie un procedimiento de investigación de una conducta.

101. La Directiva incluye la responsabilidad solidaria frente a los daños cuando haya coagentes causantes, con derecho de repetición, con disposiciones que morigeran el régimen para el caso de las pequeñas y medianas empresas.¹⁴⁰

El asunto no es novedoso en el régimen común ecuatoriano. El artículo 2217 del Código Civil establece que son «solidariamente responsables» del perjuicio todos quienes hubieren intervenido en la comisión del hecho ilícito.¹⁴¹ En razón de esta regla de solidaridad, es prerrogativa exclusiva de la parte demandante accionar contra uno, varios o todos los posibles corresponsables del hecho ilícito.¹⁴² Conforme establece el artículo 1538 del Código Civil, quien resulta responsable por una obligación solidaria y la paga queda subrogado en la acción del acreedor respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.¹⁴³

102. Finalmente, para enfrentar la incertidumbre que este tipo de procesos generarían, la Directiva promueve el empleo de soluciones extrajudiciales en materia de reparación de daños,¹⁴⁴ en las que participen el mayor número posible de víctimas.

138 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 2.12, n. 125.

139 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 10, n. 125.

140 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 11, n. 125.

141 [Ecuador] CC, artículo 2217, n. 3.

142 [Ecuador] CC, artículo 1530, n. 3. En el caso *Andrade c. Conelec*, n. 8, la Corte encontró que el Conelec era solidariamente responsable por omisión. La Corte, sin embargo, ha desestimado la responsabilidad del titular de un proyecto por los actos de su contratista que, si bien podía ser descartada desde la coparticipación, podía constituir un caso de responsabilidad vicaria, *vid.* [Ecuador] Corte Nacional de Justicia, Setencia [núm. 257-2010] de 4 de mayo de 2010, caso [núm. 146-2008] *Heredía c. Hidropaute S.A.*, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 70, de 19 de noviembre de 2013.

143 [Ecuador] CC, artículo 1538 («El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades; pero limitada, respecto de cada uno de los codeudores, a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda»), n. 3.

144 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículos 18 y ss., n. 125.

Se introducen las siguientes reglas en la materia:

- a) Una vez iniciado un procedimiento alternativo de resolución de controversias, los plazos de prescripción de la acción resarcitoria se deben suspender. Una vez iniciado el proceso, el juez debe tener la facultad de suspenderlo para dar paso al mecanismo alternativo de resolución de controversias.
- b) Se protege al infractor para promover el uso de estos mecanismos alternativos, de modo que no se encuentre en peor situación que los coinfractores por el hecho de arribar a un acuerdo.

103. En esta línea de medidas, salvo que sea la única posibilidad de que la víctima obtenga resarcimiento por el resto de la reclamación y este derecho no haya sido renunciado en el acuerdo extrajudicial, el infractor que llega a un acuerdo está exento de la responsabilidad solidaria. Adicionalmente se le exime de su obligación de restituir la cuota que le correspondería al codeudor solidario condenado.

Sin embargo, la cuota que le hubiese correspondido pagar al infractor por la condena que eventualmente afecte a sus codeudores que no participaron en el acuerdo debe ser disminuida de dicha obligación, con independencia de que ésta resulte mayor o menor al valor que efectivamente se pagó como resultado del acuerdo extrajudicial.

Finalmente, en la acción de regreso, el infractor que haya llegado a un acuerdo extrajudicial tiene derecho a la repetición de los pagados por las cuotas que les corresponde a los coinfractores deducido el monto que ya hubiesen pagado judicialmente.¹⁴⁵

c) El entorno hispanoamericano

104. En la mayor parte de países hispanoamericanos, el rasgo común de las leyes sobre competencia, en materia de responsabilidad civil extracontractual, es hacer referencia indirecta -diría tácita- a la aplicación del régimen común de su respectivo sistema jurídico, a través de la frase «sin perjuicio de la responsabilidad civil que corresponda» u otras similares.

En algunos casos, se incorporan reglas particulares para variar la competencia judicial, los plazos de prescripción o el valor de los actos administrativos o resoluciones judiciales en los procesos promovidos para perseguir el daño ocasionado por una determinada conducta anticompetitiva.

Veamos algunos ejemplos:

105. En Argentina, el artículo 51 de la Ley de Defensa de la Competencia hace una remisión explícita al régimen común en materia de responsabilidad civil extracontractual, sin ninguna variación resaltable.¹⁴⁶

145 [Unión Europea] Directiva 2014/1004/UE, artículo 11, n. 125.

146 [Argentina] Ley 25156, Ley de Defensa de la Competencia (con sus reformas de 2001 y 2014, la «Ley Argentina»), publicada en el Boletín Oficial 29233, de 20 de septiembre de 1999, p. 5, artículo 51

Los artículos 54 y 55, por otra parte, determinan que las acciones que nacen de la Ley Argentina prescriben en cinco años y que este plazo se interrumpe con la denuncia o la comisión de otro hecho sancionado en la misma Ley Argentina.

106. En Bolivia el régimen de competencia está previsto en Decreto Supremo 29519, de 16 de abril de 2008, que no contiene ninguna disposición específica sobre las acciones resarcitorias.¹⁴⁷

En el ámbito del beneficio de reducción de sanciones, se emplea un esquema similar al mexicano¹⁴⁸ para el caso de conductas «anticompetitivas absolutas», pero en el caso boliviano la fórmula de referencia indirecta comentada se hace de modo general a las «acciones judiciales que correspondan» sin ninguna indicación sobre su naturaleza.

107. En Chile, el artículo 30 del Decreto con Fuerza de Ley 1,¹⁴⁹ determina:

La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, establecido en el Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil. El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley.

Es bastante claro el origen del texto del artículo 79 del Reglamento a la Ley ecuatoriano cuando se lo compara, en la parte pertinente, con el texto reproducido en lo que respecta al alcance de la calificación de los hechos determinados con ocasión del «proceso» sancionador. El redactor ecuatoriano, sin embargo, parece no haberse percatado del rango de la disposición chilena -ley- y del tipo de sistema de control de las conductas anticompetitivas que ha previsto Chile, donde el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente.¹⁵⁰

El último inciso del artículo 20 de la Ley Chilena señala que «[s]in perjuicio de las disposiciones generales, las acciones civiles derivadas de un atentado a la libre competencia

(«Las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia»).

147 [Bolivia] Decreto Supremo 29519, Regula la competencia y la defensa del consumidor frente a conductas lesivas que influyan negativamente en el mercado, provocando especulación en precios y cantidad, a través de mecanismos adecuados a ser ejecutados por el Instituto Boliviano de Metrología – IBMETRO y la Superintendencia de Empresas, publicado en la Gaceta Oficial 3082, de 17 de abril de 2008. Este Decreto fue reglamentado mediante Resolución Ministerial 190/2008, de 29 de mayo de 2008, Reglamento de Regulación de Competencia.

148 *Vid. infra* ¶ 107.

149 [Chile] DFL 1, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211 de 1973, publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005 (con sus reformas, la «Ley Chilena»).

150 [Chile] Ley Chilena, artículo 5, n. 151.

prescriben en el plazo de cuatro años, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva», que, dentro un sistema acusatorio, la expide el Tribunal a instancia de parte o de la Fiscalía Nacional Económico.¹⁵¹

Con ocasión del mecanismo de exención y reducción de multas,¹⁵² que en Chile corresponde a la oportunidad y nivel de colaboración de uno o varios infractores con la Fiscalía Nacional Económica para determinar las conductas anticompetitivas y la responsabilidad de los participantes, la Ley Chilena, consistente con su sistema, no hace ninguna referencia al régimen de responsabilidad civil extracontractual.

108. En México, el artículo 53 de la Ley Federal de Competencia Económica¹⁵³ establece que los operadores económicos que incurran en prácticas monopólicas absolutas incurrirán en responsabilidad administrativa (con las sanciones previstas en la misma Ley), sin «perjuicio de la responsabilidad civil y penal» a la que haya lugar. El mismo esquema se emplea para el caso de las operaciones de concentración.¹⁵⁴

El artículo 134 de la Ley Mexicana contiene las reglas particulares sobre la competencia judicial y la prescripción de las acciones resarcitorias:

Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración ilícita podrán interponer las acciones judiciales en defensa de sus derechos ante los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones hasta que la resolución de la Comisión haya quedado firme.

El plazo de prescripción para reclamar el pago de daños y perjuicios se interrumpirá con el acuerdo de inicio de investigación.

Con la resolución definitiva que se dicte en el procedimiento seguido en forma de juicio se tendrá por acreditada la ilicitud en el obrar del Agente Económico de que se trate para efectos de la acción indemnizatoria.¹⁵⁵

Ahora bien, dentro del régimen común de responsabilidad, la Ley Mexicana habilita a la Comisión Federal de Competencia Económica¹⁵⁶ para proponer las acciones colectivas previstas en el régimen procesal civil mexicano.

Por otra parte, en el denominado «procedimiento de dispensa y reducción del importe de multas» que es aplicable exclusivamente para ilícitos vinculados con prácticas

151 [Chile] Ley Chilena, artículo 18, n. 151.

152 [Chile] Ley Chilena, artículo 39 bis, n. 151. El mecanismo y los requisitos de procedencia previstos en la Ley Chile son reproducidos en Bolivia (artículo 13, n. 149), con la diferencia de que en este último país no cabe exención de la sanción, sino únicamente su reducción.

153 [México] Ley Federal de Competencia Económica (la «Ley Mexicana»), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014.

154 [México] Ley Mexicana, artículos 86 y 127, VII, n. 155.

155 [México] Ley Mexicana, artículo 134, n. 155.

156 [México] Ley Mexicana, artículo 12, XVIII, n. 155.

monopólicas relativas y concentraciones, el artículo 102 de la Ley Mexicana,¹⁵⁷ señala que en las resoluciones respectivas se puede decretar, además de la dispensa o reducción del pago de multas, «las medidas para restaurar el proceso de libre competencia y de competencia económica», y ello sin que se afecte el derecho de terceros para que «reclamen daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil por la realización de la práctica monopólica relativa o concentración ilícita revelada a la Comisión [...]». La solución empleada faculta a la autoridad para adoptar directamente medidas –que parecerían ordinariamente la imposición de obligaciones de hacer– destinadas a restablecer la situación de competencia. La víctima de la conducta anticompetitiva –el «tercero» en el lenguaje de la Ley Mexicana– es la titular del derecho para ejercer una acción resarcitoria.

109. En Honduras, como en otros países hispanoamericanos, entre otros factores, la modalidad y el alcance de la restricción de la libre competencia y el daño provocado a los consumidores es útil para graduar la multa.¹⁵⁸ En caso de infracción a una prohibición prevista en la Ley Hondureña y sus normas derivadas, los afectados pueden ejercer su acción resarcitoria.¹⁵⁹

A diferencia de otros países, la Ley Hondureña claramente establece la naturaleza y alcance de los actos administrativos sancionadores, e incluso de las sentencias en el ámbito contencioso administrativo, en relación con los procesos entablados para perseguir daños originados en conductas anticompetitivas: se trata únicamente de una prueba.¹⁶⁰

Se utiliza la misma técnica de remisión indirecta al régimen común de responsabilidad civil hondureño en varias materias¹⁶¹ y la introducción de específicas variaciones cuando la conducta que provoca el daño es del tipo anticompetitivo regulado en la Ley Hondureña.

5. Epílogo

110. He procurado describir el régimen de la responsabilidad civil extracontractual del Ecuador, el régimen común al que se remite el artículo 71 de la LORCPM. Para este fin he utilizado los enunciados interpretativos de la Corte que parece se han ido afianzando en nuestra práctica jurídica, con variaciones de matiz.

157 [México] Ley Mexicana, artículo 102, n. 155.

158 [Honduras] Decreto 357-2005, Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (la «Ley Hondureña»), publicado en La Gaceta 30920, de 4 de febrero de 2006, artículo 39.

159 [Honduras] Ley Hondureña, artículo 58, n. 160.

160 [Honduras] Ley Hondureña, artículo 58 («Tanto las resoluciones de la Comisión como las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo que determinan, en forma definitiva, que un agente económico ha infringido una de las prohibiciones incluidas en la presente ley, servirán de prueba contra este agente económico en los procesos que terceros entablen para obtener una indemnización por daños y perjuicios»), n. 160.

161 Además del artículo 58, ver las referencias hechas a la responsabilidad civil en [Honduras] Ley Hondureña, artículos 6, 32 y 36, n. 160.

En síntesis, este régimen común determina que para que haya responsabilidad de un operador económico por conductas anticompetitivas, la víctima ha de promover la acción resarcitoria y ocuparse de probar, conforme a las reglas generales, la conducta culpable, el daño y su cuantificación y el nexo causal entre una y otra.

El Derecho de la competencia ecuatoriano ha previsto únicamente dos modificaciones: un plazo mayor de prescripción de la acción (5 años) y un trámite específico para la acción (verbal sumario) que no tiene mayor repercusión en la medida en que pronto entrará en plena vigencia el Código Orgánico General de Procesos.

111. Los problemas interpretativos se originan en el artículo 79 del Reglamento a Ley y la Resolución de la Superintendencia. Las cuestiones, más allá de la determinación del contenido normativo de los textos, tienen que ver con su consistencia sistémica y, como efecto de la incoherencia, su invalidez y las posibilidades reales -mas no teóricas- de inaplicarlas en casos concretos.

La disposición reglamentaria obliga al juez a motivar su sentencia en los hechos fijados y calificados en el ámbito administrativo. Además de innovar las reglas generales a las que conduce el artículo 71 de la LORCPM, como mínimo, limita el ejercicio del derecho de acción de la víctima y coloca al operador económico eventualmente infractor frente a un sistema de responsabilidad objetiva.

La Resolución de la Superintendencia, por su parte, crea un régimen administrativo de responsabilidad civil extracontractual con ocasión de la celebración de los compromisos de cese.

De modo que, con un propósito prescriptivo, he propuesto cuál debería ser el proceder de un juez, frente a las antinomias de normas de diversa jerarquía que se hayan implicadas.

112. Por otra, parte se ha expuesto, a modo de ejemplo, algunas de las soluciones que desde el Derecho comparado se han dado a los problemas de la responsabilidad civil extracontractual de un operador económico por sus conductas anticompetitivas.

En todos los casos, los sistemas considerados buscan morigerar la carga de prueba a favor de la víctima del daño.

En ningún caso se reconoce el derecho de la Administración a percibir reparaciones patrimoniales en razón de la afectación que puedan sufrir los consumidores en su conjunto o el mercado en abstracto.

Hay distintas soluciones a la relación que puede existir entre las decisiones del ámbito administrativo y las judiciales en la materia que hemos analizado. La declaración de la infracción en sede administrativa y su efecto en el proceso judicial promovido para resarcir daños podría ser adaptada a nuestro sistema jurídico, únicamente si:

- a) El acto administrativo ha pasado por el examen de legalidad en sede judicial o, como ocurre en Chile, la declaración de la ocurrencia de la infracción y la imposición de la sanción es el resultado de un proceso judicial.
- b) La prueba en el procedimiento administrativo tiene las mismas garantías que se proveen en el ámbito judicial y este hecho pueda ser objeto de revisión en esta última sede.
- c) El efecto en el proceso judicial de aquellos hechos determinados en el ámbito administrativo está limitado exclusivamente a aquellos que son útiles para la verificación de la ocurrencia de la infracción, de modo que, todos los demás elementos constitutivos de la responsabilidad, el daño y su cuantificación, la causa y, en general, los hechos impeditivos, modificativos y extintivos, siguen siendo objeto del proceso judicial según las reglas generales de la carga de la prueba.



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA
Verdad, Seguridad y Paz
Eficiencia, Responsabilidad, Rendimiento

www.cortenacional.gob.ec

Av. Amazonas N37 -101 y Union Nacional de Periodistas
PBX (02) 395- 3500

ISBN 978-9942-07-983-1



9 789942 079831

