



SUMARIO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

	Pág.
PROCESO 228-IP-2016 Interpretación Prejudicial Consultante: Sala Única del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Tributario con Sede en Quito de la República del Ecuador Expediente interno del Consultante: 17505-2013-0019 Referencia: Ventajas del programa de liberación en la Subregión.....	2
PROCESO 242-IP-2016 Interpretación Prejudicial Consultante: Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia Expediente interno del Consultante: 25000 23 24 000 2004 00934 02 Referencia: Control y vigilancia sanitaria de productos cosméticos.....	12
PROCESO 333-IP-2019 Interpretación Prejudicial Consultante: Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia Expediente interno del Consultante: 11001032400020100025400 Referencia: Signo involucrado BOTELLA (tridimensional).....	18

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

Quito, 14 de diciembre de 2018

Proceso: 228-IP-2016

Asunto: Interpretación Prejudicial

Consultante: Sala Única del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Tributario con Sede en Quito de la República del Ecuador

Expediente interno del Consultante: 17505-2013-0019

Referencia: Ventajas del programa de liberación en la Subregión

Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero

VISTOS

El Oficio N° 1046-SUTDNo.1-CT-2016-GRM del 16 de mayo de 2016, recibido físicamente el 17 del mismo mes y año, mediante el cual la Sala Única del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Tributario con Sede en Quito de la República del Ecuador, solicitó la Interpretación Prejudicial del Artículo 1 de la Decisión 641 de la Comisión de la Comunidad Andina con el fin de resolver el Proceso Interno No. 17505-2013-0019.

El Auto de 4 de mayo de 2017, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente Interpretación Prejudicial.

A. ANTECEDENTES**Partes en el proceso interno**

Demandante: MULTIPRODUCTOS ECUATORIANOS PRODECVE CIA. LTDA.

Demandados: DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, SRI

DIRECTOR REGIONAL NORTE DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS





B. ASUNTO CONTROVERTIDO

De la revisión de los documentos remitidos por el Tribunal consultante respecto del proceso interno, este Tribunal considera que el asunto controvertido es determinar si la República Bolivariana de Venezuela es beneficiaria de la excepción consagrada en el Artículo 135 del Acuerdo de Cartagena respecto de las ventajas recibidas y otorgadas en marco del programa de liberación y determinar el alcance de dichos beneficios en los 5 años posteriores a la denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de la República Bolivariana de Venezuela.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

El Tribunal consultante solicitó la interpretación del Artículo 1 de la Decisión 641 de la Comisión de la Comunidad Andina. Procede la interpretación solicitada por ser pertinente y para explicar los efectos de la denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de un país miembro¹.

De oficio, se interpretarán los Artículos 72, 73, 75, 76 y 135 del Acuerdo de Cartagena, codificado por la Decisión 563², para tratar lo referente al

¹ Decisión 641 de la Comisión de la Comunidad Andina.-

"Artículo 1.- Aprobar el Memorando de Entendimiento suscrito entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, de una Parte y la República Bolivariana de Venezuela, por otra Parte, sobre la aplicación del Artículo 135 del Acuerdo de Cartagena, el cual consta en el Anexo de la presente Decisión."

² Acuerdo de Cartagena (Acuerdo de Integración Subregional Andino), codificado por Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 940 del 1 de julio de 2003.-

CAPÍTULO VI PROGRAMA DE LIBERACION

"Artículo 72.- El Programa de Liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro."

"Artículo 73.- Se entenderá por "gravámenes" los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. No quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados."

Se entenderá por "restricciones de todo orden" cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral. No quedarán comprendidas en este concepto la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a) Protección de la moralidad pública;
- b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;
- c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás Artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los Países Miembros;
- d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;
- e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;
- f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico;
- g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear."





programa de liberación, sus ventajas, así como la excepción del cese de los derechos y obligaciones cuando un país miembro decide denunciar el Acuerdo.

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. La denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de la República Bolivariana de Venezuela, en el marco del Artículo 135 del Acuerdo de Cartagena y el Memorando de Entendimiento aprobado por la Decisión 641 de la Comisión de la Comunidad Andina.
2. Respuesta a la pregunta del Consultante.

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. **La denuncia del Acuerdo de Cartagena por parte de la República Bolivariana de Venezuela, en el marco del Artículo 135 del Acuerdo de Cartagena y el Memorando de Entendimiento aprobado por la Decisión 641 de la Comisión de la Comunidad Andina**

- 1.1. El Artículo 1 de la Decisión 641 establece lo siguiente:

"Artículo 1.- Aprobar el Memorando de Entendimiento suscrito entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, de una Parte y la República Bolivariana de Venezuela, por otra Parte, sobre la aplicación del Artículo 135 del Acuerdo de Cartagena, el cual consta en el Anexo de la presente Decisión."

- 1.2. El Memorando de Entendimiento aprobado por el Artículo 1 de la Decisión 641 tiene por objeto establecer líneas de acción y garantizar la efectiva

"Artículo 75.- En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales."

"Artículo 76.- El Programa de Liberación será automático e irrevocable y comprenderá la universalidad de los productos, salvo las disposiciones de excepción establecidas en el presente Acuerdo, para llegar a su liberación total en los plazos y modalidades que señala este Acuerdo. Este Programa se aplicará, en sus diferentes modalidades:

- a) A los productos que sean objeto de Programas de Integración Industrial;
- b) A los productos incluidos en la Lista Común señalada en el Artículo 4 del Tratado de Montevideo de 1960;
- c) A los productos que no se producen en ningún país de la Subregión, incluidos en la nómina correspondiente;
- d) A los productos no comprendidos en los Literales anteriores."

"Artículo 135.- El País Miembro que desee denunciar este Acuerdo deberá comunicarlo a la Comisión. Desde ese momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia."

El plazo indicado en el párrafo anterior podrá ser disminuido en casos debidamente fundados, por decisión de la Comisión y a petición del País Miembro interesado.

En relación con los Programas de Integración Industrial se aplicará lo dispuesto en el Literal i) del Artículo 62."





aplicación del Artículo 135 del Acuerdo de Cartagena respecto de los derechos y obligaciones que se mantienen entre las partes en el marco del programa de liberación. El referido Memorando de Entendimiento establece que:

"PRIMERO. - Dar plena aplicación a las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, a partir del 22 de abril de 2006, conforme a lo previsto en el Artículo 135 del Acuerdo de Cartagena, el cual señala textualmente:

El País Miembro que desee denunciar este Acuerdo deberá comunicarlo a la Comisión. Desde ese momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia.

El plazo indicado en el párrafo anterior podrá ser disminuido en casos debidamente fundados, por decisión de la Comisión y a petición del País Miembro interesado.

Igualmente, los Gobiernos de la República Bolivariana de Venezuela, por una parte, y los de Colombia y Ecuador, por otra, se comprometen a mantener en aplicación las disposiciones previstas en el Convenio de Complementación Industrial en el Sector Automotor y sus instrumentos derivados, cuya vigencia se sujetará a las disposiciones del propio Convenio."

(Énfasis agregado)

1.3. El Artículo 135 del Acuerdo de Cartagena³, norma que regula el proceso y efectos de la denuncia del Acuerdo por parte de un país miembro, contempla lo siguiente:

- **Procedimiento de la denuncia del Acuerdo:** el país miembro que desee denunciar el Acuerdo de Cartagena deberá comunicarlo a la Comisión de la Comunidad Andina.

³ Acuerdo de Cartagena (Acuerdo de Integración Subregional Andino), codificado por Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 940 del 1 de julio de 2003.-

"Artículo 135.- El País Miembro que desee denunciar este Acuerdo deberá comunicarlo a la Comisión. Desde ese momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia.

El plazo indicado en el párrafo anterior podrá ser disminuido en casos debidamente fundados, por decisión de la Comisión y a petición del País Miembro interesado.

En relación con los Programas de Integración Industrial se aplicará lo dispuesto en el Literal i) del Artículo 62."





- **Efectos de la denuncia del Acuerdo:** desde el momento en que se denuncia el Acuerdo de Cartagena cesan para el país denunciante los derechos y obligaciones derivados de su condición de miembro.
- **Excepción del cese de derechos y obligaciones:** el cese de derechos y obligaciones tiene una excepción y es respecto de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el programa de liberación, las cuales permanecerán vigentes por un plazo de 5 años a partir de la fecha de la denuncia del Acuerdo de Cartagena.

El plazo de esta excepción puede ser disminuido en casos debidamente fundados por decisión de la Comisión de la Comunidad Andina y a petición del país miembro interesado.

- 1.4. Los mecanismos para la aplicación de las ventajas recibidas y otorgadas por el programa de liberación en los 5 años posteriores a la denuncia son establecidas por el Memorando de Entendimiento.
- 1.5. En el Auto 02-AI-2006 de fecha 13 de julio de 2006⁴, este Tribunal se ha pronunciado sobre lo dispuesto por el Artículo 135 del Acuerdo de Cartagena en los siguientes términos:

"...Que, en el marco del Artículo transcrito, la República Bolivariana de Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena, finalizando de pleno derecho para ese País, desde el momento de la presentación de la denuncia, los derechos y obligaciones originados de su condición de País Miembro. Es decir que, desde el momento de presentación de la denuncia del Tratado, cesaron los derechos y obligaciones que había adquirido, en el marco de la integración andina, con excepción de lo previsto en el Artículo 135 referido, esto es, del derecho de importar y exportar libre de todo gravamen y restricción los productos originarios del territorio de cualquiera de los Países Miembros que hayan sido debidamente acordados en la ejecución de dicho Programa por espacio de cinco años, contados a partir de la fecha de la denuncia del Tratado;

Que, desde ese momento, a la República Bolivariana de Venezuela, con relación a las obligaciones y derechos originados de su condición de País Miembro, le es aplicable el principio de res Inter alios acta, con la sola excepción de aquellas previsiones que se refieren al Programa de Liberación, que, conforme con el Artículo 76 del Acuerdo de Cartagena es irrevocable, tengan relación directa con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones emanadas de dicho Programa, cuya validez debe ser garantizada a fin de que tanto la República Bolivariana de Venezuela, como los Países Miembros que conforman la Comunidad Andina puedan cumplirlos durante el lapso antes indicado, que se encuentra previsto en el Artículo 135 del referido Acuerdo..."

- 1.6. De lo señalado se puede concluir que si bien el Artículo 135 del Acuerdo de Cartagena señala que desde el momento en que se denuncia el referido Acuerdo cesan para el país denunciante los derechos y obligaciones derivados de su condición de miembro, también establece una excepción

⁴ Publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1380 del 9 de agosto de 2006.





al cese antes mencionado respecto de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el programa de liberación, las cuales permanecerán vigentes por un plazo de 5 años a partir de la fecha de la denuncia del Acuerdo de Cartagena.

Ventajas del programa de liberación⁵

- 1.7. En la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2922 del 8 de febrero de 2017, el TJCA ha afirmado que el Acuerdo de Cartagena tiene como 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; y facilitar su participación en el proceso de integración regional con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano⁶.
- 1.8. En ese marco, el programa de liberación constituye una de las herramientas que el propio Acuerdo ha establecido para alcanzar los objetivos mencionados. De manera específica, el programa de liberación contribuye de manera relevante para lograr el desarrollo de los países miembros mediante la integración económica y social de sus pueblos⁷.
- 1.9. Conforme al Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, el programa de liberación tiene por objeto eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio

⁵ Los párrafos 1.7 a 1.9 y 1.11 a 1.16 del Tema 1 del Apartado E de la presente Interpretación Prejudicial fueron extraídos de la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2922 del 8 de febrero de 2017.

⁶ 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."

⁷ 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:

- a) Profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales y de relacionamiento con esquemas extrarregionales en los ámbitos político, social y económico-comercial;
- b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes;
- c) La programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la ejecución de programas industriales y de otras modalidades de integración industrial;
- d) Un Programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo 1980;





de cualquier país miembro. En ese sentido, el Artículo 73 de la misma norma le otorga carácter automático e irrevocable, precisando que comprende la universalidad de los productos, salvo las disposiciones de excepción que se establezca, a fin de llegar a su liberación total en los plazos y modalidades estipuladas.

1.10. El Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena especifica que se entenderá por "gravamen" y "restricciones de todo orden", en los siguientes términos:

"Artículo 73.- Se entenderá por "gravámenes" los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. No quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados.

Se entenderá por "restricciones de todo orden" cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral. No quedarán comprendidas en este concepto la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a:

- a) *Protección de la moralidad pública;*
- b) *Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;*
- c) *Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás Artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los Países Miembros;*
- d) *Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;*
- e) *Importación y exportación de oro y plata metálicos;*
- f) *Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y*
- g) *Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear."*

1.11. Como se explicó en la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017, el primer párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena establece que se entenderá por "**gravámenes**" los derechos aduaneros y cualquier otro recargo de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. Asimismo, se precisa que no quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados.

1.12. Por su parte, el segundo párrafo de la misma disposición prescribe que se entenderá por "**restricciones de todo orden**" cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un país miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral.

1.13. En línea con lo señalado, el TJCA ratifica el carácter irrevocable del programa de liberación y su relevancia como mecanismo fundamental para





la consolidación del proceso de integración entre los países miembros de la Comunidad Andina, reiterando que, tratándose de restricciones, este solo admite las excepciones taxativamente estipuladas en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena cuando dicha circunstancia sea adecuadamente demostrada. Así las cosas, este órgano jurisdiccional revalida la postura que ha venido sosteniendo en su jurisprudencia sobre el carácter taxativo (y restrictivo) de las excepciones previstas en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

1.14. En la Sentencia recaída en el Proceso 01-AN-2014 de fecha 19 de enero de 2017, este Tribunal estableció que para que una medida adoptada por un país miembro se justifique como una excepción de las previstas en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, debe cumplir, de manera concurrente, con los siguientes requisitos:

- a) La finalidad de la medida debe fundamentarse en alguna de las excepciones (taxativamente) previstas en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, las que deben ser interpretadas de manera restrictiva.
- b) La medida debe ser idónea para cumplir la mencionada finalidad.
- c) La medida debe ser necesaria (o insustituible); es decir, no debería haber otra medida menos lesiva o gravosa al comercio subregional andino que podría cumplir con la mencionada finalidad.
- d) La medida debe ser proporcional; esto es, que sus beneficios son superiores a sus costos, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo.
- e) La medida no debe ser discriminatoria.

1.15. 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.

1.16. En ese sentido, resulta importante enfatizar que, en sintonía con lo señalado en la jurisprudencia precitada, a criterio del TJCA, el cumplimiento del programa de liberación establecido en el Acuerdo de Cartagena constituye un parámetro de primer orden para avanzar hacia la integración subregional andina⁸.

2. Respuesta a la pregunta del Consultante

Antes de dar respuesta a las preguntas formuladas por el consultante, es necesario precisar que este Tribunal no brindará una respuesta que resuelva el caso en concreto, siendo que se limitará a precisar el contenido

⁸ Ibidem



y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, así como tampoco calificará los hechos materia del proceso.

- 2.1. **“Dado que en el proceso interno, el Tribunal consulto: *“respecto de si en virtud de la Decisión 641 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1381 de 10 de agosto de 2006, en especial en su Artículo 1 y en este sentido respecto del Memorando de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y los países miembros de la Comunidad Andina, son o no aplicables las Decisiones de la CAN 40 y 578 respecto de la República Bolivariana de Venezuela en los cinco años posteriores a la denuncia del Acuerdo de Cartagena comunicada por dicho país.”***”

Las Decisiones 40 y 578 no se encuentran vinculadas al programa de liberación, por lo tanto no se encuentran relacionadas con la excepción prevista en el Artículo 135 del Acuerdo de Cartagena.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por el Tribunal consultante al resolver el proceso interno **17505-2013-0019**, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

La presente Interpretación Prejudicial se firma por los Magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal.



Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
MAGISTRADA



Luis Rafael Vergara Quintero
MAGISTRADO



Hernán Rodríguez Romero Zambrano
MAGISTRADO



Hugo Ramiro Gómez Apac
MAGISTRADO





De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente Interpretación Prejudicial el Presidente y el Secretario.

Luis Rafael Vergara Quintero
PRESIDENTE

Luis Felipe Aguilar Feijó
SECRETARIO

Notifíquese a la Sala consultante y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

| **PROCESO 228-IP-2016** |



**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

Quito, 14 de diciembre de 2018

Proceso: 242-IP-2016

Asunto: Interpretación Prejudicial

Consultante: Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia

Expediente interno del Consultante: 25000 23 24 000 2004 00934 02

Referencia: Control y vigilancia sanitaria de productos cosméticos

Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero

VISTOS

El Oficio N° 2171 del 20 de mayo de 2016, recibido via correo electrónico el 23 de mayo de 2016, mediante el cual la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, solicitó la Interpretación Prejudicial de los Artículos 9,10 y 11 de la Resolución 797 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, a fin de resolver el proceso interno N° 25000 23 24 000 2004 00934 02;

El Auto de 4 de mayo de 2017 mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente Interpretación Prejudicial.

A. ANTECEDENTES**Partes en el Proceso Interno**

Demandante: MON AROM S.A. EN LIQUIDACIÓN

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS (INVIMA)





B. ASUNTO CONTROVERTIDO

De la revisión de los documentos remitidos por la sala consultante el tema controvertido en el proceso interno consiste en determinar si la decisión del INVIMA consistente en suspender las actividades de envase de acondicionamiento y congelamiento de perfumes por parte de la empresa MON AROM S.A. EN LIQUIDACIÓN, está acorde con lo establecido en los Artículos 9, 10 y 11 de la Resolución 797 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

El consultante solicitó la Interpretación Prejudicial de los Artículos 9, 10 y 11 de la Resolución 797 de la Secretaría General de la Comunidad Andina¹, los cuales se interpretarán por ser procedentes.

De oficio, se interpretarán los Artículos 2 y 26 de la Decisión 516 de la Comisión de la Comunidad Andina², para analizar la evaluación o suspensión de la comercialización de un producto cosmético.

¹ Resolución 797 de la Secretaría General de la Comunidad Andina - Reglamento de la Decisión 516 sobre Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Cosméticos. -

"Artículo 9.- La Autoridad Nacional Competente, con base en razones científicas y en aplicación de su sistema de vigilancia sanitaria, podrá establecer medidas de seguridad con el objeto de prevenir o impedir que el producto cosmético o una situación particular asociada a su uso o comercialización, atenten o puedan significar peligro para la salud de las personas.

Las medidas de seguridad se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar."

"Artículo 10.- La Autoridad Nacional Competente podrá aplicar las siguientes medidas de seguridad encaminadas a proteger la salud pública:

- a) *Inmovilización del producto y, de ser el caso, los materiales o artículos que forman parte del mismo, así como de sus equipos de producción; y/o*
- b) *Suspensión temporal de funcionamiento del establecimiento de fabricación o comercialización, ya sea en forma parcial o total."*

"Artículo 11.- La Autoridad Nacional Competente aplicará la medida de seguridad sanitaria correspondiente, teniendo en cuenta la naturaleza del producto, el hecho que origina la violación de las disposiciones vigentes y su efecto sobre la salud de las personas. Las medidas que se adopten deberán guardar proporción con el nivel de riesgo sanitario y estar debidamente fundamentadas."

² Decisión 516 de la Comisión de la Comunidad Andina - Armonización de Legislaciones en materia de Productos Cosméticos. -

"Artículo 2.- Los productos cosméticos que se comercialicen dentro de la Subregión no deberán perjudicar la salud humana cuando se apliquen en las condiciones normales o razonablemente previsibles de uso, teniendo presente particularmente, la presentación del producto, su etiquetado y las eventuales instrucciones de uso y eliminación, así como cualquier otra indicación o información que proceda del fabricante o del responsable de comercialización del producto. No obstante, la presencia de tales advertencias no exime del cumplimiento de las demás obligaciones previstas en la presente Decisión."

"Artículo 26.- Si con base en razones científicas y en aplicación de su sistema de vigilancia sanitaria, un País Miembro comprueba que un producto cosmético notificado representa un riesgo para la salud, lo someterá a evaluación, suspenderá, prohibirá su comercialización dentro de su territorio o aplicará las medidas correctivas que fueren necesarias. Las medidas que adopte deberán guardar proporción con el nivel de riesgo sanitario."



D. TEMA OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Vigilancia sanitaria en la comercialización de cosméticos.

E. ANÁLISIS DEL TEMA OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Vigilancia sanitaria en la comercialización de cosméticos

- 1.1. Dado que en el proceso interno se discute si el INVIMA tenía la facultad de suspender la comercialización de perfumes envasados por MON AROM S.A. EN LIQUIDACIÓN debido a un posible riesgo sanitario, resulta necesario analizar la normativa comunitaria que trata del tema.
- 1.2. El Artículo 2 de la Decisión 516 —marco jurídico inspirado en la salvaguardia de la salud pública— regula lo siguiente:

“Artículo 2.- Los productos cosméticos que se comercialicen dentro de la Subregión no deberán perjudicar la salud humana cuando se apliquen en las condiciones normales o razonablemente previsibles de uso, teniendo presente particularmente, la presentación del producto, su etiquetado y las eventuales instrucciones de uso y eliminación, así como cualquier otra indicación o información que proceda del fabricante o del responsable de comercialización del producto. No obstante, la presencia de tales advertencias no exime del cumplimiento de las demás obligaciones previstas en la presente Decisión.” (negrilla y subrayados propios)

- 1.3. Las normas comunitarias así como la jurisprudencia del Tribunal tienen el propósito de proteger la vida y la salud de las personas. El Tribunal considera que el bienestar físico, mental y social de las personas debe encontrar cimiento en la seguridad y confiabilidad que tengan sobre los productos que usan en su diario vivir. La seguridad de los productos y su calidad van de la mano de la protección de la vida, la integridad física, la salud y el goce de un ambiente sano.³
- 1.4. En esa línea, el precitado Artículo 2 de la Decisión 516 dispone que los productos cosméticos que se comercialicen dentro de la Subregión no deberán perjudicar la salud humana.
- 1.5. Los cosméticos son utilizados sobre las partes superficiales del cuerpo humano; por lo tanto, si no se cumplen con todos los cuidados sanitarios y de control de calidad, este contacto podría dar lugar a efectos no deseados como toxicidad, irritación o sensibilización.⁴

El País Miembro que adoptó la medida informará su adopción a la Secretaría General y a los demás Países Miembros de manera inmediata, acompañando al efecto una justificación detallada.”

³ Ver Interpretación Prejudicial N° 029-IP-2012 de fecha 23 de enero de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2162 del 11 de marzo de 2013.

⁴ Ibidem.





- 1.6. En este sentido, los consumidores de productos cosméticos tienen derecho a recibir una información completa y correcta sobre los cosméticos que van a utilizar, de manera que puedan identificar con facilidad y claridad el producto, su función, sus ingredientes, el modo de uso, su fecha de caducidad o cualquier precaución que deban adoptar para evitar riesgos.⁵
- 1.7. Por ello se han creado acciones de control y vigilancia sanitaria, las cuales se llevan a cabo mediante la verificación de los establecimientos destinados a elaborar, almacenar, distribuir y comercializar productos cosméticos. Así como mediante la verificación de información técnica contenida en la **notificación sanitaria obligatoria** —regulada en el Artículo 6 de la Decisión 516⁶—, la cual deberá ser confrontada con la información técnica que el fabricante deberá tener para cada lote.⁷
- 1.8. Se puede dar el caso de que, en la aplicación del sistema de vigilancia sanitaria, se compruebe —con base en razones científicas— que un producto cosmético representa un riesgo para la salud. En dicho supuesto será necesario someter al referido producto a una evaluación y, de ser el caso, suspender y prohibir su comercialización dentro del territorio del país miembro o aplicar las medidas correctivas que fueren necesarias, las cuales deben ser proporcionales al nivel de riesgo sanitario, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 26 de la Decisión 516⁸.
- 1.9. Al respecto el Artículo 9 de la Resolución 797, reglamento sobre el control y vigilancia en la comercialización de productos cosméticos, establece de manera expresa la facultad reseñada en el párrafo anterior, al regular que la autoridad nacional competente —en aplicación de su sistema de vigilancia sanitaria— podrá establecer medidas de seguridad sobre aquellos productos cosméticos o sobre las actividades asociadas al uso del mismo que signifiquen un peligro para la salud de las persona; medidas que se impondrán sin perjuicio de las sanciones a las que haya lugar.

⁵ Ibidem.

⁶ Decisión 516 de la Comisión de la Comunidad Andina. -

"Artículo 6.- Se entiende por Notificación Sanitaria Obligatoria la comunicación en la cual se informa a las Autoridades Nacionales Competentes, bajo declaración jurada, que un producto cosmético será comercializado a partir de la fecha determinada por el interesado. En cualquier caso, tal comercialización deberá ser posterior a la fecha de recepción de la Notificación por parte de la Autoridad Nacional Competente del primer País Miembro de comercialización."

⁷ Ver Interpretación Prejudicial N° 029-IP-2012 de fecha 23 de enero de 2013; publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2162 del 11 de marzo de 2013.

⁸ Decisión 516 de la Comisión de la Comunidad Andina. -

"Artículo 26.- Si con base en razones científicas y en aplicación de su sistema de vigilancia sanitaria, un País Miembro comprueba que un producto cosmético notificado representa un riesgo para la salud, lo someterá a evaluación, suspenderá, prohibirá su comercialización dentro de su territorio o aplicará las medidas correctivas que fueron necesarias. Las medidas que adopte deberán guardar proporción con el nivel de riesgo sanitario."

El País Miembro que adoptó la medida informará su adopción a la Secretaría General y a los demás Países Miembros de manera inmediata, acompañando al efecto una justificación detallada."





1.10. Lo expuesto tiene fundamento en que todo tipo de normas de control de calidad y de vigilancia sanitaria que otorguen seguridad a los productos cosméticos deben ser cumplidas de manera expresa y determinante, pues el objetivo principal es garantizar la ausencia de riesgos para la salud humana con el uso de estos productos, razón por la cual se faculta a las autoridades nacionales competentes que tomen las medidas de seguridad necesarias para el efecto.

1.11. Dentro de las medidas que puede tomar la autoridad nacional competente, conforme a lo regulado en el Artículo 10 de la Resolución 797, se encuentran las siguientes:

- a) Inmovilización del producto y, de ser el caso, los materiales o artículos que forman parte del mismo, así como de sus equipos de producción; y/o,
- b) Suspensión temporal de funcionamiento del establecimiento de fabricación o comercialización, ya sea en forma parcial o total.

Pueden interponerse por parte de las autoridades competentes otras medidas a las reseñadas, al no ser una lista taxativa, debido a que según lo dispuesto en el Artículo 26 de la Decisión 516, si el producto cosmético notificado representa un riesgo para la salud, la autoridad sanitaria en aplicación de su sistema de vigilancia sanitaria podrá tomar las medidas correctivas que fueren necesarias para evitar cualquier riesgo nocivo a la salud de las personas, teniendo como limitante que debe existir una proporcionalidad entre la medida y el nivel del riesgo sanitario, así como también debe estar debidamente fundamentada.

1.12. Estas medidas, conforme a lo regulado en el Artículo 11 de la Resolución 797 se aplicarán teniendo en cuenta los siguientes presupuestos:

- (i) La naturaleza del producto;
- (ii) El hecho que origina la violación de las disposiciones vigente; y,
- (iii) Los efectos generados en la salud de las personas.

1.13. En conclusión, la autoridad nacional competente deberá tener en cuenta los parámetros señalados por la norma comunitaria y reseñados en el presente acápite en la aplicación del sistema de vigilancia sanitario respecto de la comercialización de productos cosméticos dentro de la subregión, con el fin de garantizar la protección de la salud humana.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por la Sala consultante al resolver el Proceso Interno N° 25000 23 24 000 2004 00934 02, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.





La presente Interpretación Prejudicial se firma por los Magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal.

Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
MAGISTRADA

Luis Rafael Vergara Quintero
MAGISTRADO

Hernán Rodrigo Romero Zambrano
MAGISTRADO

Hugo Ramiro Gómez Apac
MAGISTRADO

De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente Interpretación Prejudicial el Presidente y el Secretario.

Luis Rafael Vergara Quintero
PRESIDENTE

Luis Felipe Aguilar Feijoó
SECRETARIO

Notifíquese a la Sala consultante y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.



PROCESO 242-IP-2016



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 23 de octubre de 2019

Proceso : 333-IP-2019

Asunto : Interpretación Prejudicial

Consultante : Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia

Expediente de origen : 06-97381

Expediente interno del consultante : 11001032400020100025400

Referencia : Signo involucrado **BOTELLA** (tridimensional)¹

Magistrado ponente : Hugo R. Gómez Apac

VISTOS

El Oficio N° 3544 del 27 de agosto de 2019, recibido vía correo electrónico el día 30 del mismo mes y año, mediante el cual la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, solicitó Interpretación Prejudicial de los Artículos 134 y 135 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, a fin de resolver el proceso interno N° 11001032400020100025400; y,

El Auto del 27 de setiembre de 2019, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente Interpretación Prejudicial.

¹ A continuación, una reproducción del signo tridimensional solicitado a registro:





A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandante : Bavaria S.A.

Demandada : Superintendencia de Industria y Comercio
—SIC— de la República de Colombia

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

De la revisión de los documentos remitidos por la Sala consultante respecto del proceso interno, este Tribunal considera que los temas controvertidos son los siguientes:

1. Si el signo **BOTELLA** (tridimensional) solicitado a registro por Bavaria S.A., cumpliría con los requisitos para ser considerado como marca.
2. Si el signo **BOTELLA** (tridimensional) solicitado a registro por Bavaria S.A., es distintiva intrínsecamente respecto de los productos de la Clase 32 de la Clasificación Internacional de Niza que pretende distinguir.
3. Si el signo **BOTELLA** (tridimensional) solicitado a registro por Bavaria S.A., constituiría una forma usual para los productos o envases de la Clase 32 de la Clasificación Internacional de Niza que pretende distinguir.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

1. La Sala consultante solicitó la Interpretación Prejudicial de los Artículos 134 y 135 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Únicamente procede realizar la interpretación del Artículo 134, y de los Literales b) y c) del Artículo 135 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina², por ser pertinentes.

² 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:*



2. No procede realizar la interpretación de los demás literales del Artículo 135 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina por cuanto únicamente se encuentra en discusión la irregistrabilidad del signo por la supuesta falta de distintividad intrínseca y por presuntamente constituir una forma usual de los productos que pretende distinguir.

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Concepto de marca. Requisitos para el registro de las marcas.
2. La marca tridimensional.
3. La irregistrabilidad de signos por falta de distintividad.
4. Formas usuales o necesarias de los productos, envases o envolturas en la conformación de marcas tridimensionales.

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Concepto de marca. Requisitos para el registro de las marcas

- 1.1. Teniendo en consideración que Bavaria S.A., contrariamente a lo señalado por la SIC, argumentó que el signo **BOTELLA** (tridimensional), para distinguir productos de la Clase 32 de la Clasificación Internacional de Niza solicitado a registro, si cumpliría con todos los requisitos para ser considerado como marca, resulta pertinente analizar el tema propuesto.

Concepto de marca

- 1.2. Antes de establecer los requisitos para el registro de las marcas, es pertinente referirse al concepto de marca y sus funciones.
- 1.3. El Artículo 134 de la Decisión 486 ofrece una definición general de marca: "*(...) cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado*".
- 1.4. De conformidad con la anterior definición normativa, se podría decir que la marca es un bien inmaterial que permite identificar o distinguir los diversos productos y servicios que se ofertan en el mercado.
- 1.5. La marca cumple diversas funciones en el mercado, a saber:
 - a) Diferencia los productos o servicios que se ofertan.
 - b) Es indicadora de la procedencia empresarial.

(...)

- b) carezcan de distintividad;
- c) consistan exclusivamente en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza o la función de dicho producto o del servicio de que se trate;





- c) Indica la calidad del producto o servicio que identifica.
 - d) Concentra el *goodwill* del titular de la marca.
 - e) Sirve de medio para publicitar los productos o servicios.
- 1.6. Las marcas como medio de protección al consumidor cumplen varias funciones (distintiva, de identificación de origen de los bienes y servicios, de garantía de calidad, función publicitaria, competitiva, etc.). De ellas y, para el tema a que se refiere este punto, la destacable es la función distintiva, que permite al consumidor identificar los productos o servicios de una empresa de los de otras. Las restantes funciones, se ha dicho, se encuentran subordinadas a la capacidad distintiva del signo, pues sin esta no existiría el signo marcario.
- 1.7. Estas precisiones permiten determinar que la marca cumple un papel esencial como es el de ser informativa, respecto a la procedencia del producto o del servicio al que representa, función publicitaria que es percibida por el público y los medios comerciales, pudiéndose no obstante causar engaño o confusión por falsas apreciaciones respecto de los productos o servicios protegidos.
- 1.8. El Artículo 134 de la Decisión 486, en siete literales consagra una enumeración no taxativa de los signos que son aptos para obtener el registro marcario; establece que pueden constituir marcas, entre otros: las palabras o combinación de palabras; las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; los sonidos y olores; las letras y números; un color que se encuentre delimitado por una forma, o una combinación de varios colores; la forma de productos, envases o envolturas; o cualquier combinación de los signos o medios indicados anteriormente.

Requisitos para el registro de marcas

- 1.9. Según el Régimen Común de Propiedad Industrial contenido en la citada Decisión, los requisitos para el registro de marcas son: distintividad y susceptibilidad de representación gráfica.
- 1.10. A pesar de no mencionarse de manera expresa el requisito de la perceptibilidad, es importante destacar que este es un elemento que forma parte de la esencia de la marca.
- 1.11. La perceptibilidad, precisamente, hace referencia a todo elemento, signo o indicación que pueda ser captado por los sentidos para que, por medio de estos, la marca penetre en la mente del público, el cual la asimila con facilidad. Por cuanto para la percepción sensorial o externa de los signos se utiliza en forma más general el sentido de la vista, han venido caracterizándose preferentemente aquellos elementos que hagan





referencia a una denominación, a un conjunto de palabras, a una figura, a un dibujo, o a un conjunto de dibujos.

1.12. 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 la elección de los bienes y servicios que desea adquirir; también permite al titular de la marca diferenciar sus productos y servicios de otros similares que se ofertan en el mercado.
- b) La **susceptibilidad de representación gráfica** es la posibilidad de que el signo a registrar como marca sea descrito mediante palabras, gráficos, 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.

1.13. En conclusión, para que un signo sea registrado como marca debe ser distintivo y susceptible de representación gráfica, de conformidad con el Artículo 134 de la Decisión 486; asimismo, debe ser perceptible, ya que, como se mencionó, dicho requisito se encuentra implícito en la noción de marca.

1.14. Es importante advertir que el Literal a) del Artículo 135 de la Decisión 486, eleva a causal absoluta de irregistrabilidad la falta de alguno de los requisitos que se desprenden del Artículo 134 de la misma normativa; es decir, que un signo es absolutamente irregistrable si carece de distintividad, de susceptibilidad de representación gráfica o de perceptibilidad.

1.15. Asimismo, se debe tener en cuenta que la falta de distintividad está consagrada de manera independiente como causal de nulidad absoluta en el Literal b) del Artículo 135. La distintividad tiene un doble aspecto: i) distintividad intrínseca, mediante la cual se determina la capacidad que debe tener el signo para distinguir productos o servicios en el mercado y ii) distintividad extrínseca, por la cual se determina la capacidad del signo para diferenciarse de otros signos en el mercado.

1.16. El registro de un signo como marca se encuentra expresamente condicionado al hecho de que este sea distintivo y susceptible de representación gráfica. De conformidad con el Literal b) del Artículo 135 de la Decisión 486, la aptitud distintiva es uno de sus elementos constitutivos, como requisito esencial para su registro, según el cual no podrán ser registrados como marcas los signos que carezcan de distintividad.

1.17. Se deberá analizar, en primer lugar, si la marca a registrar cumple con los requisitos mencionados, para luego, determinar si el signo no está





inmerso en alguna de las causales de irregistrabilidad señaladas en los Artículos 135 y 136 de la Decisión 486.

2. La marca tridimensional

- 2.1. En el presente proceso, se discute si el signo **BOTELLA** (tridimensional) solicitado a registro por Bavaria S.A., cumpliría con los requisitos para ser considerado como marca; por tanto, es pertinente desarrollar el concepto de la marca tridimensional.
- 2.2. Entendiendo que la marca es un medio para distinguir productos y/o servicios en el mercado, pueden estar conformadas, entre otros, por los siguientes elementos: palabras o combinación de las mismas, imágenes, figuras, símbolos, gráficos, emblemas, envases o envolturas, números, letras, colores delimitados por una forma o una combinación de colores.³
- 2.3. En consecuencia, pueden ser registrables los envases o envolturas, los mismos que pueden estar compuestos de fondo, ancho y altura; por consiguiente, se tratará de un signo tridimensional.⁴
- 2.4. Un signo tridimensional es el que ocupa las tres dimensiones del espacio: se trata de un cuerpo provisto de volumen; dentro de esta clase se ubican las formas de los productos, sus envases, envoltorios, relieves; asimismo, constituyen una clase de signos con características tan peculiares que ameritan su clasificación como independiente de los signos denominativos, figurativos y mixtos.⁵
- 2.5. Los signos tridimensionales pueden diferenciar claramente los productos que se desean adquirir y pueden generar gran recordación en el público consumidor dentro del mercado, siempre que la forma arbitraria no guarde relación respecto del producto o servicio que se pretende distinguir. Además, el objeto de estas marcas es influir en la conciencia del consumidor para que se decida a adquirir el producto ofertado.⁶

3. La irregistrabilidad de signos por falta de distintividad

- 3.1. En tanto que la SIC denegó el registro del signo **BOTELLA** (tridimensional), por cuanto vulneraría lo contemplado en el Literal b) del Artículo 135 de la Decisión 486, al no ser lo suficientemente distintivo respecto de los productos de la Clase 32 de la Clasificación Internacional de Niza que pretende distinguir, se procederá a desarrollar el presente tema.

³ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 330-IP-2015 del 23 de junio de 2016.

⁴ Ibidem.

De modo referencial, ver Proceso 133-IP- 2015 del 20 de julio de 2015.

⁶ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 330-IP-2015 del 23 de junio de 2016.





"Artículo 135.- No podrán registrarse como marcas los signos que:
(...)
b) carezcan de distintividad;
(...)"

- 3.2. 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 consumidor.⁷
- 3.3. La distintividad tiene un doble aspecto:⁸
- 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.
- 3.4. 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.
- 3.5. 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. La razón por la que ciertos nuevos tipos de marcas resultan difíciles de proteger es porque generalmente incorporan características que cumplen una función técnica en lugar de servir para indicar la procedencia empresarial de un producto. Los aspectos funcionales no son susceptibles de ser protegidos mediante el registro de marcas.⁹
- 3.6. El análisis de este tipo de distintividad -intrínseca- se encuentra ligado al tipo de producto o servicio que el signo identifica. En ese sentido, la oficina nacional competente deberá analizar si el signo solicitado tiene aptitud distintiva en abstracto.

⁷ Ver Interpretación Prejudicial N° 242-IP-2015 de fecha 24 de agosto de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2579 del 4 de setiembre de 2015.

⁸ Ver Interpretación Prejudicial N° 388-IP-2015 de fecha 25 de febrero de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2726 del 22 de abril de 2016.

⁹ Ver Interpretación Prejudicial N° 242-IP-2015 de fecha 24 de agosto de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2579 del 4 de setiembre de 2015.





- 3.7. Del mismo modo, tal como se explicó en párrafos precedentes, la distintividad extrínseca, también contemplada en el Literal b) del Artículo 135 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.
- 3.8. En conclusión, 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.

4. Formas usuales o necesarias de los productos, envases o envolturas en la conformación de marcas tridimensionales

- 4.1. En el proceso se ha hecho referencia a que el signo **BOTELLA** (tridimensional) solicitado por Bavaria S.A. consiste en una forma usual para los productos que distingue; en ese sentido, es apropiado referirse a este tema.

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

(...)

c) consistan exclusivamente en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza o la función de dicho producto o del servicio del que se trate;

(...)"

- 4.2. La norma transcrita prohíbe el registro de signos que consistan exclusivamente en formas de uso común de los productos o de sus envases, o en formas impuestas por la naturaleza o la función del producto, de sus envases o envoltorios. Advierte el Tribunal que en relación con estas últimas, aunque la norma no lo consagró expresamente, también debe aplicarse a los envases o envolturas de los productos.¹⁰
- 4.3. Las formas usuales o de uso común son aquellas que de manera frecuente y ordinaria se utilizan en el mercado en relación con determinado grupo de productos o sus envases o envoltorios. En este caso, el público consumidor no relaciona dichas formas con los productos o envases de un competidor específico, ya que en su mente se relacionan con el género de productos y no con una especie determinada.¹¹

¹⁰ De modo referencial, ver Interpretación Prejudicial N° 133-IP- 2015 de fecha 20 de julio de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2604 del 14 de octubre de 2015, p. 10.

¹¹ Ver Interpretación Prejudicial N° 141-IP-2016 de fecha 13 de octubre de 2016, publicada en la Gaceta Oficial N° 2868 del 10 de noviembre de 2016.





- 4.4. Existen otro tipo de formas de productos que la normativa andina ha clasificado en:¹²
- a) **Las formas impuestas por la naturaleza:** son aquellas que se desprenden de los elementos esenciales del producto. Son formas que obligadamente, por su configuración y su esencia, están ligadas a los productos, sus envases o envoltorios. V.g. el diseño de gafas.
 - b) **Las formas impuestas por la función del producto:** son aquellas que están determinadas por la finalidad del producto. Habría que preguntarse ¿para qué sirve el producto?, y de esta manera identificar su forma funcional. V.g. un sacacorchos.
- 4.5. Ahora bien, el derecho de uso exclusivo del que goza el titular de la marca, descarta que formas de uso común o necesarias puedan ser utilizadas únicamente por un titular, ya que al ser estos elementos de dominio público no pueden vetarse para que los competidores en el mercado los sigan utilizando. Sin embargo, si dichas formas se encuentran acompañadas por elementos adicionales que le otorguen distintividad al conjunto, podrían registrarse pero sus titulares no podrían oponerse al uso de los elementos comunes o necesarios.¹³
- 4.6. El Tribunal advierte que las formas de uso común o necesarias deben apreciarse en relación con los productos, sus envases o envoltorios, y/o servicios que ampare el signo a registrar. Es decir, lo que es de uso común o necesario para determinados productos, puede no serlo para otros.¹⁴
- 4.7. Si la mencionada marca estuviese compuesta por formas de uso común o necesarias en relación con los productos de la correspondiente clase de la Clasificación Internacional de Niza, quiere decir que su titular tendría que soportar que otros empresarios en el mercado las utilicen.
- 4.8. Considerando lo señalado, es posible concluir lo siguiente:
- (i) Si la forma tridimensional solicitada a registro consiste en una forma usual o común de los productos que pretende distinguir o de sus envases o envoltorios y además cuenta con elementos adicionales que no logran dotar de distintividad a dicha forma, esta se encontraría incurso en la prohibición de registro estipulada en el Literal b) del Artículo 135 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

¹² Ibidem.

De manera referencial, ver Interpretaciones Prejudiciales números 209-IP-2015 de fecha 21 de octubre de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2815 del 26 de octubre de 2015; y 509-IP-2015 de fecha 24 de abril de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3047 del 26 de junio de 2017.


¹³ Ibidem.

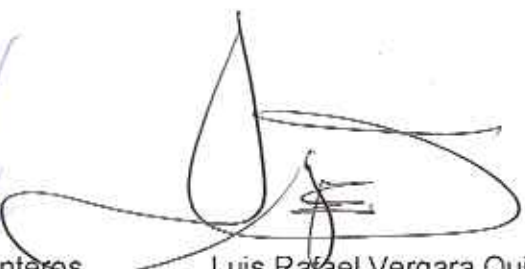


- (ii) Si la forma tridimensional solicitada a registro consiste exclusivamente en una forma usual o común de los productos que pretende distinguir o de sus envases o envoltorios, dicha forma se encontraría incurso en la prohibición de registro estipulada en el Literal c) del Artículo 135 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.
- (iii) Si la forma tridimensional solicitada a registro consiste en una forma usual o común de los productos que pretende distinguir o de sus envases o envoltorios pero cuenta con elementos adicionales que permitirán que el público consumidor les asigne un origen empresarial determinado, corresponderá acceder a su registro; sin embargo, el titular de la forma tridimensional no podrá impedir que terceros utilicen la misma.


En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por la Sala consultante al resolver el Proceso Interno **11001032400020100025400**, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

La presente Interpretación Prejudicial se firma por los Magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal.


Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
MAGISTRADA


Luis Rafael Vergara Quintero
MAGISTRADO


Hernán Rodrigo Romero Zambrano
MAGISTRADO


Hugo R. Gómez Apac
MAGISTRADO





De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente Interpretación Prejudicial el Presidente y el Secretario.

Luis Rafael Vergara Quintero
PRESIDENTE (E)

Luis Felipe Aguilar Feijóo
SECRETARIO

Notifíquese a la Sala consultante y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

