



SUMARIO

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

| | Pág. |
|---|------|
| Proceso 35-AN-2003.- Acción de Nulidad ejercida por la República del Perú contra las Resoluciones 596, 618 y 672 de la Secretaría General de la Comunidad Andina | 1 |
| Proceso 74-IP-2004.- Interpretación Prejudicial de oficio de los artículos 81, 82 literal a), 83 literal a) y 102 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, en base a lo solicitado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de la República de Colombia. Proceso Interno N° 2002-00227 (8071). Actor: INTERNATIONAL MEDICAL GROUP INC. Marca: ING. | 26 |
| Proceso 92-IP-2004.- Interpretación Prejudicial de la disposición prevista en el artículo 135, literal e), de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, e interpretación de oficio de los artículos 134 y 135, literales a) y b) <i>eiusdem</i> . Parte actora: INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY. Caso: denominación "UNIVERSIDAD VIRTUAL". Expediente N° 2002-00422 (8520) | 36 |

PROCESO N° 35-AN-2003

Acción de nulidad ejercida por la República del Perú contra las Resoluciones 596, 618 y 672 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito, a los veinticinco días del mes de agosto del año dos mil cuatro.

VISTOS

El oficio N° 74-2003-MINCETUR/VMCE, del 25 de marzo de 2003, recibido en este Tribunal el 2 de abril del mismo año, por medio del cual el señor Viceministro de Comercio Exterior de la República del Perú, obrando en representación de ésta, y asistido por abogados, demanda que el Tribunal declare la nulidad "de la Resolución 672 y de los actos que sirvieron para la adopción de la misma".

El auto del 21 de mayo de 2003, mediante el cual este Tribunal resuelve admitir a trámite la demanda, ordenar su notificación a la Secretaría General de la Comunidad, reconocer personería para actuar, en representación de la parte actora, a los doctores Silvia Hooker Ortega y Carlos Posada Ugaz, y denegar el pedido de suspensión provisional de la ejecución de la Resolución 672.

La comunicación SG-C/1138/2003, recibida por fax en el Tribunal el 7 de julio del año 2003, y en original el 10 del mismo mes, por medio de la cual la Secretaría General de la Comunidad, representada por su Secretario General, da contestación a la demanda.



El auto del 13 de agosto de 2003, mediante el cual el Tribunal decide tener por contestada la demanda, reconocer personería a los apoderados judiciales de la parte demandada, y dar traslado a la parte actora de la excepción opuesta en el escrito de contestación, remitiéndole al efecto copia de dicho escrito y de sus anexos.

El auto del 4 de septiembre de 2003, a través del cual el Tribunal dispone otorgar un término a la abogada María Clara Lozano Ortiz de Zárate, a objeto de que consigne en autos el poder que, conferido personalmente ante el Presidente del Tribunal, o ante notario o juez competente, la faculte para obrar en representación de la sociedad BIOFILM S.A.

El auto del 16 de septiembre de 2003, en razón del cual el Tribunal resuelve declarar con lugar la excepción por indebida representación de la parte actora, continuar con el procedimiento en curso, por estimar innecesaria su reposición, y, en cuanto a las Resoluciones 596 y 618, pronunciarse a su respecto en la sentencia definitiva.

El auto del 16 de septiembre de 2003, por medio del cual el Tribunal declara que tendrá como pruebas los documentos consignados por las partes, junto con sus respectivos escritos de demanda y de contestación, y convoca a las partes a la audiencia pública a celebrarse el 2 de octubre del año en referencia.

El auto del 24 de septiembre de 2003, mediante el cual el Tribunal acoge la solicitud de coadyuvancia formulada por la abogada María Clara Lozano Ortiz de Zárate, en representación de la empresa BIOFILM S.A., dispone tener a dicha empresa como coadyuvante de la parte demandada, y reconoce personería a la abogada en referencia para obrar como apoderada judicial de la coadyuvante.

Las pruebas que constan en autos, el acta de la audiencia pública celebrada el 2 de octubre del año 2003, los escritos de conclusiones consignados por las partes y la coadyuvante, así como las demás actuaciones que obran en el expediente.

1. Demanda

La República del Perú demanda que el Tribunal declare la nulidad "... de la Resolución 672 y de los actos que sirvieron para la adopción de la

misma, por cuanto la Secretaría General ha excedido las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico comunitario, habiendo incurrido incluso en desviación de poder".

1.1. Fundamentos de hecho

La parte actora alega que:

El 2 de julio de 2001, la Secretaría General de la Comunidad Andina recibió una comunicación de la empresa BIOFILM S.A., de Colombia, a través de la cual ésta solicitó la práctica de una investigación y la consecuente imposición de derechos antidumping provisionales y definitivos a las importaciones peruanas de película de polipropileno biorientado transparente (NANDINA 3920.20.00), originaria de los Estados Unidos de Norteamérica, producida, distribuida o vendida por el Grupo Inteplast Ltd., o por su División AmTopp (Inteplast), en razón de haber sido desplazadas las exportaciones colombianas del mercado peruano.

El 12 de febrero de 2002, la Secretaría General de la Comunidad dispuso, mediante la Resolución 596, "iniciar una investigación antidumping a que se refiere el artículo 2 de la Decisión 283, para las importaciones peruanas de película de polipropileno biorientado transparente ... originaria de Estados Unidos de América ... por desplazar a las exportaciones colombianas del mercado peruano".

El 27 de marzo de 2002, la Resolución 596 fue recurrida en reconsideración por la empresa Inteplast. El recurso fue decidido a través de la Resolución 618, del 29 de abril de 2002, y en ella se declaró infundado el recurso y se confirmó la Resolución 596, modificándose sin embargo su artículo 1°, toda vez que se dispuso iniciar la investigación antidumping "... a que se refiere el literal c) del artículo 2 de la Decisión 283, para las importaciones peruanas de película de polipropileno biorientado transparente ... al ocasionar o amenazar ocasionar un daño importante a dicha rama de la producción nacional de Colombia ...".

El 14 de noviembre de 2002, la Secretaría General de la Comunidad dictó la Resolución 672. En ella, sobre la base de la "interpretación consistente" de los literales c) y d) de la Decisión 283 (sic)", declaró parcialmente con lugar la solicitud de la empresa Biofilm S.A. y estableció "por



un período de tres años, un derecho antidumping de US\$ 0,15 por cada kilogramo de las importaciones que realice la República del Perú de película de polipropileno biorientada transparente termosellable por una o ambas caras, con una cara tratada o sin tratamiento, con espesor superior a 15 micras, comprendida en la subpartida NANDINA 3920.20.00”.

1.2. Fundamentos de derecho

La actora denuncia que “la Resolución 672 ... así como los actos que sirvieron para la expedición de la misma, ha (sic) sido emitidos incurriendo en las tres causales de nulidad previstas en la Decisión 425 de la Comisión de la Comunidad Andina”, a cuyo efecto transcribe el texto del artículo 12 de la Decisión citada.

En particular, la actora denuncia los siguientes vicios:

En cuanto a la Resolución 596, que la Secretaría General de la Comunidad expuso en ella “conceptos que no se condicen con la normativa comunitaria, contrariándola abiertamente; asimismo prescindió de observar las normas señaladas por ese orden con relación a los procedimientos especiales”; que “en lo que pareciera una posición distinta a la desarrollada a lo largo de la parte considerativa, la Resolución 596 resuelve ‘Iniciar una investigación antidumping a que se refiere el artículo 2 (no se hace referencia al inciso correspondiente) de la Decisión 283, para las importaciones peruanas de película de polipropileno biorientado transparente ... por desplazar a las exportaciones colombianas del mercado peruano’ ”; que, en los artículos 105 y 106 del Acuerdo de Cartagena, se define “por un lado que es la Comisión quien está facultada a adoptar las normas para la prevención o corrección de las prácticas que puedan distorsionar la competencia y por el otro, que ese mismo órgano comunitario es quien debe reglamentar los procedimientos sobre tales temas. A la Secretaría General sólo le compete velar por el cumplimiento de la normativa adoptada y reglamentada por la Comisión, en los casos particulares que se denuncien”; y que “las Decisiones 283 y 456 de la Comisión, reguladoras de procedimientos especiales, presentan similar redacción en cuanto a quienes se hallan facultados para iniciar un procedimiento en donde se hallen involucradas supuestas prácticas desleales de comercio ... en ambas Decisiones, los procedimientos especiales so-

bre dumping y subvenciones **son activados únicamente a solicitud de parte**, ya sea por los Países Miembros o por personas jurídicas o naturales ... con interés legítimo. En tal sentido, **la Secretaría General carecía de facultades para iniciar de oficio el procedimiento**, por lo que tampoco se encontraba facultada para adecuar o ampliar una solicitud de investigación dentro del marco de las mencionadas Decisiones **en tanto tal accionar reviste la formalidad en un inicio de investigación de oficio”**.

Sobre la base del artículo 1 de la Decisión 425, la actora sostiene que esta norma, reglamentaría de los procedimientos que se desarrollan ante la Secretaría General de la Comunidad “hace clara distinción entre los procedimientos que son iniciados de oficio de los que son incoados a petición de parte. Asimismo, allí se privilegia a las normas sobre procedimientos contenidos, entre otros, en las Decisiones sobre temas especiales (v.g. Decisión 283) sobre las contenidas en el Reglamento de Procedimientos de la Secretaría General”; que, por tanto, “las normas de procedimiento contenidas en la Decisión 283, deben aplicarse con preferencia a las normas contenidas en el propio reglamento de procedimientos de la Secretaría General”; que “Para efectos de analizar la investigación abierta por la Secretaría General mediante la Resolución 596, debe tenerse en consideración lo señalado en los literales c) y d) del artículo 2° de la Decisión 283 ... las condiciones que debe reunir una solicitud de inicio de investigación difieren en uno y otro caso, de tal manera que ambos literales no resultan de modo algunos (sic) complementarios ... no resulta atendible una solicitud en la cual se pretenda investigar una supuesta práctica desleal de comercio donde se señalen como escenarios del daño, tanto a la producción nacional destinada a la exportación, como a la misma producción destinada al mercado interno **si es que tal petitorio no reúne información en donde se satisfagan los supuestos contenidos en los literales arriba analizados**”; y que el inicio de una investigación por dumping “será procedente siempre y cuando se hallen involucrados producto(s) a los que se aplique el AEC, y que los posibles derechos a imponerse se aplicarán en más de un País Miembro”, toda vez que, de no reunir la solicitud de investigación los supuestos que exige la norma andina, **“tal petición puede ser atendida dentro de la legislación nacional del País Miembro de que se trate”**.



Según la actora, “pese a que el requerimiento para la imposición de derechos antidumping, presentada por la empresa Biofilm S.A de Colombia, se solicitó expresamente al amparo del literal c) del artículo 2 del (sic) la Decisión 283, la Secretaría General de la CAN, ‘de oficio’ decidió adecuar y ampliar la investigación a lo señalado en el literal d) del mismo artículo, realizando una ‘interpretación consistente’ de la normativa comunitaria andina, a la luz de los compromisos asumidos por los Países Miembros de la Comunidad Andina en el marco de la OMC”, por lo que, a su juicio, “Ha quedado fehacientemente demostrado, que la Secretaría General al expedir la Resolución 596, inició el procedimiento desconociendo la supremacía del ordenamiento jurídico andino, al privilegiar los compromisos asumidos ante la OMC por los Países Miembros. Asimismo, se arrogó competencias de interpretación que sólo le han sido conferidas al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

En cuanto a la Resolución 618, la actora denuncia que, si bien la misma fue confirmatoria de la Resolución 596, también “modificó el texto del artículo 1” y contiene “nuevos argumentos no considerados en la Resolución N° 596”, a cuyo efecto transcribe un párrafo de la Resolución 618 y sostiene que “lo expuesto en la última parte del párrafo anteriormente citado, **es falso**, toda vez que en la Resolución 596, que dio inicio al procedimiento, no se especificó bajo que literal se estaban realizando las investigaciones”; y que “Es recién en la Resolución confirmatoria -N° 618- que se definió que la investigación se haría en mérito a los supuestos del literal c) y no el d), o ambos ...”.

A juicio de la actora, “la Secretaría General insistió en señalar, en esta nueva Resolución, que se hallaba facultada para adecuar o, la (sic) ampliar el petitorio presentado por la empresa denunciante, esta vez bajo el argumento de *determinar el mérito de la solicitud planteada* ... la Secretaría General no se halla facultada para adecuar o ampliar una solicitud de investigación dentro del marco de las mencionadas Decisiones, ya que los procedimientos para investigar supuestas prácticas de dumping, son activados únicamente a solicitud de parte ...”; sostiene que “la Secretaría General no puede arrogarse facultades que no le han sido conferidas. En este caso pretende adecuar una solicitud basándose en una ‘interpretación consistente’, para

luego ampliar el marco de la investigación desnaturalizando al artículo 2° de la Decisión 283, y finalmente, no definir con exactitud que supuestos del mismo artículo son los que amparan su decisión de abrir investigación”; y que “Eso no constituye de modo alguno conducta a favor de los objetivos de la norma, del interés comunitario y de la racionalización de la actividad administrativa”.

Agrega la actora que “Según la Secretaría General la observancia y aplicación de lo dispuesto por la normativa comunitaria (esto es, sin necesidad de adecuarla o interpretarla), no importando incluso el hecho que con ésta se pueda vulnerar compromisos asumidos ante organismos internacionales, resulta obligatorio **sólo para los Países Miembros**, ya que entiende que tal órgano comunitario sí puede buscar adecuar o interpretar ‘consistentemente’ la norma comunitaria a fin de no transgredir un orden jurídico internacional como lo es la OMC”; que “Para la Secretaría General el ‘incompleto’ literal c) bien pudo (sic) ser ampliado, en virtud de una ‘interpretación consistente’, a efectos de ser congruente con la normativa OMC en materia de dumping”; que “la Secretaría General no puede interpretar una norma andina, so pretexto de no ‘transgredir’ un orden internacional, pues de esa manera se está vulnerando abiertamente el propio ordenamiento jurídico andino, desconociendo su supremacía”; que “la Secretaría General pretendía, por un lado dejar sentada la primacía de las normas comunitarias frente a cualquier otro orden y por el otro justificar el análisis realizado a lo largo de toda la Resolución N° 596 en relación a los supuestos contenidos en los literales c) y d) del artículo 2° de la Decisión 283 ...”, por lo que “al no haber variado las circunstancias de hecho desde la presentación de la solicitud inicial de Biofilm S.A., carece de todo fundamento que en la Resolución 618, la Secretaría General se haya visto ‘obligada’ a incluir en la investigación el daño o la amenaza de éste a la totalidad de la rama de la producción colombiana ... Ha quedado demostrado que la Secretaría General, lejos de corregir los vicios contenidos en la Resolución 596, confirma su contenido, evidenciando una vez más la transgresión al ordenamiento jurídico andino, y reafirmando la adecuación ‘de oficio’ de la investigación, incurriendo una vez más en desviación de poder”.

Y en cuanto a la Resolución 672, a través de la cual se pone fin al procedimiento administrativo



de adopción de medidas antidumping, la actora denuncia que ella “establece de manera expresa que la investigación no se limitó a la rama de la producción nacional destinada a exportación, como lo requiere el literal c) del artículo 2 de la Decisión 283. Por el contrario, en abierta contravención al ordenamiento jurídico andino, deja constancia que dicho análisis se extendió además a toda la rama de la producción nacional de Colombia”, por lo que “la Resolución 672 de la Secretaría General ... adolece de graves vicios de nulidad, recogiendo incluso aquellos vicios contenidos en las Resoluciones N° 596 y 618 ...”.

Sobre la base de la Decisión 472, la actora denuncia que “la Secretaría General se encuentra impedida de interpretar las normas comunitarias por cuanto tal facultad se halla expresamente conferida al Tribunal de Justicia”; que la citada Secretaría “ha transgredido su propio reglamento de procedimientos administrativos, el cual le obliga a aplicar con preferencia las normas de procedimientos contenidas en Decisiones que versan sobre asuntos especiales”; que dicho Órgano “ha actuado también excediendo sus atribuciones consagradas en el Acuerdo de Cartagena, el cual no le faculta a adecuar o interpretar las normas comunitarias relacionadas a asuntos de competencia comercial”; que esta conducta “constituye un caso típico de desviación de poder”, y que “el fin perseguido por la Secretaría General al emitir la Resolución 672, no es el fin concreto y específico que los Países Miembros, a través del Acuerdo de Cartagena le confirieron a ese órgano comunitario, es decir el de investigar y corregir las distorsiones al comercio causados por conductas expresamente tipificadas como de competencia desleal”.

Según la actora, las facultades de la Secretaría General, en casos de supuesta práctica de dumping, “sólo se circunscriben a investigar los casos que se denuncien al amparo ya sea de la Decisión 283 o 456, según corresponda. Sin embargo, en el caso materia de la denuncia de nulidad, la Secretaría General, amparándose en su poder discrecional, desvía su poder, legalmente conferido, haciéndolo servir a fines para los cuales no fue destinado ... ha utilizado su facultad discrecional, y actuando dentro de un procedimiento que legalmente es de su competencia, ha desviado el curso de sus facultades y ha obrado contrariamente a lo dispuesto en las normas

jurídicas andinas”, por lo que, además de la desviación de poder, la Secretaría General habría incurrido en “los vicios contemplados en el Artículo 12° inc. a), b) y c) de la Decisión 425”.

La actora argumenta también que “La Decisión 283 está vigente, aún cuando no sea congruente con los Acuerdos ante la Organización Mundial del Comercio”; que tal falta de congruencia “no faculta a la Secretaría General para que vía una *‘interpretación consistente’* pretenda variar el contenido de esa norma”; que “la Decisión 283 data de 1991, y desde ese año no ha sufrido ninguna modificación. Si los Países Miembros hubiesen deseado adecuar tal norma a los compromisos asumidos ante la OMC, esa Decisión ya habría sido modificada”; que “El único órgano del Sistema Andino de Integración facultado para interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”; que “la Decisión 283 ... no ha sido notificada ante la Organización Mundial del Comercio, como si lo han sido otras Decisiones adoptadas por la Comisión, toda vez que la misma contiene requerimientos que son contrarios a las obligaciones asumidas posteriormente por los Países Miembros ante esa organización”; y que “en el supuesto negado que el Tribunal considere que la Resolución 672 no adolece de los vicios de nulidad anteriormente señalados, la misma será de imposible ejecución, toda vez que no será reconocida en el Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio, pues la misma impone derechos antidumping a un país miembro de la OMC, sobre la base de una legislación no reconocida ante dicha organización”.

La actora reitera su solicitud de que el Tribunal “en sentencia definitiva declare la nulidad de la Resolución N° 672 de la Secretaría General ... y de los actos que sirvieron para la adopción de la misma, con expresa condena de costos y costas para la parte demandada”, y pide que “se ordene la suspensión provisional de la ejecución de la Resolución 672, en razón de los graves perjuicios económicos y políticos que han ocasionado y se pudieran ocasionar a futuro, por cuanto se hallan involucrados (sic) intereses tanto de empresas nacionales como del propio Estado Peruano que ha asumido compromisos legales internacionales frente a terceros países”.



2. Contestación a la demanda

La Secretaría General de la Comunidad Andina contesta la demanda en tiempo hábil y solicita que se declare infundada y que se condene en costas a la parte actora.

En relación con el alegato de la actora según el cual la Secretaría General habría incurrido en la violación de la supremacía comunitaria “privilegiando el ordenamiento OMC respecto del comunitario como resultado de la aplicación de la ‘interpretación consistente’”, la demandada sostiene que esta interpretación no es más que una herramienta según la cual “... enfrentado el intérprete a varias opciones interpretativas, todas ellas jurídicamente válidas (*secundum legem*), éste debe optar por aquella que resulte compatible con los compromisos internacionales suscritos por el Estado (o en este caso, por los Países Miembros), ya que de esta manera se preserva el principio del *pacta sunt servanda*, se facilita el cumplimiento de buena fe de dichos compromisos internacionales y se evita la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional”; que “se trata de un concepto particularmente útil en los casos en que resulta necesario correlacionar ordenamientos nacionales, regionales e internacionales y evitar, de ser ello posible, la contradicción de compromisos asumidos por un mismo Estado o grupo de Países. Téngase presente en este sentido, que el presente caso trata de la aplicación de derechos antidumping que por mandato de la normativa comunitaria deben imponerse por un País Miembro de la Comunidad Andina que es al mismo tiempo miembro de la Organización Mundial de Comercio, a un tercer país que también es miembro de esa misma organización internacional, la cual regula asimismo la imposición de derechos antidumping entre sus miembros”.

En este contexto, la demandada precisa que “esta herramienta interpretativa no podría servir para establecer jerarquías que sometan o subordinen un ordenamiento jurídico respecto a otro ... la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados codifica el principio de que no existe primacía entre Tratados a menos que se trate de compromisos suscritos entre las mismas partes contratantes y sobre la misma materia (tratados sucesivos) y éstas así lo hayan establecido expresamente o así se deduzca de sus contenidos (artículo 30). La solución que aporta en este sentido el Derecho Internacional

Público al problema de la coexistencia entre tratados es el de la responsabilidad internacional del Estado en el marco del tratado que hubiese sido infringido como consecuencia del cumplimiento de un compromiso asumido en otro tratado (párrafo 4, *ibidem*); que “Si sumamos a lo anterior las consideraciones sobre la naturaleza particular del Derecho de la Integración y en particular, del Derecho Comunitario Andino ... es claro que el ordenamiento jurídico andino en modo alguno podría subordinarse al de otros sistemas como el de la Organización Mundial del Comercio. En este orden de ideas, una herramienta interpretativa, utilizada con referencia a un caso concreto no podría siquiera remotamente pretender subvertir este status”; y que “la interpretación consistente de lo que trata es de la coordinación de los distintos órdenes jurídicos internacionales, teniendo como punto de partida precisamente el reconocimiento de la coexistencia de éstos, teniendo en cuenta a tal efecto, los límites del ejercicio interpretativo frente a la norma internacional misma ... cualquier eventual contradicción entre las normas comunitarias y las contenidas en los acuerdos de la OMC no podría ser redimida por la herramienta interpretativa, pues dada la vigencia, aplicabilidad directa y supremacía de las primeras (prerrogativa que no tiene la OMC) obliga al País Miembro a aplicarlas en primer lugar, sin perjuicio de la responsabilidad internacional que se le genere en el marco de los segundos. Sin embargo si la aplicación de una norma comunitaria permitiera, sin desvirtuar su contenido y alcances y teniendo en cuenta su texto y su contexto, un ejercicio compatible con el ordenamiento de la OMC, el intérprete debe preferir esta solución”.

A juicio de la parte demandada, “... el demandante ... no ha demostrado en qué aspectos dentro del presente caso la interpretación consistente habría llevado a la Secretaría General a actuar de manera incompatible con el ordenamiento comunitario ... Las referencias a la interpretación consistente contenidas en las diversas Resoluciones que fueron emitidas en este caso, que son complementarias a dicha normativa, representan una declaración de principios que tiene como destinatarios principales a los terceros países miembros de la OMC que puedan considerarse afectados por la actividad de la Secretaría General en el presente caso, con el fin de cuidar la responsabilidad internacional de los Países Miembros de la Comunidad Andina y permitir una mejor defensa de las actuaciones



de la Comunidad en eventuales escrutinios realizados en foros internacionales". En definitiva, "El demandante no ha alegado, ni demostrado, que por una eventual aplicación del principio de interpretación consistente, la Secretaría General haya incurrido en vicio alguno de ilegalidad en su actuación, ni en la Resolución 672, ni en los actos que le dieron origen".

En relación con el alegato de la actora según el cual la Secretaría General "se habría atribuido facultades de interpretación que sólo corresponden al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", la demandada argumenta, en lo principal, que "es un error confundir el ejercicio interpretativo resultante de la actividad de aplicación de cualquier norma comunitaria, ejercicio que corresponde efectuar a la Secretaría General o al órgano a quien corresponda aplicar tal norma a un caso concreto, con el ejercicio interpretativo que lleva adelante ese Honorable Tribunal con carácter de cosa juzgada en el marco de un procedimiento judicial y en particular en el de la interpretación prejudicial"; que "partiendo del mandato contenido en el literal a) del artículo 30 del Acuerdo de Cartagena ... resulta necesario reconocer a la Secretaría General la básica facultad de interpretar el alcance de la normativa comunitaria en el ejercicio de sus funciones"; que "La Secretaría General, como órgano administrativo, debe poder tramitar y encausar los procedimientos ante ella iniciados, investigar los hechos y resolver conforme a derecho sobre el fondo de los mismos. Todo ello implica necesariamente una actividad de interpretación del orden jurídico comunitario ..."; y que "**La interpretación, es por tanto, el acto cognitivo previo a la aplicación razonada y coherente de la norma y en este sentido cualquier aplicador del Derecho es intérprete del mismo**".

En relación con el alegato según el cual "La Secretaría General habría intentado 'completar' el literal c) del artículo 2 de la Decisión 283, para lo cual carece de competencia", la demandada sostiene que "Una comparación detenida de las afirmaciones que en torno a este cuestionamiento contiene la demanda a lo largo de su texto indica sin embargo, que tal cuestionamiento surge en realidad de una falta de cabal comprensión del sentido y alcances de la práctica de dumping y de la metodología necesaria para su investigación y sobre el contenidos (sic) y alcances de dicho literal ... En efecto ... Perú

estaría confundiendo la frase 'rama de producción destinada a la exportación' y asimilándola a 'producción exportada' o sencillamente, 'exportaciones'".

Sobre la base de los artículos 2, literal c, 10 y 17 de la Decisión 283, la demandada explica que "... Una apreciación sistemática ampliada en el contexto de la propia Decisión indica que, a los efectos de la investigación, por producción nacional se entiende el conjunto de productores nacionales representativos de (sic) rama de la producción colombiana supuestamente perjudicada por la práctica de dumping. Esa misma contextualización indica también que la apreciación tanto del daño y la vinculación causal (sic) la Secretaría General debe descartar que la causa del dumping esté en otras producciones o en otras condiciones internas de la rama de la producción nacional diferentes del dumping y verificar que en efecto éste se genera en la rama de la producción nacional de la cual proceden las exportaciones por prácticas de las medidas provenientes de terceros países ... Ante cualquier duda subsistente, una revisión del ordenamiento jurídico en su conjunto hubiera advertido que el artículo 7 de la Decisión 456 define la frase en cuestión en el mismo sentido que hemos indicado. Esta referencia normativa resulta tanto más pertinente, tratándose de una norma comunitaria que regula la misma materia del dumping ... A mayor sustento, la normativa OMC que Perú conoce y aplica a terceros países (basada en el artículo 4 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 de la OMC) tampoco permite realizar análisis sobre la situación de la 'producción nacional destinada a exportación' de manera aislada de la 'rama de producción'; que "la Decisión 283 en ningún momento prohíbe a la Secretaría General investigar al resto de los productores a efectos de determinar claramente tanto el origen de la práctica de dumping como la causalidad del daño, ni realizar un análisis contextualizado de la situación de la producción nacional"; y que "La Secretaría General no ha vulnerado lo dispuesto en el literal c) simplemente lo ha aplicado en su correcto sentido y alcance y ha investigado en consecuencia".

Sobre el alegato según el cual "La Secretaría General, habría ampliado el ámbito de investigación solicitada por la empresa Biofilm S.A. e incluido el análisis del literal d) del artículo 2 de



la Decisión 283 en ella”, la demandada afirma que “... la investigación se condujo bajo lo previsto en el literal c) del artículo 2 de la Decisión 283, si bien en su momento la Secretaría General tomó en cuenta lo previsto en el literal d) como un elemento de juicio antes de iniciar la investigación. No se debe olvidar al respecto que, mientras el literal c) limita el análisis a la producción de un País Miembro, el literal d) permite revisar las condiciones de la producción comunitaria. El artículo 93 del Acuerdo de Cartagena (anterior artículo 105) señala que corresponde a la Secretaría General velar por la aplicación de las normas indispensables para prevenir o corregir *las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión*, tales como ‘dumping’, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. No está de más pues recordar que la aplicación de medidas antidumping no tiene otra finalidad que prevenir o corregir prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, por lo cual el análisis de la Secretaría General difícilmente puede dejar de tener en cuenta considerar (sic) el contexto del mercado comunitario en el cual se producen estas prácticas ... En este orden de ideas, la Secretaría General estimó procedente, conforme a su deber, analizar, antes de abrir investigación, si la eventual distorsión reclamada para un mercado específico —el peruano— también se verificaba en el resto de la Subregión”.

Agrega la demandada que “Una demanda antidumping fundada exclusivamente en el literal c) del artículo 2 de la Decisión 283, sin considerar el resto de la Subregión, hubiera corrido el riesgo de convertirse en un instrumento de desviación de comercio y una plataforma para alterar el estatus competitivo de los demás Países Miembros, situación que la Secretaría General, conforme a su mandato, no podría haber avalado ... En todo caso, el demandante no ha alegado ni demostrado, como le correspondería, de qué manera el hecho de considerar el literal d) del artículo 2 de la Decisión 283 antes de abrir la investigación, ha ocasionado algún vicio del procedimiento propiamente dicho”.

En cuanto al argumento según el cual “La Resolución 672 sería de imposible ejecución por haber sido dictada en contravención del ordenamiento jurídico andino y adolecer de vicios de

nulidad, recogiendo incluso aquellos vicios contenidos en las Resoluciones 596 y 618”, la demandada sostiene que “... el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General en su artículo 12, distingue entre la ejecución imposible y la ejecución ilegal. Sin embargo, el demandante no ha alegado ni demostrado, como es su carga, las razones por las cuales afirma que la Resolución 672 ‘no será reconocida en el Consejo de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio’ ”; y que “No resulta admisible que un País Miembro alegue unilateralmente una circunstancia que sólo podría ser determinada por el juez comunitario en una sentencia afirmativa de nulidad y que aún no se produce, como justificación a priori de la rebeldía en cumplir un mandato que conforme a los artículos 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia tiene aplicación directa y obliga al País Miembro, en tanto su nulidad no sea declarada por el Tribunal andino, habida cuenta que goza además de presunción de legalidad”.

Acerca de que “La Resolución 672 no sería acogida en la Organización Mundial del Comercio, pues impone derechos antidumping a un país miembro de la OMC, sobre la base de una legislación no reconocida ante dicha organización”, la demandada precisa que “La Resolución 672 dispuso que, a los efectos de lo previsto en el artículo VI.6.b) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, en concordancia con el artículo 14 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, la República del Perú debe proceder a notificar al Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio la presente Resolución y el Informe respectivo de la Secretaría General, con el fin de solicitar su aprobación para el establecimiento de las medidas antidumping ... Asimismo, determinó que los derechos antidumping establecidos en el artículo 1 de la Resolución se exigirán y su vigencia empezará a contar inmediatamente después de la aprobación por el Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio”; que “Dicha notificación, a su vez, requiere de la previa notificación de la norma que da fundamento al derecho antidumping así emitido (en este caso, Decisión 283)”; que “La normativa comunitaria contenida en la Decisión 283 ha sido notificada ante la OMC por los Países Miembros de la Comunidad Andina, como



fuera informado en su momento a la misión ante la OMC del País que ocupa la presidencia de la Comunidad Andina (véase copias de las comunicaciones marcadas Anexo 'K'); que "El acto de notificación no prejuzga acerca de la legalidad o conformidad de la legislación o medida notificada con el ordenamiento de la OMC, ya que se entiende que éstas obedecen a una obligación de transparencia que se deben recíprocamente los Miembros. Obviamente la legislación o la medida notificadas pudieran dar lugar a examen y consultas en el marco de la OMC, lo que no ha ocurrido en el presente caso"; que "a diferencia de lo alegado por el demandante, la OMC no 'reconoce' ni 'valida' disposiciones nacionales ni comunitarias", ya que "Se entiende ... que lo que eventualmente analizaría la OMC no sería la legislación en sí, con el fin de reconocerla o validarla, sino su compatibilidad o no con la OMC"; que "En ese orden de ideas, máxime habiéndose conducido la investigación de manera consistente con los requerimientos de la OMC no es dable que un País Miembro alegue ahora como excusa, la supuesta posibilidad de que la OMC no reconozca una norma comunitaria"; y que se debe tener presente que "para evitar precisamente cualquier eventual dificultad en el marco de la OMC, la Resolución 672 dispuso su vigencia a partir de la fecha de su notificación ante esta organización".

En lo que concierne a la denuncia según la cual "La Secretaría General habría incurrido en desviación de poder al momento de dictar la Resolución 672", la demandada, luego de dar cuenta del significado de la desviación de poder en la doctrina y en un laudo arbitral, así como de explicar la falta de configuración del vicio en la Resolución 672, argumenta en conclusión que "Del procedimiento seguido en este caso no trasunta violación alguna de la finalidad legal de la normativa comunitaria antidumping ni incongruencia entre norma y acto que pudiera indicar una voluntad encubierta o disimulada de lograr un fin distinto a la corrección de los efectos derivados de una práctica de competencia desleal"; que "Tampoco se acredita un motivo falso o inidóneo, una vía legal impropia o una medida inadecuada a los fines jurídicos establecidos"; que "Asimismo, no existe desproporción en la medida establecida la cual se sustenta en rigurosos cálculos detalladamente explicados en los informes sustentatorios de las diversas resoluciones"; que "La Secretaría General ha demostrado que ha actuado en concordancia con

la finalidad legal de la legislación comunitaria antidumping, observando rigurosamente todas las etapas del procedimiento"; que "La República del Perú no ha presentado alegatos ni pruebas referidos a ninguno de los supuestos que acrediten el vicio de desviación de poder alegado"; y que "La desviación de poder no consiste en una apreciación subjetiva e insubstanciada del remiso a cumplir, sino que requiere de una base de factores o indicadores objetivos que demuestren el desvío den (sic) la intención de quien cumple la actividad administrativa. Esos factores o indicadores a favor de la tesis del demandante no se presentan".

Finalmente, la demandada "... no puede dejar de observar que en el presente caso en tanto la Secretaría General ha sido sometida a litigio por el ejercicio de sus facultades ordinarias en el curso de una investigación regular, la República del Perú ha venido dilatando el cumplimiento de la Resolución 672, encontrándose a la fecha en franco desacato de la misma ...".

3. Escrito del tercero coadyuvante

La apoderada de la empresa Biofilm S.A. solicita, en su comunicación de fecha 2 de agosto de 2003 (folios 884 a 905), a la cual adjunta anexos (folios 906 a 938), que sea admitida la participación de su mandante en la causa, en calidad de coadyuvante de la demandada (folios 884 a 905), a cuyo efecto hace valer "un interés jurídico sustancial en el resultado del presente proceso de demanda de nulidad accionado por el Gobierno Peruano contra la Resolución 672 así como contra los actos que sirvieron para la expedición de la misma por parte de la SGCAN ... Biofilm S.A. en su calidad de rama de la producción de película de polipropileno biorientado transparente, ha obtenido un pronunciamiento final a su solicitud por parte de la SGCAN ... En consecuencia, es claro que el ataque directo del gobierno peruano contra la Resolución 672 – que define la manera en que se prevendrán o corregirán las distorsiones de la práctica de dumping llevada a cabo por la empresa Inteplast y/o su División AmTopp. – podría afectar directamente los intereses de mi mandante".

Luego de manifestar su apoyo "a los argumentos y solicitudes planteados por la Honorable SGCAN en lo referente a las excepciones previas propuestas ante ese Honorable Tribunal", la coadyuvante da cuenta de los argumentos de la



actora en su demanda y alega que ésta “no es clara sobre la forma en que las causales de nulidad se presentan en el caso concreto. En dicha demanda, ni las conductas endilgadas a la SGCAN son claras, ni lo es la forma en que éstas supuestamente se ajustan a las causales de nulidad”; que, a su juicio, “la SGCAN tenía la facultad de interpretar la norma en comento a efectos de aplicarla al caso concreto que estaba siendo sometido a su consideración”; que “La Decisión 283 era la norma andina aplicable al caso en cuestión y la SGCAN procedió a aplicarla con extrema diligencia teniendo en cuenta los hechos y circunstancias que rodeaban el caso. En su actuar, la SGCAN, procedió con la idea de proteger los intereses de la subregión: el mercado andino debe ser protegido de las prácticas de competencia desleal que distorsionan la competencia y tal fue la consideración de los distintos países al delegar su soberanía en los distintos casos plasmados en el artículo 2° de la Decisión 283, en particular, en lo que al presente caso se refiere, al literal c) de dicho artículo. No cabe duda por tanto de que el proceder de la SGCAN se ajustó íntegramente a lo dispuesto en el artículo 29 del Acuerdo de Cartagena ... Para tal efecto y buscando sin duda la eficacia de la norma andina, tal y como expresamente se lo ordena no solo la propia Decisión 283 sino el artículo 5° del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, llevó a cabo ... una interpretación consistente En virtud de dicha interpretación, sin negar la supremacía del derecho comunitario andino tuvo en cuenta en la interpretación los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, de los cuales son firmantes los países miembros de la CAN ... Con su actuar, la SGCAN de ninguna manera contrarió la Decisión 283 y mucho menos el principio de supremacía de la normativa andina, simplemente interpretó la Decisión 283 consistentemente con una disposición internacional que regulaba la misma materia y cuyo incumplimiento compromete la responsabilidad de los Países Miembros de la CAN”; y que “... donde existen acuerdos comerciales multilaterales que regulan el tema objeto de la presente discusión, debe ser posible interpretar las normas nacionales y comunitarias a la luz de los compromisos internacionales adquiridos por los países miembros, para que ambas disposiciones produzcan –en lo posible– efectos, más aún cuando su incumplimiento acarrearía responsabilidad internacional para los Estados Miembros de la CAN”.

A propósito de la denuncia según la cual “La Secretaría General habría intentado ‘completar’ el literal c) del artículo 2 de la Decisión 283, para lo cual carece de competencia”, la coadyuvante afirma que “el argumento del Gobierno Peruano no es cierto, toda vez que la SGCAN procedió de conformidad con sus facultades legales y de ninguna manera amplió el literal c) del artículo 2°, ni tampoco hizo uso de lo establecido en el literal d) de dicho artículo ...”; que “La expresión del literal c) referente a la producción nacional destinada a la exportación no es equivalente a ‘exportaciones’ ... cuando la Decisión 283 hace referencia a producción nacional, está haciendo referencia al conjunto de productores del producto que es similar a aquel que está siendo objeto de la práctica de dumping. En el caso que nos ocupa, dicha expresión estaría haciendo referencia al conjunto de productores colombianos representativos de la película de polipropileno biorientado transparente”; por lo que “la SGCAN procedió legalmente al incluir a toda la rama de la producción nacional en el análisis y analizar a otros productores de mercancías similares”; que la Secretaría General “está obligada, conforme lo indican los artículos 16 y 17 de la Decisión 283, a considerar la existencia de pruebas positivas sobre el perjuicio o la amenaza de perjuicio así como sobre la relación causal y dichas pruebas exceden un análisis exclusivo del factor ‘exportaciones’ ... Cuando se observan los artículos 16 y 17 de la Decisión 283 se concluye que dichos artículos ordenan a la SGCAN el análisis de varios factores ... Toda vez que el artículo 16 de la Decisión 283 exige a la SGCAN tomar sus decisiones, sobre daño o amenaza de daño y relación causal, con base en la ‘existencia de pruebas positivas’ y a continuación en el artículo 17 determina los factores con base en los cuales se puede tomar tal decisión, resulta evidente que la SGCAN ... simplemente cumplió con las exigencias que la Decisión 283 le impone y no procedió a ampliar en modo alguno la solicitud presentada por Biofilm S.A. en su calidad de parte importante de la rama de la producción”.

Agrega la coadyuvante que la Secretaría General “tiene en virtud de los artículos 12 y 13 de la Decisión 283 la facultad de pedir y acopiar pruebas”, que “no amplió la solicitud al literal d) de la Decisión 283”, y que “el literal c) del artículo 2° no es una norma incompleta ... Dada tal situación, la SGCAN tendría plena justificación en el artículo 4° de la Decisión 425 para tomar el



Acuerdo Antidumping de la OMC como fuente supletoria para darle aplicación al caso que le es sometido y proceder, en consecuencia a resolverlo”.

En cuanto a la denuncia según la cual “La resolución 672 sería de imposible cumplimiento, por cuanto (i) fue dictada en contravención a la normativa andina y adolece de graves vicios de nulidad; y (ii) la imposición de derechos antidumping se da sobre la base de una legislación que dicha organización no ha reconocido”, la coadyuvante apoya a la demandada en la tesis según la cual “... el Gobierno Peruano no ha demostrado la existencia de ninguno de los vicios de nulidad que pretende hacer valer a efectos de determinar que la resolución 672 es de imposible cumplimiento. Igualmente tampoco ha explicado las razones en que funda su afirmación de que la Resolución 672 no será reconocida en el Consejo de Mercancías de la OMC ... la Resolución 672 tiene presunción de legalidad y por tal razón el estado peruano debe proceder a su ejecución. La negativa del gobierno peruano a ejecutar el mandato establecido en dicha resolución si constituye un incumplimiento de sus obligaciones en tanto Estado Miembro de la Comunidad Andina de Naciones”.

Y en relación con la denuncia según la cual “Hubo desviación de poder por cuanto el fin específico de la norma no fue el perseguido por la SGCAN”, la coadyuvante adhiere a la tesis de la demandada según la cual “La Resolución 672 de ninguna manera se aparta de las finalidades y objetivos consagrados en las normas comunitarias ... En la investigación que culminó con la adopción de dicha resolución, se demostró: (i) la existencia de una práctica de competencia desleal internacional, el dumping; (ii) la amenaza de daño; y (iii) la relación causal entre dicha amenaza y la práctica de dumping ... En consecuencia, la Resolución 672 basada –en los supuestos de hecho probados– ordena tomar las medidas que resultan adecuadas ... para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia, en cumplimiento de los fines de la Decisión 283”.

4. Pruebas

La República del Perú consignó, junto a su demanda, la siguiente documentación: copia simple de dos páginas del Diario Oficial El Peruano, del 28 de julio de 2002, en cuyo texto consta la

Resolución Suprema N° 001-2002-MINCETUR, del 27 de julio de 2002, mediante la cual se designa al señor Alfredo Ferrero Diez Canseco como Viceministro de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (folios 26 y 27); copia simple de un ejemplar de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 761, del 14 de febrero de 2002, contentiva de la Resolución 596 de la Secretaría General de la Comunidad (folios 28 a 37); copia simple de un ejemplar de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 788, del 30 de abril de 2002, en cuyo texto consta la Resolución 618 de la Secretaría General (folios 38 a 43); y copia simple de un ejemplar de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 862, del 15 de noviembre de 2002, contentiva de la Resolución 672 de la Secretaría General (folios 44 a 55).

Junto al Oficio N° 153-2003-MINCETUR/VMCE/DNINCI, del 25 de agosto de 2003, la actora consignó además la siguiente documentación: copia simple del Oficio N° 0375-99-MITINCI/DM, del 22 de septiembre de 1999, suscrito por el entonces Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales de la República del Perú, señor César Luna-Victoria León, mediante el cual designa al doctor Alfredo Ferrero Diez-Canseco, entonces Vice Ministro de Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, “para que represente al Perú ante el Tribunal de Justicia” (folio 877); copia simple de una página de un ejemplar del Diario Oficial El Peruano, del 11 de julio de 2002, en cuyo texto consta la Ley N° 27779, “Ley Orgánica que modifica la organización y funciones de los Ministerios” (folio 878); copia simple de varias páginas de un ejemplar del Diario Oficial El Peruano, del 25 de julio de 2002, contentivo de la Ley N° 27790, “Ley de organización y funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo” (folios 879 a 881); y nuevamente copia simple de dos páginas de un ejemplar del Diario Oficial El Peruano, del 28 de julio de 2002, en cuyo texto consta la Resolución Suprema N° 001-2002-MINCETUR, del 27 de julio de 2002, relativa a la designación del doctor Alfredo Ferrero Diez Canseco como Viceministro de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (folios 882 y 883).

La Secretaría General de la Comunidad adjuntó, a su escrito de contestación de demanda, los siguientes documentos: copia simple de dos páginas de un ejemplar de la Gaceta Oficial del



Acuerdo de Cartagena N° 814, del 9 de julio de 2002, contentiva de la Decisión 530 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, relativa a la elección del Secretario General de la Comunidad (folios 160 y 161); copia simple de tres páginas de un ejemplar del Diario Oficial El Peruano, del 25 de julio de 2002, en cuyo texto consta la Ley N° 27790, "Ley de organización y funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo" (folios 163 a 165); copia simple del auto del 23 de octubre de 2002, dictado por este Tribunal en el expediente N° 69-AN-2002 (folio 167); copia simple del escrito SG-C/1.8/1507/2002, del 2 de octubre de 2002, contentivo de la contestación, por parte de la Secretaría General, de la demanda de nulidad interpuesta por la República del Perú contra las Resoluciones 596 y 618, y que obra en el expediente N° 69-AN-2002 (folios 168 a 182); copia simple del artículo "*The Relationship between World Trade Organization Law, National and Regional Law*", de Thomas Cottier y Krista Nadakavukaren Schefer, publicado en el *Journal of International Economic Law*, 1998, vol. 1 (folios 184 a 223); copia simple de la comunicación s/n de fecha 22 de junio del 2001 (folios 225 a 256), junto con sus anexos, dirigida por el señor Mauricio Moreno, representante legal de BIOFILM S.A., al Secretario General de la Comunidad Andina, relativa a una "Solicitud de Investigación Andina contra práctica de Dumping de los Estados Unidos de América". Los anexos incluyen: copia simple del certificado de existencia y representación legal de BIOFILM S.A.; información relativa a la empresa Inteplast Group LTD. y a su División Am Topp, así como a su actividad comercial; información relativa a la empresa BIOFILM S.A., así como a su actividad comercial y a su situación financiera; y un reporte de importaciones de COMINTER S.A., relativo a los años 1998, 1999 y 2000 (folios 258 a 438).

Los documentos consignados por la parte demandada incluyen también una copia simple de varias páginas de un ejemplar de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 761, del 14 de febrero de 2002, contentiva de la Resolución 596 de la Secretaría General; copia simple de la comunicación de fecha 25 de marzo de 2002, por medio de la cual el Presidente de la Compañía Am Topp LTD (sic) ejerce recurso de reconsideración contra la Resolución 596 de la Secretaría General; copia simple de un ejemplar de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 788, del 30 de abril de 2002, contentiva de la Resolución 618 de la Secretaría General; copia

simple de un ejemplar de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 862, del 15 de noviembre de 2002, contentiva de la Resolución 672 de la Secretaría General; copia simple de un documento titulado "INFORME PÚBLICO. SOLICITUD DE LA EMPRESA BIOFILM S.A. DE COLOMBIA, PARA LA REALIZACIÓN DE UNA INVESTIGACIÓN PARA LA DETERMINACIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE DERECHOS ANTIDUMPING (sic) A LAS IMPORTACIONES PERUANAS DE PELÍCULAS DE PROPILENO BIORIENTADO TRANSPARENTE (SUBPARTIDA NANDINA 3920.20.00), PRODUCIDAS, DISTRIBUIDAS O VENDIDAS POR LA EMPRESA INTEPLAST GROUP LTD O SU DIVISIÓN AMTOPP DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA"; copia simple del Informe G/ADP/N/1/VEN/1G/SCM/N/1/VEN/1, del 6 de abril de 1995, dirigido al Comité sobre Prácticas Antidumping de la OMC, relativo a la notificación de las leyes y reglamentos de Venezuela, de conformidad con los artículos 18.5 y 32.6 de los Acuerdos; y copia simple del Informe G/ADP/N/1/ECU/1G/SCM/N/1/ECU/1, del 8 de noviembre de 1995, dirigido al Comité sobre Prácticas Antidumping de la OMC, relativo a la notificación de las leyes y regulaciones del Ecuador, de conformidad con los artículos 18.5 y 32.6 de los Acuerdos (folios 668 a 788).

Y la apoderada del tercero coadyuvante agregó a su solicitud, a título de anexos, copia simple de tres sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así como, junto con la comunicación del 12 de septiembre de 2003, el texto del poder especial que le fuera conferido (folios 948 a 955).

5. Escritos de conclusiones

La parte actora remitió sus conclusiones al Tribunal a través del facsímil N° 859-2003-MINCE-TUR/VMCE/DNINCI, del 10 de octubre de 2003 (folios 980 a 1008), habiéndose recibido el texto original el día 24 del mismo mes y año (folios 1063 a 1091). En su escrito, la actora ratifica las denuncias de nulidad y el petitorio de su demanda, y solicita, con fundamento en el artículo 34 del Estatuto del Tribunal, la desestimación de las pruebas presentadas en idioma inglés por la demandada y el tercero coadyuvante. La actora, a propósito de la denuncia según la cual la Resolución 672 es de ejecución imposible, y "sin que el presente argumento sea considerado como una afirmación que privilegie a la normativa de la OMC, frente al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina", argumenta que "en el



plano externo o extracomunitario (entiéndase a nivel de la OMC), los Países Miembros de la Comunidad Andina, que son a la vez miembros de la OMC, actúan individualmente ante dicha organización internacional ... la Comunidad Andina no ha sido reconocida hasta la fecha como una Unión Aduanera por la OMC, toda vez que para lograr tal condición es necesario cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 24° del GATT ... la Comunidad Andina no puede lograr el estatus de unión aduanera frente a la OMC, debido a que lo esencial del comercio intracomunitario no ha sido liberado, y lo que es más importante, los Países Miembros de la Comunidad Andina no aplican derechos de aduana (entiéndase Arancel Externo Común) de carácter idéntico ... la Comunidad Andina ha sido notificada ante la OMC como un Acuerdo Regional de Integración para los efectos de la aplicación de la Cláusula de Habilitación ... De ninguna manera puede entenderse que la notificación por la vía de la Cláusula de Habilitación da a la Comunidad Andina la calidad de Unión Aduanera ... la Secretaría General en el plano extracomunitario no goza del reconocimiento de la OMC como un órgano que pueda realizar investigaciones e imponer derechos en materia antidumping a terceros países miembros de dicha organización ... la Decisión 283 ... no ha sido notificada ante la Organización Mundial del Comercio ni por el Perú ni por Colombia ... La Resolución 672 de la Secretaría General no puede ser reconocida por la OMC, al haber sido dictada sobre la base de una legislación que no ha sido comunicada a dicha organización por los Países Miembros involucrados en la presente controversia ... En tal sentido, es de plena aplicación al caso concreto el literal a) del artículo 12° de la Decisión 425”.

La parte demandada envió sus conclusiones al Tribunal a través del facsímil SG-C/0.5/1809/2003, del 10 de octubre de 2003 (folios 1009 a 1023), habiéndose recibido el texto original, junto con un anexo, el día 15 del mismo mes y año (folios 1055 a 1061). En su escrito, la Secretaría General ratifica los alegatos que formulara en la oportunidad de la contestación a la demanda y, en cuanto a la tacha planteada por la actora, sostiene que “la figura de tacha de prueba no se encuentra incorporada en norma comunitaria alguna ... Al no establecerse dicha figura, no es posible atender el pedido de tacha formulado por el Gobierno del Perú, debiendo el mismo ser declarado improcedente”.

El tercero coadyuvante remitió también un escrito de conclusiones, recibido en el Tribunal, junto con un anexo, el 13 de octubre de 2003. En dicho escrito, el tercero ratifica sus alegatos y adhiere a los formulados por la parte demandada.

Sobre la base de los alegatos y pruebas que anteceden, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

CONSIDERANDO

Que, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 17 de su Tratado de Creación, este Tribunal es competente para conocer de la presente controversia.

La regularidad del proceso en curso, en el cual no se observan circunstancias que invaliden lo actuado; y,

Que el proceso se encuentra en estado de sentencia, entra a juzgar sobre la causa sometida a su conocimiento, previo examen de las siguientes razones de hecho y de derecho.

1. Objeto de la controversia

La demanda de la República del Perú tiene por objeto la declaratoria de nulidad “de la Resolución 672 y de los actos que sirvieron para la adopción de la misma, por cuanto la Secretaría General ha excedido las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico comunitario, habiendo incurrido incluso en desviación de poder”. En otra parte de su demanda, la actora alega “que la Resolución 672 ... así como los actos que sirvieron para la expedición de la misma, ha sido emitidos (sic) incurriendo en las tres causales de nulidad previstas en la Decisión 425 de la Comisión de la Comunidad Andina” y, finalmente, solicita la nulidad de tales providencias “con expresa condena de costos y costas para la parte demandada”.

Del texto de la demanda se desprende que, en definitiva, la pretensión de la actora es la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 596, 618 y 672 de la Secretaría General de la Comunidad.

La primera, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 761, del 14 de febrero de 2002, dispone, en lo principal, “Iniciar una



investigación antidumping a que se refiere el artículo 2 de la Decisión 283, para las importaciones peruanas de película de polipropileno biorientado transparente (comprendida en la subpartida NANDINA 3920.20.00) originaria de Estados Unidos de América, producida, distribuida o vendida por el Grupo Inteplast Ltd. o su División AmTopp, por desplazar a las exportaciones colombianas del mercado peruano”.

La segunda, publicada en la Gaceta Oficial N° 788, del 30 de abril de 2002, decide “Declarar infundado el Recurso de Reconsideración contra la Resolución 596 de la Secretaría General interpuesto por la empresa Inteplast Group Ltd. (División – AmTopp) y, en consecuencia, confirmar el contenido de la Resolución 596 de la Secretaría General”, y “Modificar el texto del artículo 1 de la Resolución 596 de la siguiente manera: Artículo 1.– Iniciar una investigación antidumping a que se refiere el literal c) del artículo 2 de la Decisión 283, para las importaciones peruanas de película de polipropileno biorientado transparente (comprendida en la subpartida NANDINA 3920.20.00) originaria de Estados Unidos de América, producida, distribuida o vendida por el Grupo Inteplast Ltd. o su División AmTopp, al ocasionar o amenazar ocasionar un daño importante a dicha rama de la producción nacional de Colombia y desplazar a las exportaciones colombianas del mercado peruano”.

Y la tercera, publicada en la Gaceta Oficial N° 862, del 15 de noviembre de 2002, resuelve: “**Artículo 1.-** Estimar parcialmente con lugar la solicitud de la empresa Biofilm S.A. y, en consecuencia, establecer, por un período de tres años, un derecho antidumping de US\$ 0,15 por cada kilogramo de las importaciones que realice la República del Perú de película de polipropileno biorientada transparente termosellable por una o ambas caras, con una cara tratada o sin tratamiento, con espesor superior a 15 micras, comprendida en la subpartida NANDINA 3920.20.00, y utilizada por el segmento de la conversión para fabricar empaques, incluidos los empaques flexibles, para productos alimenticios, de panadería, galletería, pastas, harinas, granos, dulcería, café, condimentos, *snacks*, entre otros, no incluyendo la sobreenvoltura de las cajetillas para cigarrillos, que sea producida, distribuida o vendida por el Grupo Inteplast o su División AmTopp de Estados Unidos de América. **Artículo 2.-** A los efectos de lo previsto en el artículo

VI.6.b) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, en concordancia con el artículo 14 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, la República del Perú deberá proceder a notificar al Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio la presente Resolución y el Informe respectivo de la Secretaría General, con el fin de solicitar su aprobación para el establecimiento de las medidas antidumping. **Artículo 3.-** Los derechos antidumping establecidos en el artículo 1 de la presente Resolución se exigirán y su vigencia empezará a contar inmediatamente después de la aprobación por el Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio”.

Por su parte, la Secretaría General pide al Tribunal, en su escrito de contestación, que la demanda sea declarada sin fundamento y que se condene en costas a la actora. El tercero coadyuvante adhiere a los argumentos y solicitudes de la parte demandada.

Ahora bien, consta en el expediente N° 69-AN-2002 que la República del Perú, en fecha 1° de agosto del año 2002, demandó “la nulidad de la Resolución N° 596 de la Secretaría General de la Comunidad, y la de su confirmatoria, la Resolución 618, por la cual se resuelve dar inicio a una investigación antidumping a que se refiere el artículo 2 de la Decisión 283, por cuanto las mismas son contrarias al orden jurídico comunitario por haber sido dictadas por la Secretaría General, excediendo las facultades que le otorga el orden comunitario, habiendo incurrido incluso en desviación de poder”, y que este Tribunal, por auto del 31 de enero del año 2003, declaró inadmisibile la demanda y extinguido el procedimiento, por considerar que “los actos de mero trámite, destinados a la impulsión y a la ordenación del procedimiento, no son susceptibles de acción judicial alguna ...”, que “las dos Resoluciones demandadas, cuya nulidad se pretende, son actos de mero trámite, destinados a darle impulso a la actuación administrativa en tanto han tenido por objeto dar inicio, ante queja formulada por un particular, a un procedimiento de investigación establecido en la Ley Comunitaria ...”, y que “en la condición antes referida, los actos impugnados ni causan indefensión, ni tampoco prejuzgan sobre el fondo del asunto, razón adicional para reafirmar la carencia de objeto demandable ante el Tribunal”.



En el caso de autos, el objeto principal de la demanda está constituido por la Resolución 672, pero, junto con ella, la actora ha demandado de nuevo, por motivos similares, la nulidad de las Resoluciones ya juzgadas, es decir, la de "... los actos que sirvieron para la adopción de la misma, por cuanto la Secretaría General ha excedido las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico comunitario, habiendo incurrido incluso en desviación de poder".

Ahora bien, en el citado expediente N° 69-AN-2002, la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda se fundó en que el objeto de las Resoluciones 596 y 618 no era demandable ante el Tribunal, motivo por el cual éste no entró a examinar los vicios de nulidad denunciados por la actora.

Sin embargo, sobre la posibilidad de que las Resoluciones en cuestión puedan ser revisadas, en su validez y eficacia, con motivo de la demanda ejercida en lo principal contra la providencia definitiva que ha puesto fin al procedimiento seguido ante el órgano administrativo, este Tribunal se ha pronunciado en los términos siguientes: "El procedimiento establecido al respecto por la normativa comunitaria andina coincide con las regulaciones del contencioso administrativo universal, las cuales reposan sobre la base de que, conformado como se encuentra el acto administrativo definitivo (tal sucede también con la sentencia judicial) por una 'constelación de actos de mero trámite', éstos –salvo casos excepcionales, ya señalados, que impidan la continuación del trámite– son revisables sólo con ocasión de la emisión final del acto administrativo definitivo que los actos de trámite contribuyeron a integrar ..." (Sentencia dictada en el expediente N° 5-IP-99, de 25 de octubre de 2000, publicada en la G.O.A.C. N° 647, de 27 de febrero de 2001). Asimismo, el Tribunal ha declarado: "... hay que tener en cuenta que si las medidas de carácter puramente preparatorio no pueden, como tales, ser objeto de un recurso de anulación, las ilegalidades eventuales que las pudieran afectar podrían invocarse en apoyo de un recurso dirigido contra el acto definitivo del que constituyan una fase de elaboración" (Sentencia dictada en el expediente N° 24-AN-99, de 2 de febrero de 2000, publicada en la G.O.A.C. N° 542, de 8 de marzo del mismo año).

Queda así establecido que el objeto de un acto preparatorio de la providencia definitiva que pon-

ga fin al procedimiento no es demandable por vía principal, en forma separada e independiente de ésta, pero que sus condiciones de validez y eficacia son revisables si se denuncia la ilegalidad de aquel acto con motivo y en ocasión de la demanda de nulidad que se ejerza contra esta providencia definitiva.

Por las razones que anteceden se examinará, en tanto que objeto de la controversia de autos, la validez o nulidad de las Resoluciones 596, 618 y 672 de la Secretaría General, ya citadas.

2. Denuncia de nulidad de las Resoluciones 596 y 618

La actora denuncia que "las Decisiones 283 y 456 de la Comisión, reguladoras de procedimientos especiales, presentan similar redacción en cuanto a quienes se hallan facultados para iniciar un procedimiento en donde se hallen involucradas supuestas prácticas desleales de comercio ... en ambas Decisiones, los procedimientos especiales sobre dumping y subvenciones **son activados únicamente a solicitud de parte**, ya sea por los Países Miembros o por personas jurídicas o naturales ... con interés legítimo. En tal sentido, **la Secretaría General carecía de facultades para iniciar de oficio el procedimiento**, por lo que tampoco se encontraba facultada para adecuar o ampliar una solicitud de investigación dentro del marco de las mencionadas Decisiones en tanto tal accionar reviste la formalidad en un inicio de investigación de oficio"; que "... no resulta atendible una solicitud en la cual se pretenda investigar una supuesta práctica desleal de comercio donde se señalen como escenarios del daño, tanto a la producción nacional destinada a la exportación, como a la misma producción destinada al mercado interno **si es que tal petitorio no reúne información en donde se satisfagan los supuestos contenidos en los literales arriba analizados**"; y que, "pese a que el requerimiento para la imposición de derechos antidumping, presentada por la empresa Biofilm S.A de Colombia, se solicitó expresamente al amparo del literal c) del artículo 2 del (sic) la Decisión 283, la Secretaría General de la CAN, 'de oficio' decidió adecuar y ampliar la investigación a lo señalado en el literal d) del mismo artículo, realizando una 'interpretación consistente' de la normativa comunitaria andina, a la luz de los compromisos asumidos por los Países Miembros de la Comunidad Andina en el marco de la



OMC”, por lo que, a su juicio, “Ha quedado fehacientemente demostrado, que la Secretaría General al expedir la Resolución 596, inició el procedimiento desconociendo la supremacía del ordenamiento jurídico andino, al privilegiar los compromisos asumidos ante la OMC por los Países Miembros. Asimismo, se arrogó competencias de interpretación que sólo le han sido conferidas al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”.

En cuanto a la Resolución 618, la actora argumenta que, si bien la misma fue confirmatoria de la Resolución 596, también “modificó el texto del artículo 1” y contiene “nuevos argumentos no considerados en la Resolución N° 596”, a cuyo efecto transcribe un párrafo de la Resolución 618 y sostiene que “lo expuesto en la última parte del párrafo anteriormente citado, **es falso**, toda vez que en la Resolución 596, que dio inicio al procedimiento, no se especificó bajo que literal se estaban realizando las investigaciones”; y que “Es recién en la Resolución confirmatoria -N° 618- que se definió que la investigación se haría en mérito a los supuestos del literal c) y no el d), o ambos ...”.

A juicio de la actora, “la Secretaría General insistió en señalar, en esta nueva Resolución, que se hallaba facultada para adecuar o, la (sic) ampliar el petitorio presentado por la empresa denunciante, esta vez bajo el argumento de *determinar el mérito de la solicitud planteada* ... la Secretaría General no se halla facultada para adecuar o ampliar una solicitud de investigación dentro del marco de las mencionadas Decisiones, ya que los procedimientos para investigar supuestas prácticas de dumping, son activados únicamente a solicitud de parte ...”; y sostiene que “la Secretaría General no puede arrogarse facultades que no le han sido conferidas. En este caso pretende adecuar una solicitud basándose en una *‘interpretación consistente’*, para luego ampliar el marco de la investigación desnaturalizando al artículo 2° de la Decisión 283, y finalmente, no definir con exactitud que supuestos del mismo artículo son los que amparan su decisión de abrir investigación”.

La actora precisa que “la Secretaría General no puede interpretar una norma andina, so pretexto de no ‘transgredir’ un orden internacional, pues de esa manera se está vulnerando abiertamente el propio ordenamiento jurídico andino, desconociendo su supremacía”; y que “al no haber

variado las circunstancias de hecho desde la presentación de la solicitud inicial de Biofilm S.A., carece de todo fundamento que en la Resolución 618, la Secretaría General se haya visto ‘obligada’ a incluir en la investigación el daño o la amenaza de éste a la totalidad de la rama de la producción colombiana ... Ha quedado demostrado que la Secretaría General, lejos de corregir los vicios contenidos en la Resolución 596, confirma su contenido, evidenciando una vez más la transgresión al ordenamiento jurídico andino, y reafirmando la adecuación ‘de oficio’ de la investigación, incurriendo una vez más en desviación de poder”.

A propósito de estos argumentos, la demandada sostiene, con la adhesión del tercero coadyuvante, que la interpretación consistente no es más que una herramienta según la cual “... enfrentado el intérprete a varias opciones interpretativas, todas ellas jurídicamente válidas (*secundum legem*), éste debe optar por aquella que resulte compatible con los compromisos internacionales suscritos por el Estado (o en este caso, por los Países Miembros), ya que de esta manera se preserva el principio del *pacta sunt servanda*, se facilita el cumplimiento de buena fe de dichos compromisos internacionales y se evita la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional”; que “se trata de un concepto particularmente útil en los casos en que resulta necesario correlacionar ordenamientos nacionales, regionales e internacionales y evitar, de ser ello posible, la contradicción de compromisos asumidos por un mismo Estado o grupo de Países. Téngase presente en este sentido, que el presente caso trata de la aplicación de derechos antidumping que por mandato de la normativa comunitaria deben imponerse por un País Miembro de la Comunidad Andina que es al mismo tiempo miembro de la Organización Mundial de Comercio, a un tercer país que también es miembro de esa misma organización internacional, la cual regula asimismo la imposición de derechos antidumping entre sus miembros”; que “esta herramienta interpretativa no podría servir para establecer jerarquías que sometan o subordinen un ordenamiento jurídico respecto a otro ... la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados codifica el principio de que no existe primacía entre Tratados a menos que se trate de compromisos suscritos entre las mismas partes contratantes y sobre la misma materia (tratados sucesivos) y éstas así lo hayan establecido expresamente o así se deduzca de



sus contenidos (artículo 30). La solución que aporta en este sentido el Derecho Internacional Público al problema de la coexistencia entre tratados es el de la responsabilidad internacional del Estado en el marco del tratado que hubiese sido infringido como consecuencia del cumplimiento de un compromiso asumido en otro tratado (párrafo 4, *ibidem*); que cualquier eventual contradicción entre las normas comunitarias y las contenidas en los acuerdos de la OMC no podría ser redimida por la herramienta interpretativa, pues dada la vigencia, aplicabilidad directa y supremacía de las primeras (prerrogativa que no tiene la OMC) obliga al País Miembro a aplicarlas en primer lugar, sin perjuicio de la responsabilidad internacional que se le genere en el marco de los segundos. Sin embargo si la aplicación de una norma comunitaria permitiera, sin desvirtuar su contenido y alcances y teniendo en cuenta su texto y su contexto, un ejercicio compatible con el ordenamiento de la OMC, el intérprete debe preferir esta solución; y que “El demandante no ha alegado, ni demostrado, que por una eventual aplicación del principio de interpretación consistente, la Secretaría General haya incurrido en vicio alguno de ilegalidad en su actuación, ni en la Resolución 672, ni en los actos que le dieron origen”.

En relación con el alegato de la actora según el cual la Secretaría General “se habría atribuido facultades de interpretación que sólo corresponden al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, la demandada argumenta, en lo principal, que “es un error confundir el ejercicio interpretativo resultante de la actividad de aplicación de cualquier norma comunitaria, ejercicio que corresponde efectuar a la Secretaría General o al órgano a quien corresponda aplicar tal norma a un caso concreto, con el ejercicio interpretativo que lleva adelante ese Honorable Tribunal con carácter de cosa juzgada en el marco de un procedimiento judicial y en particular en el de la interpretación prejudicial”; que “partiendo del mandato contenido en el literal a) del artículo 30 del Acuerdo de Cartagena ... resulta necesario reconocer a la Secretaría General la básica facultad de interpretar el alcance de la normativa comunitaria en el ejercicio de sus funciones”; y que “La Secretaría General, como órgano administrativo, debe poder tramitar y encausar los procedimientos ante ella iniciados, investigar los hechos y resolver conforme a derecho sobre el fondo de los mismos. Todo ello implica necesariamente una actividad de interpretación del orden jurídico comunitario ...”.

A propósito del alegato según el cual “La Secretaría General habría intentado ‘completar’ el literal c) del artículo 2 de la Decisión 283, para lo cual carece de competencia”, la demandada considera que “Una comparación detenida de las afirmaciones que en torno a este cuestionamiento contiene la demanda a lo largo de su texto indica sin embargo, que tal cuestionamiento surge en realidad de una falta de cabal comprensión del sentido y alcances de la práctica de dumping y de la metodología necesaria para su investigación y sobre el contenidos (sic) y alcances de dicho literal ... En efecto ... Perú estaría confundiendo la frase ‘rama de producción destinada a la exportación’ y asimilándola a ‘producción exportada’ o sencillamente, ‘exportaciones’”.

Sobre la base de los artículos 2, literal c, 10 y 17 de la Decisión 283, la demandada explica que “... Una apreciación sistemática ampliada en el contexto de la propia Decisión indica que, a los efectos de la investigación, por producción nacional se entiende el conjunto de productores nacionales representativos de (sic) rama de la producción colombiana supuestamente perjudicada por la práctica de dumping. Esa misma contextualización indica también que la apreciación tanto del daño y la vinculación causal (sic) la Secretaría General debe descartar que la causa del dumping esté en otras producciones o en otras condiciones internas de la rama de la producción nacional diferentes del dumping y verificar que en efecto éste se genera en la rama de la producción nacional de la cual proceden las exportaciones por prácticas de las medidas provenientes de terceros países ...”.

Por último, según la demandada, “la Decisión 283 en ningún momento prohíbe a la Secretaría General investigar al resto de los productores a efectos de determinar claramente tanto el origen de la práctica de dumping como la causalidad del daño, ni realizar un análisis contextualizado de la situación de la producción nacional ... La Secretaría General no ha vulnerado lo dispuesto en el literal c) simplemente lo ha aplicado en su correcto sentido y alcance y ha investigado en consecuencia ... si bien en su momento ... tomó en cuenta lo previsto en el literal d) como un elemento de juicio antes de iniciar la investigación. No se debe olvidar al respecto que, mientras el literal c) limita el análisis a la producción de un País Miembro, el literal d) permite revisar las condiciones de la producción comu-



nitaria. El artículo 93 del Acuerdo de Cartagena (anterior artículo 105) señala que corresponde a la Secretaría General velar por la aplicación de las normas indispensables para prevenir o corregir *las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión*, tales como 'dumping', manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. No está de más pues recordar que la aplicación de medidas antidumping no tiene otra finalidad que prevenir o corregir prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, por lo cual el análisis de la Secretaría General difícilmente puede dejar de tener en cuenta considerar (sic) el contexto del mercado comunitario en el cual se producen estas prácticas ... En este orden de ideas, la Secretaría General estimó procedente, conforme a su deber, analizar, antes de abrir investigación, si la eventual distorsión reclamada para un mercado específico —el peruano— también se verificaba en el resto de la Subregión ... En todo caso, el demandante no ha alegado ni demostrado, como le correspondería, de qué manera el hecho de considerar el literal d) del artículo 2 de la Decisión 283 antes de abrir la investigación, ha ocasionado algún vicio del procedimiento propiamente dicho".

De los textos que anteceden se desprende que el punto principal de la controversia, a propósito de las Resoluciones citadas, guarda relación con el alcance de la potestad de la Secretaría General de la Comunidad para dar inicio al procedimiento de investigación dirigido a prevenir o corregir distorsiones en la competencia por efecto de las prácticas de dumping. A este punto de controversia se asocia el debate sobre si la Secretaría General posee facultades interpretativas del ordenamiento jurídico de la Comunidad y sobre la validez de la interpretación de este orden cuando la misma se hace a la luz de los compromisos contraídos por los Países Miembros en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio.

El Tribunal observa que el Acuerdo de Integración Subregional ordenó a la Comisión la adopción de las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que pudieran distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como "dumping", manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias pri-

mas y otras de efecto equivalente. Igualmente dispuso que la Comisión reglamentara los procedimientos para la aplicación de las normas relativas a la competencia comercial. En lo que concierne a la Secretaría General de la Comunidad, el Acuerdo le atribuyó la competencia de velar por la aplicación de tales normas en los casos particulares que se denunciaran y de autorizar las medidas correctivas que adoptaran los Países Miembros (artículos 105 y 106).

En ejercicio de tal mandato, la Comisión del Acuerdo de Cartagena dictó la Decisión 283, contentiva de las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios, y vigente para la fecha de expedición de las Resoluciones demandadas. La Decisión disciplina, a partir de su artículo 10, el procedimiento a seguir y las facultades de la Junta del Acuerdo de Cartagena, reemplazada por la Secretaría General de la Comunidad, desde el inicio hasta la finalización de aquél, incluida la facultad modificatoria o derogatoria de la Resolución definitiva que pronuncie.

Según la norma citada, los Países Miembros y las empresas dotadas de interés legítimo pueden solicitar autorización o mandato a la Junta, ahora Secretaría General, para la aplicación de medidas destinadas a prevenir o corregir las distorsiones en la competencia, a cuyo efecto deben proporcionar, en su solicitud, información acerca de la naturaleza y duración de las prácticas, empresas envueltas en ellas, productos afectados, **evidencias que permitan presumir la existencia de una amenaza de perjuicio o de perjuicio a la producción nacional o a las exportaciones** y niveles de los derechos solicitados (énfasis añadido). Recibida la solicitud, corresponde a la autoridad administrativa comunicarla a los organismos de enlace en donde realicen su actividad las empresas envueltas en la investigación, pero ésta no se iniciará si la solicitud es incompleta, caso en el cual así lo notificará al reclamante para que complete la información. De estimar suficiente la solicitud, la autoridad iniciará la investigación a través de una Resolución motivada que comunicará al solicitante.

La Secretaría General queda facultada para pedir o acopiar, durante la investigación, pruebas e informaciones de los organismos de enlace, **de los productores, exportadores, importa-**



dores o consumidores con interés legítimo, así como de los exportadores y autoridades de terceros países cuyos productos sean objeto de investigación (énfasis añadido). Asimismo, es facultad de la Secretaría convocar, de oficio o a petición de los interesados, reuniones dirigidas a procurar una solución directa, y emitir Resoluciones sobre los compromisos que contraigan los interesados, sobre la suspensión o continuación de la investigación y acerca de los derechos antidumping que disponga establecer de inmediato. Finalmente, con base en pruebas positivas en torno a las prácticas de dumping, la amenaza de perjuicio o el perjuicio derivados de tales prácticas, en los términos del artículo 2 de la Decisión, y la relación de causalidad entre las prácticas y el perjuicio o la amenaza de perjuicio, compete a la citada autoridad administrativa pronunciar la Resolución de mérito y establecer o no en ella los derechos antidumping, los niveles de tales derechos, las importaciones objeto de las prácticas y los plazos y condiciones para la adopción y vigencia de aquéllos. Luego, de sobrevenir la modificación o cesación de las causas que motivaron la Resolución, la Secretaría General podrá dejarla sin efecto, total o parcialmente, modificándola o derogándola, bien de oficio o a petición de parte (artículos 12 a 19).

Cabe poner de relieve que, de conformidad con el artículo 17 de la Decisión, la determinación de la existencia de la amenaza de perjuicio o del perjuicio podrá basarse, entre otros datos, en el volumen de las importaciones objeto de las prácticas, particularmente para determinar si han tenido un incremento significativo **en relación con la producción y consumo del País Miembro afectado o con la producción originaria del País Miembro reclamante**; en los precios de tales importaciones; y en los efectos que resulten **sobre la producción o exportaciones del País Miembro** (énfasis añadido).

De los textos citados se desprenden, entre otros elementos, que la determinación de la existencia de perjuicio o amenaza de perjuicio, como consecuencia de las prácticas de dumping, constituye objeto principal de las investigaciones dirigidas a prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por tales prácticas; que el perjuicio o la amenaza puede recaer sobre la producción nacional o sobre las exportaciones; que los productos afectados por las prácticas podrán ser objeto de investigación con independencia de que su exportación se haya

llevado a cabo desde otro País Miembro o desde un tercer país; que el volumen de las importaciones se examinará en relación con la producción y consumo del País Miembro afectado o con sus importaciones originarias, así como en relación con los efectos que causen aquéllas en la producción o en las exportaciones de éste; y que, a propósito de tales investigaciones, la Secretaría General de la Comunidad se encuentra provista de amplias facultades de sustanciación y decisión.

En el caso de autos, la actora impugna la competencia de la Secretaría General en la etapa de apertura de la investigación, visto que, según su alegato, la Secretaría amplió el alcance de la solicitud de investigación de la empresa Biofilm S. A. de Colombia y, al hacerlo, obró indebidamente de oficio, toda vez que, mientras en la Resolución 596 extendió el alcance de la investigación del literal c al literal d del artículo 2 de la Decisión 283, pero no especificó bajo qué literal se llevaría a cabo aquélla, en la Resolución 618 modificó la 596 con nuevos argumentos y afirmó incorrectamente que en ésta se había iniciado la investigación por virtud del literal c del referido artículo 2.

Ahora bien, el objeto de regulación del artículo 2 a que alude la denuncia forma parte de la disciplina relativa al ámbito de aplicación de la Decisión 283. En este marco, los propósitos de la disposición son: consagrar la facultad de los Países Miembros y de las empresas provistas de interés legítimo para solicitar a la Junta el otorgamiento de una autorización o mandato destinado a la aplicación de medidas de prevención o corrección de las distorsiones de la competencia en el mercado subregional, a causa de las prácticas de dumping o de subsidios; fijar el ámbito de ejercicio de la citada facultad, en sede comunitaria, a través de una enumeración de casos de prácticas de dumping, originadas en el territorio de un País Miembro o en un tercer país, y causantes de perjuicio o amenaza de perjuicio a la producción nacional de un País Miembro, destinada o no a la exportación; y disponer que, en los casos de prácticas de dumping no incluidos en la enumeración, podrá ser aplicado el ordenamiento reglamentario de cada País Miembro.

Se trata pues de una norma que disciplina el ámbito del ejercicio, en sede comunitaria, de la facultad de iniciativa que otorga a sus destinatarios directos, a propósito de obtener la autoriza-



ción de la Junta para aplicar medidas de protección de la competencia en el mercado subregional. En este contexto, nada impide que, en su petición, el titular denuncie que el perjuicio o la amenaza de perjuicio, a causa de las prácticas de dumping, alcanza a la producción nacional o a las exportaciones, como se desprende del tenor del artículo 10 de la Decisión.

Cabe señalar asimismo que la invocación de uno o varios de los casos que enumera el artículo 2 *eiusdem* no forma parte de los requisitos de la solicitud, visto que la suficiencia de ésta depende de la información exigida en el citado artículo 10. Por tanto, si bien en el caso de autos, como se verá, la invocación del literal c en la Resolución 618 concuerda con la formulada por la empresa denunciante, la falta de invocación de aquél, por parte de la empresa denunciante, no hubiese afectado la suficiencia de su solicitud.

Por otra parte, la definición del alcance de las prácticas y de los perjuicios denunciados inicialmente no podrá alcanzarse sino al final de la investigación, toda vez que, en el curso de ella, la Secretaría General de la Comunidad habrá de verificar las informaciones aportadas por el peticionante, así como pedir y acopiar otras, tanto de los Países Miembros como de terceros países. En consecuencia, la invocación en la solicitud de uno u otro literal del artículo 2 no condiciona la validez y eficacia de la providencia de apertura de la investigación, ya que se hace imposible anticipar en ella si las informaciones aportadas por el solicitante se confirmarán o no y en qué medida.

De otro lado, cabe poner de relieve el alcance del artículo 17 de la Decisión 283, en tanto que se trata de una disposición que autoriza expresamente a apoyar la determinación de la existencia de la amenaza de perjuicio o del perjuicio en el examen de los efectos de las prácticas en la producción o en las exportaciones del País Miembro. Se trata de un alcance compatible con la prescripción general del artículo 105 del Acuerdo de Cartagena, según la cual las normas en la materia deben tener por objeto la prevención o corrección de las prácticas de dumping que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión.

Finalmente, el anuncio de que la investigación se llevará a cabo en consideración del literal c,

o de cualquier otro literal del artículo 2 de la Decisión, no desborda los límites de la competencia que la Secretaría General tiene atribuida en sede comunitaria, visto que la misma se refleja en todos los literales de la disposición citada, cuyo texto da cuenta del alcance de las prácticas y de los perjuicios que pueden ser objeto de su investigación.

Examinado el tenor del artículo 2 de la Resolución 618, sustitutivo del artículo 1 de la Resolución 596, el Tribunal encuentra que la Secretaría General se limitó a referir el literal c del artículo 2 para sustentar el inicio de la investigación antidumping que llevó a cabo en relación con las importaciones peruanas de película de polipropileno biorientado transparente (subpartida NANDINA 3920.20.00) originaria de Estados Unidos de Norteamérica, producida, distribuida o vendida por el Grupo Inteplast Ltd. o su División Am Topp., así como en la Resolución 596 se limitó a invocar el artículo citado.

La actora sostiene a este respecto que la Secretaría General no podía ampliar el marco de la investigación e incluir en la Resolución 618 el daño o la amenaza de daño a la totalidad de la rama de la producción colombiana, pues la solicitud de la empresa denunciante se apoyó en el literal c y no en el literal d del artículo 2 de la Decisión 283. Sin embargo, como ya se indicó, la providencia en cuestión refiere el inicio de la investigación antidumping al literal c y no al literal d del citado artículo 2, recogiendo así la orientación de su parte considerativa, según la cual "la investigación antidumping se realiza al amparo del literal c) del artículo 2 de la Decisión 283 ...". Y en cuanto al alcance de la investigación, la providencia explica que la Secretaría General "dispuso analizar el daño y la amenaza de daño supuestamente ocasionados a toda la rama de la producción nacional de Colombia de la película de polipropileno biorientado transparente, incluyendo los efectos del desplazamiento de importaciones peruanas de dicho producto provenientes de Colombia", análisis que, a juicio del Tribunal, se halla autorizado por el artículo 17, literal c, de la Decisión 283, visto que en él se consagra la posibilidad de examinar los efectos de las prácticas antidumping en la producción o exportaciones del País Miembro.

Cabe agregar que, de no haber concordado la norma utilizada por la Secretaría General en la Resolución 618 con la citada por la peticionante,



tal falta de concordancia tampoco hubiese significado la violación de la regla de la iniciativa de parte, toda vez que ésta se concreta en la exigencia de que la investigación no se inicie ni se lleve a cabo sin que medie la solicitud de los Países Miembros o de las empresas provistas de interés legítimo, lo que ocurrió en el caso de autos con la formulada por la empresa Biofilm S.A. de Colombia. La iniciativa de parte hace que la solicitud correspondiente se constituya en un acto necesario para obtener la autorización que se pretende, pero no vincula a la autoridad en su juicio acerca de la suficiencia y fundamentación jurídica del pedimento.

Por las razones que anteceden, el Tribunal estima que la denuncia de incompetencia formulada por la parte actora, a propósito de las Resoluciones 596 y 618, así como el vicio de desviación de poder también denunciado, carecen de fundamento serio y así lo declara.

No cabe duda tampoco de la necesidad que tiene la Secretaría General de hacer interpretación de la norma comunitaria para pronunciar su juicio acerca de la apertura y desarrollo de la investigación disciplinada por la Decisión 283, así como en torno a la procedencia y nivel de los derechos antidumping que establezca en la Resolución definitiva, puesto que la aplicación de la Decisión citada, por parte del órgano administrativo competente, presupone, por razones lógicas, la determinación de su significado y alcance. Y la interpretación jurídica que hace la Secretaría General, en sede administrativa, no impide ni se confunde con la que este Tribunal lleva a cabo en los juicios que pronuncia en torno a las solicitudes de interpretación prejudicial y a las controversias sometidas a su conocimiento, visto que, a diferencia de los que se encuentran a cargo de la autoridad administrativa, los pronunciamientos del Tribunal tienen autoridad de cosa juzgada.

Por último, en cuanto a la denuncia relativa a la interpretación del ordenamiento jurídico de la Comunidad a la luz de los compromisos contraídos por los Países Miembros en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, y a la posibilidad de que tal interpretación signifique un desconocimiento de la supremacía del orden comunitario, el Tribunal la examinará junto con la denuncia de nulidad de la Resolución 672 de la Secretaría General.

3. Denuncia de nulidad de la Resolución 672

En cuanto a la Resolución 672, a través de la cual se pone fin al procedimiento administrativo de adopción de medidas antidumping, la República del Perú denuncia que en ella se establece de manera expresa “que la investigación no se limitó a la rama de la producción nacional destinada a exportación, como lo requiere el literal c) del artículo 2 de la Decisión 283. Por el contrario, en abierta contravención al ordenamiento jurídico andino, deja constancia que dicho análisis se extendió además a toda la rama de la producción nacional de Colombia”, por lo que “la Resolución 672 de la Secretaría General ... adolece de graves vicios de nulidad, recogiendo incluso aquellos vicios contenidos en las Resoluciones N° 596 y 618 ...”.

La actora reitera asimismo sus alegatos en torno a la desviación de poder que derivaría del exceso de atribuciones en que habría incurrido la demandada por haberse arrogado las facultades de interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad, y afirma que, además, la Secretaría General habría incurrido en los vicios contemplados en el artículo 12, incisos a), b) y c), de la Decisión 425.

Por otra parte, la actora argumenta que “La Decisión 283 está vigente, aún cuando no sea congruente con los Acuerdos ante la Organización Mundial del Comercio”; que tal falta de congruencia “no faculta a la Secretaría General para que vía una *‘interpretación consistente’* pretenda variar el contenido de esa norma”; que “la Decisión 283 data de 1991, y desde ese año no ha sufrido ninguna modificación. Si los Países Miembros hubiesen deseado adecuar tal norma a los compromisos asumidos ante la OMC, esa Decisión ya habría sido modificada”; que “la Decisión 283 ... no ha sido notificada ante la Organización Mundial del Comercio, como si lo han sido otras Decisiones adoptadas por la Comisión, toda vez que la misma contiene requerimientos que son contrarios a las obligaciones asumidas posteriormente por los Países Miembros ante esa organización”; y que “en el supuesto negado que el Tribunal considere que la Resolución 672 no adolece de los vicios de nulidad anteriormente señalados, la misma será de imposible ejecución, toda vez que no será reconocida en el Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comer-



cio, pues la misma impone derechos antidumping a un país miembro de la OMC, sobre la base de una legislación no reconocida ante dicha organización”.

A juicio de la Secretaría General de la Comunidad, “el demandante no ha alegado ni demostrado, como es su carga, las razones por las cuales afirma que la Resolución 672 ‘no será reconocida en el Consejo de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio’”. Según la parte demandada, “La Resolución 672 dispuso que, a los efectos de lo previsto en el artículo VI.6.b) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, en concordancia con el artículo 14 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, la República del Perú debe proceder a notificar al Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio la presente Resolución y el Informe respectivo de la Secretaría General, con el fin de solicitar su aprobación para el establecimiento de las medidas antidumping ... Asimismo, determinó que los derechos antidumping establecidos en el artículo 1 de la Resolución se exigirán y su vigencia empezará a contar inmediatamente después de la aprobación por el Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio”. La demandada sostiene que “Dicha notificación, a su vez, requiere de la previa notificación de la norma que da fundamento al derecho antidumping así emitido (en este caso, Decisión 283)”; que “La normativa comunitaria contenida en la Decisión 283 ha sido notificada ante la OMC por los Países Miembros de la Comunidad Andina, como fuera informado en su momento a la misión ante la OMC del País que ocupa la presidencia de la Comunidad Andina (véase copias de las comunicaciones marcadas Anexo ‘K’); que “El acto de notificación no prejuzga acerca de la legalidad o conformidad de la legislación o medida notificada con el ordenamiento de la OMC, ya que se entiende que éstas obedecen a una obligación de transparencia que se deben recíprocamente los Miembros. Obviamente la legislación o la medida notificadas pudieran dar lugar a examen y consultas en el marco de la OMC, lo que no ha ocurrido en el presente caso ... En ese orden de ideas, máxime habiéndose conducido la investigación de manera consistente con los requerimientos de la OMC no es dable que un País Miembro alegue ahora como excusa, la supues-

ta posibilidad de que la OMC no reconozca una norma comunitaria”; y que se debe tener presente que “para evitar precisamente cualquier eventual dificultad en el marco de la OMC, la Resolución 672 dispuso su vigencia a partir de la fecha de su notificación ante esta organización”.

Por último, la demandada argumenta que “Del procedimiento seguido en este caso no trasunta violación alguna de la finalidad legal de la normativa comunitaria antidumping ni incongruencia entre norma y acto que pudiera indicar una voluntad encubierta o disimulada de lograr un fin distinto a la corrección de los efectos derivados de una práctica de competencia desleal”; que “Tampoco se acredita un motivo falso o inidóneo, una vía legal impropia o una medida inadecuada a los fines jurídicos establecidos”; que “Asimismo, no existe desproporción en la medida establecida la cual se sustenta en rigurosos cálculos detalladamente explicados en los informes sustentatorios de las diversas resoluciones”; que “La Secretaría General ha demostrado que ha actuado en concordancia con la finalidad legal de la legislación comunitaria antidumping, observando rigurosamente todas las etapas del procedimiento”; que “La República del Perú no ha presentado alegatos ni pruebas referidos a ninguno de los supuestos que acrediten el vicio de desviación de poder alegado”; y que “La desviación de poder no consiste en una apreciación subjetiva e insubstanciada del remiso a cumplir, sino que requiere de una base de factores o indicadores objetivos que demuestren el desvío den (sic) la intención de quien cumple la actividad administrativa. Esos factores o indicadores a favor de la tesis del demandante no se presentan”.

El Tribunal observa que el alegato de la actora según el cual la Resolución 672 no se limitó a la rama de la producción nacional destinada a exportación, sino que se extendió a toda la rama de la producción nacional de Colombia, así como el relativo al presunto impedimento de la Secretaría General para adecuar o interpretar las normas comunitarias relacionadas con la competencia comercial, ya fueron examinados y resueltos en el Capítulo anterior. En el entendido de que tales alegatos aluden al artículo 1 de la Resolución 672, puesto que en él se establecen los derechos antidumping como producto de la investigación abierta sobre la base de la Resolución 618, el Tribunal da aquí por repro-



ducidas las razones que lo condujeron a desestimar aquellos alegatos, y, por cuanto la actora no ha hecho valer argumentos distintos, ni ha objetado los elementos sustanciales que sustentan el establecimiento de los citados derechos, ni ha desvirtuado la presunción de legalidad que ampara la providencia que contiene el artículo 1 en referencia, desestima también la denuncia de nulidad formulada a su respecto y reconoce la validez y eficacia de la providencia en cuestión.

Agrega la actora que la Resolución 672 será de imposible ejecución porque no ha sido reconocida en el Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio, ya que impone derechos antidumping a uno de sus Países Miembros sobre la base de una Decisión que como la 283 no ha sido notificada ni reconocida por dicha Organización.

Y la demandada sostiene en lo principal, sobre la base de la tesis de la interpretación consistente, que, según la Resolución 672, la República del Perú debe notificar ésta y el Informe de la Secretaría General al Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio, con el fin de solicitar su aprobación para el establecimiento de las medidas antidumping. Explica asimismo que, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución citada, los derechos antidumping establecidos en ella se exigirán, y su vigencia empezará a contarse, después de su aprobación por el referido Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial.

Al respecto, la Resolución 672 dispone en su artículo 2 que "A los efectos de lo previsto en el artículo VI.6.b) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, en concordancia con el artículo 14 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, la República del Perú deberá proceder a notificar al Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio la presente Resolución y el Informe respectivo de la Secretaría General, con el fin de solicitar su aprobación para el establecimiento de las medidas antidumping", y en su artículo 3 que "Los derechos antidumping establecidos en el artículo 1 de la presente Resolución se exigirán y su vigencia empezará a contar inmediatamente después de la aprobación por el Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio".

De los textos transcritos se desprende pues que, según la Secretaría General, el establecimiento de las medidas antidumping se encuentra sometido y depende de la aprobación del Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio, por lo que tales medidas no serán obligatorias ni podrán ser exigibles sin la aprobación del citado organismo, motivo por el cual impone a la República del Perú el deber de notificárselas, a los efectos de dar aplicación a las normas de la Organización en referencia.

Ahora bien, el Tribunal ha sostenido que "La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial de Comercio no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que como se ha dicho es preponderante no sólo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que éstos pertenezcan" (Sentencia dictada en el expediente N° 07-AI-98, de 21 de julio de 1999, publicada en la G.O.A.C. N° 490, de 4 de octubre del mismo año). Asimismo, el Tribunal se ha referido a la "primacía del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina frente a los ordenamientos de origen interno e internacional de los Países Miembros" (Sentencia dictada en el expediente N° 01-AI-2001, de 27 de junio de 2002, publicada en la G.O.A.C. N° 818, de 23 de julio del mismo año). A este propósito ha señalado una y otra vez que "el ordenamiento comunitario no deriva del ordenamiento de los Países Miembros, sea éste de origen interno o internacional, sino del Tratado constitutivo ... Así, y por virtud de su autonomía, se ratifica que el ordenamiento jurídico de la Comunidad -tanto el primario como el derivado- no depende ni se halla subordinado al ordenamiento internacional convencional suscrito por dichos Países ..." (Sentencia dictada en el expediente N° 34-AI-2001, del 21 de agosto de 2002, publicada en la G.O.A.C. N° 839, de 25 de septiembre del mismo año).

Este Tribunal reconoce, por tanto, la utilidad hermenéutica de los conceptos y categorías de la norma internacional para esclarecer los términos ambiguos u oscuros de la comunitaria, así como el interés en preferir, cuando fuere posible



y necesario, la interpretación compatible de ésta con aquélla, particularmente si la norma internacional ha sido fuente de la comunitaria, pero juzga inadmisibles que ésta sea reemplazada por aquélla y aplicada en su lugar.

A la luz de estas consideraciones, el Tribunal se ve obligado a precisar, en la denuncia de nulidad que se examina, que la primera función de la Secretaría General de la Comunidad, según el artículo 30, literal a, del Acuerdo de Cartagena, es velar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Y es el caso que, por intermedio del artículo 2 de la Resolución 672, la Secretaría General ha decidido velar, no por la observancia del Acuerdo de Cartagena, de la Decisión 283 y de su propia Resolución, sino por la aplicación y cumplimiento del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, instrumento que, a la luz de los artículos 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y 2 de su Estatuto, no forma parte del ordenamiento jurídico primario de la Comunidad, ni de su ordenamiento derivado.

Debe el Tribunal poner de relieve también la disposición prevista en el artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, según la cual las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina, así como la contemplada en el artículo 3 *eiusdem*, según la cual las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General son directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Por virtud de estas disposiciones, y salvo una excepción prevista para las Decisiones, el ordenamiento comunitario en referencia ha quedado expresamente dotado de los atributos de aplicabilidad inmediata y efecto directo, propios del orden jurídico supranacional. En consecuencia, el ordenamiento comunitario derivado no tiene necesidad de ser incorporado o transformado en ley interna para entrar en vigencia y hacerse obligatorio en el territorio de los Estados Miembros, y es apto por sí mismo para constituir derechos y obligaciones en cabeza de sus destinatarios.

Pues bien, la Secretaría General, por intermedio del artículo 3 de su Resolución 672, ha resuelto condicionar la aplicabilidad y los efectos de los derechos antidumping allí establecidos, no a su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, sino a su aprobación por el Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio, con lo cual ha dejado indebidamente en suspenso la obligatoriedad y exigibilidad de tales derechos, así como la aplicabilidad misma de la Decisión 283.

Cabe agregar que, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, 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. Pero es el caso que, a través del artículo 2 de la Resolución citada, la Secretaría General impone a la República del Perú el deber de "proceder a notificar al Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio la presente Resolución y el Informe respectivo de la Secretaría General, con el fin de solicitar su aprobación para el establecimiento de las medidas antidumping", deber que, sin duda, no forma parte de las obligaciones y compromisos que ha contraído la República del Perú en tanto que Estado Miembro de la Comunidad Andina, y que no puede ser exigido por un órgano cuya función principal es velar por la aplicación del Acuerdo de Cartagena.

De esta manera, y so pretexto de una interpretación consistente, la Secretaría General, a través de los artículos 2 y 3 de su Resolución 672, ha dejado sin aplicación el artículo 30, literal a, del Acuerdo de Cartagena, y los artículos 2 y 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, arrogándose una competencia que no tiene atribuida, vulnerando los principios de aplicabilidad inmediata y efecto directo del ordenamiento jurídico de la Comunidad, y haciendo aplicación, en su lugar, de unas normas que los Estados Miembros han suscrito individualmente, por separado, pero que no han integrado como fuente vinculante del ordenamiento jurídico de la Comunidad. Por estas razones, los artículos 2 y 3 de la citada Resolución han incurrido principalmente en la causal de nulidad absoluta prevista en el artículo 12, literal a, del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, vista su



contravención al orden comunitario, por lo que procede declarar su nulidad *ex tunc*.

Por las mismas razones, la denuncia según la cual la Resolución 672 sería de ejecución imposible, ya que ni ella ni la Decisión 283 habrían sido reconocidas en el Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio, es contraria a derecho y debe ser desestimada.

En definitiva, el Tribunal juzga que, con fundamento en la disposición prevista en el artículo 12, literal a, del Reglamento de Procedimientos Administrativos ya mencionado, procede acoger la petición de nulidad de la Resolución 672, en lo que concierne específicamente a sus artículos 2 y 3, aunque por razones y propósitos distintos de los planteados por la parte actora.

La actora había solicitado también que se rechazasen los elementos documentales aportados en idioma inglés por la demandada y por el tercero coadyuvante, pero no especifica cuáles. Comoquiera que no es tarea de este Tribunal suplir las cargas de las partes, el pedimento debe ser desestimado por inadmisibles. Además, la denuncia de nulidad de la Resolución 672 ha sido resuelta como cuestión de mero derecho, por lo cual el examen de tales elementos documentales carecería de efecto útil.

En resumen, el Tribunal observa que el Acuerdo de Cartagena ordenó a la Comisión la adopción de normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas de dumping que pudieran distorsionar la competencia en el ámbito de la Subregión (artículo 105), así como la reglamentación de los procedimientos de aplicación (artículo 106); que dicho Acuerdo atribuyó competencia a la Secretaría General para velar por la aplicación de tales normas y para autorizar las medidas correctivas a cargo de los Países Miembros (artículo 106); que la Comisión dictó la Decisión 283, contentiva de las normas para prevenir o corregir las distorsiones a la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios, así como las relativas al procedimiento para la investigación de tales distorsiones; que el propósito de la Resolución 618 de la Secretaría General, sustitutiva de la 596, dictada con fundamento en los citados artículos 105 y 106 del Acuerdo de Cartagena y en la Decisión 283, y mediante la cual se dispuso la apertura de la investigación por vía del artículo 2, literal c, de la

Decisión en referencia, guarda conformidad con las normas de procedimiento establecidas en el citado orden comunitario; que el artículo 1 de la Resolución 672 de la Secretaría General, mediante la cual se acogió parcialmente la solicitud de la empresa Biofilm S.A. de Colombia y se estableció un derecho antidumping por un período de tres años, guarda igualmente conformidad con los propósitos del orden comunitario que le sirve de fundamento; y que los artículos 2 y 3 de la mencionada Resolución 672 infringen el citado orden, principalmente el artículo 30, literal a, del Acuerdo de Cartagena, y los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad.

Por las razones expuestas, el Tribunal desestima el pedimento de nulidad de la Resolución 618, sustitutiva de la 596, y del artículo 1 de la Resolución 672, pero lo acoge en lo que concierne a los artículos 2 y 3 de esta última providencia y, en consecuencia, declara su nulidad absoluta.

Como consecuencia de la citada declaratoria de nulidad, principalmente de la del artículo 3 de la Resolución 672, y no obstante sus efectos *ex tunc*, los derechos antidumping establecidos en el artículo 1 de la Resolución demandada serán exigibles a partir de la fecha de publicación de esta sentencia en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. De conformidad con los artículos 22 del Tratado de Creación del Tribunal y 106 de su Estatuto, la Secretaría General deberá adoptar las disposiciones necesarias para asegurar el cumplimiento efectivo de esta sentencia, a partir de la fecha de su notificación.

Por cuanto la demanda será declarada parcialmente con lugar, no habrá lugar a la condena en costas.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, de conformidad con los artículos 17 y 22 de su Tratado de Creación, en concordancia con los artículos 4, 90 y 101 de su Estatuto,

DECIDE

Primero. Desestimar la demanda de nulidad interpuesta por la República del Perú contra las



Resoluciones 596, 618 y 672, artículo 1, de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Segundo. Declarar la nulidad absoluta de los artículos 2 y 3 de la Resolución 672 de la Secretaría General de la Comunidad y, en consecuencia, declarar parcialmente con lugar la demanda interpuesta contra la citada Resolución.

Tercero. No condenar en costas.

Cuarto. Establecer que los derechos antidumping impuestos en el artículo 1 de la Resolución 672 de la Secretaría General serán exigibles a partir de la fecha de la publicación de esta sentencia en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

De conformidad con lo previsto en los artículos 34 del Tratado de Creación del Tribunal y 98 de su Estatuto, notifíquese la presente sentencia y remítase copia certificada de ella a la Secretaría General de la Comunidad Andina, a los fines de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Walter Kaune Arteaga
PRESIDENTE

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO a.i.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- La sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. CERTIFICO.-

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO a.i.

PROCESO N° 74-IP-2004

Interpretación Prejudicial de oficio de los artículos 81, 82 literal a), 83 literal a) y 102 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, en base a lo solicitado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de la República de Colombia. Proceso Interno N° 2002-00227 (8071). Actor: INTERNATIONAL MEDICAL GROUP INC. Marca: ING.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, San Francisco de Quito, a los veinticinco días del mes de agosto del año dos mil cuatro.

VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 136 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y 134, 135 literales a) y b), y 136 literal a) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, contenida en Oficio N° 0972, de fecha 18 de junio de 2004, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Administrativo, Sección Primera de la República de Colombia, con motivo del proceso interno N° 2002-00227 (8071).

Que la mencionada solicitud cumple con todos los requisitos de admisibilidad establecidos en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los contemplados en el artículo 125 de su Estatuto, razón por la cual, fue admitida a trámite mediante auto dictado el 4 de agosto de 2004.

Como hechos relevantes para la interpretación, se deducen:



1. Las partes

La actora es **INTERNATIONAL MEDICAL GROUP INC.**

Se demanda a la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, y como tercero interesado la sociedad ING GROEP N.V.

2. Determinación de los hechos relevantes

2.1. Hechos

El 12 de septiembre de 2000, la sociedad ING. GROEP N.V. solicitó a la Superintendencia de Industria y Comercio el registro de la marca ING (NOMINATIVA) para distinguir todos los servicios comprendidos en la clase 35 de la clasificación internacional de Niza (*Clase 35: Publicidad; gestión de negocios comerciales; administración comercial; trabajos de oficina*).

La sociedad INTERNATIONAL MEDICAL GROUP, INC. presentó oposición a la solicitud del registro de la marca ING (nominativa), con fundamento en su marca IMG (MIXTA), previamente registrada para la clase 36; (*Clase 36: Seguros; negocios financieros; negocios monetarios; negocios inmobiliarios.*)

El 30 de marzo de 2001, la Superintendencia de Industria y Comercio, expidió la Resolución N° 011295 de 30 de marzo de 2001, en la que declaró infundada la demanda de observaciones y concedió el registro de la marca ING para la clase internacional 35 a favor de la sociedad ING GROUP N.V.

La sociedad INTERNATIONAL MEDICAL GROUP, INC. interpuso recurso de revisión y en subsidio de apelación contra la mencionada Resolución, etapa en la cual, a través de la Resolución 011295 se otorgó el registro.

2.2. Fundamentos de la demanda

El actor aduce: *“violación directa del literal a) del artículo 136 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina por falta de aplicación.... debido a que el estudio de registrabilidad del signo ING efectuado por el Jefe de la División de Signos Distintivos y por el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial, desconoció abiertamente que concurrían los supuestos de hecho que impedían su registro como marca”.*

Manifiesta además que *“Es así como en la Resolución demandada, la Administración desconoció el conflicto directo que existe entre los signos IMG (M) e ING ... para identificar servicios de las clases treinta y seis (36) y treinta y cinco (35), entre los cuales existe CONEXIDAD COMPETITIVA, conflicto que imposibilita su coexistencia en el mercado, pues permitirlo generaría un altísimo riesgo de confusión para el público consumidor”.*

Alega además que *“Esta acción se sustenta en el alcance del derecho de exclusividad que le otorga su marca, para impedir el registro de marcas similarmente confundibles para identificar los mismos servicios, pero igualmente, para impedir el registro como marca de signos confundibles que pretendan identificar productos y servicios relacionados, que generen riesgo de confusión o de asociación, conforme lo señala el literal a) del artículo 136 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina”.*

Por todo lo anterior solicita se declare la nulidad de la resolución N°. 011295, a través de la cual se decidió otorgar el registro de la marca ING a la sociedad ING GROEP N.V., y que como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio CAN-CELAR la inscripción del certificado de registro de la marca ING, para servicios de la clase 35.

2.3. Contestación a la demanda

Manifiesta que *“de conformidad con las atribuciones legales otorgadas a la Oficina Nacional Competente (Superintendencia de Industria y Comercio), especialmente de las concedidas por el entonces vigente decreto ley 2153 de 1992 y la Decisión 486 antes referida, el entonces Jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio expidió legal y válidamente la resolución 011295 de 2001 declarando infundada la observación presentada por la parte demandante y concediendo el registro de la marca ‘ING’ para distinguir los servicios comprendidos en la clase 35, a favor de la sociedad International Medical Group, Inc. (sic)”.*

Añade además que *“de los documentos obrantes en el expediente 00.68690 y contenido de la actuación administrativa, en lo relativo a la solicitud de registro de la marca ‘ING’ para distin-*



guir servicios comprendidos en la clase 9 (sic) de la nomenclatura vigente y solicitada por la sociedad Ing Groep N.V., se establece que la Superintendencia de Industria y Comercio como oficina nacional competente se ajustó plenamente al trámite administrativo previsto en materia marcaria, garantizando el debido proceso y el derecho de defensa”.

Arguye finalmente que “Efectuado el examen sucesivo y comparativo de las marcas ‘ING’ clase 35 frente ‘IMG’ clase 36 registrada a favor de la sociedad International Medical Groupo (sic), Inc, se concluye que si bien existen semejanzas entre sí, no existe confundibilidad entre las mismas habida cuenta que distinguen servicios completamente diferentes; por lo tanto, de coexistir en el mercado no conllevarían a error al público consumidor, no existiendo la posibilidad de confusión directa e indirecta entre los mismos”.

CONSIDERANDO:

Que, este Tribunal es competente para interpretar por la vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siempre que la solicitud provenga de un Juez Nacional también con competencia para actuar como Juez Comunitario, en tanto resulten pertinentes para la resolución del proceso interno;

Que, la solicitud de interpretación prejudicial se encuentra conforme con las prescripciones contenidas en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;

Que en el presente caso se interpretarán los artículos 81, 82 literal a), 83 literal a) y 102 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

El texto de las normas objeto de la interpretación prejudicial se transcribe a continuación:

DECISIÓN 344

Artículo 81

“Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente dis-

tingtivos y susceptibles de representación gráfica.

Se entenderá por marca todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona”.

Artículo 82

“No podrán registrarse como marcas los signos que:

a) No puedan constituir marca conforme al artículo anterior;

(...)”

Artículo 83

“Asimismo, no podrán registrarse como marcas aquellos signos que, en relación con derechos de terceros, presenten algunos de los siguientes impedimentos:

a) Sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error;

(...)”

Artículo 102

“El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente”.

DECISIÓN 486

DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA

“Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación comunitaria anterior a la presente Decisión, se regirá por las disposiciones aplicables en la fecha de su otorgamiento salvo en lo que se refiere a los plazos de vigencia, en cuyo caso los derechos de propiedad in-



dustrial preexistentes se adecuarán a lo previsto en esta Decisión.

En lo relativo al uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas se aplicarán las normas contenidas en esta Decisión.

Para el caso de procedimientos en trámite, la presente Decisión regirá en las etapas que aún no se hubiesen cumplido a la fecha de su entrada en vigencia”.

En atención a los puntos controvertidos en el proceso interno así como de las normas que van a ser interpretadas, este Tribunal considera que corresponde desarrollar lo referente a los siguientes temas:

I. DEFINICIÓN DE MARCA Y LOS REQUISITOS PARA QUE UN SIGNO PUEDA SER REGISTRADO COMO MARCA.

El segundo párrafo del artículo 81 de la Decisión 344, define a la marca como: *“Todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona”.*

Así mismo, el citado artículo 81, determina los requisitos que debe reunir un signo para ser registrable, estos son: la perceptibilidad, la distintividad y la susceptibilidad de representación gráfica.

Respecto a estos tres requisitos, el Tribunal en reiterada jurisprudencia ha señalado:

La **perceptibilidad** es la capacidad del signo para ser aprehendido o captado por alguno de los sentidos. La marca, al ser un bien inmaterial, debe necesariamente materializarse para ser apreciada por el consumidor; sólo si es tangible para el consumidor, podrá éste compararla y diferenciarla, de lo contrario, si es imperceptible para los sentidos, no podrá ser susceptible de registro.

La **distintividad**, es considerada por la doctrina y por la jurisprudencia de este Tribunal como la función primigenia que debe reunir todo signo para ser susceptible de registro como marca, es la razón de ser de la marca, es la característica que permite diferenciar o distinguir en el

mercado los productos o servicios comercializados por una persona de los idénticos o similares de otra, para así impedir que se origine una confusión en las transacciones comerciales.

Jorge Otamendi sostiene respecto al carácter distintivo de la marca: *“El poder o carácter distintivo es la capacidad intrínseca que tiene para poder ser marca. La marca, tiene que poder identificar un producto de otro. Por lo tanto, no tiene este poder identificador un signo que se confunde con lo que se va a identificar, sea un producto, un servicio o cualesquiera de sus propiedades”.* (Otamendi, Jorge. Derecho de Marcas. 4ta. Edición. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 2002. p. 27).

La **susceptibilidad de representación gráfica**, permite constituir una imagen o una idea del signo, en sus características y formas, a fin de posibilitar su registro. Consiste en descripciones realizadas a través de palabras, gráficos, signos mixtos, colores, figuras, etc. de manera que sus componentes puedan ser apreciados en el mercado de productos.

Marco Matías Alemán dice que: *“La representación gráfica del signo es una descripción que permite formarse la idea del signo objeto de la marca, valiéndose para ello de palabras, figuras o signos, o cualquier otro mecanismo idóneo, siempre que tenga la facultad expresiva de los anteriormente señalados”* (Alemán, Marco Matías. Normatividad Subregional sobre Marcas de Productos y Servicios. Top Management: Bogotá. p. 77)

II. CLASES DE MARCAS: DENOMINATIVAS, GRAFICAS Y MIXTAS

Este Tribunal estima necesario hacer referencia a las marcas denominativas, gráficas y mixtas, en razón de la composición de los signos en conflicto

Las denominativas, llamadas también nominales o verbales, utilizan un signo fonético y están formadas por una o varias letras, palabras o números que, integradas en un todo pronunciable, pueden hallarse provistas o no de significado conceptual.

Las marcas gráficas son signos visualmente perceptibles que se expresan en la forma externa de imágenes, figuras o dibujos, provistos o



no de significado conceptual. La doctrina distingue entre las marcas puramente gráficas, en las cuales la figura “se limita a evocar en la mente de los consumidores tan sólo la imagen del signo utilizado como marca: un conjunto de líneas y, en su caso, colores”; las figurativas, en las cuales la figura “suscita en el consumidor no sólo una imagen visual, sino un determinado concepto concreto: el concepto del cual es expresión gráfica la imagen utilizada como marca; el nombre con el que es formulado este concepto, es también el nombre con el que es conocida la marca gráfica respectiva entre los consumidores”; y “la marca gráfica que evoca en la mente de los consumidores un concepto abstracto o ‘motivo’ al que se asciende a través de un proceso de generalización” (FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: “Fundamentos de Derecho de Marcas”, Madrid, Editorial Montecorvo S.A., pp. 29 y ss.).

Por último, las marcas mixtas se encuentran constituidas por dos elementos que forman parte del conjunto del signo: una denominación, semejante a la clase de marcas arriba descrita, y un gráfico, definido como un signo visual que se expresa en la forma externa de una imagen, figura o dibujo.

En relación con la comparación entre dos marcas, caso que una de ellas o ambas pertenezcan a la clase de marcas mixtas, la jurisprudencia de este Tribunal ha puesto de relieve lo siguiente:

“el elemento denominativo de la marca mixta suele ser el más característico o determinante, teniendo en cuenta la fuerza expresiva propia de las palabras, las que por definición son pronunciables, lo que no obsta para que en algunos casos se le reconozca prioridad al elemento gráfico, teniendo en cuenta su tamaño, color y colocación de la gráfica, que en un momento dado pueden ser definitivos” (Proceso 04-IP-88, publicada en la G.O.A.C. N° 39, del 29 de enero de 1989, caso “DAIMLER”).

A propósito de la prioridad del elemento en referencia, la doctrina ha señalado que procede determinar la “situación y el relieve del componente gráfico en el conjunto de la marca mixta; y sobre todo, la notoriedad del componente gráfico común a las marcas comparadas. En cambio, si el elemento gráfico no evoca concepto

alguno, el denominativo desplazaría en principio al gráfico, siendo en ese caso, y en definitiva, aquel elemento el predominante, y en el cual debe centrarse el análisis comparativo” (FERNÁNDEZ-NOVOA, ob.cit., p. 240).

III. IRREGISTRABILIDAD DE SIGNOS IDENTICOS O SEMEJANTES Y RIESGO DE CONFUSION. REGLAS DE COMPARACION. CONEXION COMPETITIVA.

El prohibir el registro de aquellos signos que afecten derechos de terceros de conformidad con la normativa comunitaria sobre propiedad industrial, es uno de los objetivos del artículo 83 de la Decisión 344. En este sentido, el literal a) del artículo 83 establece como prohibidos para ser registrados, aquellos signos que sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la misma, pueda inducir a los consumidores a error.

Como se ha manifestado en reiteradas interpretaciones prejudiciales realizadas por este Tribunal “... la función principal de la marca es la de identificar los productos o servicios de un fabricante o comerciante de los de igual o semejante naturaleza, que pertenezcan al competidor; por ello es fundamental que el signo en proceso de registro, no genere confusión respecto de los bienes o servicios distinguidos por otro solicitado previamente o por una marca que se encuentre inscrita, puesto que éstos gozan de la protección legal que les otorga el derecho de prioridad o el registro, respectivamente”. (Proceso N° 101-IP-2002. G.O.A.C. No. 877 de 19 de diciembre de 2002 Marca: COLA REAL+ GRÁFICA).

En este sentido, la confusión que se puede presentar entre dos o más signos conlleva la falta de claridad para poder elegir un bien o un servicio de otro, a la que pueden ser inducidos los consumidores por no existir la capacidad suficientemente distintiva de dichos signos. A fin de evitar esta situación de confusión, la prohibición contenida en el literal a) del artículo 83 no exige que el signo pendiente de registro induzca a error a los consumidores o usuarios, sino que basta la existencia de este riesgo para que se configure aquella prohibición.



Sobre el particular, este Tribunal ha señalado los supuestos que pueden dar lugar al riesgo de confusión entre varias denominaciones y los productos o servicios que cada una de ellas ampara, identificando los siguientes: "... *que exista identidad entre los signos en disputa y también entre los productos o servicios distinguidos por ellos; o identidad entre los signos y semejanza entre los productos o servicios; o semejanza entre los signos e identidad entre los productos y servicios; o semejanza entre aquellos y también semejanza entre éstos*". (Proceso N° 68-IP-2002, G.O.A.C. No. 876 de 18 de diciembre de 2002. Marca: AGUILA DORADA)

De esta manera, la identidad o la semejanza de los signos puede dar lugar a dos tipos de confusión: la directa y la indirecta. La primera se caracteriza porque el vínculo de identidad o semejanza conduce al consumidor a adquirir o contratar un producto o servicio determinado en la creencia de que está adquiriendo otro, lo que implica la existencia de un cierto nexo también entre los productos o los servicios. La segunda, la indirecta, caracterizada porque el citado vínculo hace que el consumidor atribuya, en contra de la realidad de los hechos, a dos productos o servicios que se le ofrecen, un origen empresarial común.

Por tanto, de existir semejanza entre un signo pendiente de registro y una marca ya registrada o entre dos marcas, existirá el riesgo de que el consumidor relacione y confunda aquel signo con esta marca, o una marca con la otra.

Este Tribunal ha determinado que la similitud visual se presenta por el parecido de las letras entre los signos a compararse, en los que la sucesión de vocales, la longitud de la palabra o palabras, el número de sílabas, las raíces o las terminaciones iguales, pueden incrementar el grado de confusión. Y habrá lugar a presumir la semejanza entre los signos si las vocales idénticas se hallan situadas en el mismo orden, vista la impresión general que, tanto desde el punto de vista ortográfico como fonético, produce el citado orden de distribución.

En cuanto a la similitud fonética, el Tribunal ha señalado que la misma depende, entre otros factores, de la identidad de la sílaba tónica y de la coincidencia en las raíces o terminaciones, pero que, a fin de determinar la existencia real de una posible confusión, deben tomarse en cuenta las particularidades de cada caso, pues-

to que las marcas denominativas se forman por un conjunto de letras que, al ser pronunciadas, emiten sonidos que se perciben por los consumidores de modo distinto, según su estructura gráfica y fonética.

En cuanto a la similitud conceptual, este Órgano Jurisdiccional ha indicado que la misma se configura entre signos que evocan una idea idéntica o semejante.

En definitiva, el Tribunal estima que la confusión puede manifestarse cuando, al percibir la marca, el consumidor supone que se trata de la misma a que está habituado, o cuando, si bien encuentra cierta diferencia entre las marcas en conflicto, cree, por su similitud, que provienen del mismo productor o fabricante.

De igual modo, a objeto de verificar la existencia del riesgo de confusión, el examinador deberá tomar en cuenta los criterios que, elaborados por la doctrina (BREUER MORENO, Pedro. Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio, Buenos Aires, Editorial Robis, pp. 351 y ss.), han sido acogidos por la jurisprudencia de este Tribunal, y que son del siguiente tenor:

1. La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.
2. Las marcas deben ser examinadas en forma sucesiva y no simultánea.
3. Debe tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existan entre las marcas.
4. Quien aprecie la semejanza deberá colocarse en el lugar del comprador presunto, tomando en cuenta la naturaleza de los productos o servicios identificados por los signos en disputa.

Finalmente, como ha señalado este Tribunal en anterior oportunidad, el consultante, en la comparación que efectúe de los signos "... *deberá considerar que, si bien el derecho que se constituye con el registro de un signo como marca cubre únicamente, por virtud de la regla de la especialidad, los productos identificados en la solicitud y ubicados en una de las clases del nomenclátor, la pertenencia de dos productos a una misma clase no prueba que sean semejantes, así como su pertenencia a distintas clases tampoco prueba que sean diferentes*". (Proceso N° 68-IP-2002, G.O.A.C. No. 876 de 18 de diciembre de 2002. Marca: AGUILA DORADA).



Por lo tanto, el consultante deberá tener en cuenta, de conformidad con el literal a) del artículo 83 de la Decisión 344, "... *que también se encuentra prohibido el registro del signo cuyo uso pueda inducir al público a error si, además de ser idéntico o semejante a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, tiene por objeto un producto semejante al amparado por la marca en referencia, sea que dichos productos pertenezcan a la misma clase del nomenclátor o a clases distintas*". (Proceso N° 68-IP-2002. Ibid.).

La doctrina de los autores Jorge Otamendi, Carlos Fernández-Novoa, Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, recoge algunos criterios que podrían conducir a establecer la similitud o la conexión competitiva entre los productos o servicios, tales como:

a) La inclusión de los productos o servicios en una misma clase del nomenclátor.

Esta regla tiene especial interés cuando se limita el registro a uno o varios de los productos o servicios de una clase del nomenclátor, perdiendo su valor al producirse el registro para toda la clase. En el caso de la limitación, la prueba para demostrar que entre los productos o servicios que constan en dicha clase no son similares o no guardan similitud para impedir el registro corresponde a quien alega.

b) Canales de comercialización.

Hay lugares de comercialización o expendio de productos o servicios que influyen escasamente para que pueda producirse su conexión competitiva, como sería el caso de las grandes cadenas o tiendas o supermercados en los cuales se distribuye toda clase de bienes y pasa desapercibido para el consumidor la similitud de un producto o servicio con otro. En cambio, se daría tal conexión competitiva, en tiendas o almacenes especializados en la venta de determinados bienes o en ciertos servicios que se ofrecen. Igual confusión se daría en pequeños sitios de expendio donde marcas similares pueden ser confundidas cuando los productos o servicios guardan también una aparente similitud.

c) Mismos medios de publicidad.

Los medios de comercialización o distribución tienen relación con los medios de difusión de

los productos y los servicios. Si los mismos productos o servicios se difunden por la publicidad general (radio, televisión o prensa) presumiblemente se presentaría una conexión competitiva o dichos productos y/o servicios serían competitivamente conexos. Por otro lado, si la difusión es restringida por medio de revistas especializadas, comunicación directa, boletines, mensajes telefónicos, etc, la conexión competitiva sería menor.

d) Relación o vinculación entre los productos o servicios.

Una relación entre los productos o servicios ofrecidos puede crear una conexión competitiva.

e) Misma finalidad.

Productos o servicios pertenecientes a diferentes clases pero que tienen similar naturaleza, uso o idénticas finalidades, pueden inducir a error o confusión.

IV. USO EXCLUSIVO DE LA MARCA

El registro del signo ante la Oficina competente, es el acto que otorga a su titular la exclusividad sobre la utilización del signo, la cual consiste básicamente en el derecho de oponerse a que terceros no autorizados por él hagan uso de la marca.

Es conocido que en la doctrina y en los diferentes ordenamientos jurídicos se conocen dos sistemas para la protección de un signo: el sistema declarativo, que protege a la marca únicamente por su uso; y, el sistema atributivo que confiere derecho al uso exclusivo sólo a raíz de la inscripción del signo en el respectivo registro.

El artículo 102 de la Decisión 344 de la Comisión, recoge el sistema atributivo; en el cual el derecho nace exclusivamente al registrarse el signo; ésto quiere decir, que goza de los derechos inherentes a la marca, quien la inscribe en el registro autorizado. Este registro le permite al titular de una marca, usarla exclusivamente y además le otorga el derecho de oponerse y de evitar que otro lo haga.

Los artículos 102 y 104 de la Decisión 344 cubren también el sentido de la exclusividad; al respecto este Tribunal ha dicho: "*la única forma*



de adquirir el derecho exclusivo y preferente sobre una marca es mediante el registro, acto que, según el sistema comunitario andino, es constitutivo y no declarativo de tal derecho.

Una vez registrada la marca, su titular adquiere el derecho al uso exclusivo el cual comporta la posibilidad de ejercerlo en forma positiva y la facultad de prohibir que otros lo utilicen sin su consentimiento o autorización (**ius prohibendi**).

Tres facultades específicas en cabeza del titular de una marca, se han identificado por la jurisprudencia y la doctrina como derivadas del derecho exclusivo conferido por el registro de la misma; ellas son:

- La de usarla en el producto o servicio para la que fue concedida, o sobre su envase o envoltorio; y además, la de interponer acciones judiciales o administrativas a fin de impedir que esos mismos usos puedan realizarse o ejecutarse por terceros sobre productos similares que ostentan signos iguales o semejantes a los suyos.
- La capacidad de comerciar los productos o servicios con identificación de su marca, que se complementa con la prohibición que puede lograr el titular para que terceros vendan productos o suministren servicios, bajo el amparo de un signo igual o similar.
- La posibilidad de que el titular utilice la marca en avisos publicitarios, impidiendo que terceros hagan lo propio con esa misma marca.

En resumen, conforme al sistema andino, la única forma de adquirir el derecho al uso exclusivo de la marca es por medio del registro, el cual le permite a su titular ejercer el **ius prohibendi** para impedir que terceros utilicen su marca, sin su expreso consentimiento, en bienes o servicios idénticos o similares, a tal extremo que pueda causar confusión al consumidor que es a quien protege, en esencia, el derecho marcario. El registro marcario confiere al titular de la marca, en el país de inscripción el derecho al uso exclusivo de la misma y el ejercicio del **ius prohibendi** con las limitaciones y excepciones establecidas por la ley comunitaria." (Proceso 33-IP-2000, G.O.A.C. N° 581 de 12 de julio del 2000, marca MAXMARA)

V. DE LA APLICACIÓN DE LA LEY COMUNITARIA EN EL TIEMPO.

En principio, y con el fin de garantizar el respeto a las exigencias de seguridad jurídica y de confianza legítima, la norma comunitaria de carácter sustancial no surte efectos retroactivos; por tanto, las situaciones jurídicas disciplinadas en ella se encuentran sometidas, en sí y en sus efectos, a la norma vigente al tiempo de su constitución. Y si bien la nueva norma comunitaria no es aplicable, salvo previsión expresa, a las situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a su entrada en vigencia, procede su aplicación inmediata a los efectos futuros de la situación nacida bajo el imperio de la norma anterior.

Este Tribunal en una de sus interpretaciones prejudiciales ha señalado que: "*Resulta oportuno para dilucidar los aspectos relativos a la aplicación de la ley comunitaria en el tiempo, precisar la terminología relacionada con este tipo de situaciones, así el profesor Marcial Rubio Correa señala que: 'Aplicación inmediata de una norma, es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigor y aquel en que es derogada o modificada; aplicación ultra activa de una norma, es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita, es decir, luego que termina su aplicación inmediata; aplicación retroactiva de una norma, es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata; y aplicación diferida de una norma es aquella que se hace cuando la norma expresamente ha señalado que deberá aplicarse en un momento futuro, que empieza a contarse después del momento en que entre en vigencia'* (RUBIO, Marcial. Título Preliminar. Para Leer el Código Civil, vol. III. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima: 1988. p. 57 y ss).

El problema de aplicación de las normas en el tiempo supone una disyuntiva entre la seguridad jurídica y la innovación legislativa. Por tal motivo, para solucionar esta contrariedad, la teoría jurídica brinda diversas posibilidades, entre las que destacan dos:



- *La teoría de los derechos adquiridos que se apoya en la seguridad jurídica que debe otorgar todo sistema jurídico. Se entiende por derechos adquiridos aquellos que han entrado en el dominio de su titular y que no pueden ser modificados por normas posteriores, porque se estaría haciendo aplicación retroactiva de ellas.*
- *La teoría de los hechos cumplidos que se basa en el carácter innovador de las normas. Se prefiere aquí la aplicación inmediata de las normas antes que la ultra actividad de las normas derogadas. Para ello se parte del hecho que las leyes posteriores deben suponerse mejores que las anteriores.*

El profesor Luis Enrique Farías Mata con relación a la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 344, señala que: ‘... aquella reposa sobre dos principios fundamentales: de una parte, como regla, el inveterado respecto a los derechos adquiridos; acompañado, de otra parte, por las naturales restricciones que todo derecho comporta en beneficio del interés general o colectivo, en el caso, el interés comunitario’ (FARIAS MATA, Luis Enrique. La Primera Disposición Transitoria de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, en la Revista Iuris Dictio, Vol 1, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2000, p. 58).

Este Tribunal ha señalado que ‘... la Disposición en referencia contempla la aplicabilidad inmediata, de la norma sustancial posterior, a los efectos futuros del derecho nacido bajo la vigencia de la norma anterior, pues dispone que, en cambio, se aplicará la Decisión 344 al uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prorrogas de tal derechos (sic)... A la vez, si el ius superveniens se halla constituido por una norma de carácter procesal, ésta se aplicará, a partir de su entrada en vigencia, a los procedimientos por iniciarse o en curso. De hallarse en curso el procedimiento, la nueva norma se aplicará inmediatamente a las actividades procesales pendientes y o, salvo previsión expresa, a las ya cumplidas (PROCESO 38-IP-2002. MARCAS: PREPAC OIL, SISTEMA PREPAC Y PREPAC, G.O.A.C No. 845 de 1 de octubre de 2002).’ (Proceso 44-IP-2002, G.O.A.C. N° 945 de 14 de julio de 2003. Marca: BELMONT EXTRA SUAVE (ETIQUETA)).

Consecuentemente, **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,**

CONCLUYE:

Primero: Un signo para ser registrado como marca debe reunir los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica establecidos por el artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Además es necesario que la marca no esté comprendida en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344.

Segundo: En la comparación entre signos mixtos, el elemento predominante en el conjunto marcario generalmente es el denominativo, vista su relevancia para que el público consumidor identifique la marca y distinga el producto o servicio, lo que no obsta para que, por su tamaño, color y ubicación, el elemento gráfico pueda ser el decisivo.

Tercero: No son registrables los signos que en relación con derechos de terceros sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, y que estén destinadas a amparar productos o servicios idénticos o semejantes, de modo que puedan inducir a los consumidores a error.

Cuarto: El riesgo de confusión entre los signos confrontados en el presente caso, se deducirá con posterioridad a la realización del examen comparativo, en el que se deberán considerar los criterios aportados por la doctrina y la jurisprudencia, y los que han sido desarrollados en esta interpretación prejudicial.

Quinto: El derecho al uso exclusivo de la marca se lo adquiere gracias al registro que otorga la oficina nacional competente. La marca que se desea registrar, no puede generar con-



fusión con relación a los bienes o servicios distinguidos por una marca debidamente inscrita, o solicitada anteriormente, la cual goza de la protección legal conferida por el registro, y por tanto, otorga a su titular el derecho de hacer uso exclusivo de ella.

Sexto: En principio, y con el fin de asegurar el respeto a las exigencias de seguridad jurídica, la norma comunitaria de carácter sustancial no surte efectos retroactivos; por tanto, las situaciones jurídicas concretas se encuentran sometidas, a la norma vigente al tiempo de su constitución. Y si bien la nueva norma comunitaria no es aplicable, a las situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a su entrada en vigencia, procede su aplicación inmediata a los efectos futuros de la situación jurídica nacida bajo el imperio de la norma anterior.

La Disposición Transitoria Primera de la Decisión 486, señala que todo derecho de propiedad industrial, válidamente otorgado de conformidad con la normativa anterior, se regirá por la normativa aplicable al momento de su otorgamiento. Sin embargo se aplicará la Decisión 486, en lo relativo al plazo de vigencia, uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas de tal derecho.

Para aquellos procedimientos en trámite en las etapas que aun no se hubiesen cumplido a la fecha de entrada en vigencia de esta Decisión, se aplicará la Decisión vigen-

te, en cambio para aquellas etapas que ya se hubieran cumplido se aplicará la Decisión anterior.

De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal, el Juez Nacional Consultante, al emitir el respectivo fallo, deberá adoptar la presente interpretación dictada con fundamento en las señaladas normas del ordenamiento jurídico comunitario. Deberá así mismo, dar cumplimiento a las prescripciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 128 del vigente Estatuto.

Notifíquese al Consultante mediante copia certificada y sellada de la presente interpretación, la que también deberá remitirse a la Secretaría General de la Comunidad Andina a efectos de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE (E)

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO a.i.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- *La sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. CERTIFICO.-*

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO a.i.

**PROCESO N° 92-IP-2004**

Interpretación prejudicial de la disposición prevista en el artículo 135, literal e, de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, e interpretación de oficio de los artículos 134 y 135, literales a) y b) *eiusdem*. Parte actora: INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY. Caso: denominación “UNIVERSIDAD VIRTUAL”. Expediente N° 2002-00422 (8520).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. San Francisco de Quito, primero de septiembre del año dos mil cuatro.

VISTOS

La solicitud de interpretación prejudicial de la disposición prevista en el “Artículo 135, literal e), de la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena (sic)”, formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, por órgano de su Consejera Ponente, Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, y recibida en este Tribunal en fecha 10 de agosto de 2004; y,

El informe de los hechos que el solicitante considera relevantes para la interpretación, y que, junto con los que derivan de autos, son del tenor siguiente:

1. Demanda**1.1. Cuestión de hecho**

El consultante informa que, en fecha 22 de mayo de 2001, el INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY “presentó solicitud de registro de la marca UNIVERSIDAD VIRTUAL (NOMINATIVA)”; que la solicitud “fue objeto de rechazo mediante la Resolución No 02274 de 30 de enero de 2002, por considerar que dicha marca se encuentra incurso en la causal de irregistrabilidad del literal e) del artículo 135 de la Decisión 486 ... es decir, por ser eminentemente descriptiva”; y que “se interpusieron los respectivos recursos de Reposición y de Apelación ... los cuales se resolvieron a través de las Resoluciones 08669 de 20 de marzo de 2002 y 17170 de 31 de mayo de 2002, en la cuales (sic) se confirmó la decisión contenida en la Resolución 02274 de 30 de enero de 2002”.

Del texto de la Resolución 02274, de 30 de enero de 2002, se desprende que fue solicitado el registro de la denominación UNIVERSIDAD VIRTUAL, “para distinguir: Educación, formación; esparcimiento; actividades deportivas y culturales, academias (educación); organización y dirección de conferencias y congresos; enseñanza por correspondencia; cursos por correspondencia; información en materia de educación; enseñanza; exámenes pedagógicos; instrucción (enseñanza); préstamo de libros; publicación de libros; organización de concursos; organización y dirección de seminarios; organización y dirección de simposiums; organización y dirección de talleres de formación; organización de exposiciones con fines culturales o educativos. Servicios de la clase 41 de la Clasificación Internacional de Niza”.

1.2. Cuestión de derecho

Según el consultante, el actor denuncia la violación del artículo 135, literal e, de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, por considerar que “Se negó el registro de la marca UNIVERSIDAD VIRTUAL, argumentando que la expresión es descriptiva de los servicios de la clase 41 internacional, sin tener en cuenta que la expresión en cita no responde a ninguna de las características propias de los servicios que se pretenden amparar, es decir, esparcimiento, actividades deportivas y culturales, académicas, organización y dirección de seminarios, información en materia de educación, etc.”; y que “La Superintendencia hizo una interpretación errada de la norma, ya que no tuvo en cuenta que lo descriptivo para efectos de la registrabilidad, se da cuando dicha característica o información es ‘propia’ de alguno de los servicios de la clase 41 internacional; en otras palabras, el signo descriptivo solo es dable cuando (sic) la referencia se hace manifestando características u otras informaciones propias del pro-



ducto o servicio de que se trate. En este caso, lo virtual no es una característica 'propia' del servicio que se pretende proteger. Y en el caso que nos ocupa, lo virtual no es característica 'propia' de alguno de los servicios de la clase 41 internacional".

Por su parte, el actor agrega en su demanda que "... lo virtual no es una característica 'propia' de alguno de los servicios de la clase 41 internacional, incluso no es propia de la educación. Es posible que EVOQUE que se trata de una educación no presencial ... 'NO PRESENCIAL' sería el término verdaderamente descriptivo. La irregistrable, sería la expresión UNIVERSIDAD NO PRESENCIAL ... No cabe duda que la expresión UNIVERSIDAD VIRTUAL es un término evocativo, y las marcas evocativas sí son registrables"; que "el término UNIVERSIDAD VIRTUAL de manera 'propia' y 'directa' no describe los servicios, de educación, de publicación de libros, de organización de eventos académicos, y ningún otro de la clase 41 internacional, aunque evoque la forma de prestar algunos de ellos"; que "el hecho de que en la actualidad, en la educación se haga uso de tecnologías de la información como el Internet y la multimedia, no significa que las 'tecnologías de la información', el 'Internet' y la 'multimedia' sean sinónimos de 'VIRTUAL'. El término virtual tiene una concepción mas (sic) amplia, que no describe a la educación, ni a la universidad"; que "no podemos afirmar como hacen las resoluciones demandadas, que UNIVERSIDAD VIRTUAL, responde a la pregunta cómo es el servicio, o cuál es el servicio, pues la respuestas (sic) serían: que el servicio es educación, o es publicación de libros, o es la organización de eventos académicos o cualquier otro de los citados en la solicitud, y que el servicio puede ser entre otras modalidades, una educación interactiva por satélite, o educación a distancia, o educación no presencial"; que "lo que es descriptivo es el 'Sistema de Educación Interactiva por Satélite'. La expresión UNIVERSIDAD VIRTUAL, es como ya hemos insistido, una evocación del servicio"; que "para que la expresión sea genérica o descriptiva se requiere que sea la forma habitual o común de designar o describir al servicio"; y que "Revisadas varias páginas web, de universidades se encontró que no existe promocionado un servicio denominado 'Universidad Virtual' aunque muchos de los servicios que prestan sean de educación a distancia".

2. Contestación a la demanda

El apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio alega, en su escrito de contestación a la demanda, que "la expresión UNIVERSIDAD VIRTUAL tiene una relación directa con los servicios que pretende identificar, cuales son educación, formación, esparcimiento, actividades deportivas y culturales, servicios estos que presta toda universidad, calificando por demás la forma en que se han de prestar, es decir, virtualmente. De este modo, no es cierto que se requiera de una elaboración mental para relacionar la marca con el servicio y sus características particulares, dado que se presenta una asociación inmediata y directa entre el nombre y el servicio, así como la forma en que se ha de prestar"; que "Mediante el signo UNIVERSIDAD VIRTUAL se informa a los consumidores acerca de las características de los servicios que los hace no presenciales a través de la utilización de la tecnología y que, cabe precisar, no son exclusivas de los servicios prestados por la parte demandante"; que "la idea que encierra el término UNIVERSIDAD VIRTUAL se relaciona directamente con los servicios y sus características, que se reitera no son exclusivos del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, en consecuencia, no apropiables por éste ... conceder el derecho al uso exclusivo de la marca UNIVERSIDAD VIRTUAL privaría a los demás empresarios dedicados a las actividades propias del sector de la utilización de esta expresión concediendo al titular del registro 'ventaja sobre los demás, de otra parte se facilitaría ilegalmente la usurpación de un término de libre uso' "; que "el término UNIVERSIDAD VIRTUAL es descriptivo, por cuanto describe los servicios que pretende distinguir y el consumidor puede inferir en forma directa e inmediata a que servicios se refiere, básicamente a los de educación y formación que conforman la misión de la Universidad Virtual, de acuerdo con el documento presentado por el actor, anexo a la demanda, en el cual se narra la historia de la misma y se define su misión ..."; y que "contrario a lo afirmado por el demandante, varias universidades, entre otras, **la Universidad Nacional de Colombia, la Universidad de Occidente, la Pontificia Universidad Javeriana y la Universidad Antonio Nariño**, promocionan su servicio como 'UNIVERSIDAD VIRTUAL', así se evidencia en la búsqueda realizada a través de la página de internet del buscador Google, de la cual adjunto una impresión".



CONSIDERANDO

Que la norma cuya interpretación se solicita es el "Artículo 135, literal e), de la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena (sic)";

Que, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 1, literal c, del Tratado de Creación del Tribunal (codificado mediante la Decisión 472), la norma cuya interpretación se solicita forma parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;

Que, a tenor de la disposición contemplada en el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal, en correspondencia con lo establecido en los artículos 4, 121 y 2 de su Estatuto, este Tribunal es competente para interpretar por vía prejudicial las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;

Que, de conformidad con la disposición indicada en el artículo 125 del Estatuto, y según consta en la providencia que obra al folio 165 del expediente, la presente solicitud de interpretación prejudicial fue admitida a trámite; y,

Que, una vez examinada la aplicabilidad de la norma sometida a consulta, correspondiente al artículo 135, literal e, de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, así como los elementos documentales remitidos junto con la solicitud, y tomando en cuenta la fecha de introducción de la solicitud de registro de la denominación "UNIVERSIDAD VIRTUAL" como marca, el Tribunal encuentra procedente su interpretación; asimismo, con fundamento en la potestad que deriva del artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal, procederá a interpretar de oficio las disposiciones previstas en los artículos 134 y 135, literales a) y b) *eiusdem*.

Los textos de las disposiciones a interpretar son del tenor 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".*

"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;*

(...)

e) *consistan exclusivamente en un signo o indicación que pueda servir en el comercio para describir la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de producción u otros datos, características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales ha de usarse dicho signo o indicación, incluidas las expresiones laudatorias referidas a esos productos o servicios;*

(...)

No obstante lo previsto en los literales b), e), f), g) y h), un signo podrá ser registrado como marca si quien solicita el registro o su causante lo hubiese estado usando constantemente en el País Miembro y, por efecto de tal uso, el signo ha adquirido aptitud distintiva respecto de los productos o servicios a los cuales se aplica".



I. La marca y sus elementos constitutivos. Requisitos de un signo para ser registrado como marca. La distintividad derivada del uso previo del signo.

De conformidad con la disposición prevista en el artículo 134 de la Decisión 486, se entiende por marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. El registro de un signo como marca tiene por objeto la tutela del interés de su titular, otorgándole un derecho exclusivo sobre aquél, y la del interés general de los consumidores o usuarios a quienes se halla destinado, garantizándoles, sin riesgo de confusión o de asociación, el origen empresarial y la calidad del producto o servicio a que se refiera. En definitiva, la marca procura garantizar la transparencia en el mercado.

Según la enumeración no exhaustiva de la disposición citada, podrán constituir marca los signos integrados por letras, números o palabras, los gráficos, sonidos u olores, el color delimitado por una forma o una combinación de colores, y la forma, envases o envolturas de los productos, así como la combinación de tales signos entre sí. Esta enumeración cubre los signos denominativos, gráficos y mixtos, pero también los tridimensionales, así como los sonoros y olfativos, lo que revela el propósito de extender el alcance de la noción de marca. Como se ha indicado en la doctrina, "... cabe afirmar que los signos distintivos, las marcas, pueden percibirse por la vista, por el oído o por el olfato" (BERCOVITZ, Alberto: *"Apuntes de Derecho Mercantil"*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra - España, 2003, p. 465).

Ahora bien, el registro de un signo como marca se encuentra expresamente supeditado a que éste sea distintivo y susceptible de representación gráfica. Dicho registro, sin embargo, no se verá impedido por la naturaleza del producto o servicio a que haya de aplicarse aquél. En la doctrina se sostiene, por otra parte, que "... es un acierto del artículo 134 no exigir expresamente el requisito de la perceptibilidad, porque ya está implícito en el propio concepto de marca como bien inmaterial y en el principal de sus requisitos, que es la aptitud distintiva" (OTERO LASTRES, José Manuel: *"Régimen de Marcas en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena"*, Revista Jurídica del Perú. Junio, 2001, p. 132).

En consecuencia, a los efectos de su registro, y de conformidad con el artículo 135, literal a, de

la Decisión 486, el signo deberá ser apto para identificar y distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de otros idénticos o similares, con el objeto de que el consumidor o usuario los valore, diferencie y seleccione, sin riesgo de confusión o de asociación en torno a su origen empresarial o a su calidad.

La aptitud distintiva es pues, junto con la naturaleza de signo de la marca, uno de sus elementos constitutivos, así como un requisito esencial para su registro. Esta exigencia se expresa también a través de la prohibición contemplada en el artículo 135, literal b, de la Decisión en referencia, según la cual no podrán registrarse como marcas los signos que carezcan de distintividad.

En la jurisprudencia europea se destaca que el carácter distintivo de una marca ha de apreciarse, por una parte, en relación con los productos o servicios para los que se ha solicitado el registro y, por otra, en relación con la percepción del público al que va dirigida, y que está formado por el consumidor de dichos productos o servicios; que "no es necesario que la marca permita que el público al que va dirigida identifique al fabricante del producto o al prestador del servicio, transmitiéndole una indicación concreta de su identidad", pues "la función esencial de la marca consiste en garantizar al consumidor o al usuario último el origen del producto o del servicio designado por la marca" (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 7 de febrero de 2002, asunto T-88/00); y que cuando los productos designados en la solicitud de registro van destinados a los consumidores en general, "se supone que el público correspondiente es un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. No obstante, ha de tenerse en cuenta la circunstancia de que el consumidor medio debe confiar en la imagen imperfecta que conserva en la memoria. Procede, igualmente, tomar en consideración el hecho de que el nivel de atención del consumidor medio puede variar en función de la categoría de productos contemplada ..." (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 25 de septiembre de 2002, asunto T-136/00).

En definitiva, se trata de analizar "si la marca solicitada permitirá que el público correspondiente distinga los productos o servicios desig-



nados con dicha marca de los que tengan otro origen comercial cuando tenga que elegir al adquirir tales productos u obtener tales servicios" (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, del 2 de julio de 2002, asunto T-323/00).

Por otra parte, si bien la inscripción en el registro, visto su efecto constitutivo, configura el único modo de adquisición de la marca y del derecho a su uso exclusivo, el signo puede alcanzar aptitud distintiva, en relación con el producto o servicio a que se refiera, como consecuencia de su uso constante y, en tal caso, hacerse registrable. Así se desprende del tenor del artículo 135, último párrafo, según el cual un signo podrá ser registrado como marca si, a pesar de no ser distintivo *ab initio*, o de ser descriptivo, o genérico, o común o usual, o de consistir en un color no delimitado por una forma específica, quien solicita el registro, o su causante, lo hubiese estado usando constantemente en el País Miembro y, por efecto de tal uso, el signo hubiese adquirido aptitud distintiva respecto de los productos o servicios a los cuales se aplica. En la doctrina se explica que "un término originariamente genérico puede llegar a dejar de serlo y adquirir el carácter distintivo típico de una marca. Es el supuesto conocido en el Derecho norteamericano como de adquisición por el término genérico de un 'secondary meaning' (significado secundario) que confiere al signo el carácter distintivo propio de la marca" (BERCOVITZ, Alberto; op.cit., p. 471).

En el orden comunitario, se trata de una excepción que, de configurarse en los términos señalados, hace posible la inscripción de signos inicialmente impedidos de la tutela registral por carecer de aptitud distintiva. La inscripción de este tipo de signos presupone que su distintividad hubiese sido adquirida mediante su uso previo a la solicitud de registro, visto que de conformidad con la disposición citada, es el solicitante quien, a los efectos de obtener el registro del signo, deberá haber estado usándolo constantemente en el País Miembro. Queda entendido que, en primer lugar, el solicitante deberá acreditar el uso reiterado y real del signo en el mercado. El uso real implica la actividad comercial de venta del producto o de comercialización del servicio, toda vez que la actividad únicamente publicitaria no es demostrativa de la disponibilidad del producto o del servicio en el mercado. Y en segundo lugar, el solicitante deberá acreditar que el

sector de los consumidores o usuarios correspondientes del País Miembro, en un número importante, reconocen el signo como distintivo del producto o del servicio de que se trate y, por tanto, como indicador de su origen empresarial y de su calidad.

La susceptibilidad de representación gráfica, es decir, la aptitud del signo para ser expresado mediante una imagen o por escrito, es un requisito para su registro, ya que el signo ha de percibirse por los sentidos y retenerse por la memoria. En efecto, el artículo 134 de la Decisión 486 establece que podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica, por lo que, en caso contrario, el signo será irregistrable. En consecuencia, si un signo sonoro u olfativo, además de poseer aptitud distintiva, es representable gráficamente, podrá ser registrado como marca, aunque dicha representación sea sólo de alcance artístico, técnico o lingüístico.

II. De los signos descriptivos

El signo descriptivo guarda relación directa con el producto o servicio que constituye su objeto: en efecto, informa exclusivamente acerca de la especie, calidad, cantidad, destino, valor, lugar de origen, época de producción, características u otros datos del correspondiente producto o servicio, pero no informa acerca de su origen empresarial, por lo que no será apto para desempeñar la función principal de la marca. Y si las características sobre las que informa son comunes a otros productos o servicios del mismo género, el signo no será distintivo y, en consecuencia, a tenor de la prohibición contemplada en el artículo 135, literal e, de la Decisión 486, no podrá ser registrado. El fundamento de la prohibición viene dado por el interés de los consumidores y de los empresarios en la libre disposición de elementos que forman parte del vocabulario común. De llevarse a cabo, el registro del signo descriptivo conferiría a su titular un monopolio contrario a las reglas de la libre competencia.

Para juzgar sobre si un signo es descriptivo procede interrogarse en torno a cómo es el producto o servicio amparado por el signo que se pretende registrar: si la respuesta consiste en la designación del producto o servicio "... habrá lugar a establecer la naturaleza descriptiva de la denominación" (Sentencias dictadas en



los expedientes Nos. 03-IP-95, publicada en la G.O.A.C. N° 189, del 15 de septiembre de 1995, caso "TUTTI FRUTI S.A."; y 27-IP-95, publicada en la G.O.A.C. N° 257, del 14 de abril de 1997, caso "EXCLUSIVA"). Y es que se trata de determinar si el público consumidor o usuario percibe, por intermedio del signo, una relación directa con la designación del producto o servicio de que se trate, o con una de sus características relevantes.

Importa destacar a este propósito que "La descripción del objeto o del servicio a que se refiere un signo o una denominación para que impida el registro debe referirse a una de sus cualidades primarias o esenciales, lo que implica que el consumidor al divisar o escuchar la marca reconozca el producto o servicio que lo protege ... Con sentido opuesto, la descripción o la designación de una cualidad o elemento secundario o accidental del bien, no impide la registrabilidad de un signo. Los términos que son utilizados generalmente como signos descriptivos están constituidos por el uso adjetivado de un sustantivo, los adjetivos y los adverbios que se refieren a la descripción de un bien o servicio" (Sentencia dictada en el expediente N° 20-IP-96, publicada en la G.O.A.C. N° 291, del 31 de septiembre de 1997, caso "EXPOVIVIENDA").

Hay que tener presente asimismo que sólo se denegará el registro si el signo está compuesto exclusivamente por indicaciones descriptivas o no distintivas. Por tanto, si una o varias indicaciones le otorgan carácter distintivo al conjunto, éste podrá ser registrado, pero el titular no podrá reivindicar el uso exclusivo de las que fueren puramente descriptivas. El Tribunal se ha manifestado sobre este particular en los términos siguientes: "un signo consistente 'exclusivamente' de elementos propiamente genéricos o descriptivos pueden constituir marca si el conjunto marcario o su combinación resulta distintivo. Esta posibilidad se encuentra configurada en el literal d) del artículo 82 de la Decisión 344 cuando emplea el término 'exclusivamente' al referirse a las marcas descriptivas" (Sentencia dictada en el expediente N° 12-IP-96, publicada en la G.O.A.C. N° 265, del 16 de mayo de 1997, caso "MARGARINA EXCLUSIVA"). A este supuesto cabe agregar el ya examinado sobre la registrabilidad del signo descriptivo, a causa de su aptitud distintiva respecto de los productos o servicios a los cuales se aplica, derivada dicha

aptitud del uso constante del signo en un País Miembro.

III. De los signos evocativos

Por último, cabe hacer referencia, en el ámbito de los signos denominativos, al signo evocativo, es decir, al que sugiere en el consumidor o en el usuario ciertas características, cualidades o efectos del producto o servicio, exigiéndole hacer uso de la imaginación y del entendimiento para relacionar aquel signo con este objeto.

El Tribunal ha declarado a este respecto que "Las marcas evocativas o sugestivas no hacen relación directa e inmediata a una característica o cualidad del producto como sucede en las marcas descriptivas. El consumidor para llegar a comprender qué productos o servicios comprende la marca debe utilizar su imaginación, es decir, un proceso deductivo entre la marca o signo y el producto o servicio" (Sentencia dictada en el expediente N° 20-IP-96, ya citada).

Se ha observado finalmente que, si bien las marcas evocativas no son tan distintivas como las de fantasía o las arbitrarias, requieren de cierta imaginación, pensamiento o percepción para alcanzar una idea sobre la naturaleza de los bienes o servicios (<http://www.bitlaw.com/trademark/degrees.html#fanciful>).

Así pues, el signo evocativo, a diferencia del descriptivo, cumple la función distintiva de la marca y, por tanto, es registrable.

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

CONCLUYE

1º Cualquier signo integrado por letras, números o palabras, gráficos, sonidos u olores, un color delimitado por una forma o una combinación de colores, la forma, envases o envolturas de los productos, así como su combinación, podrá ser registrado como marca si es apto para distinguir en el mercado los productos o servicios que constituyan su objeto, y si es susceptible de representación gráfica. El registro no se verá impedido por la naturaleza del producto o del servicio a que haya de aplicarse el signo. Éste, en cambio, no será registrable como marca si se en-



cuentra incurso en una cualquiera de las prohibiciones establecidas en los artículos 135 y 136 de la Decisión 486, salvo la excepción prevista en el citado artículo 135, último párrafo.

- 2° Por excepción a la prohibición de registro del signo que no sea distintivo *ab initio*, o que sea descriptivo, o genérico, o común o usual, o que consista en un color no delimitado por una forma específica, el signo en cuestión podrá ser registrado como marca si el solicitante, o su causante, lo hubiese estado usando constantemente en un País Miembro, y si, por efecto de tal uso, el signo hubiese adquirido aptitud distintiva respecto de los productos o servicios a los cuales se aplica.

En este caso, el solicitante deberá acreditar el uso reiterado y real del signo en el mercado, así como el hecho del reconocimiento del signo, en tanto que distintivo del producto o del servicio que constituya su objeto, por parte del sector de los consumidores o usuarios correspondientes en el País Miembro.

- 3° El signo descriptivo no es distintivo y, por tanto, no será registrable como marca, si se limita exclusivamente a informar al consumidor o al usuario acerca de las características u otros datos del producto o servicio de que se trate, comunes a otros productos o servicios del mismo género. Si una o varias indicaciones otorgan carácter distintivo al conjunto, éste podrá ser registrado, pero el titular no podrá reivindicar el uso exclusivo de las que fueren puramente descriptivas.

- 4° En el ámbito de los signos denominativos, el evocativo sugiere en el consumidor o en el usuario ciertas características, cualidades o efectos del producto o servicio, exigiéndole hacer uso de la imaginación y del entendimiento para relacionar aquel signo con este objeto. A diferencia del descriptivo, el evoca-

tivo cumple la función distintiva de la marca y, por tanto, es registrable.

A tenor de la disposición prevista en el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal, el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, deberá adoptar la presente interpretación en la sentencia que pronuncie y, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 128, tercer párrafo, del Estatuto del Tribunal, deberá remitir dicha sentencia a este órgano jurisdiccional.

Notifíquese la presente interpretación mediante copia certificada y sellada, y remítase también copia a la Secretaría General de la Comunidad Andina, para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Walter Kaune Arteaga
PRESIDENTE

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO a.i.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- *La sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. CERTIFICO.-*

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO a.i.



