



SUMARIO

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Proceso 19-IP-98.-	Interpretación Prejudicial de los artículos 1, 2 y 9 de la Decisión 314 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por la Sala Político-Administrativa de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Venezuela, e interpretación de oficio de los artículos 3 y 7 ibídem, del artículo 1 de la Decisión 288, artículo 3 de la Resolución 422 de la Junta del Acuerdo de Cartagena y de los artículos 3, 5 y 27 del Tratado de Creación del Tribunal. Actor NAVIERA DEL PACÍFICO C.A. Expediente Interno N° 14298	Pág. 1
Proceso 23-IP-98.-	Interpretación Prejudicial de los artículos 81, 82 literales a), b) y c) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, a través del Consejero Ponente Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, e interpretación de oficio del literal f) del artículo 82 ibídem. Actora: Sociedad Herramientas Agrícolas S.A.. MARCA TRIDIMENSIONAL “UNA CACHA DE MACHETE Y UNA DENOMINACIÓN Y COLORES”. Expediente Interno N° 3841	14

PROCESO 19-IP-98

Interpretación Prejudicial de los artículos 1, 2 y 9 de la Decisión 314 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por la Sala Político-Administrativa de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Venezuela, e interpretación de oficio de los artículos 3 y 7 ibídem, del artículo 1 de la Decisión 288, artículo 3 de la Resolución 422 de la Junta del Acuerdo de Cartagena y de los artículos 3, 5 y 27 del Tratado de Creación del Tribunal.

Actor NAVIERA DEL PACÍFICO C.A. Expediente Interno N° 14298.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

En Quito a los siete días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

VISTOS

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela, a través de su Presidente Dra. Cecilia Sosa Gómez, solicita a este Tribunal Comunitario la

interpretación prejudicial de los artículos 1, 2 y 9 de la Decisión 314 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Que se plantea la solicitud en virtud del proceso instaurado por la Sociedad Mercantil Naviera Pacífico C. A., a través de apoderado judicial, por el que se pretende obtener se declare con lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad contra el acto administrativo de efectos particulares contenido en el oficio N° CJ-013, emanado del Ministro de Trans-



porte y Comunicaciones en fecha 15 de julio de 1997, mediante el cual ese Despacho declaró improcedente el recurso de reconsideración interpuesto contra el oficio N° DM/DGSTACUAT/97-159 de fecha 14 de febrero de 1997, emanado del Ministro, a través del cual se declaró improcedente el recurso interpuesto en fecha 24 de enero de 1997 contra la conducta omisiva de la Dirección General Sectorial de Transporte Acuático del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

Considera el Tribunal insuficiente para proceder a la interpretación, el resumen de los hechos apuntados por la alta instancia consultante y procede por eso a complementar los que se desprenden de la propia demanda y de otros recaudos procesales, no sin antes advertir que desde los inicios de su funcionamiento este Tribunal ha prevenido de la importancia del informe sucinto de los hechos relevantes para la interpretación que le corresponde hacer al consultante.

En efecto, ya en decisiones emitidas desde el propio comienzo de su funcionamiento, y constantemente reiteradas luego, este Tribunal Comunitario ha expresado:

“Tanto la relación como el informe elaborado por la instancia nacional, orientan al órgano comunitario y permiten que éste centre su labor en los aspectos definidos por aquella, quien es en definitiva la que habrá de aplicar la interpretación del Tribunal al caso concreto. Sin embargo, por vía de amplitud y pese a que no se han cumplido cabalmente todos los requisitos previstos en el artículo 61 del Estatuto, el Tribunal procede a absolver la presente consulta excepcionalmente y en beneficio de la celeridad de la justicia, y ya que es posible extraer y precisar de los documentos remitidos por el juez nacional, tanto las normas de derecho comunitario que tienen relación con el procedimiento principal, como los hechos pertinentes.” (Sentencia de 25.V.88, emitida en el procedimiento de interpretación prejudicial N° 1-IP-88, que había sido precedida incluso por la del 03.XII.87. Véase: Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo I, 1994, págs. 100, 105, 126 y 40; y, Tomo III, págs. 97, 180 y 181.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en sentencia expedida en el Proceso 1-IP-87,

G.O. N° 28 de 15 de febrero de 1988, dice lo siguiente:

“Que si bien este documento procedente de la sociedad demandante ha sido remitido a este Tribunal por el juez nacional en calidad de ‘informe sucinto’ de los hechos para la consulta prejudicial, no es propiamente el informe a que se refiere el artículo 61, producido por el mismo juez o Tribunal que formula la consulta, como sin duda lo quiere la citada norma, se lo acepta, porque a criterio del Tribunal resulta suficiente como relato de los hechos básicos pertinentes, sin que tal aceptación haya de constituir precedente válido para futuros casos”.

“...La exigencia del Estatuto, de que tales hechos se informen al Tribunal de manera sucinta, ha de entenderse entonces no en el sentido de que éste se ha de pronunciar sobre ellos -lo cual le está vedado- sino para que, conociéndolos, pueda el Tribunal enfocar u orientar la doctrina de suerte que su interpretación resulte útil para el juez que debe fallar. De otro modo, la interpretación que adopte el Tribunal podría resultar demasiado general y abstracta en el inagotable universo de la teoría jurídica e inútil, en consecuencia, tanto para decidir el caso como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario”.

Con estas consideraciones el Tribunal procede a realizar un resumen de los hechos en base a la solicitud presentada por la sociedad Mercantil NAVIERA PACÍFICO y que ha sido remitida por la alta instancia consultante.

Como antecedentes en la demanda constan:

1. El 15 de abril de 1996, el Presidente de Naviera del Pacífico, presentó ante la Dirección General Sectorial de Transporte Acuático del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (Dirección), una comunicación en que le manifiesta a ese Despacho la difícil situación que está atravesando la marina mercante en Venezuela, y en particular, esa empresa naviera venezolana al no existir incentivos, por lo cual se plantea una política de incentivos a la Marina Mercante Nacional.
2. El 29 de abril de 1996, se presentó un escrito ante la Dirección a fin de: (i) participar



al Ministerio de Transporte y Comunicaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional, que **NAVIERA PACÍFICO** había firmado un Acuerdo de Cooperación con la empresa naviera noruega **GEARBULK LTD.**, con el propósito de desarrollar y atender el tráfico comprendido entre los puertos de la Costa Oeste de los Estados Unidos y el Canadá y los puertos venezolanos, tráfico éste que había sido tradicionalmente prestado por **NAVIERA PACÍFICO** con su **M/N RÍO CHAMA**; y (ii) solicitar que se analice la posibilidad de dar apoyo a **NAVIERA PACÍFICO** para que pueda continuar operando competitivamente al igual que lo ha hecho en el pasado, toda vez que posterior a la firma del acuerdo, había tenido noticias que **NORSUL** había anunciado su servicio a Venezuela, amparado en la fijación de fletes más bajos (dumping) y la inexistencia en Venezuela de una Ley de Protección de la Marina Mercante, todo lo cual les permitiría tocar en Venezuela sin ninguna restricción.

3. El 6 de junio de 1996, la actora dirige a la Dirección una nueva comunicación, en la cual expresaba su preocupación por la falta de respuesta a los planteamientos presentados el 15 de abril.
4. El 1 de octubre de 1996, presenta ante la Dirección un escrito, mediante el cual ratifica lo solicitado el 29 de abril, ya que no había recibido respuesta alguna. El escrito se presenta en los términos siguientes: 1) Que se excluya a **NORSUL** de toda posibilidad de transportar carga en la ruta asignada a **NAVIERA PACÍFICO**, porque la normativa brasileña en materia de reserva de carga excluye a las empresas navieras de la subregión andina de toda posibilidad de transportar carga originada por el comercio exterior de ese país en determinados tráficos que interesan a la actividad naviera de Venezuela, y 2) Que se aplique por parte de la Dirección la totalidad de la normativa de reserva de carga establecida en la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional.

Fundamenta su petición en la Decisión 314 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

sobre “Libertad de Acceso a las Cargas Transportadas por vía marítima y políticas para el desarrollo de la Marina Mercante del Grupo Andino”, la cual establece una conexión imprescindible entre la eliminación de la reserva de carga y el establecimiento de las medidas de incentivo previstas en el artículo 9 de esa Decisión Comunitaria Andina, medidas que hasta la fecha no han sido tomadas por las autoridades venezolanas, lo cual constituye un claro incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Decisión 314.

5. El 24 de octubre de 1996, la Dirección mediante comunicación N° 1095 dio respuesta únicamente a los planteamientos formulados el 1 del mes; señalando solamente que el contenido del escrito estaba siendo analizado a la luz de la Decisión 314, y de la Resolución 422 de la Junta del Acuerdo de Cartagena relativa al “Reglamento para la Aplicación Comunitaria del Principio de Reciprocidad en el Transporte Marítimo”. Dichos planteamientos se presentaron en los términos siguientes:

“que la Dirección excluya a **NORSUL** de toda posibilidad de transportar carga en la ruta asignada a **NAVIERA PACÍFICO**, porque la normativa brasileña en materia de reserva de carga excluye a las empresas navieras de la subregión andina toda posibilidad de transportar carga originada por el comercio exterior de ese país en determinados tráficos que interesan a la actividad naviera de Venezuela; y, que la Dirección aplique en su totalidad la normativa de reserva de carga establecida en la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional. Mi representada fundamentó su petición en la Decisión 314 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre Libertad de Acceso a las Cargas Transportadas por Vía Marítima y Políticas para el Desarrollo de la Marina Mercante del Grupo Andino (la “Decisión 314”) la cual establece una conexión imprescindible entre la eliminación de la reserva de carga y el establecimiento de las Medidas de Incentivo previstas en el Artículo 9 de esa Decisión Comunitaria Andina, medidas que hasta la fecha no han sido tomadas por las autoridades venezola-



nas, lo cual constituye un claro incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Decisión 314. Asimismo, se le plantea a la Dirección que preste su colaboración en la aplicación de la normativa de reserva de carga establecida en la Ley de Protección y Desarrollo de la Marina Mercante Nacional, indispensable a fin de evitar que mi representada siguiera enfrentando en condiciones desventajosas la competencia de empresas navieras de países que restringen el acceso de las Empresas Subregionales a sus tráfico de exportación o importación, como es el caso de Brasil".

6. Ante las infructuosas gestiones realizadas para lograr la aplicación de las medidas de incentivo previstas en la Decisión 314, Naviera Pacífico acudió ante la Junta del Acuerdo de Cartagena denunciando el incumplimiento por parte de la República de Venezuela de las obligaciones impuestas por la Decisión 314.
7. El 24 de enero de 1997, la actora interpuso recurso de queja ante el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, contra la conducta omisiva de la Dirección, frente a las solicitudes presentadas en ese despacho, por haberse abstenido de resolver y dar oportuna respuesta.
8. Con la misma fecha del 24 de enero de 1997, la demandante recibió una comunicación de la Junta del Acuerdo de Cartagena en la que le informa sobre los resultados de la consulta realizada por ese organismo comunitario a las autoridades de Transporte Marítimo de los Países Miembros, respecto a la aplicación de la Decisión 314 y en particular, en relación al estado actual de implementación de las medidas de incentivo previstas en la Decisión Comunitaria. La Junta señala que la Autoridad Competente en materia de transporte marítimo de Venezuela al acusar recibo de la consulta se limitó a señalar:

"En la legislación nacional de Venezuela se han eliminado totalmente las restricciones para el fletamento de buques por parte de empresas nacionales, dentro de la idea de facilitar su participación en los tráfico internacionales. Asimismo, ac-

tualmente se está preparando un Proyecto Legal cuyo objetivo es atenuar las cargas fiscales en el caso de importación de buques".

9. En fecha 14 de febrero de 1997, el Ministro dictó el oficio N° DM/DGSTACUAT/97-159, mediante el cual declaró improcedente el recurso de queja interpuesto. En ese oficio, el Ministro da algunas respuestas a los planteamientos en relación a la eliminación de la reserva de carga reguladas por las normas comunitarias, sobre la base de una errónea y antijurídica interpretación de la Decisión 314.
10. En fecha 7 de marzo, se presenta el recurso de reconsideración, al mencionado oficio, siendo declarado improcedente por el Ministro.
11. Consta además, la resolución N° CJ-013 del 15 de julio de 1997, expedida por el Ministro de Transporte y Comunicaciones, por el cual se resuelve el recurso de reconsideración.
12. El 15 de enero de 1998 el apoderado judicial de NAVIERA PACIFICO C.A. interpone ante la sala Político-Administrativa un recurso contencioso administrativo de nulidad contra el acto administrativo de efectos particulares contenido en el oficio JC-013, mediante el cual declaró improcedente el recurso de reconsideración y en el que pide que además de declarar con lugar el susodicho recurso declare consecuentemente que "la reserva de carga dispuesta en la Ley de Protección y Desarrollo se encuentra en pleno vigor y efecto hasta tanto no se dicten las medidas de incentivo previstas en la Decisión 314.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONSIDERANDO:

I. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Este Tribunal es competente para absolver la solicitud de Interpretación Prejudicial requerida por la Sala Político-Administrativa de la Honorable Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela, de conformidad con los



artículos 28 y 29 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

II. NORMAS A INTERPRETARSE

Sobre este punto es de observar, la obligatoriedad para el solicitante de señalar, al tenor de lo establecido en el artículo 61 literal b) del Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo cuya interpretación se requiere.

Además de las normas señaladas por la alta instancia solicitante el Tribunal, en uso de su competencia, considera pertinente interpretar los artículos 3, 7 y 9 de la Decisión 314, el artículo 1 de la Decisión 288, el artículo 3 de la Resolución 422 de la Junta del Acuerdo de Cartagena y los artículos 3, 5 y 27 del Tratado de Creación del Tribunal; cuyos textos se transcriben a continuación:

DECISIÓN 314

“DE LA LIBERTAD DE ACCESO Y DE LA RECIPROCIDAD”

“**Artículo 1.-** Se establece la libertad de acceso a las cargas transportadas por vía marítima que genere el comercio exterior de los países de la Subregión, conforme a los requisitos y condiciones que se consagran en esta Decisión.

“Ecuador podrá sujetar el acceso a sus hidrocarburos transportados por vía marítima, a las disposiciones de su legislación nacional”.

“**Artículo 2.-** La libertad de acceso a que se refiere la presente Decisión se efectuará dentro del principio de la reciprocidad, de forma tal que las restricciones, exclusiones o Reservas de Carga existentes a favor de buques que naveguen bajo bandera nacional de los Países Miembros o empresas asociadas o fletados u operados por empresas de transporte marítimo de la Subregión, se eliminan con arreglo al siguiente calendario:

“**1.-** El transporte entre puertos de los Países Miembros, según lo previsto en la Decisión 288 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

“**2.-** El transporte entre puertos de Países Miembros y puertos de terceros países que se efectúe en buques de propiedad, fletados u operados por empresas de transporte marítimo de los Países Miembros, a más tardar el 31 de diciembre de 1991.

“**3.-** El transporte entre puertos de Países Miembros y puertos de terceros países que se efectúe por empresas de transporte marítimo de terceros países a más tardar el 31 de diciembre de 1992”.

“**Artículo 3.-** La reciprocidad es la mutua concesión que países o comunidades de países se otorgan entre sí para permitir el acceso a las cargas que deben transportarse por vía marítima. Este acceso comprende tanto las cargas que se movilizan entre estos países o comunidades de países como las que se originan para desde terceros países o comunidades de países.

“El acceso de las empresas de transporte marítimo de los países o comunidades de países extrasubregionales al transporte de cargas de importación y exportación que los países de la Subregión generan, se concederá en similares condiciones y proporción de acceso al que se conceda a las empresas de transporte marítima de la Subregión o a las naves fletadas u operadas por ellas”.

“POLÍTICAS PARA EL DESARROLLO DE LA MARINA MERCANTE DEL GRUPO ANDINO”

“**Artículo 7.-** La política para el desarrollo de la marina mercante de los Países Miembros propenderá por el logro de los siguientes objetivos específicos:

- “a) Armonizar las políticas de transporte marítimo con las políticas generales de apertura y los esquemas de competitividad internacional que se establezcan en la Subregión para todos los sectores de la economía;
- “b) Mejorar la competitividad de las empresas de transporte marítimo subregionales;
- “c) Coordinar las políticas y normas de transporte marítimo de los Países Miembros, dotándolas de mecanismos adecuados



para lograr el equilibrio frente a posibles competencias desleales de terceros países”.

“Artículo 9.- Para el cumplimiento de los objetivos señalados en el presente Capítulo, los Países Miembros adoptarán acciones tales como:

- “a)** La implantación de una política de flexibilización en materia de registro de naves, que constituya una alternativa de competitividad para las empresas de transporte marítimo de la Subregión, que comprenda el uso de naves de bandera de conveniencia, segundos registros, y otros;
- “b)** La concesión de créditos a largo plazo para la obtención de buques adecuados a los tráficos;
- “c)** La promoción de consorcios y empresas de transporte marítimo consolidadas para servicios en la Subregión y con terceros países;
- “d)** La implantación de una legislación que libere a las empresas de transporte marítimo de la Subregión de las medidas que afectan su actividad e inciden en sus costos de operación y que se reflejan de modo particular en exigencias de carácter laboral, arancelario y tributario;
- “e)** La flexibilización de los controles actuales para la facilitación del transporte marítimo;
- “f)** La flexibilización de las exigencias legales en materia de porcentajes de capital nacional para la constitución de empresas de transporte marítimo, permitiendo de esta forma una mayor participación de capitales extranjeros”.

DECISIÓN 288

“Artículo 1.- Se establece libertad de acceso para la carga originada y destinada, por vía marítima, dentro de la Subregión, a ser transportada por buques de propiedad, fletados u operados por Compañías Navieras de los Países Miembros y de terceros países”.

RESOLUCIÓN 422

“Artículo 3.- Cuando terceros países o comunidades de países impongan a las empresas navieras nacionales cualquier tipo de limitación o establezcan restricciones, exclusiones o un trato discriminatorio para el acceso a las cargas, los Países Miembros adoptarán en reciprocidad medidas de restricción total o parcial a las empresas navieras de dichos países o comunidades de países, aun cuando éstas se encuentren asociadas con empresas navieras nacionales”.

TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA

“Artículo 3.- Las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen un fecha posterior.

“Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro”.

“Artículo 5.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

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

“Artículo 27.- Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 5 del presente Tratado, en casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

III. MOMENTO EN QUE DEBE SOLICITARSE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

El artículo 28 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dice: “Co-



responderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”, todo esto con un fin integracionista. Es en razón de ello que “el Tribunal tiene que limitarse a ‘precisar el contenido y alcances’ de las citadas normas principales y derivadas. No puede -como es obvio- ‘interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos del proceso’ (art. 30 del tratado)”...(Proceso 2-IP-91, G.O. N° 78 de 18 de marzo de 1991). Al respecto ha concluido el Tribunal que por “Interpretación debe entenderse la búsqueda de la significación de la norma para precisar su alcance y su sentido jurídico, tarea esencialmente distinta a la de aplicar la norma a los hechos, la cual está reservada al juez nacional, como ya se indicó, dentro de las correspondientes esferas de competencia”. (Proceso 1-IP-87, G.O. N° 28 de febrero 15 de 1988)

Se ha señalado también, por parte del Tribunal: “La solicitud de Interpretación Prejudicial, en consecuencia, bien sea de oficio o a petición de parte, puede hacerse en cualquier estado y grado de la causa, aunque debería hacerse de preferencia cuando el proceso esté listo para que se dicte sentencia de fondo, puesto que se trata de allegar un criterio hermenéutico que tan solo resulta operativo para el juez nacional en el momento de dictar su fallo, ya que se plantea una cuestión de puro derecho como lo es la interpretación de las normas jurídicas del Acuerdo de Cartagena.” Y agregó: “Distinta es la solución de la legislación interna para las cuestiones de hecho, en las cuales sí existe una oportunidad procesal para que las partes puedan promoverlas o presentarlas ante el juez nacional” (Proceso 1-IP-87, G.O. N° 28 de 15 de febrero de 1988). Citado por la sentencia del Proceso 3-IP-91, G.O. N° 93 de 11 de noviembre de 1991.

IV. PREEMINENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

El ordenamiento jurídico comunitario prevalece en su aplicación sobre normas internas o nacionales; prevalencia reconocida de tal forma por la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento expresado en el Vigésimo Noveno período de sesiones

ordinarias (Lima, 29 de mayo - 5 de junio de 1980), cuando declaró la ‘validez plena’ de los siguientes conceptos: a) el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomías propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, b) el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros, c) las Decisiones que impliquen obligaciones para los Países Miembros entran en vigor en la fecha que indiquen o, en caso contrario, en la fecha del Acta Final de la reunión respectiva, de conformidad con el artículo 21 del Reglamento de la Comisión.

Tales criterios han sido recogidos por la jurisprudencia del Tribunal en la siguiente forma:

“En consecuencia, dichas Decisiones adquieren fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de la fecha de vigencia”. (Proceso 1-IP-87, G.O. N° 28 de febrero 15 de 1988)

“Las normas comunitarias son de inmediata aplicación, a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior (arts. 2 y 3 del Tratado Constitutivo del Tribunal)”.

“El profesor Dámaso Ruiz-Jarabo, define el principio manifestando que ‘La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigida. Ello supone que la norma comunitaria tiene efectos en el orden interno, sin requerirse su incorporación al derecho nacional por acto interno y genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla”.

“El mismo jurista al referirse al principio de la aplicación directa del derecho comunitario ha dicho: ‘El derecho comunitario, por consiguiente, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fun-



damentalmente, en su efecto y primacía". (Proceso 3-AI-96, G.O. N° 261 del 29 de abril de 1997).

Sobre la preeminencia y la aplicabilidad directa del Derecho Comunitario ha dicho este Tribunal en la Sentencia 2-IP-97 de junio de 1998, lo siguiente:

"Este Tribunal ha reconocido el principio de la preeminencia de la norma comunitaria sobre el derecho nacional de los Países Miembros, adoptando la tesis de la inaplicabilidad de la ley interna, mediante la cual se considera que la ley interna no será aplicable si contraviene lo dispuesto por la norma comunitaria, tesis de suma importancia dentro del ámbito andino, pues debe ser ésta y no la de derogación tácita de la ley interna, la que debe prevalecer, pues tal y como lo ha venido afirmando este Tribunal comunitario en reiteradas oportunidades, (Procesos 2-IP-88, 3-IP-94, 6-IP-94, 9-IP-94, 10-IP-94 entre otros), las normas internas deben estar en estricta concordancia con la ley comunitaria so pena de quedar con el efecto de inaplicabilidad -no derogatoria- frente a ésta".

(...)

"Según la jurisprudencia del Tribunal adoptada en sentencia 2-IP-88 se describe el fenómeno de la inaplicabilidad de la ley interna respecto de la comunitaria como aquel en el que una disposición de orden supranacional ejerce una especie de "ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario ("preemption"). La norma interna, sin embargo, podría continuar vigente aunque resulte inaplicable, y permanecer en estado de latencia hasta que el derecho comunitario que la desplazó se modifique eventualmente y le deje libre el terreno, si es que la norma nacional llega a resultar compatible con él". (Gaceta Oficial N° 33 de 26 de julio de 1988)

Los principios de aplicación directa y de preeminencia del derecho comunitario no pueden depender o estar condicionados a las acciones que para su cumplimiento deban adoptar los Países Miembros.

En virtud del artículo 3 del Tratado de creación del Tribunal, las Decisiones de la Comisión son directamente aplicables en los Países Miembros, a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Consecuentemente, las Decisiones 288 y 314 de la Comisión referentes a la libertad de acceso a las cargas transportadas por vía marítima y al desarrollo de las marinas mercantes de los respectivos Países Miembros eran aplicables por el Gobierno de Venezuela a partir de las fechas en que fueron dictadas.

Los Países Miembros según el artículo 5 del Tratado de creación del Tribunal están obligados a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. En el caso subjudice se trata de la obligación que tenía el Gobierno de Venezuela de aplicar correctamente y desarrollar las previsiones de política contenidas en la Decisión 314.

"El artículo 5° del Tratado fundacional del Tribunal Andino, como ya se ha dicho anteriormente, establece las obligaciones de: "hacer" por parte de los Países Miembros, en cuanto ellos "están obligados" a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento del ordenamiento jurídico y también la de "no hacer" cuando los signatarios del Tratado se comprometen a no adoptar medidas contrarias al ordenamiento jurídico o medidas que "de algún modo obstaculicen su aplicación". (Proceso 06-IP-94, G.O. N° 170 de 23 de enero de 1995)

Como expresara el Tribunal en la Sentencia de Nulidad de la Resolución 253 de la Junta del Acuerdo, Proceso 2-N-86 (G.O. N° 21 de 15 de julio de 1987) "*... el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento el cual regula el proceso de integración que se cumple en una comunidad de derecho cual es la constituida en el Pacto Andino*".

Refiriéndose al artículo 5 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia decía "*Esta obligación*



de los países, al tenor del mismo artículo, encierra el compromiso incondicional de no contrariar las normas del indicado ordenamiento y no obstaculizar su aplicación, es decir, en la práctica, la obligación de no oponerse, en modo alguno, a los preceptos válidamente acordados por las partes". (Proceso 5-IP-89, G.O. N° 50 de 17 de noviembre de 1989)

Por la primera obligación de "hacer" impuesta por el artículo 5 del Tratado "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. (Proceso 6-IP-93, G.O. 150 de 25 de marzo de 1994)

En el caso en que los Países Miembros incumplan las obligaciones emanadas del artículo 5° del Tratado de creación del Tribunal y de tal incumplimiento resultasen sus derechos afectados, tienen en virtud del artículo 27 del mismo Tratado el derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones de su derecho interno.

V. LA DECISIÓN 314 DE LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA

Como antecedente debe mencionarse que en el Acta de La Paz suscrita con motivo del Cuarto Consejo Presidencial Andino, los Presidentes de los países de la Subregión, dispusieron que "con miras a mejorar la competitividad del comercio exterior, recomiendan a la Junta del Acuerdo de Cartagena que analice y proponga, para su adopción en la próxima reunión del Consejo Presidencial Andino, una política de eliminación de la reserva de carga para el transporte marítimo intrasubregional y frente a terceros".

Consecuentemente la Comisión del Acuerdo de Cartagena adoptó en Lima el 21 de marzo

de 1991 la Decisión 288 por la que se decide, siguiendo el criterio de la libre prestación del servicio de transporte marítimo internacional y la supresión de las restricciones vigentes en los Países Miembros, establecer la "libertad de acceso para la carga originada y destinada, por vía marítima, dentro de la Subregión, a ser transportada por buques de propiedad, fletados u operados por Compañías Navieras de los Países Miembros y de terceros países".

En la Gaceta Oficial 102 del Acuerdo de Cartagena, de 18 de febrero de 1992, se publica la Decisión 314 de la Comisión, que trata sobre "LIBERTAD DE ACCESO A LAS CARGAS TRANSPORTADAS POR VÍA MARÍTIMA Y POLÍTICAS PARA EL DESARROLLO DE LA MARINA MERCANTE DEL GRUPO ANDINO", cuyos principales objetivos, expresados en los considerandos, se los puede resumir en los siguientes:

1. Lograr una apertura de la economía, que busca exponer al aparato productivo a los rigores de competencia e inducir a niveles de competitividad.
2. La liberación comercial y una apertura externa en los países andinos.
3. Ejecutar políticas y acciones tendientes a mejorar, ampliar y modernizar la capacidad de la infraestructura y la prestación de servicios de transporte y comunicaciones, cuya insuficiencia y altos costos actuales impiden la rápida y segura vinculación entre los centros de producción y de consumo.
4. Mejorar la competitividad del comercio exterior, recomendando a la Junta del Acuerdo que proponga una política de eliminación de la Reserva de Carga para el transporte marítimo intrasubregional y frente a terceros.
5. Llegar a una supresión paulatina de las restricciones establecidas en los Países Miembros.
6. Establecer mecanismos que permitan revisar los distintos tráficos, concordantes con los intereses comerciales de cada país.
7. Tomando en cuenta que los países o comunidades de países desarrollados han diseñado y tienen en aplicación normas, bene-



ficios y subsidios en favor de sus empresas de transporte marítimo, que no permiten un total juego de las libres condiciones del mercado, adoptar disposiciones que otorguen a las empresas de transporte marítimo de la Subregión instrumentos para enfrentar la competencia internacional que les permita lograr una libre, efectiva y equitativa participación en el comercio marítimo internacional.

Del análisis de los considerandos, se puede deducir que esta Decisión es eminentemente proteccionista, que busca desarrollar y amparar a las industrias y servicios marítimos nacionales, hasta que se logre una competencia equitativa frente a las otras compañías del mundo.

VI. LIBERTAD DE ACCESO A LAS CARGAS Y RECIPROCIDAD

Por el artículo 1º de la Decisión 314 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se establece la libertad de acceso respecto de las cargas transportadas por vía marítima generadas en el comercio exterior de los países de la Subregión, sujeta a los requisitos y condiciones que se señalan en dicha Decisión. Esta libertad de acceso está sinembargo sujeta a los requisitos y condiciones que se señalan en la Decisión 314.

La libertad de acceso a las cargas equivale a la eliminación de la "reserva de carga" la cual se define como la obligación de transportar las cargas, en forma total o parcial, exclusivamente por buques de bandera nacional, es decir, navieras nacionales, estatales o mixtas.

Se entiende que tal libertad de acceso se propicia, entre otras cosas, para exponer el aparato productivo a los rigores de la competencia e inducir mejores niveles de competitividad, todo ello dentro de una tendencia de liberación comercial y de apertura externa de los países andinos.

Al eliminarse la llamada reserva de carga se debe tener presente que así como los países o comunidades de países desarrollados aplican normas, beneficios y subsidios en favor de sus empresas de transporte marítimo, resulta imprescindible adoptar equitativamente disposiciones en favor de las empresas de transporte

marítimo de la Subregión y dotarlas de instrumentos que les permita enfrentar la competencia internacional y participar en forma efectiva y equitativa en el comercio internacional.

Es por tales razones que el artículo 2 de la Decisión 314 dispone que la referida libertad de acceso a las cargas que elimina la llamada reserva de carga "se efectuará" dentro del principio de la reciprocidad, buscando que "las restricciones", exclusiones o reserva de carga existentes a favor de los buques que naveguen bajo bandera nacional de los Países Miembros o empresas asociadas, o fletados u operados por empresas de transporte marítimo de la Subregión", sean eliminados conforme al calendario que establece.

La reciprocidad que es el principio dentro del cual debe efectuarse la libertad de acceso se encuentra claramente definida en el artículo 3 de la Decisión 314 que la describe como "la mutua concesión que países o comunidades de países se otorgan entre sí para permitir el acceso a las cargas que deben transportarse por vía marítima".

Añade que el acceso se refiere tanto a las cargas que se movilizan entre esos países o comunidades de países como las que se originan para ellos desde terceros países o comunidades de países.

El 2º acápite del artículo 3 prescribe que el acceso de las empresas extrasubregionales al transporte de cargas de importación y exportación que generan los países de la Subregión debe concederse "en similares condiciones y proporción de acceso al que se conceda a las empresas de transporte marítimo de la Subregión o a las naves fletadas u operadas por ellas". Aquí se establece una igualdad de trato, similar al trato de nación más favorecida.

El Reglamento para la Aplicación Comunitaria del Principio de Reciprocidad en el Transporte Marítimo aprobado en la Resolución 422 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, dispone en el artículo 3º que cuando terceros países o comunidades de países impongan a las empresas navieras nacionales cualquier tipo de limitación o establezcan restricciones, exclusiones o un trato discriminatorio para el acceso a las cargas, los Países Miembros adoptarán en reciprocidad medidas de restricción total o par-



cial a las empresas navieras de dichos países o comunidades de países. Es decir que frente a un trato discriminatorio se autoriza, en reciprocidad, medidas de restricción.

En el mismo sentido, cuando las empresas navieras nacionales fueran objeto de medidas restrictivas o discriminatorias de terceros países, el País Miembro afectado podrá solicitar a la Junta que autorice la aplicación del principio de reciprocidad a nivel de la subregión, adoptándose a tal efecto una resolución de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros mediante los organismos nacionales competentes de transporte acuático respectivo.

VII. POLÍTICAS PARA EL DESARROLLO DE LA MARINA MERCANTE DEL GRUPO ANDINO

El artículo 9 de la Decisión 314 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena cuya interpretación se solicita, forma parte integrante del Capítulo II de dicha Decisión que trata de las "Políticas para el Desarrollo de la Marina Mercante del Grupo Andino".

Se trata en el mencionado capítulo de un conjunto de normas comunitarias orientadas hacia el desarrollo de las marinas mercantes de los Países Miembros, por lo que corresponde interpretarlas dentro del sentido teleológico o finalista de las mismas.

La política destinada a lograr el desarrollo de las marinas mercantes nacionales en la Subregión Andina debe propender a alcanzar los objetivos que se especifican en el artículo 7 de la Decisión, los cuales son:

- "a) Armonizar las políticas del transporte marítimo con las políticas generales de apertura y los esquemas de competitividad internacionales;
- "b) Mejorar la competitividad de las empresas de transporte marítimo subregionales; y,
- "c) Coordinar las políticas de transporte marítimo nacionales dotándolas de mecanismos adecuados para lograr un equilibrio frente a posibles competencias desleales de terceros países".

Evidentemente, se trata de que los Países Miembros del Grupo Andino lleven adelante como contrapartida de la libertad de acceso a las cargas que establecen, una política eficaz destinada a dotar a sus respectivas marinas mercantes de las condiciones de competitividad suficientes y adecuadas que les permitan hacer frente a las posibles competencias desleales provenientes de países extrasubregionales.

La eliminación de la reserva de carga al establecerse la libertad de acceso a las cargas originadas y destinadas dentro de la Subregión, fue decidida primordialmente por la Decisión 288 de 21 de marzo de 1991, sin restricciones ni condicionamiento alguno, dentro de un plazo de 90 días, siendo reiterada posteriormente en la Decisión 314 de 6 de febrero de 1992 que establece para la eliminación de las restricciones un calendario que debía finalizar el 31 de diciembre de 1992 y que estaba claramente relacionada con la obligación de adoptar por parte de los Países Miembros medidas de incentivo a favor de sus respectivas marinas mercantes.

Esa correlación se evidencia en el considerando 7º de la Decisión 314 en el cual se expresa:

"que al eliminarse la reserva de carga se debe tener presente que los países o comunidades de países desarrollados han diseñado y tienen en aplicación normas, beneficios y subsidios en favor de sus empresas de transporte marítimo, que no permiten un total juego de las libres condiciones del mercado, **por lo que se hace imprescindible** adoptar decisiones que otorguen a las empresas de transporte marítimo de la Subregión instrumentos para enfrentar la competencia internacional que les permita lograr una libre, efectiva y equitativa participación en el comercio marítimo internacional".

En el artículo 9 se señala, de forma ejemplificativa y no taxativa, las acciones que los Países Miembros podrán adoptar, para el cumplimiento de los objetivos específicos señalados en el art. 7 de la Decisión 314, es decir las medidas no pueden ir contra los objetivos, y al contrario deben ayudar a su plena realización.

Los objetivos arriba citados son tres y se puede comprobar que el literal c) del mismo artículo señala:



- “c) Coordinar las políticas y normas de transporte marítimo de los Países Miembros, dotándolas de mecanismos adecuados para lograr el equilibrio frente a posibles competencias desleales de terceros países”.

Es decir que los Estados Miembros deben lograr un equilibrio en la actividad marítima, tanto para los buques andinos como para los de Terceros Estados que utilicen medios desleales dentro de su competencia.

La Decisión consigna en su artículo 9, ejemplos de las medidas o acciones que los Países Miembros puedan adoptar para lograr los objetivos previstos, pudiendo adoptar una o varias de éstas, u otras, a elección del País de acuerdo a su realidad y viendo el interés de la integración.

Las medidas adoptadas por los Estados, deben ser idóneas, aplicables y útiles. No pueden ser superficiales, nominales o meramente programáticas.

Todas las acciones o medidas que pueden adoptar los Países Miembros están estrechamente vinculadas al cumplimiento de los objetivos señalados en el considerando 7 de la Decisión 314 y así se desprende claramente del texto mismo que encabeza al artículo 9 de la misma cuyo alcance se ha solicitado interpretar.

Las siete acciones que ejemplifica tienen el carácter de medidas de incentivo y de apoyo al desarrollo de la respectiva marina mercante y en su conjunto deben interpretarse como una obligación impuesta por el derecho comunitario a las autoridades nacionales con el claro propósito de fomentar ese desarrollo no sólo como un modo de lograr la finalidad general de la integración de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida en los habitantes de la Subregión sino específicamente como el medio de alcanzar una compensación y equilibrio a raíz de la liberación del acceso a las cargas transportadas por vía marítima. El no cumplimiento por un país de adoptar las medidas de incentivo no restringe el derecho de las empresas navieras mercantes a acogerse a los beneficios derivados del artículo 1 de la Decisión 314.

Es preciso aclarar que el incumplimiento de un país respecto a la adopción de esas medi-

das de incentivo, no restringe el derecho de sus empresas navieras mercantes a que se acojan a los beneficios del artículo 1 de la Decisión 314.

La Decisión 314 establece unos plazos para efectuar la eliminación de las reservas de carga de acuerdo a un calendario que finaliza el 31 de diciembre de 1992, pero no contempla un plazo fijo para la adopción de las medidas de incentivo, pero es obvio entender que esas medidas debían ser adoptadas por los países a partir de la fecha de la Decisión y dentro de los plazos a que se refiere el artículo 1º de dicha Decisión. Si por un lado se obliga a la eliminación de restricciones, exclusiones o reserva de carga, por otro, debe acoplarse en forma automática las medidas de protección a las marinas mercantes nacionales para que el sistema funcione adecuadamente. Sin embargo, el hecho de que no se hayan tomado esas medidas no significa que un país continúe manteniendo restricciones u obstaculizando la libre navegación de las marinas mercantes y los compromisos adquiridos a través de la Decisión 314. Si así ha sucedido, el empresario naviero tiene derecho a que se le apliquen las disposiciones de la libertad de acceso a las cargas transportadas por vía marítima. En todo caso, aplicando el principio del efecto útil de la norma y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de la Comunidad Europea hay que señalar que el plazo es el razonable para cumplir con las obligaciones y que no se debe entender que es un plazo indefinido sujeto a la voluntad o a la discrecionalidad de los Países Miembros.

VIII. APLICACIÓN DIRECTA DE LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA

El artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina prescribe que las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo a menos que las mismas señalen una fecha posterior. En tal virtud, la Decisión 314 sobre “Libertad de Acceso a las Cargas Transportadas por vía marítima y políticas para el desarrollo de la Marina Mercante del Grupo Andino” desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial Nº 102 del 18 de febrero de 1992 devenía por el



principio de la aplicación directa en obligatoria para todos los Países Miembros.

El artículo 5 establece la obligación que tienen los Países Miembros de adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

“La forma y procedimiento para exigir el cumplimiento de las obligaciones que adquirieran los Estados miembros en virtud de los compromisos de protección a la integridad jurídica del Acuerdo de Cartagena, que contempla el artículo 5º del Tratado del Tribunal, está consagrada en el artículo 27 del mismo ordenamiento, que otorga garantías incluso procesales a los individuos, al asignar a los tribunales nacionales competencia, de acuerdo con las prescripciones del derecho interno, para conocer las causas que les presenten las personas naturales o jurídicas de cada país, que resulten afectadas por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por cada Estado según el artículo 5º del Tratado”. (Proceso 6-IP-93, G.O. N° 150 de marzo 25 de 1994)

Por las consideraciones que anteceden,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

1. La libertad de acceso a las cargas transportadas por vía marítima generadas en el comercio exterior de los países de la Subregión debe efectuarse dentro del principio de reciprocidad.
2. Consecuentemente el acceso a las cargas debe concederse en condiciones similares y proporcionales al acceso que se conceda a las empresas de transporte marítimo de la Subregión, incluyendo las naves fletadas u operadas por ellas, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Decisión 314 y en la Resolución 422 de la Junta del Acuerdo de Cartagena.
3. Las normas comunitarias expedidas en materia de libertad de acceso a las cargas

exigen en contrapartida, mas no como condición de su vigencia, aplicabilidad inmediata, efecto directo y supremacía, que los Países Miembros adopten las necesarias medidas de incentivo en favor del desarrollo de sus respectivas marinas mercantes.

4. La anterior obligación general impuesta por la normativa comunitaria constituye la contrapartida para compensar la libertad de acceso a las cargas y se dirige a favorecer a las marinas mercantes de la subregión, lo cual se infiere del propio texto del artículo 9 de la Decisión 314.
5. En el caso de incumplimiento de la adopción de las medidas de incentivo previstas en la Decisión 314, los particulares cuyos derechos resulten afectados podrán acudir ante los Tribunales nacionales competentes de conformidad con las prescripciones del derecho interno.

Conforme al artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal, la honorable Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela, Sala Político-Administrativa, deberá adoptar la presente interpretación al emitir sentencia en el Proceso Interno N° 14298.

En cumplimiento del art. 64 del Estatuto de este Tribunal, notifíquese a la honorable Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela, Sala Político-Administrativa, mediante copia certificada y sellada y remítase igualmente copia de esta sentencia de interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina, para su correspondiente publicación en la Gaceta Oficial.

Roberto Salazar Manrique
PRESIDENTE

Juan José Calle y Calle
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Luis Henrique Farías Mata
MAGISTRADO

Patricio Bueno Martínez
MAGISTRADO

Patricio Peralvo Mendoza
SECRETARIO a.i.



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

Patricio Peralvo Mendoza
SECRETARIO a.i

PROCESO N° 23-IP-98

Interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 literales a), b) y c) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, a través del Consejero Ponente Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, e interpretación de oficio del literal f) del artículo 82 ibídem. Actora: Sociedad Herramientas Agrícolas S.A.. MARCA TRIDIMENSIONAL “UNA CACHA DE MACHETE Y UNA DENOMINACIÓN Y COLORES”. Expediente Interno N° 3841.

Quito, 25 de septiembre de 1998

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 81, 82, literales a), b) y c) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, requerida por el H. Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, a través del Consejero Ponente Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, dentro del juicio interno instaurado por la sociedad HERRAMIENTAS AGRÍCOLAS S.A., en el que se pretende obtener la nulidad de la resolución N° 0011487 del 30 de enero de 1985 expedida por la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se concedió el registro de una marca figurativa a la sociedad INVERMEC S.A.

Como hechos relevantes para la interpretación, al decir del demandante, señala el consultante, los siguientes:

“1º El 17 de noviembre de 1994 fue publicada en la Gaceta de Propiedad Industrial la marca figurativa limitada a proteger los productos “MACHETES” contenidos en la clase 8 del Decreto 755 de 1972, sin que se hubiese formulado demanda de observaciones”.

“2º La Superintendencia de Industria y Comercio mediante la resolución núm. 001487 de 30 de enero de 1995 concedió a la sociedad INVERMEC S.A. el REGISTRO DE LA MARCA FIGURATIVA sin que contra dicha resolución se hubiera interpuesto recurso alguno”.

“3º La representación gráfica presenta las siguientes características:

En su conjunto podemos apreciar una cacha de machete, con tres remaches y la lámina del machete.

En la cacha del machete podemos apreciar un gravado en forma de cuadrícula, que busca evitar el deslizamiento del machete.

El machete tiene un diseño que busca adaptarse a la mano del usuario”.

“4º “... la representación gráfica de una cacha de machete cuyo registro fue concedido, carece de cualquier fuerza distintiva en la medida que todos los comerciantes y fabricantes de machetes utilizan el mismo diseño; en este orden de ideas, el público al ver la cacha no identificará ningún producto en especial ni mucho menos a su fabricante.”

“En este orden de ideas, la concesión del registro le otorgó un privilegio a una persona de exclusividad sobre un bien público obviamente carente de cualquier distintividad”.

El Tribunal con miras a ampliar los hechos controvertidos que puedan contribuir a una interpretación cabal, resume además otros pun-



tos enunciados tanto en la demanda de nulidad como en la contestación de la misma por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, así como en el escrito presentado por la parte coadyuvante.

A. DEMANDA

1. La acción de nulidad se fundamenta tanto en leyes nacionales (artículo 596 del Código de Comercio) como en el artículo 113, literal a) de la Decisión 344, disposición esta última según la cual cualquier interesado podrá solicitar la anulación de un Registro Marcario cuando la concesión contraviene cualquiera de las disposiciones establecidas en esa Decisión.
2. Realiza un análisis de la naturaleza y características del diseño gráfico registrado.
3. Dentro de los requisitos que debe reunir un signo para ser registrado como marca, contenidos en el artículo 81 de la Decisión 344, hace énfasis en el de distintividad, respecto del cual expresa que “una marca debe poseer una aptitud distintiva suficiente (valga la redundancia), respecto de los productos a los cuales se aplicará, y debe poseer la cualidad de que por sí misma pueda llegar a identificar el producto entre todo un grupo de productos del mismo género”, y que la marca en cuestión no satisface tal exigencia.
4. Al referirse a la violación del literal b) del artículo 82 de la Decisión 344 en el procedimiento de registro, reitera que la representación gráfica de una cachapa de machete “es una forma usual de presentación de los productos; la gran mayoría de las cachapas de machete presentan diseños idénticos o muy similares al registrado” particularizando el hecho de que la cachapa del machete está comprendida dentro del denominado por la ley “estado de la técnica”, como quiera que el público ya ha tenido acceso al mismo.
5. Respecto a las características del producto, luego de aseverar que “están impuestas por la función que las mismas presentan dentro del producto”, expresa:

“- **Gravado en forma de cuadrícula:** busca evitar el deslizamiento del machete en la mano del usuario.”

“- **Remaches:** están allí con el objeto de asegurar la lámina de aluminio, para que la misma no se suelte.”

“- **Diseño cachapa:** tiene un diseño que busca adaptarse a la forma de la mano y hacerla más cómoda.”

“- **Punta con orificio:** busca tener una forma de colgar el machete.”

6. En relación con la presunta violación del literal c) del artículo 82 de la Decisión 344, expresa que “esta causal prohibitiva limita la posibilidad de adoptar como marca una forma tridimensional, sin excluir la opción perentoriamente”, aunque se admite que los signos tridimensionales pueden ser objeto de protección como diseño industrial o marcas ajustándose a las exigencias legales, para concluir señalando que las formas “que pretenden ser distintivas, deben considerarse como adiciones secundarias encaminadas únicamente a configurar una forma ergonómica que otorga ventajas de funcionalidad al producto”.
7. Para justificar el interés en la presentación de la demanda, señala que la sociedad HERRAMIENTAS AGRÍCOLAS S.A. -HERRAGRO- tiene como objeto social “la adquisición, montaje, explotación de fábricas e instalaciones dedicadas a la fabricación de herramientas, utensilios de labranza y minería”, aclarando, por otro lado, que “formula la presente acción de nulidad, con base a la lesión a ella causada por la Resolución Administrativa N° 001487”, y a los comerciantes en general.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Fundamenta la legitimidad del acto aduciendo que no se presentaron observaciones dentro de los 30 días siguientes a la publicación de la solicitud de registro; para este efecto cita la sentencia del 9 de junio de 1993 proferida por el Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Primera, dentro del proceso 305, en la que, según la Superintendencia, se sostuvo que: “... si el interesado no hace uso del derecho de formular oposición, la administración no incurre en ilegalidad al concederle...”.



Sostiene que la marca figurativa es perceptible, suficientemente distintiva y susceptible de representación gráfica y que no se encuadra dentro de las causales de irregistrabilidad previstas en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Posteriormente la actora hace una aclaración a su demanda que se concreta, en definitiva, a transcribir la jurisprudencia de este Tribunal en el Proceso 1-IP-95, sobre el carácter distintivo de una marca.

El coadyuvante, frente a la mencionada aclaración, insiste en que la marca figurativa se refirió A LA CACHA O MANGO DE UN MACHETE y no al machete como tal.

C. ESCRITO PRESENTADO POR LA SOCIEDAD INVERMEC S.A.

La empresa favorecida por la concesión del registro coadyuva a la defensa realizada por la Administración demandada aportando argumentos en favor de su posición. Sus razonamientos se resumen así:

a) En la marca figurativa solicitada para registro se deben considerar los siguientes elementos: "la marca se refiere a una cachá o mango para machetes que posee un ranurado específico en forma de diminutos rombos en alto relieve separados por una ranura de tal profundidad que genera una textura antideslizante y consiguientemente da seguridad y comodidad a quien utiliza el producto. El grabado que posee la cachá en mención es el producto de varios años de análisis en los que se realizaron distintas pruebas con los usuarios directamente."

"Posee tres (3) remaches en latón, dispuestos de tal forma que evita que la mano de quien lo usa se lastime o hiera por su roce y sostenga al mismo tiempo la lámina de acero".

Para la diferenciación del producto y como está dirigido a un sector compuesto en su mayoría por analfabetos, para su identificación visual, se utilizó un producto de color determinado (naranja), el que contrasta en la lámina de acero conforme la totalidad del machete de color plata.

b) Justificando la perceptibilidad del signo, manifiesta que "consiste en una figura que en for-

ma concreta representa la marca", poseyendo un color llamativo y una configuración antideslizante.

c) Acude a criterios de la OMPI en justificación de la distintividad para recalcar una vez más que la marca propuesta en registro es antideslizante, característica que no tienen otras, como tampoco presentan forma ergonómica ni similares formas y condiciones que la registrada.

d) Argumenta que la marca registrada se refiere a un elemento tridimensional por la forma de su representación.

e) Anota que existe en el mercado diferentes tipos de machetes según el destino de ellos: machetes para cortar caña, cachirevólver, combinación de colores naranja - plata, producidos por la misma empresa.

f) Explica que previa a la última forma de la cachá, ha experimentado otras más como la sin textura y la rugosa, relevando que la última hace más seguro su empleo y que el color naranja es llamativo para que no se pierda de vista en los trabajos del campo.

g) Defiende la distintividad de los signos que conforman la marca en el sentido de que no son idénticos o engañosamente semejantes a los adoptados y usados por otros comerciantes así como tampoco lesionan o restringen de modo alguno los derechos de quienes se dedican a la comercialización de productos similares.

h) Refuta el concepto del demandante sobre la irregistrabilidad de una forma tridimensional al sostener que "la contextura física de la marca (cachá o mango para machetes) es precisamente la que la diferencia de las demás", diferencia que se refiere también al desempeño de funciones como al servicio que presta.

D. DICTAMEN PERICIAL SOBRE LA MARCA REGISTRADA

Consta en el expediente allegado al Tribunal el informe pericial de María Teresa Garcés Lloreda y Humberto Cetina Gómez, que en resumen dice:

A. La cachá registrada como marca para machetes, "tiene una forma ergonómica muy si-



milar a todas las cachas de los machetes que existen en el comercio" y además "todos tienen en común los cuatro remaches que aseguran la lámina de acero".

B. En el presente caso se trata de una de las marcas denominadas "formales o plásticas" ya que lo reivindicado con el registro "es la forma misma del producto, o sea la cacha de un machete, además de su color naranja".

C. Expresan que para determinar la novedad y originalidad efectuaron consultas al sector interesado, entre ellos varios campesinos, quienes han coincidido en señalar que la cacha materia de registro "no es suficientemente distintiva".

D. Además, han declarado unánimemente "que las cachas que han tenido a la vista presentan características bastante similares como la forma ergonómica, los cuatro remaches en latón y las rugosidades con distintas formas para seguridad del portador del machete".

E. Los colores tampoco le dan al producto una distintividad propia, por lo que "dichas características pueden llevar fácilmente a un comprador a equivocarse sobre el fabricante de este producto, por no ser suficientemente originales y novedosos como para permitir distinguirlo de otros productos iguales o similares de origen diferente".

El Tribunal acota que en la solicitud de registro se describe a la marca como mixta, consistente en "COMBINACIÓN DE COLORES NARANJA-PLATA EN LA CACHA DE MACHETE, acompañada de la expresión GAVILÁN NARANJA según la descripción que se adjunta"; y que en la Resolución núm. 001487, por la cual se concede el registro, se hace referencia a "la marca figurativa según modelo adjunto".

NORMAS A INTERPRETARSE

El texto de las normas respectivas es el siguiente:

DECISIÓN 344:

Artículo 81.- "Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.

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

Artículo 82.- "No podrán registrarse como marcas los signos que:

"a) No puedan constituir marca conforme al artículo anterior;

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

"c) Consistan en formas que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican.

(...)

"f) Consistan en un color aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica".

I. REQUISITOS PARA QUE UN SIGNO SEA REGISTRADO COMO MARCA

Para que los productos o servicios que se ofrecen en el mercado por distintos empresarios puedan ser diferenciados entre sí por el público consumidor, necesitan singularizarse mediante un signo respecto del cual el ordenamiento jurídico otorgue el derecho a usarlo de manera exclusiva, derecho cuyo contenido se define ante todo por su aspecto negativo, o como *un ius prohibendi*, es decir, como un conjunto de facultades en cuya virtud el titular puede oponerse al uso indebido de signos idénticos o similares para identificar productos o servicios iguales o semejantes.

Para que un signo pueda ser registrado como marca y, por ende, para que respecto del mismo surja el derecho al uso exclusivo, debe ser distintivo, perceptible y susceptible de representación gráfica.

La distintividad y la perceptibilidad son elementos de la esencia de la marca, circunstancia que se advierte de la simple lectura del inciso segundo del artículo 81 de la Decisión 344.



El análisis de distintividad de un signo debe hacerse desde una triple perspectiva: La primera, referida a otros signos respecto de los cuales terceras personas gocen de exclusividad en el uso, v. gr. a título de marca, o de nombre comercial, obviamente teniendo en cuenta el alcance de las facultades del titular, en especial las que surgen de las reglas de especialidad y territorialidad con sus respectivas excepciones. Desde este punto de vista no podrá constituir marca un signo que en vez de diferenciarse de otro se confunde con él. La segunda, en relación con los productos o servicios que se pretende identificar con el signo de que se trate. Dentro de esta segunda perspectiva se encuentran las causales de irregistrabilidad contenidas en los literales b), c), d) y e) del artículo 82 de la Decisión 344. Y, la tercera, analizando el signo en sí mismo considerado; desde éste último punto de vista cabe el estudio de la causal consagrada en el literal f) del mismo artículo 82, según la cual no pueden acceder al registro los signos que "Consistan en un color aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica".

Conforme a lo inmediatamente expuesto, se observa que la mayoría de las causas que impiden calificar a un signo como marca y, por tanto, otorgar sobre el mismo el derecho al uso exclusivo, o que imponen la declaración de nulidad del respectivo acto administrativo si ya se concedió dicha exclusividad, se encuentran edificadas armónicamente sobre el concepto esencial de distintividad. Pero, de otra parte, la distintividad además de ser factor constitutivo de la marca, se erige como su principal función. En efecto, el sentido económico - práctico de las marcas consiste en servirle al consumidor como herramienta en el proceso de cognición, selección y adquisición de los bienes disponibles en el mercado, lo que repercute en beneficio de su titular, de manera que un signo que no logre individualizar los productos o servicios del empresario que lo usa frente a los homólogos de otro fabricante o comerciante, no cumple la función que el ordenamiento jurídico le ha reconocido y por la cual ha considerado que merece una especial protección.

La distintividad del signo, bien que se le mire en forma estática o dinámica, implica su aptitud para servir como elemento singularizante de los bienes existentes en el comercio.

Sobre el punto de la distintividad el Tribunal dentro del Proceso 17-IP-98 (marca "LA RUBIA", sentencia de 21 de abril de 1998,) expresó:

"Desde la sentencia proferida en el Proceso 1-IP-87 (Gaceta Oficial N° 28 de 15 de febrero de 1988), este Tribunal se refirió a la función distintiva de la marca como la característica principal que debe reunir el signo marcario para poder ser registrado; se considera que las demás características, es decir la novedad y la visibilidad de la marca a que se refería la Decisión 85, son derivación del "carácter distintivo primigenio que debe tener todo signo para poder cumplir con la diferenciación, que es el objetivo principal de la marca".

"El artículo 81 de la Decisión 344 hoy vigente, además de referirse al carácter perceptible y a la representación gráfica de la marca, concuerda en otorgar a la función distintiva de los signos papel fundamental para que una marca sea susceptible de registro. Así lo ha venido reiterando la jurisprudencia del Tribunal, y recientemente ha señalado que el elemento de la distintividad es el que permite identificar los productos pertenecientes a una persona o empresa de los productos idénticos o similares de otra, para que así el consumidor pueda distinguirlos y distinguir también la fuente empresarial de donde ellos provienen.

"La doctrina sostiene que un signo no goza de poder identificatorio cuando el consumidor al percibir una palabra sin poder distintivo no podrá saber a qué producto se refiere o cuál origen tiene el bien que proyecta adquirir. (Jorge Otamendi. "Derecho de Marcas", Abeledo Perrot, pág. 29).

"La racionalidad de la ley marcaria en su función protectora del derecho que otorga el registro marcario a su titular, se deriva precisamente del carácter distintivo de la marca. Porque la distintividad importa tanto al empresario, quien ofrece en el mercado un producto con el propósito de hacer conocer su origen, la calidad y condiciones del mismo, como al consumidor quien desea adquirir un producto de determinado origen y calidad. La distintividad del producto sirve de puente de comunicación entre empresarios, productores y consumidores en la medida en que lanza al mercado una señal inequívoca de la procedencia de los bie-



nes y despierta en el consumidor la convicción de que el producto que adquiere es el que desea porque lo conoce y lo asocia con un único productor. Para Hermenegildo Baylos Corroza en su "Tratado de Derecho Industrial", págs. 817 y ss., la protección jurídica de la marca se justifica por ser ésta "señal susceptible de promover en el comprador, por su aptitud distintiva, el mecanismo psicológico asociativo, en virtud del cual sea capaz de esa individualización numeral que suscita valores evocados, sin extenderse a garantizar la concordancia del fenómeno psíquico con la realidad". El derecho reconoce la procedencia presunta o real de un producto nominado por una marca determinada garantizando que esa marca no será engañosa ni defraudará la convicción acerca del origen y procedencia por parte de los consumidores. De ahí la relación estrecha que existe entre el poder identificador de una marca o función distintiva y la protección jurídica que la respalda".

El signo, para ser considerado marca, debe tener la posibilidad intrínseca de ser percibido o captado por el consumidor, y la forma más corriente de hacerlo es a través de elementos objetivos y materiales que permitan visualizarlo. Sin la posibilidad de perceptibilidad, un signo no tendría una exteriorización material lo que impediría conocer cual es la imagen, la forma o los elementos del signo y por ende la realización de su función.

Por regla general los signos marcarios se perciben por medio de la vista y el oído, esto último las más de las veces en razón de la pronunciación que del mismo se hace, lo cual obedece a su estructura tradicional, pues normalmente se encuentran compuestos por denominaciones, con o sin intelección, gráficos, o conjuntos de palabras, gráficos y/o colores. De allí la clasificación doctrinal de marcas denominativas, gráficas y mixtas. Sin embargo, no existe en la Decisión 344 impedimento para que el signo en que consiste la marca sea un olor o un sonido. Tampoco existe obstáculo para registrar una marca tridimensional, circunstancia que se analizará más detenidamente en un acápite posterior de esta sentencia.

Percibido el signo, el consumidor está en capacidad de conocerlo y apreciarlo, para posteriormente y en comparación con otros signos diferenciarlo y fijar su visión general e impre-

sión mental, en orden a adquirir lo que le satisface por intermedio de la identificación del signo.

La solicitud de registro de un signo necesita ser publicada para que los terceros puedan enterarse de ella y presentar, si son titulares de un legítimo interés, las observaciones que consideren pertinentes. La finalidad de dicha publicación exige, además de la descripción general del signo, su representación gráfica, condición prevista en el artículo 81.

II. PROHIBICIÓN DE REGISTRO DE COLORES

La prohibición contemplada en el literal f) del artículo 82 de la Decisión 344, está referida, en primer lugar, a los siete colores fundamentales del arco iris, prohibición que como sostiene el tratadista Carlos Fernández-Novoa "se apoya en la circunstancia de que el número de los colores fundamentales y puros es ciertamente muy limitado: la acentuada escasez de colores fundamentales y puros contrasta visiblemente con la gran abundancia de denominaciones y elementos gráficos. De donde se sigue que si a través de una marca una empresa pudiese apropiarse de un color fundamental o puro, obtendría una ventaja competitiva desmesurada y, al mismo tiempo, los competidores tropezarían con un grave obstáculo que podría llegar a bloquear el libre acceso al mercado. Los efectos obstruccionistas derivados de la concesión de una marca sobre un color fundamental o puro serían particularmente palpables en la hipótesis de que el color fuese necesariamente común a un género o línea de productos o a su envoltorio o envase" ("Derecho de Marcas", pág. 100).

La mencionada prohibición abarca además a los colores puros que por su cromatismo son fácilmente identificables, así como a los colores secundarios, fruto de combinaciones que en todo caso son también limitadas.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la prohibición bajo análisis no es absoluta, pues ella sólo opera cuando el color no se encuentra "delimitado por una forma específica", es decir que cuando el mismo se encuentra comprendido en una silueta o trazo puede acceder al registro como marca, al igual que cuando hace parte integrante de un signo tridimensio-



nal, obviamente, siempre que éste no caiga en alguna otra causal de irregistrabilidad, pues, v. gr., no por el hecho de que la forma usual del producto sea la que delimite al color de que se trate, puede afirmarse su registrabilidad.

La norma en comento hace referencia a un "color aisladamente considerado" lo que implica, a **contrario sensu**, que si dos o más colores se disponen conjuntamente, pero no mezclados, pueden acceder al registro, pues en este caso no se estaría contrariando la finalidad que persigue la causal contenida en el citado literal f). Ciertamente, una marca compuesta de varios colores debe tener el mismo tratamiento que se ha dispuesto para los signos genéricos o descriptivos, y por tanto, si analizados en conjunto proporcionan distintividad pueden ser registrados como marca.

III. MARCAS TRIDIMENSIONALES

A la clasificación de marcas mencionada en renglones anteriores -denominativas, gráficas o mixtas-, se une una categoría nueva, la de marcas tridimensionales, que como se explicará en seguida cuentan con respaldo legal mientras cumplan los requisitos dispuestos para toda marca y siempre que no caigan en las prohibiciones especialmente establecidas por el legislador comunitario en relación con los signos que presentan esa particular dimensión, o en las demás causales previstas para cualquier tipo de signo.

Se dice que algo es tridimensional cuando ocupa las tres dimensiones del espacio (alto, ancho y profundo), de donde, por marca tridimensional ha de entenderse aquel signo que posee volumen, es decir que ocupa **por sí mismo** un espacio determinado. Si el signo de que se trate no ocupa dicho espacio, sino que está contenido en un soporte físico que es el que tiene volumen, no podrá calificarse como tridimensional. Así, por ejemplo, un signo consistente en la representación gráfica de una naranja es figurativo, bidimensional, pues dicha representación no ocupa por sí misma un lugar en el espacio; lo que ocupa el espacio determinado es el objeto sobre el que se ha impreso la gráfica (v. gr. el papel). En cambio, si el signo no se encuentra constituido por la representación gráfica de la naranja sino, v. gr., por una naranja artificial, será tridimensional.

Conforme a lo expuesto, puede afirmarse que las marcas tridimensionales se encuentran integradas por signos que además de ser perceptibles por la vista lo son también por el tacto. Dentro de este tipo de marca se encuentran, entre otras, aquellas que consisten en envoltorios, envases y relieves.

Para el adecuado tratamiento de las marcas tridimensionales ha de partirse del siguiente presupuesto fundamental: El principio general es que cualquier signo puede registrarse como marca; la excepción únicamente se encuentra representada por las causales de irregistrabilidad dispuestas expresamente por el legislador comunitario. En la medida en que éste no ha consagrado causal alguna en virtud de la cual los signos tridimensionales por ser tales no pueden acceder al registro marcario y ante el carácter excepcional y restringido de las causales de irregistrabilidad, la presentación tridimensional del signo no sirve por sí sola para negar el registro o para decretar su nulidad.

Ahora bien, al no existir norma alguna que contenga para los signos tridimensionales una regulación especial en torno a los requisitos sustanciales necesarios para acceder al registro, debe exigirse respecto de ellos las mismas condiciones requeridas por el ordenamiento en punto de cualquier otro signo marcario, esto es, la distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica.

Con fundamento en lo expuesto, debe tenerse en cuenta que el hecho de que no exista causal en virtud de la cual se excluya *per se* la registrabilidad de los signos tridimensionales, no implica que los mismos siempre puedan acceder al registro pues si no cumplen los requisitos esenciales de toda marca (distintividad y perceptibilidad) o si no son susceptibles de representados gráfica -cuestión esta última que sería de muy remota ocurrencia-, la oficina nacional competente tendrá que rechazar la solicitud que los contenga o, para el evento en que el registro se haya concedido, el juez nacional deberá, de oficio o a petición de parte, decretar su nulidad. Pero también debe advertirse que la presentación tridimensional no impide la aplicación de las causales de irregistrabilidad contenidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344, obviamente siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los supuestos de hecho previstos para la procedencia de



cada causal. Así, v. gr., si en el signo tridimensional se imprime el nombre completo, apellido o seudónimo de una persona natural distinta del peticionario, en la medida en que no se haya obtenido su previo consentimiento (literal f) artículo 83) no podrá concederse el registro o si se concedió procederá el decreto de nulidad.

Formas usuales de los productos o de sus envases e impuestas por la naturaleza de la función del propio producto.

Recogiendo la cita que el profesor Areán Lalín hace de Martínez Miguez, se entiende el concepto de **envoltorio**, como "todo aquello que cubre, recubre, envuelve o contiene productos o envases", mencionando, además, la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París de 16 de Abril de 1975, que declara "marca válida un envoltorio consistente en un saquito realizado con el mismo material que las medias y calcetines que contiene".

"Como **envase** se califica todo aquél recipiente que se destina a contener productos líquidos, gaseosos o los que por carecer en su estado natural de forma fija o estable adquiere la forma del que los contiene, o incluso aquellos otros productos que por su tamaño, forma o naturaleza no pueden ser ofrecidos directamente al público" (Areán Lalín, "La protección de las marcas tridimensionales", Seminario Nacional de la OMPI sobre Propiedad Industrial y Competitividad empresarial, Quito, abril 1994, pág. 6). No importa el material o materia prima con la que esté elaborado el envase para que se le considere o no apto a los fines de constituirse en marca registrable.

En el concepto de envase puede agruparse una amplia gama que comprenda entre otras, botellas, recipientes, cajas, estuches, figuras, latas, embalajes, y en fin todo aquello que tenga características de volumen o proporcionen una configuración que no sea la simple y llana de las marcas bidimensionales.

"**Forma de un producto** será la propia forma o configuración de la que está dotada la sustancia o materia que lo compone o integra: por ejemplo una forma determinada de salchichón a la que se reconoció aptitud para ser marca en la sentencia de Gran Instancia de París de 6 de mayo de 1980" (Areán Lalín, pág. 6).

Finalmente por "**forma de presentación**" de un producto hay que entender el aspecto externo o apariencia exterior del producto que es captada por los consumidores" (Prog. José Manuel Otero Lastres, "Concepto y Tipos de Marca en la Decisión 344", Memorias del Seminario Internacional "La Integración y Derecho y los Tribunales Comunitarios", Quito, Cuenca, Guayaquil, Trujillo, 1996, pág. 236)

Como ya fue indicado, el artículo 82, contempla las excepciones al principio general que admite la inscripción de marcas tridimensionales, previstas en los literales b y c) de la Decisión 344. Esas excepciones se reducen a las formas usuales de los productos o de sus envases, a las formas características impuestas por la naturaleza de la función de dicho producto o servicio y a la forma que proporcione una ventaja funcional o técnica.

Estas prohibiciones se han de aplicar cuando las referidas formas sean **exclusivamente** el objeto del registro, desprendiéndose, en consecuencia, que si esas formas están integradas en una marca compleja de la que también forman parte otros signos con suficiente distintividad, la marca puede ser registrada. Tal es el caso de envases que a más de la forma, contienen varias etiquetas distintivas y ornamentales. "Es claro que estas marcas pueden acceder al Registro, aunque su titular no podrá impedir que los competidores utilicen un envase similar con diferente etiqueta" (Prof. Manuel Areán Lalín, documento citado, pág. 7), aclarando que en la marca tridimensional no puede confundirse la forma de la envoltura con el producto mismo.

Al referirse el literal b) del artículo 82 de la Decisión 344 a las formas usuales y a las impuestas por la naturaleza de la función propia del producto, hace relación en definitiva a la genericidad, la descriptividad, las formas o envases de uso común y a aquellas otras formas que deban adaptarse a la función del producto o características necesarias para que el producto pueda ser utilizado.

Estas formas, como sostiene Martínez Miguez, afecta a aquellas "cuya utilización resulta imprescindible para que un determinado producto posea la naturaleza y cualidades que le son propias; sirva para la obtención de los resultados que con él se pretenden; o permita la sa-



tisfacción de las necesidades que con el mismo se persiguen". (cita de Fernández-Novoa, ob. mencionada, pág. 85).

No permite la norma registrar como marca la forma de los productos si esa es la usual y común por carecer de distintividad. La forma usual del producto es inapropiable en exclusividad. La forma que es apropiable por todos, no puede ser objeto de derecho marcario en exclusiva para nadie.

En cambio, la forma de los productos que no represente la usual o común, la necesaria o indispensable, y que tenga la particularidad de ser distintiva para el producto, produciendo en el consumidor un especial criterio o percepción, podría ser considerada como marca tridimensional.

Si es la forma usual y corriente del producto o del envase lo que no está permitido, a **contrario sensu**, se entiende que la norma comunitaria admite el registro como marca de la forma arbitraria o caprichosa que el solicitante imprima al producto o al envase, y que constituyendo signo distintivo no desempeña una función técnica.

Si el solicitante se ingenia en crear una forma de fantasía, sugestiva, arbitraria o caprichosa del producto o del envase, guardando las características de distintividad, esa forma puede ser registrada, siempre que no infrinja alguna otra prohibición (Areán Lalín).

El Tratadista Breuer Moreno, al recoger el antecedente doctrinario del registro de la forma material de los productos se remonta a Rendón, quien sostiene que "tanto el colorido como la forma misma, siempre que no sean necesarios o inherentes a los productos, pueden constituir marca" (Tratado de Marcas, Editorial Robis, Bueno Aires, 1946).

Así mismo, refiriéndose a Pouillet cita su punto de vista sobre la posibilidad de inscribir la forma de los productos siempre que esta no fuere la necesaria ni la "impuesta por la fuerza de las cosas, por las necesidades de fabricación". ¿Por qué, por ejemplo, la forma de un pan de jabón, si es nuevo y especial, no podría servir de marca al producto?. La fabricación no impone, en este caso, ninguna forma particular, y si un fabricante imagina presentar al pú-

blico sus jabones bajo una forma determinada, que nadie ha empleado antes que él, ¿por qué privarlo del beneficio de su idea?".

"Es indispensable que el envase, para ser registrable como marca, presente realmente forma nueva, ya sea mediante la alteración de configuraciones ordinarias o comunes, por disposiciones geométricas que lo conviertan en típico y característico, o bien, si fuera una forma común de envase, figuren en él elementos tales como grabados, estampados, viñetas y relieves, que imprima y dé el rasgo distintivo que la ley exige, colocándose, de acuerdo al procedimiento administrativo, en la posibilidad de obtener el registro condicionado exclusivamente a los dibujos, sin que la forma en sí importe privilegio alguno (Exp. de marca acta 161.077, noviembre 15 de 1934, P y M., 1934, pág. 731)" (Breuer Moreno, Obra citada, pág. 129).

Según lo expuesto, no será distintivo, en consecuencia, el signo tridimensional genérico o el que describa las características esenciales del producto contenido en el envase; por ejemplo, un envase en forma de una naranja resultaría irregistrable para esa clase de producto.

Lo expresado por la jurisprudencia de este Tribunal en otros fallos de interpretación, respecto a la causal de irregistrabilidad consagrada en el literal d) del artículo 82 resulta predicable de la causal dispuesta en el literal b) de la misma disposición, en los siguientes sentidos: a) La causal sólo opera cuando el signo de que se trate consista **exclusivamente** en la forma usual del producto, de sus envases o en la impuesta por su función, lo que implica que si esa forma se acompaña de otros elementos que le otorgan distintividad puede acceder al registro marcario. No obstante, la exclusividad en el uso de la marca así compuesta no se extiende sobre dichas formas sino únicamente en relación con los elementos que otorgan distintividad al signo visto en conjunto y, de otro lado si, v. gr., a un envase se adicionan elementos consistentes en relieves o dibujos y tales ingredientes se revelan como lo característico, "no estamos en presencia de una marca constituida por un envase, sino en presencia de una marca constituida por dibujos o relieves que se aplicaron a envases, cualquiera que sea la forma de estos últimos" (Breuer Moreno, obra citada, pág. 129) y b) La causal



no tiene aplicación abstracta sino concreta, lo que implica que no por el hecho de que una forma sea usual necesariamente tenga que negarse su registro para cualquier tipo de producto. Así por ejemplo, la forma usual de unas tijeras es irregistrable como marca para este tipo de producto, pero no para identificar vestidos.

El profesor Fernández-Novoa, al comentar la causal de irregistrabilidad bajo análisis expresa que “esta prohibición entrará en juego cuando la forma tridimensional solicitada como marca sea precisamente aquella forma característica que suelen revestir los productos pertenecientes al género o subgénero de productos en el que se encuadran **los productos para los que solicita la correspondiente marca**”, y este mismo criterio se aplica en relación con los envases. (obra citada, pág. 84).

De otra parte, así como la prohibición de los signos genéricos se justifica para evitar el monopolio sobre una denominación que otros comerciantes requieren utilizar por ser la más común y generalizada para designar el producto o servicio de que se trate o quizá la única, así también se justifica la causal contenida en el literal b) del artículo 82 de la Decisión 344, pues si las formas del producto o las impuestas por su función pudieran ser monopolizadas por la vía del registro marcario **ad perpetuitatem**, quedaría bloqueado el libre acceso de los competidores al sector del mercado del que forma parte tal género o subgénero de productos dado que los competidores no podrían fabricar o distribuir productos dotados con la forma que tienen habitualmente según los usos leales y constantes en el comercio. Del mismo modo, surgirá un grave obstáculo comparativo si a través de un derecho de marca un empresario monopolizase **ad perpetuitatem** la forma usual o habitual “que en el comercio revistan los envases” (Carlos Fernández-Novoa, obra citada, pág. 86).

La prohibición relativa a las formas o características impuestas por la naturaleza o función del producto o servicio, según explica el profesor Manuel Pachón, se refiere a aquellos casos “en que la forma se deba a la naturaleza o la función industrial del producto, como sucede con la configuración de las cuchillas de afeitar que para que cumplan su función tienen que acomodarse a la forma de las máquinas de

afeitar” (“El Régimen Andino de la Propiedad Industrial”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, pág. 214).

Las formas impuestas por razones de orden funcional o técnico. (interpretación del literal c) del artículo 82)

La razón de esta prohibición es delimitar las formas que son susceptibles de ser protegidas como marcas frente a las que pueden ser protegidas como modelos de utilidad o a través de una patente de invención.

La **ratio legis** de la norma es impedir que por medio del registro de una marca se logre una protección temporalmente ilimitada o indefinida para una forma a la que según su naturaleza y características sólo le corresponde una protección limitada o temporal que otorga el Derecho de Patentes.

Este deslinde tiene importancia fundamental por las distancias que revisten unas y otras figuras de la propiedad industrial. “En tanto que el Derecho de Patentes o, en general, de Creaciones Industriales confiere una protección temporalmente limitada (diez años contados desde la fecha de presentación de la solicitud para los modelos de utilidad y veinte para las patentes) a las formas que -además de poseer ciertas características intrínsecas- sean nuevas e impliquen una actividad inventiva, el Derecho de Marcas o, en general, de Signos Distintivos otorga, en cambio, una protección de duración potencialmente ilimitada a las formas que distingan o sirvan para distinguir en el mercado unos productos o servicios de otros idénticos o similares” (Areán Lalín, documento citado, pág. 8).

En el Derecho Andino, las normas relativas a patentes confieren protección de 20 años a las formas que sean nuevas o impliquen una actividad inventiva y reúnan las condiciones previstas en el artículo 1º de la Decisión 344.

Las marcas confieren protección ilimitada, en tanto se renueven sucesivamente los registros otorgados por 10 años, sobre las formas que distinguen o sirven para distinguir en el mercado productos o servicios de los productos o servicios similares.

Esta prohibición, y siguiendo el pensamiento del profesor Fernández-Novoa, se extiende a



más de la forma de un producto a los envases y envoltorios.

“Dada la trascendencia que las formas impuestas por razón de orden técnico asumen en el sistema competitivo, se estima justamente que con respecto a tales formas no es posible la concesión de un monopolio temporalmente ilimitado que privaría **sine die** a los competidores de un instrumento tal vez decisivo para la efectividad de sus actividades empresariales” (Fernández-Novoa, obra citada, pág. 84).

Si la forma de un producto o de un envase o envoltorio viene impuesta por razón de orden técnico, se tomarán en cuenta las disposiciones que el artículo 54 de la Decisión 344 trae sobre la figura del modelo de utilidad: “Se concederá patente de modelo de utilidad, a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que lo incorpora o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía”.

El plazo de duración del modelo de utilidad será de diez años contados desde la fecha de presentación de la solicitud en el respectivo País Miembro (artículo 57 de la Decisión 344), aplicándose a dichos modelos las disposiciones sobre patentes, en lo que fueren pertinentes.

Según estos principios no podrán registrarse como marca la forma de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para el uso o fabricación del correspondiente producto o envase. Así ocurrirá, según Fernández-Novoa, cuando la forma que pretende registrarse como marca contribuye decisivamente a que el producto o el envase sea más duradero o más resistente; o bien cuando es menos costoso fabricar el producto o el envase dotado con la forma que pretende registrarse como marca.

Areán Lalín, en cita del prestigioso industrialista francés Albert CHAVANNE pone como ejemplo de forma que produce un resultado industrial y que, por ello, no puede ser protegida como marca, la de un envoltorio utilizado en quesos que permita venderlos en partes o porciones separadas. CHAVANNE también sos-

tiene que no pueden ser registradas como marcas las formas galénicas de presentación y envasado de productos farmacéuticos. En su opinión, estas formas deben quedar excluidas de la protección del Derecho de Marcas porque producen ciertos efectos técnicos sobre el producto; a saber: ventajas en su conservación, en su administración e, incluso, en su acción terapéutica.

IV. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Por ser ésta la primera interpretación del Tribunal sobre las marcas tridimensionales, y por la escasa literatura en esta materia a nivel andino, se transcribe una serie de ejemplos jurisprudenciales, que el profesor Areán Lalín trae en el documento mencionado; así:

“Cabe citar la Sentencia del Tribunal de París de 10 de mayo de 1969, en la que se rechazó una acción por imitación ilícita entablada por el titular de una marca consistente en un empaque de forma cilíndrica destinado a contener quesos y en los pliegues verticales del mismo. En su resolución, el Tribunal Francés subrayó que los pliegues del empaque no pueden considerarse como una característica esencial de la marca, porque se forman necesariamente cuando un queso redondo es envuelto en papel de aluminio y, más aún, cuando el empaque se realiza con una determinada máquina y estos pliegues resultan necesariamente de la puesta en práctica de la misma” (documento mencionado, pág. 8).

“En la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal de París de 24 de junio de 1930 negó aptitud para constituir una marca a la forma triangular de una tableta de chocolate fraccionada en dientes. El Tribunal entendió que la división de un chocolate triangular en dientes reunidos por la base provoca un resultado práctico que es el fácil seccionamiento de las tabletas...”.

“... De manera similar, la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Dijon de 24 de abril de 1961 rechazó que pudiera convertirse en marca la forma de una botella destinada a contener leche esterilizada, que permitía aprovechar, al máximo, la capacidad de unos esterilizadores previamente patentados. Y, a su vez, la Sentencia del Tribunal de París de 14 de noviembre de 1963 denegó aptitud para convertirse en marca a un envoltorio de servilletas consisten-



te en una caja de cartón de forma rectangular rodeada de papel transparente, por entender que respondía al fin utilitario de presentar las servilletas de forma visible y barata.

“Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Civil del Sena de 7 de agosto de 1908 protegió como marca una pastilla con la forma del número ocho, utilizada para dar color a los caldos. El Tribunal reconoció que esta forma de ocho permitía un cómodo seccionamiento de la pastilla en dos, pero advirtió que tal ventaja o utilidad también podría obtenerse mediante cualquier otra forma que presentase un estrechamiento en su centro. Este razonamiento ha sido valorado muy positivamente por MARTINEZ MIGUEZ, quien interpreta de modo más restrictivo la prohibición analizada. Según este autor, puede ser protegida como marca una forma técnicamente necesaria”. (Areán Lalín, documento citado, pág. 10).

V. SERVICIOS

El empresario puede distinguir el servicio que ofrece a sus clientes o al público en general, mediante una forma tridimensional que tenga distintividad y que sirva para diferenciarlos y distinguirlos de otros, ofrecidos por terceros.

Las normas de los literales b) y c) del artículo 82 de la Decisión 344, se aplican también a los servicios, pudiendo, en consecuencia, ser registradas formas tridimensionales de servicios que no sean las usuales o comunes y que guarden distintividad.

El Tribunal concuerda con el criterio de las dos sentencias que en su estudio trae el profesor Areán Lalín, quien dice:

“Sin embargo, en la sentencia de 12 de abril de 1977 y al fallar el caso *Fotomat Corporation v. Cochran* (194 USPQ 128), el Tribunal de Distrito de Kansas sostuvo abiertamente que la configuración del quiosco de *Fotomat* (singularmente su tejado) tan solo de manera incidental cumplía finalidades funcionales: antes al contrario, se trataba, a su entender, de una configuración esencialmente arbitraria y distintiva que constituía una marca válida de servicios y se había convertido en el símbolo de la compañía. En consecuencia, el Tribunal decidió que la parte demandada debería abstenerse de utilizar en sus edificios comerciales una

estructura arquitectónica que provocase el riesgo de confusión con la estructura que constituía la marca de la demandante. Y la misma tesis fue sustentada por el Tribunal del Distrito Sur de California al resolver en la sentencia de 26 de agosto de 1980 el caso *Fotomat Corporation v. Ace Corporation* (208 USPQ 92).

“En la misma línea se sitúan los casos relacionados con la decoración de unos restaurantes franquiciados bajo la marca “*Freddie Fuddruckers*”. Restaurantes que están diseñados de tal forma que los clientes puedan ver el almacenaje y la preparación de la comida, para demostrar que ésta se halla en buenas condiciones y es cuidadosamente elaborada. A la luz de los casos *Fuddruckers v. Ridgeline* (ND tex 1984), *Fuddruckers v. Doc's BR Others*, (9th. Cir. 1987) y otros como *Prufrock Ltd. Inc. v. Lasater et al.* (8th. Cir. 1986) o *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana Inc.* (5th. Cir. 1991) -uno de los pocos casos de marcas que han llegado a conocimiento del Tribunal Supremo (Sentencia de 26 de junio de 1992) desde la promulgación de la *Lanhan Act*-, se puede concluir que existe en los Estados Unidos una tendencia a proteger como marca la decoración de establecimientos comerciales cuando los consumidores reconocen tal decoración (el *trade dress*) como indicadora de una determinada procedencia empresarial, incluso aunque los elementos individuales de que se compone, sean comunes o funcionales” (documento citado, págs. 4 y 5).

VI. OBLIGATORIEDAD DEL EXAMEN DE REGISTRO FRENTE A LA AUSENCIA DE OBSERVACIONES

La Superintendencia de Industria y Comercio, alega la legitimidad del acto de ella emanada, sustentándose en sentencia del Consejo de Estado, en el sentido de que “... si el interesado no hace uso del derecho de formular oposición, la administración no incurre en ilegalidad al concederlo...”.

Sobre el punto, este Tribunal, en el Proceso 2-IP-97 (Marca RIO CLARO), dijo:

“Estima este Tribunal importante referirse al análisis realizado por la oficina nacional competente en el presente caso, según el cual una vez cumplido el plazo para oponerse a una solicitud de registro marcario, no se presentaren oposiciones, la oficina no comete ilegali-



dad alguna al conceder el registro de una marca. A esta afirmación corresponde hacer las siguientes reflexiones que han de tomarse en consideración para el buen entendimiento sobre el procedimiento de registro y sobre las obligaciones que corresponde cumplir a las oficinas nacionales competentes, pues el Tribunal viene observando con preocupación que la administración del sistema de propiedad industrial viene amparándose en la ausencia de oposiciones para justificar el registro de una marca, sin consideración aparente a la obligación de examen de registrabilidad que le imponen los artículos 62, 63, 64 y sobre la base de una aplicación errada del artículo 67 de la Decisión 85.

“Este Tribunal considera que cuando la norma comunitaria en el artículo 67 de la Decisión 85 establecía que “si no se presentaren oposiciones, ... la oficina nacional competente expedirá el certificado de registro”, tal disposición no significaba de manera alguna que la oficina no diera cumplimiento estricto a las obligaciones de verificar la observancia de los requisitos legales y reglamentarios (artículo 62); la exigencia de documentos adicionales para proceder al examen de registrabilidad (artículo 63), el rechazo de la solicitud cuando no se cumplieren los requisitos señalados en los artículos 56, 58 y 59 de la Decisión 85 (artículo 64). Iguales consideraciones deben hacerse sobre el cumplimiento de los artículos 90, 91, 95 y 97 sobre examen de registrabilidad y sobre denegación del registro por no cumplimiento de la ley marcaria que se establecen en la Decisión 344 vigente en la actualidad.

“El artículo 67 de la Decisión 85 no puede ser interpretado taxativamente, sino de manera sistemática y armónica con las normas generales de Propiedad Industrial del Acuerdo de Cartagena que pretenden proteger no sólo a los titulares de marcas, sino además al público consumidor, quiénes en últimas son los destinatarios finales de las normas que regulan la materia.

“Si la tesis sostenida por el Consejo de Estado, cuyos términos corresponden a otro contexto fáctico y legal en el sentido que le pretende dar la Oficina Nacional Competente, no solo se estaría resquebrajando el régimen común de propiedad industrial, sino que además se podría llegar al resultado, no consentido por la

ley andina, de que en el mercado coexistieran dos marcas idénticas o similares con lo cual se derrumbaría la protección marcaria. Admitir una interpretación de tal naturaleza abriría el paso para que cada País Miembro interpretara a su modo las normas derivadas del Acuerdo de Cartagena, violentando el sistema de derecho comunitario implantado.

“Así las cosas, una correcta interpretación de la norma mencionada, en concordancia con el artículo 58, literales f) y g) determinarán que el propósito del legislador andino fue el de exigir que la oficina nacional competente no puede conceder un título o registro de marca si al realizar el análisis de fondo encuentra que existen marcas anteriores que se le asemejan o identifiquen integral o parcialmente de modo que puedan inducir al público consumidor a error. En estas circunstancias la oficina estará obligada a denegar el registro solicitado, a sí un tercero interesado haya o no interpuesto oposición dentro del trámite respectivo”.

Con todos los antecedentes,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

1. El examen de registro marcario es una obligación ineludible que corresponde cumplir a la oficina nacional competente, sin que pueda condicionarse la práctica del mismo, o argüirse en defensa de un registro marcario ilegalmente otorgado, la ausencia de oposición o de observaciones durante su tramitación.
2. Un color puro o secundario aisladamente considerado y sin configuración específica no puede registrarse como marca. A *contrario sensu*, pueden acceder al registro los signos compuestos por dos o más colores, o los integrados por un sólo color pero delimitados por una forma bidimensional o tridimensional, siempre que ésta no caiga en alguna otra causal de irregistrabilidad.
3. En el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina son registrables como marca los signos tridimensionales siempre que sean distintivos, perceptibles y susceptibles de representación gráfica y en la medida en



que no se hallen incursos en ninguna de las causales de irregistrabilidad contenidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344 .

4. Las formas usuales de los productos o de sus envases o las impuestas por la función de aquellos, no pueden acceder al registro marcario por carecer de distintividad. Sin embargo, si se les adiciona elementos que les permita adquirir la distintividad de que carecen por sí mismas, pueden ser registradas como parte integrante de una marca, sólo que el titular no podrá ejercer respecto de dichas formas el *ius prohibendi*
5. Las formas tridimensionales en sus distintas manifestaciones no pueden ser registradas como marcas cuando otorgan al producto de que se trate una ventaja funcional o técnica, pues de lo contrario se estaría evadiendo la limitación temporal dispuesta por el ordenamiento jurídico en cuanto a los derechos que surgen para el creador de un modelo de utilidad.
6. Para la solución del caso interno, el Consejo de Estado deberá determinar, en primer lugar, si la marca cuyo registro se impugna tiene el carácter de tridimensional o si, por el contrario, se trata de un signo mixto o complejo que agrupa elementos tales que permiten afirmar su distintividad.
7. Si se concluye en el carácter tridimensional del signo cuyo registro se impugna y se establece que el mismo corresponde a una de las formas a que se refiere el literal b) del artículo 82 de la Decisión 344, también debe analizarse si los elementos adicionales a dichas formas, tales como el color y las denominaciones, otorgan distintividad, caso en el cual, si no concurre ninguna otra causal de irregistrabilidad, podrá declarar la validez del registro concedido por la administración recurrida.

8. De conformidad con el artículo 31 del Tratado de Creación de este Tribunal, el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, deberá adoptar la presente interpretación al dictar sentencia dentro del Proceso 3841.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 64 del Estatuto de este Tribunal, notifíquese esta providencia al organismo jurisdiccional mencionado en el numeral anterior, mediante copia certificada y sellada.

Remítase, igualmente copia sellada y certificada de esta interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial, según lo dispone el artículo 34 del Tratado de Creación de este Tribunal.

Roberto Salazar Manrique
PRESIDENTE

Juan José Calle y Calle
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Luis Henríquez Farías Mata
MAGISTRADO

Patricio Bueno Martínez
MAGISTRADO

Patricio Peralvo Mendoza
SECRETARIO a.i.

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

Patricio Peralvo Mendoza
SECRETARIO a.i

