



SUMARIO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

	Pág.
PROCESO 01-AI-2017	
Acción de incumplimiento interpuesta por ACAVA LIMITED contra la República de Colombia.....	2
PROCESO 04-AN-2017	
Acción de nulidad interpuesta por la República del Perú contra las resoluciones 1798 de 31 de julio de 2015 y 1808 de 13 de octubre de 2015 emitidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina.....	29



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

PROCESO 01-AI-2017

Acción de Incumplimiento interpuesta por ACAVA LIMITED contra la República de Colombia

Magistrada ponente: Cecilia Luisa Ayllón Quinteros

El TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito a los 16 días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, conforme a la Sesión Judicial del 23 del mes de abril del mismo año, adopta la presente Sentencia por mayoría. El Magistrado Hugo R. Gómez Apac disiente de la posición tomada por los demás Magistrados y, en consecuencia, no participa de la adopción de la presente Sentencia.¹

VISTOS:

1. La demanda de Acción de Incumplimiento de 11 de enero de 2017, recibida vía courier en este Tribunal el 13 de enero de 2017, mediante la cual ACAVA LIMITED solicitó a este Tribunal declare fundada la demanda de Acción de Incumplimiento y que Colombia, a través de la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra en incumplimiento de sus obligaciones en la aplicación de los artículos 134 y 135 literales a), b) y h) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA).
2. Por Auto de 20 de abril de 2017, se solicitó a ACAVA LIMITED la regularización de su demanda.
3. El 16 de mayo de 2017, se recibió vía correo electrónico el escrito suscrito por la señora Cinthia Modesta Puente H. Representante Legal de ACAVA LIMITED y sus abogados Luis Alonso García Muñoz Najar y Álvaro Gutiérrez Bendezú, dando respuesta al Auto de 20 de abril de 2017.

El Voto disidente del Magistrado Hugo R. Gómez Apac consta como anexo del Memorando 033-2019-MP-TJCA del 16 de mayo de 2019.

Asimismo, las razones que fundamentan la posición del Magistrado Hugo R. Gómez Apac se encuentran contenidas en el Memorando 005-2019-MP-TJCA del 22 de enero de 2019, el cual adjunta el Informe N° 01-MP-TJCA-2019 de la misma fecha, ambos anexos al Acta 01-J-TJCA-2019 correspondiente a la Sesión Judicial celebrada el 1 de febrero de 2019.





4. El Auto de 27 de septiembre de 2017, a través del cual se decidió convocar al Dr. Rubén Aldo Saavedra Soto, Primer Magistrado Suplente del Estado Plurinacional de Bolivia, para que se integre al Tribunal, con el objeto de asegurar el quórum decisorio a efectos de la admisión a trámite de la demanda.
5. El escrito de 29 de septiembre de 2017, recibido vía correo electrónico por el cual el Dr. Rubén Aldo Saavedra Soto, manifestó que no se encontraba incurso en las causales de impedimentos o recusación establecidas en el artículo 67 del Estatuto del TJCA.
6. El Oficio 688-S-TJCA-2017 de 3 de octubre de 2017 por el cual se le remitió al Dr. Rubén Aldo Saavedra Soto, vía correo electrónico, copias de la documentación necesaria para su intervención dentro del presente proceso.
7. El Auto de 1 de diciembre de 2017, por el cual se admitió a trámite la demanda de Acción de Incumplimiento.
8. El Oficio OALI-014 de 25 de enero de 2018, recibido vía correo electrónico, por el cual la Dra. Sandra Catalina María Charris Rebellón, Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, solicitó copia de la Nota Interna 033-ME-TJCA-2017 y del Acta 25-J-TJCA-2017.
9. El Auto de 29 de enero de 2018, por el cual, este Tribunal rechazó la solicitud formulada por Colombia.
10. El 9 de febrero de 2018, se recibió vía correo electrónico el escrito de contestación a la demanda², suscrito por la Dra. Sandra Catalina María Charris Rebellón, Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia.
11. Los escritos de 9 y 14 de febrero de 2018³, presentados por Gaseosas Posada Tobón S.A. -POSTOBÓN S.A. (en adelante, **POSTOBÓN**) dando contestación a la demanda de Acción de Incumplimiento y solicitando ser reconocidos o admitidos como terceros coadyuvantes de Colombia.
12. El Auto de 15 de marzo de 2018, por el cual este Tribunal: i) Tuvo por contestada la demanda por parte de Colombia; ii) Tuvo por admitida la solicitud de coadyuvancia de POSTOBÓN, iii) Tuvo por contestada la demanda por el coadyuvante, iv) Puso en conocimiento a ACAVA LIMITED de las contestaciones, v) Corrió traslado con las excepciones

² A efectos del cómputo del plazo se debe tomar en cuenta el Acuerdo 03/2015 "Suspensión de los plazos y términos de procedimiento previstos en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina durante el periodo de vacaciones judiciales anuales", aprobado el 24 de julio de 2015.

³ Recibido vía correo electrónico el 9 de febrero de 2018 y vía courier el 14 de febrero de 2018.





- previas planteadas por Colombia a ACAVA LIMITED, vi) Se puso en conocimiento de Colombia del escrito de coadyuvancia, contestación a la demanda y documentos agregados por POSTOBÓN, vii) Se tuvieron por presentadas las pruebas aportadas por demandante, demandado y tercero coadyuvante.
13. El escrito de 3 de abril de 2018, recibido vía correo electrónico, por el cual ACAVA LIMITED dio contestación a las excepciones previas planteadas por Colombia.
 14. El Auto de 11 de mayo de 2018, por el cual este Tribunal declaró infundadas las excepciones previas presentadas por Colombia.
 15. El Auto de 28 de junio de 2018, por el cual este Tribunal decidió: i) Declarar que no corresponde abrir periodo probatorio conforme al artículo 75 del Estatuto del TJCA; ii) Convocar a las partes a audiencia pública para el día 22 de agosto de 2018.
 16. El Oficio OALI-102 del 10 de agosto de 2018, recibido vía correo electrónico, suscrito por la Dra. Sandra Catalina Charris Rebellón, mediante el cual solicitó aplazamiento de la audiencia.
 17. El Auto de 15 de agosto de 2018, mediante el cual este Tribunal decidió: i) Admitir la solicitud de Colombia de aplazar la audiencia señalada para el 22 de agosto de 2018; y, ii) Convocar a las partes a audiencia pública para el día 20 de septiembre de 2018.
 18. El Acta N.º 07-AP-TJCA-2018, correspondiente a la Audiencia Pública llevada a cabo el 20 de septiembre de 2018.
 19. Los escritos de alegatos de conclusión del 28 de septiembre de 2019, recibidos vía correo electrónico, presentados por ACAVA LIMITED, Colombia y POSTOBÓN.
 20. ACAVA LIMITED agregó a sus alegatos como Anexo 1 A: solicitud de conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad -Ley 640 de 2001- Infracción de Derechos de Propiedad Industrial enviada por la empresa POSTOBÓN a las empresas RTD S.A.S. y MERCADERÍAS S.A.S. documento que no será tomado en consideración al no ser parte de la litis ni habérselo presentado oportunamente como prueba.

ANTECEDENTES

Argumentos presentados por ACAVA LIMITED en su escrito de demanda, en su informe oral en Audiencia Pública y en sus alegatos de conclusión

21. A continuación, se resumen los principales fundamentos de ACAVA





LIMITED enunciados en su demanda recibida el 11 de enero de 2017.

Fundamentos de hecho

ACAVA LIMITED enuncia como fundamentos de hecho los siguientes:

22. El 18 de mayo de 2015, la demandante formuló reclamo ante la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **SGCA**) por el supuesto incumplimiento de Colombia de la normativa comunitaria en materia de propiedad industrial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el artículo 2 de la Decisión 425 y los artículos 1,13 y 14 de la Decisión 623.
23. El 3 de junio de 2015, la SGCA, mediante comunicación SG/E/991/2015 de 29 de mayo de 2015, solicitó a ACAVA LIMITED completar el reclamo formulado para iniciar la fase prejudicial de la acción de incumplimiento presentada.
24. Con fecha 18 de junio de 2015, la demandante cumplió con el requerimiento de la SGCA.
25. El 26 de junio de 2015, la SGCA, mediante comunicación SG/E/1151/2015 de 25 de junio de 2015, admitió a trámite el reclamo de la demandante y corrió traslado a la República de Colombia para que conteste en un plazo no mayor a 30 días.
26. Con fecha 1 de septiembre de 2015, la SGCA, notificó a la demandante con la contestación de la República de Colombia a la acción de incumplimiento interpuesta.
27. El 4 de septiembre de 2015, la SGCA, mediante comunicación SG/E/1628/2015 convocó a las partes a una reunión informativa, la misma que se llevó a cabo el 11 de septiembre de 2015.
28. El 11 de septiembre de 2015, la demandante presentó un escrito desvirtuando una serie de afirmaciones realizadas por representantes de la República de Colombia.
29. El 24 de septiembre de 2015, la demandante presentó a la SGCA la Certificación del Consejo de Estado de Colombia, en el sentido de confirmar que ACAVA LIMITED no habría acudido en la vía nacional a reclamar por los mismos hechos que se discuten en la vía comunitaria andina.
30. Con fecha 30 de octubre 2015, la demandante solicitó que se emita el Dictamen correspondiente, teniendo en cuenta que: i) el plazo para resolver previsto en el artículo 20 de la Decisión 623 (Reglamento de la





Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento) habría vencido; y, ii) la naturaleza del reclamo amerita un pronunciamiento inmediato de la SGCA, en la medida que el incumplimiento de la República de Colombia afecta de manera negativa no solo el régimen común sobre propiedad industrial, sino también el mercado de bebidas gaseosas de la Subregión. Cabe indicar, que no se recibió respuesta por parte de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

31. Con fechas 6 de noviembre de 2015, 14 de junio de 2016 y 5 de octubre de 2016, la demandante solicitó algún pronunciamiento por parte de la SGCA.
32. Habiendo transcurrido más de 75 días desde la fecha en que se presentó el reclamo y más de un año desde la fecha en que la SGCA indicó que iba a resolver, no ha cumplido con las obligaciones que de manera expresa le exigen el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Decisión 623 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Reglamento de la Fase Prejudicial de Incumplimiento), ya que no ha emitido el Dictamen correspondiente.
33. En este sentido, conforme lo previsto en el tercer párrafo del artículo 24 y en el primer párrafo del artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se presentó la demanda de Acción de Incumplimiento, directamente ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Fundamentos de derecho

34. **ACAVA LIMITED** enuncia que es titular de una diversidad de marcas inscritas en Colombia, para proteger bebidas en la Clase 32 de la Clasificación Internacional de Niza, identificadas con las marcas de producto **BIG COLA, BIG MANZANA, AJE BIG** en sus distintas presentaciones.
35. Sostiene que Colombia a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, (en adelante, **SIC**) ocasionaría una afectación al haber otorgado a favor de **POSTOBÓN**, el registro de dos marcas conformadas por el color rosado en formas no particulares y usuales.
36. Afirma que con el registro de las marcas concedidas se afecta el derecho de los competidores en general de emplear o usar el color rosado para comercializar bebidas en el mercado colombiano, siendo, además, una afectación a la actividad comercial de **ACAVA LIMITED**.
37. Mantiene que otorgar el monopolio o exclusividad del color rosado a una sola empresa para el mercado de bebidas de Colombia, no solo contraviene la normativa andina, sino que significa afectar a los competidores del mercado de bebidas en general y, consecuentemente





a los consumidores, pues ello no permitirá el funcionamiento adecuado de dicho mercado, que se busca proteger con las prohibiciones estipuladas en el artículo 135 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

38. Argumenta que la Directora de Signos Distintivos de la SIC, al momento de emitir las resoluciones 33205 y 33206 ha señalado lo siguiente en relación con el color rosado Pantone 183C:

*"El signo pretendido **cuenta con su distintividad** precisamente por el color aplicado en la forma delimitada, y será en el comercio que los compradores podrán reconocer su distintividad no únicamente como un color, sino porque podrán apreciar tal tonalidad en una figura que el solicitante ha identificado como un vaso..."*

39. Sostiene que, para la Dirección de Signos Distintivos de la SIC, el signo COLOR ROSADO PANTONE 183C si contaba con la suficiente distintividad desde un inicio, lo cual es confirmado por el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial en sus resoluciones 1075 y 1076 en cuya parte pertinente, señala lo siguiente:

"6.3. La distintividad adquirida o segundo significado de la marca solicitada

A este respecto cabe indicar que (...) sólo procede cuando el signo sobre el que se pretende el registro carece de distintividad, o cuando el color solicitado no está delimitado dentro de una forma.

*Habiendo quedado demostrado que **el signo solicitado cumple con los presupuestos necesarios para ser marca**, y estando delimitado por la forma de un vaso, es decir, no habiéndose presentado como un color amorfo, no es posible aplicar la figura del "secondary meaning" en este caso (...)"*

40. Mantiene que según la doctrina especializada en materia de propiedad industrial, para que el signo COLOR ROSADO PANTONE 183C pudiese acceder a registro como marca era necesario que dicho signo haya adquirido distintividad de manera previa a la solicitud de registro, ya que los colores *per se* no pueden ser registrados como marca, a no ser que estén delimitados bajo una forma específica que pueda conferir esa distintividad intrínseca, conforme lo exige el artículo 135, literal h) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, lo cual no sucede en este caso.

41. Considera que el legítimo interés de **ACAVA LIMITED** no fue cuestionado en el procedimiento administrativo, donde se otorgaron las marcas conformadas por el color rosado en formas no particulares a favor de **POSTOBÓN**; en dichos procedimientos administrativos su representada participó como opositor al afectarse sus intereses como participante en el mercado colombiano.



42. Detalla que, los signos concedidos por la SIC los siguientes:

MARCA	EXPEDIENTE	C.I.	CERTIFICADO
	09-090473	32: Aguas minerales y gaseosas y otras bebidas no alcohólicas; sabor a manzana.	507285
	09-090469	32: Aguas minerales y gaseosas y otras bebidas no alcohólicas; sabor a manzana.	507281

43. Asegura que las resoluciones de la SIC otorgan derechos de exclusividad sobre un color que no se encuentra enmarcado en una forma que lo dote de particularidad alguna, lo cual vulnera la normativa andina.
44. Manifiesta que la SIC incumple la normativa andina al no aplicar el requisito de distintividad contemplado en los artículos 134 y 135 literales a) y b) de la Decisión 486 al haber concedido el registro sobre un color resultante del proceso de oxidación de la fruta (manzana) por lo que se ha generado un derecho sobre un signo que no cumple con el requisito de distintividad dispuesto en las normas antes enunciadas.
45. Además, mantiene que el color rosado concedido es necesario para la comercialización de bebidas de manzana.
46. Argumenta que la SIC incumple la normativa andina al no aplicar el requisito de que los colores para ser concedidos como marcas, deben estar delimitados por una forma que la dote de fuerza diferenciadora.
47. Enuncia que las formas que delimitan el color solicitado a registro son usuales y consecuentemente no distintivas para el mercado de bebidas, por lo que es incorrecto que se entienda que las mismas pueden dotar de particularidad a los signos concedidos.
48. Soporta su acción en que POSTOBÓN solicitó y obtuvo en contravención a las normas comunitarias el derecho de exclusiva sobre una tonalidad del COLOR ROSADO (PANTONE 183C) que es utilizado en todas las





bebidas gaseosas de sabor manzana en Colombia, además de ser un color característico para bebidas de sabores de frutas.

49. Afirmó que la SIC incurre en incumplimiento, al reconocer la notoriedad del COLOR ROSADO PANTONE 183C y denegar su solicitud de registro de la marca BIG COLA MANZANA, lo cual ratifica que Colombia aplicó de manera errónea la prohibición del artículo 135 literal h) de la Decisión 486.
50. Sostiene además que Colombia incumple con lo dispuesto en el artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA, al haber aplicado de manera contraria la normativa comunitaria en propiedad industrial.

Fundamentos de derecho

51. Las normas de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina⁴, cuyo incumplimiento se alega, son los artículos 134 y 135 literales a), b) y h) y el artículo 4 del Tratado del TJCA.

⁴ Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. -

"Artículo 134.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.

Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos:

- a) las palabras o combinación de palabras;
- b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos;
- c) los sonidos y los olores;
- d) las letras y los números;
- e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores;
- f) la forma de los productos, sus envases o envolturas;
- g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores.*

"Artículo 135.- No podrán registrarse como marcas los signos que:

- a) no puedan constituir marca conforme al primer párrafo del artículo anterior;
- b) carezcan de distintividad;
- (...)
- h) consistan en un color aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica;"

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. -

"Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación."





Fundamentos adicionales formulados en el informe oral en Audiencia Pública y en los alegatos de conclusión

ACAVA LIMITED considera que:

52. Quedó claro que el TJCA es competente para pronunciarse respecto de su demanda.
53. La demanda planteada no versa sobre la revisión de los actos administrativos emitidos por Colombia, sino al incumplimiento de las normas comunitarias en materia de propiedad industrial.
54. El incumplimiento de Colombia al conceder el color PANTONE ROSADO 183C ha generado como consecuencia que se haya distorsionado el mercado.
55. Las normas comunitarias en materia de marcas deben aplicarse de manera integral y no aislada.
56. El proceso de concesión debe reunir al menos dos pasos y que son:
 - a) Analizar si el signo cumple con los requisitos del artículo 134 de la Decisión 486.
 - b) Analizar si el signo incurre en alguna causal de irregistrabilidad absoluta o relativa.
57. El artículo 134 literal h) de la Decisión 486, permite el registro de un color cuya forma debe estar delimitada de una forma específica la cual debe ser distintiva.

Argumentos presentados por Colombia en su escrito de contestación a la demanda

A continuación, se resumen los principales argumentos de Colombia incluidos en su contestación a la demanda.

Excepciones previas

58. Colombia presentó como excepciones previas la falta de requisitos legales, y la indebida naturaleza de la acción, las cuales fueron rechazadas por este Tribunal mediante Auto de 11 de mayo de 2018.

Razones de la defensa

59. Argumenta que el COLOR ROSADO PANTONE 183C no es un color necesario para identificar el producto en el mercado además de encontrarse delimitado por una forma conforme lo exige la Decisión 486.





60. Enuncia que la compañía actora, no adjunta prueba alguna tendiente a demostrar que el COLOR ROSADO PANTONE 183C es el color resultante del proceso de oxidación de la manzana ni es necesario para la comercialización de bebidas de manzana.
61. En lo concerniente a la forma delimitada del color, enuncia que las dos solicitudes de registro presentadas por POSTOBÓN fueron delimitadas por la forma bidimensional de una botella y un vaso respectivamente.
62. Sostiene que, al parecer la sociedad demandante, no concibe el otorgamiento de una marca de color delimitada por una forma, sin que la forma delimitante sea distintiva, lo cual no se encuentra conforme con lo que exige la Decisión 486.
63. Manifiesta que la reclamante desconoce el principio de especialidad en materia de marcas de color, por el cual se permite que un color puede considerarse como marca para un determinado producto y para otro no, y de ahí que requiera de una forma que lo delimite o que incluso, conforme el último párrafo del artículo 135 de la Decisión 486, pueda ser registrado sin forma alguna.
64. Afirma que es totalmente posible que un color, delimitado por una forma convencional no distintiva, pueda ser objeto de registro, de lo cual pueden citarse algunos ejemplos a nivel mundial.
65. Expone que de conformidad con el artículo 134 de la Decisión 486 y las interpretaciones prejudiciales del TJCA, existen diferentes probabilidades de conjunciones de elementos que pueden resultar como marca registrable, independientemente si son tradicionales o no.
66. Enfoca su análisis al caso de la combinación de un color distintivo con una forma no distintiva que da como resultado un conjunto distintivo, en el que resulta irrelevante si la forma que delimita al color es distintiva o no, mientras cumpla con la delimitación requerida por el artículo 134 literal e), toda vez que lo que le otorga la distintividad es el color.
67. Argumenta que incorporó durante el trámite administrativo un estudio de mercado realizado por el CENTRO DE INVESTIGACIÓN DEL CONSUMIDOR -CICO- en relación con la identificación del color rosado con la MANZANA POSTOBÓN, en Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla, Bucaramanga y Pereira, Colombia, representando las mismas el 41% de la población del país, a quienes se les preguntó ¿Con qué marca relaciona la imagen y/o producto? Utilizando como estímulo la figura de una botella y un vaso con el color rosado, obteniendo como respuesta que el 77% de los encuestados asociaron el COLOR ROSADO PANTONE 183C con el producto MANZANA POSTOBÓN.





68. Enuncia que la concesión del COLOR ROSADO PANTONE 183C no afecta a los consumidores ni a los competidores ni a la zona de libre comercio toda vez que no es un elemento descriptivo de bebidas no alcohólicas sabor a manzana como producto a identificar en el mercado y por lo tanto no es un elemento necesario para la comercialización de los mencionados productos.
69. Afirma que POSTOBÓN cumple con la función principal de una marca que es indicar el origen empresarial de los productos que distingue en el mercado, lo cual sin duda es en su beneficio, toda vez que como se lo demostró en el proceso interno, el consumidor asocia la marca con la empresa POSTOBÓN.
70. Además, mantiene que no existe incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA ya que un acto administrativo emitido por la Oficina Nacional Competente en materia de Propiedad Industrial por el cual se concede o deniega un signo, no constituye una medida que sea contraria al ordenamiento jurídico comunitario ni que obstaculice la aplicación de las normas andinas.

Fundamentos adicionales formulados en el informe oral en Audiencia Pública y en los alegatos de conclusión

Colombia considera que:

71. Cuando se trata de una solicitud de un signo de color, el análisis de la Oficina Nacional Competente debe centrarse en verificar que se encuentre delimitado por una forma y superada dicha condición, deberá realizarse el examen de registrabilidad para determinar si el color resulta distintivo para los productos o servicios que se identifican en el mercado.
72. No procede que la Oficina Nacional Competente examine si la forma que delimita el color que se intenta registrar como marca de color es distintiva por dos razones:
 - a) Toda vez que el signo solicitado consiste en un color y no en un signo tridimensional, por lo que no existe la reivindicación de la forma que delimita una marca de color.
 - b) La Decisión 486 no exige que la forma que delimita el color sea distintiva.
73. El color se debe delimitar como un dibujo, una silueta, un trazo, sin entrar a calificarlos.
74. Las oficinas de propiedad industrial en el mundo no exigen que las marcas de color sean delimitadas por una forma distintiva.





75. El color ROSADO PANTONE 183C no es funcional respecto de los productos que identifica en el mercado, no corresponde al color natural de una manzana, no es técnicamente funcional, no tiene una función económica y no es necesario para garantizar la competitividad en el uso del color en el mercado de bebidas con sabor a manzana.

Argumentos de POSTOBÓN (coadyuvante de Colombia) en su escrito de contestación a la demanda, audiencia y alegatos de conclusión

A continuación, se resumen los principales argumentos de POSTOBÓN incluidos en su contestación a la demanda.

Excepciones de mérito y razones de la defensa

76. Considera reprochable que a través de una acción de incumplimiento se realice un debate que debe ser resuelto a través de una acción de nulidad conforme lo dispone el artículo 172 de la Decisión 486.
77. Afirma que no existe una afectación a los intereses del demandante.
78. Enuncia que con el registro de las marcas COLOR PANTONE ROSADO 183C no tienen por finalidad afectar que otros competidores en el mercado, produzcan, ofrezcan o comercialicen gaseosas o bebidas sabor a manzana.
79. Argumenta que la demandante realiza una interpretación errada de los artículos 134 literal e) y 135 literal h) de la Decisión 486, ya que si bien es cierto que ambas disposiciones aluden a que el color debe estar delimitado por una forma, también es cierto que no exigen que sean formas distintivas.
80. Determina que lo que registraron fue el color específico ROSADO PANTONE 183C ya que su interés no fue reivindicar la forma dispuesta en la marca ya que si así habría sido hubiera solicitado otro tipo de marca, sea figurativa o tridimensional.
81. Manifiesta que la Decisión 486 no determina en detalle cómo se representa gráficamente una marca de color, lo cual está reservado para el desarrollo de la normativa interna.
82. Comenta que las marcas solicitadas por POSTOBÓN fueron las primeras marcas de color en Colombia y que la SIC fue diligente y cuidadosa en solicitar que cumpla con los requisitos de ley.
83. Establece que el tono de las marcas concedidas es perfectamente individualizado en la escala del Pantone.





84. Afirma que el Pantone 183C es apto para distinguir "Aguas minerales y gaseosas y otras bebidas no alcohólicas; sabor a manzana" de la Clase 32 de la Clasificación Internacional de Niza, por lo que la distintividad se basa primigeniamente en la arbitrariedad que el color tiene respecto de los productos.
85. Sostiene que el color rosado Pantone 183C es distintivo para identificar gaseosas sabor a manzana, toda vez que el rosado no está relacionado con el color de la manzana ni con el color habitual de los empaques de dichos productos.
86. Aduce que POSTOBÓN acreditó ante la oficina competente la notoriedad de las marcas de COLOR ROSADO PANTONE 183C ya que el color está en el mercado cumpliendo su función frente al consumidor por lo que la marca de color superó cualquier duda respecto de su función marcaría frente al consumidor y en el mercado.
87. Determina que el color rosado se volvió la marca del producto y que estudios de mercado han determinado que para el consumidor es más distintivo el color que la marca MANZANA POSTOBÓN.
88. Argumenta que el color natural del jugo de manzana no es rosado, sino un color ámbar que varía de tonalidad dependiendo del tipo de la manzana de que se extrae el jugo y además el color del zumo varía luego de la oxidación que tiene la fruta al momento de entrar en contacto directo con el aire cargado de oxígeno.
89. Afirma que la demandante no tiene ningún tipo de afectación real ni potencial y que es un artificio o falacia fruto del empeño de seguir al líder en la categoría de usar el color que POSTOBÓN tiene identificado en el mercado con sus bebidas de sabor a manzana.
90. Manifiesta que hoy en día las marcas de color son uno de los nuevos tipos de marca las cuales han logrado gran proyección y atractivo para los empresarios al contar con gran aceptación y recordación para el consumidor, el cual es el destinatario de dichos signos y que asocia color con producto o servicio específico.

CONSIDERANDO:

91. Que, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA) es competente para conocer de la presente controversia en virtud de lo previsto en el artículo 24 del Tratado de Creación del TJCA⁵ en

⁵ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. -

Artículo 24.- Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento,





concordancia con las normas del Capítulo II de su Estatuto, mediante las cuales se regula lo pertinente a la acción de incumplimiento.

92. Que, se han observado las formalidades inherentes a la acción de incumplimiento, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado.
93. Que, en este estado procesal y habiéndose agotado todo el trámite conforme lo establece la normativa comunitaria andina, se procederá a dictar Sentencia, para lo cual el TJCA estima necesario referirse a los siguientes aspectos:

PUNTOS CONTROVERTIDOS

94. Considerando los argumentos de la demanda, de la contestación a la demanda, del escrito del coadyuvante de la demandada, así como lo alegado por las partes y coadyuvante en sus informes orales en la Audiencia Pública, en sus alegatos finales y en escritos adicionales, los puntos controvertidos que constituyen el objeto de la presente Sentencia son:
 - I. Naturaleza y alcance de la acción de incumplimiento. La acción de incumplimiento promovida a petición de personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos.
 - II. Análisis si la autoridad nacional competente, cumplió y observó los criterios establecidos en los artículos 134 literal e) y 135 literales b) y h) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, para otorgar una marca de color.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

- I. **Naturaleza y alcance de la acción de incumplimiento. La acción de incumplimiento promovida a petición de personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos**
95. La acción de incumplimiento, establecida y regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación del TJCA, constituye un instrumento básico

dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Si la Secretaría General no emitiere su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal."





y fundamental en el fortalecimiento del proceso andino de integración, ya que mediante su ejecución se controla la eficacia del Ordenamiento Jurídico Comunitario y, por lo tanto, se propende al logro cabal de las finalidades del Acuerdo de Cartagena.

96. La competencia para conocer de dicha acción fue asignada al TJCA desde el mismo Preámbulo del Tratado Fundacional, cuando se constituye como el órgano jurisdiccional comunitario, con un nivel supranacional, autónomo e independiente, con la capacidad en el desempeño de su función judicial de declarar e interpretar el Derecho Comunitario, aplicarlo de manera uniforme e imparcial dirimiendo las controversias que surjan entre los Países Miembros de la Comunidad Andina.
97. La labor del Tribunal, en este marco, es lograr un clima de armonía y de respeto total del Ordenamiento Comunitario Andino. Es así como los Países Miembros, han puesto en cabeza de este organismo supranacional la función de dirimir las controversias que pueden suscitarse entre una conducta determinada de cualquiera de ellos y el ordenamiento jurídico comunitario, lo que sin duda genera un clima de seguridad jurídica entre los actores del proceso subregional de integración. Con este instrumento, el Tribunal determina el cumplimiento de las obligaciones adquiridas de acatar y no obstaculizar la aplicación del ordenamiento comunitario Andino.
98. De conformidad con lo dispuesto en las normas constitutivas citadas, el Tribunal puede conocer de la Acción de Incumplimiento a instancia de la Secretaría General o por iniciativa de los Países Miembros y de los particulares afectados, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para cada caso.
99. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal se ha manifestado en relación con la naturaleza de esta acción:

"En cuanto hace a la naturaleza de la acción de incumplimiento, ésta es esencialmente contenciosa y la sentencia que de ella se derive no sólo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera declaración de la existencia de un derecho o de una obligación, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer (Couture). Así se desprende claramente de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, cuando establece que la sentencia de incumplimiento implica para el País cuya conducta ha sido objeto de reclamo, la obligación de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, dentro del plazo determinado de tres meses, a partir de su notificación".

100. De las normas que regulan la acción en comento, se desprende que antes de acudir al procedimiento judicial ante el Tribunal, es indispensable que se adelante en la Secretaría General de la Comunidad





Andina un procedimiento precontencioso, el cual, viene a constituir un requisito de admisibilidad para el ejercicio de la acción. Este trámite prejudicial, se materializa en el desarrollo de una fase administrativa previa, en la que se abre un diálogo entre dicho Órgano Comunitario y el País Miembro presuntamente infractor, con el objeto de buscar una solución al asunto controvertido en dicha etapa. Debe en esa fase otorgarse al País, respecto del cual se formula el reclamo, la oportunidad procesal para corregir su conducta y es a partir de la formulación de una nota de observaciones por parte de la Secretaría General, que el País cuestionado puede presentar las explicaciones justificativas de su conducta de incumplimiento.

La acción de incumplimiento promovida a petición de personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos

101. Conforme a lo previsto en los artículos 25 y 31 del Tratado de Creación del TJCA,⁶ las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos debido al incumplimiento de un país miembro se encuentran facultadas a:
- i) Acudir ante la SGCA y el TJCA con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24 del Tratado de Creación del TJCA precitado.
 - ii) Acudir ante los tribunales nacionales competentes conforme al derecho interno cuando resulten afectados por el incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA.
102. De esta manera, la normativa faculta a las personas naturales o jurídicas para que puedan elegir reclamar la vulneración de sus derechos quebrantados debido al incumplimiento de un país miembro ante la jurisdicción comunitaria (SGCA y TJCA); o, ante el tribunal nacional competente correspondiente.
103. Con relación a ello, el segundo párrafo del artículo 25 precitado establece que la presentación de la Acción de Incumplimiento ante el

⁶ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. -

"Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa."

"Artículo 31.- Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento."





TJCA excluye la posibilidad de acudir simultáneamente ante los tribunales nacionales competentes.

104. En ese sentido, las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos debido a un incumplimiento de un país miembro pueden acudir, de manera alternativa pero excluyente, ante la jurisdicción comunitaria del TJCA o ante los tribunales nacionales competentes.⁷
105. De esta manera, la normativa comunitaria prevé, para el caso de los particulares, dos posibilidades de acción no simultáneas; esto es, la vía comunitaria de la SGCA y el TJCA conforme al primer párrafo del artículo 25 del Tratado de Creación del TJCA; y, los tribunales nacionales competentes en virtud de lo previsto en el artículo 31 de la misma norma.⁸
106. La acción de incumplimiento es el instrumento procesal del que se sirve la normativa comunitaria andina para garantizar, controlar y vigilar que los países miembros acaten (dimensión positiva) y no obstaculicen, la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino, conforme a las obligaciones adquiridas en el marco del Acuerdo de Cartagena.
107. No se trata, por tanto, de un mecanismo que faculte al TJCA a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los países miembros para retribuirlos o sancionarlos, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los países miembros; esto es, en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario.
108. La acción de incumplimiento bajo ningún concepto se convierte en una segunda ni tercera instancia ante la cual el País Miembro o un particular que se sienta afectado pueda solicitar a este Tribunal modificar el pronunciamiento de la autoridad nacional interna, lo que este Organismo

⁷ A través del Protocolo de Cochabamba se otorgó legitimación a las personas naturales o jurídicas para formular el reclamo ante la Secretaría General, a causa del incumplimiento de cualquiera de los Países Miembros, siempre que el incumplimiento de que se trate haya afectado los derechos del reclamante (artículo 25). Asimismo, precisó que esta nueva legitimación introducida en el Protocolo Modificadorio del Tratado se integró a la que el Tratado original les otorgaba (artículo 27) y el actual mantiene (artículo 31) de acudir ante los Tribunales nacionales competentes para obtener la reparación de los daños causados por el incumplimiento.

GONZÁLEZ DE TROCONIS, Iris. *Solución de Controversias por Incumplimiento de los Estados en el Régimen Jurídico de la Comunidad Andina. La cuestión de la efectividad*. Tesis de Doctorado en Derecho con mención en Derecho Económico y de la Empresa. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.

NOVAK TALAVERA, Fabián. *La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico*. En SALMÓN CÁRATE, Elizabeth y otros. *Derecho Comunitario Andino*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 93 y 94.





realiza es velar por el cumplimiento de la norma comunitaria más no resolver un proceso interno.

II. Análisis si la autoridad nacional competente, cumplió y observó los criterios establecidos en los artículos 134 literal e) y 135 literales b) y h) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, para otorgar una marca de color

109. La demandante afirma que las Resoluciones Nos. 00001075 y 00001076 que a su vez confirmaron las Resoluciones Nos. 33205 y 33206 mediante las cuales se concedieron el registro de las marcas ROSADO (PANTONE 183 C) constituyen un incumplimiento del artículo 134 y de los literales a), b) y h) del artículo 135 de la Decisión 486 por parte de la República de Colombia, al haber concedido el registro sobre un color que no se encuentra enmarcado en una forma distintiva.
110. De igual forma la demandante enuncia que las formas que delimitan el color solicitado a registro son usuales y consecuentemente no distintivas para el mercado de bebidas, por lo que es incorrecto que se entienda que las mismas pueden dotar de particularidad a los signos concedidos.
111. Por su parte, la República de Colombia en lo concerniente a la forma delimitada del color, determina que las dos solicitudes de registro presentadas por POSTOBÓN fueron delimitadas por la forma bidimensional de una botella y un vaso respectivamente y sostiene que, al parecer la sociedad demandante, no concibe el otorgamiento de una marca de color delimitada por una forma, sin que la forma delimitante sea distintiva, lo cual no se encuentra conforme con lo que exige la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.
112. El coadyuvante argumentó que lo que registraron fue el color específico ROSADO PANTONE 183C ya que su interés no fue reivindicar la forma dispuesta en la marca ya que si así hubiera sido hubiera solicitado otro tipo de marca, sea figurativa o tridimensional.
113. Teniendo en cuenta las alegaciones de las partes, corresponde analizar si la conducta realizada por la demandada se considera contraria al ordenamiento jurídico Comunitario Andino y si cumplió con las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina, según lo regulado en el Artículo 107 del Estatuto del TJCA, partiendo de la base que la conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la realización de cualquier acto u omisión opuesto al ordenamiento jurídico comunitario o que de alguna manera dichos actos u omisiones dificulten u obstaculicen su aplicación.

114. Para el efecto, se analizará si el criterio jurídico aplicado por la SIC en las Resoluciones Nos. 00001075 y 00001076 que a su vez confirmaron las Resoluciones Nos. 33205 y 33206, es opuesto al Ordenamiento





Juridico Comunitario o de alguna manera obstaculiza o dificulta su aplicación, partiendo de la base del alcance de la Norma Andina en la materia objeto de la controversia y finalizando en la verificación de su aplicación en el presente caso.

115. El artículo 134 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, regula lo siguiente:

"Artículo 134.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.

Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos:

- a) las palabras o combinación de palabras;*
- b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos;*
- c) los sonidos y los olores;*
- d) las letras y los números;*
- e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores;*
- f) la forma de los productos, sus envases o envolturas;*
- g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores."*

116. De la anterior norma se desprende que la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina establece dos requisitos para que un signo sea constituido como marca, el primero de ellos es la distintividad y el segundo de ellos que el signo sea susceptible de representarse gráficamente.

117. Al respecto, el TJCA, en la interpretación prejudicial recaída en el proceso 347-IP-2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 3326 del 26 de junio de 2018, señaló lo siguiente:

"(...) En relación con los dos requisitos previstos en la norma se tiene:

- a) La **distintividad** es la capacidad intrínseca que debe tener el signo para distinguir unos productos o servicios de otros. El carácter distintivo de la marca le permite al consumidor realizar elección de los bienes y servicios que desee adquirir, también permite al titular de la marca diferenciar sus productos y servicios de otros similares que se ofrezcan en el mercado.*
- b) La **susceptibilidad de representación gráfica**, es la posibilidad de que el signo a registrar como marca sea descrito mediante palabras, gráficas, signos, colores, figuras, etc., de tal manera que sus componentes puedan ser apreciados por quien lo observe. Esta*





*característica es importante para la publicación de las solicitudes de registro en los medios oficiales.
(...)"*

118. En concreto respecto al concepto de distintividad, este organismo internacional, en la interpretación de la norma contenida en la Interpretación Prejudicial 242-IP-2015 del 24 de agosto de 2015, estableció lo siguiente:

"(...) La distintividad es la capacidad que tiene un signo para individualizar, identificar y diferenciar en el mercado los productos o servicios, haciendo posible que el consumidor o usuario los seleccione. Es considerada como característica esencial que debe reunir todo signo para ser registrado como marca y constituye el presupuesto indispensable para que esta cumpla su función de indicar el origen empresarial y, en su caso incluso, la calidad del producto o servicio, sin causar riesgo de confusión y/o asociación en el público consumidor⁹ (...)"

119. A su vez, la distintividad tiene un doble aspecto:¹⁰

- a) **Distintividad intrínseca** o en abstracto, mediante la cual se determina la capacidad que debe tener el signo para distinguir productos o servicios en el mercado.
- b) **Distintividad extrínseca** o en concreto, mediante la cual se determina la capacidad del signo de diferenciarse de otros signos en el mercado.

120. Del mismo modo, la distintividad extrínseca, contemplada en el artículo 136 de la Decisión 486, se encuentra referida a la capacidad del signo para diferenciarse plenamente de otros signos que operan u ofertan en el mercado, lo cual a su vez permite al consumidor realizar la elección de los bienes y servicios que desea adquirir realmente. En este supuesto, la oficina competente deberá evaluar si el signo posee aptitud distintiva para diferenciarse de otros signos en el mercado.

121. En ese sentido, para que un signo sea registrado como marca, adicionalmente de ser susceptible de representación gráfica, deberá tener capacidad distintiva intrínseca y extrínseca, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 134 de la Decisión 486.

122. La falta de distintividad intrínseca está contemplada en el literal b) del artículo 135 de la Decisión 486, en dicho artículo se exige que no podrán registrarse como marcas los signos que carezcan de distintividad, refiriéndose esta causal a la falta de distintividad intrínseca.

⁹ Ver Interpretación Prejudicial 242-IP-2015 del 24 de agosto de 2015.

¹⁰ Ver Interpretación Prejudicial 388-IP-2015 del 25 de febrero de 2016.





123. Al igual que las marcas tradicionales las no tradicionales, dentro de las cuales se encuentra la marca de color en el presente proceso, deben reunir los mismos requisitos, es decir, deben ser distintivas y susceptibles de representación gráfica para poder ser registradas como marcas y a su vez para que su titular pueda gozar del derecho de exclusividad frente a terceros.
124. De lo anterior se desprende que el análisis de la distintividad intrínseca del signo debe efectuarse en relación con el tipo de producto o servicio que identifica, debido a que lo que puede ser distintivo para una clase de productos o servicios puede que no lo sea respecto a otros.
125. En el caso en concreto el demandado por intermedio de la SIC en las Resoluciones No. 00001075 y 00001076 del 19 de enero de 2015, sobre la distintividad estableció lo siguiente:

*"(...) De este modo, una **marca color puede carecer de distintividad cuando no logra diferenciar productos y servicios en el mercado o establecer un origen empresarial.** A modo de ejemplo se encontraría el caso del color blanco delimitado por una forma que representa al producto o su envase para identificar leche. Dicho signo no posibilita que el producto sea reconocido por el consumidor de entre otros similares que se ofertan en el mercado por otros empresarios, salvo que se haya probado que, por su uso, ha adquirido la distintividad en virtud de la cual los consumidores le atribuyen un origen empresarial determinado."*

(...)

*Corresponde en este caso determinar la registrabilidad del signo solicitado como marca, dilucidando si en efecto se trata de **un signo distintivo en relación con los productos que pretende identificar en el mercado**, a saber: "aguas minerales y gaseosas y otras bebidas no alcohólicas; sabor a manzana", comprendidos en la Clase 32 de la Clasificación Internacional de Niza, o si por el contrario carece de distintividad para identificar en el mercado dichos productos." (Negrilla y subrayado propio)*

*Analizado el signo solicitado, esta Delegatura encuentra que consiste en el color rosado pantone 183C delimitado por la figura de un vaso y **cumple con las funciones propias de la marca, pues tiene la distintividad necesaria que le permite al consumidor asociarlo a un determinado origen empresarial.**"¹¹*

¹¹ Argumento reiterado en la Resolución 00001076 del 19 de enero de 2015 de la siguiente manera:

*Analizado el signo solicitado, esta Delegatura encuentra que consiste en el color rosado pantone 183C delimitado por la figura de un vaso y **cumple con las funciones propias de la marca, pues tiene la distintividad necesaria que le permite al consumidor asociarlo a un determinado origen empresarial.**" (subrayado y negrillas propios)*





126. Como se puede observar la SIC, aplicó el criterio jurídico regulado en la normativa comunitaria andina en los artículos 134 y 135 literales a), b) de la Decisión 486, al estudiar la distintividad como requisito necesario para que los signos solicitados se constituyan como marca.
127. Cabe aclarar que en las Acciones de Incumplimiento contra sentencias o resoluciones administrativas, el TJCA solo analiza si los criterios jurídicos contenidos en estas contravienen o no lo establecido en la norma andina o en la interpretación de dicha norma, reiterando que el TJCA no valora los medios probatorios merituados por el juez nacional o autoridad administrativa en el proceso adelantado en fase nacional. Lo que hace es verificar si el criterio jurídico —adoptado por el juez nacional o autoridad administrativa— contraviene o no el ordenamiento jurídico comunitario andino.
128. La competencia de este Tribunal se limita a verificar que la autoridad haya aplicado la norma, más no la forma en la que ésta lo realiza ya que queda bajo su competencia el análisis interno del proceso por lo que no existe incumplimiento si la SIC valoró conforme a su criterio la distintividad de las marcas que concedió.
129. En el presente caso, las Resoluciones adoptadas por la SIC no son actos que se opongan a lo regulado en la normatividad andina ni obstaculiza su aplicación, por el contrario, se encuentra conforme a la misma y además acoge la interpretación de la norma realizada por el TJCA.
130. Este Tribunal, no puede entrar a analizar si la valoración de la distintividad fue acertada o no, esa es netamente una facultad de la SIC por lo que no existe incumplimiento de las normas invocadas por la demandante.
131. Por otra parte, es preciso recordar que un signo puede ser inherentemente distintivo. Es decir, puede gozar de distintividad *ab initio*, o puede haberla adquirido mediante el uso, de manera sobrevenida, desarrollando una distintividad adquirida.¹²
132. No obstante, lo anterior no se traduce en que la única forma para adquirir el derecho respecto a una marca no tradicional sea mediante la figura de la distintividad adquirida o *secondary meaning*, debido a que la norma comunitaria, también brinda la posibilidad de que el signo adquiera la categoría de marca por el simple hecho de gozar de distintividad *ab initio*.
133. Por lo tanto, no se acogen los argumentos presentados por el demandante respecto al presunto incumplimiento del demandado al otorgar dos marcas de color, debido a que lo anterior no va en contra de

¹² Ver Interpretación Prejudicial 242-IP-2015 del 24 de agosto de 2015.





lo regulado por la norma andina declarándose de esta manera infundada la demanda en este extremo.

134. En el caso en concreto ACAVA LIMITED afirma que las marcas de COLOR ROSADO Pantone 183C concedidas a favor de POSTOBÓN no eran aptas a registro al no encontrarse delimitadas por una forma distintiva, mientras que Colombia al responder el argumento de la demandante, enuncia que la forma no debe ser distintiva sino el color en sí.
135. El coadyuvante argumentó que la demandante realizó una interpretación errada de los artículos 134 literal e) y 135 literal h) de la Decisión 486, ya que si bien es cierto que ambas disposiciones aluden a que el color debe estar delimitado por una forma, también es cierto que no exigen que sean formas distintivas.
136. La norma comunitaria, específicamente el literal e) del artículo 134 de la Decisión 486, prevé el registro de un color delimitado por una forma o una combinación de colores, es decir, que cuando el mismo se encuentra comprendido en una silueta o trazo puede acceder al registro como marca, siempre que éste no caiga en alguna otra causal de irregistrabilidad¹³.
137. Contrario sensu, la Decisión 486 en su artículo 135 literal h) prohíbe el registro de un color aisladamente considerado. Al respecto el Tribunal ha señalado que la prohibición contemplada en el literal h) del artículo 135 de la Decisión 486 se refiere, en primer lugar, a los siete colores fundamentales del arco iris, prohibición que se apoya en la circunstancia de que el número de los colores fundamentales y puros es ciertamente muy limitado: la acentuada escasez de colores fundamentales y puros contrasta visiblemente con la gran abundancia de denominaciones y elementos gráficos. De donde se sigue que, si a través de una marca, una empresa pudiese apropiarse de un color fundamental o puro, obtendría una ventaja competitiva desmesurada y, al mismo tiempo, los competidores tropezarían con un grave obstáculo que podría llegar a bloquear el libre acceso al mercado.¹⁴
138. Los efectos obstruccionistas derivados de la concesión de una marca sobre un color fundamental o puro serían particularmente palpables en la hipótesis de que el color fuese necesariamente común a un género o línea de productos o a su envoltorio o envase.¹⁵

¹³ Proceso 111-IP-2009.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.





139. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la prohibición bajo análisis no es absoluta, pues ella sólo opera cuando el color no se encuentra "delimitado por una forma específica", es decir, como se tiene dicho, se permite el registro de colores debidamente delimitados por una forma determinada.
140. Se debe aclarar que lo particular de este tipo de marcas es en sí el color, si bien el legislador ha requerido como requisito adicional que se encuentre delimitado por una forma, el análisis de distintividad no se puede realizar de manera independiente respecto de los elementos integrantes del signo solicitado, exigiendo de esta manera un requisito no contemplado en la Norma Andina consistente en la distintividad de la forma que delimita el color, debido a que si se exigiere lo anterior se desnaturalizaría la esencia de la marca de color.
141. En el caso en concreto el demandado por intermedio de la SIC en las Resoluciones No. 00001075 y 00001076 del 19 de enero de 2015, analizó lo regulado en el artículo 135 literal h) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de la siguiente manera:

"(...) Al analizar lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se puede concluir lo siguiente: En primer lugar, que los colores primarios no son apropiables en su concepto, lo cual no excluye que en su tonalidad sí lo sean. En segundo lugar, para que un color sea protegido como marca debe estar delimitado por una forma específica. En este punto cabe aclarar que la norma no condiciona la forma que debe delimitar el color, de este modo podría darse paso a dos posiciones. La primera, que indicaría que la forma que delimita el color debe ser distintiva, es decir, que se aleje de la forma usual, natural o funcional del producto, que pretende distinguir; la segunda, indicaría que la forma que delimita el color no debe tener ningún condicionamiento. Analizando las dos posiciones, se evidencia que la primera postura que exige la distintividad de la forma que delimita el color, genera un requisito adicional que no exige la norma, y que podría ser entendido como un requisito de novedad en el conjunto marcario, dado que demandaría que además de que el color sea diferente es su tonalidad al color primario, el producto que lo contiene sea completamente diferente a los preexistentes.

*Lo anterior no significa que la inaplicabilidad del literal h) conlleve la concesión automática del registro de la marca. **En efecto, si bien la causal del literal h) no exige que la forma que delimita el color sea distintiva, el conjunto marcario entendido como el color y la forma, sí lo debe ser.** Así, un color delimitado por una forma no es apto para identificar productos cuando el color es propio de esos productos, ya sea porque es el color natural del bien, porque es usual, o porque el consumidor lo asocia con el producto mismo y aunado a ello no se encuentra delimitado por una forma que le dé al conjunto la distintividad requerida. Pero, si el color no es apropiable y la forma que lo delimita sí puede serlo, dado que consiste en un envase o envoltura*





que cumple con los requisitos exigidos para ser marca, el signo será de aquellos consistentes en una marca tridimensional

De este modo, se puede concluir que para nuestro ordenamiento un color puede constituir una marca si se encuentra delimitado por una forma, o incluso cuando se encuentra aisladamente considerado, y por su uso constante en el País Miembro ha adquirido aptitud distintiva respecto de los productos o servicios a los cuales se aplica, y además no se encuentra incurso en alguna causal de irregistrabilidad de las que habla el artículo 136 de la Decisión 486 de 2000 (...) (subrayado y negrillas propio)

"(...) igualmente es preciso indicar que en la presente solicitud se analiza el color, y no la forma dentro de la cual éste está delimitado. Lo anterior no implica en modo alguno la excepción a la obligación de usar la marca tal y como se registra. El hecho de que la forma que delimita el color no fuera reivindicada no significa que el color pueda ser usado de cualquier manera, o que haya sido registrado sin forma, pues de lo contrario el solicitante no habría radicado dos solicitudes diferentes en las que se puede apreciar el color rosado delimitado por la forma de un vaso y de una botella.

En consecuencia, la forma sí es relevante a la hora de presentar el producto a los consumidores, (...) Y claramente la forma también es importante para la solicitante, quien presentó dos solicitudes de marcas de color (rosado Pantone 183C) cada una delimitada por una forma diferente (vaso y botella)

142. Como se puede observar en el presente caso, el criterio jurídico adoptado por la SIC no es un acto que se oponga a lo regulado en la normatividad andina ni obstaculiza su aplicación, por el contrario, se encuentra conforme a la misma y además acoge la interpretación auténtica de la norma realizada por el TJCA, al estudiar el color solicitado dentro de una forma delimitada, siendo totalmente viable de registro, siempre y cuando sea distintivo y pueda ser representado gráficamente.
143. Cuando la SIC toma la decisión de conceder el registro de una marca al confirmar que es distintiva, toda vez que no existen otros signos en el mercado que puedan impedir su registro y que intrínsecamente constituya un signo que cumple con los requisitos para ser considerado como marca, no es acto sujeto a que este Tribunal lo catalogue como incumplimiento.
144. El TJCA bajo ningún concepto interfiere en las decisiones que tome la autoridad nacional bajo los elementos de prueba, bases de datos y cotejo de otros signos en el mercado cuando resuelve conceder o denegar una marca, lo que hace este Organismo Internacional es velar por que se cumpla la norma comunitaria, lo cual en el caso en concreto bajo los





lineamientos y parámetros tomados por la autoridad de Colombia fueron aplicados, por lo que no se considera que exista incumplimiento en la aplicación del artículo 134 literal e) de la Decisión 486.

145. En cuanto a los literales a), b) y h) del artículo 135 de la Decisión 486, habiendo analizado el artículo 134 el cual está ligado a los literales a) y b), se concluye que tampoco existe incumplimiento de dichas normas, ya que la autoridad nacional tomó el criterio jurídico señalado en la normatividad comunitaria.

146. Finalmente, en cuanto a lo que enuncia el literal h) del artículo 135 de la Decisión 486, cuando como prohibición determina que no se podrá conceder el registro como marca de un signo que consista en un color aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica, lo opuesto es que sí se lo puede conceder cuando se lo delimite por una forma quedando a criterio de la autoridad determinar el análisis de registrabilidad del signo solicitado.

Sobre la base de lo expuesto, el **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**, de conformidad con el artículo 24 de su Tratado de Creación, en concordancia con el artículo 107 de su Estatuto.

DECIDE:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** en todos sus extremos la demanda de incumplimiento presentada por **ACAVA LIMITED**.

SEGUNDO: Archivar el proceso.

De conformidad con el último párrafo del artículo 90 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, firman la presente Sentencia los señores Magistrados que participaron en su adopción.

Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
MAGISTRADA

Luis Rafael Vergara Quintero
MAGISTRADO





Hernán Rodrigo Romero Zambrano
MAGISTRADO

De acuerdo con el artículo 90 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, firman igualmente la presente Sentencia el Presidente y el Secretario.

Hugo Ramiro Gómez Apac
PRESIDENTE

Luis Felipe Aguilar Feijóo
SECRETARIO

Notifíquese la presente sentencia y remítase copia certificada a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo previsto en el artículo 43 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en el artículo 98 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.





TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

PROCESO 04-AN-2017

Acción de Nulidad interpuesta por la República del Perú contra las Resoluciones 1798 de 31 de julio de 2015 y 1808 de 13 de octubre de 2015 emitidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina

Magistrado ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano

El TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito a los treinta días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunido en Sesión Judicial, adopta la presente Sentencia por mayoría. El Magistrado Hugo Ramiro Gómez Apac disiente de la posición tomada por los demás Magistrados¹.

VISTOS:

1. El escrito de 24 de julio de 2017, recibido físicamente en la Secretaría del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, **TJCA**) el 28 de julio de 2017, mediante el cual la República del Perú (en adelante, **Perú**) presentó Acción de Nulidad contra la Resolución 1798 de 31 de julio de 2015 "Cumplimiento de las normas de origen de la Comunidad Andina en la producción de cocinas por parte de la empresa ecuatoriana FIBRO ACERO S.A." (en adelante también, **Resolución 1798**) y contra la Resolución 1808 de 13 de octubre de 2015 (en adelante, **Resolución 1808**) que resuelve el Recurso de Reconsideración presentado por el Perú contra la Resolución 1798, ambas emitidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, **SGCA**).
2. El Auto emitido por el TJCA el 27 de octubre de 2017, a través del cual decidió admitir a trámite la demanda presentada por Perú y otorgó a la SGCA el plazo de cuarenta (40) días contados a partir de su notificación para que proceda a su contestación. Asimismo, reconoció personería a la abogada Sara Rosana Rosadio Colán, como representante de Perú, y a los abogados John Ramiro Cusipuma Frisancho y Carlos Javier Rabanal Sobrino, para intervenir como abogados apoderados de dicho País Miembro.
3. El 12 de diciembre de 2017, la Secretaría del TJCA recibió vía correo el Oficio SG/E/SJ/2713/2017, mediante el cual el doctor Walker San Miguel

¹ El voto disidente del señor Magistrado Hugo Ramiro Gómez Apac consta en el Memorando N° 007-MP-TJCA -2019, anexo al Acta N° 04-J-TJCA-2019 correspondiente a la Sesión Judicial celebrada el día 25 de marzo de 2019.





Rodríguez, en calidad de Secretario General de la SGCA, presentó escrito de contestación a la demanda.

4. El Auto de 08 de febrero de 2018, por el cual el TJCA tuvo por contestada la demanda por parte de la SGCA y reconoció personería para actuar al doctor Walker San Miguel Rodríguez, así como a los abogados Jorge Salas Vega y Pablo Ezedín Alarcón Prado. Del mismo modo, se puso en conocimiento de Perú, por el término de 10 días, la excepción previa presentada por la SGCA, y tuvo por presentadas las pruebas aportadas por la parte demandada.
5. El Oficio 009-2018-MINCETUR/VMCE/DGGJCI, recibido en la Secretaría del TJCA vía correo electrónico el 21 de febrero de 2018, mediante el cual Perú contestó la excepción previa presentada por la SGCA.
6. El Auto de 12 de abril de 2018, a través del cual el TJCA resolvió la excepción previa presentada por la SGCA, declarándola infundada.
7. El Auto de 24 de mayo de 2018, mediante el cual el TJCA decidió abrir un periodo probatorio de diez (10) días calendario y se solicitó a la SGCA que remita cinco copias íntegras de los expedientes de los procedimientos administrativos que dieron lugar a la emisión de las Resoluciones 1798 y 1808. Asimismo, se requirió a Perú que remita copia de las evaluaciones preliminares realizadas por el Viceministerio de Comercio Exterior, enunciadas en el oficio 071-2014-MINCETUR/VMCE de fecha 18 de febrero de 2014, dirigido a la Administración Tributaria Peruana (SUNAT).
8. El Oficio SG/E/SJ/996/2018 de 30 de mayo de 2018, recibido vía correo electrónico en la Secretaría del TJCA el 31 del mismo mes y año, por medio del cual la SGCA presentó los documentos solicitados por el TJCA mediante Auto de 24 de mayo de 2018.
9. El Oficio 021-2018-MINCETUR/VMCE/DGGJCI de 31 de mayo de 2018, recibido vía correo electrónico en la misma fecha y vía courier el 07 de junio de 2018, en el que Perú se pronunció acerca de la documentación que le fuera requerida en Auto de 24 de mayo de 2018.
10. El Auto de 21 de junio de 2018, en el que el TJCA decidió tener por presentadas las pruebas requeridas a la SGCA, y correr traslado a dicho órgano comunitario del Oficio 021-2018-MINCETUR/VMCE/DGGJCI enviado por Perú.
11. El Oficio SG/E/SJ/1204/2018 de 27 de junio de 2018, recibido vía correo electrónico en la misma fecha, a través del cual la SGCA respondió el mencionado traslado, dispuesto mediante Auto de 21 de junio de 2018.
12. El Auto de 07 de septiembre 2018 en el que el TJCA decidió convocar a las partes a audiencia pública, señalando para su realización el día 23





de octubre de 2018, a las 15H00.

13. Que el 23 de octubre de 2018 se llevó a cabo la audiencia pública en la que participaron Perú y la SGCA.
14. Que el 30 de octubre de 2018, la SGCA presentó sus alegatos de conclusión.
15. Que el 31 de octubre de 2018, Perú presentó sus alegatos de conclusión.

ANTECEDENTES:

Resolución 1798 expedida por la SGCA

16. Mediante Resolución 1798 la SGCA estableció que:

"(...) las mercancías clasificadas en la subpartida NANDINA 7321.11.19, modelos de cocina: Alessandra III, Extream Plus y Gianella; elaboradas en la República del Ecuador por la empresa FIBRO ACERO S.A. y exportadas a la República del Perú, señaladas en los certificados de origen que figuran en el Cuadro 1 de la parte considerativa de esta Resolución, cumplen con las normas de origen establecidas en la Decisión 416; y, específicamente, con el literal d) del artículo 2 y los artículos 9 y 11 de dicha Decisión."

Resolución 1808 expedida por la SGCA

17. En la Resolución 1808, la SGCA declaró:

"(...) infundado el recurso de reconsideración presentado por dicho Gobierno [Perú] contra la Resolución 1798 por los argumentos expuestos en la presente Resolución y confirmarla en todos sus extremos."

Argumentos presentados por la República del Perú en su escrito de demanda, en su informe oral en Audiencia Pública y en sus alegatos de conclusión

18. Perú en su escrito de demanda manifiesta que las causales de nulidad que, en su criterio, vician las Resoluciones 1798 y 1808 son las referentes a: i) violación del ordenamiento jurídico comunitario; y, ii) desviación de poder.
19. En relación con la primera causal, Perú considera que la SGCA habría transgredido las siguientes normas comunitarias al emitir las Resoluciones 1798 y 1808:
 - Artículo 30, literal a) del Acuerdo de Cartagena, codificado mediante Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina.
 - Artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, **Tratado de Creación del TJCA**).





codificado mediante Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina.

- Artículo 2 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, **Estatuto del TJCA**), Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.
- Artículos 15 y 16 de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina – Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías.
- Artículos 3, 5, 7, 27 y 42 de la Decisión 425 - Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.
- Artículo 1 de la Resolución 1733 de la SGCA – Estructura orgánico funcional de la SGCA.

Fundamentos de hecho

Perú expuso que:

20. Mediante Oficio N° 71-MINCETUR/VMCE de fecha 18 de febrero de 2014, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo solicitó a la Administración Tributaria Peruana (SUNAT) que actúe en concordancia con lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Decisión 416 de la CAN respecto de las cocinas clasificadas en la subpartida NANDINA 7321.11.19 procedentes del Ecuador, en tanto estas mercancías podrían no estar cumpliendo con la normativa de origen establecida en la mencionada Decisión. En ese sentido se le solicitó que exija la constitución de garantías para la importación de dichas mercancías, en concordancia con la normativa aplicable.
21. Mediante los Memorándum N° 168, 281 y 333-2014-MINCETUR/VMCE/UO, solicitó a la Dirección Nacional de Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (DNINCI, actual Dirección General de Negociaciones Comerciales Internacionales - DGNCI) del Perú, que requiera al órgano de enlace de Ecuador confirme la autenticidad y veracidad de los Certificados de Origen detallados en el Cuadro 1, y que remita la documentación que acredite el origen de las mercancías que ellos amparan.
22. Mediante Facsímiles N° 165, 294 y 393-2014-MINCETUR/VMCE/DNINCI, comunicó a Ecuador el inicio de procedimientos de verificación de origen y la constitución de garantías sobre las mercancías amparadas por los Certificados de Origen antes mencionados. Con los Facsímiles N° 166, 295 y 392-2014-MINCETUR/VMCE/DNINCI, recibidos entre el 12 de junio y el 9 de octubre de 2014, Perú comunicó a la SGCAN el inicio de dichos procedimientos.
23. Habiendo transcurrido el plazo establecido en el Artículo 16 de la Decisión 416, Perú mediante Facsímiles N° 144, 184 y 209-2014-MINCETUR/VMCE/DNINCI, y Ecuador mediante Oficio N° MCE-





SDYNC-2014-0104, respectivamente, solicitaron la intervención de la SGCAN a fin de que se pronuncie sobre el cumplimiento de las normas de origen de las mercancías clasificadas en la subpartida NANDINA 7321.11.19 y amparadas por los Certificados de Origen detallados en el Cuadro 1.

24. Mediante Resolución 1798, publicada el 3 de agosto de 2015 en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina, la SGCA declaró que las mercancías clasificadas en la subpartida NANDINA 7321.11.19, de los modelos Alessandra III, Extream Plus y Gianella, elaboradas por la empresa FIBRO ACERO S.A. y exportadas al Perú, comprendidas en los Certificados de Origen señalados en el siguiente Cuadro, cumplen con las normas de origen establecidas en la Decisión 416, específicamente el literal d) del artículo 2 y los artículos 9 y 11 de dicha Decisión:

Cuadro: Certificados de Origen objeto de Garantías por Perú remitidos a la SGCAN

CERTIFICADO DE ORIGEN	FECHA DEL CERTIFICADO DE ORIGEN	ENTIDAD HABILITADA	MODELOS	FACTURA	FECHA DE EMISIÓN DE LA FACTURA
17106344	24/03/2014	FEDEXPOR	Gianella, Extream Plus	1020000874	22/03/2014
17106541	12/05/2014	Cámara de Ind. de Cuenca	Alessandra III	1020000907	10/05/2014
16901667201400000080P	11/08/2014	Cámara de Ind. de Cuenca	Gianella	10020000955	07/08/2014
16901667201400000102P	29/08/2014	FEDEXPOR	Gianella	10020000967	29/08/2014

25. Además, en el Artículo 2 de la Resolución 1798, se estableció que, de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 17 de la Decisión 416, al haberse aclarado la situación que motivó el procedimiento, Perú debía dejar sin efecto las garantías aplicadas a los Certificados de Origen comprendidos en el Cuadro 1 de dicha Resolución.
26. Mediante Oficio N° 14-2015-MINCETUR/VMCE/DNINCI de 16 de septiembre de 2015, Perú interpuso un Recurso de Reconsideración contra la Resolución 1798, de conformidad a los Artículos 37 y 39 de la Decisión 425, argumentando lo siguiente:
- La SGCA no se habría pronunciado en base a medios probatorios idóneos para verificar el cumplimiento del origen de las cocinas amparadas en los certificados de origen materia de verificación.
 - La información del resumen no confidencial debe formar parte del expediente público; el cual debía permitir una cabal comprensión de la información proporcionada por la empresa y declarada como confidencial.
 - En el Informe Técnico y la Resolución 1798 se indica que "no se contaba con toda la información para efectos de hacer una





determinación (...) incluso que no cumplió con lo estipulado en la normativa andina de calcular la participación del valor de los materiales no originarios sobre el valor FOB de la mercancía".

- En la Resolución 1798 no se indica las fechas en que fueron producidas las mercancías amparadas por los certificados analizados. Dicha información es muy relevante para fines del procedimiento de verificación debido a que la información sobre materiales utilizados debe corresponder a la fecha en que fue producida la mercancía bajo verificación y no a la fecha de emisión del certificado de origen que la ampara.
 - El Perú no está obligado a sustentar la presunción de incumplimiento de origen.
27. Solicitó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 1798 debido a los perjuicios de difícil reparación que se podrían ocasionar por contener severos vicios que acarrearían su nulidad.
28. La SGCA emitió la Resolución 1808, publicada en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina el 14 de octubre de 2015, en la cual declaró infundada la solicitud de medidas cautelares presentada por Perú debido a que no aportó los medios probatorios suficientes para demostrar la concurrencia de los tres requisitos que dispone el segundo párrafo del Artículo 41 de la Decisión 425.
29. Asimismo, en su Artículo 2, la Resolución 1808 declaró infundado el Recurso de Reconsideración presentado por Perú y, por ende, confirmó la Resolución 1798 en todos sus extremos.

Fundamentos de derecho

i. Vulneración del ordenamiento jurídico comunitario

Falta de debida motivación (Artículo 7, literal c) de la Decisión 425)

Perú sostiene que:

30. Las Resoluciones 1798 y 1808 carecen de debida motivación y vulneran lo establecido en el literal c) del Artículo 7 de la Decisión 425, toda vez que la SGCA:
- i. No ha recabado los medios probatorios idóneos y suficientes que sustenten un análisis adecuado sobre el cumplimiento de las normas de origen;
 - ii. No ha explicado por qué seleccionó un período de muestra tan aleatorio e insuficiente para la recopilación de la información sobre los materiales empleados en la producción de las mercancías objeto de verificación, imposibilitando la acreditación del cumplimiento de la norma de origen prevista en el Literal d) del Artículo 2 de la





- Decisión 416;
- iii. No ha revisado ni señalado la totalidad de materiales originarios y no originarios que intervienen en el proceso productivo de las mercancías investigadas de forma cabal y comprensible que permita sustentar el cumplimiento de las normas de origen; y,
 - iv. Ha pretendido invertir la carga de la prueba sobre el País Miembro importador respecto al cumplimiento de las normas de origen establecido en el Artículo 16 de la Decisión 416.
31. Los medios probatorios seleccionados por la SGCAN no son idóneos ni pertinentes para verificar el cumplimiento de las normas de origen de las mercancías amparadas en los certificados de origen observados y que en ningún extremo de la Resolución 1798 la SGCA cumplió con detallar la totalidad de la información solicitada, revisada y/o corroborada, sino que únicamente hizo referencia a algunos documentos revisados por la SGCA.
 32. El análisis de calificación de origen realizado por la SGCA: i) no demuestra de manera fehaciente que el proceso productivo de las mercancías objeto de verificación se haya llevado a cabo en el territorio del Ecuador, (ii) que los materiales utilizados sean originarios de los Países Miembros, (iii) ni que se haya realizado un análisis de trazabilidad que permita conocer las distintas etapas que lo componen.
 33. No es posible concluir que la documentación analizada por la SGCA sea adecuada como sustento para acreditar el origen de las mercancías amparadas por los Certificados de Origen cuestionados por Perú. En consecuencia, el análisis llevado a cabo por la SGCA no logra acreditar que las mercancías investigadas cumplen con lo establecido en la Decisión 416.
 34. La SGCA no ha fundamentado por qué seleccionó un período de muestra tan aleatorio e insuficiente para la recopilación de la información sobre los materiales empleados en la producción de las mercancías objeto de verificación, y que el período de muestra seleccionado (marzo a junio de 2014) por el órgano comunitario no guarda una relación temporal coherente con las fechas de emisión de los Certificados de Origen observados (marzo, mayo y agosto de 2014), lo cual no acredita que la información recabada corresponda a la fecha de producción de las mercancías amparadas.
 35. La SGCA no señaló cuales fueron las fechas de fabricación de las mercancías investigadas. Considera que esta situación no permite demostrar fehacientemente que existe correlación entre dichas fechas y el período de muestra seleccionado.
 36. El análisis plasmado en la Resolución 1798, y confirmado en la Resolución 1808, se sustenta en información inadecuada sobre los materiales utilizados en el proceso productivo de las mercancías amparadas en los Certificados de Origen observados, lo cual demuestra





una manifiesta falta de motivación en sus pronunciamientos que acarrea la nulidad de pleno derecho de las Resoluciones mencionadas.

37. Las Resoluciones 1798 y 1808 carecen de una debida fundamentación al determinar que los 3 modelos de las mercancías investigadas sí cumplen con las normas de origen y que la SGCA se pronunció en función de los modelos de las mercancías investigadas, clasificadas en la subpartida NANDINA 7321.11.19. De esta forma, habría emitido un pronunciamiento que fue más allá de lo solicitado por dicho País Miembro, puesto que en el Artículo 1 de la Resolución 1798 resolvió sobre mercancías a producirse en el futuro, respecto de las cuales no se puede tener certeza de que los procesos productivos, proveedores y materiales utilizados sean los mismos, y sobre futuras emisiones de certificados de origen y que con la simple presentación de documentos no le fue posible a la SGCA conocer en detalle cómo y dónde fueron fabricadas las mercancías amparadas en los Certificados de Origen observados.
38. La SGCA interpreta incorrectamente el Artículo 16 de la Decisión 416 al invertir la carga de la prueba respecto del origen de las mercancías al País Miembro importador, y que no existe norma o disposición alguna en la Decisión 416 que obligue al País Miembro importador a participar y aportar la información que disponga, o que se establezca una diferenciación entre la etapa de consultas bilaterales o propiamente del procedimiento de verificación de origen ante la SGCA; que en la medida en que las Resoluciones 1798 y 1808 se sustentan en interpretaciones erradas, dichos pronunciamientos se encuentran viciados por falta de debida motivación.

ii. Desviación de poder

Perú sostuvo que:

39. La SGCA incurrió en desviación de poder al pronunciarse sobre mercancías y Certificados de Origen que no fueron materia de las solicitudes de verificación presentadas por Perú.
40. La verificación de origen de una mercancía no tiene como objetivo una línea de producción (modelo) o una subpartida, sino el cumplimiento de la regla de origen que corresponde a una mercancía amparada por un Certificado de Origen, a la cual se le impondrá una garantía.

Argumentos presentados por la Secretaría General de la Comunidad Andina en su escrito de contestación a la demanda, en su informe oral en Audiencia Pública y en sus alegatos de conclusión

A continuación, se resumen los principales argumentos de la SGCA incluidos en su contestación a la demanda, en el informe oral en Audiencia Pública y en su escrito de alegatos de conclusión.





Fundamentos de hecho y de Derecho

La SGCA manifiesta que:

41. En el presente caso, el criterio de origen aplicable a los productos de FIBRO ACERO S.A. se encuentra establecido en el Literal d) del Artículo 2 de la Decisión 416.
42. De la revisión del escrito de demanda, se advierte que la República del Perú, sólo presenta fundamentos de derecho referidos a que se declare la nulidad de las Resoluciones 1798 y 1808 de la SGCA, por lo siguiente:
 - Por carecer de la debida motivación y vulnerar así lo dispuesto en el Literal c) del Artículo 7 de la Decisión 425;
 - Por vulnerar lo establecido en los Artículos 15 y 16 de la Decisión 416; y,
 - Por desviación de poder.
43. Por tal razón, manifiesta que solo se referirá únicamente a los argumentos donde se ha centrado la litis, solicitando que el Tribunal no se aparte de los mismos, más aún cuando en el Auto de 24 de octubre de 2017 fijó cuales son los fundamentos de derecho de la demanda. Expresa que el apartarse de los puntos controvertidos fijados, pondría a la SGCA en un estado de indefensión por cuanto no ejercería su derecho de defensa.

i) Violación del ordenamiento jurídico comunitario

La SGCAN afirma que:

44. Las Resoluciones de la SGCA objeto de esta acción, están detalladamente motivadas por lo que cumplen con lo establecido en inciso c) del artículo 7 de la Decisión 425 y que en las Resoluciones se han expuesto los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales se basa su determinación, así, se analizó la información aportada por las partes, se expresó los resultados de lo apreciado en la visita *in situ* y se corroboró el proceso productivo.
45. En relación con la afirmación del Demandante de que la SGCA interpreta incorrectamente el Artículo 16 de la Decisión 416 al invertir la carga de la prueba respecto del origen de las mercancías al País Miembro Importador, el segundo párrafo del Artículo 16 de la Decisión 416, establece de manera clara y expresa la información que debe acompañar a la comunicación de la medida impuesta por el País Miembro Importador, por lo que el alegato de Perú que establece que no existe norma o disposición alguna en la Decisión 416 que obligue al País Miembro Importador a participar y aportar información de la que disponga, no tiene fundamento alguno.





46. Perú no suministró los antecedentes, acontecimientos o fundamentaciones que motivaron la aplicación de garantías, siendo que Ecuador y la SGCA desconocieron por un lado cuál es la duda de Perú y por otro se desconoció el motivo por el cual este país solicita cierta información y documentación.
47. Al no suministrar Perú los antecedentes, acontecimientos o fundamentaciones que motivaron la aplicación de garantías, afectaron la intervención de la SGCA al desconocer en que centrar la misma, lo que generó un exceso en el uso de tiempo y recursos, yendo en contra de los principios de economía procesal, celeridad, eficacia, transparencia, uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y racionalización de la actividad administrativa.
48. Respecto de que la SGCA no ha fundamentado por qué seleccionó un período de muestra aleatorio e insuficiente para recopilar información sobre los materiales empleados en el proceso de producción de las mercancías investigadas en la Resolución 1798, sostiene que en atención a los principios de legalidad, economía procesal, celeridad y eficiencia para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y racionalización de la actividad administrativa, establecidos en los Artículos 5 y 27 de la Decisión 425, antes descritos, determinó la pertinencia de la toma de una muestra, la cual contiene las características relevantes de las mercancías sujetas de verificación.
49. Respecto de que los medios probatorios seleccionados por la SGCA no son idóneos ni pertinentes para verificar el cumplimiento de las normas de origen de las mercancías amparadas en los Certificados de Origen observados, manifiesta que en la Decisión 416 no existe un procedimiento o parámetros para que la SGCA realice su pronunciamiento, razón por la que Perú no cuenta con sustento normativo alguno para exigir que una verificación se realice de una determinada manera.
50. La Decisión 416 en ninguno de sus extremos establece que sea necesaria demostrar la trazabilidad de los materiales utilizados en la producción de una determinada mercancía, ni establece los elementos que deben ser recabados para demostrar que el proceso de producción fue llevado a cabo en un País Miembro, ni cómo se debe acreditar el origen de los insumos.
51. Respecto de que las Resoluciones 1798 y 1808 carecen de una debida fundamentación al determinar que los 3 modelos de mercancías investigadas si cumplen con las normas de origen, la SGCA expresa que efectuó una amplia recopilación de información para poder corroborar el cumplimiento de origen de las cocinas exportadas por FIBRO ACERO S.A. y visitó la planta de la





mencionada empresa ubicada en territorio ecuatoriano constatando la existencia del proceso productivo, verificando que dicha empresa cuenta con todos los respaldos que acreditan el cumplimiento de origen establecido en el artículo 2, Literal d) de la Decisión 416.

52. Perú no presentó ningún sustento en que base su conclusión de que la información y documentación presentada por la empresa y por Ecuador, así como la visita efectuada por la SGCA no son suficientes para determinar el cumplimiento de la norma de origen, motivo por el cual considera que esta aseveración, al no tener motivación o justificación alguna, debe desestimarse.

ii) Fundamentos vinculados con la desviación de poder

La SGCA sostuvo que:

53. El haberse pronunciado sobre el cumplimiento de las normas de origen de las mercancías producidas por la empresa FIBRO ACERO S.A., sin relacionarlas a un determinado número de certificados de origen, no quita a Perú la facultad de seguir dudando respecto al origen de dichas mercancías; sin embargo, es necesario que motive de manera adecuada la duda a efectos de aplicar nuevamente garantías. La SGCA opina que Perú más allá de sus propias argumentaciones no demuestra su alegación, considerando que confunde la figura de desviación de poder.

CONSIDERANDO:

54. Que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA) es competente para conocer de la presente controversia en virtud de lo previsto en los Artículos 17 y 18 del Tratado de Creación del TJCA² en concordancia con las normas del Título III de su Estatuto, mediante las cuales se regula lo pertinente a la acción de nulidad.
55. Que se han observado las formalidades inherentes a la acción de nulidad, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado.
56. Que en este estado procesal y habiéndose agotado todo el trámite

² Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.-

"Artículo 17.- Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiera el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado.

Artículo 18.- Los Países Miembros sólo podrán intentar la acción de nulidad en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo."





conforme lo establece la normativa comunitaria andina, se procederá a dictar Sentencia, para lo cual el TJCA estima necesario referirse a los siguientes aspectos:

PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Puntos objeto de la sentencia del TJCA

57. Considerando los argumentos de la demanda, de la contestación a la demanda, así como lo alegado y probado por las partes, lo manifestado en sus informes orales en la Audiencia Pública, y en sus alegatos finales, los puntos que constituirán objeto de la Sentencia del TJCA son:
- I. Naturaleza y alcances de la acción de nulidad;
 - II. El programa de liberación
 - III. La calificación, declaración y certificación del origen de las mercancías
 - IV. Control de los certificados de origen y constitución de garantías
 - V. Principios de cooperación leal y buena fe de los Países Miembros. Abuso del derecho
 - VI. Si las Resoluciones de la SGCA 1798 y 1808 violan el ordenamiento jurídico comunitario por falta de motivación, respecto a:
 - Medios probatorios que sustentan el análisis sobre el cumplimiento de las normas de origen
 - Periodo muestral seleccionado para la recopilación de información sobre los materiales empleados en la producción de las mercancías objeto de verificación
 - Materiales originarios que intervienen en el proceso productivo de las mercancías investigadas
 - Inversión de la carga de la prueba respecto del cumplimiento de las normas de origen
 - VII. Si la SGCA incurrió en desviación de poder; y,
 - VIII. Sobre la condena de costas solicitada por la SGCA.

Desarrollo de los puntos objeto de la sentencia del TJCA

I. Naturaleza y alcances de la acción de nulidad

58. El Artículo 17 del Tratado de Creación del TJCA dispone que:

“Artículo 17.- *Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando*





sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado".
(Subrayado agregado)

59. Asimismo, el Artículo 101 del Estatuto del TJCA, señala:

*"**Artículo 101.- Objeto y finalidad.** La acción de nulidad podrá incoarse ante el Tribunal con el fin de que este declare la nulidad de las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios que se refiere el literal e) del Artículo 1 del Tratado, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder."*

(Subrayado agregado)

60. El Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA establece que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina;
- y
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

61. A su vez, el Artículo 2 del Estatuto del TJCA dispone que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario y por normas derivadas o de derecho secundario. Las normas de derecho primario están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los Países Miembros en materia de integración comunitaria andina así como por sus protocolos adicionales y modificatorios. Las normas de derecho secundario o derivado están constituidas por las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, por las Resoluciones de la Secretaría General, por los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andino.

62. Todas las normas mencionadas en el Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA y en el Artículo 2 del Estatuto del TJCA, ya sea que se trate de normas de derecho primario (normas fundamentales o constitucionales) o de derecho secundario (normas derivadas), constituyen fuentes típicas pues han sido reconocidas de modo expreso por el derecho positivo del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.





63. Las fuentes típicas a su vez pueden ser clasificadas entre aquellas que tienen efectos jurídicos generales (*erga omnes*) y las que tienen efectos jurídicos particulares. Todas las normas de derecho primario tienen efectos jurídicos generales. Tratándose de las normas de derecho secundario, tenemos que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina tienen efectos jurídicos generales, mientras que las Resoluciones de la SGCA y los Convenios a que se refiere el Artículo 1 del Tratado de Creación del TJCA pueden tener efectos jurídicos generales, en unos casos, o efectos jurídicos particulares, en otros casos, según la situación de que se trate.
64. En efecto, centrándonos en las Resoluciones de la SGCA, aquellas que reglamentan Decisiones, tienen, como es evidente, carácter normativo, es decir, efectos jurídicos generales. En cambio, una Resolución de dicha instancia que se pronuncie sobre el cumplimiento de las normas de origen de la Comunidad Andina por parte de una mercancía determinada, tiene efectos jurídicos particulares, similar al que tiene un acto jurídico emitido por autoridad nacional competente, como es el caso del acto administrativo emitido por una entidad de la Administración Pública³.
65. De acuerdo con lo establecido en los párrafos precedentes, este órgano jurisdiccional tiene competencia para analizar la validez de normas de derecho secundario o normas derivadas, en el marco de las acciones de nulidad propuestas por quienes tienen legitimidad para ello.
66. La Acción de Nulidad importa un análisis de la validez de la norma impugnada. Este análisis tiene por objeto determinar si la norma cuestionada es conforme o no al ordenamiento que conforman las normas de derecho primario o secundario. Dicho en otros términos, el análisis de validez tiene por objeto determinar si la norma materia de cuestionamiento respeta o no las disposiciones jurídicas contenidas en las normas fundamentales o constitucionales, en unos casos, o las normas derivadas, en otros, lo que supone, como puede advertirse, un control de legalidad.
67. La Acción de Nulidad, por tanto, debe ser entendida como el instrumento procesal de carácter comunitario que tiene por objeto preservar la jerarquía normativa y la interpretación y aplicación coherente y uniforme

³ Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, aprobado por Decisión 425 de la Comunidad Andina del 18 de diciembre de 1997.-

"Artículo 9.- Los actos de la Secretaría General que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las Resoluciones de carácter normativo."

A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por Resoluciones de carácter normativo aquellas que no tengan destinatario específico o sean aplicables para la Comunidad Andina en su conjunto."





del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Así las cosas, y a modo de ejemplo, si se trata de una Decisión de la Comisión, el análisis de legalidad o validez tendrá por objeto determinar la conformidad de la referida Decisión con las normas constitucionales o fundamentales (normas de derecho primario). Si se trata de una resolución de la Secretaría General, el análisis de legalidad o validez comprenderá la conformidad de dicha Resolución con las normas de derecho primario y con determinadas normas de derecho secundario (como las Decisiones de la Comisión), según sea el caso.

68. En ese sentido, si una causal de nulidad es la vulneración o contravención del ordenamiento jurídico comunitario andino, el parámetro de control de legalidad son precisamente las fuentes de derecho primario o secundario, las cuales no solo son las disposiciones contenidas literalmente en los Artículos de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, sino también el objeto, contenido y alcance de dichas disposiciones, las cuales deben ser interpretadas y aplicadas en el marco de la normativa comunitaria.
69. De conformidad con el Tratado de Creación del TJCA, el intérprete auténtico de la normativa andina es este Tribunal, el mismo que a través de sus interpretaciones prejudiciales⁴, —y evidentemente también de sus sentencias—, es el que define el objeto, contenido y alcance del ordenamiento jurídico comunitario andino.
70. Por otra parte, corresponde reconocer que todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, así como las actuaciones de los Países Miembros y de los Órganos e Instituciones del Sistema Andino de Integración, siempre deben ser interpretadas, evaluadas y juzgadas, a través del prisma del Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, que establece los objetivos y la finalidad del proceso de integración subregional andino, los cuales se constituyen como los fundamentos y pautas básicas que guían a la Comunidad Andina.
71. Ahora bien, el análisis de legalidad o validez que realiza el TJCA tendrá sus particularidades si la norma cuestionada tiene efectos jurídicos generales o si tiene efectos jurídicos particulares. En el primer caso, el control de legalidad o de validez privilegiará el carácter normativo de la norma cuestionada; en cambio, en el segundo, el control de legalidad o de validez privilegiará la naturaleza del acto jurídico de la norma cuestionada.
72. Si la norma cuestionada mediante la acción de nulidad tiene efectos jurídicos generales, el control de legalidad considerará los siguientes elementos de validez:

⁴ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. -

"Artículo 32.- Corresponderá al Tribunal 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."





- a) Si la norma fue emitida por autoridad competente.
 - b) Si la norma respeta la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, es decir, las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía.
 - c) Si la norma es razonable, lo que supone la aplicación del siguiente test de razonabilidad:
 - i) Si la norma tiene una finalidad legítima conforme al derecho comunitario andino.
 - ii) Si la disposición objeto de la norma es idónea para cumplir la finalidad buscada por esta; es decir, si hay una relación causal entre el fin perseguido y el objeto de la norma.
 - iii) Si el objeto de la norma es proporcional; esto es, que no hay una forma menos gravosa para alcanzar la finalidad buscada por la norma.
73. Para declarar la nulidad de la norma de efectos generales cuestionada, basta que no se cumpla uno de los elementos de validez antes mencionados. Para declarar su nulidad por falta de razonabilidad, basta que no se cumpla uno de los elementos del test de razonabilidad.
74. Si la norma impugnada, cuya legalidad o validez se cuestiona, es un acto de efectos particulares, como en el presente caso, una Resolución emitida por la SGCA que se pronuncia sobre el cumplimiento de las normas de origen de la Comunidad Andina por parte de una mercancía determinada, y una Resolución que decide sobre un Recurso de Reconsideración; es menester analizar, además, las disposiciones del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA (en adelante, el **Reglamento de la SGCA**), aprobado por la Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, norma que regula los elementos de validez, y en contraposición los presupuestos de invalidez (nulidad), de las resoluciones de la SGCA.
75. Así tenemos, en primer lugar, el Artículo 7 del Reglamento de la SGCA, que en sus literales a), b), d), e), f) y g), establece los requisitos de forma que deben cumplir las resoluciones mencionadas; y, en segundo lugar, el literal c) de dicho artículo, que se cita a continuación:

"Artículo 7.- Las Resoluciones de la Secretaría General serán dictadas por escrito y deberán contener:

(...)

- c) Los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales se basa, así como cuando corresponda, las razones que hubieren sido alegadas, la identificación del destinatario, precedidos de la palabra "Considerando";

(...)"





76. Como se puede apreciar, el Literal c) del Artículo 7 del Reglamento de la SGCA dispone que las resoluciones de este órgano comunitario deben contener los respectivos fundamentos de hecho y de derecho, lo que no es otra cosa que la motivación. Por tanto, un supuesto de invalidez o nulidad de una resolución de la SGCA es su falta de motivación.

77. Luego tenemos los Artículos 8º y 9º del Reglamento de la SGCA, los cuales establecen lo siguiente:

*"Artículo 8.- Las Resoluciones de la Secretaría General deberán ajustarse a lo establecido en el Acuerdo de Cartagena, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.
(...)"*

"Artículo 9.- Los actos de la Secretaría General que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las Resoluciones de carácter normativo.

A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por Resoluciones de carácter normativo aquellas que no tengan destinatario específico o sean aplicables para la Comunidad Andina en su conjunto."

78. Conforme al Artículo 8 antes citado, las resoluciones de la SGCA deben respetar el principio de jerarquía normativa. El Artículo 9, por su parte, diferencia a las resoluciones de la SGCA de carácter particular (o efectos particulares) de aquellas de carácter normativo (o efectos generales), estableciendo que una resolución de la SGCA de carácter particular no puede contradecir una resolución de la SGCA de carácter normativo.

79. Otra norma relevante para el análisis que se viene realizando es el Artículo 12 del Reglamento de la SGCA, que establece lo siguiente:

"Artículo 12.- Las Resoluciones y los actos de la Secretaría General serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

- a) Cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;*
- b) Cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; y,*
- c) Cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento."*

80. De la norma antes citada se advierte que son supuestos de invalidez que originan la nulidad de una resolución de la SGCA el que esta sea emitida por autoridad incompetente; que contravenga el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, es decir, que viole el principio de jerarquía normativa (lo que implica que su objeto o contenido sea ilegal o ilícito); que su contenido u objeto sea de imposible ejecución; y que no cumpla con las normas esenciales del procedimiento.





81. Finalmente resulta pertinente tener presente el Artículo 39 del Reglamento de la SGCA, que estipula lo siguiente:

*"Artículo 39.- Al solicitar la reconsideración de actos de la Secretaría General, los interesados podrán impugnarlos, entre otros, por estar viciados en sus requisitos de fondo o de forma, e incluso por **desviación de poder**. Cuando el recurso verse sobre la existencia de pruebas esenciales para la resolución del asunto, que no estaban disponibles o que no eran conocidas para la época de la tramitación del expediente, deberá estar acompañado de tales nuevas pruebas."*

(Resultado agregado)

82. De acuerdo con lo establecido en el Artículo 39 del Reglamento de la SGCA, las resoluciones de este organismo comunitario pueden ser impugnados si incurren en el vicio de desviación de poder; esto es, cuando no cumplen la finalidad legítima prevista en la norma comunitaria correspondiente.
83. Considerando los Artículos 7º, 8º, 9º, 12º y 39º del Reglamento de la SGCA, es posible afirmar que son elementos esenciales de validez de las Resoluciones de la SGCA, los siguientes:
- a) Ser emitidas por autoridad competente;
 - b) Estar debidamente motivadas (fundamentos de hecho y de derecho);
 - c) Tener contenido u objeto legal o lícito, lo que implica respetar el principio de jerarquía normativa;
 - d) Tener contenido u objeto físicamente posible, lo que implica, además, que deba estar determinado;
 - e) Cumplir con las normas esenciales del procedimiento; y,
 - f) No incurrir en desviación de poder, lo que significa cumplir con la finalidad legítima (causa) prevista en la norma comunitaria correspondiente.
84. En contraposición a lo anterior, son presupuestos de invalidez que originan la nulidad de una resolución de la SGCA, cualquiera de los siguientes:
- a) Ser emitidas por autoridad incompetente;
 - b) Carecer de motivación, lo que se conoce como el falso supuesto de hecho y de derecho;
 - c) Contravenir el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; es decir, que viole el principio de jerarquía normativa (lo que





implica que su objeto o contenido sea ilegal o ilícito);

- d) Tener contenido u objeto indeterminado o físicamente imposible (de imposible ejecución);
 - e) No cumplir con las normas esenciales del procedimiento; e,
 - f) Incurrir en desviación de poder, lo que implica incumplir la finalidad (causa) pública prevista en la norma comunitaria respectiva.
85. Para declarar la nulidad de la resolución cuestionada, basta que este presente uno de los presupuestos de invalidez antes mencionados.
86. Conforme a lo establecido por el TJCA, y dado que la acción de nulidad constituye el mecanismo procesal que materializa una auténtica instancia autónoma de control jurisdiccional de los actos de efectos jurídicos particulares emitidos por la SGCA, para declarar la nulidad de los actos impugnados bastará que se demuestre que no se cumplió con uno de los elementos de validez descritos en el párrafo 68 del presente Informe.

II. El Programa de liberación

87. Los objetivos del proceso de integración subregional andino están definidos en el primer Artículo del Acuerdo de Cartagena⁵, entre los cuales se destacan los siguientes:
- Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social;
 - Acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; y,
 - Facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.
88. Asimismo, el citado Artículo primero establece que la finalidad de dicho proceso es procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.

⁵ Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena). -

"Artículo 1.- El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano."

Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.

Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión."





89. Con el propósito de alcanzar esos objetivos y cumplir con la finalidad del proceso de integración, los Países Miembros establecieron en el propio Acuerdo de Cartagena una serie de mecanismos y medidas, entre las que se destaca el Programa de Liberación del intercambio comercial⁶, el cual está regulado en el Capítulo VI del Acuerdo mencionado, en los Artículos 72 al 78.
90. Al respecto, de conformidad con el Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, el objeto del Programa de Liberación es eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro. Adicionalmente, el Artículo 76 de la misma norma establece que el Programa de Liberación es automático e irrevocable, y comprende la universalidad de los productos —se entiende que se refiere a los originarios de los Países Miembros—.
91. El Tribunal ha reconocido en su jurisprudencia la importancia del Programa de Liberación para la consolidación del proceso de integración subregional andino. En ese sentido se destacan las sentencias recaídas en los Procesos 1-AI-97 y 01-AN-2014:

"El Artículo 1º del Acuerdo de Cartagena establece la meta primordial del proceso de integración andina como etapa intermedia para lograr gradualmente la formación de un mercado común latinoamericano. A su vez el Artículo 3º del mismo instrumento señala como mecanismo para alcanzar los objetivos del Acuerdo, la organización y establecimiento de un programa de liberación de intercambio comercial, más allá de los compromisos derivados de la ALADI y el establecimiento de un arancel externo común. No cabe duda de que, en virtud de estos instrumentos, la libertad de circulación de mercancías constituye hoy una etapa avanzada en el proceso de integración andina, hasta el punto de que es momento oportuno para que la jurisprudencia comunitaria y la doctrina desarrollen la libertad esencial de circulación de mercancías como parámetro de primer orden para el avance de la integración a nivel andino y latinoamericano."
(Subrayado agregado - Proceso 1-AI-97)

"(...) el Programa de Liberación constituye uno de los mecanismos más relevantes con los que cuenta el Acuerdo de Cartagena para avanzar hacia la consolidación de uno de sus principales objetivos; esto es, promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros de la Comunidad Andina mediante la integración y la cooperación económica y social. En ese sentido, resulta importante enfatizar que, (...) a criterio del TJCA, el cumplimiento del Programa de Liberación establecido en el Acuerdo de

⁶ Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena). -

**Artículo 3.- Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:*

(...)

d) Un Programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo 1980;

(...)"





Cartagena constituye un parámetro de primer orden para avanzar hacia la integración subregional andina." (Subrayado agregado - Proceso 01-AN-2014).

92. Como se puede apreciar, la liberalización de los flujos comerciales, que garantiza el acceso de las mercancías originarias de los Países Miembros al mercado ampliado de la Comunidad Andina, es un instrumento de trascendental importancia para la consecución de los objetivos y la finalidad propuestos en el Acuerdo de Cartagena.

III. La calificación, declaración y certificación del origen de las mercancías

93. Un aspecto sustancial contemplado dentro del Acuerdo de Cartagena es la calificación del origen de las mercancías, con el objeto de beneficiarse del Programa de Liberación. A *contrario sensu*, las mercancías que no cumplan con las normas de origen establecidas en el ordenamiento jurídico comunitario andino quedan sometidas a los aranceles nacionales que regulan el acceso a sus respectivos mercados de mercancías provenientes de terceros países o países con quienes no se ha celebrado tratados de libre comercio.
94. De esta manera, corresponde afirmar, que los Países Miembros de la Comunidad Andina, mediante el Artículo 100 del Acuerdo de Cartagena⁷, otorgaron competencia a la Comisión de la Comunidad Andina para que, a propuesta de la SGCA, adopte las normas especiales que sean necesarias para la calificación del origen de las mercaderías. En dicho Artículo, se establece además que las normas de origen son instrumentales. Es decir que, no tienen un fin en sí mismas, sino que deben constituir una herramienta dinámica para el desarrollo de la Subregión y deben ser adecuadas para facilitar la consecución de los objetivos del Acuerdo.
95. Del mismo modo, a través de los Artículos 101 y 103 del Acuerdo de Cartagena, se encargaron dos funciones importantes a la SGCA: la primera, fijar requisitos específicos de origen para los productos que así lo requieran; y, la segunda, velar por el cumplimiento de las normas y requisitos de origen dentro del comercio subregional. Al efecto, tiene competencia para proponer las medidas necesarias para solucionar los problemas de origen que impidan el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena.
96. La Comisión de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia señalada, aprobó el 30 de julio de 1997, la Decisión 416 - Normas

⁷ Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena). -

"Artículo 100.- La Comisión, a propuesta de la Secretaría General, adoptará las normas especiales que sean necesarias para la calificación del origen de las mercaderías. Dichas normas deberán constituir un instrumento dinámico para el desarrollo de la Subregión y ser adecuadas para facilitar la consecución de los objetivos del Acuerdo."





Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías, la cual fue modificada mediante la Decisión 799⁸ de 5 de noviembre de 2014.

97. La Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante **Decisión 416**) está dividida en tres partes: en la primera se establecen las definiciones; en la segunda se detallan las normas para la calificación del origen de las mercancías; y, en la tercera, referida a la administración del régimen de origen en la Comunidad Andina, se establecen las reglas sobre la declaración y certificación, así como sobre el control de los certificados de origen, y las funciones y obligaciones que tienen la SGCA y las entidades gubernamentales competentes en materia de origen.
98. En relación con las reglas de origen que deben cumplir las mercancías, los Artículos 1 y 2 de la Decisión 416 establecen lo siguiente:

"Artículo 1.- Para los efectos de esta Decisión se entenderá por:

***Originario u originaria:** Todo producto, material o mercancía que cumpla con los criterios para la calificación del origen, establecidos en el Capítulo II de la presente Decisión.*

***Materiales:** Las materias primas, los productos intermedios, y las partes y piezas incorporados en la elaboración de las mercancías.*

Íntegramente producidos:

- a) *Los productos de los reinos mineral, vegetal y animal incluyendo los de caza y pesca, extraídos, cosechados o recolectados, nacidos o capturados en su territorio o en sus aguas territoriales, patrimoniales y zonas económicas exclusivas;*
- b) *Los productos del mar extraídos fuera de sus aguas territoriales, patrimoniales y zonas económicas exclusivas por barcos propios de empresas establecidas en el territorio de cualquier País Miembro, fletados o arrendados, siempre que tales barcos estén registrados matriculados de acuerdo con su legislación interna.*
- c) *Las mercancías producidas a bordo de barcos fábrica a partir de peces, crustáceos, y otras especies marinas, obtenidos del mar por barcos propios de empresas establecidas en el territorio de cualquier País Miembro, o fletados, o arrendados, siempre que tales barcos estén registrados o matriculados de acuerdo con su legislación interna.*
- d) *Los desechos y desperdicios que resulten de la utilización, o consumo, o de procesos industriales realizados en el territorio de cualquier País Miembro del Acuerdo de Cartagena, que sean utilizables únicamente para recuperación de materias primas.*

⁸ Decisión 799 de la Comisión de la Comunidad Andina - Modificación de los Artículos 15, 21 y 22 de la Decisión 416.





- e) *Mercancías elaboradas en el territorio de cualquier País Miembro del Acuerdo de Cartagena exclusivamente a partir de productos contenidos en los literales precedentes.*"

"Artículo 2.- *Para los efectos del Programa de Liberación previsto en el Acuerdo de Cartagena y conforme a lo dispuesto en la presente Decisión, serán consideradas originarias del territorio de cualquier País Miembro, las mercancías:*

- a) *Íntegramente producidas de acuerdo con lo establecido en el Artículo 1º de la presente Decisión.*
- b) *Elaboradas en su totalidad con materiales originarios del territorio de los Países Miembros.*
- c) *Que cumplan con los requisitos específicos de origen fijados de conformidad con lo establecido en el Artículo 113 del Acuerdo de Cartagena, los que prevalecerán sobre los demás criterios de la presente Decisión.*

Los requisitos específicos de origen se fijarán de conformidad con los criterios y procedimientos que establezca la Comisión;

- d) *Las que no se les han fijado requisitos específicos de origen, cuando resulten de un proceso de ensamblaje o montaje siempre que en su elaboración se utilicen materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no exceda el 50 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Colombia, Perú y Venezuela, y el 60 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Bolivia y Ecuador.*
- e) *Las no comprendidas en el literal anterior, que no se les han fijado requisitos específicos de origen y en cuya elaboración se utilicen materiales no originarios cuando cumplan con las siguientes condiciones:*
- i) *Que resulten de un proceso de producción o transformación realizado en el territorio de un País Miembro; y*
- ii) *Que dicho proceso les confiera una nueva individualidad caracterizada por el hecho de estar clasificadas en la NANDINA en partida diferente a la de los materiales no originarios;*
- f) *A las que no se les han fijado requisitos específicos de origen y que no cumplan con lo señalado en el inciso ii) del literal anterior, siempre que en su proceso de producción o transformación se utilicen materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no exceda el 50 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Colombia, Perú y Venezuela, y el 60 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Bolivia y Ecuador.*
- g) *Los juegos o surtidos de mercancías, siempre que cada una de las mercancías en ellos contenida, cumplan con las normas establecidas en la presente Decisión.*





Los valores CIF y FOB a que se refieren los literales d) y f) del presente Artículo, podrán corresponder a su valor equivalente según el medio de transporte utilizado. En el caso de Bolivia se entiende por valor equivalente el valor CIF-Puerto, cuando se trate de importaciones por vía marítima o CIF-Frontera cuando se trate de importaciones por otras vías."

99. Del análisis de los artículos citados, se puede concluir que para los efectos del Programa de Liberación previsto en el Acuerdo de Cartagena y conforme a lo dispuesto en la Decisión 416, se identifican los siguientes cinco tipos de mercancías:

- a. Íntegramente producidas⁹;
- b. Elaboradas en su totalidad con materiales originarios del territorio de los Países Miembros;
- c. Que cumplan con los requisitos específicos de origen fijados por la Secretaría General de la Comunidad Andina;
- d. Que resulten de un proceso de ensamblaje o montaje¹⁰;
- e. En cuya elaboración se utilicen materiales no originarios¹¹ cuando cumplan con las siguientes condiciones:

I) Que resulten de un proceso de producción o transformación realizado en el territorio de un País Miembro; y

II) Que dicho proceso les confiera una nueva individualidad caracterizada por el hecho de estar clasificadas en la NANDINA en partida diferente a la de los materiales no originarios¹².

100. De esta forma, a fin de determinar cuál es la regla de origen aplicable, en primer lugar, se debe identificar el tipo de mercancía que se pretende exportar, puesto que, a manera de ejemplo, si se van a exportar minerales, frutas o vegetales, se debe acreditar que éstos fueron extraídos, cosechados o recolectados en el territorio de un País Miembro. Sin embargo, si se pretende exportar un vehículo automotor que resulta de un proceso de ensamblaje, el cual no tiene requisitos

⁹ De acuerdo con lo establecido en el Artículo 1 de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina.

¹⁰ Aquellas a las que no se les han fijado requisitos específicos de origen, siempre que en su elaboración se utilicen materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no exceda el 50 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Colombia, Perú y Venezuela, y el 60 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Bolivia y Ecuador.

¹¹ Aquellas a las que no se les han fijado requisitos específicos de origen y que no resulten de un proceso de ensamblaje o montaje.

¹² Aquellas a las que no se les han fijado requisitos específicos de origen y que no cumplan con lo señalado en el literal b), siempre que en su proceso de producción o transformación se utilicen materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no exceda el 50 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Colombia, Perú y Venezuela, y el 60 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Bolivia y Ecuador.





específicos de origen, se tendrá que acreditar que en su elaboración se utilizan materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no exceda el 50 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Colombia y Perú, y el 60 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Bolivia y Ecuador.

101. En consecuencia, las reglas de origen aplicables serán definidas en cada caso concreto, de conformidad con la naturaleza, características y especificaciones de las mercancías que se pretenden exportar.
102. Ahora bien, de conformidad con el Artículo 9 de la Decisión 416, para que las mercaderías sean consideradas originarias del territorio de cualquier País Miembro, las mismas deben ser expedidas directamente del territorio de un País Miembro exportador al territorio de otro País Miembro importador. Al efecto, el Artículo citado señala que cumplen esta condición:
 - Las mercancías transportadas únicamente a través del territorio de la Subregión;
 - Las mercancías transportadas en tránsito por uno o más países de fuera de la Subregión, con o sin transbordo o almacenamiento temporal, bajo la vigilancia de la autoridad aduanera competente en tales países siempre que:
 - i. El tránsito esté justificado por razones geográficas o por consideraciones relativas a requerimientos del transporte;
 - ii. No estén destinadas al comercio, uso o empleo en el país de tránsito; y,
 - iii. No sufran, durante su transporte y depósito, ninguna operación distinta a la carga y descarga o manipuleo para mantenerlas en buenas condiciones o asegurar su conservación.
103. De esta manera, a fin de obtener el beneficio del Programa de Liberación, se deberá acreditar el origen de la mercancía, de acuerdo con su naturaleza, características y especificaciones, y también se deberá probar su expedición directa, siguiendo para ello, los parámetros previstos en la norma citada anteriormente.
104. De acuerdo con las disposiciones del Artículo 12 de la Decisión 416, el productor o exportador debe presentar a las autoridades gubernamentales competentes o a las entidades habilitadas, una **declaración jurada** en la que debe incluir toda la información necesaria para acreditar el origen de la mercancía.
105. Una vez verificado el cumplimiento de las normas y de los requisitos específicos de origen, por parte de las autoridades gubernamentales competentes o las entidades habilitadas para tal efecto por el País Miembro exportador, éstas emitirán el correspondiente certificado de





origen, que se constituye como el documento habilitante para acceder al mercado ampliado de la Comunidad Andina, en el marco del Programa de Liberación.

106. Sobre el particular, es importante destacar que, de acuerdo con el Artículo 18 de la Decisión 416, las entidades habilitadas por cada País Miembro para la expedición de los Certificados de Origen comparten la responsabilidad con el productor o exportador, en lo que se refiere a la autenticidad de los datos consignados en la declaración y certificación de origen del producto.
107. De todo lo anterior, se colige que el exportador tiene que presentar la declaración aduanera, acompañada de la declaración juramentada y del certificado de origen emitido en debida forma por la autoridad nacional competente a las autoridades aduaneras del País Miembro importador para poder ser beneficiario del Programa de Liberación. Es decir, esta es la regla que debe prevalecer en las relaciones comerciales de productos en la Subregión Andina y, en ningún caso, se puede impedir el desaduanamiento de las mercancías, salvo el cometimiento de un delito aduanero.

IV. Control de los certificados de origen y constitución de garantías

108. No obstante lo anterior, con el objeto de realizar un control sobre los certificados de origen, de manera excepcional, de conformidad con el artículo 15 de la Decisión 416, las autoridades aduaneras del País Miembro importador pueden exigir la constitución de una garantía equivalente al valor de los gravámenes aplicables a terceros países, únicamente en los siguientes casos:
- Duda acerca de la autenticidad de la certificación;
 - Presunción de incumplimiento de las normas establecidas en la Decisión 416 o en la Resolución de la SGCA que establezca requisitos específicos de origen;
 - Cuando la mercancía se encuentre en la nómina de bienes no-producidos en la Subregión; o,
 - Cuando el certificado de origen no se presente, contenga errores, o esté incompleto.
109. En el momento en que la autoridad aduanera del país importador decide constituir garantías para la desaduanización de una mercancía que cuenta con un certificado de origen, surgen dos obligaciones de acuerdo con el segundo párrafo del Artículo 16 de la Decisión 416¹³: la primera,

¹³ Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina

"Artículo 16.- Salvo la situación prevista en el segundo párrafo del Artículo anterior, cuando se constituyan garantías, éstas tendrán una vigencia máxima inicial de cuarenta días calendario a partir de la fecha de despacho a consumo o levante de la mercancía, prorrogables por otros cuarenta días calendario, siempre que durante la vigencia inicial de las garantías no se hubiese aclarado el cumplimiento de las normas de la presente Decisión.





- notificar oportunamente esta medida al País Miembro exportador y a la SGCA; y, la segunda, acompañar necesariamente los antecedentes, acontecimientos o fundamentos que justifican su aplicación.
110. Una vez que el País Miembro exportador recibe la notificación sobre la aplicación de garantías, le corresponde aclarar la situación al País Miembro importador, y de ser necesario, aportar las pruebas que demuestren el cumplimiento de las normas de origen correspondientes, con el objeto de solucionar el problema.
 111. Como se puede evidenciar, la constitución de garantías por parte de un País Miembro es una medida excepcional que afecta la normal ejecución del Programa de Liberación. En regla, las autoridades aduaneras están llamadas a reconocer los certificados de origen emitidos por las autoridades nacionales competentes de los Países Miembros, ya que, como señala el Artículo 100 del Acuerdo de Cartagena, las normas de origen deben constituir una herramienta dinámica para el desarrollo de la Subregión y ser adecuadas para facilitar la consecución de los objetivos del mencionado Acuerdo. En consecuencia, el control de los certificados o la verificación del origen no debe constituir en sí mismo un obstáculo al libre comercio entre los Países Miembros.
 112. De esta manera, es evidente que cuando un país impone garantías, está expresando, en realidad, que duda de la autenticidad o integridad de la certificación, o que tiene un criterio diferente al de la autoridad nacional del país exportador, en cuanto al cumplimiento de las normas de origen o sobre la presencia de la mercancía en la nómina de bienes no producidos en la Subregión.
 113. En ese sentido, se genera una divergencia entre dos Países Miembros que, en principio, puede ser resuelta directamente entre ellos. Al efecto, es esencial que el país exportador conozca con claridad cuáles son los antecedentes, acontecimientos o fundamentos que justifican la aplicación de garantías, para, de esta forma, poder realizar una aclaración o presentar los documentos adicionales pertinentes.

Al constituir garantías, las autoridades aduaneras notificarán la medida dentro de los tres días hábiles siguientes de adoptada, a su respectivo órgano de enlace, el cual, dentro de los tres días hábiles siguientes de conocida la medida, la comunicará al órgano de enlace del País Miembro exportador y a la Secretaría General, acompañando los antecedentes, acontecimientos o fundamentaciones que justifican la misma.

Comunicada la medida conforme al párrafo anterior, corresponderá al órgano de enlace del País Miembro exportador aclarar la situación al órgano de enlace y a las autoridades aduaneras del País Miembro importador, y de ser necesario, aportar las pruebas que demuestren el cumplimiento de las normas de origen. Transcurridos treinta días calendario después de adoptada la medida sin que se hubiere realizado la aclaración o demostración respectiva, o si ésta no ha conducido a solucionar el problema, cualquiera de los Países Miembros involucrados podrá solicitar la intervención de la Secretaría General, suministrándole toda la información que disponga.

La Secretaría General deberá pronunciarse mediante Resolución, sobre el cumplimiento de las normas de la presente Decisión o en su defecto, sobre las medidas a ser adoptadas para solucionar el caso, dentro de los treinta días calendario siguientes de recibido el requerimiento."





114. Asimismo, se debe tomar en cuenta que, si bien ante la imposición de garantías se genera un conflicto entre dos Países Miembros, quien resulta verdaderamente afectado es el agente económico (exportador o importador), el cual, pese a contar con un certificado de origen, no puede acceder directamente a los beneficios del Programa de Liberación y tiene que cubrir la garantía.
115. En consecuencia, con el fin de que este agente económico pueda colaborar con el País Miembro exportador, considerando que tiene una responsabilidad compartida en lo que se refiere a la autenticidad de los datos consignados en la declaración y certificación de origen del producto, también es esencial que él conozca con claridad los fundamentos que justifican la imposición de garantías, para de esta manera ejercer su derecho de defensa y contradicción, ya que es el mayor interesado en que las mismas se levanten.

V. Principios de cooperación leal y buena fe de los Países Miembros. Abuso del derecho

116. El Artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dispone respecto de la responsabilidad de los Países Miembros de cumplir las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario andino, lo siguiente:

"Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación."

117. Esta disposición normativa establece el denominado principio de cooperación leal, por el cual, los Países Miembros deben asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas en virtud del derecho comunitario andino, adoptando las medidas nacionales que sean necesarias para tal fin y evitando incurrir en alguna conducta que sea contraria a sus disposiciones.
118. En relación con el desconocimiento de este principio, el TJCA en la sentencia recaída en el proceso 118-AI-2003, ha señalado lo siguiente:

"La ruptura del deber de cooperación leal acontece cuando un Estado Miembro, en razón de sus propios intereses, desconoce de manera unilateral sus obligaciones comunitarias, en perjuicio de los intereses de los demás Estados y de la Comunidad, afectando de este modo la confianza que debe presidir las relaciones entre los Estados Miembros. Por las razones que anteceden, el incumplimiento grave, por parte de un Estado Miembro de sus obligaciones y compromisos comunitarios, como ha ocurrido en el caso de autos, no sólo infringe la norma correspondiente, sino que atenta contra las bases del Acuerdo de Cartagena y del proceso de integración."





119. Como se puede apreciar, a través de la cooperación leal se materializa también el principio de buena fe que debe prevalecer en las relaciones de los Países Miembros, en el marco del proceso de integración subregional andino. De esta forma, una conducta que, al margen de ser contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino, atente contra el principio de buena fe puede configurar, además un abuso de derecho.
120. En relación con la posibilidad de aplicar garantías de conformidad con lo previsto en los Artículos 15 y 16 de la Decisión 416, los Países Miembros, actuando de buena fe y en el marco del deber de cooperación leal previsto en el citado Artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA, deberán acompañar a la medida, en todos los casos, los antecedentes, acontecimientos o fundamentaciones que la justifican. Caso contrario, se produciría una ruptura de dicho deber que, naturalmente, sería contraria al principio de buena fe.

VI. Si las Resoluciones de la SGCA 1798 y 1808 violan el ordenamiento jurídico comunitario por falta de motivación, respecto a:

- Medios probatorios que sustentan el análisis sobre el cumplimiento de las normas de origen
 - Periodo muestral seleccionado para la recopilación de información sobre los materiales empleados en la producción de las mercancías objeto de verificación
 - Materiales originarios que intervienen en el proceso productivo de las mercancías investigadas
 - Inversión de la carga de la prueba respecto del cumplimiento de las normas de origen
121. Las causales de nulidad que vician las Resoluciones 1798 y 1808, alegadas por Perú, son la violación del ordenamiento jurídico comunitario y la desviación de poder. Respecto de la primera, Perú sostiene que las Resoluciones 1798 y 1808 vulneran el ordenamiento jurídico comunitario por carecer de la debida motivación, tal como se establece en el literal c) del Artículo 7 de la Decisión 425¹⁴, debido a (i) la falta de medios probatorios idóneos y suficientes; (ii) que no se habría explicado por qué se seleccionó un periodo muestral tan aleatorio e insuficiente, imposibilitando la acreditación del cumplimiento del literal d)

¹⁴ Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores aprobada en reunión ampliada con los representantes titulares ante la Comisión de la Comunidad Andina.

Artículo 7.- Las Resoluciones de la Secretaría General serán dictadas por escrito y deberán contener:

(...)

c) Los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales se basa, así como cuando corresponda, las razones que hubieren sido alegadas, la identificación del destinatario, precedidos de la palabra "Considerando"

(...)"





del Artículo 2 de la Decisión 416¹⁵; (iii) no ha señalado la totalidad de materiales originarios y no originarios que intervienen en el proceso productivo; y (iv) incorrecta interpretación del Artículo 16 de la Decisión 416 al invertir la carga de la prueba respecto del origen de las mercancías al País Miembro Importador.

Falta de debida motivación de las Resoluciones 1798 y 1808

122. A juicio del TJCA, el vicio derivado de la carencia de una efectiva motivación —sea como resultado de un error de derecho (por falta de base legal o por un error en la aplicación o interpretación de la norma) o de una inexactitud o incorrecta calificación de los hechos, así como también de una ausencia, o insuficiencia en la motivación—constituye causal de impugnación, incluso de acuerdo con el Reglamento de la SGCA.
123. En la Sentencia recaída en el Proceso 1-AN-97, este Tribunal afirmó lo siguiente:

"La motivación en los actos no ha de pretender recoger todas y cada una de las condiciones o de las circunstancias (sic) de los hechos que han servido de base o de fundamento para su expedición. Basta que la motivación se reduzca a la esencia del razonamiento, interpretada ésta como la correspondencia jurídica y real entre la parte motiva (sic) y la parte declarativa del acto, vale decir, entre el procedimiento constitutivo y la expresión de la voluntad del administrador. Será suficiente que el acto en cuestión destaque lo esencial de los objetivos perseguidos por la institución y que 'los elementos de hecho y de derecho' que constituyen su objetivo estén en armonía con el Sistema Normativo del que forma parte' (...) En el acto debe proporcionarse a los interesados las indicaciones necesarias sobre fundamento de si la Decisión, está o no fundada, de manera que éste pueda ejercer con conocimiento de causa su derecho de defensa."

(Subrayado agregado)

124. El derecho al debido proceso, entre su ámbito de presupuestos exige que toda resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustenta la parte dispositiva de la misma.

¹⁵ Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina

*Artículo 2.- Para los efectos del Programa de Liberación previsto en el Acuerdo de Cartagena y conforme a lo dispuesto en la presente Decisión, serán consideradas originarias del territorio de cualquier País Miembro, las mercancías:

(...)

d) Las que no se les ha fijado requisitos específicos de origen, cuando resulten de un proceso de ensamblaje o montaje siempre que en su elaboración se utilicen materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no exceda del 50 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Colombia, Perú y Venezuela, y el 60 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Bolivia y Ecuador".





125. En relación con el análisis sobre la debida motivación de las Resoluciones 1798 y 1808; esto es, que no contienen falsos supuestos de hecho o de derecho, es necesario dejar claramente establecido qué debería hacer la SGCA cuando recibe una comunicación de medida sobre la base del Artículo 16 de la Decisión 416.

Al respecto, en este tipo de procedimientos corresponde que la SGCA:

- Analice la solicitud presentada, valorando especialmente:
 - Los antecedentes, acontecimientos o fundamentos que justificaron la aplicación de las garantías; y,
 - La aclaración y los documentos adicionales presentados por el País Miembro exportador al País Miembro importador.
 - Determine en qué consiste la divergencia de criterio de las autoridades nacionales competentes en cuanto a la situación que dio origen a la imposición de garantías;
 - Identifique la mercadería;
 - Determine cuál es la regla de origen aplicable;
 - Verifique la forma y el contenido de la declaración jurada presentada inicialmente por el productor o exportador; y,
 - Examine el certificado de origen expedido.
126. En caso de que la divergencia se hubiera originado en la duda sobre el cumplimiento de las normas especiales de origen establecidas en la Decisión 416, se evaluará además si la SGCA verificó el cumplimiento efectivo de éstas por parte del productor o exportador. A tal fin, la metodología o el procedimiento de verificación será definido en cada caso concreto, tomando en cuenta para el efecto las reglas previstas en el Artículo 2 de la Decisión 416 que sean aplicables de acuerdo con la naturaleza, características y especificaciones del producto; así como, la expedición directa regulada en su Artículo 9.
127. En el presente caso, Perú informó a la SGCA, a través de los Facsímiles 166, 295 y 392-2014-MINCETUR/VMCE/DNINCI, recibidos entre el 12 de junio y el 9 de octubre de 2014, el inicio de procedimientos de verificación de origen y la constitución de garantías sobre mercancías procedentes de Ecuador, clasificadas en la subpartida NANDINA 7321.11.19, amparadas en los Certificados de Origen 17106344 de fecha 24 de marzo de 2014, 17106541 de fecha 12 de mayo de 2014, 16901667201400000080P de 11 de agosto de 2014 y 16901667201400000102P de 29 de agosto de 2014, por dudas sobre el cumplimiento de la normativa correspondiente.
128. De la lectura de dichos Facsímiles se puede advertir que, tal como lo señala la SGCA, no se expresan cuáles son las razones que motivaban la duda que sirvió de fundamento para el inicio del procedimiento de





verificación de origen. Sobre este particular, mediante comunicación SG/E/1589/2014, la Secretaría General de la Comunidad Andina envió a Perú la copia del Oficio MCE-SDYNC-2014-0104 en la que solicitó se le indique los fundamentos que tuvieron las entidades competentes para dudar del origen de las mercancías ecuatorianas, las mismas que posteriormente fueron objeto de la constitución de garantías.

129. Tanto Ecuador como Perú solicitaron la intervención de la SGCA, mediante Oficios MCE-VNIDC-2014-0104, recibido el 3 de septiembre de 2014, y 144, 184 y 209-2014-MINCETUR/VMCE recibidos el 3 de septiembre y 17 de noviembre de 2014, y 7 de enero de 2015, respectivamente. En ninguno de dichos documentos se hace referencia a cuáles serían los antecedentes, acontecimientos o fundamentos que justificaron la imposición de garantías y, en consecuencia, tampoco es posible determinar cuál sería la divergencia existente entre las autoridades nacionales que motivó la solicitud de intervención de la SGCA para resolver el problema.
130. De la revisión exhaustiva del Expediente Administrativo remitido por la Secretaría General se puede constatar que, durante todo el procedimiento, Perú se limitó a informar sobre el inicio del proceso de verificación de origen de diversos productos —todos clasificados en la subpartida 7321.11.19—, así como sobre la imposición de garantías y, en algunos casos, remitir la información proporcionada por Ecuador, consistente en declaraciones juradas y certificados de origen, la cual consideraba insuficiente. A su vez, Ecuador proporcionó a la SGCA documentación complementaria relacionada con facturas de proveedores de la línea de producción de cocinas de la empresa FIBRO ACERO S.A., y declaraciones juradas de proveedores de materiales que se utilizaban en la producción de cocinas por parte de dicha empresa.
131. Del mismo modo, es evidente que el 4 de mayo de 2015 tuvo lugar la visita por parte de la SGCA a las instalaciones de FIBRO ACERO S.A., la cual tenía por objeto verificar *in situ* el proceso productivo de las cocinas clasificadas en la subpartida NANDINA 7321.11.19.
132. Por otra parte, la Resolución 1798 contiene un detalle de los antecedentes del procedimiento administrativo que llevó adelante en atención a las solicitudes presentadas por Perú y Ecuador, identifica a las cocinas clasificadas en la subpartida NANDINA 7321.11.19, como la mercadería objeto de análisis (Punto 2), así como a la empresa FIBRO ACERO S.A. (Punto 3), cuyos certificados de origen fueron observados por el Perú. Determina la norma de origen aplicable (Punto 1), hace referencia a la revisión de los certificados de origen y realiza un análisis sobre la verificación del origen de las mercaderías en cuestión, así como sobre la expedición directa (Punto 4). Por último, resuelve declarar que:

"(...) las mercancías clasificadas en la subpartida 7321.11.19, modelos de cocina: Alessandra III, Extream Plus y Gianella; elaboradas en la República del Ecuador por la empresa FIBRO





ACERO S.A. y exportadas a la República del Perú, señaladas en los certificados de origen que figuran en el Cuadro 1 de la parte considerativa de esta Resolución, cumplen con las normas de origen establecidas en la Decisión 416; y, específicamente, con el literal d) del artículo 2 y los artículos 9 y 11 de dicha Decisión."

133. Por lo expuesto, ha quedado demostrado que la SGCA, durante la tramitación del procedimiento administrativo que dio origen a la Resolución 1798, valoró la información que tuvo en su poder y le fue presentada, que igualmente realizó los procedimientos pertinentes a la comprobación de origen de las mercancías, mientras que por falta de entrega por parte de Perú, no tuvo la oportunidad de valorar los antecedentes, acontecimientos o fundamentos, a los que hace referencia el Artículo 16 de la Decisión 416, que habrían servido de sustento para la aplicación de garantías por parte de Perú a las cocinas clasificadas en la subpartida NANDINA 7321.11.19, provenientes de Ecuador.
134. Sobre este particular, resulta esencial referirse a los principios de cooperación leal y buena fe, así como al abuso del derecho, desarrollados entre los párrafos 101 y 105 de la presente sentencia. En el caso concreto, es evidente que se produjo una ruptura del deber de cooperación leal que atenta contra el principio de buena fe que debe prevalecer en las relaciones entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, ya que en ningún momento del procedimiento que se llevó a cabo ante la SGCA ni del proceso judicial tramitado ante este Tribunal, Perú presentó los antecedentes, acontecimientos o fundamentaciones que justificaron la aplicación de garantías sobre las importaciones provenientes del Ecuador.
135. Por otra parte, si bien tuvo acceso a las declaraciones juradas de FIBRO ACERO S.A., los certificados de origen observados y otros documentos aclaratorios adicionales, presentados por el País Miembro exportador al País Miembro importador, no tuvo la posibilidad de contrastarlos con los documentos que motivaron la duda sobre el origen de las mercaderías.
136. En consecuencia, tampoco fue posible determinar en qué consistía la divergencia de criterio de las autoridades nacionales competentes en cuanto a la situación que generó la imposición de garantías, aspecto sustancial porque, en rigor, es justamente esa divergencia la que, excepcionalmente, debe dilucidar la SGCA y, para lo cual, el legislador comunitario le ha otorgado un plazo de treinta días calendario, en el entendido de que, ante dos posiciones antagónicas de autoridades nacionales, debe prevalecer el criterio técnico de un órgano supranacional.
137. No obstante lo anterior, la SGCA identificó la mercadería en cuestión, determinó claramente cuál era la regla de origen aplicable, verificó la forma y el contenido de las declaraciones juradas presentadas inicialmente por el productor o exportador; y, examinó además los certificados de origen expedidos por la autoridad nacional competente.





138. Del mismo modo, a efecto de analizar el cumplimiento de las normas de origen establecidas en la Decisión 416, realizó una visita a la fábrica de FIBRO ACERO S.A. que permitió verificar, *in situ*, los materiales utilizados para la elaboración de la mercadería observada, así como el proceso de producción, constatando que las cocinas clasificadas en la subpartida NANDINA 7321.11.19 resultaban de un proceso de ensamblaje o montaje realizado en Ecuador, por lo que concluye que se cumple la norma de origen correspondiente.
139. Adicionalmente, tal como se menciona en la Resolución 1798, de los documentos aportados al procedimiento se evidenció que se cumple el requisito de expedición directa.
140. Por último, corresponde recordar que, tal como se mencionó en el segundo acápite de la presente sentencia, la duda sobre el origen de una mercadería que cuenta con un certificado emitido por autoridad competente de un País Miembro, es una excepción a la regla, ya que la imposición de garantías altera la plena vigencia del Programa de Liberación, ocasionando un escenario en el que deben actuar las máximas autoridades nacionales de comercio y, en caso de no solucionar el problema de forma bilateral, debe intervenir la SGCA; e, inclusive, tal como sucedió en este caso, una imposición de garantías que se inició en el año 2014 motivó, no solamente un procedimiento administrativo, sino una demanda judicial ante este órgano supranacional.
141. Este tipo de escenarios es el que precisamente busca evitar un proceso de integración económica como la Comunidad Andina, en el que debe prevalecer el libre tránsito de las mercaderías por el denominado mercado ampliado.

Falta de medios probatorios idóneos y suficientes

142. Perú argumenta que el análisis de calificación de origen realizado por la SGCA: (i) no demuestra de manera fehaciente que el proceso productivo de las mercancías objeto de verificación se haya llevado a cabo en el territorio del Ecuador, (ii) que los materiales utilizados sean originarios de los Países Miembros, (iii) ni que se haya realizado un análisis de trazabilidad que permita conocer las distintas etapas que lo componen.
143. Para analizar debidamente este argumento, es preciso destacar que este Tribunal, mediante Auto de 24 de mayo de 2018, solicitó a la SGCA copia íntegra de los expedientes de los procedimientos administrativos que dieron lugar a la emisión de las Resoluciones 1798 y 1808.
144. De la revisión de dicha documentación, se verifica que en el Acta¹⁶

¹⁶ Fojas 634 a 635 del expediente interno de la SGCA.





levantada con ocasión de la visita realizada a las instalaciones de la fábrica FIBRO ACERO S.A., del 4 de mayo de 2015, consta que delegados de la SGCA y del Ministerio de Comercio Exterior del Ecuador visitaron la planta de la empresa FIBRO ACERO S.A., ubicada en el Parque Industrial Machángara, Av. Octavio Chacón 2-141, Cuenca, Ecuador, en el marco de la solicitud realizada por el Ecuador, mediante Oficio MCE-SDYNC-2014-0104¹⁷, conforme lo dispone el Artículo 16 de la Decisión 416.

145. El objetivo de la visita fue verificar los procesos realizados para la fabricación de cocinas exportadas al Perú, así como los procesos que realiza la empresa para la elaboración de las partes y piezas que se incorporan en el producto final (la cocina).
146. En el Acta mencionada, consta que la SGCA solicitó expresamente a Ecuador presente información de la empresa FIBRO ACERO S.A., relacionada con declaraciones juradas o affidavit de origen de algunos proveedores de partes, así como las facturas comerciales para el período investigado para cada una de las partes o componentes. Al respecto, en el expediente administrativo (foja 687), obra el Oficio MCE-SDYNC-2015-0037 de 15 de mayo de 2015, mediante el cual Ecuador remite las cartas affidavits solicitadas, constándose además la existencia en el expediente de información sobre facturas de proveedores.
147. El Acta da fe del recorrido realizado en la línea de producción de cocinas a inducción, cuya línea de producción es la misma que la línea de cocinas a gas, así como en las líneas de conformado mecánico, tubos, tratamiento de superficies, esmaltado, pintura, pre-ensamble y ensamble de la cocina. Costa en dicha Acta que la representante de la empresa manifestó que el software que utilizan les permite tener información de la trazabilidad de los materiales que se utilizan en cada producto. Igualmente, consta que los representantes de la empresa solicitaron el tratamiento previsto en el Artículo 20 de la Decisión 425, a determinada información sensible, cuya divulgación pudiera afectar sus intereses.
148. Mediante Oficio SG/E/1263/2015¹⁸ de 13 de julio de 2015, la SGCA informó al Ministro de Comercio Exterior del Ecuador que había aceptado su solicitud de dar tratamiento confidencial a la siguiente información relacionada con el procedimiento sobre cumplimiento del origen de las cocinas clasificadas en la subpartida NANDINA 7321.11.19, exportadas por FIBRO ACERO S.A. al Perú:

- Marcas con las que FIBRO ACERO S.A. exporta sus productos a clientes en el exterior;
- Información específica del proceso productivo: tiempos para la programación de su producción y tratamientos en procesos;

¹⁷ La solicitud para verificar productos de esta empresa se realizó también por el Perú, mediante Oficio 144-2014-MINCETUR/VMCE/DNINC, entre otros.

¹⁸ Fojas 761 y 762 del expediente de la SGCAN.





- características del tipo de láminas y tubos que utilizan en la producción (espesores y diámetros), número de máquinas y áreas de tratamiento para determinados procesos, procesos particulares y sustancias o productos utilizados en procesos o tratamientos a determinados productos, correspondiente al periodo enero- junio del 2014. Diagrama del proceso productivo observado de las cocinas, elaborado por FEDEXPOR;
 - Relación e información de proveedores (nacionales y extranjeros) de los preensambles, partes y piezas, correspondientes a los siguientes modelos de cocina: Gianella , Extream Plus y Alessandra III;
 - Información de proveedores (razón social, dirección, teléfono, entre otros de proveedores nacionales y extranjeros) en varios documentos que obran en el expediente; entre ellos: los anexos 1, 2 y 3, fichas técnicas, facturas, órdenes de compra, que los relacionan con determinados materiales, partes y piezas e insumos que FIBRO ACERO S.A. utiliza para la producción de cocinas. La información de costos del Anexo 2, correspondiente a los siguientes modelos: Gianella, Extream Plus y Alessandra III;
 - Precio FOB de los modelos de cocina exportados al Perú, objeto de garantías, y el detalle del costo de la mercancía exportada al Perú por operación de ensamble/estación que lo conforma. Valor CIF de la información de los materiales no originarios y costo de los materiales originarios, correspondiente a los siguientes modelos: Gianella, Extream Plus y Alessandra III;
 - Documentos que respaldan las compras de los materiales originarios y no originarios, facturas, cartas fianza y declaraciones de importación. Información de proveedores;
 - Copia de las declaraciones aduaneras de exportación correspondiente en cada proceso. Copia de la orden de compra del cliente;
 - Facturas comerciales relacionadas con los certificados de origen investigados;
 - Información de gastos variables, mano de obra y valor FOB que se encuentran registrados en las fichas técnicas correspondientes en los 3 modelos;
 - Fotos de la visita de verificación que podrían orientar sobre inversión realizada en la empresa y el nivel tecnológico de la misma;
 - Facturas de proveedores de rollos de acero inoxidable, de agosto a octubre de 2014 y documentos de control de calidad de FIBRO ACERO S.A. de los rollos de acero de diferentes empresas proveedoras, recabadas durante la visita de verificación.
149. La SGCA soportó la Resolución 1798 en la información obtenida en la visita *in situ* realizada a la fábrica de FIBRO ACERO S.A. y en la contenida en los documentos entregados por Ecuador como por la propia empresa.

150. La documentación recibida por la SGCA, como ya se mencionó, fue declarada confidencial y, naturalmente, no podía constar como parte integrante de la Resolución 1798. Sin embargo, la SGCA tenía el deber de revisar internamente dicha información y verificar que se ajuste a las





disposiciones de la Decisión 416.

151. En ese sentido, es evidente que la SGCA analizó la documentación entregada por Ecuador y comprobó el cumplimiento de las normas de origen de la mercadería, a través de una verificación *in situ*, por la visita realizada a la fábrica de FIBRO ACERO S.A. De esta manera, no se puede afirmar que exista falta de motivación, únicamente porque la autoridad no detalló los registros de producción que demuestren la trazabilidad de cada etapa de este proceso, menos aún, cuando dicha información fue declarada confidencial.
152. Por otra parte, de forma contraria a lo enunciado por Perú, la visita realizada por los representantes de la SGCA a las instalaciones de FIBRO ACERO S.A., permitió que los mismos tuvieran una visión más clara y específica sobre el proceso productivo que allí se desarrollaba. Es decir, pudieron realmente verificar cómo se fabrican las cocinas en las instalaciones de la planta en Cuenca, Ecuador. Esta diligencia se complementó, además, con los documentos de soporte entregados por FIBRO ACERO S.A. y Ecuador, entre los que constaban los certificados de origen observados por Perú.
153. Es importante reiterar que Perú no entregó a la SGCA los elementos de información que respaldaran su duda sobre el origen de los productos exportados por FIBRO ACERO S.A. Al respecto, el simple anuncio de la imposición de garantías es insuficiente para iniciar una verificación en los términos establecidos en el Artículo 16 de la Decisión 416. Ante esta omisión, la SGCA actuó en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 27 de la Decisión 425, que se cita a continuación:

"En los procedimientos que se tramiten ante la Secretaría General, las autoridades de los Países Miembros y los particulares interesados deberán proporcionar las informaciones requeridas, en los plazos fijados por ésta conforme a la normativa aplicable.

La Secretaría General podrá disponer la actuación de las pruebas, inspecciones o visitas que considere convenientes. Las entidades públicas y privadas de los Países Miembros deberán prestar su colaboración para que tales diligencias se lleven a efecto en el plazo dispuesto por la Secretaría General conforme a la normativa aplicable.

Cuando los interesados nieguen la información necesaria, no la faciliten en el plazo que al efecto fije la Secretaría General, conforme a la normativa aplicable, o de otra forma obstaculicen la tramitación del caso, la Secretaría General podrá formular determinaciones positivas o negativas conforme a la causa o asunto de que se trate y a la mejor información disponible y a sus propios elementos de juicio".

154. La SGCA solicitó a Perú, sin lograr obtener ninguna respuesta, que presente los antecedentes, acontecimientos o fundamentos que justifiquen la aplicación de las medidas, conforme a los siguientes oficios obrantes en el Expediente Administrativo de la investigación realizada por la SGCA:





- i. Oficio SG/E/1589/2014 que obra a fojas 65 de dicho expediente; y,
 - ii. Oficio SG/E/1217/2015 que obra a fojas 708 de dicho expediente.
155. En consecuencia, es inaceptable la alegación presentada por Perú en este extremo de la demanda.

Periodo muestral aleatorio e insuficiente

156. Perú alega que la SGCA no señaló cuáles fueron las fechas de fabricación de las mercancías investigadas, expresando que esta situación no permite demostrar fehacientemente que existe correlación entre dichas fechas y el período de muestra seleccionado. Sostiene que este dato resulta relevante, toda vez que la información sobre los materiales utilizados debe corresponder a la fecha de emisión del Certificado de Origen que la ampara o cualquier otra fecha. Manifiesta que el análisis plasmado en la Resolución 1798, y confirmado en la Resolución 1808, se sustenta en información inadecuada sobre los materiales utilizados en el proceso productivo de las mercancías amparadas en los Certificados de Origen observados, lo cual demuestra una falta de motivación en sus pronunciamientos que acarrea la nulidad de pleno derecho de las Resoluciones mencionadas.
157. Por su parte, la SGCA señala que seleccionó los meses de marzo a junio de 2014 como muestra, ya que estos meses son cercanos, intermedios y representativos de las fechas en que se emitieron los certificados de origen observados por Perú (marzo, mayo y agosto del mismo año). Señala que no es coherente establecer que el período de muestra deba corresponder a la fecha de producción de las mercancías, ya que las muestras se efectúan sobre los materiales necesarios para producir el producto final, los cuales son adquiridos de manera anticipada a la producción de las mercancías.
158. Al respecto, la Decisión 416 no establece la metodología o el procedimiento que debe seguir la SGCA con el propósito de verificar el origen de una mercadería, fijar periodos muestrales, etc. Por lo que, en atención a la discrecionalidad otorgada por la Decisión 425, determinó el periodo muestral, identificando la mercadería y sobre todo verificando la forma y el contenido de la declaración jurada presentada inicialmente por el productor o exportador la misma que tiene una vigencia de dos años, para posteriormente examinar el certificado de origen expedido.
159. Con todos esos elementos, la SGCA logró determinar el origen de la mercadería, siendo irrelevante observar el periodo muestral a efectos de demandar la nulidad de la Resolución 1798. El procedimiento tramitado por la SGCA concluyó declarando el cumplimiento de normas de origen de las mercaderías clasificadas en la subpartida 7321.11.19,





elaboradas en Ecuador por la empresa FIBRO ACERO S.A. y exportadas a Perú. Esta conclusión resultó del proceso de verificación del cumplimiento de las normas de origen de dichas mercaderías, previstas en el Artículo 2, literal d) de la Decisión 416. Cabe destacar que en el Acta levantada con ocasión de la visita realizada por la SGCA a la fábrica de FIBRO ACERO S.A., consta que el representante de dicha empresa manifestó que la información de láminas y tubos se utilizaban a partir de inventarios de compras que realizaba la empresa, que generalmente eran por volúmenes para 5 meses, por lo que cocinas exportadas en diciembre contenían materiales producidos a partir de láminas compradas en junio o julio. Es en base a esta información, proporcionada por la empresa FIBRO ACERO S.A., que la SGCA concluyó que existía cumplimiento de las normas de origen correspondientes.

Materiales originarios que intervienen en el proceso productivo de las mercancías investigadas

160. Perú alegó que la SGCA se pronunció en función de los modelos de las mercancías investigadas clasificadas en la subpartida NANDINA 7321.11.19, de esta forma, emitió un pronunciamiento que fue más allá de lo solicitado por dicho País Miembro, puesto que en el Artículo 1 de la Resolución 1798 la SGCA resolvió sobre mercancías a producirse en el futuro, respecto de las cuales no se puede tener certeza de que los procesos productivos, proveedores y materiales utilizados sean los mismos, y sobre futuras emisiones de Certificados de Origen.
161. La SGCA afirma que tiene el deber de apreciar los casos sin limitarse en exclusividad a los dichos presentados por una parte y más bien debe apreciar la cuestión conforme a todos los elementos de información que estime del caso y conforme a su leal saber y entender. Además sostiene que la Resolución 1798 estableció que se verificaron que, los materiales provenientes de terceros países no son representativos (8% en promedio) en los modelos de cocinas analizados; estando dentro de los parámetros aceptados para cumplir con las disposiciones sobre origen, según el criterio de ensamble de la normativa andina; y que los 3 modelos de cocina analizados, elaborados por la empresa FIBRO ACERO S.A. contienen materiales no originarios que no exceden el 60% de su valor FOB y cumplen con ser el resultado de un proceso de producción que implica: i) un ensamblaje realizado en Ecuador; ii) una elaboración con materiales originarios del territorio de los Países Miembros; y, iii) una elaboración en la que los materiales no originarios no exceden del 60% de su valor FOB.

Al respecto, en opinión del TJCA, el Artículo 1 de la Resolución 1798 no se pronuncia sobre mercancías a producirse en el futuro, pues claramente se aprecia en su redacción que la decisión de declarar que las mercancías clasificadas en la subpartida NANDINA 7321.11.19, modelos de cocina Alessandra III, Extream Plus y Gianella, es respecto de las mencionadas en los Certificados de Origen señalados en la propia





Resolución, documentos que fueron tomados en cuenta en el análisis realizado por la SGCA. Además, en el punto sobre "Falta de medios probatorios idóneos y suficientes" ya se mencionó que la SGCA en sus Resoluciones tomó en cuenta toda la información proporcionada por la empresa FIBRO ACERO S.A. y Ecuador, inclusive la declarada como confidencial, la cual obviamente no podía ser mencionada expresamente en dichas Resoluciones.

162. De lo expuesto, se concluye que el alegato de Perú en este extremo es inaceptable, razón por la cual corresponde desestimarlo.

Inversión de la carga de la prueba respecto del cumplimiento de las normas de origen

163. Perú sostiene que las Resoluciones 1798 y 1808 de la SGCA interpretan erradamente el tercer párrafo del Artículo 16 de la Decisión 416, puesto que dicha disposición comunitaria no establece que opera la inversión de la carga de la prueba respecto del cumplimiento de las normas de origen en el marco del procedimiento de verificación de origen seguido ante la SGCA. Expresa que es obligación de la SGCA pronunciarse en base a la información que disponga, sobre el cumplimiento de las normas de la Decisión 416 o las medidas a ser adoptadas para solucionar el caso, ya que el País Miembro Importador no puede realizar una determinación negativa cuando el País Miembro Exportador no cumple con aclarar la duda por la que se inició el procedimiento de origen.
164. La SGCA afirma que el segundo párrafo del Artículo 16 de la Decisión 416 establece de manera clara y expresa la información que debe acompañar a la comunicación de la medida impuesta por el País Miembro Importador, por lo que el alegato de Perú que establece que no existe norma o disposición alguna en la Decisión 416 que obligue al País Miembro Importador a participar y aportar información de la que disponga, no tiene fundamento alguno. Considera que la Decisión 416 no establece un procedimiento de verificación, motivo por el cual la SGCA efectúa la intervención y la correspondiente verificación del origen apoyándose en la Decisión 425 y el Acuerdo de Cartagena.
165. Al respecto, es necesario distinguir entre la información que debe proporcionar el País Miembro Importador, al constituir garantías, mencionada en el segundo párrafo del Artículo 16 de la Decisión 416, de aquella que debe entregar el País Miembro Exportador, cuando debe dar las aclaraciones que demuestren el cumplimiento de las normas de origen, conforme al tercer párrafo de dicho artículo.
166. Perú, pese a los requerimientos formulados por la SGCA, no entregó los antecedentes, acontecimientos o fundamentaciones que motivaron la aplicación de garantías, impidiendo que Ecuador y la SGCA conocieran las razones por las que expresó por qué dudaba sobre el cumplimiento de la normativa de origen en la exportación de cocinas fabricadas en Ecuador. No basta que un País Miembro exprese tener dudas sobre el





cumplimiento de la normativa de origen, sino que debe explicar las razones de sus dudas, de lo contrario, cómo podría el País Miembro cuestionado dar sus explicaciones.

167. Independientemente de la situación mencionada en el párrafo anterior, es indudable que la SGCA tiene la facultad de solicitar información a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas de los Países Miembros, en procedimientos como el establecido en la Decisión 416, acorde con lo dispuesto en el Artículo 30 de Acuerdo de Cartagena, norma fundamental o de derecho primario, sin que esto signifique desconocimiento del procedimiento establecido en dicha Decisión, o invertir la carga de la prueba, confundiendo dos actuaciones distintas en un mismo procedimiento. Perú debe proporcionar información sobre las razones que lo llevaron a aplicar garantías, u otra que le fuere solicitada por la SGCA. Ecuador debe entregar información que le permita aclarar el cumplimiento de la normativa de origen. En consecuencia, debe desestimarse la alegación de Perú de que la SGCA ha invertido la carga de la prueba, conforme a lo dispuesto en el Artículo 16 de la Decisión 416.

VII Si la SGCA incurrió en desviación de poder

168. Perú sostiene que la SGCA —a través de sus Resoluciones 1798 y 1808— incurrió en desviación de poder al pronunciarse más allá de lo solicitado por Perú y Ecuador, en clara contravención de lo dispuesto en los Artículos 15 y 16 de la Decisión 416. Sostiene que la SGCA no se pronunció sobre las mercancías amparadas en los Certificados de Origen observados, sino que se pronunció en función de las mercancías investigadas.
169. La SGCA responde indicando que Perú confunde la figura de "desviación de poder", la cual supone una intensión ilegal de actuar con una finalidad distinta a la que le atribuye la norma.
170. En relación con la desviación de poder, en la Sentencia recaída en el Proceso 214-AN-2005, el TJCA señaló lo siguiente:

"La desviación de poder es aquel vicio que afecta la finalidad del acto administrativo y que contradice el hecho o regla de especialidad que establece en materia administrativa, que los órganos u entes administrativos no pueden ir más allá de las normas que disponen sus atribuciones. Esta desviación se expresa en tres formas: la decisión carente de todo objetivo de interés público; decisión con un objetivo de interés público que no es el correcto; y la desviación del procedimiento".

(Subrayado agregado)

171. Como se puede apreciar, el TJCA ha establecido que la desviación de poder implica la afectación de la finalidad pública del acto emitido y una actuación de la SGCA por fuera de las atribuciones que le han sido





conferidas. Se puede incurrir en desviación de poder cuando dicho acto carece de todo objetivo de interés público, tiene un objetivo de interés público incorrecto, o cuando se incurre en el supuesto de desviación del procedimiento.

172. Ninguno de los tres supuestos antes mencionados se advierte de la actuación de la SGCA, en el presente caso. En particular, no se aprecia que la SGCA haya actuado en función de un interés público distinto al que el derecho comunitario andino recoge en la Decisión 416.
173. Si para determinar el origen de una mercadería lo correcto es evaluar los productos asociados a los certificados de origen observados o toda la línea de producción de cocinas, ello no tiene relación con una presunta desviación de poder, sino con los medios probatorios idóneos que acreditarían el origen de la mercadería, lo que se encuentra vinculado a la motivación de la resolución de la SGCA que fue analizada precedentemente.
174. Considerando que no se ha acreditado que la SGCA hubiese incurrido en desviación de poder, corresponde que el TJCA declare infundada la demanda en este extremo.

VIII. Sobre la condena de costas solicitada por la SGCA

175. En su contestación a la demanda la SGCA solicitó al TJCA condenar en costas a Perú. Al respecto, el Artículo 90 del Estatuto del TJCA establece lo siguiente:

"Artículo 90.- Formalidades y contenido de la sentencia

(...)

La sentencia incluirá el pronunciamiento del Tribunal en materia de costas, siempre que haya sido expresamente solicitado en la demanda o en su contestación.

(...)"

176. En esa línea, el Artículo 2 del Reglamento Interno del TJCA sobre costas señala que:

"Artículo 2.- De acuerdo con el Artículo 81 del reglamento interno del Tribunal, la norma general es la de que las costas correrán a cargo del demandante cuando se declare infundada su acción y a cargo del demandado cuando la acción se declare fundada y no habrá lugar a condena en costas cuando la acción sea parcialmente fundada o cuando a juicio del Tribunal se estime que existieron motivos razonables para litigar."

177. Conforme a lo establecido en los precitados Artículos, no habrá lugar a la condena en costas cuando a juicio del TJCA se estime que existieron motivos para litigar.

178. Dado que en el presente caso el TJCA considera que Perú tuvo motivos





razonables para presentar la demanda, no corresponde condenar en costas al demandante.

En base a las consideraciones expuestas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,

DECIDE:

PRIMERO: Declarar infundada la demanda de nulidad presentada por la República del Perú contra las Resoluciones 1798 y 1808 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

SEGUNDO: No condenar en costas a Perú.

Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
MAGISTRADA

Luis Rafael Vergara Quintero
MAGISTRADO

Hernán Rodrigo Romero Zambrano
MAGISTRADO

De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, firman igualmente la presente Sentencia el Presidente y el Secretario.

Hugo Ramiro Gómez Apac
PRESIDENTE

Luis Felipe Aguilar Feijóo
SECRETARIO

Notifíquese la presente sentencia y remítase copia certificada a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo previsto en el Artículo 43 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en el Artículo 98 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

