



### SUMARIO SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

<b>DICTAMEN N° 003-2020</b>	Reclamo interpuesto por Santiago Vélez & Asociados – Corredores de Seguros S.A. contra la República de Colombia por el supuesto incumplimiento del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 123 de la Decisión 500.....	1
-----------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

#### DICTAMEN N° 003-2020

**Reclamo interpuesto por Santiago Vélez & Asociados – Corredores de Seguros S.A. contra la República de Colombia por el supuesto incumplimiento del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 123 de la Decisión 500.**

Lima, 29 de octubre de 2020

#### I. SUMILLA.-

- [1] Santiago Vélez & Asociados – Corredores de Seguros S.A. (en adelante, la “Reclamante”) presenta ante la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la “SGCAN”) reclamo contra la República de Colombia (en adelante, “la Reclamada”), por el supuesto incumplimiento del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 123 de la Decisión 500.
- [2] El presente Dictamen se emite en el marco de lo dispuesto en el artículo 25 del TCTJCA y conforme a la estructura señalada en el artículo 21 de la Decisión 623 (Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento).

#### II. RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO (ANTECEDENTES).-

- [3] Con fecha 9 de marzo de 2020 se recibió, vía electrónica, por parte de Santiago Vélez & Asociados – Corredores de Seguros S.A., el Reclamo por el supuesto incumplimiento señalado en el párrafo [1] del presente Dictamen, así como sus anexos.
- [4] Mediante Comunicación N° SG/E/SJ/346/2020, de fecha 10 de marzo de 2020, la SGCAN determinó, luego de la evaluación correspondiente, que la documentación presentada por la Reclamante se encontraba completa y conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Decisión 623, por lo que admitió a trámite el reclamo.
- [5] Mediante Comunicación N° SG/E/SJ/347/2020 de fecha 10 de marzo de 2020, la SGCAN corrió traslado a la República de Colombia del reclamo presentado por la Reclamante,



otorgándole un plazo de treinta (30) días calendario a partir del día siguiente a la recepción de dicha comunicación, para su contestación. Asimismo, mediante Comunicación N° SG/E/SJ/348/2020 de la misma fecha, la SGCAN remitió el referido reclamo a los demás Países Miembros, a fin de que presenten los elementos de información que estimaran pertinentes.

- [6] Mediante Comunicación del 13 de abril de 2020, la Reclamante solicita información sobre el estado actual del proceso de la referencia. Dicha solicitud fue atendida mediante Comunicación N° SG/E/SJ/434/2020 de fecha 15 de abril del mismo año.
- [7] Mediante Comunicación OALI con radicado N° 2-2020-013935 de fecha 26 de mayo de 2020, la Reclamada solicita una prórroga de 30 días calendario adicionales al plazo concedido mediante comunicación N° SG/E/SJ/347/2020 para contestar el reclamo de la referencia.
- [8] Mediante Comunicación N° SG/E/SJ/690/2020 de fecha 24 de junio de 2020, la SGCAN concedió la prórroga solicitada por la Reclamada. Asimismo, mediante Comunicaciones N° SG/E/SJ/691/2020 y SG/E/SJ/692/2020 de la misma fecha, la SGCAN puso en conocimiento de los demás Países Miembros y de la Reclamante, la prórroga concedida.
- [9] Mediante Comunicación OALI con radicado N° 2-2020-024202 de fecha 3 de septiembre de 2020, la Reclamada reitera el pedido de prórroga para contestar el reclamo solicitado mediante Comunicación OALI con radicado N° 2-2020-013935 de fecha 26 de mayo de 2020 y solicita se aclare si en el cómputo de plazos se incluirán los términos suspendidos a partir de la Resolución N° 2138 de 16 de marzo de 2020.
- [10] Mediante Comunicación N° SG/E/SJ/1108/2020 de fecha 7 de septiembre de 2020, la SGCAN indicó a la Reclamada que su solicitud fue atendida mediante Comunicación N° SG/E/SJ/690/2020 de fecha 24 de junio de 2020 y señaló que los plazos de los procedimientos administrativos a cargo de la Secretaría General se suspendieron del 16 de marzo hasta el 14 de agosto del 2020, por lo que dicho periodo no se computará para los plazos vinculados al presente Expediente.
- [11] Mediante correo electrónico de fecha 7 de septiembre de 2020, la Reclamada solicitó una reunión virtual con la SGCAN en consideración a la solicitud de prórroga del plazo para contestar.
- [12] Mediante correo electrónico de fecha 7 de septiembre de 2020, la SGCAN indicó a la Reclamada que su solicitud fue atendida mediante Comunicación N° SG/E/SJ/690/2020 de fecha 24 de junio de 2020 y consultó cual sería el tema a tratar en la reunión solicitada.
- [13] Mediante correo electrónico de fecha 8 de septiembre de 2020, la Reclamada desistió de la solicitud de una reunión y consultó cual sería la fecha exacta en la que vencería el término para contestar el reclamo de la referencia.
- [14] Mediante Comunicación OALI con radicado N° 2-2020-028114 de fecha 7 de octubre de 2020, la Reclamada presentó la contestación al reclamo.
- [15] Mediante Comunicaciones SG/E/SJ/1345/2020 y SG/E/SJ/1346/2020 del 14 de octubre del 2020, la SGCAN puso en conocimiento la contestación a la Reclamante y de los demás Países Miembros.
- [16] Mediante Comunicación de fecha 19 de octubre de 2020, la Reclamante presentó comentarios a la contestación de la República de Colombia.



- [17] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1382/2020 de fecha 20 de octubre de 2020, la SGCAN puso en conocimiento de la Reclamada el escrito de la Reclamante de fecha 19 del mismo mes y año.

### III. IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS O CONDUCTAS MATERIA DEL RECLAMO. -

- [18] Conforme lo señalado por la Reclamante, la medida de la Reclamada que configuraría el incumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina es el pronunciamiento de Segunda Instancia del 12 de septiembre de 2018 dentro del proceso de referencia 11001 3199 001 2016 46013 01, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el marco del proceso por competencia desleal instaurado por la Reclamante.
- [19] Al tenor de lo alegado, el supuesto incumplimiento radica en la omisión de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial del artículo 260 de la Decisión 486<sup>1</sup> (Régimen Común sobre Propiedad Industrial), a pesar de que se aplicó dicho artículo en el pronunciamiento.
- [20] En virtud a ello, la Reclamante señala que se incumplió con el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>2</sup> (TCTJCAN) y el artículo 123 de la Decisión 500<sup>3</sup>.

### IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES. -

#### 4.1. Argumentos de la Reclamante

- [21] Mediante el escrito de reclamo de fecha 9 de marzo de 2020 la Reclamante señala que:

*“El Tribunal Superior de Bogotá no actuó de conformidad con lo establecido en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la*

<sup>1</sup> “Artículo 260.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

*La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.”*

<sup>2</sup> “Artículo 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

*En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.”*

<sup>3</sup> “Artículo 123.- Consulta obligatoria. De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.”



*Comunidad Andina y el artículo 123 de la Decisión 500 solicitando la interpretación prejudicial, en orden de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina indicara la forma como debía ser entendido y aplicado para el caso el artículo 260 de la Decisión 486.*<sup>4</sup>

- [22] En este sentido, indica que en el pronunciamiento del Tribunal Superior de Bogotá no se hizo de una simple mención de la norma (el artículo 260 de la Decisión 486), sino que se trató de una aplicación inconsulta de la norma sobre el fondo de la *litis*, en el cual se descartó la existencia de un acto de competencia desleal por violación de secretos empresariales.
- [23] En este mismo sentido, indica la Reclamante que tanto la aplicación del artículo 260 de la Decisión 486 como la ausencia de la solicitud de interpretación prejudicial son hechos evidentes que saltan a la vista, y se encontrarían claramente probados y no admiten refutación. Por tal motivo, bajo su entendido se trata de un incumplimiento flagrante del ordenamiento comunitario.<sup>5</sup>
- [24] La Reclamante precisa además que:

*“Partiendo de la definición del término “flagrante” ofrecida por el Diccionario el Español Jurídico de la Real Academia Española de la Lengua, como algo “Evidente, que no admite refutación”, tanto la aplicación del artículo 260 de la Decisión 486 como la ausencia de la solicitud de interpretación prejudicial son hechos evidentes que saltan a la vista, se encuentran claramente probados y no admiten refutación. Por tal motivo, bajo su entendido el reclamo es sobre un incumplimiento flagrante del ordenamiento comunitario.”*<sup>6</sup>

- [25] Sumado a lo anterior, mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2020, la Reclamante presenta además comentarios sobre la contestación presentada por Colombia, dentro los cuales señala:
- Se ha presentado el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Reclamante expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá del 17 de octubre de 2020 y el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia del 2 de octubre del mismo año.
  - No hay norma que regule la vigencia de este tipo de Certificados.
  - El Tribunal Superior de Bogotá exoneró del cargo de violación de secretos como acto de competencia desleal a los demandados aplicando el artículo 260 de la Decisión 486 sin haber realizado la solicitud de interpretación prejudicial, que para el caso era obligatoria.
  - La Reclamante no está solicitando nulidades procesales en los procesos nacionales, así como tampoco pretende la interposición de recursos inexistentes. En este sentido señala que la denuncia se limita única y exclusivamente al cumplimiento del régimen andino.
  - La Reclamada pretende justificar la aplicación del derecho supranacional

<sup>4</sup> Folio 4 de la Reclamación.

<sup>5</sup> Folio 8 de la Reclamación.

<sup>6</sup> Folio 8 de la Reclamación.



de manera anárquica.

#### 4.2. Argumentos de la Reclamada

- [26] Mediante el escrito de contestación de fecha 16 de marzo de 2020, la Reclamada presentó argumentos de carácter procedimental y argumentos de fondo respecto del reclamo.

##### 4.2.1. Argumentos de carácter procedimental:

##### Incumplimiento del requisito de representación de la persona jurídica que obra como Reclamante

- [27] La Reclamada manifiesta que la Reclamante no certifica las personas que ejercen como representantes legales, principal y suplente de la empresa, ya que lo que se presentan son registros de inscripciones de apoderados generales (según escritura pública N° 740 de la Notaría 24 del Círculo de Bogotá D.C., del 23 de abril de 2019) o de la persona natural matriz, frente a quien se configura una situación de control con la compañía reclamante.<sup>7</sup> Conforme ello, señala que representación legal de la reclamante no fue debidamente acreditada, como quiera que no se allegó el certificado de existencia y representación legal de la Reclamante, expedido por parte de la Secretaría General de la Superintendencia Financiera de Colombia, conforme lo disponen las normas colombianas<sup>8</sup>.
- [28] En esta línea, señala que el certificado de existencia y representación legal de la Reclamante fue expedido con cuatro meses y catorce días de anterioridad a la presentación del reclamo, y aunque la norma no determina un plazo de vigencia de estos documentos, solicita que se valore la idoneidad del documento allegado por parte de la reclamante, ya que al tratarse de un registro mercantil sujeto a una dinámica de incorporación de nuevos documentos y de actualización constante, requiere que dicho instrumento, en las actuaciones administrativas o judiciales, cuente con una fecha de expedición reciente.<sup>9</sup>

##### La inexistencia de demostración de una afectación de derechos por parte de la Reclamante

- [29] La Reclamada manifiesta que la afectación de los derechos de la Reclamante debe ser actual, inmediata y directa. En este sentido, destaca que el requisito de actualidad de la afectación no se observa en el reclamo, toda vez que el fallo de segunda instancia, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá se produjo el 21 de septiembre de 2018, conforme a lo aprobado en la Sala del 12 de septiembre de ese año, por lo que el reclamo acaeció luego de 17 meses y 17 días de generada la providencia judicial<sup>10</sup>. Asimismo, indica que la Reclamante no aportó documento o medio de convicción sobre las razones por las cuales luego de casi un año y medio después del pronunciamiento, se procede a efectuar la reclamación.
- [30] Sumado a lo anterior, señala que la afectación de los derechos subjetivos de la Reclamante no sería inmediata, de conformidad con el razonamiento realizado acerca del requisito de actualidad, por lo que también considera que no se configura ese requisito<sup>11</sup>.
- [31] La Reclamada alega adicionalmente que no se observa una afectación directa de los derechos subjetivos de la demandante, toda vez que ello no puede satisfacerse con la sola condición de contraparte dentro del proceso nacional. A su criterio, la reclamación “debió

<sup>7</sup> Folio 5 de la contestación.

<sup>8</sup> Folio 8 de la contestación.

<sup>9</sup> Folio 6 de la contestación.

<sup>10</sup> Folio 10 de la contestación.

<sup>11</sup> Folio 10 de la Contestación.



*establecer la causalidad entre la supuesta conducta omisiva del juez interno, respecto de la obligación de realizar la interpretación prejudicial, y la afectación real o potencial de los derechos de la reclamante, de forma tal que independientemente de la valoración probatoria realizada por la SIC y el TSDJ Bogotá, la delimitación del alcance de la norma andina definida por el TJCA hubiera distorsionado el sentido de la decisión final desfavorable.”*

[32] En este sentido, concluye la Reclamada que:

*“La sola calidad de contraparte en el proceso no logra satisfacer el estricto requerimiento que la normativa andina establece para la prosecución del reclamo, cuando, como fase prejudicial de una acción de incumplimiento, acude una persona jurídica de uno de los Países Miembros, en tanto requiere de un desarrollo específico de la incidencia de esta circunstancia en el resultado de la actuación, que no puede ser simplemente que se hubiera prolongado dicho proceso mientras se surtía el trámite ante el TJCA.”*<sup>12</sup>

[33] Sumado a lo anterior, indica que la Reclamada que:

*Lo anterior, debido a que se extraña el razonamiento conforme al cual se hubiera generado una consecuencia distinta de la interpretación de la norma andina en el caso concreto adjudicado por la SIC y el TSDJ Bogotá, que no surja de la sola lectura de la disposición normativa o de la referencia de sus elementos para la contextualización de los hechos demostrados en el marco del procedimiento judicial, bajo el principio según el cual ante la claridad del postulado jurídico de la ley no hay lugar a su interpretación (in claris non fit interpretatio).<sup>13</sup>*

[34] En este sentido, indica que la ausencia de una mención precisa de la forma en la cual los derechos de la Reclamante se ven afectados o potencialmente lesionados, significa que no se satisface con el requisito establecido en la norma comunitaria, y genera respecto de la SGCAN una imposibilidad para pronunciarse de fondo, ya que no se reúnen los presupuestos necesarios de admisibilidad del Reclamo.

[35] Por otra parte, señala en la Contestación al Reclamo que la acción de incumplimiento no tiene por objeto la declaratoria de la existencia ni de la vulneración de derechos particulares, como tampoco está contemplada para irrumpir en el derecho interno de los Países Miembros, a efectos de generar una nueva oportunidad procesal respecto de las instancias jurisdiccionales agotadas por la reclamante. En este sentido, cita el auto del proceso 01-AI-2016 y 02-AI-2016 y el auto del Proceso 01-AI-2017 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>14</sup> y se refiere a la relación de lealtad y cooperación entre los jueces nacionales y el TJCAN<sup>15</sup>.

#### *La inexistencia de un incumplimiento flagrante del ordenamiento jurídico andino*

[36] La Reclamada manifiesta que, de manera contraria a lo señalado por la Reclamante, se debe aclarar que el alcance del criterio de flagrancia no puede tomarse de su acepción contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, sino que corresponde al sentido definido en el artículo 24 del Reglamento de la fase Prejudicial de

<sup>12</sup> Folio 10 de la Contestación.

<sup>13</sup> Folio 11 de la Contestación.

<sup>14</sup> Folio 13 de la Contestación.

<sup>15</sup> Folio 15 de la Contestación.



la Acción de Incumplimiento<sup>16</sup>.

- [37] En este sentido, la Reclamada cita lo señalado en el Dictamen 02 - 2014 de esta Secretaría General sobre la flagrancia y destaca que, en el presente caso, no se está ante una situación que constituya una reiteración de un incumplimiento que haya sido previamente declarado por los órganos que integran el SAI, así como tampoco recae sobre aspectos sustantivos en relación con los cuales el TJCA no ha efectuado un pronunciamiento anterior<sup>17</sup>.
- [38] En este sentido, la Reclamada manifiesta que se está ante una situación que no constituye un incumplimiento flagrante.

#### 4.2.2. Argumentos de fondo respecto del reclamo:

##### Respecto del objeto de la reclamación

- [39] La Reclamada considera en el presente caso que:

*“La medida objeto de reclamación por parte de SANTIAGO VÉLEZ, es decir, la sentencia proferida en segunda instancia por el TSDJ Bogotá, en el proceso de competencia desleal No. 11001 3199 001 2016 46013 01, no controvierte ni su discusión se basa en la aplicación del artículo 260 de la Decisión 486, motivo por el cual no constituía el marco jurídico que orientaba la determinación, ya que la mención que de dicha disposición se efectuó sólo constituyó una referencia tangencial del juez nacional para ilustrar una línea de argumentación derivada de la valoración de los medios de prueba recabados”<sup>18</sup>.*

- [40] En este sentido, indica que la Reclamante toma una alusión a la norma andina para actuar en contra de la Reclamada, cuando la *litis* tratada ante el juez nacional consistió en un asunto de competencia desleal, el cual no se encuentra sometido a la jurisdicción andina, por lo que entiende que se está empleando este mecanismo de la acción de incumplimiento de manera equivocada, una vez finalizado el escenario que la normativa interna ha dispuesto con esa finalidad<sup>19</sup>.
- [41] En este mismo sentido señala que:

*“De la misma forma, la Reclamada rechaza de manera integral todos los aspectos fácticos y de derecho presentados por la Reclamante, así como las caracterizaciones que presenta del procedimiento de interpretación prejudicial y de esta acción de incumplimiento, por considerar que los mismos no corresponden, en derecho, a la indebida aplicación de la norma comunitaria.”<sup>20</sup>*

- [42] Por otra parte, la Reclamada disiente del entendimiento de la Reclamante acerca del contexto en el cual se hace referencia al artículo 260 de la Decisión 486 por los jueces nacionales, toda vez que dentro de los procesos internos se abarcaron una serie de supuestos, de los cuales sólo el 7% del total correspondía a la violación de secretos<sup>21</sup>.
- [43] En esta línea indicó que dentro de los aspectos que constituyeron el marco jurídico de

<sup>16</sup> Folio 15 de la Contestación.

<sup>17</sup> Folio 16 de la Contestación.

<sup>18</sup> Folio 17 de la Contestación.

<sup>19</sup> Folio 17 de la Contestación.

<sup>20</sup> Folio 17 de la Contestación.

<sup>21</sup> Folios 19 a 20 de la Contestación.



valoración por parte del Tribunal Superior de Bogotá, en el fallo de segunda instancia, el aspecto relativo de la violación de secretos representa sólo una de las cuatro causales de competencia desleal analizadas en el acápite de las consideraciones de la providencia y, al proceder a la valoración de la causal de competencia desleal de violación de secretos, el Tribunal Superior de Bogotá no se circunscribió a emitir una conclusión sólo con fundamento en los parámetros establecidos en el artículo 260 de la Decisión 486, sino que el resultado señalado en la providencia se basó en un análisis de los distintos elementos probatorios allegados a la actuación y a otras circunstancias inferidas de los soportes y demás instrumentos de convicción<sup>22</sup>.

*Inexistencia de la obligatoriedad de realización de la consulta de interpretación prejudicial ante el TJCA*

[44] Según la Reclamada en el presente caso no se generaba la obligación de realizar una consulta de interpretación, con carácter obligatorio, al TJCAN. En este sentido indica:

- La mención que se hace del artículo 260 de la Decisión 486, por parte del TSDJ Bogotá, corresponde a una argumentación de contexto que utiliza el operador judicial para valorar la confidencialidad de la información señalada por la reclamante como configurativa de la violación del atribuido a los demandados en el proceso interno, es decir, a una referencia ilustrativa que, eventualmente por su especialidad, consideró a efectos de sopesar la conclusión derivada del estudio de las pruebas, pudiendo haber tomado como parámetro otras disposiciones internas<sup>23</sup>.
- En la sentencia del proceso 01-AI-2015, el TJCAN señala que la interpretación prejudicial no corresponde a ninguno de estos supuestos: (i) no es ni puede asimilarse a un medio de prueba; (ii) no se reduce a la absolución de un cuestionario; (iii) no se trata de un informe de expertos, ni a una opinión jurídica doctrinal<sup>24</sup>.
- Cita el proceso 01-AI-2015 para indicar que el TJCAN ha aclarado que la necesidad de la interpretación prejudicial en un determinado proceso, concurre no por la solicitud o invocación de la norma andina por una de las partes, sino que se habrá de tornar obligatoria la intervención del órgano comunitario, en el caso en el que el juez nacional detecte que la disposición del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina resulte controvertida o que para resolver la causa deba aplicar y aplique dicha norma<sup>25</sup>.

Sobre el articular indica que en el caso nacional no se cumplió con dicho criterio de necesidad de aplicación o de interpretación de la normativa andina, de forma específica el artículo 260 de la Decisión 486<sup>26</sup>.

[45] En este sentido, la Reclamada indica:

*“En este marco interpretativo de la disposición andina relativa a la obligación de la consulta obligatoria de los jueces nacionales al TJCA en interpretación prejudicial, la República de Colombia resalta que la discusión del proceso en el cual se profirieron las medidas objeto de la reclamación consistía en unos*

<sup>22</sup> Folio 20 de la Contestación.

<sup>23</sup> Folio 20 de la Contestación.

<sup>24</sup> Folio 27 de la Contestación.

<sup>25</sup> Folio 27 de la Contestación.

<sup>26</sup> Folio 32 de la Contestación.





*deberes de confidencialidad atribuidos a unos exempleados de SANTIAGO VÉLEZ y no a aspectos relativos a los derechos de propiedad industrial, que es el ámbito de aplicación de la Decisión 486, por lo que los falladores efectuaron un uso referencial del artículo 260, en tanto la consideraron ilustrativa de esa condición afirmada de unas bases de datos y listas de clientes, no obstante contar con una serie de normas en el derecho interno que podrían haber sido empleadas de la misma forma, según se refirió antes.<sup>27</sup>*

- [46] Conforme lo anterior señala la Reclamada que no concurren los para metros para que la solicitud de Interpretación prejudicial fuera obligatoria, toda vez que:
- La norma comunitaria no debía aplicarse, esto es, que su cita no sobrevenía principal para la solución del caso. Así, indica que la cita del artículo 260 de la Decisión 486 no se observa como una *conditio sine qua non* para que se configure la conclusión producto del análisis de la realidad procesal, sino como una referencia argumental que tiene como finalidad reforzar el entendimiento de lo que debería concebirse como un secreto, en el marco de la competencia desleal, ya que su ausencia del texto o del razonamiento no modifica el ejercicio desplegado con la apreciación de los medios de convicción que fueron recabados<sup>28</sup>.
  - La norma andina no concurría como el objeto de la controversia<sup>29</sup>.
  - La interpretación prejudicial no suple la formalidad de las pruebas ni constituye un medio de convicción, toda vez que la valoración del caso específico le correspondía al juez nacional realizar las respectivas valoraciones<sup>30</sup>.
- [47] Por otra parte, la Reclamada manifiesta que las vías comunitarias no pueden configurar una tercera instancia frente a las decisiones adoptadas por los jueces nacionales. En esta línea, destaca que en el caso expuesto en la reclamación se observa que la Reclamante, ejerció los recursos ordinarios a su disposición, frente al pronunciamiento desfavorable a sus pretensiones.<sup>31</sup>
- [48] Por otra parte, la Reclamada señala que considera de suma importancia que la SGCAN ratifique en su dictamen que esta la Interpretación prejudicial se aplicará en aquellos procesos en los cuales la norma andina sea en efecto objeto central de la controversia, y no un aspecto accesorio al fondo de la misma.<sup>32</sup>

## V. EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA SECRETARÍA GENERAL SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS. -

### 5.1. Cuestiones previas

#### 5.1.1. Acerca de la naturaleza de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento

- [49] De la revisión y análisis de los argumentos presentados por las partes, encuentra esta SGCAN, en esta oportunidad, la necesidad de precisar la naturaleza de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento y las facultades que en dicho marco le son dadas a la

<sup>27</sup> Folio 29 de la Contestación.

<sup>28</sup> Folio 30 de la Contestación.

<sup>29</sup> Folio 30 de la Contestación.

<sup>30</sup> Folio 31 de la Contestación.

<sup>31</sup> Folio 36 de la Contestación.

<sup>32</sup> Folio 37 de la Contestación.



SGCAN.

- [50] El Acuerdo de Cartagena le otorgó a la SGCAN la función de velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina<sup>33</sup>. En este mismo sentido, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se estableció, a nivel de derecho primario, la potestad de la SGCAN para que se pronuncie ante los presuntos incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas o convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, quedando así establecido como requisito de procedibilidad, que se deberá agotar una etapa prejudicial ante dicha SGCAN antes de acudir ante ese Alto Tribunal.<sup>34</sup>
- [51] Bajo este contexto, se encuentra que la Acción de Cumplimiento tiene como función garantizar que los Países Miembros se conduzcan de conformidad con los compromisos que han adquirido en el ámbito comunitario, y más que un propósito retributivo o sancionatorio, busca que los Países Miembros que se encuentren en una situación de incumplimiento, tomen las medidas pertinentes y necesarias para adecuar su actuar al ordenamiento comunitario. En esta misma línea, el TJCAN sobre este tema ha indicado lo siguiente:

*“La Acción de Incumplimiento, establecida y regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, constituye un instrumento básico y fundamental en el fortalecimiento del proceso andino de integración, ya que mediante su ejecución se controla la eficacia del Ordenamiento Jurídico Comunitario y, por lo tanto, se propende al logro cabal de las finalidades del Acuerdo de Cartagena”.*<sup>35</sup> (Énfasis agregado)

*“No se trata, por tanto, de un mecanismo que faculte al TJCAN a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los Países Miembros para retribuirlos o sancionarlos, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros; esto es, en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario.”*<sup>36</sup> (Énfasis agregado)

- [52] En esa misma línea, el TJCAN en reiteradas sentencias ha precisado que:

*“(...) a través de ella 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. (...)”*<sup>37</sup> (Énfasis agregado)

<sup>33</sup> Acuerdo de Cartagena. Artículo 30. Litera a).

<sup>34</sup> Sección Segunda del CAPITULO III del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

<sup>35</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 01-AI-2013. Sentencia de fecha 13 de mayo de 2015 publicada en la GOAC No. 2556 del 7 de agosto de 2015.

<sup>36</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 04-AI-2017. Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2019 publicada en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019.

<sup>37</sup> Al respecto revisar por ejemplo las siguientes Sentencias del TJCAN:

- Proceso 03-AI-2010 “Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, (ETB S.A. E.S.P.) contra la República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado, por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar interpretación prejudicial obligatoria prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, publicado en la GOAC N° 1985 el 11 de octubre de 2011. Pág. 13.
- Proceso 114-AI-2004 “Acción de incumplimiento interpuesta por la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas, ASINFAR, contra la República de Colombia por haber expedido el Decreto 2085 de 19 de septiembre



- [53] Bajo este contexto, esta finalidad se encuentra presente también en la fase prejudicial que administra la SGCAN, cuya naturaleza quedó develada por el TJCAN al indicar lo siguiente:

*“Antes de acudir al procedimiento judicial ante el Tribunal, es indispensable que se adelante en la Secretaría General de la Comunidad Andina, un procedimiento pre contencioso, el cual, viene a constituir un requisito de admisibilidad para el ejercicio de la acción. Este trámite prejudicial, se materializa en el desarrollo de una fase administrativa previa, en la que se abre el dialogo e investigación entre dicho Órgano Comunitario y el País miembro presuntamente infractor, con el objeto de buscar una solución al asunto controvertido en dicha etapa (...). (Énfasis agregado)<sup>38</sup>”*

- [54] Siendo ello así, se encuentra que la fase prejudicial que adelanta la SGCAN tiene la naturaleza jurídica de un procedimiento administrativo de carácter pre contencioso que busca la adecuación del País Miembro cuestionado, al ordenamiento comunitario. Dicho procedimiento está regulado mediante la Decisión 623 “*Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento*” y supletoriamente se rige por algunas disposiciones de la Decisión 425 “*Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina*”.
- [55] En dicha normativa, se le ha otorgado facultades a la SGCAN para actuar de oficio o a solicitud de parte, para solicitar información, realizar reuniones informativas y facilitadoras, emitir un dictamen, aclararlo, entre otras. Todas estas actuaciones están conformes con la finalidad de dicho procedimiento, la cual, como se ha indicado, se encuentra enfocada en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario a través de la verificación del cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros<sup>39</sup>.
- [56] Resulta importante tener en cuenta que, conforme la Jurisprudencia del TJCAN, en tanto la Acción de Incumplimiento comunitaria tiene por finalidad que los Países Miembros cumplan las disposiciones del ordenamiento andino, este instrumento procesal sólo tendrá sentido ante una conducta verificable y susceptible de ser revertida en el tiempo presente. Solo en dichos supuestos el TJCAN podrá ordenar al País Miembro el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos<sup>40</sup>. Sobre este punto, el TJCAN en los Procesos Acumulados 06, 07, 08 y 09-AI-2015 mencionó lo siguiente:

*“(…), existirán conductas que no resultarán relevantes tutelar al amparo de una Acción de Incumplimiento puesto que al llegar a la jurisdicción del TJCAN ya no representarán una afectación a la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino. Este sería el caso, por ejemplo, de aquellas*

---

de 2002 en supuesta violación de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 260 a 266, 276 y 279 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina”, publicado en la GOAC N° 1295 el 9 de febrero de 2006. Pág. 18.

- Proceso 117-AI-2003 “*Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador por supuesto incumplimiento de los artículos 72, 73 y 77 del Acuerdo de Cartagena, el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Resolución 604 de la Secretaría General*”, publicado en la GOAC N° 1156 el 10 de enero de 2005. Pág. 23.

- Proceso 49-AI-2002 “*Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela por supuesto incumplimiento del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, de las Decisiones 370 y 466 de la Comisión de la Comunidad Andina y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal*”, publicado en la GOAC N° 1047 el 31 de marzo de 2004. Pág. 36.

<sup>38</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 04-AI-2017. Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2019, publicada en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019.

<sup>39</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Procesos acumulados 01 y 02 AI-2016. Sentencia de fecha 19 de octubre de 2018, publicada en la GOAC No. 3439 del 12 de noviembre 2018.

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de fecha 17 de noviembre de 2017, Proceso Acumulado N° 06, 07, 08 y 09-AI-2015.



conductas que no persistan en el tiempo o hubieran sido suspendidas unilateralmente por los Países Miembros; (...)<sup>41</sup> (Énfasis agregado)

- [57] Por otra parte, cabe resaltar que, para el análisis de incumplimiento al evaluar las medidas o conductas presuntamente violatorias del ordenamiento jurídico comunitario, no es necesario constatar los efectos de las mismas. Sobre el particular, recuérdese por ejemplo el pronunciamiento emitido en el Proceso 04-AI-2017 por el TJCAN, en el cual dicho Tribunal consideró que una medida puede ser contaría al ordenamiento comunitario y por tal cuestionable vía acción de incumplimiento, aun cuando dicha medida no haya entrado en vigencia.<sup>42</sup>

### 5.1.2. Competencia de la Secretaría General para conocer del presente asunto

- [58] De conformidad con lo señalado en el artículo 25 del TCTJCA y el artículo 13 de la Decisión 623, la SGCAN es competente para conocer de las reclamaciones por incumplimiento de la normativa comunitaria que le presenten las personas naturales o jurídicas que se sientan afectadas en sus derechos por un País Miembro, y para resolver cuestiones reguladas en el ordenamiento jurídico andino.
- [59] Está reconocido en el ordenamiento jurídico andino y la jurisprudencia andina que en la acción de incumplimiento se verifica cualquier medida, “*sea legislativa, judicial, ejecutiva, o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámense (...) sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino.*”<sup>43</sup>
- [60] En este sentido, el TJCA ha señalado lo siguiente:

*“(...) el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario (...); y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.*

*Por la primera obligación, de hacer, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se vinculan jurídicamente al 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 la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda obligación, de no hacer, las mismas autoridades deben abstenerse de adoptar toda medida de la misma índole que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento.*

*Las obligaciones previstas en el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado de Creación del Tribunal, señaladas atrás, hacen referencia al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente contenido en el artículo 1 del mismo, trátase de derecho primario o derivado que, por igual, debe ser respetado y acatado por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones según el mismo ordenamiento y naturalmente por*

<sup>41</sup> *Ibidem.*

<sup>42</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 004-AI-2017. Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2019 publicada en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019.

<sup>43</sup> Sentencia de fecha 8 de diciembre de 1998, emitida por el TJCA en el marco del Proceso N° 03-AI-97.



los Países Miembros y por las autoridades que en el ámbito interno están llamadas a aplicarlo".<sup>44</sup> (Énfasis agregado)

[61] Asimismo, el TJCA ha dispuesto que:

*"Por otro lado, este Tribunal considera pertinente señalar que, el hecho que **el juez de un País Miembro no solicite interpretación prejudicial cuando ésta es obligatoria, constituye un incumplimiento por parte del País Miembro** respecto de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, **siendo este incumplimiento susceptible de ser perseguido mediante la denominada "acción de incumplimiento"**, la cual es regulada en los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación de este Tribunal(...)"<sup>45</sup>. (Énfasis agregado)*

[62] Al respecto, con fecha 9 de marzo se recibió por parte de la Reclamante, un reclamo contra la República de Colombia, por el presunto incumplimiento del artículo 33 del TCTJCA y el artículo 123 de la Decisión 500; con motivo de la Sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Séptima de Decisión Civil (Expediente N° 11001 3199 001 2016 46013 01) del 12 de septiembre de 2018, en el cual el juez nacional habría incumplido con la obligación referida a solicitar interpretación prejudicial al TJCAN.

[63] En ese sentido, de conformidad con lo expuesto, se advierte que la SGCAN es competente para conocer el reclamo planteado.

## 5.2. Respetto a las cuestiones de procedimiento.-

[64] En el caso se han presentado una serie de cuestionamientos procedimentales sobre los siguientes aspectos:

### 5.2.1. Incumplimiento del requisito de representación de la persona jurídica que obra como Reclamante

#### Argumentos de la Reclamada

[65] La Reclamada manifiesta que la Reclamante no certifica las personas que ejercen como representantes legales, principal y suplente de la empresa, ya que lo que se presentan son registros de inscripciones de apoderados generales (según escritura pública No. 740 de la Notaría 24 del Círculo de Bogotá D.C., del 23 de abril de 2019) o de la persona natural matriz, frente a quien se configura una situación de control con la compañía reclamante.<sup>46</sup> Conforme ello, señala que representación legal de la reclamante no fue debidamente acreditada, como quiera que no se allegó el certificado de existencia y representación legal de la Reclamante, expedido por parte de la Secretaría General de la Superintendencia Financiera de Colombia, conforme lo disponen las normas colombianas<sup>47</sup>.

[66] En esta línea, señala que el certificado de existencia y representación legal de la Reclamante fue expedido con cuatro meses y catorce días de anterioridad a la presentación del reclamo, y aunque la norma no determina un plazo de vigencia de estos documentos, solicita que se valore la idoneidad del documento allegado por parte de la reclamante, ya que al tratarse de un registro mercantil sujeto a una dinámica de incorporación de nuevos

<sup>44</sup> Interpretación Prejudicial del 25 de febrero de 1994, emitida en el marco del Proceso N° 6-IP-1993.

<sup>45</sup> Interpretación Prejudicial de fecha 21 de abril de 2010, emitida en el marco del Proceso N° 106-IP-2009.

<sup>46</sup> Folio 5 de la contestación.

<sup>47</sup> Folio 8 de la contestación.



documentos y de actualización constante, requiere que dicho instrumento, en las actuaciones administrativas o judiciales, cuente con una fecha de expedición reciente.<sup>48</sup>

#### Argumentos de la Reclamante

- [67] La Reclamante sobre este extremo, presentó el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Reclamante expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá del 17 de octubre de 2020 y el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia del 2 de octubre del mismo año.
- [68] Asimismo, indicó que no hay norma que regule la vigencia de este tipo de Certificados.

#### Análisis de la SGCAN

- [69] Como primera cuestión, cabe indicar que la Decisión 623 hace referencia a los requisitos para la admisión de un reclamo a solicitud de un País Miembro o de persona natural o jurídica afectada en sus derechos en los siguientes términos:

**Artículo 14.-** *El reclamo formulado por un País Miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos deberá contener:*

- a) *La identificación completa del reclamante;*
- b) *La expresión de que actúa conforme al artículo 24 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando se trate de reclamos formulados por un País Miembro; o del artículo 25 cuando se trate de personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos;*
- c) *La identificación y descripción clara de las medidas o conductas que el reclamante considera que constituyen un incumplimiento, acompañada de la información que resulte pertinente;*
- d) *La identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que estarían siendo objeto de incumplimiento;*
- e) *Las razones por las cuales el reclamante considera que las medidas o conductas de un País Miembro constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina identificadas; y,*
- f) *En el caso de que el reclamante considere que el incumplimiento tiene el carácter de flagrante, las razones que sustenten dicha consideración.*

*Cuando el reclamo sea presentado por un País Miembro deberá ser suscrito por la autoridad nacional competente para efectos de los procedimientos previstos en la presente Decisión o por quienes fueren acreditados por dicha autoridad.*

*Cuando el reclamo sea presentado por personas naturales o jurídicas deberá contener, adicionalmente, la indicación de la dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes, así como el número de teléfono, telefax o correo electrónico. Asimismo, deberá acreditar su condición de persona natural o jurídica afectada en sus derechos, su representación legal o mandato así como la declaración de que no se ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional. (énfasis nos pertenece)*

- [70] Como puede apreciarse, la norma comunitaria no regula cuáles son los documentos para acreditar la existencia y representación de una persona jurídica que presenta un reclamo

<sup>48</sup> Folio 6 de la contestación.



en el marco de la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento, ni la vigencia de dichos documentos.

- [71] En este sentido, conforme las reglas de la sana crítica, la SGCAN en cada caso valora los documentos que le son puestos en su consideración para la acreditación de la persona jurídica y de la debida representación de esta. De igual manera, esta SGCAN esta llamada a actuar a lo largo del procedimiento conforme a los principios de economía procesal, celeridad y uso de los procedimientos y formalidades definidos en la Decisión 425:

*Artículo 5.- En los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General, ésta se regirá por los principios de legalidad, economía procesal, celeridad, eficacia, igualdad de trato a las partes, transparencia, uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y racionalización de la actividad administrativa.*

(...)

*En virtud del principio de economía procesal, la Secretaría General tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar la adopción de Resoluciones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, y que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios.*

*En virtud del principio de celeridad, la Secretaría General tendrá el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirá los trámites innecesarios, utilizará formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a sus funcionarios de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.*

(...)

*En virtud del principio de uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y de racionalización de la actividad administrativa, la Secretaría General deberá asegurarse de que las exigencias normativas en materia de procedimientos administrativos y de formalidades sean interpretadas en forma razonable y usadas sólo como instrumentos para alcanzar los objetivos de la norma.*

- [72] En el presente caso, se encuentra que el 9 de marzo de 2020 con el Reclamo se presentó para acreditar la existencia y representación de la Reclamante, los siguientes:

- I. Información sobre la identificación de la Reclamante, en la cual se indica que el Reclamante es la Sociedad mercantil denominada SANTIAGO VELEZ & ASOCIADOS. CORREDORES DE SEGUROS, domiciliada en Bogotá, con matrícula mercantil No. 00370610 de la Cámara de Comercio de Bogotá, representada legalmente por Luis Fernando Vélez Zuluaga, mayor de edad y domiciliado en Bogotá.
- II. Certificado de existencia y representación legal de la sociedad Reclamante, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, con fecha 24 de octubre de 2019. En dicho Certificado, consta que el señor Luis Fernando Vélez Zuluaga fue nombrado en primer renglón como Miembro de la Junta Directiva Principales, y que ha comparecido como representa legal de dicha Sociedad
- III. Poder para actuar otorgado por el señor Luis Fernando Vélez Zuluaga, en calidad de representante de la Sociedad Mercantil Santiago Vélez & Asociados – Corredores de Seguros S.A., con fecha 3 de marzo de 2020.



- [73] Con base en lo expuesto, los documentos antes referidos y además teniendo en cuenta los principios de presunción de veracidad<sup>49</sup> y buena fe<sup>50</sup>, a juicio de está SGCAN, se ha cumplido con acreditar la existencia y representación de la Reclamante.
- [74] Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la Reclamante con fecha 19 de octubre de 2020 presentó un Certificado de Existencia y Representación Legal de la Reclamante expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá del 17 de octubre de 2020 y el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia del 2 de octubre del mismo año.
- [75] Por lo expuesto, se desestiman los alegatos de la Reclamada sobre este extremo.

### **5.2.2. La inexistencia de la demostración de la afectación de un derecho subjetivo por parte de la Reclamante**

#### Argumentos de la Reclamada

- [76] La Reclamada manifiesta que la afectación de los derechos de la Reclamante debe ser actual, inmediata y directa. En este sentido, destaca que el requisito de actualidad de la afectación no se observa en el reclamo, toda vez el reclamo acaeció luego de 17 meses y 17 días de generada la providencia judicial<sup>51</sup>. Conforme dicho razonamiento, indica que la afectación de los derechos subjetivos de la Reclamante no sería inmediata, por lo que también considera que no se configura ese requisito<sup>52</sup>.
- [77] Sumado a ello, señala que no hay una afectación directa de los derechos subjetivos de la demandante, toda vez que ello no puede satisfacerse con la sola condición de contraparte dentro del proceso nacional. A su criterio, la reclamación *“debió establecer la causalidad entre la supuesta conducta omisiva del juez interno, respecto de la obligación de realizar la interpretación prejudicial, y la afectación real o potencial de los derechos de la reclamante, de forma tal que independientemente de la valoración probatoria realizada por la SIC y el TSDJ Bogotá, la delimitación del alcance de la norma andina definida por el TJCA hubiera distorsionado el sentido de la decisión final desfavorable.”*
- [78] En este sentido, concluye la Reclamada que la sola calidad de contraparte en el proceso

<sup>49</sup> Morón Urbina, en la 14 edición de sus Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General del año 2019, sobre el principio de presunción de veracidad ha señalado:

*La presunción de veracidad es un principio informador de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, consistente en suponer por adelantado y con carácter provisorio que los administrados proceden con verdad en sus actuaciones en el procedimiento en que intervengan de modo que se invierte la carga de la prueba en el procedimiento, sustituyendo la tradicional prueba previa de veracidad a cargo del administrado, por la acreditación de la falsedad a cargo de la Administración, en vía posterior.*

<sup>50</sup> Sobre el particular, esta SGCAN se permite indicar que la Corte Constitucional de la República de Colombia, en la Sentencia C-131/2004 del 19 de febrero de 2004, en el cual ese Alto Tribunal sobre el principio de Buena Fe ha señalado:

*“El mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades sobre el principio de Buena Fe ha señalado: públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.”*

<sup>51</sup> Folio 10 de la contestación.

<sup>52</sup> Folio 10 de la Contestación.





no logra satisfacer este requerimiento y por tal faltaría un desarrollo específico de la incidencia de esta circunstancia en el resultado de la actuación.<sup>53</sup>

- [79] Sumado a lo anterior, indica la Reclamada que (...) *se extraña el razonamiento conforme al cual se hubiera generado una consecuencia distinta de la interpretación de la norma andina en el caso concreto adjudicado por la SIC y el TSDJ Bogotá, que no surja de la sola lectura de la disposición normativa o de la referencia de sus elementos para la contextualización de los hechos demostrados en el marco del procedimiento judicial, bajo el principio según el cual ante la claridad del postulado jurídico de la ley no hay lugar a su interpretación (in claris non fit interpretatio).*<sup>54</sup>
- [80] En este sentido, indica que la ausencia de una mención precisa de la forma en la cual los derechos de la Reclamante se ven afectados o potencialmente lesionados, significa que no se satisface con el requisito establecido en la norma comunitaria, y genera respecto de la SGCAN una imposibilidad para pronunciarse de fondo, ya que no se reúnen los presupuestos necesarios de admisibilidad del Reclamo.
- [81] Por otra parte, señala en la Contestación al Reclamo que la acción de incumplimiento no tiene por objeto la declaratoria de la existencia ni de la vulneración de derechos particulares, como tampoco está contemplada para irrumpir en el derecho interno de los Países Miembros, a efectos de generar una nueva oportunidad procesal respecto de las instancias jurisdiccionales agotadas por la reclamante<sup>55</sup>.

#### Análisis de la SGCAN

- [82] De acuerdo con lo señalado en la Comunicación N° SG/E/SJ/346/2020 de fecha 10 de marzo de 2020, el reclamo cumplió con todos los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 14 de la Decisión 623 sobre este extremo; precisándose, en dicha Comunicación, que ello no implicaba juicio de valor alguno respecto a los méritos sustantivos de los alegatos y las pruebas presentadas y que la admisión a trámite no prejuzga respecto de los incumplimientos alegados por las Reclamantes.
- [83] Sobre el particular, la SGCAN concurre en la necesidad de que las personas jurídicas cuando son Reclamantes de un procedimiento ante este Órgano Comunitario, deben acreditar su legitimidad para actuar, conforme lo requieren los artículos 13 y 14 de la Decisión 623. Tales artículos establecen lo siguiente:

*“Artículo 13.- De conformidad con lo previsto en los artículos 24 y 25 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando un País Miembro o **una persona natural o jurídica afectada en sus derechos** considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, formulará por escrito su reclamo.”* (Énfasis agregado)

*“Artículo 14.- El reclamo formulado por un País Miembro o **por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos** deberá contener: (...)*

*(...) Así mismo, deberá **acreditar su condición de persona natural o jurídica afectada en sus derechos**, (...).*” (Énfasis agregado)

- [84] Dicha legitimidad queda acreditada, conforme a las normas citadas, cuando la reclamante

<sup>53</sup> Folio 10 de la Contestación.

<sup>54</sup> Folio 11 de la Contestación.

<sup>55</sup> Folio 15 de la Contestación.



prueba que la medida reclamada afecta sus derechos. El concepto de “afectación en sus derechos” es reiterado también en el artículo 25 del TCTJCA, que constituye la base legal de la presente acción, el cual dispone:

*“Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas **afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro**, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.” (Énfasis agregado)*

[85] En relación a ello, en el Dictamen 01-2017 de fecha 16 de enero de 2017, esta SGCAN tuvo a bien señalar lo siguiente:

*“Respecto a qué debe entenderse como ‘afectación de sus derechos’ la doctrina administrativista clásica distingue tres niveles:*

*A. El simple interés para presentar una acción: Es el interés común de todos los habitantes. En este caso, bastaría la identificación, existencia y debida representación de la accionante. Este criterio de legitimación activa no se encuentra contemplado en la normativa comunitaria que regula la acción de incumplimiento.*

*B. El interés legítimo o calificado: No se trata de que el recurrente deba tener un interés personalísimo, en el sentido de individual y exclusivo, pero sí uno subjetivo en el sentido de presentar alguna afectación a su órbita de intereses o situación jurídica, diferenciándose así del mero interés general. La persona que ejerce la acción se encuentra de esta manera comprendida en la órbita de incidencia del acto reclamado, pudiendo ser su interés de carácter o potencial, patrimonial o moral.*

*C. La afectación en sus derechos: Se refiere, por una parte, a la **necesaria identidad entre el afectado y el titular de la acción de reclamación y al deber de éste de demostrar la afectación de un interés de tipo personal, actual, inmediato y directo**. Se trata en suma de la **defensa de su propio derecho subjetivo que se ve lesionado por el acto reclamado.**” (Énfasis agregado)*

[86] Por su parte, el TJCA, respecto de la legitimación para la interposición de acciones de incumplimiento por parte de particulares, ha señalado lo siguiente:

*“De conformidad con la disposición prevista en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, la posibilidad de ejercer la acción de incumplimiento corresponde a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento del País Miembro demandado. Ello significa que la legitimación para ejercer la acción de incumplimiento exige la existencia de una relación de identidad entre el titular del derecho subjetivo y el de la acción, de modo que ésta sólo puede ser ejercida por quien se afirme titular de aquél.*

*A diferencia del interés legítimo, el derecho subjetivo presupone la existencia de una relación jurídica en cuyo ámbito el titular del interés sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posición de ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar una prestación dirigida específicamente a la satisfacción del interés del primero. En este contexto, el hecho constitutivo de la inexecución de la prestación debida, por parte del*



*País Miembro obligado, configura una situación de hecho que, al tiempo de infringir el orden normativo, lesiona el derecho subjetivo de su titular y, en consecuencia, lo legitima para formular, en sede judicial, una pretensión dirigida a declarar cierto el incumplimiento demandado, a ordenar el restablecimiento del orden normativo infringido, y, a diferencia de la acción de nulidad, a obtener, en las condiciones previstas en el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal, la reparación de la lesión y, por esta vía, la satisfacción de su derecho(...).<sup>56</sup>*

- [87] Desde hace mucho, la práctica institucional de la Secretaría General sin embargo, se ha inscrito en la corriente administrativista contemporánea que ya no tiende a establecer diferencias entre el legítimo interés o interés calificado y la afectación de un derecho subjetivo, bastando que el Reclamante sea titular o representante de un derecho o condición jurídica que le sea atribuible y que de alguna manera actual o potencialmente esté siendo afectado o haya sido afectado por la conducta de un País Miembro, distinguiendo dicha condición, de la del mero interés o del interés general, abstracto o difuso, condición esta última que no resulta suficiente para activar un procedimiento de incumplimiento ante la Secretaría General.
- [88] En el presente caso, la Reclamante sustentó su afectación en su condición de persona jurídica que en sede nacional interpuso una acción por competencia desleal, entre otras, por violación de secreto empresarial. En este sentido, con la no solicitud y aplicación de la Interpretación Prejudicial obligatoria por el juez de última instancia, conforme lo establece las normas comunitarias, se estaría lesionado el derecho al debido proceso en sede nacional de la Reclamante.
- [89] Sobre el particular el Tribunal andino mediante sentencia en el Proceso 01-AI-2015 del 7 de julio de 2017, estableció que:

*La afectación de un derecho subjetivo se refiere a la necesaria identidad entre el afectado y el titular de la acción de reclamación, y al deber de este de demostrar la afectación de un derecho actual, inmediato y directo, que se ve lesionado o potencialmente lesionado por el acto reclamado. (énfasis nos pertenece)*

- [90] Sumado a lo anterior, el TJCAN en Sentencia del proceso 76-IP-2009 ha indicado que:

*“En el caso de la consulta obligatoria, cuando no cabe un recurso ulterior, el incumplimiento del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear su nulidad, si es que dicha sentencia puede ser materia de un recurso de casación o de un recurso de amparo, toda vez que las normas que garantizan el derecho al debido proceso son de orden público y de ineludible cumplimiento.*

(...)

*Cabe señalar que, a razón del principio de aplicación inmediata del derecho comunitario, la norma andina pasa a formar parte del ordenamiento interno sin que sea necesaria ninguna fórmula especial de introducción o de recepción, generándose así para el juez nacional la obligación de cumplirla y aplicarla.*

<sup>56</sup> Sentencia de fecha 20 de mayo de 2002, emitida por el TJCA en el marco del Proceso 75-AI-2001.



*En ese sentido, la suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituye un requisito previo e indispensable para que el juez pueda dictar sentencia toda vez que él “no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias”. Este “requisito previo” debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo y cuyo incumplimiento debe ser visto como una violación al debido proceso (énfasis nos pertenece)*

- [91] Al respecto, se encuentra que la Reclamante sería titular del derecho al debido proceso, ya que interpuso una acción de competencia desleal por violación de secreto empresarial, y en dicho procedimiento se debió seguir todas las normas que rigen los procedimientos internos, incluso las comunitarias que establecen la obligación de solicitar la interpretación prejudicial cuando el juez sea de única o última y se controvierta una norma comunitaria.
- [92] En este sentido, el presunto incumplimiento afectaría a la Reclamante de manera inmediata y directa, en tanto hace parte de su derecho al debido proceso que en sede nacional se solicite la IP antes de fallar en única u última instancia. Siendo ello así, en tanto el País Miembro presuntamente niegue a la Reclamante la posibilidad de obtener un fallo siguiendo todas las formalidades y disposiciones del ordenamiento jurídico, que como bien ha indicado el TJCAN en su jurisprudencia citada, también debe considerar el ordenamiento comunitario, se encuentra que la afectación sería actual.
- [93] Cabe señalar que la norma comunitaria no trae un plazo determinado para que después de que se dé un pronunciamiento en última o única instancia, el afectado pueda interponer la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento, por lo que haría mal está SGCAN sí coarta la posibilidad de las personas jurídicas y naturales de acceder a este procedimiento, el cual es previo a la acción judicial al proceso en cabeza del TJCAN.
- [94] Por lo expuesto, se desestiman los alegatos sobre este extremo.

### **5.2.3. Sobre la flagrancia alegada**

#### Argumentos de la Reclamante

- [95] Respecto a la flagrancia, la Reclamante señala que:

*“El Tribunal Superior de Bogotá no actuó de conformidad con lo establecido en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 123 de la Decisión 500 solicitando la interpretación prejudicial, en orden de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina indicara la forma como debía ser entendido y aplicado para el caso el artículo 260 de la Decisión 486.”<sup>57</sup>*

- [96] En este sentido, indica que en el pronunciamiento del Tribunal Superior de Bogotá no se hizo de una simple mención de la norma (el artículo 260 de la Decisión 486), sino que se trató de una aplicación inconsulta de la norma sobre el fondo de la litis, en el cual se descartó la existencia de un acto de competencia desleal por violación de secretos empresariales. Por lo tanto indica que tanto la aplicación del artículo 260 de la Decisión 486 como la ausencia de la solicitud de interpretación prejudicial son hechos evidentes que saltan a la vista, y se encontrarían claramente probados y no admiten refutación. Por tal motivo, bajo su entendido se trata de un incumplimiento flagrante del ordenamiento

<sup>57</sup> Folio 4 de la Reclamación.



comunitario.”<sup>58</sup>

[97] Adicionalmente precisa que:

*“Partiendo de la definición del término “flagrante” ofrecida por el Diccionario el Español Jurídico de la Real Academia Española de la Lengua, como algo “Evidente, que no admite refutación”, tanto la aplicación del artículo 260 de la Decisión 486 como la ausencia de la solicitud de interpretación prejudicial son hechos evidentes que saltan a la vista, se encuentran claramente probados y no admiten refutación. Por tal motivo, bajo su entendido el reclamo es sobre un incumplimiento flagrante del ordenamiento comunitario.”<sup>59</sup>*

#### Argumentos de la Reclamada

[98] La Reclamada manifiesta que el alcance del criterio de flagrancia no puede tomarse de su acepción contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, sino que corresponde al sentido definido en el artículo 24 del Reglamento de la fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento<sup>60</sup>.

[99] En este sentido, cita lo señalado en el Dictamen 02 - 2014 de esta Secretaría General sobre la flagrancia y destaca que, en el presente caso, no se está ante una situación que constituya una reiteración de un incumplimiento que haya sido previamente declarado por los órganos que integran el SAI, así como tampoco recae sobre aspectos sustantivos en relación con los cuales el TJCA no ha efectuado un pronunciamiento anterior<sup>61</sup>, por lo que no se constituiría un incumplimiento flagrante.

#### Análisis de la SGCAN

[100] El concepto de flagrancia está contenido en el artículo 24 de la Decisión 623 que señala que *“se considera flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se haya pronunciado con anterioridad”*.

[101] Lo preceptuado por el artículo 24 de la Decisión 623 implica que la condición para que un incumplimiento califique como “flagrante” es que sea “evidente”, término que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define como “cierto, claro, patente y sin la menor duda”.

[102] En el campo penal la flagrancia guarda relación con la inmediatez del delito. De acuerdo a César San Martín y otros (*ver por ejemplo: San Martín C. César. Derecho Procesal Penal, Vol. II, Grijley, 1999*) se requiere en estos casos de una evidencia sensorial (percepción directa) no bastando una presunción, por muy probable que se presente la comisión delictiva. Por su parte el Tribunal Constitucional Español refiriéndose a la raíz latina del término señala que éste se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, y que en este sentido el término ha pasado a nuestros días, de modo que hay que entender que se trata de la inconducta que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa. Dicho Tribunal en su sentencia 341/1993 concibió la flagrancia como una situación fáctica en la que el delincuente es 'sorprendido' -visto

<sup>58</sup> Folio 8 de la Reclamación.

<sup>59</sup> Folio 8 de la Reclamación.

<sup>60</sup> Folio 15 de la Contestación.

<sup>61</sup> Folio 16 de la Contestación.



directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito.

- [103] Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su Sentencia emitida en el Proceso 2-AI-97, se ha referido al concepto de “incumplimiento objetivo” y lo ha definido como aquél “que se aprecia por la simple lectura y análisis de los hechos inculcados de incumplimiento y el derecho violado”. En dicha sentencia, el Tribunal toma como referencia la jurisprudencia europea y concretamente la expedida en los asuntos acumulados C-282/96 y C-283/96 Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa. En tales asuntos, el abogado general concluye que si un país admite el incumplimiento o éste queda demostrado sin lugar a discusión, se produce lo que posteriormente se denominó en la jurisprudencia europea el “incumplimiento no discutido”. En el devenir de la práctica europea, este concepto se utilizaría para referirse a lo que el Tribunal andino ha denominado “incumplimiento objetivo”.
- [104] Señala así, el TJCAN ha estimado que el “incumplimiento no discutido” de la jurisprudencia europea (sentencia de 29 de mayo de 1997) puede asimilarse con el mismo alcance al incumplimiento “flagrante”, y será tal cuando:

*“Éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por la Secretaría General, inclusive cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales la Secretaría General se hubiere pronunciado con anterioridad”.*

*Nota: A nivel de la práctica administrativa, un ejemplo de “incumplimiento no discutido” o flagrante es el que diera lugar a la Resolución 550 que contiene el Dictamen 13-2001 en el que se determina que existe un incumplimiento flagrante por parte del Gobierno de Colombia al diferir unilateralmente el Arancel Externo Común aplicable a las importaciones de arroz, no obstante existir pronunciamientos explícitos de la Secretaría General (Resolución 503) denegando tal posibilidad.*

- [105] Haciendo un símil del concepto penal aplicado al campo del Derecho de la Integración, dicha figura se relacionaría con la actualidad o momento de la perpetración de la conducta y su materialidad o capacidad de ser percibida como tal, sin mayor análisis. Acorde con la jurisprudencia citada, podría señalarse también que el incumplimiento flagrante es aquél verificable objetivamente, sin mayor análisis o sin admitir prueba en contrario.
- [106] Aplicado dicho concepto al presente caso, se encuentra que, para poder determinar su flagrancia, se requiere determinar primero si existe o no incumplimiento y si éste fuera objetivo, evidente o reiterado, será flagrante. Este análisis es el que se desarrolla precisamente en el presente Dictamen.

### **5.3. Respecto a las cuestiones de fondo.-**

#### **5.3.1. Consideraciones preliminares sobre la Interpretación Prejudicial:**

- [107] De conformidad con el artículo 32 del TCTJCA, corresponderá al TJCA interpretar por vía prejudicial, las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.



- [108] Asimismo, el artículo 33 del TCTJCA establece que los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, podrán solicitar la interpretación del TJCA acerca de dichas normas, siempre que la sentencia se susceptible de recursos en derecho interno (**consulta facultativa**).
- [109] Adicionalmente, el referido artículo 33 dispone que en todos los procesos en lo que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación prejudicial (**consulta obligatoria**).
- [110] En línea con lo señalado en el párrafo precedente, el artículo 123 de la Decisión 500 señala que, de oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna norma andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar la interpretación del Tribunal (**consulta obligatoria**).
- [111] Ahora bien, en reiterada jurisprudencia<sup>62</sup>, el TJCA ha dejado establecido, respecto de la interpretación prejudicial, lo siguiente:

*“- Es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último, (...) **interpreta en forma objetiva** la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno.<sup>3</sup> **Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario** (...).*

*- En efecto, la función del Tribunal comunitario en estos casos, es la de **interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico**, es decir buscar el significado para **precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional** dentro de las esferas de su competencia.<sup>4</sup>*

(...)

*- Los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso en derecho interno o si solo fuera procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria-, están obligados, en todos los procesos en los que **deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a solicitar la interpretación prejudicial**, (...).*

*- En los casos en los que la consulta de **interpretación prejudicial sea obligatoria** (...), el planteamiento de la solicitud lleva consigo la **suspensión del proceso interno hasta que el Tribunal comunitario se pronuncie**, constituyéndose en un presupuesto procesal de la sentencia<sup>8</sup> y en una solemnidad inexcusable e indispensable<sup>9</sup> que debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo, **cuya inobservancia puede derivar en acciones de incumplimiento** (...).<sup>10</sup>*

<sup>62</sup> Sentencia de fecha 7 de julio de 2017 del Proceso N° 01-AI-2015, Interpretación Prejudicial de fecha 17 de febrero de 1994 del Proceso N° 6-IP-93, Interpretación Prejudicial de fecha 3 de setiembre de 1999 del Proceso N° 30-IP-99, Interpretación Prejudicial de fecha 3 de diciembre de 1987 del Proceso N° 01-IP-87, Interpretación Prejudicial de fecha 25 de setiembre de 1990 del Proceso N° 3-IP-90, Interpretación Prejudicial de fecha 29 de agosto de 1997 del Proceso N° 11-IP-96, e Interpretación Prejudicial de fecha 10 de abril de 2002 del Proceso N° 01-IP-2002.



- La interpretación prejudicial **no es ni puede asimilarse a una prueba**, tampoco es la simple absolución de un cuestionario, ni está llamada a constituirse en un informe de expertos o en una opinión jurídica de tipo doctrinal.<sup>11</sup> (...)

- Requerida la interpretación prejudicial, pasa a ser de **la exclusiva competencia del Tribunal de Justicia el determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar**, adicionando o restringiendo, según el asunto de que se trate, (...).<sup>14n</sup> (Énfasis agregado y notas al pie del texto citado omitidas)

[112] Asimismo, con relación a la consulta obligatoria, el TJCAN ha referido que "(...) La consulta es obligatoria para los Tribunales Nacionales de última instancia ordinaria, sin que esto signifique que se atenta contra su independencia; pues, en este caso, el Juez Nacional actúa como Juez Comunitario. Además, el Juez Nacional debe suspender el proceso, hasta que el Tribunal Comunitario dé su interpretación, la cual deberá ser adoptada por aquél."<sup>63</sup>

[113] Adicionalmente, el TJCA ha precisado cuáles son los parámetros que corresponde observar, a fin de conocer si un juez nacional está obligado a solicitar la interpretación prejudicial:

**"De conformidad con lo previsto en los Artículos 33 del Tratado de Creación Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 123 de su Estatuto, como parámetros que deberán observarse a fin de conocer con certeza si un Juez nacional está obligado a solicitar la interpretación prejudicial a este Tribunal, tenemos los siguientes:**

- Que cualquiera de las partes en el proceso nacional haya invocado una norma andina como sustento de sus alegaciones.
- Que, ante tal invocación, cualquier otra de las partes en el proceso nacional controvierta la interpretación o aplicación de dicha norma andina, o de otras normas andinas, como sustento de sus alegaciones.
- Que el juez nacional que va a resolver la causa **necesariamente** tenga que **aplicar una norma andina para fallar el asunto, más allá de si fue o no invocada o controvertida por cualquiera de las partes.**

**Estos parámetros no son concurrentes, pero el último es necesario para establecer la obligatoriedad de la solicitud de interpretación prejudicial.**<sup>64</sup>  
(Énfasis agregado)

[114] En ese sentido, la interpretación prejudicial es obligatoria cuando el juez nacional de única o última instancia que va a resolver la causa necesariamente tenga que aplicar una norma andina para fallar el asunto, más allá de si fue o no invocada o controvertida por cualquiera de las partes.

[115] Cabe indicar que, el artículo 36 del Tratado de Creación del TJCA y el artículo 128 de la Decisión 500 disponen que los Países Miembros velarán por el cumplimiento y la observancia, por parte de los jueces nacionales, de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

### 5.3.2. Respecto al alegado incumplimiento del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del artículo 123 de la Decisión 500.-

<sup>63</sup> Interpretación Prejudicial de fecha 4 de agosto de 1993 del Proceso N° 03-IP-93.

<sup>64</sup> Sentencia de fecha 7 de julio de 2017 del Proceso N° 01-AI-2015.





### Argumentos de la Reclamante

- [116] La Reclamante indica que el Tribunal Superior de Bogotá no solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial del artículo 260 de la Decisión 486, aunque esta era obligatoria. En esta línea destaca que dicho tribunal nacional no sólo cito la norma comunitaria, sino que la aplicó de manera inconsulta sobre el fondo de la *litis*, descartando así la existencia de un acto de competencia desleal por violación de secretos empresariales.

### Argumentos de la Reclamada

- [117] La Reclamada señala que la Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá no se controvierte la aplicación del artículo 260 de la Decisión 486, y que su discusión no se basó en la aplicación del mismo. En esta línea, indica que la mención a dicha norma se realizó de manera de referencia tangencial para ilustrar una línea de argumentación. Destaca así que en el proceso interno se discutieron diferentes supuestos, de los cuales sólo el 7% correspondía a la violación de secretos, y que existieron otras 3 causales de competencia desleal discutidas, por lo que la conclusión a las que allegó el Juez Nacional no se fundamentó solamente en los parámetros establecidos en el artículo 260 de la Decisión 486.
- [118] En este sentido indica que el asunto de competencia desleal no se encuentra sometido a la jurisdicción andina, por lo que se estaría aplicando el mecanismo de la acción de incumplimiento de manera equivocada.
- [119] Sumado a ello, destaca que la mención que se hace del artículo 260 de la Decisión 486 en el proceso nacional corresponde a una argumentación de contexto de que utiliza el operador judicial para valorar la confidencialidad de la información señalada por la Reclamante como configurativa de la infracción, siendo así que pudo usar como parámetro otras disposiciones.
- [120] La Reclamante indicar que el TJCAN ha aclarado que la necesidad de la interpretación prejudicial en un determinado proceso, concurre no por la solicitud o invocación de la norma andina por una de las partes, sino que se habrá de tornar obligatoria, en el caso en el que el juez nacional detecte que la disposición del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina resulte controvertida o que para resolver la causa deba aplicar y aplique dicha norma<sup>65</sup>. En este sentido señala que en el presente caso no era necesaria la aplicación e interpretación específica del artículo 260 de la Decisión 486.

### Análisis de la SGCAN

- [121] Sobre el particular, a la luz de lo señalado en el numeral 5.3.1 del presente Dictamen, corresponde que esta SGCAN verifique si el juez nacional se encontraba obligado a solicitar interpretación prejudicial al TJCA, considerando los siguientes parámetros:
- Que el juez nacional sea de única o última instancia.
  - Que cualquiera de las partes en el proceso nacional controvierta la interpretación o aplicación de una norma andina, como sustento de sus alegaciones.
  - Que el juez nacional tenga que aplicar una norma andina para fallar el asunto, más allá de si fue o no invocada o controvertida.

<sup>65</sup> Folio 27 de la Contestación.



[122] Asimismo, resulta pertinente hacer alusión, de manera previa, a los hechos y a las actuaciones procesales relevantes, así como a las cuestiones controvertidas en sede nacional. Ello, con base en la información proporcionada por la Reclamante y por la Reclamada, la misma que obra en el Expediente correspondiente al presente Dictamen (Proceso N° FP/03/2020).

### 5.3.2.1. Síntesis de los hechos, de las actuaciones procesales relevantes y de las cuestiones controvertidas en sede nacional:

#### (i) Hechos y actuaciones procesales relevantes:

[123] Con radicado de fecha N° 16-146013-00000-00000, Santiago Vélez & Asociados y Corredores de Seguros S.A. (La Reclamante en el presente procedimiento) interpuso una acción de competencia desleal contra Jesús Orlando Charry, Smart Surgery S.A.S, y Smart Insurance Ltda, Héctor Fabio Gutiérrez, ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

[124] Mediante Sentencia de fecha 19 de enero de 2018, la Superintendencia Delegada para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, denegó las pretensiones de la demanda.

[125] La Reclamante interpuso recurso de apelación contra la Sentencia del 19 de enero de 2018 de la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de la audiencia del proceso, siendo que ese Despacho concedió este Recurso ante el Tribunal Superior de Bogotá, con efecto suspensivo.<sup>66</sup>

[126] Con fecha de 21 de septiembre de 2018, aprobada el día 12 del mismo mes y año, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó el pronunciamiento de primera instancia en todos sus extremos.

#### (ii) Cuestión controvertida en sede nacional:

[127] De acuerdo con la información que obra en el Expediente, la cuestión controvertida en sede nacional radica en la presunta comisión de una serie de prácticas de competencia desleal por parte de los señores Jesús Orlando Charry y Héctor Fabio Gutiérrez, y de las empresas Smart Surgery S.A.S, y Smart Insurance Ltda.<sup>67</sup>

[128] Con respecto a los señores Jesús Orlando Charry y Héctor Fabio Gutiérrez, entre las diferentes prácticas de competencia desleal en las cuales habrían presuntamente incurrido, se encuentra la violación de secretos empresariales.

### 5.3.2.2. Respecto a si el juez nacional era de única o última instancia:

<sup>66</sup> Folio 2 del Acta de Audiencia de la Superintendencia de Industria y Comercio

<sup>67</sup> Sobre el particular, se encuentra que los cargos sobre cada uno de los demandados son los siguientes:

Respecto de Jesús Orlando Charry y Héctor Fabio Gutiérrez: i) inducción a la ruptura contractual; ii) actos de desorganización; iii) aprovechamiento de reputación ajena; iv) desviación de clientela; v) violación de secretos industriales y/o empresariales; vi) actos de confusión; y, vii) ofrecimiento desleal de retorno sobre las primas canceladas por los diferentes tomadores de las pólizas.

Respecto de la empresa Smart Surgery S.A.S: i) desviación de clientela; ii) actos de desorganización, iii) aprovechamiento de reputación ajena; iv) actos de confusión; y, v) ofrecimiento desleal de retorno sobre las primas canceladas por los diferentes tomadores de las pólizas.

Respecto de la empresa Smart Insurance Ltda: i) aprovechamiento de reputación ajena; y, ii) aprovechamiento económico de gestión ajena, la de la demandante, mediante la captura desleal de los clientes de la actora.



### Argumentos de la Reclamante

- [129] La Reclamante señala que la medida cuestionada está plasmada en el pronunciamiento de Segunda Instancia del 12 de septiembre de 2018 dentro del proceso de referencia 11001 3199 001 2016 46013 01, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá. Conforme su reclamación, la constancia de ejecutoriedad de la Sentencia de Segunda Instancia que se anexa, acredita que dicho pronunciamiento no admite recursos y hace tráfico a cosa juzgada.<sup>68</sup>

### Análisis de la SGCAN

- [130] De acuerdo con el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 123 del de la Decisión 500, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, deberá suspender el procedimiento y solicitar la interpretación al TJCAN.
- [131] Ahora bien, se encuentra que no fue discutido por la Reclamada el hecho de que el juez nacional que emitió el pronunciamiento fuera uno de única o última instancia.
- [132] En este contexto, se encuentra que el Tribunal Superior de Bogotá ostenta la condición de juez de segunda instancia, por lo que se advierte que el proceso nacional no era uno de única instancia. Respecto a sí el pronunciamiento de dicho Tribunal constituye última instancia, cabe indicar que conforme el Certificado del Secretario Ad Hoc de trabajo de competencia desleal y propiedad intelectual de la Superintendencia de Industria y Comercio de fecha 5 de marzo de 2020, anexo a la Reclamación, se señala que (...) *[El] fallo Tribunal Superior de Bogotá de septiembre doce (12) de 2018 (...) se encuentra debidamente notificado y ejecutoriado.*
- [133] Sobre el particular, si bien no corresponde a esta SGCAN pronunciarse sobre las normas internas procesales de los Países Miembros, resulta pertinente traer a colación lo señalado por el TJCA respecto a la calificación de última instancia ordinaria:

*“Tal y como se expresó en el numeral 2 de este acápite, la interpretación obligatoria se debe solicitar en procesos de última instancia ordinaria. Teniendo en cuenta que, la finalidad de la interpretación prejudicial es la aplicación uniforme de la norma comunitaria andina, es muy importante que el conjunto de operadores jurídicos aplique la normativa subregional en un mismo sentido. En consecuencia, sería incoherente para el sistema que existiera un vacío operativo en cuanto a dicha interpretación uniforme. El esquema comunitario andino ha escogido a los jueces nacionales como sujetos esenciales para lograr la validez y la eficacia del ordenamiento subregional. Como quiera que los recursos extraordinarios son aquellos que tienen unas causales bien demarcadas, que por regla general tienen un carácter técnico-jurídico, que no actúan como instancia porque no pretende revisar en todos sus extremos la actuación del juez ordinario y, por lo tanto, no están destinados a revisar los hechos del proceso ni a realizar un análisis probatorio, no es en sede de dichos recursos que debe ser obligatoria la solicitud de interpretación prejudicial ya que, si así fuera, se quedarían un gran cúmulo de casos, de asuntos y de cuestiones, sin soporte en una uniforme interpretación de la norma comunitaria andina.”*

<sup>68</sup> Foja 25 de la Reclamación



Por seguridad jurídica, los procesos judiciales no pueden extenderse al infinito; se debe garantizar el postulado de la “cosa juzgada”. Por lo general, se garantiza el principio de la doble instancia, haciendo que el superior jerárquico revise la actuación del juez de menor jerarquía mediante un instrumento procesal que casi siempre se llama recurso de apelación. En esto radica lo ordinario de la actuación y de los recursos: unos jueces de instancia organizados por grados jerárquicos (primera y segunda), y un recurso de apelación que posibilita el sistema de revisión por parte del juez de mayor jerarquía. Para revisar un fallo judicial después de que se agota el trámite ordinario, la mayoría de sistemas jurídicos consagran sistemas extraordinarios como el recurso de casación o de revisión, con las características básicas anteriormente anotadas.

A esta vía extraordinaria acceden pocos asuntos debido a su naturaleza restrictiva y de una gran carga técnico- jurídica; cuando la figura extraordinaria está bien empleada, tiene como efecto inmediato la limitación de su campo de acción. Por esta razón y salvaguardando la validez y eficacia del orden jurídico andino, el Tribunal ha considerado que la obligatoriedad de la interpretación prejudicial debe enraizarse en la única o última instancia ordinaria; el operador jurídico más legitimado para desplegar la interpretación uniforme es el juez de única o última instancia ordinaria, precisamente porque éste concreta definitivamente la litis en la gran mayoría de asuntos. Los recursos extraordinarios son precisamente eso, extraordinarios y excepcionales.

Como el Tribunal en sus interpretaciones prejudiciales no puede fijar el sentido, aplicar o analizar el derecho interno, le corresponde al juez consultante precisar el alcance del mismo y, por ende, de sus figuras procesales. En el presente caso, es la corte peruana la que debe establecer la naturaleza de los recursos e instrumentos procesales que consagra la norma interna; debe determinar si el recurso de casación nacional es ordinario o extraordinario, si es una tercera instancia o no, así como todo lo relacionado con su operatividad. Esto, se reitera, no es competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Si en el ámbito interno se llegare a la conclusión que la figura de casación peruana es una tercera instancia, de conformidad con todo lo planteado, sería el juez que conoce este recurso el obligado a realizar la consulta prejudicial.” (Énfasis agregado)

[134] Como se puede apreciar, a consideración del TJCAN, la obligatoriedad de la interpretación prejudicial debe enraizarse en la única o última instancia ordinaria; puesto que el operador jurídico más legitimado para desplegar la interpretación uniforme es el juez de única o última instancia ordinaria, precisamente porque este concreta definitivamente la litis en la gran mayoría de asuntos. Sin perjuicio de ello, el TJCAN menciona que corresponde a los jueces nacionales precisar el alcance y sentido de sus figuras procesales.

[135] En el presente caso se encuentra que una autoridad colombiana (la Superintendencia de Industria y Comercio) quien fue juez de primera instancia, ha calificado que el pronunciamiento se encuentra ejecutoriado. Sin perjuicio de las aclaraciones realizadas previamente acerca de que le corresponde al juez nacional hacer la interpretación de la normativa interna, esta SGCAN se permite indicar la legislación colombiana señala que:

*“Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos. No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una*



vez resuelta la solicitud.

*Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.*<sup>69</sup>

[136] Conforme lo anterior, entiende esta SGCAN que no existirían recursos internos que puedan ser interpuestos contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, configurando que este sea un juez de última instancia en el presente caso.

[137] Siendo ello así, en el presente caso se cumple con esta condición.

**5.3.2.3. Respecto a que cualquiera de las partes en el proceso nacional controvierta la interpretación o aplicación de una norma andina, como sustento de sus alegaciones:**

Argumentos de la Reclamante

[138] Conforme a lo detallado en el numeral 4.1., la Reclamante alega que el asunto que se debatía en sede nacional implicaba la aplicación del artículo 260 de la Decisión 486. En este sentido, señala que el Tribunal Superior de Bogotá no hizo de una simple mención al artículo 260 de la Decisión 486, sino que lo aplicó de manera inconsulta sobre el fondo de la litis, ya que, a partir de las conclusiones esgrimidas sobre dicho artículo, descartó la existencia de un acto de competencia desleal por violación de secretos empresariales.

Argumentos de la Reclamada

[139] De acuerdo con lo indicado en el numeral 4.2., la Reclamada manifiesta que en el proceso nacional no se presentó una controversia en cuanto a la aplicación del artículo 260 de la Decisión 486. En esta línea señala que el artículo 260 de la Decisión 486 fue usado de manera referencial en el pronunciamiento del Tribunal Superior de Bogotá, y que debe considerarse y que debe considerarse que vez que dentro de los procesos internos se abarcaron una serie de supuestos, de los cuales sólo el 7% del total correspondía a la violación de secretos<sup>70</sup>.

[140] Además, señala que en sede nacional se discutió un asunto de competencia desleal, el cual no se encuentra sometido a la jurisdicción andina.

Análisis de la SGCAN

[141] Como primera cuestión cabe indicar que el artículo 260 de la Decisión 486, ubicado en el Título XVI “De la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial”, señala:

**“Artículo 260.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:**

<sup>69</sup> Artículo 302 del Código General del Proceso

<sup>70</sup> Folios 19 a 20 de la Contestación.



a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;

b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

*La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.”*

[142] Sobre el particular, en el Expediente obra el escrito de la Demanda presentado ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en la cual de manera expresa la Reclamante utiliza como fundamentos de derecho de sus pretensiones los artículos 260 a 266 de la Decisión 486.

[143] Sobre este aspecto, es preciso hacer alusión a lo señalado por el TJCAN en el Proceso N° 01-AI-2015<sup>71</sup>:

*“Debe entonces estar claro que la simple invocación de una norma andina por una de las partes ante un Juez nacional, como la cita de la tal norma en fundamentación de sus argumentos, no puede ser un presupuesto que vincule al Juez para que active la figura de la interpretación prejudicial ante este Tribunal Comunitario. **Lo esencial para que se requiera dicha interpretación –se reitera- es que las normas andinas, habiendo sido o no invocadas por la o las partes procesales, sean controvertidas en el caso concreto, entendiéndose por ello que haya existido una discusión extensa y detenida, con opiniones contrapuestas, sobre tales normas;** o que el Juez nacional deba necesariamente aplicar dichas normas comunitarias para resolver el caso.”* (Énfasis agregado)

[144] De conformidad con lo señalado por el TJCAN, corresponde analizar si, en efecto, el artículo 260 de la Decisión 486 fue materia de controversia en sede nacional. Para ello, cabe traer a colación, de manera sucinta, lo indicado en los actos y providencias procesales que obran en el Expediente.

- El escrito de Demanda, contiene como fundamentos de derecho , entre otras normas, los artículos 260 a 266 de la Decisión 486<sup>72</sup>.

Asimismo, dicho escrito consagra como pretensiones, entre otras, las siguientes:

*7. Se declare que los Sres. JESÚS ORLANDO CHARRY LOPEZ y de HÉCTOR FABIO GUTIERREZ GONZÁLEZ, como funcionarios activos y posteriormente como ex funcionarios de SANTIAGO VELEZ & ASOCIADOS CORREDORES DE SEGUROS S.A., han incurrido desde 2.014 y hasta la fecha, **específicamente** y sin perjuicio de las declaraciones que se reclaman en los numerales 1º y 2º anteriores, en los siguientes actos de competencia desleal en contra de la demandante: (...)*

<sup>71</sup> Sentencia de fecha 7 de julio de 2017 del Proceso N° 01-AI-2015.

<sup>72</sup> Folio 30 de la demanda ante la Superintendencia de Industria y Comercio

e) Violación de secretos industriales y/o empresariales a los que los Sres. Charry López y Gutiérrez Gonzales accedieron en razón a su condición de trabajadores de la demandante, como lo es, entre otras, el listado total de clientes, (incluidas identidades, direcciones, ocupaciones, necesidades de aseguramiento, hábitos de aseguramiento, esquemas de costos, esquemas de comercialización), técnicas de comercialización de pólizas, informes confidenciales de las aseguradoras y de los tomadores de pólizas, estudios actuariales y demás.<sup>73</sup>

(...)

19. Se condene a los demandados a abstenerse de continuar incurriendo en los siguientes actos de competencia desleal frente a SANTIAGO VELEZ & ASOCIADOS CORREDORES DE SEGUROS S.A.:

19.3 Violación de secretos empresariales y/o industriales, a los que los Sres. Charry López y Gutiérrez González accedieron como trabajadores que fueron de la demandante y que han utilizado en beneficio propio y en beneficio de las dos sociedades demandadas (...)<sup>74</sup> (Énfasis añadido)

De lo anteriormente citado, esta SGCAN encuentra que, la reclamante demandó en sede nacional colombiana, entre otras consideraciones, una supuesta violación de sus secretos empresariales, amparándose, entre otras normas, en los artículos 260 a 266 de la Decisión 486, siendo estas últimas disposiciones que regulan lo referido a los secretos empresariales en el marco comunitario andino, lo cual permite inferir que correspondía al juez nacional emitir un pronunciamiento al respecto.

- Mediante Sentencia de fecha 19 de enero de 2018, la Superintendencia Delegada para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, denegó las pretensiones de la demanda. Entre los fundamentos de su pronunciamiento en lo que corresponde al cargo de violación de secretos como acto de competencia desleal señala:

“Los demandados tuvieron acceso legítimo a la lista de clientes de la demandante y así mismo lo reconoció su mismo representante legal, lo cual impide que esta información se tenga como secreto empresarial,” (...)“que las pólizas de seguro ofrecidas son diferentes, así como también lo son los nichos de mercado y que los clientes los identifican perfectamente y que las sociedades demandadas se dedican a otro ramo de seguros, es decir, Smart Insurance y el otro operador y el señor Gutiérrez Gonzales desarrolló el producto de complicaciones plásticas mucho antes de entrar a trabajar para Santiago Vélez, todo lo cual lleva a concluir que ni siquiera existió un riesgo de que se configurara la conducta desleal bajo estudio, pues el señor Gutiérrez González ya venía trabajando esa información desde mucho antes de entrar en la sociedad demandante”<sup>75</sup> (énfasis nos pertenece)

De lo anterior, esta SGCAN encuentra que en la primera instancia se analizó la presunta vulneración de secretos empresariales, por lo que se infiere que lo referido al “secreto empresarial”, que es precisamente materia de regulación en el

<sup>73</sup> Folio 2 de la demanda ante la Superintendencia de Industria y Comercio

<sup>74</sup> Folio 5 de la demanda ante la Superintendencia de Industria y Comercio

<sup>75</sup> Foja 14 de la Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.



artículo 260 de la Decisión 486 conforme la cita *supra*, fue objeto de controversia y de pronunciamiento por parte del juez nacional.

- La Reclamante interpuso Recurso de Apelación contra la Sentencia del 19 de enero de 2018 de la Superintendencia de Industria y Comercio, siendo que ese Despacho concedió este Recurso ante el Tribunal Superior de Bogotá<sup>76</sup>.

El Recurso de Apelación se basó, en lo que corresponde a la conducta de competencia desleal por violación de secreto empresarial, en lo siguiente: *“la información confidencial a que se aludió en la demanda, no sólo se trata de un listado de clientes, sino de sus especiales requerimientos en el mercado, de las situaciones variables para cada uno, de sus condiciones de asegurabilidad, de sus riesgos asegurables, etc (...)”*<sup>77</sup>

En este contexto, encuentra la SGCAN que, en el Recurso de Apelación, la Reclamante presentó argumentos acerca de lo que el juez de primera instancia definió por secretos empresariales y el alcance que dicho juez estableció sobre dicho extremo. Siendo ello así, se infiere que en la segunda instancia, el alcance y la aplicación de dicho concepto era materia de controversia.

- Con fecha el día 12 de septiembre de 2018, el Tribunal Superior de Bogotá emitió Sentencia confirmando el pronunciamiento de primera instancia en todos sus extremos.

Dentro de este pronunciamiento, sobre la violación de secretos empresariales, dicho Tribunal indicó:

*“[...] La circunstancia anotada en precedencia cobra especial relevancia para la causal de competencia desleal en estudio [violación de secretos], en tanto que uno de los presupuestos que contempla en artículo 260 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, para que una determinada información pueda reputarse “secreto empresarial” es, precisamente, que “haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta”, requisito que, como bien a verse, aquí no hace presencia.*

*“De otro lado, ha de tenerse en cuenta que, también para los reseñados propósitos, la norma recién citada prevé que un verdadero secreto empresarial solo puede recaer sobre información “secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva”. Tal exigencia tampoco puede tenerse por verificada en esta oportunidad, en la medida en que, según la misma demandante lo reconoció en su libelo incoativo. Y al absolver su declaración de parte, las personas naturales demandadas fueron contratadas por SVA, precisamente, por la experiencia que para ese momento ya tenían en el mercado de la intermediación de seguros y, más puntualmente, en la comercialización de los seguros de complicaciones quirúrgicas (fl. 217, c.11, min 53:24). En este contexto, y a la luz de los elementos de juicio que obran en la foliatura, emerge que, incluso con anterioridad a la fecha que iniciaron su vínculo laboral con la hoy demandante, los señores Charry López y Gutiérrez, ya que tenían un amplio conocimiento del mercado objetivo que*

<sup>76</sup> Folio 2 del Acta de Audiencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>77</sup> Foja 14 de la Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.





*podría estar interesado en contratar esa particular modalidad.” (énfasis nos pertenece)*

De la cita anterior, esta SGCAN encuentra que el juez nacional de segunda instancia aplicó el artículo 260, para analizar las cuestiones controvertidas sobre actos de competencia desleal por violación al secreto empresarial.

- [145] Bajo el contexto antes descrito, encuentra esta SGCAN que, en efecto, por lo menos una de las partes presentó alegaciones que conllevaban a la aplicación del artículo 260 de la Decisión 486, controvirtiendo así dicho punto.
- [146] Sumado a lo anterior, esta SGCAN también ha podido constatar de las actuaciones antes descritas que, a lo largo del procedimiento en sede nacional, tanto en primera como en segunda instancia, se controvirtió la practicas de conductas de competencia desleal por violación del secreto empresarial, tema este último que es objeto de regulación en el artículo 260 antes referido conforme ya hemos indicado.
- [147] Asimismo, resulta importante destacar que el artículo 260 establece que se considera un secreto empresarial y que dicho artículo hace parte del Título XVI “De la Competencia Desleal vinculada a la Propiedad Industrial” de la Decisión 486 ya aludida.
- [148] Siendo ello así, en el presente caso se cumple con esta condición.

**5.3.2.4. Respecto a si el juez nacional debía aplicar necesariamente el artículo 260 de la Decisión 486 para fallar el asunto, más allá de si fue o no invocada o controvertida:**

Argumentos de la Reclamada

- [149] La Reclamada indica que en el caso nacional no se cumple el criterio de necesidad. En esta línea, destaca que el Tribunal Superior de Bogotá en una argumentación de contexto utiliza el artículo 260 de la Decisión 486 para valorar la confidencialidad de la información señalada por la reclamante como configurativa de la violación del atribuido a los demandados en el proceso interno, es decir, a una referencia ilustrativa que, eventualmente por su especialidad, consideró a efectos de sopesar la conclusión derivada del estudio de las pruebas, pudiendo haber tomado como parámetro otras disposiciones internas<sup>78</sup>.
- [150] En esta línea, señala que el TJCAN ha aclarado que la necesidad de la interpretación prejudicial en un determinado proceso, concurre no por la solicitud o invocación de la norma andina por una de las partes, sino que se habrá de tornar obligatoria la intervención del órgano comunitario, en el caso en el que el juez nacional detecte que la disposición del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina resulte controvertida o que para resolver la causa deba aplicar y aplique dicha norma<sup>79</sup>.
- [151] Asimismo, indica que la norma comunitaria no debía aplicarse, esto es, que su cita no sobrevénia principal para la solución del caso. Así, indica que la cita del artículo 260 de la Decisión 486 no se observa como una *conditio sine qua non* para que se configure la conclusión producto del análisis de la realidad procesal, sino como una referencia argumental que tiene como finalidad reforzar el entendimiento de lo que debería concebirse como un secreto, en el marco de la competencia desleal, ya que su ausencia del texto o del razonamiento no modifica el ejercicio desplegado con la apreciación de los medios de

<sup>78</sup> Folio 20 de la Contestación.

<sup>79</sup> Folio 27 de la Contestación.



convicción que fueron recabados<sup>80</sup>.

- [152] Por otra parte, la Reclamada manifiesta que las vías comunitarias no pueden configurar una tercera instancia frente a las decisiones adoptadas por los jueces nacionales. En esta línea, destaca que en el caso expuesto en la reclamación se observa que la Reclamante, ejercitó los recursos ordinarios a su disposición, frente al pronunciamiento desfavorable a sus pretensiones.<sup>81</sup>
- [153] La Reclamada señala además que considera de suma importancia que la SGCAN ratifique en su dictamen que esta la Interpretación prejudicial se aplicará en aquellos procesos en los cuales la norma andina sea en efecto objeto central de la controversia, y no un aspecto accesorio al fondo de la misma.<sup>82</sup>

### Análisis de la SGCAN

- [154] En reiterada jurisprudencia, el TJCA<sup>83</sup> ha señalado lo siguiente:

*“En consecuencia, **el juez nacional**, en este caso la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, **debe actuar como juez comunitario andino** y, en efecto, desempeñarse como el garante, en colaboración con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del ordenamiento subregional, lo que implica, por supuesto básico, su correcta y uniforme aplicación.*

*En este orden de ideas, **el juez que conozca un recurso extraordinario en las circunstancias anteriormente mencionadas, por encima de las limitaciones formales de su normativa interna, tiene que hacer primar el orden comunitario andino**, lo que implica que debe declarar la nulidad de la sentencia que no cuente con la correspondiente interpretación prejudicial, generando con esto que todos los operadores jurídicos se inserten en el sistema jurídico comunitario de una manera adecuada. **Este juez nacional, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario** y, por lo tanto, su primera función es examinar si el juez de última instancia cumplió con su misión de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez que conozca un recurso extraordinario siempre debe tener presente que la consulta prejudicial es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional; por esta razón, se justifica la acción de anular la sentencia que no cuente con este requisito toral.*

*También es muy importante tener en cuenta que **el juez extraordinario debe consultar al Tribunal**, tanto por las normas comunitarias que se refieren a la interpretación prejudicial obligatoria, como por las normas comunitarias alegadas por el recurrente. (...).” (Énfasis agregado)*

- [155] En vista a lo señalado por el TJCAN, el juez nacional, sea extraordinario o no, tiene el deber

<sup>80</sup> Folio 30 de la Contestación.

<sup>81</sup> Folio 36 de la Contestación.

<sup>82</sup> Folio 37 de la Contestación.

<sup>83</sup> Interpretación Prejudicial de fecha 8 de octubre de 2013 del Proceso 168-IP-2013, Interpretación Prejudicial de fecha 6 de octubre de 2013 del Proceso 127-IP-2013, Interpretación Prejudicial de fecha 25 de setiembre de 2013 del Proceso 128-IP-2013, Interpretación Prejudicial de fecha 2 de octubre de 2013 del Proceso 132-IP-2013, Interpretación Prejudicial de fecha 16 de octubre de 2013 del Proceso 111-IP-2013, Interpretación Prejudicial de fecha 25 de setiembre de 2013 del Proceso 133-IP-2013, Interpretación Prejudicial de fecha 22 de enero de 2014 del Proceso 138-IP-2014, entre otras.



de hacer primar el orden comunitario andino por encima de las limitaciones formales de su normativa interna, por tanto, dicho juez debe solicitar interpretación prejudicial al TJCAN cuando corresponda.

- [156] En relación a ello, es preciso indicar que no le corresponde a este Órgano Comunitario calificar o valorar las apreciaciones del juez nacional, quien es el único competente para evaluar si es procedente, previsible y necesaria la aplicación de una norma andina para resolver la controversia.<sup>84</sup> Sobre este punto, el TJCAN de manera específica ha indicado lo siguiente:

**“En otras palabras, es obligación del juez nacional constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso, antes de proceder a solicitar su interpretación prejudicial teniendo en cuenta que la causa, razón o circunstancia para la interpretación se produce cuando, como hemos dicho, “Los jueces nacionales ... conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena...”. No basta por tanto que dentro del proceso se citen determinadas normas de la integración, bien sea por las partes o por el agente del Ministerio Público, para que el juez de la causa, automáticamente, decida formular la solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal, sin constatar previamente que dicho trámite se justifica.** De procederse en esta forma se estaría utilizando el recurso prejudicial sin necesidad alguna, lo cual redundaría en la dilación injustificada de los procesos, con evidente quebranto de los más elementales principios de economía procesal que garantiza la celeridad de los procesos.

**Es evidente que el juez nacional es quien debe determinar si se requiere o no la interpretación prejudicial, pero tal determinación no es arbitraria y debe hacerse con pleno conocimiento de causa ya que, según se desprende del citado artículo 29 del Tratado del Tribunal, sería improcedente la solicitud de interpretación de normas comunitarias cuya aplicación no resulte necesaria, según los términos en los que se haya planteado la litis.** De otra parte, no parece evidente, ni mucho menos, que tal condición se cumpla en el presente caso. (...).<sup>85</sup> (Énfasis agregado)

- [157] En el presente caso, se encuentra que el Tribunal Superior de Bogotá aplicó una disposición comunitaria. Esto se puede constatar en la Sentencia del 12 de septiembre de 2018, antes citada, en la cual textualmente señaló:

**“[...] La circunstancia anotada en precedencia cobra especial relevancia para la causal de competencia desleal en estudio [violación de secretos], en tanto**

<sup>84</sup> Ello se ve reforzado con lo dispuesto en el Dictamen 02-2010 de fecha 24 de marzo de 2010, en donde esta SGCA señaló que: “(...), tanto en la fase prejudicial como judicial, los órganos comunitarios: i) no tienen a su disposición todos los actuados del proceso judicial en sede nacional en el que se ha emitido una decisión o sentencia, por lo que una revisión de ésta en cuanto a la solución que ha proporcionado a determinada controversia podría afectar la observancia del principio de verdad procesal que exige que la verdad en un proceso surja de los medios probatorios y de lo actuado íntegramente en el mismo; ii) no se encuentran habilitados para confrontar a las partes del proceso judicial en sede nacional, por lo que una revisión de la decisión o sentencia del juez nacional en cuanto a la solución que éste ha proporcionado a determinada controversia podría afectar la observancia del principio de contradicción o audiencia bilateral que exige que todos los actos de un proceso deban realizarse con conocimiento de las partes; y, iii) no disponen de competencia para calificar los hechos materia del proceso judicial en sede nacional, calificación que tampoco corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la tramitación de una solicitud de Interpretación Prejudicial aun cuando en este caso sí se dispone de un informe de los hechos que el juez nacional considera relevantes para la interpretación, lo que no ocurre en el contexto de una Acción de Incumplimiento.”

<sup>85</sup> Interpretación Prejudicial de fecha 26 de febrero de 1991 del Proceso 02-IP-91.



que uno de los presupuestos que contempla en artículo 260 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, para que una determinada información pueda reputarse “secreto empresarial” es, precisamente, que “haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta”, requisito que, como bien a verse, aquí no hace presencia. (énfasis nos pertenece)

- [158] En este sentido, el juez nacional vio por necesario aplicar una disposición del ordenamiento comunitario, conforme quedó plasmado en su pronunciamiento antes aludido.
- [159] Ahora bien, respecto a los argumentos de que el juez pudo aplicar otras disposiciones nacionales en lugar de la norma comunitaria antes aludida, está SGCAN se permite recordar que el ordenamiento comunitario tiene por característica la supranacionalidad, la cual conlleva a la preeminencia del derecho comunitario sobre el nacional. En este sentido, no podría un País Miembro aplicar de manera preferente una norma nacional, sobre una norma comunitaria como la cuestionada, para excusarse de la obligación de solicitar la interpretación prejudicial en causas de conocimiento de jueces de última y única instancia, toda vez que ello podría conllevar a un escenario de incumplimiento, cuando se genere algún tipo de contradicción.
- [160] Sumado a lo anterior, y como ya se aludió líneas más arriba cuando se explicó el alcance y finalidad de la Interpretación Prejudicial, lo que se busca con esta figura es la aplicación uniforme del ordenamiento comunitario.
- [161] En este sentido, sería una evidente contradicción señalar que cuando un juez de única o última instancia aplique una norma del ordenamiento comunitario, aún en el supuesto de que no sea necesaria dicha aplicación, pero lo haya realizado de manera referencial, se puede excusar de solicitar la interpretación prejudicial, cuando ello puede acarrear la descomposición de la finalidad aludida: la aplicación uniforme del ordenamiento comunitario.
- [162] Siendo ello así, en el presente caso se cumple con esta condición.
- [163] Finalmente, esta SGCAN se permite señalar que por vía de la interpretación prejudicial el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no interpreta el contenido y alcance del derecho nacional ni califica los hechos materia de proceso, ya que se limita a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (Proceso 4-IP-94) y si bien, cuando es obligatoria, dicha interpretación se constituye en un presupuesto procesal de la sentencia cuyo desconocimiento constituye una violación del debido proceso (Procesos 11-IP-96 y 3-AI-2010), su esencia y propósito es constituir un mecanismo de cooperación judicial entre el Juez Nacional y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para garantizar una aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del derecho comunitario andino.
- [164] En esa línea se requiere de una especial prudencia y una particular observancia del principio de proporcionalidad comunitario, conforme al cual la acción comunitaria, no se encuentra llamada a sustituir o superponerse a la acción propia de las autoridades judiciales de los Países Miembros. En tal sentido, la interpretación prejudicial no es el medio para pretender reevaluar los actos jurisdiccionales nacionales o servir como un recurso de revisión o alzada de tales actos y menos aún puede utilizarse con el propósito de dilatar o frustrar una sentencia que no es favorable a los intereses de una parte o de un tercero ya que con ello se distorsiona su finalidad y propósito y se empaña la relación de cooperación entre los jueces comunitarios y nacionales, generando la inconducta procesal de quien la utiliza con tales fines.



### 5.3.3. Sobre la supuesta flagrancia de los incumplimientos alegados

- [165] Sobre el particular, esta SGCAN considera, a la luz de los alcances expuestos en el acápite 5.3 del presente Dictamen y tomando en cuenta el análisis desarrollado, el incumplimiento reclamado no es flagrante. Sin perjuicio de ello, este Órgano Comunitario encuentra que la Reclamada ha incumplido el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del artículo 123 de la Decisión 500.

## VI. CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS. -

- [166] Por todo lo anterior, la SGCAN, con base en las consideraciones que se anteponen, la información suministrada por las Partes y los motivos expuestos en el presente Dictamen, considera que la República de Colombia, mediante la Sentencia del 12 de septiembre de 2018 emitido dentro del Proceso N° 11001 3199 001 2016 46013 01, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el marco del proceso por competencia desleal instaurado por la Reclamante, incumple lo dispuesto en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 123 de la Decisión 500.

## VII. MEDIDAS APROPIADAS PARA CORREGIR EL INCUMPLIMIENTO.-

- [167] En aplicación de lo dispuesto por el artículo 4 del TCTJCA, y a fin de corregir el incumplimiento dictaminado en el punto anterior, se recomienda a la República de Colombia tomar las medidas internas que le permitan corregir el incumplimiento indicado.

## VIII. PLAZO PARA REMITIR INFORMACIÓN.-

- [168] De conformidad con el artículo 21 del Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, se establece un plazo de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día siguiente a la publicación del presente Dictamen en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, para que la República de Colombia informe a la Secretaría General la medida que ha adoptado o que se encuentre adoptando dirigida a corregir el incumplimiento, acompañando la prueba que acredite la adopción de tal correctivo.

*Jorge Hernando Pedraza*  
**Secretario General**