



SUMARIO

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Pág.

Proceso 120-AI-2003.-	Acción de Incumplimiento instaurada por la Secretaría General de la Comunidad Andina en contra de la República Bolivariana de Venezuela, por incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación de este Tribunal, y de la Resolución 240 de la mencionada Secretaría General	1
Proceso 132-AI-2003.-	Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela, alegando incumplimiento de los artículos 75 del Acuerdo de Cartagena y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al incluir en el cálculo de la base imponible del Impuesto al Valor Agregado (IVA) el arancel aduanero del cual están exentas las importaciones originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina	13
Proceso 156-IP-2004.-	Interpretación Prejudicial de las disposiciones previstas en los artículos 56 y 58, literal f), de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y del segundo párrafo del artículo 95 de la Decisión 344, solicitada por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, e interpretación de oficio de los artículos 58, literal g), 65 y 66 de la Decisión 85, y de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 344. Parte actora: sociedad BON BRIL S.A. Caso: marca "BRIO". Expediente Interno N° 2558 ED	29
Proceso 158-IP-2004.-	Interpretación Prejudicial de las disposiciones previstas en los artículos 81, 83, literal a), y 95 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, con fundamento en la solicitud formulada por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador. Parte actora: EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A. Caso: denominación "123.COM". Expediente Interno N° 9177 ML	38

PROCESO 120-AI-2003

Acción de incumplimiento instaurada por la Secretaría General de la Comunidad Andina en contra de la República Bolivariana de Venezuela, por incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación de este Tribunal y, de la Resolución 240 de la mencionada Secretaría General.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en la acción de incumplimiento planteada por la Secretaría General de la Comunidad Andina en contra de la República Bolivariana de Venezuela, a los trece días del mes de enero del año dos mil cinco.

VISTOS:

La comunicación SG-C/0.5/1914/2003, suscrita por el Titular de la Secretaría General de la Comunidad Andina y, recibida por este Organismo Jurisdiccional el 27 de octubre del año 2003,



mediante la cual solicita del Organismo, que "...declare expresamente que el Gobierno de Venezuela, al no otorgar los permisos fitosanitarios de importación para el ingreso de champiñones frescos procedentes de Colombia, dentro del plazo establecido por la Resolución 240, ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina..." en particular, del artículo 4 del Tratado de Creación de este Tribunal y, de la Resolución 240 de la mencionada Secretaría General.

El auto del 19 de noviembre del año dos mil tres, a través del cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina admitió a trámite la demanda y ordenó su notificación a la parte demandada, la República Bolivariana de Venezuela, representada por el Titular del Ministerio de la Producción y el Comercio.

La contestación a la demanda consignada en el oficio N° 0137, de 30 de enero del 2004, cuyo original fue recibido el 6 de febrero del mismo año, por medio del cual la parte demandada manifiesta que procede, a su vez, "...a DEMANDAR LA NULIDAD ABSOLUTA del Dictamen de Incumplimiento 05-2002, contenido en la Resolución 612, de 8 de abril del 2002...", que sirve de fundamento a la acción; así como a solicitar del Tribunal, que "...DECLARE LA NULIDAD DEL PROCESO DE INCUMPLIMIENTO 120-AI-2003...".

El auto de 10 de marzo del año dos mil cuatro, por el cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina decidió tener por contestada la demanda y como parte demandada a la República Bolivariana de Venezuela, representada por el señor Wilmar Alfredo Castro Soteldo, Ministro de la Producción y el Comercio de ese país. Auto en el que, además, el Organismo resolvió tener por presentadas las pruebas documentales aportadas por las partes y no admitir la reconvencción interpuesta por el País Miembro demandado, considerando que dicha pretensión no es susceptible de ser tramitada con tal carácter dentro de un proceso originado en acción de incumplimiento, por corresponder a acciones de naturaleza distinta, sujetas a procedimientos también diferentes, de acuerdo a lo previsto por el artículo 59 del Estatuto del Tribunal. En el mismo auto, finalmente, el Órgano Jurisdiccional decidió poner en conocimiento de la Secretaría General de la Comunidad Andina el pedido sobre nulidad del proceso de incumplimiento

120-AI-2003, formulado por la República Bolivariana de Venezuela, fijando el término de 10 días continuos para que se pronuncie al respecto.

La respuesta dada por el mencionado Órgano, dentro de término, mediante comunicación SG-C/0.5/635/2004 de 25 de marzo del 2004, cuyo original fue recibido el 29 del mismo mes.

El auto de 14 de abril del 2004, con el cual este Tribunal desestimó la solicitud formulada por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, en el sentido de que se declare la nulidad del proceso de incumplimiento 120-AI-2003, por considerar que del expediente respectivo aparecen formalmente cumplidos los trámites previos exigidos para la procedencia de la acción judicial interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina; auto en el que decidió, además, convocar a las partes en esta causa, a Audiencia Pública a celebrarse el día jueves 24 de junio del 2004, a las diez horas.

El auto del 23 de junio del 2004, por medio del cual fueron señalados nuevo día y hora para la realización de la referida Audiencia Pública, la misma que fue finalmente fijada para el día 12 de agosto del 2004, a las diez horas.

La Audiencia Pública celebrada en la fecha establecida, las intervenciones de las partes en esa diligencia, así como los escritos sobre conclusiones presentados de conformidad con el procedimiento reglado.

El auto del 15 de septiembre del 2004, con el cual este Tribunal decidió solicitar, de oficio, al Ministerio de Comercio Exterior de la República de Colombia, un informe escrito que determine, por número y fecha, cuáles de los permisos fitosanitarios de importación para el ingreso de champiñones frescos procedentes de Colombia, cuyas solicitudes obran de autos, no fueron otorgados por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, dentro del plazo previsto en la Resolución 240.

El informe que en atención al referido auto presentara el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia, contenido en el oficio DIE-1004, fechado el 14 de octubre del 2004, cuyo original fue recibido por el Tribunal el 21 de los mismos mes y año junto con sus anexos; así como los demás documentos que obran del proceso.



Tomando en consideración:

1. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda

Presentó la demanda la Secretaría General de la Comunidad Andina, aduciendo el incumplimiento de obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la mencionada Comunidad, en el que habría incurrido y persistido la República Bolivariana de Venezuela, a pesar de la emisión del dictamen 05-2002, contenido en la Resolución 612, de 8 de abril del 2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 780, de 9 de abril del 2002. El aludido incumplimiento de obligaciones imputado al Gobierno de Venezuela se origina, según así se expresa, en su renuencia al otorgamiento de permisos fitosanitarios para la importación de champiñones frescos procedentes de Colombia, dentro del plazo establecido por la Resolución 240, desacatando lo previsto en el artículo 4 del Tratado de Creación de este Tribunal de Justicia.

La demanda fue presentada por el Doctor Guillermo Fernández de Soto, actuando, según ha sido acreditado, en calidad de Secretario General de la Comunidad Andina, elegido mediante Decisión 530 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, aprobada el 7 de julio del 2002 y, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 814, de 9 de esos mismos meses y año.

Fundamentos de hecho

1. El 17 de junio de 1999, la Secretaría General emitió la Resolución 240 que contiene el Reglamento Andino relativo a los Permisos Fitosanitarios de Importación, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 449, de 18 de junio de 1999.
2. El 7 de septiembre del 2001, el Ministerio de Desarrollo Económico de Colombia dio a conocer a la Secretaría General, el reclamo de la empresa Setas Colombianas S.A. contra el Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (SASA), de la República Bolivariana de Venezuela, por la demora en la expedición de permisos fitosanitarios para la importación de champiñones frescos procedentes de Colombia.
3. El 18 de septiembre del 2001, el mismo Ministerio informó a la Secretaría General, que el SASA habría suspendido indefinidamente el otorgamiento de permisos fitosanitarios para la importación del mencionado producto procedente de Colombia, tal como se desprende, según se afirma, de las denuncias presentadas por la empresa Inversiones Graxalta C.A.
4. El 20 de septiembre también del 2001, la Secretaría General cursó al Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, el fax SG-F/4.2.1/01816/2001, en el cual le solicitó que informara, en el plazo de 15 días, sobre la supuesta falta de despacho de los citados permisos fitosanitarios, dando así inicio a la investigación correspondiente.
5. El 23 de noviembre del mismo año, la Secretaría General dirigió al Gobierno de Venezuela, la nota de observaciones SG-F/1.8/02161/2001, dándole a conocer el contenido de las denuncias y reclamos por ella recibidos y, señalándole que estaría incurriendo en un incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, en particular, del artículo 4 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de los artículos 1 y 3 de la Resolución 240. Mediante dicha nota de observaciones se le concedió a dicho Gobierno un plazo de diez días para su respuesta.
6. El 9 de abril del 2002, una vez vencido el indicado plazo sin haber sido recibida la respuesta solicitada, la Secretaría General emitió pronunciamiento, mediante Resolución 612 que contiene el dictamen 05-2002 de incumplimiento en contra del mencionado País Miembro, al no otorgar permisos fitosanitarios de importación para el ingreso de champiñones frescos procedentes de Colombia, dentro del plazo señalado en la normativa andina.
7. El 10 de marzo del 2003, mediante fax SG-F/0.5/355/2003, la Secretaría General solicitó al Gobierno de Colombia que le informe si el Gobierno de Venezuela estaba concediendo permisos fitosanitarios para las importaciones de dicho producto a su territorio, procedentes del país consultado.
8. El 19 de los mismos meses y año, el Gobierno de Colombia informó a la Secretaría General, que la República de Venezuela no había dado



cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 612 ya mencionada, puesto que los permisos fitosanitarios solicitados por la empresa Setas Colombiana S.A. en septiembre y noviembre del 2002, no habían sido aún aprobados por el SASA.

Cumplimiento de los trámites previos

Tal como ha expresado este Tribunal en su jurisprudencia, el ejercicio de la acción de incumplimiento está sujeto a la satisfacción de determinados requisitos previos, los cuales, según afirmación de la Secretaría General, fueron cumplidos en este caso por medio de las siguientes actuaciones:

- (i) Mediante la nota de observaciones SG-F/21.8/02161/2001, de 27 de noviembre del 2001, remitida por la Secretaría General al Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela.
- (ii) Por el plazo concedido al indicado Gobierno, para que de respuesta a dicha nota de observaciones.
- (iii) Por el Dictamen de incumplimiento N° 05-2002, amparado en la Resolución 612, de 8 de abril del 2002.

El mencionado Organismo Comunitario puntualiza además en su demanda, que existe plena congruencia entre los motivos del incumplimiento imputados en la nota de observaciones y los fundamentos considerados en el Dictamen de incumplimiento, los cuales son coincidentes con los que apoyan la demanda propuesta.

Fundamentos de Derecho

a) Incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina impone a los Estados Miembros de esa Comunidad, según expresión de la actora en esta causa, la obligación de asumir los comportamientos de acción o de abstención que exige la eficacia y aplicación del ordenamiento jurídico comunitario; para el efecto, ilustra sus expresiones transcribiendo el pronunciamiento al respecto emitido por este Tribunal dentro del Proceso 3-AI-98.

Sostiene, además, que en el presente caso, la demanda se refiere a la falta de cumplimiento por parte de Venezuela, a través de su Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (SASA), de los compromisos asumidos en el marco del Acuerdo de Cartagena, al no conceder permisos fitosanitarios para la importación de champiñones frescos procedentes de Colombia, dentro del plazo establecido en la Resolución 240 de la Secretaría General, por lo cual dicho País ha incurrido, complementariamente, en incumplimiento de las obligaciones establecidas por el artículo 4 del Tratado de Creación del Organismo Jurisdiccional.

b) Incumplimiento de la Resolución 240

La actora, en su demanda, se refiere al contenido de los artículos 1 y 3 de la referida Resolución 240, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 449, de 18 de junio de 1999, subrayando, por una parte, la obligatoriedad de la utilización del permiso fitosanitario de importación y su finalidad; y, por otra, las facultades y obligaciones de la autoridad nacional competente de cada País Miembro, frente a una solicitud dirigida a la obtención de un permiso fitosanitario de importación. Expresa que, en todo caso, tales facultades deben ser ejercidas en el plazo perentorio de diez días hábiles.

Agrega al efecto, que el SASA, "al no pronunciarse dentro del plazo de diez días hábiles establecido, está transgrediendo la normativa andina", para seguidamente transcribir los fundamentos principales que dieron sustento a su Resolución 612, contentiva del dictamen de incumplimiento dictado en contra del País Miembro demandado.

Concluye manifestando que, "se desprende de los fundamentos de hecho de la presente demanda, que ha quedado acreditado el incumplimiento por parte de la República de Venezuela de la normativa andina." Agrega que, "...el simple hecho de no tramitar los permisos fitosanitarios de importación dentro del plazo previsto en la Resolución 240, constituye un incumplimiento por parte del Gobierno de Venezuela de normas comunitarias que garantizan la libre circulación de mercancías dentro de la subregión andina. El incumplimiento resulta aún más evidente cuando el Gobierno venezolano no ha esgrimido razones de carácter fitosanitario que pudiesen haber originado dicha demora."



Con base en los argumentos sumariamente expuestos, la Secretaría General solicitó el pronunciamiento de este Tribunal acerca del supuesto incumplimiento de obligaciones emanadas de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina por parte del País Miembro demandado, así como que exhorte al Gobierno de ese país para que adopte las medidas necesarias a fin de que se ponga fin al señalado supuesto incumplimiento.

1.2. Contestación a la demanda

La República Bolivariana de Venezuela, representada por el señor Wilmar Alfredo Castro Soteldo, en su calidad de Ministro de la Producción y el Comercio, dio contestación a la demanda dentro del término señalado para ese efecto.

Reconvención o Mutua Petición

En lo fundamental, la contestación del mencionado País Miembro a la acción interpuesta por el Organismo Ejecutivo Andino consiste, básicamente, en la formulación de una "reconvención o mutua petición", arguyendo "la inconsistencia de la demanda presentada por la Secretaría General de la Comunidad Andina."

Aduce que, "...tanto en el texto de la demanda, como en el propio Dictamen de Incumplimiento, la Secretaría General de la Comunidad Andina se refiere, indistintamente, al no otorgamiento de los permisos fitosanitarios y, al otorgamiento tardío (extemporáneo) de los mismos permisos, cuando la realidad es que se trata de dos supuestos de hecho distintos, que debieron ser examinados y considerados por separado." Agrega, que "...ambos supuestos de hecho son excluyentes, ya que no puede hablarse al mismo tiempo, de que los permisos no son otorgados, para luego afirmar que si son otorgados, pero fuera de lapso."

Sostiene, además, que la Secretaría General "...desde el comienzo en sede administrativa de este proceso, se refiere de manera indistinta e inconsistente, a ambos supuestos como si se tratara de la misma situación, configurándose el vicio de incongruencia del acto administrativo, un vicio que afecta la motivación del acto (Dictamen de Incumplimiento), y que colocó a la República Bolivariana de Venezuela, en una situación de indefensión...". Interroga la parte demandada, sobre "...¿cómo puede ejercerse el

derecho a la defensa cuando no se sabe cuál es la imputación real que se hace al presunto País incumplidor?" la cual, seguidamente, cita los puntos de la demanda en los que indistintamente se alude a la demora o a la no expedición de los permisos fitosanitarios.

Expresa también, que la doctrina en materia de Derecho Administrativo considera que las inconsistencias, incongruencias o contradicciones en la motivación, equivalen al vicio de falta de motivación del acto administrativo "...cuya consecuencia es la nulidad absoluta del acto mismo, es decir, su inexistencia en la esfera jurídica.". Complementa su argumentación señalando, "...por lo tanto, siendo nulo de nulidad absoluta el dictamen de incumplimiento que sirve de fundamento a la presente acción e inexistente en la esfera jurídica, por estar viciado de falta de motivación, es obvio que no se han cumplido los requisitos previos para intentar dicha acción, y en consecuencia, la misma es inadmisibile."

Con base en los argumentos expuestos, el País Miembro demandado, invocando lo establecido en el artículo 59 del Estatuto de este Tribunal y en los artículos 101 y 102 *ibidem*, manifiesta que "...procede en este acto a demandar la nulidad absoluta del dictamen de incumplimiento 05-2002, contenido en la Resolución 612 de fecha 08 de abril del 2002..." y solicita también a este Organismo Jurisdiccional, que "...declare la nulidad del Proceso de Incumplimiento 120-AI-2003, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 literal c) del Estatuto del Tribunal."

1.3. Las pruebas

Ni la parte actora ni la demandada en esta controversia, han solicitado la práctica de pruebas que induzca al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a conceder un término especial para su ejecución, ya que las presentadas por ellas son de carácter documental, acompañadas a los memoriales que quedan reseñados. Todas aquellas pruebas han sido apreciadas por el este Organismo Comunitario según su naturaleza y mérito, de manera previa a la emisión del fallo.

1.4. La Audiencia Pública

Mediante auto del 14 de abril del año 2004, este Tribunal, entre otras determinaciones, convocó a las partes a Audiencia Pública para el día jueves 24 de junio del año 2004.



Debido a causas imprevistas y ante la imposibilidad de que se realice esta diligencia en la fecha, hora y lugar determinados, la referida convocatoria fue modificada mediante auto de 23 de junio del año 2004, debida y legalmente notificado, habiéndose llevado a efecto aquella el día 12 de agosto del 2004 a las 10H00, con la asistencia de representantes de las dos partes litigantes.

1.5. Escritos de conclusiones relativos a la audiencia pública

a) Conclusiones de la parte actora

El 19 de agosto del 2004 y, dentro de término, la Secretaría General de la Comunidad Andina remitió a este Tribunal, vía fax, sus conclusiones relacionadas con la audiencia pública celebrada, contenidas en su comunicación SG-C/0.5/1564/2004, cuyo original fue recibido el 23 de los mismos mes y año, por medio del cual se manifiesta, en lo principal, lo siguiente:

Confirma los planteamientos formulados en su demanda, en particular, reitera "...que el Gobierno de Venezuela, al no conceder los permisos fitosanitarios de importación para los champiñones frescos procedentes de Colombia, se encontraba incumpliendo el artículo 4 del Tratado del Tribunal de Justicia y la Resolución 240, que contiene el Reglamento Andino relativo a los permisos fitosanitarios de importación."

Recalca que durante el proceso administrativo de incumplimiento, el Gobierno de Venezuela no dio respuesta a la nota de observaciones SG-F/21.8/02161/2001, de 27 de noviembre del 2001.

Manifiesta que en reiteradas oportunidades se solicitó a ese Gobierno, que informe respecto de la emisión o despacho de los mencionados permisos, pero que el mismo "...nunca atendió las solicitudes de la Secretaría General."

Señala, además, que la República de Venezuela no ha colaborado con las investigaciones que realizó la Secretaría General, por medio de suministrar la información que al efecto le fue solicitada, incumpliendo así el mandato del artículo 39 del Acuerdo de Cartagena.

Añade, que resulta improcedente que un País Miembro plantee la reconvencción de la deman-

da y la nulidad del proceso de incumplimiento, cuando ese mismo país tuvo en su poder las pruebas que, de ser el caso, habrían oportunamente acreditado el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias.

Considera, sin embargo, que si bien los documentos ofrecidos por Venezuela en ocasión de la audiencia pública llevada a cabo, podrían acreditar el otorgamiento de permisos fitosanitarios, su presentación en tales circunstancias "...no constituye un elemento probatorio que demuestre el cumplimiento del Gobierno de Venezuela."

Afirma, también, que es particularmente irrelevante que los representantes del Gobierno de ese País se hayan referido a una reunión "de asuntos puntuales" colombo-venezolana, en la cual aseveran que ha sido acordado el otorgamiento de dichos permisos.

Finalmente, transcribe el texto del artículo 42 del Tratado de Creación de este Tribunal, destacando la facultad privativa de este Organismo para conocer sobre las controversias que pudieren suscitarse entre Países Miembros, mandato que el Gobierno de Venezuela habría incumplido recurriendo a foros distintos (reunión "de asuntos puntuales").

b) Conclusiones de la parte demandada

El 20 de agosto del 2004, también dentro de término, la República Bolivariana de Venezuela remitió a este Tribunal, vía fax, sus conclusiones relativas a la audiencia pública celebrada, las cuales están contenidas en el escrito cuyo original fue recibido el 26 del mismo mes, por medio del cual, en lo principal, se expresa lo siguiente:

Ratificación de los argumentos formulados en la contestación a la demanda. Se reafirma que aquella "...se refiere indistintamente al no otorgamiento de los permisos fitosanitarios, y al otorgamiento tardío (extemporáneo) de los mismos permisos ... supuestos de hecho distintos que debieron ser examinados y considerados por separado porque son mutuamente excluyentes, configurándose el vicio de incongruencia del acto administrativo, es decir, un vicio que afecta la motivación del acto (Dictamen de Incumplimiento), y que colocó a la República Bolivariana de Venezuela, en una situación de indefensión."



Se acompaña a este escrito, en nueve fojas, reportes del Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria, SASA, con los que, en criterio de la República de Venezuela, se demuestra "...la falsedad del presunto incumplimiento alegado por la Secretaría General de la Comunidad Andina". Se manifiesta que tales reportes corresponden al otorgamiento de permisos fitosanitarios de importación para champiñones frescos procedentes de Colombia, por un total de novecientas cuatro mil toneladas correspondientes al período comprendido entre el 31 de agosto de 1999 y el 19 de diciembre del 2003; y, de siete mil quinientas toneladas en el lapso comprendido entre el 1 de enero del 2004 y el 9 de agosto del mismo año. Se confirma que muchos de esos permisos "...nunca fueron retirados de las taquillas de ese servicio autónomo..."

2. CONSIDERANDO:

2.1. Competencia del Tribunal

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de la presente controversia, en virtud de las previsiones establecidas en los artículos 23 y 24 de su Tratado de Creación, concordados con las respectivas normas de su Estatuto, aprobado mediante Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y, de su Reglamento Interno, en las que se regula lo pertinente a la acción de incumplimiento.

Se aprecia, por otra parte, que han sido rigurosamente observadas las formalidades inherentes a la referida acción, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado, razones por las cuales el Órgano Jurisdiccional Comunitario procede a dictar la sentencia de mérito, con base en los siguientes fundamentos:

2.2. Naturaleza, fines y trámite de la acción de incumplimiento

En el proceso 4-AI-98, de 27 de octubre de 1999, este Tribunal determinó lo siguiente: "En cuanto hace a la naturaleza de la acción de incumplimiento, ésta es esencialmente contenciosa y la sentencia que de ella se derive no sólo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera declaración de la existencia de un derecho o de una obligación, sino que está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de

hacer o no hacer (Couture). Así se desprende claramente de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, cuando establece que la sentencia de incumplimiento implica para el País cuya conducta ha sido objeto de reclamo, la obligación de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, dentro del plazo determinado de tres meses, contado a partir de su notificación."

En cuanto a los fines que persigue esta acción, debe, en general, tenerse presente que las metas de orden económico, social y político de la integración andina, estructuradas y definidas en el ordenamiento jurídico comunitario, dependen invariablemente de la observancia irrestricta de los compromisos asumidos voluntariamente por los países andinos en el seno de la Comunidad, así como de la determinación de los órganos comunitarios competentes para velar por su ejecución y cumplimiento. En definitiva, sólo el respeto incondicional de la norma comunitaria, garantiza y preserva la existencia de la integración subregional en los ámbitos y en los términos que ha sido concebida.

Es consecuentemente éste, el presupuesto conceptual que encausa la actuación del Órgano Jurisdiccional Andino, ante una controversia surgida de una acción de incumplimiento de las normas comunitarias; más aún si se atiende a su carácter de ente del más alto nivel jurisdiccional en la Subregión, custodio del bien jurídico de los cinco Países Miembros, con facultades expresas para declarar el Derecho Comunitario, para interpretarlo uniformemente y para dirimir las controversias que surgieren de su aplicación.

La activación y trámite de la acción de incumplimiento de tales obligaciones en contra de un País Miembro, se sujeta invariablemente a la normativa pre-procesal incorporada en expresas disposiciones del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de las cuales se determina su objeto, que no es otro que el de asegurar la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción, la salvaguarda del espíritu de la integración, el respeto de la igualdad jurídica de las partes; y, por cierto, la garantía del debido proceso.

En el caso sometido a consideración de este Tribunal, se ha cumplido tal procedimiento y específicamente: la formulación de las observaciones por escrito de la Secretaría General al



País demandado; el vencimiento del plazo otorgado sin haberse obtenido respuesta de aquél; la persistencia del incumplimiento; y, la emisión del dictamen de incumplimiento 05-2002, contenido en la Resolución 612.

La jurisprudencia de este Tribunal exige correspondencia puntual y suficiente congruencia entre las razones del incumplimiento aducidas en el pliego o nota de observaciones y las contenidas en el dictamen de incumplimiento, con las alegadas posteriormente en la demanda que se llegare a interponer; requisito que observa el Tribunal ha sido también satisfecho en esta causa.

La Secretaría General, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia y, considerando que no obstante lo actuado por ella el incumplimiento demandado se ha mantenido sin modificación y, que la República Bolivariana de Venezuela ha persistido en la conducta materia de las observaciones y del dictamen ya mencionados, procedió a solicitar el pronunciamiento del Órgano Jurisdiccional Comunitario.

Examinada la acción incoada por la Secretaría General a la luz de estos presupuestos jurídicos, de las normas aplicables a la materia y de la jurisprudencia existente, este Tribunal determina que no existen errores o defectos que vulneren el procedimiento o Derecho Adjetivo, tanto en la etapa administrativa cuya competencia radica en la Secretaría General, como en la fase que corresponde a la jurisdicción de este Tribunal. Es decir, el derecho al debido proceso y al ejercicio de la legítima defensa ha sido respetado en toda su integridad, sin limitación ni condición alguna.

2.3. Ambito de las determinaciones de este Tribunal

Ha de tenerse presente, respecto de esta causa, que el Tribunal Comunitario ha dejado sentado en su jurisprudencia, que una vez iniciado un proceso judicial en materia de incumplimiento, el dictamen que respecto de aquél haya sido pronunciado en vía administrativa, ya no es susceptible de acción de nulidad independiente o complementaria, correspondiéndole al Tribunal considerar las situaciones sobre nulidad que puedan haber sido planteadas, únicamente dentro del procedimiento que por desacato de nor-

mas conformantes del ordenamiento jurídico andino se sustancie.

En concordancia con estos lineamientos de conducta uniforme por parte del Tribunal, el ámbito de sus determinaciones queda entonces claramente definido.

2.4. El procedimiento de investigación y la emisión de la Resolución 612

Como ha sido ya dicho, la Secretaría General de la Comunidad Andina, mediante comunicación SG-F/4.2.1/01816/2001, de 20 de septiembre del 2001, en atención a la solicitud formulada por el Gobierno de Colombia a través de oficio 2-2001-41203, del 18 de septiembre del 2001, puso en conocimiento del Gobierno de Venezuela, la reclamación mediante la cual se denunció "...que el Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria SASA de Venezuela no ha autorizado los permisos sanitarios solicitados por la empresa Graxalta C.A., firma importadora de champiñones frescos producidos en Colombia por la empresa SETAS Colombianas S.A.". En la misma comunicación, la Secretaría General fijó al mencionado Gobierno, el plazo de quince días para que informe sobre los motivos por los cuales no habría concedido dichos permisos.

No obra del expediente conformado como efecto de la acción deducida, respuesta del Gobierno de Venezuela a la comunicación en referencia.

Mediante comunicación SG-F/1.8./02161/2001, esta vez de 23 de noviembre del 2001, la Secretaría General reiteró a la República de Venezuela el pedido formulado por el Gobierno de Colombia, haciéndole saber que su desatención al otorgamiento de los permisos fitosanitarios requeridos y la inexistencia de respuesta que justifique tal actitud, configuran una trasgresión a las normas establecidas en el ordenamiento jurídico comunitario, razón por la cual formalizaba nota de observaciones a ese respecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Tratado de Creación de este Tribunal y, fijaba el plazo de diez días contados a partir de la fecha de su recepción, para que el Gobierno de Venezuela participe su respuesta.

Tampoco se registra en el expediente de esta causa la respuesta requerida, por segunda ocasión, al mencionado Gobierno.



Como culminación de las actuaciones llevadas a cabo en vía administrativa, el 9 de abril del 2002 y una vez vencido el plazo fijado al Gobierno de Venezuela para que absuelva las consideraciones expuestas en la nota de observaciones, la Secretaría General emitió su pronunciamiento a través de la Resolución 612, que contiene el Dictamen 05-2002 de incumplimiento por parte del mencionado País Miembro, al no otorgar permisos fitosanitarios de importación para el ingreso de champiñones frescos procedentes de Colombia dentro del plazo expresamente establecido en la normativa andina.

Complementariamente, el 10 de marzo del 2003, mediante fax SG-F/0.5./355/2003, la Secretaría General solicitó al Gobierno de Colombia, que le informe si el Gobierno de Venezuela estaba otorgando permisos fitosanitarios para la importación del producto antes especificado, en acatamiento de la Resolución 612.

Ante este último requerimiento, el 19 de marzo de los mismos mes y año, el Gobierno de Colombia, una vez consultada la empresa SETAS Colombianas S.A., respondió manifestando que tales permisos no habían sido otorgados.

2.5. De la jurisprudencia del Tribunal Andino aplicable al caso

Varios pronunciamientos ha formulado este Tribunal en fallos anteriores, que requieren ser considerados para la resolución de la presente causa y, cuya mención se vuelve indispensable, toda vez que se constituyen en referentes básicos para las determinaciones que serán adoptadas en este fallo.

Acerca de la reconvenición planteada por el país demandado, el Órgano Jurisdiccional Comunitario, en varias sentencias ha señalado, que una vez iniciada una causa judicial en materia de incumplimiento, el dictamen que respecto del mismo haya sido pronunciado en vía administrativa ya no es susceptible de acción de nulidad independiente, correspondiéndole al Tribunal analizar y pronunciarse acerca de las situaciones que sobre nulidad puedan haber sido planteadas, dentro del procedimiento que por desacato de normas comunitarias se sustancie. La reconvenición a través de la cual se solicite la nulidad de la disposición que sea precisamente objeto de la demanda de incumplimiento, no es, por otra parte, susceptible de ser tramitada dentro de

ese mismo proceso, por corresponder a acciones de naturaleza distinta, sujetas a procedimientos también diferentes, de acuerdo a lo previsto por el artículo 59 del Estatuto de este Tribunal.

Al referirse a la finalidad de los registros sanitarios y fitosanitarios, el Tribunal, en el Proceso 50-AI-2002, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 935, de 12 de junio del 2003, señaló lo siguiente: "La finalidad del registro no es en ningún aspecto la de restringir o limitar el comercio intersubregional sino, por el contrario, persigue establecer un manejo seguro y ágil al comercio de productos agropecuarios de la subregión y ratifica el criterio general según el cual las medidas o normas sanitarias y fitosanitarias adoptadas por un país no se deben utilizar como restricciones injustificadas al comercio subregional".

Dentro del proceso 4-AI-98, por otro lado, en alusión a las obligaciones asumidas por los Estados en el ámbito de las normas que conforman el ordenamiento comunitario, este Tribunal ha expresado: "por obligaciones de hacer, los países miembros adquieren el compromiso de adoptar toda clase de medidas –sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden– que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por las obligaciones de no hacer, deben abstenerse de adoptar toda medida, de la misma índole o naturaleza, que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento".

2.6. Sobre la configuración del incumplimiento demandado

Identificado así el ámbito jurídico que atañe a esta controversia y referidos como han sido algunos antecedentes jurisprudenciales existentes sobre la materia, corresponde confrontar estos elementos jurídicos con la relación de hechos y pruebas documentales que se aparejan al expediente respectivo, para establecer el derecho de las partes en el marco del pronunciamiento que le corresponde emitir al Tribunal.

La importación de plantas y productos vegetales dentro de la Subregión Andina, está sujeta al obligatorio cumplimiento de los requisitos ex-



presados en la Resolución 240 de la Secretaría General de la Comunidad, publicada en la Gaceta Oficial N° 449.

De conformidad con el artículo 3 de la referida Resolución, la solicitud para el otorgamiento de un Permiso Fitosanitario debe ser presentada a la Autoridad Nacional Competente del respectivo País Miembro, de manera previa al embarque, la cual, en un plazo máximo de diez días hábiles debe actuar obligatoria y exclusivamente en concordancia con alguna de las siguientes opciones:

- (i) Otorgar el permiso; o,
- (ii) Devolver la solicitud si ésta estuviere indebidamente llenada o contuviere errores, a fin de que se subsane la falta; o,
- (iii) Informar al interesado sobre la necesidad de realizar un estudio de análisis de riesgo, el mismo que deberá ser plenamente justificado.

A la luz del procedimiento prescrito y de la prueba que obra de autos, este Tribunal aprecia que los permisos fitosanitarios para importar champiñones frescos al territorio venezolano, procedentes de Colombia, definitivamente no fueron otorgados por el SASA, inexistiendo razones o justificaciones en el expediente, sean de carácter formal atinente a las solicitudes, que hubieren podido obstar su otorgamiento; o, de índole fitosanitaria, que pudieren haber facultado a la Autoridad Nacional Competente para negar la solicitud.

Del examen llevado a cabo del expediente se concluye, que ninguna de las tres opciones establecidas por la Resolución 240 fue aplicada por la Autoridad Nacional Competente de la República de Venezuela.

Por tanto, el Tribunal considera que no existe justificación jurídica alguna para que haya sido denegado el despacho de los permisos fitosanitarios solicitados al SASA y que, en consecuencia, la Autoridad Nacional Competente ha incumplido la normativa comunitaria al haber actuado al margen de lo dispuesto por la aludida Resolución, la cual no ha sido en ningún caso revocada por la Secretaría General, menos aún anulada por este Organismo Jurisdiccional, por lo que es absolutamente válida y de obligatorio cumplimiento.

Este Tribunal confirma, además, que no obra del expediente, constancia o prueba alguna que demuestre que el Gobierno del indicado País Miembro haya dado respuesta al pliego de observaciones, ni que haya recurrido del dictamen de Incumplimiento expedido por la Secretaría General, los cuales constituyen, como ha sido ya manifestado, parte esencial del trámite pre-procesal de la acción de incumplimiento, como lo determinan las previsiones del artículo 23 del Tratado de Creación de este Organismo Comunitario.

Advierte, también, que la conducta asumida por el País Miembro demandado y calificada como de incumplimiento, se ha mantenido sin variaciones, no obstante las observaciones y requerimientos hechos por la Secretaría General.

Constata, adicionalmente, que en la contestación presentada por la República Bolivariana de Venezuela a la demanda de incumplimiento interpuesta en su contra, en ningún caso se ha desvirtuado la situación de incumplimiento denunciada y verificada, es decir, el País Miembro demandado no contradice, no niega, ni justifica el incumplimiento que es materia esencial de la indicada acción.

Toma finalmente muy en cuenta este Tribunal, que en su decisión de abundar en la obtención de pruebas necesarias para el esclarecimiento de la verdad en esta causa, en especial, para la precisión referente a los permisos fitosanitarios de importación de champiñones frescos que no hayan sido otorgados por el Gobierno de Venezuela dentro del plazo previsto en la Resolución 240 de la Secretaría General, resolvió, al amparo del artículo 77 de su Estatuto, solicitar al Ministerio de Comercio Exterior de la República de Colombia, mediante auto de 15 de septiembre del año 2004 y, de oficio, un informe escrito en que se determine por número y fecha, cuáles de esos permisos, cuyas solicitudes obran de autos, no fueron otorgados por el Gobierno de Venezuela dentro del plazo respectivo.

Ha constatado al respecto este Tribunal, que el Ministerio de Comercio Exterior, Industria y Turismo de la República de Colombia, a través de oficio DIE-1004, remitido vía fax el 14 de octubre del 2004 y cuyo original, junto con sus anexos, fue recibido por este Organismo Comunitario el 21 de esos mismos mes y año, ha acreditado que la empresa Inversiones Graxalta C.A., importadora en Venezuela de los referidos productos de



origen colombiano, ha confirmado "...que desde el 2001, el Gobierno de Venezuela ha optado por no expedir los correspondientes permisos sanitarios para la importación de este producto", acompañando al aludido informe, copia de la comunicación dirigida al respecto por la empresa Setas Colombianas S.A. el 6 de octubre del 2004, así como de la relación de los permisos presentados al Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria de Venezuela (SASA), acerca de los cuales se expresa que "...hasta la fecha no tiene conocimiento que hayan sido autorizados...".

Con base en todas las consideraciones precedentes, este Tribunal concluye, que la conducta del Gobierno del País Miembro demandado, en su conjunto, consistente en la denegación de los permisos fitosanitarios para la importación de champiñones frescos al territorio venezolano, procedentes de Colombia, comportamiento éste deliberado, que configura el incumplimiento de obligaciones emanadas de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, específicamente, del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de la Resolución 240 de la Secretaría General de la misma.

2.7. Normas andinas vulneradas

a) Artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El mandato incorporado en esta disposición, impone a los Estados Miembros de la Comunidad, la obligación de cumplir irrestrictamente los compromisos y obligaciones de acción o de abstención voluntariamente pactados y, cuyo testimonio aparece consagrado en el ordenamiento jurídico comunitario.

La ejecución y cumplimiento de tales obligaciones son incondicionales, salvo si existieren excepciones que, por vía de la misma norma, pudieren haberse acordado.

En el presente caso, relativo al procedimiento establecido para la concesión de permisos sanitarios o fitosanitarios, tales excepciones no fueron previstas ni contempladas y, por tanto, no pueden encontrarse incorporadas, como Derecho Positivo, en el ordenamiento jurídico comunitario.

Lo anterior se reafirma, por el hecho de que las partes litigantes, dentro del respectivo proceso, no hicieron mención ni referencia a regímenes especiales o de excepción sobre la materia, por causa, precisamente, de su inexistencia.

El referido artículo 4 establece, además, el compromiso de los Países Miembros de no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a las aludidas normas comunitarias o, que de alguna manera obstaculice su aplicación.

Del ponderado y minucioso examen llevado a cabo del expediente, este Tribunal concluye, que el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, a través de su Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (SASA), al no conceder permisos fitosanitarios para la importación de champiñones frescos procedentes de Colombia, dentro del plazo establecido por la normativa comunitaria, ha incurrido en incumplimiento de obligaciones de hacer, conforme reza la disposición del artículo 4 del Tratado que se alude y cuya comercialización se encuentra, además, totalmente liberada del pago de aranceles y de restricciones de todo orden.

b) Resolución 240 de la Secretaría General de la Comunidad Andina

La Resolución 240 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 449, de 18 de junio de 1999, regula las facultades y obligaciones de la Autoridad Nacional Competente de los Países Miembros, frente a una solicitud dirigida a obtener un permiso fitosanitario de importación; responsabilidades que deben ser ejercidas en el plazo perentorio de diez días hábiles, contados a partir de la presentación de esa solicitud.

Tal como surge del examen del expediente de esta causa, el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y su Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (SASA), autoridad nacional competente en la materia, al no haber aplicado la Resolución 240, en especial las disposiciones previstas en sus artículos 1 y 3, dentro del plazo de diez días hábiles, ha incumplido dicha Resolución, la misma que fue concebida y aprobada para garantizar la libre circulación de mercancías dentro de la Subregión Andina.

La Resolución en mención, como se ha dicho, no ha sido revocada por la Secretaría General,



menos aún anulada por este Organismo Jurisdiccional, por lo que es válida y de obligatorio cumplimiento.

2.8. Mérito de la demanda

Observa este Tribunal, que los efectos que se derivan de este incumplimiento, ponen en serio riesgo la credibilidad y la efectividad de la norma comunitaria desacatada, afectando con ello además, irreversiblemente, los flujos de comercio generados y alentados dentro del Área Andina, con los consiguientes perjuicios económicos a los particulares y a la Subregión, en su conjunto, amén del nefasto precedente que por medio de esta vulneración del Derecho queda marcado.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina concluye, que la demanda interpuesta tiene mérito, condición que debe ser así declarada en sentencia.

2.9. Condena en costas

Las consideraciones que anteceden conducen a la determinación que se plasmará en la parte decisoria de este fallo y de las cuales luce también, que el País Miembro demandado ha incurrido efectivamente en el incumplimiento de las obligaciones que emanan de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario del que se le acusa, según surge del examen realizado. De conformidad con lo previsto en el artículo 90 del Estatuto de este Tribunal, en la sentencia se condenará a la parte demandada, la República Bolivariana de Venezuela, adicionalmente, al pago de las costas del proceso, oportunamente solicitadas por la Actora.

Por lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

En ejercicio de la competencia que le asigna la Sección Segunda del Capítulo III de su Tratado de Creación, así como de las atribuciones a él reconocidas por la Sección Primera del Capítulo II, Título Tercero, de su Estatuto.

DECIDE:

PRIMERO: Declarar con lugar la acción de incumplimiento instaurada por la Secretaría General de la Comunidad

Andina y, en consecuencia, determinar que la República Bolivariana de Venezuela ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones incorporadas en las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Comunitario, en particular, de las contempladas en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, en los artículos 1 y 3 de la Resolución 240 de la Secretaría General de la misma, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 449, de 18 de junio de 1999.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino y 111 de su Estatuto, la República Bolivariana de Venezuela queda obligada a adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer cesar el incumplimiento declarado en este fallo, dejando sin efecto cualquier acción u omisión que prohíba, obste, restrinja o demore el otorgamiento de los permisos fitosanitarios solicitados para la importación de champiñones frescos originarios de la República de Colombia, a territorio venezolano.

TERCERO: Condenar a la República Bolivariana de Venezuela al pago de las costas causadas.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

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.-*

Mónica Rosell
SECRETARIA

PROCESO 132-AI-2003

Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela, alegando incumplimiento de los artículos 75 del Acuerdo de Cartagena y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al incluir en el cálculo de la base imponible del Impuesto al Valor Agregado (IVA) el arancel aduanero del cual están exentas las importaciones originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General contra la República Bolivariana de Venezuela, a los 13 días del mes de enero de dos mil cinco.

VISTOS:

El escrito SG-C/0.5/2043/2003, de 12 de noviembre de 2003, recibido en este Tribunal el 18 de noviembre de 2003, mediante el cual la Secretaría General de la Comunidad Andina interpone Acción de Incumplimiento contra la República Bolivariana de Venezuela.

El auto de fecha 3 de diciembre de 2003, por el cual se admite a trámite la demanda, se ordena su notificación a la demandada, advirtiéndole que para la contestación de la misma se le concede un plazo de 40 días continuos, contados a partir de dicha notificación; y se reconoce la personería a los abogados Santiago Rojas Arroyo, Genaro Baldeón Herrera, Álvaro Gutiérrez Bendejú, Carolina Rodríguez Aguilera y Mónica Rosell Medina para intervenir como abogados de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

El auto de fecha 10 de marzo de 2004, mediante el cual se tiene por contestada la demanda; presentadas las pruebas ofrecidas por la parte actora; no se admite la reconvenición interpuesta por la República Bolivariana de Venezuela; y, se pone en conocimiento de la Secretaría Gene-

ral de la Comunidad Andina el pedido formulado por el País Miembro demandado para que de acuerdo con lo establecido en el literal c) del artículo 64 del Estatuto del Tribunal, declare nulo el procedimiento, otorgándosele el plazo de diez días continuos para que presente su pronunciamiento.

El auto de 5 de mayo de 2004, mediante el cual se declara sin lugar la nulidad deducida por la demandada en su escrito de contestación de la demanda, en base a lo dispuesto en el literal c) del artículo 64 del Estatuto del Tribunal, alegato que fue desvirtuado por la Secretaría General en su comunicación SG-C/0.5/633/2004.

El acta de la audiencia pública celebrada el 05 de agosto de 2004; los escritos de conclusiones presentados por las partes y los demás documentos que obran en el expediente.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La Secretaría General de la Comunidad Andina interpone demanda contra la República Bolivariana de Venezuela, por "... incluir en el cálculo de la base imponible del Impuesto al Valor Agregado (IVA) el arancel aduanero del cual están exentas las importaciones originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina, en los términos expresados en el Dictamen 03-2002



contenido en la Resolución 594 de 12 de febrero de 2002 de la Secretaría General, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 761 de 14 de febrero de 2002...".

Del escrito de demanda y de sus anexos, se resume lo siguiente:

1.1.1. Fundamentos de hecho.

El 17 de octubre de 2001, el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales del Perú presentó a la Secretaría General de la Comunidad Andina, una reclamación por supuesto incumplimiento del Gobierno de Venezuela al considerar el arancel de aduanas dentro del cálculo del Impuesto al Valor Agregado (IVA), aplicable a los bienes importados de los países andinos. Acompañó a su reclamación una carta de la Sociedad Nacional de Industrias del Perú, en la que se señala que Venezuela había dispuesto que el pago del IVA fuera liquidado considerando como base imponible el monto resultante de aplicar el arancel correspondiente para terceros países. Además se incluyó una copia de la opinión N° DCR-5-10677, por medio de la cual la Gerencia Jurídico Tributaria del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria de Venezuela, emite opinión jurídica relacionada con los elementos que deberán considerarse para el cálculo de la base imponible del IVA en las importaciones de mercancías de bienes muebles procedentes de los Países Miembros.

El 17 de octubre de 2001 la Secretaría General se dirigió al Ministerio de la Producción y Comercio de Venezuela para solicitarle que informara oficialmente sobre los rubros que son considerados para el cálculo de la base imponible del IVA, en importaciones de la Subregión.

El 08 de noviembre de 2001 la Secretaría General recibió una carta del Viceministro de Comercio Exterior de Colombia, en la que expresó su preocupación por la puesta en vigencia y aplicación del Reglamento General de la Ley que establece el IVA en Venezuela, referido a la forma de efectuar el cálculo de la base imponible del IVA sobre las importaciones dispensadas de impuestos arancelarios, que en su opinión constituye un incumplimiento del artículo 74 (actual 75) del Acuerdo de Cartagena relativo al Principio de Trato Nacional y una trasgresión del artículo 84 de dicho Acuerdo.

El 19 de noviembre de 2001, la Secretaría General formuló la Nota de Observaciones SG-F/1.8/2224/2001 al Gobierno de Venezuela, indicándole que al incluirse el cálculo de la base imponible del IVA a los productos importados de los países de la Subregión, sumando al valor del producto el arancel que le correspondería a los mismos productos de un tercer país, pudiera estar incurriendo en un incumplimiento de obligaciones del ordenamiento jurídico andino, específicamente el artículo 74 (actual 75) del Acuerdo de Cartagena; en ese sentido la Secretaría General le concedió un plazo de ocho días calendario al Gobierno venezolano para que diera respuesta.

El 29 de noviembre de 2001, el Ministerio de la Producción y Comercio de Venezuela, responde a la Nota de Observaciones informando que la Ley del IVA (LIVA) y su Reglamento han mantenido su vigencia desde el 05 de mayo de 1999. Adicionalmente envía una consulta absoluta por la Gerencia Jurídico Técnica del SENIAT de 27 de noviembre de 2001 en la que puntualiza que:

- a) La forma de calcular la base imponible del IVA sobre las importaciones de bienes originarios de Países Miembros no se diferencia sustancialmente de la de los demás países de la Subregión;
- b) Que, la ley sobre el Impuesto de Venta y Servicios de Chile establece el cálculo de la base imponible tomando en cuenta el gravamen a la importación, aunque su pago se encuentre diferido;
- c) Que, el principio de igualdad tributaria implica que no pueden hacerse excepciones a la aplicación de la norma tributaria interna, calculándose así la base imponible sobre las mercancías importadas de la forma establecida en la LIVA y su Reglamento con independencia del país de procedencia; y,
- d) Que, de demostrarse que los demás países andinos hacen el cálculo de distinta forma, Venezuela consideraría, basada en el principio de reciprocidad, otorgar el mismo trato preferencial.

El 12 de febrero de 2002, mediante Resolución 594, la Secretaría General emitió el Dictamen de Incumplimiento 03-2002 contra la República



de Venezuela, ya que constató que al incorporar el cálculo de la base imponible del Impuesto al Valor Agregado correspondiente a las importaciones originarias de los Países Miembros el arancel dispensado en adición al precio del bien importado, está incurriendo en incumplimiento de obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en particular del artículo 74 (actual 75) del Acuerdo de Cartagena. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65 f) del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, se le concedió a dicho País Miembro un plazo máximo de treinta días calendarios, para dejar sin efecto la medida señalada.

1.1.2. Fundamentos de Derecho

1.1.2.1 Incumplimiento del Principio de Trato Nacional, consagrado, para el caso de los tributos internos, en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena.

Menciona la demandante que: *“el Principio del ‘Trato Nacional’, también conocido como ‘principio de no discriminación por razón de la nacionalidad’, es inherente al proceso de integración subregional, al menos por lo que se refiere a la libre circulación de mercancías en el espacio comunitario”. “El alcance de la no discriminación entre bienes nacionales y bienes originarios de los demás Países Miembros no se limita a impuestos, tasas y otros gravámenes internos, en los términos del actual artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, sino también cualquier norma nacional que afecte la libre circulación de los productos en el interior del Estado y consecuentemente en el mercado comunitario”.*

Añade además que: *“La obligación de no discriminar entre producción local y subregional es condición necesaria para la consolidación del mercado ampliado y en tal sentido conforma, junto con las obligaciones de no gravar y de no restringir las importaciones, la base para el pleno funcionamiento del principio de la libre circulación de mercancías, que como ha señalado el Tribunal de Justicia en reiterada jurisprudencia, es piedra angular de los compromisos de integración andina”.*

Arguye además que la legislación venezolana discrimina el cálculo de la base imponible del

IVA según se trate ventas internas o de importaciones. Para los primeros, la base imponible del IVA se calcula sobre la base del precio del producto que aparece en la factura del bien, en cambio, para las importaciones de bienes gravados con el IVA, *“la base imponible es el valor en aduana de los bienes, más los tributos, recargos, derechos compensatorios, derechos antidumping, intereses moratorios y otros gastos que se causen por la importación; hasta aquí el cálculo del IVA es similar a los demás Países Miembros, sin embargo, el artículo 46 del Reglamento de la Ley del IVA introduce un nuevo elemento para el cálculo de la base imponible que consiste en adicionar ‘los gravámenes que se hubiesen generado de no existir los beneficios derivados del Acuerdo de Cartagena; por lo que a los bienes nacionales se los coloca en una situación más ventajosa que a los productos de los demás Países Miembros.*

1.1.2.2 Incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

La demandante argumenta que: *“Según lo ha expresado el Tribunal Andino, el artículo 4 del Tratado del Tribunal impone a los Países Miembros de la Comunidad la obligación de asumir los comportamientos de acción y de abstención que garanticen la eficacia y aplicación de este ordenamiento jurídico de fuente comunitaria, caracterizado por la primacía, aplicación inmediata y efecto directo. En virtud de estos principios, una norma interna, llámese Ley, Reglamento, Decreto, Ordenanza, Acuerdo, etc., que contravenga una norma comunitaria queda ‘desplazada’ por esta última y, por lo tanto, no podrá ser aplicada y debe ser considerada por los ciudadanos y por las autoridades como inexistente, sin perjuicio de que los Países Miembros, para garantizar la seguridad jurídica, deban derogarla”.*

Manifiesta además que en este caso Venezuela, ha incumplido el artículo 4 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al *“adoptar y aplicar una normativa interna incompatible con los principios y normas comunitarios, encontrándose, por consiguiente, obligada a abstenerse de aplicar y adecuar su legislación interna en todo aquello que resulte incompatible con el ordenamiento andino, sin perjuicio de restablecer los derechos de los*



particulares vulnerados como consecuencia del incumplimiento”.

1.2. La contestación a la demanda.

La demandada considera que la Secretaría General ha violentado el procedimiento administrativo previo, por cuanto del Dictamen de Incumplimiento se desprende que la investigación en contra de Venezuela se inició por una reclamación del Perú por supuesto incumplimiento del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, por parte del Gobierno de Venezuela, al estar incluyendo en el cálculo del IVA el arancel de aduanas; y añade que en la codificación del Acuerdo de Cartagena vigente para el momento en que se formuló la reclamación, el artículo 72 (actual 73) se refería a lo que se debe entender por gravámenes y por restricciones de todo orden, por lo que se deduce que lo planteado por el Gobierno de Perú, es que el presunto incumplimiento por parte de Venezuela, consiste en la aplicación de un gravamen o restricción al comercio, según lo dispuesto en ese artículo; por lo que el Gobierno de Perú, no tenía otra finalidad que instar a la Secretaría General a iniciar el procedimiento para la calificación como gravamen o restricción al comercio, de la medida presuntamente infractora, adoptada por Venezuela.

Manifiesta además que la Secretaría General al emitir el Dictamen de Incumplimiento consumió el vicio que la Doctrina denomina Falso Supuesto de Derecho, por cuanto de manera arbitraria, la Secretaría ha pretendido subsumir tanto los hechos planteados como el Derecho Invocado por la República de Perú, en una norma jurídica diferente a la presuntamente transgredida y de vías de hecho de la administración, por cuanto se cometió una violación flagrante consistente en la prescindencia total del procedimiento comunitario previo obligatorio para la Secretaría General, violando así el derecho al Debido Proceso que ostenta la República Bolivariana de Venezuela, razones por las cuales, las actuaciones de ese órgano comunitario, se encuentran viciadas de NULIDAD ABSOLUTA, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 y literal a) del artículo 12 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

En la contestación a la demanda, la República Bolivariana de Venezuela, sustenta su alegato

de la nulidad del Dictamen de Incumplimiento, y manifiesta que *“la Secretaría General de la Comunidad Andina ejerce sus potestades y, correlativamente, invade la esfera jurídico subjetiva de los Países Miembros, con el fin último de satisfacer intereses comunitarios y, por ello, su actuación jamás puede ser arbitraria, sino siempre ajustada a los hechos y al derecho y enderezada a la consecución de los objetivos que legitiman su proceder (...) en ocasiones el órgano administrativo dice haber constatado unos hechos que en verdad no ocurrieron, o habiéndose verificado éstos yerra en su calificación, o habiéndose constatado los hechos realmente ocurridos y calificándolos, correctamente, se equivoca en la aplicación de la norma jurídica. Cuando el órgano incurre en alguna de estas situaciones, su manifestación de voluntad no se ha configurado adecuadamente porque, según el caso, habrá partido de un Falso Supuesto de Hecho, de un Falso Supuesto de Derecho o de ambos”.*

Arguye además, que debido a la inexistencia de una legislación supranacional uniforme en materia del IVA, cada País Miembro es libre para regular de la manera que considere más conveniente, el cálculo, cobro y aplicación del IVA; por lo que en respeto de la soberanía de los pueblos para ejercer su Poder Tributario, no debió pronunciarse sobre lo establecido en la Ley que establece el IVA, por cuanto ello significa un exceso en la esfera de sus competencias.

Manifiesta que, observando el artículo 74 (actual 75) del Acuerdo de Cartagena, se desprende que *“la condición expresada en la norma se encuentra referida a que no se dé un tratamiento menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales, siendo el argumento más contundente a favor de Venezuela, que precisamente los productos nacionales no cuentan con un trato ‘más favorable’ puesto que los mismos tienen cargas no sólo tributaria sino de toda índole que en muchos casos los hace incluso más costosos en comparación con los productos provenientes de los Países Miembros de la Comunidad Andina”.*

Por todo lo manifestado, la República Bolivariana de Venezuela, solicita, que se declare la Nulidad Absoluta del Dictamen de Incumplimiento de la Secretaría General.



1.3. Respuesta de la Secretaría General de la Comunidad Andina, sobre el pedido de nulidad del proceso por parte de la República Bolivariana de Venezuela.

En su contestación a la reconvención propuesta por el Gobierno de Venezuela, la Secretaría General manifiesta, que: *“el procedimiento seguido por la Secretaría se entendió desde un inicio y hasta su culminación en el ámbito de la acción por incumplimiento regulada en el artículo 23 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Capítulo II del Título V del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General. De otra parte, el Gobierno de Venezuela nunca cuestionó la supuesta violación del debido procedimiento en la etapa administrativa y pretende ahora alegar tal hecho como defensa en una acción por incumplimiento”.*

Agrega que: *“es preciso destacar la congruencia requerida por el ordenamiento jurídico andino, según ha señalado ese Honorable Tribunal sistemática y reiteradamente se reputa respecto del trinomio Nota de Observaciones-Dictamen-Demanda y o respecto de otros actos que puedan tener lugar bien dentro de la investigación o bien fuera de ésta”.*

Argumenta que: *“procede recordar que el Tribunal Andino ha declarado que el inicio del procedimiento ex officio, en aplicación del artículo 23 del Tratado puede encontrarse precedido de una etapa previa informal en la que la Secretaría General detecte la eventual infracción y agote las vías extraprocerales que considere apropiadas para eliminar el posible incumplimiento. En este sentido, la comunicación dirigida por la Secretaría General no se enmarcaba del procedimiento formal de incumplimiento, sino que formaba parte de las gestiones previas dirigidas a esclarecer el alcance de la medida adoptada por Venezuela”.*

Alega que, luego de su investigación la Secretaría General encontró que el Gobierno venezolano estaba incluyendo en el cálculo de la base imponible del IVA el monto del arancel nacional no obstante que éste no se paga en el comercio intracomunitario.

Para finalizar añade que, independientemente del contenido de las afirmaciones realizadas por la parte demandada, *“es preciso señalar que la*

pretensión de nulidad del dictamen de incumplimiento es a todas luces improcedente. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Secretaría General cuando emite el dictamen a que se refieren los artículos 23, 24 y 25 del tratado de Creación del Tribunal, sea para decir que un País Miembro está incumpliendo determinadas obligaciones o para opinar que su conducta se ajusta a las previsiones del Ordenamiento Comunitario Andino, no está condenando ni está absolviendo al País Miembro referido, tan solo está expresando su opinión, su concepto, acerca de la situación referida. No implica por tanto, la expedición del dictamen, una manifestación de voluntad del Órgano Comunitario por medio de la cual se crea, se modifica o se extingue una situación jurídica particular y concreta del País Miembro llamado a rendir explicaciones”.

2. LAS PRUEBAS

No se ofrecieron medios probatorios que motivaran la apertura de un periodo para su actuación, ya que las pruebas ofrecidas son de naturaleza documental.

3. AUDIENCIA PÚBLICA

Mediante auto de 05 de mayo de 2004, debidamente notificado, el Tribunal convocó a las partes a audiencia pública para el 05 de agosto del mismo año, diligencia que se realizó en la fecha señalada, con la asistencia de representantes de la Secretaría General de la Comunidad Andina y de la República Bolivariana de Venezuela.

3.1. ALEGATOS DE CONCLUSIONES DE LAS PARTES

3.1.1. CONCLUSIONES DE LA PARTE ACTORA

En sus conclusiones, la parte actora realiza sus consideraciones sobre los argumentos de Orden Procesal presentados por la República de Venezuela, y manifiesta que en el curso de la audiencia oral, la defensa venezolana insistió reiteradamente en su pedido de nulidad tanto del procedimiento administrativo seguido por la Secretaría General, como en la nulidad del procedimiento de incumplimiento instaurado ante el Tribunal, no obstante que el Tribunal ha declarado sin lugar la mencionada pretensión; por ello, la Secretaría General hace referencia a las cuestiones de orden procesal a fin de rectificar



las aseveraciones hechas por la contraparte en la audiencia oral.

Con Dictamen 03-2002, contenido en la Resolución 594 de la Secretaría General, ésta se refiere a que con fecha 17 de octubre de 2001 se recibe en la Secretaría General una comunicación remitida por el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales del Perú, en la que señala que el Gobierno de Venezuela, al considerar en el cálculo del Impuesto al Valor Agregado (en adelante IVA) aplicable a los bienes importados de los países andinos, el arancel de aduanas, estaría incumpliendo con las normas del ordenamiento comunitario andino, hecho que se corrobora con el concepto de la autoridad aduanera ratificando la vigencia de dicha práctica.

Al no quedar suficientemente clara, a juicio de la Secretaría General la naturaleza de la presunta infracción, mediante Fax SG/4.2.1/02018/2001, ésta solicitó al Gobierno de Venezuela, que suministrara información sobre el cálculo de la base imponible del IVA; el cual respondió mediante oficio N° 3928 del 8 de noviembre de 2001, suscrito por la Directora General de Consultoría Jurídica del Ministerio de la Producción y el Comercio de Venezuela, solicitando una prórroga para facilitar la información requerida; pero en la misma fecha, se recibe la reclamación de Colombia sobre el mismo asunto invocando el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena.

A dicha fecha, la Secretaría General y según sus propias informaciones determinó la naturaleza sustantiva de la conducta cuestionada por Perú y Colombia y emitió de oficio la Nota de Observaciones SG-F/1.8/2224/2001 al amparo del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena.

La Secretaría manifiesta que: *“en ejercicio de su derecho de defensa, Venezuela respondió a la citada Nota de Observaciones, sin cuestionar el procedimiento seguido y se limitó a establecer que la normativa venezolana no se diferenciaba de otras normas y que la práctica adoptada no contravenía el principio de igualdad tributaria”*.

No encontrando satisfactoria la respuesta, la Secretaría General emitió, con fecha 12 de febrero de 2002, el Dictamen 03-2002 mediante Resolución 594, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 761, del 14 de fe-

brero de 2002, en la que se le confirió al Gobierno de Venezuela un plazo de 30 días calendario para dejar sin efecto la medida cuestionada.

La Secretaría explica que en lugar de acatar la Resolución 594, el Gobierno de Venezuela formuló su descargo, presentando, como único argumento, un pedido de nulidad del procedimiento administrativo y del procedimiento judicial; argumentando que existía error de motivación y nulidad absoluta por error de hecho y derecho.

La Secretaria General reitera que tratándose el IVA de un impuesto interno, no existía razón para que ésta considerara procedente la apertura de un procedimiento previo de declaratoria de gravamen; ya que no existe base para considerar que existiría un doble procedimiento para gravámenes cuando ambas disposiciones (Artículos 72 y 74 del Acuerdo de Cartagena en el texto codificado por la Decisión 406) son claras en distinguir los gravámenes en frontera de los gravámenes interiores.

Alega también que Venezuela no ha contestado la demanda con argumentos distintos a los de la nulidad ya denegada, ni con ocasión de la contestación ni con ocasión de la audiencia oral, y por el contrario ha reconocido el mantenimiento de la práctica calificada como un incumplimiento mediante Resolución 594 de la Secretaría General.

La Secretaría General manifiesta que, obra en el expediente el reconocimiento de que Venezuela está incorporando a través del pago del IVA el cobro de los aranceles a las importaciones que por vigencia del Programa de Liberación los países andinos no pagan; y que Venezuela ha reconocido en el curso del trámite administrativo y judicial que ha mantenido vigente tal práctica.

3.1.1.3. CONSIDERACIONES DE LA ACTORA SOBRE LOS ARGUMENTOS DE NULIDAD PRESENTADOS POR LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

Venezuela sostiene que la Secretaría General está impedida de iniciar una investigación por incumplimiento, en este caso porque considera que ésta no puede iniciar investigaciones sobre normas venezolanas que traten sobre asuntos no armonizados por la CAN como lo es el tema



del IVA; la demandante alega que este argumento no sólo es improcedente sino además peligroso desde el punto de vista sustantivo ya que implica señalar que sólo aquellas disposiciones del Acuerdo de Cartagena que hubieran sido objeto de un desarrollo a nivel de legislación secundaria podrían ser objeto de tutela procesal.

Cabe señalar que la Secretaría General, a tenor del literal a) del artículo 30 del mismo Acuerdo tiene el deber de velar por la aplicación del ordenamiento jurídico andino, y no únicamente de una parte de éste como interpreta ahora la República Bolivariana de Venezuela; el Tribunal de Justicia ha reconocido en innumerables ocasiones la categoría de principio general del derecho comunitario andino al Principio de Trato Nacional y le ha reconocido aplicación directa y autoridad suficiente como disposición obligatoria del ordenamiento jurídico andino.

Considera preciso también mencionar que la Comisión aprobó la Decisión 599 sobre *“Armonización de aspectos sustanciales y procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado”* y que, el artículo 17 de la citada norma, en su parte pertinente señala que: *“La base gravable en las importaciones estará constituida por el valor en aduana de la mercancía, adicionado con los derechos e Impuestos aduaneros que deban pagarse y toda otra erogación que tenga que efectuar el importador para el despacho aduanero que figure en la declaración de importación o documento equivalente.”*

“Como puede observarse, la señalada disposición de derecho secundario es clara al establecer que sólo pueden formar parte de la base imponible del IVA, además del valor en aduana, los derechos e impuestos que deban pagarse con ocasión de la importación; y que como sabemos estos no deben pagarse cuando la importación se trata de productos originarios de la Subregión”.

De otro lado, señala que: *“es necesario rectificar lo que erróneamente ha señalado Venezuela, pues si bien en este caso, los Países Miembros han optado por utilizar un mecanismo de incorporación, este recurso no los habilita a decidir si van o no a adoptar la norma o a modificar los términos de la misma, sino únicamente a escoger la herramienta normativa que consideren más idónea para su puesta en vigen-*

cia. Así pues resulta equivocado sostener que la materia que nos convoca sea una de exclusivo reducto de la potestad tributaria nacional, pues ésta debe desempeñarse de manera concordante con el marco comunitario andino”.

La Secretaría considera necesario indicar que *“Venezuela ampara el hecho de sumar a su base imponible del IVA, los aranceles de importación en la interpretación de la frase ‘tributos causados’. En su concepto y como quiera que de acuerdo con su tradición tributaria lo interprete, se entiende que los gravámenes de importación se causan, aunque no se pagan, y deben incluirse en la señalada base imponible”.*

Alega que la interpretación que al respecto haga la ley local, según su propia tradición tributaria es, a todos los efectos, irrelevante para el Derecho Comunitario Andino a quien en definitiva lo que le interesa es que las importaciones originarias de la Subregión no estén sujetas al pago de arancel por aplicación del Programa de Liberación.

Señala en este sentido que: *“el artículo 72 del Acuerdo establece el objetivo de eliminar los gravámenes o restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios de cualquier País Miembro; de otro lado, el artículo 73 establece el concepto de ‘gravámenes’ como ‘derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones”.* Finalmente, el artículo 75 establece que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales. A la letra de las disposiciones, puede verse que al margen de la etiqueta local, lo que interesa es que la preferencia andina no se vulnere. Esta preferencia se vulnera, cuando el arancel no pagado se cobra a través del IVA, sumándolo a la base imponible”. Lo relevante para el Derecho de la Integración son los efectos de la medida en el mercado subregional y es esto lo que en definitiva debe analizarse.

Considera que: *“al pretenderse cobrar un arancel que por derecho no se paga, valiéndose a tal efecto de un tributo interno, se desnaturaliza el objetivo del Programa de Liberación, se vulnera*



el Principio de Trato Nacional y se restringe el comercio andino”.

“La Secretaría General alega que el hecho de considerar como parte de la base imponible del IVA, el arancel de importación aún cuando éste no se pague, genera una protección en factor de la producción local que se produce sea que el legislador venezolano lo haya previsto o no, debido a lo siguiente:

- a) El cobro del arancel liberado por efecto del Programa de Liberación andino por vía del IVA, anula la preferencia generada por la zona de libre comercio. Ello elimina en consecuencia la ventaja tributaria de las importaciones andinas con respecto a las de terceros países en el mercado venezolano;
- b) Las ventas locales, acorde con la normativa venezolana, se calculan sobre precio real facturado. Las importaciones subregionales, sin embargo deben pagar un IVA real facturado. Las importaciones subregionales, sin embargo deben pagar un IVA que incorpora en su cálculo un tributo no facturado, lo que es abiertamente discriminatorio.
- c) Este hecho determina que los productos importados, originarios de la Subregión, soporten una mayor carga tributaria que los productos locales, que se traduce bien en un mayor efecto precio de las importaciones subregionales, o bien, en una disminución del margen de comercialización. En definitiva, se coloca a las importaciones originarias de la Subregión de desventaja competitiva”.

Además precisa que: “la neutralidad tributaria se reputa respecto de las condiciones de aplicación del tributo, de modo tal que el IVA no sirva para desviar la oferta del mercado en un sentido u otro. En este caso, el IVA se encarga de anular la desviación de oferta inicialmente producida a favor de los productos originarios del resto de la Subregión por efecto de la preferencia arancelaria andina, con lo cual no puede señalarse que la incorporación del arancel a la base gravable del IVA, tenga un efecto neutral”.

Solicita tener en cuenta también que: “los productos subregionales desde el momento de su importación y a lo largo del circuito de agregación de valor y comercialización en el mercado venezolano, se sujetan al pago del IVA, en las

mismas condiciones como si se tratara de producciones locales, con lo cual es falso sostener que si no se les agregara el arancel, soportarían una menor carga tributaria que los productos locales, los cuales por naturaleza tampoco pagan arancel”.

Explica que: “con relación a la igualdad tributaria es menester tener en cuenta lo que al respecto señaló el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en sentencia de junio de 2001, así indicó que la igualdad (tributaria) es un concepto que tiene en cuenta la no discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social y en definitiva prohíbe dar un trato desigual a quien se encuentra en idéntica situación (tributaria)”.

Señala además que: “como puede apreciarse del propio dicho de Venezuela y de la lógica de la operación tributaria, el hecho de que no se consideren los gravámenes de importación dentro de la base gravable del IVA, no genera una acumulación de créditos fiscales que sea necesario equilibrar. Sólo se produce una acumulación de créditos fiscales del IVA cuando existe una dispensa de pago o exención respecto del propio IVA en algún momento de la cadena, sea a nivel de insumo o materia prima importada, producto intermedio o producto final, pues en tal supuesto, no es posible descargar el crédito fiscal generado contra la venta siguiente, por lo que el componente tributario al no poderse descargar, normalmente se acumulará al precio final”.

Indica que cuando es el arancel el que no se paga, ello no genera interferencias con respecto al IVA pues éste de todas maneras se generará y cobrará al momento de la importación, el crédito fiscal en este caso, también se generará y descargará en la etapa siguiente.

Para la Secretaría General “la diferencia claramente estriba entonces no en el hecho de una acumulación de crédito fiscal, menos aún en un efecto de piramidación, sino en un IVA menor pues su base imponible, al no poder considerar el componente arancel, se tendrá que facturar únicamente sobre el valor en aduana de la mercancía y otros impuestos y derechos facturados que hagan parte de la misma. En otras palabras, el fisco recauda menos”.

Y agrega que: “Así pues, además de discriminarse entre producciones locales e importadas



originarias de la Subregión y de generarse un efecto deseado o no de protección a favor de producciones locales, la razón de acumular el arancel al IVA, radica en el interés del fisco venezolano de recuperar algún grado de la recaudación fiscal perdida por efecto de la aplicación del Programa de Liberación andino, sacrificio fiscal que los demás Países Miembros también han asumido en beneficio de los objetivos de la integración andina. De hecho resulta probable que sea ésta, la razón fiscal, la razón principal de ser de la medida cuestionada”.

3.1.2. CONCLUSIONES DE LA PARTE DEMANDADA

La representación de la República Bolivariana de Venezuela, manifiesta en su escrito de conclusiones lo siguiente:

“Que se ha intentado una Acción de Incumplimiento por parte de la Secretaría General de la Comunidad Andina, de una manera temeraria, encontrándose viciada dicha acción, por un elemento adjetivo y un elemento sustantivo los cuales pasamos a exponer de esta manera”.

“La República Bolivariana de Venezuela considera que la Secretaría General no cumplió con un requisito fundamental para poder acceder a la vía judicial, como es el agotamiento del proceso administrativo previo”.

“Que de un análisis detallado del Dictamen de Incumplimiento y de la demanda, se desprende que el presunto incumplimiento por parte de la República Bolivariana de Venezuela se debe a la supuesta violación por parte de nuestro país del PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL, en el cálculo de la base imponible del Impuesto al Valor Agregado IVA”.

Por otra parte, señala que: *“cuando se trata de presuntas violaciones al Principio de Trato Nacional debidas a la imposición de gravámenes o restricciones por parte de los Países Miembros, debe seguirse el procedimiento para calificación de gravamen o restricción, previsto en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, cuyo orden es el siguiente. Inicio de investigación, Nota de Observaciones, respuesta del país presuntamente infractor, calificación de la medida como gravamen o restricción, plazo otorgado al país para ajustarse a lo dispuesto*

por ese órgano comunitario, nueva Nota de Observaciones, y Dictamen de Incumplimiento”.

Considera que: *“de un examen de los considerandos del Dictamen de Incumplimiento emitido por la Secretaría General de la Comunidad Andina en este caso, se hace evidente que el procedimiento fue iniciado a solicitud de Perú, por la presunta imposición de un gravamen o restricción al comercio, siendo posteriormente desviado por ese órgano comunitario, a un procedimiento por incumplimiento distinto a gravamen o restricción, aun cuando la propia Secretaría General en la Audiencia Pública Oral del pasado 05 de agosto de 2004, calificó al Impuesto al Valor Agregado IVA como un gravamen, pretendiendo luego justificar sus actuaciones arbitrarias aduciendo que fue Colombia quien inició el procedimiento administrativo, contradiciendo los considerandos y antecedentes de su propio Dictamen de Incumplimiento, y finalmente cometiendo el exabrupto de argumentar que como el Trato Nacional es un Principio General del ordenamiento jurídico comunitario, el procedimiento es irrelevante, siendo que la Secretaría General de la Comunidad Andina es el garante del ordenamiento jurídico andino”.*

En virtud de lo expuesto, los representantes de Venezuela solicitan se analice el supuesto ilegal y arbitrario procedimiento comunitario utilizado por la Secretaría General de la Comunidad Andina y se declare inadmisibles la presente Acción de Incumplimiento.

Venezuela aduce que: *“al igual que las demás partes contratantes del Acuerdo de Cartagena, al suscribir el mismo, tan solo contrató respecto a los tributos aduaneros, no así, respecto a tributos de carácter interno, como el Impuesto al Valor Agregado. En tal sentido, urge precisar que ‘el ejercicio del poder tributario es una de las más claras manifestaciones de la autoridad del Estado y de su poder de coacción’, máxime cuando este poder se manifiesta en el ámbito interno”.*

También señalan que: *“en Venezuela no se exige el pago por concepto de tributos aduaneros ni recargo alguno que tuviera el mismo efecto económico, causados por las importaciones provenientes de los Países Miembros. Hecho que innegablemente demuestra que la República Bolivariana de Venezuela cumple y ha venido cumpliendo con el Programa de Liberación de*



Gravámenes Aduaneros, objeto del Acuerdo de Cartagena, al no exigir el pago de los derechos arancelarios a la llegada de las mercancías procedentes de los Países Andinos”.

Asimismo, alegan que: *“la Acción de Incumplimiento propuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina está viciada de falso supuesto porque parte de premisas falsas y divorciadas del Derecho Comunitario Andino. Consideran que la actual controversia versa sobre un aspecto sustancial del Impuesto al Valor Agregado Venezolano, relativo a la base imponible o gravable, por lo que se amerita determinar donde está consagrada la regulación jurídica de este impuesto, de manera de poder identificar cuáles serían las disposiciones que le son aplicables, para luego pasar a dirimir, si guardan vinculación con la normativa impuesta por el derecho comunitario, y más allá, si implica una vulneración del mismo”.*

Señalan que: *“revisado el ordenamiento jurídico andino se observa que no hay disposiciones jurídicas vigentes que regulen el Impuesto al Valor Agregado de los Países Miembros en cuanto a los elementos que lo conforman, en especial, su base imponible, razón por la que se denota ab initio, que no existió para el momento, ni existe hoy, relación entre el tratamiento que cada país ha legislado para el IVA y la supuesta violación a normas de derecho comunitario andino, que de hecho, no existe”.*

Aduce que: *“el IVA de ninguno de los Países Miembros de la Comunidad Andina, está regulado por el derecho comunitario andino vigente, razón por la cual se evidencia, de antemano, que hay una imposibilidad fáctica de suponer una infracción a normas jurídicas de gravámenes en el orden comunitario que ni siquiera existen, y que por tanto, no pueden ser inferidas bajo la extralimitación del alcance del derecho comunitario andino a materias que no están bajo su regulación. Tanto los aspectos sustanciales como procedimentales del impuesto indirecto tipo valor agregado, han sido regulados por el derecho interno de cada País Miembro del Acuerdo de Cartagena, por cuanto no existe una normativa vigente en el derecho comunitario andino que regule el tratamiento de dicho impuesto, ni específicamente, en cuanto a su base imponible o gravable. Ante esta situación de inexistencia de normas jurídicas comunitarias que regulen la materia impositiva indirecta, es evidente que el*

Impuesto al Valor Agregado venezolano no es un tributo que haya sido negociado dentro de la Comunidad Andina, por lo que, en respeto a la soberanía de los pueblos para ejercer su Poder Tributario, la Secretaría de la Comunidad Andina a través de la Resolución N° 594 y su consecuente Acción de Incumplimiento, no debió tratar de imponer una regulación unilateral, ni debió pronunciarse sobre las disposiciones jurídicas que establecen el Impuesto al Valor Agregado, por cuanto ello significa un exceso en la esfera de sus competencias”.

Alegan que: *“ante la inexistencia de una regulación armonizada andina, que establezca la forma de calcular la base imponible del Impuesto al Valor Agregado por importación en los Países Miembros, es de obligatoria observancia la normativa interna vigente en cada uno de ellos cuando se configure la importación como supuesto de hecho que causa el gravamen”.*

Explican que: *“respecto al gravamen previsto conforme la Ley Orgánica de Aduanas, tal como se indicó ut supra, uno de los supuestos para la exceptuación de su pago, es que el bien que legalmente ingrese al país, sea procedente de uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina; ello por propia previsión contenida en el artículo 9 del Arancel de Aduanas. Ahora bien, en materia del Impuesto al Valor Agregado a las importaciones, el hecho generador lo constituye el registro de la respectiva Declaración Aduanera, tratándose por ende, de una exacción autónoma al gravamen de importación. Denotadas las anteriores premisas, huelga presentar a la consideración de este Tribunal que:*

- *Los impuestos de importación se causan con la llegada de las mercancías a las Aduanas Nacionales. Por regla general, desde que ingresa la mercancía a territorio venezolano se hace exigible el pago de los aranceles, lo cual no se desvirtúa si después de causados los mismos son exonerados por otras disposiciones.*
- *Estos impuestos pueden estar exceptuados de pago. En la legislación nacional sólo se prevé una dispensa con forma de exención del pago de los derechos arancelarios, que es la establecida en el artículo 9 del Arancel de Aduanas, ello en aplicación del Programa de Liberación contenido en el Capítulo V del Acuerdo de Cartagena.*



- En la legislación venezolana que regula el Impuesto al Valor Agregado, tributo interno no negociado en el Acuerdo de Cartagena, específicamente en el artículo 21 de la Ley, se dispone que para el cálculo de la base imponible se tomarán en cuenta los tributos causados. Razón por la que considera esta Representación que respecto al monto gravable en el IVA a la importación, no cabe excluir aquellos gravámenes que aun cuando causados, no hayan sido exigibles.
- La configuración del IVA a las importaciones en Venezuela no es violatoria del Derecho Comunitario Andino, al no estar la misma construida bajo los postulados de un gravamen aduanero o recargo, y más aún cuando actualmente se espera la armonización de manera gradual, de sus aspectos sustanciales y procedimentales conforme a los términos previstos en la Decisión N° 599.

Por las razones esgrimidas, la defensa venezolana sostiene que con la aplicación de la normativa jurídica venezolana, contenida en los artículos 21 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado y 46 de su Reglamento, que regulan el elemento cuantificador del mismo tributo, no se está violando el Programa de Liberación, dado que los gravámenes aduaneros causados por la llegada de los productos andinos a nuestro territorio dispensados de su pago por la legislación aduanera para su desaduanamiento, son considerados en un escenario distinto, cual es, el de la declaración de esa misma mercancía a los efectos del pago del Impuesto al Valor Agregado”.

Señalan que: “la violación al Principio de Trato No Menos Favorable, se configuraría si al producto andino una vez internado al mercado venezolano se le diera un trato desfavorable y discriminatorio respecto al que se le da al producto nacional, situación que no se presenta en el caso de autos. Ciertamente no podría configurarse de hecho una discriminación en situaciones que de por sí son desiguales. Para poder alegar un trato discriminatorio en principio tendría que partirse de que hay una previa situación de igualdad que luego es subvertida”.

Consideran que en una sana interpretación, “es imposible que pudiera haber una discriminación o un trato menos favorable en cuanto al Impuesto al Valor Agregado causado por importa-

ción, entre los productos extranjeros andinos y los nacionales, toda vez que, si bien los productos nacionales no soportan el Impuesto al Valor Agregado por importación (por no venir del extranjero), sí soportan este impuesto causado por sus propias operaciones”.

Exponen que: “lo que pretendió el Legislador venezolano que al tratar de equilibrar las bases imponibles de los bienes objeto tanto de ventas internas como de importaciones, precisamente para no ocasionar desequilibrios entre los productos que se comercializan internamente y los que se importan. Recordemos que el Impuesto al Valor Agregado es un impuesto indirecto que se calcula con base en el sistema de débitos fiscales menos los créditos fiscales, siendo éstos últimos trasladados por el proveedor al contribuyente para que éste los utilice, rompiéndose la cadena cuando existen beneficios fiscales tales como liberaciones o dispensas del pago del tributo, en cuyo caso ya no podrá hacerse el traslado del impuesto y por tanto para que exista un resarcimiento el contribuyente deberá llevar al costo el crédito fiscal no utilizable”.

Para concluir, argumentan que: “en el presente caso no se verifica ‘la protección indirecta del mercado interno’, ni la desventaja competitiva aludidos por la Secretaría General de la Comunidad Andina en la Resolución N° 594, por cuanto de los hechos se deduce que se dista abismalmente del incumplimiento de lo preceptuado por el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena (Actual 75), precisamente porque tal como se ha sostenido en la Audiencia, los productos nacionales venezolanos no cuentan con un trato ‘más favorable’ puesto que los mismos tienen cargas no sólo tributarias sino de toda índole que en muchos casos los hace incluso más costosos en comparación con los productos provenientes de los países de la Comunidad Andina, y que solo mediante una comparación sumamente particularizada podría determinarse un trato discriminatorio en su tratamiento tributario comercial”.

“De todas las consideraciones expuestas, se desprenden las siguientes premisas:

1. El Principio de Trato Nacional, si bien es un principio general en el derecho comunitario andino, es de desarrollo gradual y progresivo en la legislación que actualmente pretende



armonizar los aspectos sustanciales y procedimentales de los impuestos indirectos tipo valor agregado.

2. *Luego de hacer una revisión del alcance y contenido del ordenamiento jurídico andino, se evidencia que el Impuesto al Valor Agregado es un tributo que no está regulado por la normativa vigente andina, razón por la cual, hasta tanto no adquiera eficacia procesal la armonización contenida en la Decisión N° 599, su tratamiento se orientará según las disposiciones internas de cada País Miembro del Acuerdo de Cartagena, máxime cuando aún en esta misma Decisión se prevé que en todo lo no regulado en ella seguirá vigente el derecho nacional aplicable.*
3. *El Impuesto al Valor Agregado no es un impuesto al comercio exterior, y su neutralidad se ve expresada en el acogimiento del principio de imposición en el país de destino, máxima imperante en la Comunidad Andina, y en la distinción de tres hechos imponibles causantes de su pago. De manera que para el cálculo de la base imponible del Impuesto al Valor Agregado por importación o por adquisición de bienes locales corporales, el legislador venezolano consideró, en igualdad de condiciones, a los tributos causados, con el propósito de evitar la discriminación interna en el tratamiento de ambas operaciones, anulando las posibles distorsiones económicas que por su propia naturaleza pudieran generar (artículos 21 y 23, numeral 4 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado venezolana). Bien pudiera pasar que un producto local pudiera ser más oneroso que un producto importado por tener que soportar el impuesto indirecto causado por sus operaciones gravadas.*

La defensa venezolana insiste en que una vez que los productos provenientes de los Países Miembros ingresan al mercado interno de Venezuela no ingresan en desventaja competitiva en cuanto a la aplicación del impuesto al valor agregado, porque el legislador justamente para evitar distorsiones, incluyó tanto en la base imponible del Impuesto al Valor Agregado por adquisición de bienes locales corporales, como en la importación de bienes provenientes de la Subregión, los tributos causados con el fin de no otorgar ningún trato discriminatorio en su mercado interno.

4. *Para poder evidenciar el supuesto efecto económico distorsionado que denuncia la Secretaría General de la Comunidad Andina, se considera que se debería además de tener una percepción integral de las normas que regulan la base imponible del Impuesto al Valor Agregado venezolano, un estudio comparativo en el mercado venezolano que demostrase que en efecto hay un tratamiento desigual en el mercado interno, entre el producto interno y el importado andino, que coloque en desventaja competitiva al último. Sólo de esta manera pudiera declararse con certeza que efectivamente hay un trato discriminatorio que indudablemente afecta la comercialización y libre circulación de los productos provenientes de la Subregión. Por cuanto este estudio comparativo no se produjo en la presente causa, no se puede comprobar fehacientemente que hubo violación del Principio de Trato Nacional denunciado”.*

CONSIDERANDO:

1. Competencia

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de la presente controversia en virtud de lo dispuesto por los artículos 23 y 24 de su Tratado de Creación, concordados con las normas de su Estatuto y de su Reglamento Interno, en las que se regula lo concerniente a la acción de incumplimiento. Al haberse observado las formalidades relativas a la referida acción, sin que exista vicio procesal alguno que invalide lo actuado, procede el Tribunal a dictar sentencia.

2. Naturaleza jurídica y características de la acción de incumplimiento. Del procedimiento administrativo previo.

La acción de incumplimiento se encuentra disciplinada en los artículos 23 al 27 del Tratado de Creación del Tribunal y en los artículos 107 al 120 de su Estatuto, y constituye el mecanismo jurisdiccional que permite vigilar el cumplimiento por parte de los Países Miembros, de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Así, el Tribunal se encuentra facultado para conocer de las acciones de incumplimiento que sean interpuestas por la Secretaría General de la mencionada Comunidad, los Países Miembros, o las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro.



En diversos fallos, éste órgano jurisdiccional comunitario se ha referido a la naturaleza de la acción de incumplimiento; en este sentido ha sostenido que, a través de dicha acción, se persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena. Este Tribunal garantiza así el control de la legalidad del sistema, de acuerdo con lo dispuesto en su Tratado Fundacional, cuyo texto lo inviste como el órgano jurisdiccional de la Comunidad, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente.

Ahora bien, para acudir al órgano jurisdiccional comunitario deben agotarse las vías previas que exigen tanto el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como su Estatuto; sobre el particular, este Tribunal en sentencia reciente ha señalado que: *“De las normas que regulan la acción en comento se desprende que antes de acudir al procedimiento judicial en el Tribunal, es indispensable que se adelante ante la Secretaría General de la Comunidad, un procedimiento precontencioso, que viene a constituir una especie de presupuesto procesal para la acción, que se materializa por el desarrollo de una fase previa administrativa en la que debe abrirse un diálogo entre el ejecutivo comunitario y el País Miembro presuntamente infractor, para buscar la solución del asunto controvertido en dicha etapa. Debe en esa fase otorgarse al País Miembro la oportunidad procesal para corregir o enmendar su conducta, a partir de la formulación de un pliego de cargos o nota de observaciones que puede, por supuesto, ser objeto también de explicaciones justificativas de la conducta asumida por el referido País Miembro. Resulta así mismo, indispensable la emisión de un dictamen motivado de cumplimiento o incumplimiento, en el cual se determine si, a criterio de la Secretaría General, la conducta asumida por el País Miembro es contraria o no al ordenamiento jurídico comunitario. Se observa que la jurisprudencia del Tribunal exige que debe existir correspondencia y suficiente congruencia entre las razones del incumplimiento aducidas en la nota de observaciones y las contenidas en el dictamen de incumplimiento con las alegadas posteriormente en la demanda que llegare a intentarse”* (PRO-

CESO 50-AI-2002, sentencia del 14 de mayo de 2003, publicado en la Gaceta Oficial No. 935 del 12 de junio de 2003). En el presente caso se ha observado que el procedimiento administrativo previo ha sido llevado a cabo de manera congruente y ha sido cumplido a cabalidad.

En cuanto al pedido de declaratoria de nulidad del proceso presentado por la República de Venezuela en su contestación; es necesario recordar que ésta solicitud fue rechazada porque las acciones de nulidad y de incumplimiento son incompatibles y por otra parte, porque el proceso no podía declararse nulo, pues la nulidad del mismo puede ocurrir, según el literal c) del artículo 64 del Estatuto del Tribunal, cuando no se hayan cumplido los trámites previos y en este caso, a consideración de éste Tribunal, dichos trámites se cumplieron a cabalidad.

3. Del hecho y la conducta constitutiva del incumplimiento denunciado. Ley del Impuesto al Valor Agregado de la República Bolivariana de Venezuela.

De los hechos expuestos en la demanda, este Tribunal ha podido apreciar que la Ley del IVA (LIVA) venezolano, y su reglamento, que se especifica como materia de la presente acción, fue publicada en G.O. de la República de Venezuela No. 5.363 Extraordinaria de 12 de julio de 1999 y entró en vigencia el 9 de julio de 1999; discrimina entre ciertos productos venezolanos al calcular el impuesto tomando una base imponible diferente a aquella con que se calcula el IVA para productos similares provenientes de otros países de la Subregión, lo que constituye una clara violación del Principio de Trato Nacional, recogido en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena. No obstante que en el curso de la tramitación de este proceso dicha LIVA y/o su reglamento haya sido modificada varias veces (mediante Gacetas Oficiales Nos. 37.006, 37.480, 5.601 extraordinario de fechas 2 de agosto de 2000, 9 de julio de 2002 y 30 de agosto de 2002 respectivamente), y siendo la más reciente modificación la publicada en la G.O. de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.999 del 11 de agosto de 2004 y que entró en vigencia el 1 de septiembre del presente año; este Tribunal ha podido constatar, que todas las modificaciones a la Ley del IVA desde la entrada en vigor de la Ley del 9 julio de 1999, hasta el reglamento que recientemente ha entrado en vigencia, conservan el mismo texto para el cálculo de la base



imponible, manteniendo de manera sistemática el trato discriminatorio, respecto de los productos provenientes de los Países Miembros con relación a los productos nacionales.

Esta reiterada conducta es contraria al ordenamiento jurídico comunitario y debe ser calificada como un incumplimiento como lo ha señalado este Tribunal en el Proceso No. 50-AI-2002, ya citado, en la que ha dejado claramente establecido que: *“Para el Tribunal no hay duda de que la conducta general asumida ... por el País Miembro demandado, consistente en mantener en su ordenamiento jurídico nacional normas contrarias al ordenamiento jurídico comunitario es la que debe ser objeto de censura independientemente de que ella haya tenido restricciones o modificaciones por razón de su contenido y redacción de los textos legales en que ha sido plasmada”*; o como lo señaló el Tribunal en el Proceso 7-AI-98 en la Sentencia de 2 de Julio de 1999 publicada en la G.O.A.C No. 490 de 4 de Octubre de 1999: *“No se trata, como pudiera pensarse que varios incumplimientos se hayan acumulado en una misma demanda sino de un incumplimiento que ha sido reiterativamente consumado y que presenta la forma de un hecho continuado”*.

Esta demanda fue presentada el 18 de noviembre del año 2003, y la contestación a la demanda por parte del representante de la República Bolivariana de Venezuela el 10 de marzo de 2004, y a pesar de ello, el País Miembro demandado aunque tuvo la oportunidad antes de la entrada en vigencia de la última reforma, a través de su reglamento, de modificar la Ley del IVA a fin de que estuviera en armonía con la normativa comunitaria; ha seguido actuando de forma contraria al ordenamiento jurídico comunitario al mantener la discriminación en el cálculo de la base imponible para los productos originarios de la Subregión con relación a los productos nacionales.

4. Del concepto de “Base imponible”. Del Principio de Trato Nacional. Artículo 75 del Acuerdo de Cartagena

Según el boletín oficial del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria –SENIAT– de la República Bolivariana de Venezuela, que se encuentra en la página web oficial de este organismo venezolano (<http://www.seniat.gov.ve>), se entiende por “Base Im-

ponible” *“... el elemento cuantitativo sobre el cual se aplica la alícuota tributaria para determinar el impuesto”*; y señala que para el caso de la importación de bienes *“... es el valor en aduanas de los bienes, más los tributos, recargos, derechos compensatorios, derechos antidumping, intereses moratorios y otros gastos que se causen por la importación, exceptuando el IVA”*; mientras que para los productos nacionales, la base imponible, sería el precio facturado del bien.

Por su parte, el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, referido al Trato Nacional, señala que: *“En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales”*.

Este Tribunal ya ha señalado que: *“Por el principio del Trato Nacional o de No Discriminación se entiende que, los bienes de los Países Miembros una vez internados al mercado nacional de otro País Miembro, no deben ser tratados de una manera diferente a los bienes de origen nacional.*

El principio del Trato Nacional, es de antigua data y se encuentra recogido en los acuerdos de libre comercio clásicos y en los modernos. El citado principio está contemplado en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), en el Tratado de Montevideo de 1980, mediante el cual se constituyó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y en el Acuerdo de Marrakech de 1994, a través del cual se constituyó la Organización Mundial de Comercio (OMC), entre otros” (PROCESO 52-AI-2002, sentencia del 27 de agosto de 2003, publicada en la Gaceta Oficial No. 990 del 1 de octubre de 2003).

También ha sostenido al respecto que: *“... el Programa de Liberación tiene por objeto eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios de cualquier País Miembro ... esta norma en concordancia con el artículo 74 [actual 75] del mismo Acuerdo, relacionada a materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, que dispone que los productos originales de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos nacionales similares, dentro del contexto del refe-*



rido Capítulo V, constituye uno de los mecanismos principales a utilizarse para alcanzar los objetivos propios del proceso integracionista y en especial para obtener la formación gradual de un mercado común". (PROCESO 52-AI-2002, ya citado).

En aplicación del mencionado artículo 75, concordante en este caso con el artículo 77 del Acuerdo de Cartagena, cualquier obstáculo, limitación o impedimento que afecte la libre circulación de bienes originarios de un País Miembro a otro País Miembro o que imponga un trato discriminatorio en la acotación de impuestos o gravámenes, constituye una clara violación al Principio del Trato Nacional y de Libre Circulación, consagrado como uno de los Principios Fundamentales que sustenta al mismo Acuerdo subregional.

En el presente caso, el País Miembro denunciado, al haber tomado para el cálculo de la base imponible del Impuesto al Valor Agregado de productos provenientes de otros Países Miembros, que están exonerados del pago de derechos aduaneros; el valor que éstos tenían en frontera más los tributos, recargos y similares y demás gastos, incluyendo los gravámenes que se hubiesen generado de no existir los beneficios de exención por ser productos andinos, ha inflado artificiosamente dicha base imponible haciéndola significativamente mayor a la señalada para los productos similares nacionales, dándole así a los productos provenientes de los otros Países Miembros de la Comunidad Andina un tratamiento de productos originarios de terceros países; lo que, evidentemente, se traduce en un trato discriminatorio y en una clara violación de los principios del proceso de integración recogidos en los artículos acotados del Acuerdo de Cartagena.

Este Tribunal ha señalado al respecto que: "Los conceptos emitidos por el Tribunal sobre lo que significa el trato discriminatorio concierne a la conducta de un Estado que mediante normas internas impone condiciones de cualquier orden a los productos importados o extranjeros, los cuales como consecuencia de ello se encuentran en una situación desfavorable en comparación con el trato o beneficios concedidos a favor de los productos nacionales ... En consecuencia ... los productos originarios de los Países Miembros deben disfrutar de trato nacional y no discriminatorio, no solo en materia de im-

puestos, tasas y otros gravámenes, sino 'en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y uso de estos productos en el mercado interior' según el lenguaje de la OMC y del G-3 ...". (Sentencia emitida en el proceso 3-AI-97, publicada en la G.O.A.C. N° 422 de 30 de marzo de 1999).

El artículo 46 del reglamento de la LIVA venezolana señala que: "En las importaciones de mercancías exentas o exoneradas totalmente del pago de derechos aduaneros, pero no del impuesto de Ley, éste se calculará sobre el valor en Aduanas más los tributos, recargos y similares, y demás gastos que correspondan, incluyéndose los gravámenes que se hubiesen generado de no existir dichos beneficios".

Por su parte los artículos 38 al 44 del reglamento de la misma Ley, referidos a la base imponible de los productos venezolanos, no disponen que en el cálculo de la base imponible se agreguen otros aranceles, recargos, gastos o gravámenes, lo que equivale a decir que se encuentran exentos de los mismos, lo que constituye una flagrante discriminación con aquellos productos provenientes de los otros Países Miembros que deberían ser tratados y gravados en igualdad de condiciones que los productos nacionales.

Este Tribunal concluye en consecuencia que el referido artículo 46 del reglamento de la LIVA constituye una objetiva y flagrante violación al principio de Trato Nacional consagrado en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena al establecer una discriminación entre los productos importados, incluso aquellos originarios de otros Países Miembros al no existir un tratamiento similar para los productos venezolanos análogos; conducta que constituye, por lo tanto, un incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

5. De las materias no armonizadas por la normativa comunitaria

En lo que se refiere al supuesto exceso cometido por la Secretaría General, alegado por la demandada, al dictaminar un incumplimiento sobre una materia no armonizada en la Comunidad Andina; este Tribunal debe recalcar el papel que le corresponde a la Secretaría, junto con este Tribunal, como garantes del ordenamiento jurídi-



co comunitario, es una obligación que se extiende más allá de solamente tutelar las normas armonizadas pues como lo ha sostenido en un informe y reiterada jurisprudencia, tales como los Procesos 3-AI-97, 50-AI-02 y 52-AI-02, cualquier norma nacional que sea contraria a una norma comunitaria, como es en este caso el artículo 46 del reglamento de la LIVA con relación al artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, o que impida el desarrollo de los principios que rigen a la Comunidad, como es el caso, deberá ser derogada o modificada.

Es obligación indeclinable tanto de la Secretaría General como del Tribunal, contemplada en el artículo 30 literal a) del Acuerdo de Cartagena y en el artículo 4 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, velar por la intangibilidad y preeminencia del ordenamiento jurídico comunitario y éste deber no se limita a vigilar el cumplimiento a cabalidad de las normas comunitarias por todos los Países Miembros sino cuidar asimismo que sus normas internas, no vulneren las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario.

En el presente caso se observa, las diferentes leyes del IVA de Venezuela y/o sus reglamentos desde su promulgación, han creado una situación de discriminación entre ciertos productos venezolanos y sus similares de la Subregión; y si bien el tema del Impuesto al Valor Agregado no ha sido armonizado por alguna normativa andina, ello no excusa a los Países Miembros para que en sus normas internas sobre IVA, o en general sobre cualquier otra materia, creen una situación que se traduzca en una discriminación entre los productos provenientes de los países andinos, en abierta contravención de las normas comunitarias.

Finalmente, este Tribunal se ve en la necesidad de reafirmar el carácter supranacional de las normas andinas sobre las normas internas así como su primacía sobre aquéllas y su aplicación directa e inmediata, como incluso ya lo ha reconocido el Tribunal Superior Primero en lo Contencioso Tributario de Caracas, en sentencia emitida el día 4 de diciembre de 2003, en el caso Sociedad de Fabricación y Venta de Automóviles –SOFAVEN- contra el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria –SENIAT-, cuando declaró fundada su demanda en la que alegaba que el SENIAT había realizado un cobro indebido de impuestos al aco-

tar éste gravamen a un producto proveniente de la Comunidad Andina, contrariando así las normas del derecho comunitario andino.

6. Pronunciamiento sobre costas

La demanda se considera totalmente fundada. La Secretaría General solicitó en su demanda la condena en costas a la República Bolivariana de Venezuela, por lo que siguiendo lo establecido por el artículo 90 del Estatuto del Tribunal, deberá condenarse en costas al País Miembro demandado.

Por todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en ejercicio de las competencias que le confieren los artículos 23 y 24 de su Tratado de Creación y luego de haber cumplido el proceso que señala su Estatuto.

DECIDE:

1. Declarar que la República Bolivariana de Venezuela ha incurrido en incumplimiento del artículo 75 del Acuerdo de Cartagena y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al contemplar en su Ley del IVA y reglamento un trato discriminatorio entre los productos nacionales y aquellos originarios de la Subregión, al establecer diferencias entre ambos en el cálculo de la base imponible,
2. La República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, deberá adoptar las medidas necesarias a fin de hacer cesar el incumplimiento de las normas comunitarias señaladas y modificar en consecuencia las partes pertinentes de la Ley del IVA y su reglamento a fin de eliminar el trato discriminatorio para los productos de la Comunidad Andina.
3. Condenar al pago de costas por parte de la República Bolivariana de Venezuela

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Remítase a la Secretaría General copia certificada de esta sentencia para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de



conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 del Tratado de Creación del Tribunal.

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.-

Mónica Rosell
SECRETARIA

PROCESO N° 156-IP-2004

Interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en los artículos 56 y 58, literal f, de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y del segundo párrafo del artículo 95 de la Decisión 344, solicitada por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, e interpretación de oficio de los artículos 58, literal g, 65 y 66 de la Decisión 85, y de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 344. Parte actora: sociedad BON BRIL S.A. Caso: marca "BRIO". Expediente Interno N° 2558 ED.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. San Francisco de Quito, diecinueve de enero del año dos mil cinco.

VISTOS

La solicitud de interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en "los artículos 81, 82 literales a) y h) 83 literales a (sic), y 95 de la decisión 344, 56 y 58, literal f) de la Decisión 85", formulada por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, por órgano de su Presidente, Dr. Eloy Torres Guzmán, y recibida en este Tribunal en fecha 16 de noviembre 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

De la demanda presentada por el mandatario de la empresa BON BRIL S.A. se desprende que "el 4 de noviembre de 1991, se publicó la solicitud de registro como marca de fábrica de la denominación 'BRIO', con certificado de presentación No. 24349, de 1o. de marzo de 1991, a nombre del Ing. ALFREDO BAUTISTA MOLINA, para proteger: 'clase internacional 21: esponjillas de lana de acero- paños limpiadores'"; y que "El 11 de diciembre de 1991, BON BRIL LTDA., anterior propietaria de las marcas 'BON-BRIL' y 'JA-BON-BRIL' ... presentó oposición a la solicitud de registro 'BRIO', fundamentada en los registros de las marcas de fábrica 'BON-BRIL' y 'JA-BON-BRIL' ...", marcas que protegen "entre otros: 'artículos para limpieza en general, esponjas impregnadas de jabón, de productos jabono-



tos o de detergente, jabones sólidos, líquidos o en polvo, lana de acero en todos sus campos, artículos en general para limpieza; sustancias jabonosas para limpiar en general sustancias no jabonosas para limpiar en general'. Productos estos encasillados en la actual clase internacional 21".

Del texto de la Resolución N° 0947343, del 28 de noviembre de 1995, emanada del Director Nacional de Propiedad Industrial, del Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca de la República del Ecuador, se desprende que, según la Administración, "Una vez analizadas las marcas en controversia, podemos concluir que entre las denominaciones BRIO y BON BRIL, no existen semejanzas que puedan inducir al público consumidor o a los medios comerciales a error, ya que la marca solicitada contiene elementos que la hacen suficientemente novedosa y diferenciable", por lo que decide "Conceder el registro de la marca solicitada ...".

1.2. Cuestión de derecho

El consultante informa que, a juicio de la actora, "entre las marcas 'famosas y notorias' 'BON-BRIL' y 'JAB-BON-BRIL' (sic) de su propiedad y la denominación 'BRIO', solicitada por el demandado, existen características muy semejantes"; que "el propósito del solicitante del nuevo registro es aprovecharse del prestigio ganado por las marcas 'famosas y notorias' del actor, lo que produciría confusión en los medios comerciales y en el público consumidor"; que "el signo solicitado por el demandado carece de distintividad y por lo tanto vulneraría los artículos 81, y 83 literal a) de la Decisión 344, normas que concuerdan con lo (sic) requisitos exigidos por los artículos 56 y 58 literal f) de la Decisión 85, normativa vigente al momento en que se presentó la solicitud de registro y se presentó la observación"; que "el demandado no contestó las observaciones planteadas contra su solicitud de registro, razón por la cual se acusó la rebeldía del solicitante y se solicitó la declaratoria de abandono, pese a lo cual la Dirección Nacional de Propiedad Industrial no aceptó su pedido"; que "la resolución impugnada no reúne los requisitos que la doctrina señala para la emisión de este tipo de actos, en especial acusa la falta de motivación, pues en su entender el considerando número dos de la resolución es muy lacónico y no explica las razones o reflexiones que le llevaron a tomar su decisión"; y

que "el Director Nacional de Propiedad Industrial no siguió las reglas aconsejadas por la doctrina, como realizar un análisis del conjunto, sucesivo y fijándose en la (sic) semejanzas antes que en las diferencias, al momento de realizar el examen comparativo entre las marcas en disputa".

La actora alega que "los productos protegidos por las marcas en conflicto, son iguales y se encuentran encasillados en la clase internacional 21 de la clasificación internacional de productos"; que "el solicitante ... lo que ha hecho, es eliminar de la marca registrada la palabra 'BON', y cambiar de 'BRIL' la consonante 'L' por la vocal 'O' para disimular el parecido, obviamente sin conseguirlo"; que "conviene examinar lo que la doctrina Jurídica establece en forma unívoca, respecto de las expresiones que constituyen novedad y que, por consiguiente, dejan de ser semejantes a otras"; que "la denominación solicitada ... no reúne los requisitos exigidos de manera expresa por la disposición del Art. 81 de la Decisión 344 en actual vigencia, que mantiene los preceptos del Art. 56 de la Decisión 85 ..."; y que "El señor Director de Propiedad Industrial ... nos priva de conocer las reflexiones que le han llevado a hacer la simplísima afirmación del punto segundo de la resolución (sic)".

2. Contestación a la demanda

2.1. Según el consultante, el Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca opuso las siguientes excepciones: "Legalidad y validez de la resolución impugnada, porque guarda conformidad con la legislación vigente en materia de Propiedad Industrial"; y "Negativa pura, simple, llana y absoluta de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda propuesta".

2.2. Informa también el consultante que el Procurador General del Estado opuso las siguientes excepciones: "Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda. Legitimidad de la resolución por provenir de autoridad competente y estar ajustada a derecho, pues con la debida motivación rechazó las observaciones formuladas por el actor. Improcedencia de la demanda porque sus pretensiones carecerían de fundamento legal. Caducidad del derecho y prescripción de la acción ...".

2.3. No consta del expediente remitido por el Tribunal consultante escrito alguno de contesta-



ción a la demanda por parte del Director Nacional de Propiedad Industrial, ni por parte del señor Alfredo Bautista Molina, beneficiario del acto administrativo impugnado.

CONSIDERANDO

Que las normas cuya interpretación se solicita son las disposiciones consagradas en “los artículos 81, 82 literales a) y h) 83 literales a (sic), y 95 de la decisión 344, 56 y 58, literal f) de la Decisión 85”;

Que, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 1, literal c, del Tratado de Creación del Tribunal (codificado mediante la Decisión 472), las normas cuya interpretación se pide forman 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 15 del expediente, la presente solicitud de interpretación prejudicial fue admitida a trámite; y,

Que, sin embargo, una vez examinada la aplicabilidad de las disposiciones sometidas a consulta, así como los elementos documentales remitidos a este Órgano Jurisdiccional, visto que la solicitud de registro del signo en cuestión fue formulada el 1° de marzo de 1991, bajo la vigencia de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, procede interpretar, de las disposiciones señaladas por el consultante, las previstas en los artículos 56 y 58, literal f, de la Decisión 85, y, en cuanto al procedimiento, la establecida en el segundo párrafo del artículo 95 de la Decisión 344; asimismo, con fundamento en la potestad que deriva del artículo 34 de su Tratado de Creación, el Tribunal encuentra pertinente interpretar de oficio las disposiciones contempladas en los artículos 58, literal g, 65 y 66 de la Decisión 85, así como en la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 344, cuyos textos son del tenor siguiente:

Decisión 85

“Artículo 56.- *Podrá registrarse como marcas de fábrica o de servicios, los signos que sean novedosos, visibles y suficientemente distintivos”.*

“Artículo 58.- *No podrán ser objeto de registro como marcas:*

(...)

f) Las que sean confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitadas posteriormente con reivindicación válida de una prioridad para productos o servicios comprendidos en una misma clase”;

g) Las que sean confundibles con otras notoriamente conocidas y registradas en el país o en el exterior para productos o servicios idénticos o similares;

(...).”

“Artículo 65.- *Si la solicitud no mereciere observaciones o fuere complementada debidamente, se ordenará la publicación de un extracto, por una vez, en el órgano de publicidad que determine la legislación interna del respectivo País Miembro.*

Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación cualquier persona podrá oponerse al registro de la marca.

“Artículo 66.- *Si dentro del plazo de treinta días hábiles se presentaren oposiciones, la oficina nacional competente las tramitará de acuerdo con la legislación interna del respectivo País Miembro”.*

Decisión 344

“Artículo 95.- (...)

Vencido el plazo a que se refiere este artículo, la oficina nacional competente decidirá sobre las observaciones y la concesión o denegación del registro de marca, lo cual notificará al peticionario mediante resolución debidamente motivada”.



“DISPOSICIONES TRANSITORIAS:

PRIMERA.- *Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación existente con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión, subsistirá por el tiempo en que fue concedido. En lo relativo a su uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas, se aplicarán las normas contenidas en la presente Decisión”.*

I. De la aplicación del ordenamiento comunitario en el tiempo

En principio, y con el fin de garantizar el respeto a las exigencias de seguridad jurídica y 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.

El régimen común en materia de propiedad industrial se ha apoyado en la irretroactividad de la norma sustancial, pues desde la vigencia de la Decisión 85 (artículo 85), y a través de las Decisiones 311 (Disposición Transitoria Cuarta), 313 (Disposición Transitoria Cuarta) y 344 (Disposición Transitoria Primera), estableció que todo derecho de propiedad industrial, válidamente otorgado de conformidad con la normativa anterior, subsistiría por el tiempo en que fue concedido. La Disposición Transitoria Primera de la Decisión 486 se apoya asimismo en el respeto de los derechos válidamente concedidos conforme a “las disposiciones aplicables en la fecha de su otorgamiento”, cuales son las vigentes para la fecha de presentación de la solicitud de registro, pero añade, a título de excepción, que los plazos de vigencia de los derechos preexistentes deberán adecuarse a lo previsto en la Decisión.

Por otra parte, las disposiciones citadas han contemplado la aplicabilidad inmediata de la norma sustancial posterior a los efectos futuros del derecho nacido bajo la vigencia de la norma anterior, pues han dispuesto que se aplicará la nueva Decisión al uso, goce, obligaciones, li-

cencias, renovaciones y prórrogas del derecho válidamente concedido.

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 la actividad procesal pendiente, y no, salvo previsión expresa, a la ya cumplida. Por tanto, en tutela del principio de seguridad jurídica, si la norma sustancial, vigente para la fecha de la solicitud de registro de un signo como marca, ha sido derogada y reemplazada por otra en el curso del procedimiento correspondiente a tal solicitud, aquella norma será la aplicable a los efectos de determinar si se encuentran cumplidos o no los requisitos que se exigen para el otorgamiento del derecho, mientras que la norma procesal posterior será la aplicable al procedimiento en curso, en aquellas de sus etapas que aún no se hubiesen cumplido.

La instancia consultante establecerá, a la luz de las consideraciones que anteceden, la norma aplicable en el caso de autos, bien en lo que concierne a los requisitos para el registro de un signo como marca, bien en lo que concierne al trámite de la solicitud correspondiente.

II. De los requisitos para el registro de un signo como marca

El artículo 56 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no define el concepto de marca, pero establece los requisitos que debe reunir todo signo para su registro como tal: la novedad, la visibilidad y la suficiente distintividad. De cumplir el signo con estos requisitos, habrá lugar a identificar y distinguir por su intermedio, en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de otros idénticos o similares, a fin de que el consumidor o usuario medio los valore, diferencie, identifique y seleccione, sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio de que se trate.

La marca protege el interés de su titular, otorgándole un derecho exclusivo sobre el signo distintivo de sus productos y servicios, así como el interés general de los consumidores o usuarios a quienes se halla destinada, garantizando a éstos, sin riesgo de confusión o error, el



origen y la calidad del producto o servicio que el signo distingue. En definitiva, la marca procura garantizar la transparencia en el mercado.

En lo que concierne a los requisitos exigidos por la Decisión 85 para el registro de un signo como marca, el Tribunal ha hecho las siguientes precisiones:

En primer lugar, la novedad configura un requisito que pretende impedir que el signo se limite a describir las características de los productos o servicios que constituyen su objeto, así como que sea confundible con otro signo que se encuentre ya registrado, o que haya sido solicitado con anterioridad para registro, o que haya sido solicitado posteriormente con reivindicación válida de prioridad. La novedad del signo no presupone pues su inexistencia previa, pero sí la exigencia de no encontrarse en uso, por parte de un tercero, para identificar y distinguir productos o servicios comprendidos en la misma clase.

El Tribunal ha declarado sobre el particular que "La novedad y originalidad, que se exige también a los signos como elementos constitutivos para su protección legal, son relativas ... y así lo considera parte de la doctrina. 'Es verdad que en ocasiones el signo que se emplea como marca es nuevo y original. Pero no es menos cierto que en otras ocasiones la marca está constituida por una palabra extraída del propio idioma o de una lengua extranjera. La falta de novedad es todavía más palpable cuando se emplea como marca un signo que ya venía siendo utilizado como marca para designar productos o servicios de una clase diferente' (Carlos Fernández Novoa, Fundamentos de Derecho de Marcas, Editorial Montecorvo S.A., Madrid 1984, Página 24; también en ese sentido Ricardo Metke y Alfredo Casado Cerviño). Un signo es novedoso, no por el hecho de ser desconocido sino porque requiere que tenga distintivos que lo hagan inconfundible al compararlo con otras marcas o servicios ya registrados o anteriormente solicitados. Un signo novedoso, en consecuencia, identifica un producto o un servicio" (Sentencia dictada en el expediente N° 09-IP-94, del 24 de marzo de 1995, publicada en la G.O.A.C. N° 180, del 10 de mayo del mismo año, caso "DIDA").

En segundo lugar, la Decisión 85 exige que el signo sea visible, esto es, que pueda ser captado a través del sentido de la vista e identificado

por los consumidores o usuarios de los productos o servicios que pretende amparar. Por ello, se consideran signos visibles aquellos que consisten en letras, palabras, formas, figuras, dibujos o cifras, por separado o en conjunto. A *contrario*, este requisito descarta que los signos exclusivamente auditivos, táctiles u olfativos, puedan ser objeto de registro.

Y, en tercer lugar, el signo debe ser suficientemente distintivo, es decir, apto para identificar y distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de otros idénticos o similares. Esta aptitud distintiva constituye presupuesto indispensable para que la marca cumpla sus funciones principales de indicar el origen empresarial y la calidad del producto o servicio. La distintividad, además, debe ser suficiente, es decir, de tal magnitud que no haya razón para temer que el signo induzca a error o confusión en el mercado.

En resumen, el artículo 56 prohíbe el registro de un signo como marca si no cumple con los requisitos acumulativos que la disposición citada prevé en forma expresa.

III. De la comparación entre marcas. Del riesgo de confusión. De la confusión directa e indirecta. De la identidad y semejanza. De las reglas de comparación.

El artículo 58 de la Decisión 85 consagra varias prohibiciones para el registro de un signo como marca. Según la prevista en su literal f, no podrá registrarse como marca el signo que, en relación con derechos de terceros, sea confundible con una marca anteriormente solicitada para registro, o previamente registrada, o solicitada posteriormente con reivindicación válida de una prioridad, si, además, está destinado a proteger productos o servicios comprendidos en la misma clase.

A propósito de esta norma, el Tribunal ha señalado que "La prohibición del registro de signos confundibles ... protege a las marcas del 'riesgo de confusión' o de la 'similitud confusionista' que puede presentarse cuando entre ellos exista una semejanza si ambos signos distintivos protegen a productos o servicios de la misma clase; lo que en otros términos significa, según la regla de la especialidad, que si las marcas no amparan la misma clase de productos la confusión marcaría no es un impedimento para que el



signo pueda ser registrado" (Sentencia dictada en el expediente N° 02-IP-95, de 19 de septiembre de 1995, publicada en la G.O.A.C. N° 199, del 26 de enero de 1996, caso "LAURA ASHLEY").

Por lo demás, la norma no exige que el signo pendiente de registro induzca a confusión a los consumidores o usuarios, toda vez que basta la existencia de este riesgo para que se configure aquella prohibición.

Para establecer la existencia del riesgo de confusión del signo pendiente de registro respecto de una marca ya registrada, o de un signo cuyo registro haya sido anteriormente solicitado, o solicitado posteriormente con reivindicación válida de prioridad, será necesario determinar si existe identidad o semejanza entre los signos en disputa, y si éstos se destinan a proteger productos o servicios de la misma clase, de modo que el signo pendiente será registrable, así sea confundible, si está destinado a amparar productos o servicios correspondientes a una clase diversa.

La identidad o la semejanza de los signos puede dar lugar a dos tipos de confusión: la directa, caracterizada porque el vínculo de identidad o semejanza induce al comprador a adquirir un producto determinado en la creencia de que está comprando otro, lo que implica la existencia de un cierto nexo también entre los productos; y la indirecta, caracterizada porque el citado vínculo hace que el consumidor atribuya, en contra de la realidad de los hechos, a dos productos que se le ofrecen, un origen empresarial común.

En el caso de autos, la comparación entre los signos habrá de hacerse desde sus elementos fonético, gráfico y conceptual, teniendo en cuenta en especial los que fueren distintivos y dominantes. Sin embargo, dicha comparación deberá ser conducida por la impresión unitaria que el signo habrá de producir en la sensorialidad igualmente unitaria del consumidor o del usuario medio a que está destinado. Por tanto, la valoración deberá hacerse sin descomponer la unidad de cada signo, de modo que, en el conjunto de los elementos que lo integran, el todo prevalezca sobre sus partes, a menos que aquél se halle provisto de un elemento dotado de tal aptitud distintiva que, por esta razón especial, se constituya en factor determinante de la valoración.

En este contexto, el Tribunal ha establecido que la similitud visual u ortográfica se presenta por el parecido entre las letras de los signos objeto de comparación, en la medida en que el orden de tales letras, la longitud de la o de las palabras, el número de sílabas, las raíces o las terminaciones iguales, pudieran incrementar el riesgo de confusión.

En cuanto a la similitud fonética o auditiva, el Tribunal ha señalado que, si bien la misma depende, entre otros factores, de la identidad de la sílaba tónica de las palabras, así como de sus raíces o terminaciones, deberán tomarse en cuenta las particularidades de cada caso, pues las marcas denominativas que se forman por una o varias letras, al ser pronunciadas, emiten sonidos que varían según su estructura gráfica y fonética.

Y en cuanto a la similitud conceptual o ideológica, ha indicado que la misma se configura entre signos que evocan una idea idéntica o semejante.

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

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. Deben 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.



IV. De la marca notoria

Este Tribunal ha calificado de notoria a la marca provista de la cualidad de ser conocida por una colectividad de individuos pertenecientes al grupo de consumidores o usuarios del tipo de bienes o servicios de que se trate, por encontrarse ampliamente difundida entre dicho grupo (Sentencia dictada en el expediente N° 07-IP-96, del 29 de agosto de 1997, publicada en la G.O.A.C. N° 299, del 17 de octubre del mismo año, caso "REMAVENCA").

De conformidad con la disposición prevista en el artículo 58, literal g, de la Decisión 85, la protección especial que se otorga a la marca notoriamente conocida se le extiende —caso de haber riesgo de confusión por similitud con un signo pendiente de registro— con independencia de la clase a que pertenezca el producto o servicio de que se trate y del territorio en que haya sido registrada, pues se busca prevenir el aprovechamiento indebido de la reputación de la marca notoria, así como impedir el perjuicio que el registro del signo similar pudiera causar a la fuerza distintiva o al prestigio de aquélla.

El Tribunal ha señalado a este propósito que "El literal g) del artículo 58 de la Decisión 85, protege además a la 'marca notoriamente conocida y registrada en el país o en el exterior', en relación con 'productos o servicios idénticos o similares', no necesariamente de la misma 'clase', o sea más allá de los límites que establece la 'regla de la especialidad' " (Sentencia dictada en el expediente N° 07-IP-96, ya citada). Por tanto, de conformidad con la norma ahora interpretada, se encuentra prohibido el registro del signo confundible si, además de ser idéntico o semejante a una marca notoriamente conocida, tiene por objeto un producto o servicio idéntico o semejante al amparado por la marca en referencia, sea que los productos o servicios pertenezcan a la misma clase del nomenclátor o a clases distintas.

En cuanto a la atribución de notoriedad, el Tribunal ha precisado que: "No son las partes en un juicio ni sus titulares los que puedan decidir que una marca es notoria, pues esto equivaldría a que la notoriedad se convierta en una autocalificación de cada interesado. La marca notoria es una clasificación especial de marcas cuya categoría debe ser asignada por la autoridad respectiva al reunir los requisitos y condiciones

de su difusión. Precisamente por la protección jurídica que ella tiene, que inclusive sobrepasa la territorialidad y el principio de especialidad, la notoriedad de una marca no puede ser una simple concesión ni un calificativo que sea atribuido por el hecho de que sea conocida dentro de un determinado grupo de consumidores. Tampoco se atenderá la sola manifestación del opositor al registro de una marca, de que la suya es una marca notoria" (Sentencia dictada en el expediente N° 08-IP-95, del 30 de agosto de 1996, publicada en la G.O.A.C. N° 231, del 17 de octubre del mismo año, caso "LISTER").

Asimismo, el Tribunal ha establecido que "Lo que fue notorio en el pasado puede dejar de serlo en el futuro; o, inversamente, lo que no tuvo el grado de notoriedad en un momento, podría adquirirlo en el futuro. La relatividad del conocimiento notorio de la marca promueve la necesidad para la oficina nacional competente o la autoridad judicial respectiva, de determinar en qué momento la marca notoriamente conocida debe tener tal calidad con el objeto de impugnar con ella un registro o bien para hacer valer preferentemente los derechos que confiere la norma ..." (Sentencia dictada en el expediente N° 20-IP-97, del 13 de febrero de 1998, publicada en la G.O.A.C. N° 332, del 30 de marzo del mismo año, caso "MANOLITA"); y que "En una acción de caducidad o de nulidad, la existencia de notoriedad se demostrará tanto al momento de iniciarse la acción respectiva como al momento en que la marca controvertida se presentó a registro y fue tramitada" (Sentencia dictada en el expediente N° 28-IP-96, del 31 de octubre de 1997, publicada en la G.O.A.C. N° 318, del 26 de enero de 1998, caso "CIEL"). Por tanto, de invocarse el conocimiento notorio de una marca para oponerse al registro de un signo idéntico o semejante, el interesado deberá probar que la notoriedad de aquélla existía para la fecha de la solicitud de registro de este signo.

En resumen, el Tribunal ha manifestado que "Para que una marca notoria pueda impedir el registro de otra solicitada o anular el registro ya efectuado, dicha notoriedad tiene que haber sido anterior a la solicitud impugnada, notoriedad que deberá ser probada debidamente conforme a los medios procesales internos de cada país" (Sentencia dictada en el expediente N° 08-IP-98, del 13 de marzo de 1998, publicada en la G.O.A.C. N° 338, del 11 de mayo del mismo año, caso "HERMES").



V. De la oposición al registro de un signo como marca. Del examen de registrabilidad de un signo como marca.

El Capítulo III, Sección II, de la Decisión 85, disciplina el procedimiento de registro de un signo como marca. En particular, según los artículos 65, 66 y 67 de dicha Decisión, si la solicitud de registro no hubiese merecido observaciones por parte de la oficina nacional competente o, de haberlas habido, si hubiesen sido complementadas en debida forma, la Administración deberá ordenar la publicación de un extracto de dicha solicitud, en el órgano de publicidad que determine la legislación interna del respectivo País Miembro, para que, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación, cualquier persona pueda hacer oposición al registro solicitado. De formularse oposiciones dentro del plazo señalado, la oficina nacional competente deberá tramitarlas de acuerdo con la legislación interna del respectivo País Miembro. De no formularse tales oposiciones, o de ser rechazadas éstas, la citada oficina deberá expedir el correspondiente certificado de registro.

La Decisión 85 exige, por tanto, la existencia de un simple interés en quien pretenda oponerse al registro de un signo como marca, criterio de legitimación que será restringido en las Decisiones posteriores, puesto que en ellas se exigirá demostrar un interés legítimo, del cual se encuentra provisto tanto el titular de una marca registrada, ante el intento de registrar otra idéntica o similar, como quien haya formulado primero la solicitud.

Cabe agregar que “la **oposición** regulada por los artículos 65 inciso segundo y 66 de la Decisión 85 fue sustituida por las Decisiones 311 y 313 y ésta a la vez fue reemplazada por la 344 que eliminaron la **oposición** y en su lugar legislaron sobre la figura de las **observaciones**, cuyo origen, naturaleza y competencia resultan distintos. (...) En cuanto al sujeto de la acción hay diferencias pues mientras la norma primeramente citada otorgaba el derecho de oponerse a la solicitud de registro, a cualquier persona, el artículo 93 de la Decisión 344 lo confiere a la persona que tenga legítimo interés en el registro ... Desde el punto de vista de la norma procedimental aplicable asimismo hay diferencia entre la legislación antigua y la nueva, como quiera que aquella reconocía validez al sistema pro-

cedimental interno para decidir sobre las oposiciones haciendo remisión al régimen legal propio de cada país, por lo cual el procedimiento podría ser de orden administrativo o de orden judicial ... Por el contrario, en la Decisión 344, tanto el trámite como la resolución final de las **observaciones** a la solicitud de registro de una marca corresponde directamente a la Oficina Nacional Competente, al tenor de lo preceptuado en el artículo 95 inciso segundo de dicha disposición. Si se toma en consideración que la Oficina Nacional Competente cuya determinación corresponde a cada país miembro, es una dependencia que cumple funciones administrativas propias de la rama ejecutiva del poder público, tal como lo entendió este Tribunal en las interpretaciones prejudiciales 2-IP-88, 6-IP-89 y 3-IP-90 ...” (Sentencia dictada en el expediente N° 02-IP-94, del 4 de julio de 1994, publicada en la G.O.A.C. N° 163, del 12 de septiembre del mismo año, caso “NOEL”).

El párrafo segundo del artículo 95 de la Decisión 344 establece que, una vez vencido el plazo para que el peticionario del registro de marca, si lo estima conveniente, formule alegatos a las observaciones presentadas, la oficina nacional competente decidirá sobre las mismas, a la vista de las pruebas de que disponga y, en todo caso, procederá a realizar el examen de registrabilidad y a otorgar o denegar el registro de la marca. El examen de fondo sobre la registrabilidad del signo tiene carácter obligatorio y deberá tomar en cuenta las normas sustanciales aplicables al caso, esto es los artículos 56 y 58 de la Decisión 85.

El citado párrafo segundo del artículo 95 de la Decisión 344 exige, además, que el acto por el cual se concede o deniega el registro solicitado se encuentre debidamente motivado, esto es, que exprese las razones de hecho y de derecho que inclinaron a la oficina nacional competente a pronunciarse en uno u otro sentido, sobre la base de las normas jurídicas aplicables y de las situaciones de hecho constitutivas del acto. El Tribunal ha reiterado a este propósito que: “La motivación se contrae en definitiva a explicar el por qué de la Resolución o Decisión, erigiéndose por ello en un elemento sustancial del mismo —y hasta en una formalidad esencial de impermitible expresión en el propio acto si una norma expresa así lo impone— y cuya insuficiencia, error o falsedad puede conducir a la nulidad del acto” (Sentencia dictada en el expe-



diente N° 04-AN-97, del 17 de agosto de 1998, publicada en la G.O.A.C. N° 373, del 21 de septiembre de 1998, caso CONTRACHAPADOS).

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

CONCLUYE

- 1° Si la norma sustancial, vigente para la fecha de la solicitud de registro de un signo como marca, ha sido derogada y reemplazada por otra en el curso del procedimiento correspondiente a tal solicitud, aquella norma será la aplicable para determinar si se encuentran cumplidos o no los requisitos que se exigen para el otorgamiento del registro del signo, mientras que la norma procesal posterior será la aplicable al procedimiento en curso.
- 2° En el caso de autos, será registrable como marca el signo que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 56 de la Decisión 85, si no se halla incurso en las prohibiciones establecidas en el artículo 58 *eiusdem*.
- 3° De conformidad con el artículo 58, literal f, de la Decisión 85, no son registrables como marcas los signos que, en relación con derechos de terceros, sean confundibles con una marca ya registrada, o con un signo cuyo registro haya sido anteriormente solicitado, o solicitado posteriormente con reivindicación válida de prioridad, para productos o servicios pertenecientes a la misma clase. A los efectos de establecer si existe riesgo de confusión, será necesario determinar si existe relación de identidad o semejanza entre los signos en disputa. No bastará con la existencia de cualquier semejanza entre los signos en cuestión, ya que es legalmente necesario que la similitud pueda inducir a confusión o error en el mercado.
- 4° En el caso de autos, la comparación entre los signos habrá de hacerse desde sus elementos gráfico, fonético y conceptual, pero conducida por la impresión unitaria que cada signo en disputa habrá de producir en la sensorialidad igualmente unitaria del consumidor o usuario medio, destinatario de los productos correspondientes. Por tanto, la

valoración deberá hacerse sin descomponer la unidad de cada signo, de modo que, en el conjunto de los elementos que lo integran, el todo prevalezca sobre sus partes, a menos que aquél se halle provisto de un elemento dotado de tal aptitud distintiva que, por esta razón especial, se constituya en factor determinante de la valoración.

- 5° La protección especial que se otorga a la marca notoriamente conocida, en relación con el producto o servicio que constituya su objeto, se extiende —caso de haber riesgo de confusión por similitud con un signo solicitado para registro— con independencia de la clase a que pertenezca el producto o servicio de que se trate y del territorio en que haya sido registrada.

De invocarse el conocimiento notorio de una marca para oponerse al registro de un signo idéntico o semejante, el interesado deberá probar que la notoriedad de aquélla existía para la fecha de la solicitud de registro de este signo.

- 6° De conformidad con los artículos 65, 66 y 67 de la Decisión 85, si la solicitud de registro no hubiese merecido observaciones por parte de la oficina nacional competente o, de haberlas habido, si hubiesen sido complementadas en debida forma, la Administración deberá ordenar la publicación de un extracto de la solicitud en el órgano de publicidad que determine la legislación interna del respectivo País Miembro, a objeto de que, dentro de los treinta días hábiles siguientes, cualquier persona pueda oponerse al registro solicitado. Las oposiciones formuladas dentro del plazo deberán ser tramitadas por la oficina nacional competente de acuerdo con la legislación interna del respectivo País Miembro. De no formularse oposiciones, o de ser rechazadas éstas, la citada oficina deberá expedir el correspondiente certificado de registro.
- 7° A tenor del artículo 95, segundo párrafo, de la Decisión 344, el funcionario administrativo competente deberá realizar el examen de fondo, sobre la registrabilidad del signo, con independencia de que se hayan formulado o no observaciones. Caso de haberse formulado éstas, el funcionario decidirá a su respecto a través de un acto administrativo



debidamente motivado, con fundamento en lo alegado y probado en autos.

De conformidad con la disposición prevista en el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal, la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, 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

Mónica Rosell Medina
SECRETARIA

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.-

Mónica Rosell
SECRETARIA

PROCESO N° 158-IP-2004

Interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en los artículos 81, 83, literal a, y 95 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, con fundamento en la solicitud formulada por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador. Parte actora: EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A. Caso: denominación "123.COM". Expediente Interno N° 9177 ML.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. San Francisco de Quito, diecinueve de enero del año dos mil cinco.

VISTOS

La solicitud de interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en los "Arts. 134, 136 literal a) de la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena", formulada por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, por órgano de su Presidente, Dr. Eloy Torres Guzmán, y recibida en este Tribunal en fecha 22 de noviembre 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

De la demanda presentada por el mandatario de la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A. se desprende que "En la Gaceta de Propiedad Industrial No. 426, correspondiente al mes de julio del 2000 ... se publicó el extracto de la solicitud de registro de la marca



denominada '123.COM' ... presentada el 31 de julio del 2000 por mi representada EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A. en la Clase Internacional No. 38"; que "El 20 de septiembre del 2000 ... la empresa STARMEDIA NETWORK, INC. presenta oposición (sic) al registro de la marca '123.COM' ... en base a sus marcas 'GRATIS123' ... Clases Internacionales Nos. 38 y 42"; que "Mediante resolución No. 978605 del 9 de febrero del 2001 ... el Director Nacional de Propiedad Industrial resuelve aceptar la oposición presentada por STARMEDIA NETWORK, INC, y denegar el registro del signo '123.COM' "; que "El 2 de marzo del 2001, presentamos Recurso de Reposición en contra de la resolución 978605 ..."; y que "Mediante resolución No. 979122, de fecha 20 de septiembre del 2001 ... la Dirección Nacional de Propiedad Industrial resuelve rechazar el recurso de reposición planteado por EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A., ratificarse en el total contenido de la resolución No. 978605 ... y denegar el registro de la marca de servicios '123.COM' solicitada" (Clasificación de Niza. Clase 38: "Telecomunicaciones". Clase 42: "Servicios científicos y tecnológicos así como servicios de investigación y diseño relativos a ellos; servicios de análisis y de investigación industrial; diseño y desarrollo de ordenadores y programas de ordenador ('software'); servicios jurídicos").

1.2. Cuestión de derecho

Según el consultante, en la demanda se solicita "que en sentencia se declare la ilegalidad de la resolución 979122, y se ordene el registro de la marca servicios (sic) '123.COM' solicitada por EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A.".

La parte actora alega que "La autoridad administrativa incurre en un error al manifestar que la marca solicitada '123.COM' carece de distintividad y no reúne las características y condiciones propias que justifiquen su inscripción como tal ..."; que "La marca oponente inicia con el sonido 'GRA' y la otra con el sonido 'UNO', los cuales son enteramente distintos. Igual cosa ocurre con los sonidos finales 'TRES' en el un caso y 'COM' en el otro"; que "al contrario de lo que considera la autoridad administrativa, no existe similitud auditiva y fonética entre las denominaciones confrontadas"; que "si bien las denominaciones se forman utilizando los números

123, presentan una distinta conformación derivada de que en el (sic) un caso se incorpora el término 'GRATIS' y en el otro el término 'COM'. Además la marca oponente consta de nueve caracteres y la marca de mi representada de seis caracteres, de los cuales únicamente comparten tres (123) ubicados en distinta posición"; que "el público consumidor no podrá confundirse entre el signo solicitado por mi representada y la marca 'GRATIS123' "; que "EL CONJUNTO de la denominación '123.COM' solicitada para registro como marca tiene la suficiente entidad y fuerza distintiva para que el público consumidor distinga dicha marca de cualquier otra registrada con anterioridad"; que "las marcas enfrentadas poseen en efecto una carga conceptual marcadamente distinta, pues traen a la mente del consumidor diferentes ideas o conceptos. La marca oponente 'GRATIS123' evoca la idea de gratuidad frente a la idea de velocidad evocada por la marca solicitada por mi representada y en especial por la combinación original y novedosa concebida por mi representada de los números '123' y del término 'COM' ".

La actora alega también que "No es técnica, doctrinaria ni legalmente aceptable desmembrar las denominaciones comparadas para intentar determinar supuestas similitudes y precisamente así realizó la autoridad administrativa el cotejo marcario en el presente caso"; que "las notables diferencias entre las marcas evitan riesgos de confusión y de asociación en el mercado y por tanto, hace posible el registro solicitado por lo que la autoridad administrativa debió haberlo aceptado"; que "la marca '123.COM' si reúne todas las características legales para ser registrada como tal puesto que conforme lo establecen los artículos 134 y siguientes de la Decisión 486 ... es suficientemente distintivo, susceptible de representación gráfica y no afecta derechos adquiridos de terceros"; que "la Dirección Nacional de Propiedad Industrial otorgó el registro de una marca idéntica a la marca que cuatro meses después la misma autoridad administrativa consideró irregistrable"; que "la autoridad no consideró el hecho de que además de los registros de las marcas '123.COM' y sus variantes de propiedad de mi representada, existen registros de varias marcas de distintos propietarios que en su configuración incorporan los números 123, evento que confirma que es posible la coexistencia pacífica entre las marcas 'GRATIS123' y '123.COM' "; que "coexisten en el mercado muchas marcas que se encuentran formadas



por secuencia de números o números en sí ...”; y que “la resolución impugnada no contiene una relación detallada de los presupuestos de hecho y de las razones jurídicas que le permiten llegar a la conclusión de que las marcas en conflicto son semejantes por lo que debe rechazarse el registro de la marca ‘123.COM’ ...”.

2. Contestación a la demanda

2.1. Afirma el consultante que “El Ab. Nelson Velasco Izquierdo niega los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y se ratifica en la resolución impugnada, por guardar conformidad con la legislación andina y nacional”. Consta en el expediente copia de la comunicación mediante la cual el mencionado profesional, en condición de Presidente del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI), da contestación a la demanda.

2.2. Informa también el consultante que “La doctora Ruth Seni Pinargote, Directora de Patrocinio, delegada del Procurador General del Estado, comparece con el fin de vigilar las actuaciones judiciales en este proceso”.

2.3. No constan, en el expediente remitido a este Tribunal, los escritos de contestación de demanda correspondientes al Director Nacional de Propiedad Industrial y a la compañía STAR-MEDIA NETWORK INC.

CONSIDERANDO

Que las normas cuya interpretación se solicita son las disposiciones consagradas en los “Arts. 134, 136 literal a) de la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena”;

Que, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 1, literal c, del Tratado de Creación del Tribunal (codificado mediante la Decisión 472), las normas cuya interpretación se pide forman 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 18 del expediente, la presente solicitud de interpretación prejudicial fue admitida a trámite; y,

Que, sin embargo, una vez examinada la aplicabilidad de las disposiciones sometidas a consulta, el Tribunal, en ejercicio de la potestad que deriva del artículo 34 del Tratado de su Creación, estima que procede interpretar de oficio los artículos 81, 83, literal a, y 95 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, así como la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, y no así los artículos 134 y 136, literal a, de la Decisión 486, señalados por el consultante, toda vez que la solicitud de registro del signo “123.COM” fue formulada el 31 de julio de 2000, bajo la vigencia de la citada Decisión 344.

Los textos de las disposiciones a interpretar son del tenor siguiente:

Decisión 344

“Artículo 81.- *Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos 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 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 95.- *Una vez admitida a trámite la observación y no incurriendo ésta en las cau-*



sales del artículo anterior, la oficina nacional competente notificará al peticionario para que, dentro de treinta días hábiles contados a partir de la notificación, haga valer sus alegatos, de estimarlo conveniente.

Vencido el plazo a que se refiere este artículo, la oficina nacional competente decidirá sobre las observaciones y la concesión o denegación del registro de marca, lo cual notificará al peticionario mediante resolución debidamente motivada”.

Decisión 486

“DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación comunitaria anterior a la presente Decisión, se registrará 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 industrial 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 registrará en las etapas que aún no se hubiesen cumplido a la fecha de su entrada en vigencia”.

I. De la aplicación del ordenamiento comunitario en el tiempo

En principio, y con el fin de garantizar el respeto a las exigencias de seguridad jurídica y 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.

El régimen común en materia de propiedad industrial se ha apoyado en la irretroactividad de

la norma sustancial, pues desde la vigencia de la Decisión 85 (artículo 85), y a través de las Decisiones 311 (Disposición Transitoria Cuarta), 313 (Disposición Transitoria Cuarta) y 344 (Disposición Transitoria Primera), estableció que todo derecho de propiedad industrial, válidamente otorgado de conformidad con la normativa anterior, subsistiría por el tiempo en que fue concedido. La Disposición Transitoria Primera de la Decisión 486 se apoya asimismo en el respeto de los derechos válidamente concedidos conforme a “las disposiciones aplicables en la fecha de su otorgamiento”, cuales son las vigentes para la fecha de presentación de la solicitud de registro, pero añade, a título de excepción, que los plazos de vigencia de los derechos preexistentes deberán adecuarse a lo previsto en la Decisión.

Por otra parte, las disposiciones citadas han contemplado la aplicabilidad inmediata de la norma sustancial posterior a los efectos futuros del derecho nacido bajo la vigencia de la norma anterior, pues han dispuesto que se aplicará la nueva Decisión al uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas del derecho válidamente concedido.

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 la actividad procesal pendiente, y no, salvo previsión expresa, a la ya cumplida. Por tanto, en tutela del principio de seguridad jurídica, si la norma sustancial, vigente para la fecha de la solicitud de registro de un signo como marca, ha sido derogada y reemplazada por otra en el curso del procedimiento correspondiente a tal solicitud, aquella norma será la aplicable a los efectos de determinar si se encuentran cumplidos o no los requisitos que se exigen para el otorgamiento del derecho, mientras que la norma procesal posterior será la aplicable al procedimiento en curso, en aquellas de sus etapas que aún no se hubiesen cumplido.

La instancia consultante establecerá, a la luz de las consideraciones que anteceden, la norma aplicable en el caso de autos, bien en lo que concierne a los requisitos para el registro de un signo como marca, bien en lo que concierne al trámite de la solicitud correspondiente.



II. De la definición de marca y de los requisitos para su registro

El artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena define el concepto de marca. Sobre la base de esta definición legal, el Tribunal ha interpretado que la marca constituye un bien inmaterial representado por un signo que, perceptible a través de medios sensoriales y susceptible de representación gráfica, sirve para identificar y distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de otros idénticos o similares, a fin de que el consumidor o usuario medio los valore, diferencie, identifique y seleccione, sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio correspondiente.

La marca protege el interés de su titular, otorgándole un derecho exclusivo sobre el signo distintivo de sus productos y servicios, así como el interés general de los consumidores o usuarios a quienes se halla destinada, garantizando a éstos, sin riesgo de error o confusión, el origen y la calidad del producto o servicio que el signo distingue. En definitiva, la marca procura garantizar la transparencia en el mercado.

El artículo 81 en referencia somete además el registro de un signo como marca al cumplimiento de los siguientes requisitos:

En primer lugar, el signo debe ser perceptible, es decir, susceptible de ser aprehendido por el consumidor o el usuario a través de los sentidos, a fin de ser captado, retenido y asimilado por éste. La percepción se realiza, por lo general, a través del sentido de la vista. Por ello, se consideran signos perceptibles, entre otros, los que consisten en letras, palabras, formas, figuras, dibujos o cifras, por separado o en conjunto.

En segundo lugar, el signo debe ser suficientemente distintivo, es decir, apto para identificar y distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de otros idénticos o similares. Esta aptitud distintiva constituye presupuesto indispensable para que la marca cumpla sus funciones principales de indicar el origen empresarial y la calidad del producto o servicio. La distintividad, además, debe ser suficiente, es decir, de tal magnitud que no haya razón para temer que el signo induzca a error o confusión en el mercado.

Y en tercer lugar, el signo debe ser susceptible de representación gráfica, es decir, apto para ser expresado en imágenes o por escrito, lo que confirma que, en principio, ha de ser visualmente perceptible. Por ello, las formas representativas en que consisten los signos pueden estar constituidas por letras, palabras, figuras, dibujos o cifras, por separado o en conjunto. Este requisito guarda correspondencia con el previsto en el artículo 88, literal d, de la Decisión 344, en el cual se exige que la solicitud de registro sea acompañada por la reproducción de la marca cuando ésta contenga elementos gráficos.

Por tanto, el artículo 81 prohíbe el registro de un signo como marca si éste no cumple los requisitos acumulativos que la citada disposición prevé en forma expresa.

III. De la comparación entre signos. Del riesgo de confusión. De la confusión directa e indirecta. De la identidad y semejanza. De las reglas de comparación.

Los artículos 82 y 83 de la Decisión 344 consagran otras prohibiciones para el registro de un signo como marca. Según la prevista en el artículo 83, literal a, no podrá registrarse como marca el signo que, en relación con derechos de terceros, sea idéntico o se asemeje, de forma que pueda inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, en el territorio de uno o más de los Países Miembros de la Comunidad Andina, para el mismo producto o servicio, o para un producto o servicio respecto del cual el uso de la marca pueda inducir al público a error.

Del texto de la disposición citada se desprende que la prohibición 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.

Para establecer la existencia del riesgo de confusión del signo pendiente de registro respecto de una marca ya registrada, o ya solicitada para registro, será necesario determinar si existe identidad o semejanza entre los signos en disputa, tanto entre sí como entre los productos o servicios distinguidos por ellos, y considerar la situación de los consumidores o usuarios, la cual variará en función de los productos o servicios de que se trate.



La identidad o la semejanza de los signos puede dar lugar a dos tipos de confusión: la directa, caracterizada porque el vínculo de identidad o semejanza induce al usuario a solicitar la prestación de un servicio determinado en la creencia de que obtendrá otro; y la indirecta, caracterizada porque el citado vínculo hace que el consumidor atribuya, en contra de la realidad de los hechos, a dos servicios que se le ofrecen, un origen empresarial común.

En consecuencia, los supuestos que pueden dar lugar al riesgo de confusión, entre varios signos y los productos o servicios que cada uno de ellos ampara, serían 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 aquéllos y también semejanza entre éstos.

En el caso de autos, la comparación entre los signos habrá de hacerse desde sus elementos gráfico, fonético y conceptual. Sin embargo, dicha comparación deberá ser conducida por la impresión unitaria que el signo habrá de producir en la sensorialidad igualmente unitaria del consumidor o del usuario medio a que está destinado. Por tanto, la valoración deberá llevarse a cabo sin descomponer la unidad de cada signo, de modo que, en el conjunto de los elementos que lo integran, el todo prevalezca sobre sus partes, a menos que aquél se halle provisto de un elemento dotado de tal aptitud distintiva que, por esta razón especial, se constituya en factor determinante de la valoración.

Este Tribunal ha declarado, por otra parte, que "La regla esencial para determinar la confusión es el examen mediante una visión en conjunto del signo, para desprender cuál es la impresión general que el mismo deja en el consumidor, en base a un análisis ligero y simple de éstos, pues ésta es la forma común a la que recurre el consumidor para retenerlo y recordarlo, ya que en ningún caso se detiene a establecer en forma detallada las diferencias entre un signo y otro. La labor de la determinación de la confundibilidad depende del criterio subjetivo del administrador o del juez, el que deberá atender a las reglas que la doctrina y la jurisprudencia de este Tribunal han establecido para el efecto" (Sentencia dictada en el expediente N° 18-IP-

98, del 30 de marzo de 1998, publicada en la G.O.A.C. N° 340, del 13 de mayo de 1998, caso "US TOP"). Y en lo que concierne a los ámbitos de la confusión, el Tribunal ha señalado los siguientes criterios: "El primero, la confusión visual, la cual radica en poner de manifiesto los aspectos ortográficos, los meramente gráficos y los de forma. El segundo, la confusión auditiva, en donde juega un papel determinante la percepción sonora que pueda tener el consumidor respecto de la denominación, aunque en algunos casos vistas desde una perspectiva gráfica sean diferentes, auditivamente la idea es de la misma denominación o marca. El tercer y último criterio, es la confusión ideológica, que conlleva a la persona a relacionar el signo o denominación con el contenido o significado real del mismo, o mejor, en este punto no se tienen en cuenta los aspectos materiales o auditivos, sino que se atiende a la comprensión, o al significado que contiene la expresión, ya sea denominativa o gráfica" (Sentencia dictada en el expediente N° 13-IP-97, del 6 de febrero de 1998, publicada en la G.O.A.C. No. 329, del 9 de marzo de 1998, caso "DERMALEX").

En este contexto, el Tribunal ha establecido que la similitud visual u ortográfica se presenta por el parecido entre las letras o cifras de los signos objeto de comparación, toda vez que el orden de tales letras o cifras, su longitud, o la identidad de sus raíces o terminaciones, pudieran incrementar el riesgo de confusión.

En cuanto a la similitud fonética o auditiva, ha señalado que, si bien la misma depende, entre otros factores, de la identidad de la sílaba tónica de las palabras, así como de sus raíces o terminaciones, deberán tomarse en cuenta las particularidades de cada caso, pues la percepción por los consumidores de las letras o cifras que integran los signos, al ser pronunciadas, variará según su estructura gráfica y fonética.

Y en cuanto a la similitud conceptual o ideológica, ha indicado que la misma se configura entre signos que evocan una idea idéntica o semejante.

Por lo demás, la doctrina advierte que "cuando los signos sean idénticos o muy semejantes, mayor deberá ser la diferenciación exigible entre los productos o servicios a los que se aplican. Y a la inversa, esto es, cuando los productos o servicios sean idénticos o muy similares,



mayor deberá ser la diferenciación exigible entre los signos enfrentados (STJCE, de 22 de junio de 1999 ... Caso Lloyd) (BERCOVITZ, Alberto: "Apuntes de Derecho Mercantil", Editorial Aranzadi S.A., Navarra - España, 2003, p. 475).

En definitiva, el Tribunal ha estimado 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 reconoce cierta diferencia entre las marcas en conflicto, cree, por su similitud, que provienen del mismo productor o fabricante.

Además, 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. Deben 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.

IV. Partículas de uso común. Marca débil.

En el caso de los signos denominativos cuya composición incluya prefijos, raíces, desinencias o sufijos que hayan pasado al uso común, el Tribunal tiene establecido que estas locuciones carecen de aptitud distintiva por haberse hecho genéricas y, en consecuencia, inapropiables. Por ello, si un signo incluye una raíz genérica, su aptitud distintiva dependerá de las desinencias o de los otros componentes del conjunto marcario, caso de existir éstos. Por la razón anotada, la persona que sea titular de una marca contentiva de una partícula de uso común no podrá fundamentar, en esta única circunstancia, sus observaciones a la solicitud de registro de otro signo como marca.

Sobre este particular, la doctrina (OTAMENDI, Jorge: "Derecho de Marcas", cuarta edición. Editorial LEXISNEXIS Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2002. pp. 190 y ss.) ha señalado lo siguiente:

"Existe una tendencia generalizada a incluir en las marcas radicales o terminaciones, y hasta dibujos, que de alguna manera evoquen características del producto que van a distinguir. También es común que distintos fabricantes elijan una misma radical o una misma terminación porque simplemente hace más atractiva su marca. Aquéllas por ser evocativas, y éstas cuando su uso es generalizado, hacen de dichas partículas elementos de uso común ...".

Todo signo registrado como marca puede hacerse débil en el mercado de productos o servicios de que se trate. En efecto, si uno de los elementos que integran el signo es de carácter genérico o de uso común, o si evoca una cualidad del producto o servicio, el signo se hará débil frente a otros que también incluyan uno de tales elementos o cualidades, inapropiables en exclusiva. Según la doctrina, "la presencia de una locución genérica no monopolizable resta fuerza al conjunto en que aparece; nadie, en efecto, puede monopolizar una raíz genérica, debiendo tolerar que otras marcas la incluyan, aunque podrán exigir que las desinencias u otros componentes del conjunto marcario sirvan para distinguirlo claramente del otro" (BERTONE, Luis Eduardo; y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: "Derecho de Marcas", Tomo II, pp. 78 y 79).

Otamendi, por su parte, destaca que el titular de una marca débil, al contener ésta "una partícula de uso común no puede impedir su inclusión en marcas de terceros, y fundar en esa sola circunstancia la existencia de confundibilidad, ya que entonces se estaría otorgando al oponente un privilegio inusitado sobre una raíz de uso general o necesario ... Esto necesariamente tendrá efectos sobre el criterio que se aplique en el cotejo. Y, por ello se ha dicho que esos elementos de uso común son marcariamente débiles, y que los cotejos entre marcas que los contengan deben ser efectuados con criterio benevolente" (OTAMENDI, Jorge; op.cit., pp. 191 y 192).

V. Del examen de registrabilidad de un signo como marca

El Capítulo V, Sección II, de la Decisión 344, disciplina un procedimiento previo, según el cual,



una vez admitida la solicitud de registro, la oficina nacional competente deberá proceder a su publicación. Dentro de los treinta días hábiles siguientes, cualquier persona, provista de interés legítimo, podrá presentar observaciones al registro solicitado. Se ha considerado que tiene interés legítimo para presentar observaciones, tanto el titular de una marca registrada, ante el intento de registrar un signo idéntico o similar, como quien formuló primero la solicitud de registro. La oficina nacional competente podrá admitir dichas observaciones a trámite o rechazarlas por extemporáneas, bien por fundamentarse en solicitud posterior a la petición de registro de la marca que se observa, o en tratados no vigentes en el País Miembro en que se solicita la marca, bien porque los interesados no hubiesen pagado las tasas de tramitación correspondientes.

Admitidas las observaciones, la oficina nacional competente notificará al peticionario para que, si lo estima conveniente, formule alegatos dentro de los treinta días hábiles contados a partir de su notificación. Vencido este plazo, dicha oficina decidirá sobre las observaciones, a la vista de las pruebas de que disponga y, en todo caso, procederá a realizar el examen de registrabilidad y a otorgar o denegar el registro de la marca.

El examen de fondo sobre la registrabilidad del signo tiene carácter obligatorio y deberá tomar en cuenta las causales de irregistrabilidad previstas en los artículos 82 y 83 de la Decisión en referencia.

Por último, se exige que el acto por el cual se concede o deniega el registro solicitado se encuentre debidamente motivado, esto es, que exprese las razones de hecho y de derecho que inclinaron a la oficina nacional competente a pronunciarse en uno u otro sentido, sobre la base de las normas jurídicas aplicables y de las situaciones de hecho constitutivas del acto. El Tribunal ha reiterado a este propósito que: "La motivación se contrae en definitiva a explicar el por qué de la Resolución o Decisión, erigiéndose por ello en un elemento sustancial del mismo —y hasta en una formalidad esencial de impretermitible expresión en el propio acto si una norma expresa así lo impone— y cuya insuficiencia, error o falsedad puede conducir a la nulidad del acto" (Sentencia dictada en el expediente N° 04-AN-97, del 17 de agosto de 1998,

publicada en la G.O.A.C. N° 373, del 21 de septiembre de 1998, caso CONTRACHAPADOS).

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

CONCLUYE

- 1° Si la norma sustancial, vigente para la fecha de la solicitud de registro de un signo como marca, ha sido derogada y reemplazada por otra en el curso del procedimiento correspondiente a tal solicitud, aquella norma será la aplicable para determinar si se encuentran cumplidos o no los requisitos que se exigen para el otorgamiento del registro del signo, mientras que la norma procesal posterior será la aplicable al procedimiento en curso.
- 2° En el caso de autos, será registrable como marca el signo que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 81 de la Decisión 344, y que no incurra en las prohibiciones establecidas en los artículos 82 y 83 *iusdem*.
- 3° Para establecer si existe riesgo de confusión entre el signo solicitado para registro como marca y una marca previamente registrada en el territorio de uno o más de los Países Miembros de la Comunidad, será necesario determinar si existe relación de identidad o semejanza entre los signos en disputa, tanto entre sí como entre los productos o servicios distinguidos por ellos, y considerar la situación del consumidor, la cual variará en función de tales productos o servicios.
- 4° En el caso de autos, la comparación entre los signos habrá de hacerse desde sus elementos gráfico, fonético y conceptual, pero conducida por la impresión unitaria que cada signo en disputa habrá de producir en la sensorialidad igualmente unitaria del destinatario de los productos o servicios correspondientes. Por tanto, la valoración deberá hacerse sin descomponer la unidad de cada signo, de modo que, en el conjunto de los elementos que lo integran, el todo prevalezca sobre sus partes, a menos que aquél se halle provisto de un elemento dotado de tal aptitud distintiva que, por esta razón espe-



cial, se constituya en factor determinante de la valoración.

- 5° En el signo denominativo integrado por partículas de uso común, inapropiables en exclusiva, la aptitud suficientemente distintiva de aquél dependerá, caso de existir, de sus raíces o desinencias.

El titular de una marca provista de un elemento de carácter genérico, o de uso común, o evocativo de una cualidad del producto o servicio, o que se ha tornado banal por el crecido número de registros marcarios que lo contienen, no puede impedir su inclusión en signos de terceros, por ser inapropiable en exclusiva, ni puede fundamentar en ese único hecho el riesgo de confusión entre los signos en disputa.

- 6° Durante el procedimiento para el registro de un signo como marca, cualquier persona provista de interés legítimo podrá, en la oportunidad prevista en el artículo 93 de la Decisión 344, presentar observaciones a la solicitud de registro, bien sobre la base de un signo ya registrado como marca y vigente, bien con fundamento en una solicitud ya presentada en cualquiera de los Países Miembros. Admitidas las observaciones, la oficina nacional competente notificará al peticionario para que, si lo estima conveniente, formule alegatos dentro de los treinta días hábiles contados a partir de su notificación. El funcionario administrativo competente deberá realizar el examen de fondo, sobre la registrabilidad del signo, con independencia de que se hayan formulado o no observaciones. Caso de haberse formulado éstas, el funcionario decidirá sobre el particular a través de un acto administrativo debidamente motivado, con fundamento en lo alegado y probado en autos.

De conformidad con la disposición prevista en el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal, la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, 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

Mónica Rosell Medina
SECRETARIA

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.-

Mónica Rosell
SECRETARIA



