



SUMARIO

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Pág.

Proceso 53-AI-2000.-	Acción ejercida por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Colombia, mediante la cual denuncia el incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y 72 del Acuerdo de Cartagena, así como de las Resoluciones 311, 362 y 387 emanadas de la Secretaría General de la Comunidad.	1
Proceso 28-AI-2001.-	Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador, alegando incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal y del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena; así como de las Resoluciones Nos. 371 y 414 de la Secretaría General	15
Proceso 17-IP-2002.-	Solicitud de interpretación prejudicial del artículo 83 literales a) y b) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia e interpretación de oficio del artículo 81 ibidem. Expediente Interno N° 6743. Actor: Ingenieros Químicos Asociados Ltda. -IQA-. Marca: "IQA"	22
Proceso 26-IP-2002.-	Interpretación Prejudicial de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 25 y 143 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, requerida por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador. Actor: DR. KARL THOMAE GmbH. Patente: "PROCEDIMIENTO PARA PREPARAR TETRAHIDRO-BENZOTIAZOLES". Expediente interno 6438-99-L.Y.M	29

PROCESO 53-AI-2000

Acción ejercida por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Colombia, mediante la cual denuncia el incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y 72 del Acuerdo de Cartagena, así como de las Resoluciones 311, 362 y 387 emanadas de la Secretaría General de la Comunidad.

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

VISTOS:

El escrito N° SG-C/2.1/0969/2000, del 27 de junio de 2000, recibido en la Secretaría del

Tribunal el 5 de julio de 2000, junto con ocho anexos, mediante el cual la Secretaría General de la Comunidad Andina interpone demanda de incumplimiento contra la República de Colombia, a causa de la aplicación del "impuesto al valor agregado -IVA- implícito a las importaciones de origen subregional, dispuesto por el Decreto 1344 del 22 de julio de 1999".



El auto del 19 de julio de 2000, mediante el cual el Tribunal admite a trámite la demanda, ordena su notificación a la demandada, así como su puesta en conocimiento de los Países Miembros y de la Comisión de la Comunidad Andina, y reconoce la personería de Nicolás Lloreda Ricaurte como abogado de la parte actora.

El escrito del 31 de agosto de 2000, recibido en la Secretaría del Tribunal el 5 de septiembre de 2000, junto con diez y seis anexos, mediante el cual las apoderadas de la República de Colombia dan contestación a la demanda interpuesta por la Secretaría General.

El auto del 22 de septiembre de 2000, mediante el cual el Tribunal tiene por presentadas las pruebas aportadas por las partes, convoca a éstas a la audiencia pública y reconoce la personería de Diana Astrid Chaparro Manosalva como apoderada de la parte demandada.

El escrito N° SG-C/2.1/0172/2001, del 8 de febrero de 2001, recibido en la Secretaría del Tribunal, vía fax, el 9 de febrero de 2001, y, en original, el 12 de febrero del mismo año, mediante el cual el Secretario General informa sobre las modificaciones del Estatuto Tributario Colombiano "las cuales entraron en vigor el 1 de enero de 2001. Mediante dichas modificaciones se estaría manteniendo el concepto del impuesto sobre las ventas promedio implícita (sic) (IVA implícito), el cual es materia del Proceso 53-AI-2000 seguido ante el Tribunal".

El escrito del 26 de febrero de 2001, recibido en la Secretaría del Tribunal, vía fax, el 28 de febrero de 2001, y, en original, el 2 de marzo de 2001, junto con un anexo, contentivo de las conclusiones de la parte demandada, relativas a la audiencia pública celebrada el 22 de febrero de 2001.

El escrito del 28 de febrero de 2001, recibido en la Secretaría del Tribunal, vía fax, el mismo día 28 de febrero, y, en original, el 2 de marzo de 2001, contentivo de las conclusiones de la parte actora, relativas a la audiencia pública celebrada el 22 de febrero de 2001.

El auto del 25 de abril de 2001, mediante el cual el Tribunal suspende el trámite del proceso en curso hasta el pronunciamiento de sentencia definitiva en el proceso 79-AN-2000, relativo a la acción de nulidad ejercida por la República de Colombia contra la Resolución

311 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

El auto del 14 de noviembre de 2001, mediante el cual el Tribunal acuerda la continuación del proceso en curso, en virtud de haberse dictado sentencia, en fecha 19 de octubre de 2001, en el proceso 79-AN-2000.

El escrito N° SG-C/1.8/1889/2001, del 11 de diciembre de 2001, recibido en la Secretaría del Tribunal, vía fax, el 12 de diciembre de 2001, y, en original, el 14 de diciembre de 2001, junto con dos anexos, mediante el cual la Secretaría General de la Comunidad Andina solicita un pronunciamiento sobre la conducta del Gobierno de Colombia " ... pues a través de la expedición de dispositivos legales con el mismo contenido normativo, mantiene los gravámenes identificados por la Resolución 311 de la Secretaría General", y acompaña copia de dos Decretos que identifica como el N° 2085, publicado el 25 de octubre de 2000, y el N° 2263, publicado el 30 de octubre de 2001.

Y los demás documentos y actuaciones que cursan en el expediente.

Tomando en consideración:

1. LA DEMANDA.

1.1. Objeto:

La Secretaría General de la Comunidad Andina demanda que el Tribunal se pronuncie sobre "la conducta de la República de Colombia al aplicar el impuesto al valor agregado -IVA- implícito a las importaciones de origen subregional, dispuesto por el Decreto 1344 del 22 de julio de 1999"; que declare que "el Gobierno de Colombia, al no adoptar las medidas encaminadas a dejar de aplicar el IVA implícito a las importaciones de origen subregional, conducta que fue calificada como gravamen al comercio andino, ha incurrido en incumplimiento de normas que forman parte del ordenamiento jurídico andino, en particular del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, y de las Resoluciones 311, 362 y 387 de la Secretaría General", y que "ordene al Gobierno de Colombia que adopte todas las medidas necesarias a fin de que se ponga fin al señalado incumplimiento, con expresa condena en costas a la demandada".



1.2. Razones de hecho:

La Secretaría General alega en la demanda (folios 1 a 8) que, en fecha 3 de noviembre de 1999, emitió la Resolución N° 311 (Anexo 2), publicada en la Gaceta Oficial N° 503 del 5 de noviembre de 1999, mediante la cual determinó que “el cobro del IVA implícito a las importaciones de origen subregional aplicado por el Gobierno de Colombia, mediante Decreto 1344 de fecha 22 de julio de 1999, constituye un ‘gravamen’ a los efectos del Capítulo V sobre Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena, vulnerando de esta manera lo dispuesto en los artículos 72 y 84 del Acuerdo al ser el IVA implícito una sobretasa a las importaciones intracomunitarias”; que, en fecha 21 de diciembre de 1999, el Gobierno de Colombia interpuso recurso de reconsideración (Anexo 3) contra la Resolución N° 311; que, en fecha 23 de febrero de 2000, a través de la Resolución N° 362 (Anexo 4), publicada en la Gaceta Oficial N° 540 del 29 de febrero de 2000, fue resuelto el citado recurso de reconsideración y confirmada la Resolución N° 311; que, en fecha 9 de marzo de 2000, el Gobierno de Bolivia (Anexo 5) puso en conocimiento de la Secretaría General que las autoridades colombianas continuaban aplicando el IVA implícito a las importaciones originarias de la Subregión; que, en fecha 22 de marzo de 2000, la Secretaría General remitió al Gobierno de Colombia la correspondiente Nota de Observaciones N° SG-F/2.1/00657/2000 (Anexo 6), otorgándole un plazo para responder; que, transcurrido el plazo y no habiendo habido respuesta, la Secretaría General emitió el Dictamen de Incumplimiento N° 014-2000 (Anexo 8), contenido en la Resolución N° 387, publicada en la Gaceta Oficial N° 561 del 3 de mayo de 2000; y que, hasta la fecha de presentación de la demanda, el Gobierno de Colombia no había informado a la Secretaría General acerca de las medidas encaminadas a dejar de aplicar el IVA implícito a las importaciones originarias de los demás países de la Subregión.

1.3. Razones de derecho:

La Secretaría General denuncia que el Gobierno de Colombia adoptó y aplicó una medida a las importaciones de origen subregional que, calificada de gravamen y contraria al Programa de Liberación, constituye un incumplimiento de sus obligaciones de no hacer, a tenor de lo

establecido en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal; que, por virtud del Decreto N° 1344, del 22 de julio de 1999, los productos importados, originarios de la Subregión, estarían siendo objeto de un gravamen tributario, de un impuesto distinto, de un recargo equivalente a un derecho arancelario, con lo cual se estaría vulnerando lo dispuesto en los artículos 72 y 84 del Acuerdo de Cartagena y, además, alterando el Arancel Externo Común; y que, no obstante la obligación prevista en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, y a pesar de haberse emitido las Resoluciones N° 311 y 362, -actos administrativos que, según el artículo 1, literal d, del Tratado de Creación del Tribunal, forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y que, según la sentencia dictada en el proceso 3-AI-96, se encuentran revestidos de la presunción de legalidad y ejecutoriedad-, el Gobierno de Colombia no ha adoptado las medidas encaminadas a levantar el gravamen del IVA implícito a las importaciones de origen subregional, ni ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución N° 387, contentiva del Dictamen de Incumplimiento N° 014-2000.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1. Objeto:

Las apoderadas de la República de Colombia dan contestación a la demanda (folios 213 a 242) y solicitan “que no prosperen las pretensiones de la Demanda presentada por la Secretaría de la Comunidad Andina, teniendo en cuenta como se demostró que la República de Colombia sí dio cumplimiento al artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, así como de (sic) los artículos 72 y 84 del Acuerdo de Cartagena”. Asimismo solicitan que “se considere en el presente caso la prejudicialidad, hasta tanto esta misma instancia falle de fondo el presente asunto sustancial, que será sometido para su análisis en la demanda que presentará la República de Colombia contra la Resolución N° 311 de la Secretaría General de la Comunidad Andina”.

2.2. Razones de la defensa:

2.2.1. Argumentos de derecho:

Luego de admitir los hechos de la demanda y de referir otros, la parte demandada hace valer los antecedentes que dieron lugar al estableci-



miento del IVA en la República de Colombia, tales como el propósito de la reforma tributaria del año 1998, la diferenciación entre bienes gravados, exentos y excluidos, y las consecuencias lesivas que se desprenden de la estructura de los bienes excluidos; el principio de la imposición en el destino según la doctrina, su aplicación en algunas experiencias internacionales, y sus consecuencias bajo los sistemas de exoneración plena y de exoneración incompleta o limitada; el tenor del "Memorando 122/98 del 8 de octubre, en donde la Misión de Colombia ante la OMC, determina con fundamento en la normatividad del GATT Artículo II 2. (a) y la jurisprudencia, que se puede cobrar IVA sobre un producto importado, así dicho producto esté exento de IVA, lo que significa un impuesto diferente a un producto similar, si el monto del impuesto refleja únicamente el IVA pagado por los productos utilizados como materia prima"; las razones y propósitos del establecimiento normativo del IVA implícito en la República de Colombia, a través del artículo 43 de la ley 488 de 1998, modificatorio del artículo 424 del Estatuto Tributario, y del Decreto 1344 del 22 de julio de 1999; un cuadro ilustrativo del IVA implícito presente en los productos nacionales excluidos; el argumento de que el IVA implícito, visto el Estatuto Tributario, es un impuesto de carácter nacional que no constituye un tributo diferente al impuesto sobre las ventas, y que, vistos el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y el anexo 1 de la Decisión N° 388 de la Comisión, no está sometido al régimen de la Comunidad Andina a los efectos de la integración económica; y las razones por las cuales el IVA implícito no es jurídicamente asimilable a un derecho de aduana o a un gravamen arancelario, y no es una compensación modificatoria del sistema arancelario común.

2.2.2. Oposición a las pretensiones de la demanda:

La parte demandada rechaza la demanda por estimar que la República de Colombia no ha incumplido las normas contenidas en el Acuerdo de Cartagena.

Alega al efecto que "la incorporación del IVA implícito en la legislación tributaria, se hizo de manera interna para corregir el sesgo que discrimina en contra de los productos excluidos nacionales. Este sesgo se corrigió sometiendo

las importaciones de bienes excluidos, al pago de una tarifa que reprodujo el impuesto asumido por los productores nacionales, dado que los mismos no pueden solicitar la devolución del IVA pagado en la compra de insumos y materias primas", por lo cual la medida en cuestión no es violatoria de los artículos 72 y 84 del Acuerdo de Cartagena, ni del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal; que "el IVA implícito que aplica el Gobierno Colombiano no es ni un impuesto diferente al IVA interno que rige en todo el territorio nacional, ni es un gravamen adicional a las importaciones y mucho menos es una sobretasa, sino que es el mismo IVA vigente en Colombia, sólo que se cobra al momento de la importación con una tarifa especial, que sustituye la tarifa general que en la actualidad es del 15%"; que, según las disposiciones que rigen en los demás países de la Comunidad Andina, éstos "aplican el mismo impuesto que Colombia a las importaciones, así su denominación sea diferente, sin que de ellos se haya predicado que han implantado gravámenes adicionales a tales importaciones"; que la imposición del IVA implícito constituye manifestación del principio de soberanía tributaria del Estado y es un mecanismo que busca restablecer la equidad e igualdad frente a los demás países miembros; que, en el caso, la República de Colombia no ha incurrido en el incumplimiento del principio del trato no menos favorable; que las Resoluciones de la Secretaría General carecen de fundamento legal, porque los bienes excluidos en Colombia se encuentran al margen del tributo y no otorgan derecho a descuento ni a devolución, porque el IVA es un impuesto de carácter nacional y no constituye un tributo diferente al impuesto sobre las ventas, ni se encuentra sometido hasta el momento a las regulaciones de la Comunidad Andina a los efectos de la integración económica, y porque no es un recargo equivalente a un derecho o a un gravamen arancelario, no altera el arancel externo común, y se halla conforme con el Acuerdo de Cartagena y el Derecho Público Interno.

3. LAS PRUEBAS.

Constan en el expediente las pruebas documentales ofrecidas y consignadas, junto con la demanda, por la parte actora, cuales son: la Resolución N° 017 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, sobre delegación de funciones en el señor Nicolás Lloreda Ricaurte,



publicada en la Gaceta Oficial N° 298 del 14 de octubre de 1997 (folios 9 y 10); la Resolución N° 311 de la Secretaría General, sobre "Calificación de la medida adoptada por el Gobierno de Colombia referida al cobro del IVA implícito a las importaciones subregionales adoptada mediante Decreto 1344, como gravamen al comercio", publicada en la Gaceta Oficial N° 503 del 5 de noviembre de 1999 (folios 11 a 18); escrito, de fecha 20 de diciembre de 1999, contentivo del recurso de reconsideración interpuesto por la Ministra de Comercio Exterior de la República de Colombia contra la citada Resolución N° 311 (folios 19 a 37); Resolución N° 362 de la Secretaría General, "por la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración presentado por el Gobierno de Colombia contra la Resolución 311 de la Secretaría General que declaró como gravamen el cobro de una tarifa implícita a las importaciones originarias de la Subregión", publicada en la Gaceta Oficial N° 540 del 29 de febrero de 2000 (folios 38 a 47); copia de la comunicación N° MCEI/VME/DGCE/0301/2000, del 8 de marzo de 2000, dirigido por el Director General de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior e Inversión de la República de Bolivia al Director General de la Secretaría General de la Comunidad Andina (folio 48); Nota de Observaciones, de fecha 21 de marzo de 2000, dirigida por el Secretario General a la Ministra de Comercio Exterior de la República de Colombia (folios 49 y 50); Resolución N° 387 de la Secretaría General, contentiva del "Dictamen 16-2000 de Incumplimiento por parte del Gobierno de Colombia de las Resoluciones 311 y 362 de la Secretaría General que califican como gravamen el cobro del IVA implícito a las importaciones de origen subregional", publicada en la Gaceta Oficial N° 561 del 5 de mayo de 2000 (folios 51 y 52).

Además, constan en el expediente documentos no relacionados como pruebas en la demanda (folios 53 a 124), pero consignados junto con ésta. Sobre los documentos en referencia, consta que el Director General de la Secretaría General de la Comunidad Andina, obrando por delegación del Secretario General, mediante comunicación N° SG-C/2.1/01023/2000, de fecha 11 de julio de 2000, recibida en la Secretaría del Tribunal, vía fax, el 12 de julio de 2000, y, en original, el 17 de julio del mismo año, solicitó "que el anexo 8 de la demanda presentada por la Secretaría General ante ese

Tribunal, el cual contiene el expediente administrativo que dio lugar a la expedición de la Resolución 311, sea tenida en cuenta como prueba dentro del proceso ..." (folios 125 y 126).

Por otra parte, constan en el expediente las pruebas documentales ofrecidas y consignadas, junto con el escrito de contestación de la demanda, por la parte demandada, cuales son: un texto que la demandada identifica como "Capítulo V Estatuto Tributario Colombiano, Régimen del IVA" (folios 251 a 257); copia del Decreto N° 1344, del 22 de julio de 1999, por el cual el Presidente de la República de Colombia reglamenta el parágrafo primero del artículo 424 del Estatuto Tributario (folios 258 a 264); copia del Memorando 122/98, de fecha 8 de octubre de 1998, dirigido por la Ministro Consejero al Embajador de la Misión de Colombia ante la OMC, relativo a "Consulta sobre aplicación del IVA a producto importado" (folios 265 a 268); copia de la Decisión 388 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, del 2 de julio de 1996, sobre "Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes" (folios 269 a 271); copia de la Decisión 330 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, del 22 de octubre de 1992, sobre "Eliminación de subsidios y armonización de incentivos a las exportaciones intrasubregionales" (folios 272 a 278); copia de formularios relativos a declaraciones de importación (folios 279 a 283); y un texto que la demandada identifica como "Manual Tributario Comprensivo. CIAT vigencia Octubre 2.000. Contentivo de las legislaciones Tributarias de Bolivia, Ecuador, Perú, Venezuela. Se anexan los apartes relacionados con el IVA en cada país o el Impuesto al Consumo Sunuario y a las ventas al Mayor (ICVSM) en el caso de Venezuela" (folios 284 a 326).

Las partes no ofrecieron otras pruebas que justificaran el otorgamiento de un término especial para su práctica.

4. LA AUDIENCIA PÚBLICA.

Por auto del 22 de septiembre de 2000, el Tribunal convocó a las partes a la audiencia pública a celebrarse el 22 de febrero de 2001, oportunidad en la cual se llevó a cabo el acto con la asistencia de representantes de la Secretaría General de la Comunidad Andina y de la República de Colombia.



5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

5.1. Alegatos de la parte actora:

En su escrito de conclusiones (folios 435 a 454), la parte actora, además de ratificar el objeto y los fundamentos de la demanda, alega que el gravamen en cuestión “no se genera como resultado de un régimen impositivo general a todo tipo de producto, independientemente de su origen y procedencia, característica que es propia de los tributos internos, sino con el objeto de crear una carga impositiva específicamente destinada a las importaciones con el objeto de equilibrar sus precios con respecto al producto nacional”, tal y como se desprende del dicho de la parte demandada; que “es el propio régimen tributario colombiano y no el producto importado el que crea la distorsión que el Gobierno de Colombia ahora pretende corregir mediante el mecanismo del IVA implícito”; que el principio de la imposición en el destino “se encuentra presente en las legislaciones de los cinco países miembros, incluido Colombia, cuyas exportaciones también llegan a los demás países miembros liberadas en principio de impuestos, por aplicación del mismo principio, sin que por esa razón los socios comunitarios le impongan algún tipo de mecanismo compensatorio a Colombia por el hecho de que sus productos nacionales se sujeten a una tasa IVA más alta que la colombiana o tengan menos posibilidades de aplicar devoluciones o créditos fiscales que lo que permite la legislación colombiana”; que la existencia de dicho principio no garantiza que tales exportaciones lleguen liberadas de impuestos al país de destino, puesto que la liberación depende de factores como el régimen nacional en cuanto a bienes gravados, exonerados y exentos, o de los mecanismos de devolución y de crédito fiscal.

Asimismo, alega que la Misión de Colombia ante la OMC reconoce que, en el caso, se trata de la imposición de un impuesto diferente a aquél que origina su aplicación; que “ya Colombia aplica el IVA general a las importaciones, como resultado de una práctica común en este tipo de impuestos que consiste en asimilar la posición del importador a la del productor nacional y para que el principio de imposición en destino se cumpla plenamente. Lo que ahora busca Colombia es imponer un gravamen compensatorio incluso a las importaciones de bie-

nes que de acuerdo con la propia legislación colombiana se encuentran excluidos del IVA General”; que, bajo el régimen del GATT, la regla general es que los gravámenes que los países impongan a las importaciones están permitidos en tanto no excedan el techo consolidado, mientras que, en el Acuerdo de Cartagena, la regla general es que los gravámenes a las importaciones están prohibidos, salvo que se trate de tasas equivalentes al costo de servicios efectivamente prestados; que “aún cuando según la normativa OMC el IVA implícito calificara como una carga equivalente a un impuesto interior (definición síntesis del concepto ‘ajuste fiscal en frontera’), ello no resulta vinculante para la normativa andina de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia ... En ese sentido, el hecho que una conducta o práctica pudiera ser admisible en el Gatt no la hace admisible en el ordenamiento jurídico andino”.

Por otra parte, alega que los problemas de discriminación inversa no deben corregirse penalizando la competencia importada, sino mejorando la posición de los productores locales a través de la legislación interna; que, en el caso, “en lugar de eliminar los regímenes de excepción como la lista de productos excluidos ... o de reconocer la devolución de los impuestos repercutidos no devueltos al productor nacional, se opta por penalizar a las importaciones por un hecho que no es causado por estas (sic), sino como lo admite Colombia, por una distorsión propia de la estructura del tributo. Esta penalización consiste en hacerlas acreedoras a una carga adicional a la cual, antes de 1999, fecha en que se reglamenta la medida y se pone en aplicación, no estaban sujetas”; que si la medida “se inscribe en el ámbito del artículo 72 (del Acuerdo de Cartagena), no interesa a los efectos del análisis sus efectos o finalidad, basta probar su existencia y su no correspondencia con la excepción referida a las tasas para tener que admitir que dicha medida está prohibida y por lo tanto que debe eliminarse”; que el IVA implícito no es un impuesto interior ni el IVA general, sino un nuevo impuesto a las importaciones, lo que “surge claramente de la propia ley de creación, así como de las características del tributo”; que mientras el IVA general es un impuesto plurifásico que grava las operaciones de valor agregado, así como las importaciones en general, el IVA implícito es un impuesto monofásico al costo



de insumos que grava específicamente la importación de bienes excluidos del IVA general; que el cálculo de la tasa del IVA implícito presupone una serie de condiciones técnicas de las cuales no se dispone, y que no considera “el hecho de que los productores nacionales colombianos ya gozan de una recuperación parcial de los impuestos no devueltos a través del Impuesto a la Renta por el hecho de poder deducir sus costos de la utilidad bruta”; que los bienes que Colombia exporta a la Subregión gozan asimismo de la devolución de impuestos por efecto del principio de imposición en destino; que Colombia no ha probado que el IVA implícito “no sea discriminatorio o no tenga efectos discriminatorios”; que “no es posible admitir que un país miembro decida compensar contra importaciones de sus socios andinos las diferencias o defectos de su propia estructura impositiva”.

Finalmente alega que la Constitución Política de Colombia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de ese País Miembro reconocen expresamente la forma en que deben coexistir las normas internas con el ordenamiento jurídico andino, por lo que resulta infundado invocar la soberanía fiscal con el objeto de excluir la competencia de la Secretaría General para calificar una medida como gravamen o restricción al comercio; y que la República de Colombia confesó su incumplimiento de la Resolución 311, sin que exista razón legal alguna para justificar dicho incumplimiento, ni siquiera por haber ejercido la acción de nulidad.

5.2. Alegatos de la parte demandada:

La parte demandada, en su escrito de conclusiones (folios 401 a 423), además de ratificar las razones de la defensa, alega que “el artículo 43 ejusdem fue modificado por el artículo 27 de la ley 633 de 2.000, por la cual se expidió en nuestro país la nueva Reforma Tributaria, e introdujo como novedad una condición para la aplicación del IVA implícito, consistente en que cuando el Gobierno Nacional determine la no existencia de producción nacional de bienes relacionados con el artículo 424 del E.T no se causará dicho impuesto, y se entenderá que no existe producción nacional cuando la producción interna solo cubra hasta el 35% de las necesidades del mercado”.

Por otra parte, alega que, en su Resolución 311, la Secretaría General acepta parcialmen-

te que el IVA implícito es un impuesto de carácter nacional; que el Impuesto a las ventas, IVA, no difiere del IVA implícito sino en la tarifa, lo que es normal “toda vez que al interior de nuestro sistema tributario contamos con tarifas diferenciales ...”; que “la tarifa del IVA implícito es totalmente proporcional, pues no es superior a los costos en que incurre el productor nacional en el pago del IVAS (sic) dentro del proceso de producción ...”; que las disposiciones que contienen las reglas de aplicación del IVA general para las importaciones son únicas en cuanto al hecho generador, momento de causación, sujetos pasivos y base gravable; que, siendo el IVA implícito un impuesto del orden nacional, no se encuentra sometido a las armonizaciones aprobadas por la Comunidad Andina y por lo tanto no configura un nuevo impuesto diferente al IVA colombiano. En cuanto al IVA en las importaciones, este (sic) se ha venido aplicando desde 1.964, con base en Decretos dictados con facultades de la ley 21 de 1.962. En tanto, sobre su estructura, fuentes y orígenes, se mantienen los principios de la soberanía fiscal y de la unidad impositiva”.

Alega asimismo que “dentro del marco del programa de liberación, Colombia se sometió a desgravar de aranceles y derechos de aduanas que incidían en la operación de comercio exterior los productos provenientes de los demás países miembros de la Comunidad Andina ... pero de ninguna manera se sometieron a estas negociaciones los impuestos indirectos entre ellos el IVA, pues se reconoce que estos (sic) hacen parte de la Soberanía tributaria, lo cual es aceptado por la Decisión 388”, entendiéndose por impuestos indirectos los definidos en la Decisión 330; que, como ya había indicado, los demás países de la Comunidad Andina “aplican un impuesto indirecto similar al de Colombia con hecho generador el momento de la importación, así su denominación sea diferente”; que las legislaciones de dichos países “mantienen los mismos parámetros como son el gravar con un impuesto interno sobre las ventas, las importaciones de bienes y servicios que se realicen a sus territorios, regulaciones a las cuales se ha sometido Colombia en su totalidad, pues nuestra legislación consagra la misma exención para los productos exportados y la aplicación del IVA implícito para la importación de bienes que en el país tienen el carácter de excluidos”; y que “para mantener la equidad libera de IVA en la importación a los bienes



exentos, teniendo en cuenta que los bienes nacionales bajo esta condición, recuperan el valor cancelado por los IVAS en la compra de insumos, materias primas o bienes en el proceso de producción”.

También alega la parte demandada que la República de Colombia no viola el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena “pues no se cobra una tarifa distinta o superior a los bienes excluidos importados, que la que efectivamente cancelan los productores nacionales de bienes excluidos en el proceso de producción de este tipo de bienes”; que, si bien la Secretaría General, en la Resolución 311, “rechaza el respaldo normativo y jurisprudencial que se mencionó sobre el GATT y OMC”, el Tribunal de Justicia “en diversas sentencias menciona la Jurisprudencia de los Tribunales Europeos y la normativa del GATT y OMC, especialmente para el artículo 74 en la Sentencia proferida dentro del proceso 03-AI-97”; que el Tribunal acepta excepciones al artículo 72, “teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad entre la medida adoptada y el objeto específico a que vaya dirigida, situación que opera exactamente en nuestro caso, insistiendo eso si que no se trata de una medida restrictiva por cuanto como se ha enunciado la medida tiende a igualar las cargas tributarias y por ello no es discriminatoria ni restrictiva. Además se logra el objetivo que es la proporcionalidad entre los bienes nacionales y los importados que tienen la connotación de excluidos únicamente”; que “se determina con fundamento en la normatividad del GATT II 2. (a) y la jurisprudencia, que se puede cobrar IVA sobre un producto importado, así dicho producto esté exento de IVA, lo que significa un impuesto diferente a un producto similar, si el monto del impuesto refleja únicamente el IVA pagado por los productos utilizados como materia prima”.

Finalmente alega que “existe una confusión por parte de la Secretaría de la Comunidad Andina cuando trata de demostrar que el Impuesto al Valor Agregado IVA y el denominado IVA implícito son dos tributos diferentes”, pues “salta a la vista que la Secretaría mezcla dos elementos del tributo completamente diferentes, ya que habla de base gravable y para definirla usa la metodología, de manera por cierto inapropiada, de cálculo de la tarifa. Es de aclarar que la base gravable del IVA es una sola y está definida en las normas contenidas en el Estatuto Tributario, de tal manera que para los bienes

de carácter nacional, según el artículo 447, es el “valor total de la operación” y en el caso de los bienes de carácter importados (sic), según el artículo 459, ‘será la misma que se tiene en cuenta para liquidar los derechos de Aduana, adicionados con este gravamen’. A su vez la base para liquidar los derechos de aduana es el valor de la mercancía. De esta forma, la base para liquidar el denominado IVA implícito es la misma del Impuesto al Valor Agregado por cuanto es el mismo tributo y no se debe determinar de manera diferente”; y que es evidente la confusión de la Secretaría General al hablar de las tarifas que posee el Impuesto al valor agregado. En primer lugar, para 1999 la tarifa general del IVA no fue del 1% como lo sostiene, sino que fue del 15% y luego del 16% tal como lo señala el Estatuto Tributario. Así mismo, la llamada tarifa general del IVA implícito no es del 16%, es más, no existe una ‘tarifa general del IVA implícito’, la ley señala que existe ‘una tarifa equivalente a la tarifa general del impuesto sobre las ventas promedio implícita en el costo de producción de bienes de la misma clase de producción nacional’. Esto significa que el legislador definió cual es la tarifa que equilibra la situación entre el producto nacional y el bien importado”.

Consta agregado al escrito de conclusiones de la parte demandada (folios 424 a 434), un anexo contentivo de “la presentación de los aspectos económicos, y el impacto de la misma naturaleza que produciría la derogatoria de la medida en la producción nacional”.

6. CONSIDERANDO.

6.1. Competencia:

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

Y como quiera que se han observado rigurosamente las formalidades inherentes a la referida acción, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado, procede a dictar la sentencia, previo el siguiente análisis:



6.2. Análisis de los hechos, las pretensiones, las excepciones y las pruebas:

6.2.1. Etapa prejudicial. La actuación cumplida ante la Secretaría General. Determinación de la conducta constitutiva del supuesto incumplimiento imputable al País Miembro demandado. Nota de Observaciones y emisión del dictamen motivado:

Las normas del Tratado de Creación del Tribunal que rigen la acción de incumplimiento, exigen, de manera inexcusable, a los interesados en incoar una demanda de tal naturaleza que adelanten ante la Secretaría General una actuación previa que en lo esencial se concreta en:

- a) Que el mencionado Organismo Comunitario dirija al País Miembro imputado del incumplimiento una nota de observaciones en la que le exprese las razones o motivos que hacen presumir que una conducta suya no se aviene con las obligaciones que le impone el ordenamiento jurídico andino y, en consecuencia, le solicite rendir las explicaciones pertinentes;
- b) Que una vez recibidas las explicaciones o vencido el término señalado para rendirlas, se emita un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento en la materia referida. Este dictamen, cualquiera que sea su contenido respecto del estado de cumplimiento de la obligación presuntamente desacatada, es el presupuesto procesal indispensable para que la propia Secretaría General, otro u otros Países Miembros, o un particular habilitado, puedan acudir al Tribunal y dar inicio, mediante la demanda, a un proceso judicial de incumplimiento.

Desde el punto de vista normativo, entonces, basta para que se pueda incoar la acción de incumplimiento, que el demandante demuestre previamente, bien que se emitió el dictamen (copia del cual, por cierto, según disposición estatutaria, debe acompañarse a la demanda, sea él de incumplimiento o de cumplimiento) o bien que el dictamen no fue emitido por la Secretaría General dentro del término establecido. En todo caso, el dictamen debe estar precedido de la nota de observaciones.

En adición a lo anterior, y en virtud de elaboración jurisprudencial realizada por el Tribunal, se ha dicho que entre la nota de observaciones, el dictamen y la demanda debe existir congruencia, ello para significar que las conductas que se constituyen en motivo del incumplimiento acusado deben ser las mismas en los tres momentos antes referidos, de modo tal que las pretensiones de la demanda resulten acordes con las conductas de acción o de omisión a que se hizo mención en el dictamen y en la nota de observaciones.

Con vista en lo anterior el Tribunal pasa a analizar si en el presente caso se cumplió o no por parte de la Secretaría General con las aludidas exigencias de orden legal y de tipo jurisprudencial. Y a tal efecto observa que las exigencias legales, previstas en los artículos 23, 24, 25 y 26 del Tratado de Creación del Tribunal, en el sentido de que la demanda en acción de incumplimiento esté precedida de una actuación prejudicial surtida ante aquélla, que deberá comprender la remisión de una nota de observaciones (salvo en el caso de incumplimiento flagrante al que se refiere el Artículo 26) al País Miembro acusado de la conducta supuestamente incumplidora y de un pronunciamiento acerca del estado de cumplimiento de las obligaciones en cuestión, bajo la forma de un dictamen motivado, han sido satisfechas cabalmente, toda vez que en el expediente, aportadas junto con el libelo demandatorio, obran los documentos que así lo comprueban.

Ahora bien, en cuanto al requisito jurisprudencialmente establecido, de la congruencia, también se cumple en el presente caso, en la medida en que como se observa en los documentos contentivos de la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda, la conducta constitutiva del pretendido incumplimiento es siempre la misma: la consistente en "aplicar el impuesto al valor agregado -IVA- implícito a las importaciones de origen subregional".

6.2.2. Incidencia del fallo proferido en el proceso 79-AN-2000 en esta sentencia:

Como se dejó narrado en los antecedentes, el proceso que da origen a esta sentencia fue suspendido en espera de que el Tribunal emitiera su fallo en la acción de nulidad estableci-



da por la República de Colombia en contra de la Resolución No 311 de la Secretaría General, acto por medio del cual, el referido órgano comunitario calificó como gravamen, en ejercicio de las facultades legales previstas en los artículos 72 y siguientes del Acuerdo de Cartagena, la conducta unilateral del gobierno colombiano conducente a la exigencia del llamado IVA implícito a las importaciones. Tal suspensión se decretó por la evidente incidencia que el fallo sobre la legalidad de la mencionada Resolución tendría en la definición de la acción de incumplimiento promovida contra Colombia, al punto de que si el pronunciamiento del Tribunal hubiere sido anulatorio, la demanda de incumplimiento carecería de objeto y de causa, en la medida en que la calificación de gravamen que se hizo constar en dicho instrumento jurídico y que es la base material para la acción de incumplimiento habría quedado insubsistente.

Empero, como no se decretó la demandada nulidad sino que, por el contrario, el Tribunal en la sentencia que puso fin al proceso 79-AN-2000, respaldó la legalidad de la actuación de la Secretaría General en la expedición de la Resolución al "declarar sin lugar la demanda de nulidad incoada por la República de Colombia contra la Resolución N° 311 de 3 de noviembre de 1999, confirmada por la Resolución N° 362 del 23 de febrero del 2000, proferidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina", el cuestionamiento sobre la legalidad de ese acto, realizado por la parte demandada en este proceso carece de razón de ser en virtud del efecto de cosa juzgada que es inherente a las sentencias en firme pronunciadas por el Tribunal.

Por lo demás, basta con transcribir ahora los argumentos que esbozó el Tribunal para fundamentar su fallo en la acción de nulidad interpuesta contra la mencionada Resolución 311, para desestimar los que ahora se esgrimen como defensa ante la acción de incumplimiento y que descansan sobre una presunta ilegalidad del referido acto jurídico de la Secretaría General:

"Con relación a las impugnaciones hechas por la República de Colombia, en apoyo de la acción de nulidad incoada, observa el Tribunal, que la Resolución 311, emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina

el 3 de noviembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial N° 503 de 5 de los mismos mes y año, ha sido expedida con sujeción a los procedimientos y actos administrativos establecidos por la Decisión 425 de la Comisión.

"En efecto, dicha Resolución se encuentra emitida por escrito, contiene la fórmula especialmente establecida para el propósito, determina las disposiciones que le sirven de fundamento, los argumentos de hecho y de derecho en los cuales se basa, los elementos constitutivos de la parte considerativa y, desde luego, incluye la correspondiente resolución, la fecha de su expedición y la firma del Director General que interviene en representación del Secretario General de la Comunidad.

"Consecuentemente, a juicio del Tribunal la Resolución 311 satisface a plenitud los requisitos de forma y de fondo exigidos por la normativa comunitaria.

"En lo atinente al error de derecho argumentado, el Organismo considera que el equívoco en principio ocurrido en la expedición de la Resolución 311, ha sido subsanado por la propia Secretaría General, al tramitar el recurso de reconsideración interpuesto por la República de Colombia y satisfecho por medio de la Resolución 362, en cuya parte considerativa se realiza la aclaración pertinente, en el sentido de expresar que, en lo fundamental, no se trataría en rigor de la substitución de un régimen de exención tributaria aplicable tanto a productos nacionales como importados, '.... si más exactamente de la simple aplicación de una tarifa o sobretasa a las importaciones -incluidas las de origen subregional- de bienes excluidos del IVA, cuyo monto es el resultado de estimar el valor del IVA cancelado por los productores locales en los insumos gravados sobre el precio total de los bienes ...'.

"Se aprecia, además, que la rectificación introducida de modo alguno ha afectado el sustento de las partes considerativa y resolutoria del Acto, pues la creación, vigencia y aplicación de un gravamen por parte de Colombia a importaciones originarias de la subregión quedó confirmada.



“Dentro de la misma fundamentación, en lo relativo esta vez al error de derecho que la Actora atribuye a la Secretaría General de la Comunidad Andina, al considerar que ésta lo configura en su Resolución 311, al haber desconocido como afirma ...“la normativa interna colombiana en materia impositiva ...”, pues, “...efectúa una interpretación jurídica errónea, aplicando normas del Acuerdo de Cartagena que no vienen al caso ...”, este Tribunal observa que el Organismo Comunitario demandado, se ha limitado como le correspondía, a verificar la compatibilidad de las disposiciones contenidas por el Decreto 1344 de 1999, expedido por el Gobierno de Colombia, como reglamentario del Estatuto Tributario de ese País, con las normas del ordenamiento jurídico andino aplicables al caso, de manera especial las establecidas en el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena relativo al Programa de Liberación.

“No encuentra el Tribunal en la fundamentación realizada por la Actora en la línea de demostrar la existencia de error de derecho en la motivación y expedición de la Resolución 311, elementos acreditantes de interpretación eventualmente defectuosa llevada a cabo por la Secretaría General de la Comunidad Andina, órgano que a juicio del Tribunal, como ha sido ya dicho, ha procedido a investigar detenida y exhaustivamente la situación denunciada, para concluir al término de ese pormenorizado análisis y en aplicación llana de la normativa comunitaria, que la disposición interna en materia de IVA implícito, amparada en el Decreto colombiano 1344, constituye gravamen a los efectos del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena.

“En cuanto a la falsa motivación argumentada, el Tribunal aprecia que la Resolución 311 aborda en los diversos puntos de su parte considerativa, aspectos vinculados a la naturaleza del IVA implícito, a su incidencia respecto del Arancel Externo Común, por constituir, según sostiene, un gravamen a las importaciones de origen subregional, pues constituye un cobro adicional a la respectiva tarifa arancelaria, cubriendo, adicionalmente, los ámbitos relacionados con el principio de trato nacional y de soberanía tributaria, especificando las diferencias existentes entre las normas del ya referido artículo 72 y, del

*artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, con fundamentos suficientemente desarrollados”.*¹

Por lo anterior, considera el Tribunal que la presunción de legalidad que ampara los actos jurídicos de los Organismos de la Comunidad no fue desvirtuada mediante la acción de nulidad y por el contrario, por razón de la sentencia, pasó de ser una mera presunción a convertirse en certeza de legalidad, tal como lo afirmara el Tribunal en la sentencia referida:

*“Se observa, finalmente, que la Secretaría General ha actuado en el marco de las competencias que le asigna el Capítulo Segundo del Acuerdo de Cartagena y, en respeto de los procedimientos administrativos señalados por la Decisión 425 de la Comisión, todo lo cual le lleva al Tribunal a concluir, que los supuestos vicios aludidos por la República de Colombia no han podido ser demostrados en este proceso judicial, quedando a la vista del Organismo, contrariamente, que la Resolución 311 ha sido expedida en apego a la normativa comunitaria aplicable, no encontrándose la presencia de causal alguna que pueda constituir irregularidad, o infracción del ordenamiento jurídico andino, razón por la cual las pretensiones expuestas en ese sentido deben ser necesariamente desestimadas”.*²

Para El Tribunal no son, entonces, de recibo los argumentos que en defensa de su compatibilidad con el ordenamiento comunitario plantea la parte demandada respecto de la medida unilateralmente adoptada objeto del cuestionamiento.

Si se aplican a ella, como ya se hizo mediante sentencia judicial, las normas comunitarias pertinentes, de manera especial las de los artículos 72 y siguientes del Acuerdo de Cartagena, tanto en el procedimiento seguido para su adopción como en el llevado a cabo para su calificación como gravamen o en su contenido conceptual, se arriba a la conclusión de que, en efecto, se trata de un gravamen, impuesto

¹ **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.** Sentencia de 19-X-01, en la acción de nulidad interpuesta por la República de Colombia, en contra de la Resolución 311 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial N° 503, de 5-XI-99. **Proceso No. 79-AN-2000.** En G.O.A.C. N° 730 de 16-XI-01.

² IBIDEM.



unilateralmente, calificado previamente por la Secretaría General como tal mediante Resolución declarada judicialmente exenta de vicios, y por ende, constitutivo de un incumplimiento objetivo que lesiona el ordenamiento comunitario.

Ahora bien, como en el acápite 4.2.1. de esta sentencia se analizó lo referente a la etapa previa a la presentación de la demanda en acción de incumplimiento y se concluyó que en ella no se incurrió por parte de la Secretaría General en omisiones o vicios que pudieran afectar la legalidad de este proceso, tampoco es dable por esta razón, ameritar los argumentos de la demandada tendientes a exonerarse de la responsabilidad que le incumbe como sujeto del ordenamiento comunitario.

6.2.3. Acerca del incumplimiento continuado. Sustitución de la conducta constitutiva del incumplimiento.

En repetidas oportunidades dentro de la tramitación de este proceso, la demandante hizo saber al Tribunal (véanse memoriales de 8 de febrero de 2001 y 11 de diciembre de 2001), que la conducta infractora había sido modificada por el País Miembro demandado sustituyendo los actos jurídicos en que ella se plasmaba por otros que, por supuesto, no pudieron ser mencionados como constitutivos del incumplimiento acusado ni en la nota de observaciones ni en el dictamen motivado. De esta manera, al momento de producirse la sentencia el Decreto 1344 del 22 de julio de 1999, proferido con el objeto de aplicar el impuesto al valor agregado -IVA- implícito a las importaciones de origen subregional, no se encuentra vigente aunque dicho impuesto se sigue cobrando con fundamento en lo que dispusieron otros instrumentos jurídicos que lo subrogaron.

Para el Tribunal resulta claro que la conducta infractora consistente en cobrar un impuesto a las importaciones subregionales (IVA implícito), independientemente de la plataforma jurídica interna en que esté fundamentada, se mantiene no obstante que hayan sido sustituidos los actos jurídicos que la determinan.

Ya tuvo oportunidad el Tribunal de pronunciarse sobre una situación análoga y por ello reiterará ahora lo que expresó sobre el particular en la sentencia que puso fin al proceso No. 7-AI-98:

“Observa El Tribunal que la conducta asumida por el gobierno ecuatoriano y calificada como de incumplimiento frente al Arancel Externo Común por la Secretaría General, ha ido evolucionando para presentar en las distintas fases características y modalidades diferentes pero que, en esencia, denotan una misma direccionalidad y finalidad conductual de modificar unilateralmente dicho instrumento de la integración andina. Agréguese a lo anterior la actividad cumplida por el referido País Miembro con posterioridad a la expedición del último Dictamen de incumplimiento, y que atrás se dejó reseñada, consistente en la expedición de dos decretos adicionales, en los cuales se modifica el nivel arancelario o se sustituyen las razones de hecho y de derecho en que pretende justificarse tal modificación o, incluso, se cambia el título o la naturaleza de las reformas unilateralmente adoptadas.

“También ahora, en relación con los dictámenes de incumplimiento que aparecen “acumulados” en la demanda, El Tribunal considera procedente analizarlos, en la medida en que dichos dictámenes están referidos a una misma conducta que asume diferentes características y formas pero que, en definitiva, comporta una posición contraria a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico andino en lo referente al Arancel Externo Común.

“No se trata, como pudiera pensarse (y parece sugerirlo la parte demandada), que varios incumplimientos se hayan acumulado en una misma demanda, sino de un incumplimiento que ha sido reiterativamente consumado y que presenta la forma de un hecho continuado.

“De esta manera y teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, en el sentido de que la norma legal comprometida solamente es un instrumento para materializar determinada conducta que puede ser contraria o nó a lo previsto en el orden comunitario, no cabe duda de que si tal norma se deroga o si se modifica, pero la conducta persiste o se transforma, haciéndose más gravosa o atemperándose en sus efectos, el incumplimiento subsiste con las características, se insiste, de un incumplimiento continuado. Es más, pudiera eventualmente estarse frente a una situación en la que el país remiso pretendie-



ra hacer caso omiso de los mecanismos que el ordenamiento jurídico andino ha consagrado como funciones de la Secretaría General y del Tribunal de Justicia destinados a preservar la intangibilidad de dicho ordenamiento.

“Estima El Tribunal que, en consecuencia, examinada en su conjunto la conducta en que se hace radicar el incumplimiento de la República del Ecuador con respecto a sus obligaciones frente al Arancel Externo Común, se advierte que ella se materializa en varios instrumentos que gradual y sucesivamente la han venido agravando, al hacer más extenso el volumen de posiciones arancelarias con tarifas señaladas unilateralmente en desconocimiento de las establecidas en el Arancel Común”.³

6.2.4. Improcedencia de la solicitud de declaración de incumplimiento de la Resolución 387 de la Secretaría General, contentiva del dictamen motivado.

Nuevamente el Tribunal se ve en la necesidad de reiterar su criterio sobre la impropiedad en que incurre la Secretaría General cuando solicita como pretensión de su demanda que se declare el incumplimiento de la Resolución 387, en la que está contenido el dictamen motivado que sirve de fundamento a la misma. Con tal propósito recuerda que, al igual que sucede en el Derecho Comunitario que regula la Unión Europea, los dictámenes previos a la acción de incumplimiento no son vinculantes, esto es, no aparejan, en cuanto a su contenido material se refiere, la constitución de situaciones jurídicas definitivas ni en relación con el País Miembro respecto del cual se profieren, ni en relación con quien interpuso la queja del incumplimiento ante la Secretaría General, haya sido éste un País Miembro o un particular y, mucho menos, en relación con la decisión que haya de tomar el Organo Judicial Comunitario. Se trata de un requisito de procedibilidad de la acción, cuya presencia es absolutamente indispensable (salvo omisión en su pronunciamiento por la Secretaría General), para que pueda darse curso a la demanda correspondiente.

La Secretaría General cuando emite el dictamen a que se refieren los artículos 23, 24 y 25 del Tratado de Creación del Tribunal, sea para decir que un País Miembro está incumpliendo determinadas obligaciones o para opinar que su conducta se ajusta a las previsiones del Ordenamiento Comunitario Andino, no está condenando ni está absolviendo al País Miembro referido, tan sólo está expresando su opinión, su concepto, acerca de la situación referida. No implica por tanto, la expedición del dictamen, una manifestación de voluntad del Organo Comunitario por medio de la cual se crea, se modifica o se extingue una situación jurídica particular y concreta del País Miembro llamado a rendir explicaciones.

El dictamen, insiste el Tribunal, ni constituye ni declara, con la autoridad del juez, el incumplimiento; tampoco representa una exoneración de quien es acusado del mismo, cuando se pronuncia en el sentido de opinar que la conducta atribuida al País Miembro objeto de la queja está acorde con la normativa comunitaria.

Mucho menos constituye la etapa de emisión del dictamen un juicio de primera instancia que dependiendo de las circunstancias, deba ser revisado en segunda instancia por el Tribunal. El dictamen no puede asimilarse jamás a un fallo de instancia y sería necio y sin sentido atribuirle los efectos propios de una sentencia o tan siquiera, los de un acto jurídico expedido para crear, modificar o extinguir un derecho particular o concreto. El dictamen, se repite, es tan sólo una opinión calificada sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones de un País Miembro, emitida en desarrollo de las previsiones consagradas en el Tratado de Creación del Tribunal como un presupuesto procesal de la Acción de Incumplimiento.

En tal virtud, independientemente de la forma que se haya utilizado para expedirlo, el dictamen no puede generarle al País Miembro, respecto del cual se pronuncia, nuevas ni consecuentes obligaciones (incumplimiento de la Resolución que contiene el dictamen, por ejemplo), ni tampoco absolverlo de la responsabilidad por la conducta asumida que haga imposible la vía judicial por razón de haberse logrado al amparo de unos hipotéticos derechos adquiridos. Tanto es claro lo uno como lo otro, que el propio Tratado Constitutivo del Tribunal deja

³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 21-VII-99. Proceso No. 7-AI-98. En G.O.A.C. N° 490 de 4-X-99.



ver en relación con lo primero que la única consecuencia para el País Miembro derivada del dictamen, cuando es de incumplimiento, es la de que si éste *"persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal"*; y respecto de lo segundo, o sea, cuando el dictamen no fuere de incumplimiento, que *"el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal."*⁴

Por lo expuesto el Tribunal no ameritará la solicitud de la demandante en el sentido de que la declaración de incumplimiento que habrá de pronunciarse abarque la Resolución contentiva del dictamen motivado anteriormente referida.

6.3. CONDENA EN COSTAS.

Toda vez que las consideraciones antes expuestas conducen a la determinación que se plasmará en la parte decisoria de que el País Miembro demandado, en efecto ha incurrido en el incumplimiento del que se le acusa, de conformidad con el artículo 90 del Estatuto y con los artículos 81 y 82 del Reglamento Interno del Tribunal, la sentencia condenará a la demandada al pago de las costas del proceso, oportunamente solicitadas por la demandante.

Por todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

administrando justicia en nombre y por autoridad de la Comunidad Andina y en ejercicio de la competencia que le asigna la Sección Segunda, del Capítulo III, de su Tratado de Creación.

DECIDE:

PRIMERO: Declarar que la República de Colombia ha incurrido en incumplimiento de los artículos 4º del Tratado de Creación del Tribunal y 72 del Acuerdo de Cartagena, al apli-

car el impuesto al valor agregado implícito (IVA implícito) a las importaciones de origen subregional, dispuesto por el Decreto 1344 del 22 de julio de 1999, subrogado por los Decretos 2085 de 25 de octubre de 2000 y 2263 de octubre 30 de 2001.

SEGUNDO: Exhortar a la República de Colombia a realizar las acciones conducentes para hacer cesar el incumplimiento declarado, especialmente dejando sin efecto la aplicación del impuesto a que se refiere el numeral PRIMERO, en lo atinente a las importaciones subregionales y adoptando todas las demás medidas que sean necesarias para que se restablezca el imperio del ordenamiento jurídico andino.

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

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Ricardo Vigil Toledo
PRESIDENTE

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

⁴ Para una exposición más detallada sobre este particular pueden consultarse, entre varias, las sentencias del **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA** del 2-II-2000, Proceso 24-AN-99. En G.O.A.C. N° 542 de 8-III-2000 y del 28-IX-2001, Proceso N° 89-AI-2000. En G.O.A.C. N° 714 de 12-X-2001.

**PROCESO 28-AI-2001****Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador, alegando incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal y del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena; así como de las Resoluciones Nos. 371 y 414 de la Secretaría General.**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en la acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador, a los veinticuatro días del mes de abril del año dos mil dos.

VISTOS:

El escrito SG.C/2.1/00319/2001 fechado el 15 de marzo del 2001, recibido en la Secretaría del Tribunal el 19 de marzo, mediante el cual la Secretaría General promueve acción de incumplimiento contra el referido País Miembro en razón de *"la limitación del Gobierno del Ecuador a las importaciones de harina de soya, por razones de demanda interna, así como la exigencia de licencias previas de carácter no automático aplicadas a los productos originarios de Bolivia; manteniendo la restricción al comercio a los efectos del Capítulo V sobre Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena, lo cual constituye un incumplimiento flagrante por parte del Ecuador de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina"*.

El auto de 16 de mayo del 2001 por medio del cual se admite la demanda y se ordena ponerla en conocimiento de la República del Ecuador.

El auto de 4 de julio del 2001 por medio del cual, ante la no contestación de la demanda por el País Miembro demandado, se la tiene por contradicha en todas sus partes y se convoca la Audiencia Pública estatutaria para realizarse el 4 de octubre del 2001.

Los memoriales y las pruebas aportadas por las partes, las intervenciones por ellas realizadas en la audiencia pública celebrada el 15 de noviembre de 2001, los escritos de conclusiones, y demás documentos que cursan en el expediente;

Tomando en consideración:

1. ANTECEDENTES.**1.1. La Demanda:**

La Secretaría General de la Comunidad Andina acudió al Tribunal en la acción de incumplimiento contra la República del Ecuador en razón de las limitaciones que dicho País Miembro habría impuesto a las importaciones de harina de soya, por razones de demanda interna, así como por la exigencia de licencias previas de carácter no automático aplicadas a los productos originarios de Bolivia. Tal conducta, a juicio de la demandante, por mantener una restricción al comercio contraria a lo previsto en el Capítulo V sobre Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena, constituye un incumplimiento flagrante de las normas de dicho ordenamiento jurídico, especialmente las contenidas en los artículos 71 y siguientes del Acuerdo de Cartagena y 4 del Tratado de Creación del Tribunal, así como de la Resolución 371 de la Secretaría General.

Refiere la Secretaría como fundamentos de hecho de la demanda:

La expedición de la Resolución N° 371 mediante la cual calificó que la limitación para importar harina de soya por razones de demanda interna, tanto como la exigencia de licencias previas de carácter no automático aplicadas por el Gobierno del Ecuador a los productos originarios de Bolivia, constituyen restricción al comercio en los términos del Capítulo V sobre programa de liberación del Acuerdo de Cartagena;

El envío al País Miembro mencionado de la nota de observaciones en la cual se le indicaba que estaría incurriendo en incumplimiento flagrante de obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico comunitario y se le otorgaba un plazo de diez días para que rindiera las explicaciones del caso;



La respuesta producida por el Gobierno ecuatoriano en la cual se manifiesta que de acuerdo con la Ley de Sanidad Vegetal la importación de harina y torta de soya está sujeta al cumplimiento de normas fitosanitarias sobre la base del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, cuya aplicación le corresponde al Servicio Ecuatoriano de Sanidad Agropecuaria SESA y que no se ha impuesto medida que pueda ser considerada como limitación a la importación de harina de soya, habiéndose tramitado autorizaciones para harina de soya en cantidad de 67.850 toneladas métricas originarias de Estados Unidos, Colombia y Bolivia y 3.300 toneladas métricas de torta de soya provenientes de Bolivia;

El dictamen de incumplimiento N° 26-2000, contenido en la Resolución 414, mediante el cual la Secretaría General opina que el Gobierno ecuatoriano se halla incurso en situación de incumplimiento por razón de la conducta anteriormente descrita; y,

Las diferentes comunicaciones dirigidas a la Secretaría General por parte de autoridades y de empresarios bolivianos mediante las que se hace saber a dicho órgano comunitario la persistencia de las restricciones y se solicita que se eleve demanda de incumplimiento ante el Tribunal Comunitario.

Como fundamentos de derecho, y partiendo de la definición de "restricciones de todo orden" a que se refiere el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, asegura la demandante que con su conducta el Gobierno ecuatoriano vulnera el principio de libre circulación de mercancías establecido en el artículo 71 del mencionado Acuerdo, contradiciendo ostensiblemente el Programa de Liberación, que tiene por objeto *"eliminar las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro"*. Respalda el anterior aserto en abundante jurisprudencia del Tribunal relacionada con el Programa de Liberación y con la prohibición de afectarlo con la imposición de gravámenes o de restricciones.

Expresa, además, que habiéndose calificado como restricción al comercio las medidas adoptadas por la República del Ecuador tendientes a limitar las importaciones de harina de soya, lo cual se hizo mediante la Resolución 371, de

conformidad con lo establecido en el Acuerdo de Cartagena, el mencionado País Miembro quedaba obligado a eliminarlas en los términos señalados en ella. No hacerlo configuraba un nuevo y grave incumplimiento.

Acompaña como prueba documentos que, a su juicio, son demostrativos del incumplimiento acusado y de que éste persiste, no obstante las manifestaciones en contrario realizadas por el País Miembro objeto de la demanda.

1.2. La Contestación de la Demanda:

Como ya se dejó enunciado, la parte demandada no compareció a contestar la demanda, razón por la cual el Tribunal dio aplicación al artículo 44 del Estatuto entonces vigente.

1.3. Audiencia Pública:

Por medio de auto de 21 de marzo de 2001, el Tribunal convocó a las Partes en esta controversia a Audiencia Pública para el 4 de octubre del mismo año, diligencia que se llevó a cabo en esa fecha, con la asistencia de Representantes tanto de la Secretaría General de la Comunidad Andina, como del Gobierno de la República del Ecuador.

1.4. Conclusiones de los comparecientes en la Audiencia Pública:

1.4.1. Conclusiones de la parte actora:

En el memorial destinado a presentar las conclusiones de la Audiencia Pública, la Secretaría General ratifica en lo esencial, los argumentos esgrimidos en la demanda y manifiesta que el Gobierno del Ecuador no se ha pronunciado respecto de la situación reclamada, en ninguna de las oportunidades correspondientes, ni en la etapa administrativa ante ella, ni en la etapa judicial ante el Tribunal.

Expone que el Ministerio de Agricultura y Ganadería del Ecuador, como ente responsable de la política agropecuaria del país, ha argumentado que tiene autoridad soberana para reglamentar la entrada de productos agrícolas, inclusive la inspección, prohibición de las importaciones y su tratamiento si el caso lo amerita y que hasta la fecha, el Gobierno ecuatoriano no ha cumplido con levantar las medidas objeto del dictamen de incumplimiento.



Como consecuencia de lo anterior solicita al Tribunal que declare el incumplimiento por parte del Gobierno del Ecuador de las obligaciones emanadas del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena y de la Resolución 371 de la Secretaría General.

1.4.2. Conclusiones de la parte demandada:

El memorial de conclusiones de la parte demandada es presentado por la Directora de Asesoría Jurídica del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad quien actúa como delegada del Procurador General del Estado ecuatoriano. En dicho memorial, en resumen, se manifiesta que:

A la fecha, no existe ninguna limitación ni restricción a la importación de ningún bien agropecuario, y específicamente para harina de soya por razones de demanda interna, menos aún para el comercio con un País Miembro.

El Ecuador como miembro de la OMC aplica la normativa vigente a que se refiere el acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias que da derecho a los Países Miembros para "adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales" y que esté "basada en principios científicos". Que la Decisión 328 de la Comisión de la Comunidad Andina "establece los requisitos para la importación de plantas, partes, productos y subproductos de origen vegetal, para lo cual los Países Miembros establecen condiciones sanitarias para la importación de productos agrícolas" y que, adicionalmente la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria dice que el organismo nacional competente tiene autoridad soberana para reglamentar la entrada de productos agrícolas, inclusive la inspección, prohibición de las importaciones y su tratamiento si el caso lo amerita. Y que, en correlación con las normas internacionales anteriormente citadas, la Ley de Sanidad Vegetal del Ecuador y su Reglamento establecen los condicionamientos sanitarios previos para la importación de productos vegetales, compilados en certificados sanitarios, e indica que "previamente a la importación de material vegetal de propagación o consumo, ...deberá obtener permiso de sanidad vegetal expedido por el Ministerio de Agricultura y Ganadería".

Estos condicionamientos que establece el Ecuador, están en relación con las normas sanitarias internacionales vigentes y por tanto al exigir el permiso fitosanitario previo a las importaciones de cualquier producto agrícola, inclusive la torta y harina de soya, procedentes de cualquier origen está en pleno uso de sus facultades jurídicas. Que en consecuencia tales normas permiten al Ecuador tomar las medidas de prevención que aseguren que las importaciones de productos agrícolas, en este caso torta y harina de soya, no significan riesgo sanitario a la producción agrícola del país.

El Ecuador no ha impuesto ninguna medida que pueda ser considerada como limitación a la importación de harina de soya, ni restricción de carácter no automático a los productos originarios de Bolivia y que prueba de ello es que durante el presente año, se han tramitado por el SESA autorizaciones fitosanitarias por 67.850 toneladas métricas cuyo origen son Estados Unidos, Colombia y Bolivia (de esta última se importaron 26.670 toneladas métricas). Que de harina de soya se tramitaron 3.300 toneladas métricas en su totalidad de Bolivia.

Los datos estadísticos de importaciones y los datos sobre producción nacional de soya son demostrativos de que se importó regularmente torta de soya en volúmenes que responden a las necesidades reales del mercado, desde varios orígenes, siendo Bolivia uno de los principales mercados proveedores.

No obstante el haber concedido los permisos fitosanitarios, las importaciones efectivas son de competencia del sector privado y obedecen a los requerimientos del mercado en cada momento.

Finalmente, el Ministerio de Agricultura y Ganadería se ha ceñido estrictamente en su competencia en el sentido de dar trámite al permiso fitosanitario y a las solicitudes de importación que el sector privado en función de las demandas reales ha presentado.

Por todo lo anterior solicita se rechace la demanda.

2. CONSIDERANDO.

2.1. Competencia:

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de la presente



controversia en virtud de las previsiones de los artículos 23 y 24 de su Tratado de Creación, concordados con las normas de su Estatuto (Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores) y de su Reglamento Interno, en las que se regula lo pertinente a la Acción de Incumplimiento.

Y como quiera que se han observado rigurosamente las formalidades inherentes a la referida acción, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado, procede a dictar la sentencia, previo el siguiente análisis:

2.2. Análisis de los hechos, las pretensiones, las excepciones y las pruebas:

2.2.1. Calificación como gravamen o restricción al comercio, por parte de la Secretaría General, de la conducta reputada como configurativa del incumplimiento. Obligatoriedad de cumplimiento inmediato de las resoluciones que califican una medida interna como restricción al comercio:

La Secretaría General, Organo Principal de la Comunidad, goza de ciertas competencias, atribuidas directamente por el Acuerdo de Cartagena, que le permiten desarrollar su misión primordial de velar por el estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, tanto por parte de los Países Miembros y de los particulares como de las restantes instituciones del Sistema Andino de Integración.

A los fines del ejercicio de esta función, la Secretaría General ha sido dotada de amplias atribuciones para intervenir en la elaboración de propuestas normativas al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o a la Comisión, para dar publicidad a las normas comunitarias, para prevenir eventuales infracciones al ordenamiento jurídico andino, para dictaminar sobre conductas activas o pasivas asumidas por los Países Miembros, para adelantar procedimientos que tengan por objeto determinar la posible existencia de gravámenes o restricciones al comercio intracomunitario, para asegurar la gestión del trámite de las medidas de salvaguardia, para iniciar y ser parte en las acciones de incumplimiento ante el Tribunal.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que los Países Miembros se comprometieron a

suprimir todo tipo de obstáculos que dificulten el intercambio intracomunitario de mercancías, como un medio para alcanzar un “mercado común” y una “Comunidad de Naciones”, formas de integración mucho más profundas que la zona de libre de comercio y la unión aduanera, debe recordarse que entre las competencias específicas de la Secretaría General se encuentra la establecida en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena al atribuirle el deber de determinar, en los casos en que sea necesario, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro, constituye “gravamen” o “restricción” al comercio intrasubregional.

La intervención del Organo Ejecutivo de la Comunidad Andina en esta materia es una consecuencia de su competencia general de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico. A la Secretaría General le compete tramitar las solicitudes que presenten los Países Miembros y los particulares que puedan verse afectados; la Resolución que expida debe encontrarse precedida de un procedimiento de investigación, siendo ésta el resultado del análisis de una determinada medida que vulnere la libertad al comercio de mercancías.

Como consecuencia del principio de aplicación inmediata y directa de los actos y normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, los Países Miembros se encuentran obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar su cumplimiento, a partir de su aprobación por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina, en el caso de las Decisiones, y a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, cuando se trate de Resoluciones expedidas por la Secretaría General.

Las Resoluciones que califican una medida interna como restricción al comercio, a los efectos del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena, constituyen actos decisivos que crean en el País Miembro destinatario una obligación de cumplimiento inmediato, independientemente de que su validez pueda ser cuestionada por la vía de la acción de nulidad. Por ello, la interposición del recurso administrativo comunitario de reconsideración, así como el judicial de anulación, en principio, no afecta su ejecución, eficacia o vigencia, conforme lo establece el artículo 21 del Tratado de Creación del Tribunal.



Este, sin embargo, dispone de la facultad de suspender provisionalmente los efectos del acto impugnado, mientras se tramita la acción de nulidad, respectiva. Pero salvo que se produzca dicha orden de suspensión provisional, subsiste el obligatorio cumplimiento de las Resoluciones de la Secretaría General hasta tanto se realice un pronunciamiento en firme que anule el acto reputado ilegal.

Es por ello que dentro de un proceso de incumplimiento por inobservancia de una Resolución que califique una medida interna como "restricción" a las importaciones intracomunitarias, no resulta admisible que el País Miembro demandado pretenda desvirtuar los argumentos o la parte decisoria de tal Resolución, pues la vía apropiada para dicho efecto es la correspondiente acción de nulidad, debiendo entenderse que si el País afectado no ejerció su derecho de impugnación, de manera oportuna y a través de la acción pertinente, implícitamente habrá consentido el acto que no recurrió en tiempo y forma debidos.

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal observa:

Que la Resolución 371 de la Secretaría General, por medio de la cual se realizó la *"calificación de la medida adoptada por el Gobierno de la República del Ecuador para la importación de harina de soya de origen subregional como restricción al comercio"*, impuso a dicho País Miembro la obligación de levantar las medidas restrictivas, y, en efecto, conforme a lo dispuesto por su artículo 2 le concedió al gobierno ecuatoriano *"el plazo máximo de veinte (20) días calendario para levantamiento de la restricción..."*.

Si la República del Ecuador consideraba que la referida Resolución se encontraba viciada de ilegalidad, disponía del derecho para impugnarla en la vía administrativa (recurso de reconsideración) o judicial (acción de nulidad), derechos éstos de los cuales no hizo uso.

Ha dicho el Tribunal sobre este particular:

"No reconoce la doctrina ni la jurisprudencia posibilidad de que en la acción autónoma de incumplimiento pueda decretarse la nulidad por vicios de ilegalidad en las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta,

ya que éstas pueden ser objeto de un recurso distinto contemplado en los artículos 17 a 22 del Tratado del Tribunal. Mal podría admitirse que los incumplimientos de las obligaciones del Tratado estuvieren justificados sobre la base de probables irregularidades en la actuación de los órganos administrativos del Acuerdo, sin que antes se desvirtuara por la vía de la acción de nulidad, la presunción de legalidad de los actos de la administración comunitaria".¹

Como se observa, la jurisprudencia andina desde un inicio, ha considerado improcedentes las argumentaciones y pruebas presentadas por un País Miembro en una acción de incumplimiento, dirigidas a pretender justificar que la medida calificada por la Secretaría General mediante Resolución en firme, no constituye una restricción al comercio.²

En consecuencia, por cuanto la Resolución 371 de la Secretaría General no ha sido revocada por ella, ni tampoco anulada por el Tribunal mediante la utilización de las vías impugnatorias pertinentes, resulta de ineludible cumplimiento para el País Miembro demandado, y, en tal virtud, éste se encuentra obligado a adoptar las acciones necesarias para levantar las medidas calificadas como restricciones a las importaciones de harina de soya provenientes de la Subregión, considerándose improcedente analizar, en la presente acción de incumplimiento, la legalidad de las razones que motivaron a la Secretaría General a realizar dicha calificación.

Procede sí, el análisis sobre las actuaciones que se produjeron con fines de establecer la demanda en acción de incumplimiento, del cual se ocupará a renglón seguido el Tribunal.

2.2.2. Etapa prejudicial. La actuación cumplida ante la Secretaría General tendiente a la determinación de la conducta constitutiva del supuesto incumplimiento imputable al País Miembro demandado. Nota de Observaciones y emisión del dictamen de motivado:

¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia del 24-III-97. Proceso N° 3-AI-96. En G.O.A.C. No. 261 de 29-IV-97.

² Sobre este mismo tópico puede verse lo dicho por el Tribunal en las sentencias del 13-X-2000. Proceso N° 43-AI-99 en G.O.A.C. N° 620 de 23-XI-2000 y del 22-VIII-2001, Proceso N° 72-AI-2000. En G.O.A.C. N° 714 del 17-IX-2001.



El Tratado de Creación del Tribunal en las normas que rigen la acción de incumplimiento, exige que previamente a la presentación de una demanda de tal naturaleza, los interesados en incoarla adelanten ante la Secretaría General una actuación previa que en lo esencial se concreta en que, de una parte, el mencionado Organismo Comunitario dirija al País Miembro imputado del incumplimiento una nota de observaciones en la que le exprese las razones o motivos que hacen presumir que una conducta suya no se aviene con las obligaciones que le impone el ordenamiento jurídico andino y, en consecuencia, le solicite rendir las explicaciones pertinentes; y de otra, que una vez recibidas las explicaciones solicitadas o vencido el término señalado para rendirlas, se emita un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento en la materia referida. Este dictamen, cualquiera que sea su contenido respecto del estado de cumplimiento de la obligación presuntamente desacatada, es el presupuesto procesal indispensable para que la propia Secretaría General, los Países Miembros, o un particular habilitado, puedan acudir al Tribunal y dar inicio, mediante la demanda, a un proceso judicial de incumplimiento.

En adición a lo anterior, y en virtud de elaboración jurisprudencial realizada por el Tribunal, se ha dicho que entre la nota de observaciones, el dictamen y la demanda debe existir congruencia, ello para significar que las conductas que se constituyen en motivo del incumplimiento acusado deben ser las mismas en los tres momentos antes referidos, de modo tal que las pretensiones de la demanda resulten acordes con las conductas de acción o de omisión a que se hizo mención en el dictamen y en la nota de observaciones.

Con vista en lo anterior el Tribunal pasa a analizar si en el presente caso se cumplió o no por parte de la Secretaría General con las aludidas exigencias de orden legal y de tipo jurisprudencial. Y a tal efecto observa que las exigencias legales, previstas en los artículos 23, 24, 25 y 26 del Tratado de Creación del Tribunal, en el sentido de que la demanda en acción de incumplimiento esté precedida de una actuación prejudicial surtida ante aquélla, que deberá comprender la remisión de una nota de observaciones (salvo en el caso de incumplimiento flagrante al que se refiere el Artículo 26) al País Miembro acusado de la conducta supues-

tamente incumplidora y de un pronunciamiento acerca del estado de cumplimiento de las obligaciones en cuestión, bajo la forma de un dictamen motivado, han sido satisfechas cabalmente, toda vez que en el expediente, aportadas junto con el libelo demandatorio, obran los documentos que así lo comprueban.

Ahora bien, en cuanto al requisito jurisprudencialmente establecido, de la congruencia, también se cumple en el presente caso, en la medida en que como se observa en los documentos contentivos de la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda, la conducta constitutiva del pretendido incumplimiento es siempre la misma: la consistente en *"la no adopción de las medidas destinadas al cumplimiento de la Resolución 371 de la Secretaría General, que calificó como restricción al comercio subregional la limitación para importar harina de soya por razones de demanda interna, así como la exigencia de licencias previas de carácter no automático aplicadas por el Gobierno de Ecuador a los productos originarios de Bolivia...."*

2.2.3. Normativa comunitaria aplicable, determinación del incumplimiento y conclusiones para el fallo:

La aplicación unilateral de una medida restrictiva a las importaciones de bienes provenientes y originarios de cualquier país de la Subregión comporta incumplimiento de las normas superiores del ordenamiento jurídico andino. En efecto, la imposición de limitaciones al comercio constituye una infracción al Programa de Liberación previsto en el Capítulo V del Acuerdo de Cartagena, instrumento jurídico en el que los Países Miembros consagraron su propósito originario de que "las restricciones de todo orden serán eliminadas a más tardar el 31 de diciembre de 1970" (artículo 76).

Corresponde en consecuencia verificar ahora si la referida conducta, que fue objeto de las observaciones de la Secretaría General, ha persistido una vez que se produjo el dictamen de incumplimiento.

A tal efecto, el Tribunal observa:

PRIMERO. La medida calificada como restricción al comercio fue delimitada en el artículo 1 de la Resolución 371, al decir:



“Determinar que la limitación para importar harina de soya, por razones de demanda interna, así como la exigencia de licencias previas de carácter no automático aplicadas por el Gobierno de Ecuador a los productos originarios de Bolivia, constituyen una restricción al comercio a los efectos del Capítulo V sobre Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena”

Esta Resolución, como ya se dijo, quedó en firme sin que mereciera impugnación por parte del País Miembro afectado con ella, lo cual trajo como consecuencia que se generara para dicho país la obligación de levantar las restricciones aludidas en el plazo máximo de 20 días, tal como se dejó establecido en el artículo 2 de la comentada Resolución 371. Transcurrido dicho plazo sin que la República del Ecuador hubiera demostrado el levantamiento de las restricciones, se configuró un incumplimiento objetivo cuya declaración deberá ser realizada en el presente fallo.

SEGUNDO. El dictamen motivado, formulado en congruencia tanto con la señalada calificación de restricciones, como con las posteriores observaciones y también con la demanda judicial, determinó que, en efecto, en opinión de la Secretaría, se estaba en presencia de un incumplimiento de las mencionadas obligaciones.

TERCERO. La República del Ecuador no ha desvirtuado la acusación de incumplimiento. Su actuación en el juicio, en el cual no contestó la demanda y por lo tanto no aportó pruebas, se ha limitado, en lo esencial, a manifestar en la Audiencia Pública y en las conclusiones de la misma, que el Ecuador no ha incurrido en el incumplimiento demandado por cuanto las limitaciones que aplica tienen respaldo en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC, en la Ley de Sanidad Vegetal del Ecuador y en la propia Decisión 328 de la Comunidad Andina y que se *“importó regularmente torta de soya en volúmenes que responden a las necesidades reales del mercado”*, aserto que respalda en cifras estadísticas que acompaña.

De lo expuesto en la audiencia pública por la representación del Gobierno ecuatoriano se puede colegir que no existe demostración que permita al Tribunal deducir que se hubieren levantado las restricciones a que se refiere la Reso-

lución 371 de la Secretaría General, circunstancia que determina el incumplimiento de las obligaciones que impone el Capítulo V sobre Programa de Liberación del Comercio del Acuerdo de Cartagena. El hecho alegado de que se realizaron al Ecuador importaciones de los productos objeto de este proceso y de que alguna parte de ellas provenía de países andinos, entre ellos Bolivia, no resulta suficiente para formar la convicción del Tribunal de que en efecto, se cumplió con la obligación de “levantar las limitaciones al ingreso de harina de soya proveniente de los demás Países Miembros por razones de demanda interna, así como dejar de exigir licencias previas de carácter no automático a los productos originarios de Bolivia”, impuesta por la tantas veces mencionada Resolución 371.

2.3. Condena en Costas:

Toda vez que las consideraciones antes expuestas conducen a la determinación que se plasmará en la parte decisoria de que el País Miembro demandado, en efecto ha incurrido en el incumplimiento del que se le acusa, de conformidad con el artículo 90 del Estatuto y con los artículos 81 y 82 del Reglamento Interno del Tribunal, la sentencia condenará a la demandada al pago de las costas del proceso, oportunamente solicitadas por la demandante.

Por todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

administrando justicia en nombre y por autoridad de la Comunidad Andina y en ejercicio de la competencia que le asigna la Sección Segunda, del Capítulo III, de su Tratado de Creación.

D E C I D E:

PRIMERO: Declarar que la República del Ecuador ha incurrido en incumplimiento del Capítulo V sobre Programa de Liberación del Comercio del Acuerdo de Cartagena; de la Resolución 371 de la Secretaría General y del artículo 4º del Tratado de Creación del Tribunal.

SEGUNDO: Exhortar a la República del Ecuador a realizar las acciones condu-



centes para hacer cesar el incumplimiento declarado, especialmente dejando sin efecto las restricciones para importar harina de soya, por razones de demanda interna, así como la exigencia de licencias previas de carácter no automático aplicadas a los productos originarios de Bolivia, y adoptando todas las demás medidas que sean necesarias para que se restablezca el imperio del ordenamiento jurídico andino.

TERCERO: Condenar a la República del Ecuador al pago de las costas causadas.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Ricardo Vigil Toledo
PRESIDENTE

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

PROCESO 17-IP-2002

Solicitud de interpretación prejudicial del artículo 83 literales a) y b) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia e interpretación de oficio del artículo 81 ibidem. Expediente Interno Nº 6743. Actor: Ingenieros Químicos Asociados Ltda. –IQA–. Marca: “IQA”.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en Quito a los dos días del mes de mayo del año dos mil dos, se pronuncia sobre la solicitud de interpretación prejudicial formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, órgano que por medio del Consejero Ponente, doctor Camilo Arciniegas Andrade, la eleva ante el Tribunal, dentro del expediente interno 6743, a cuyos efectos remitió el petitorio correspondiente, recibido el 28 de febrero de 2002, previas las siguientes consideraciones:

VISTOS.

La mencionada solicitud cumple con los requisitos establecidos por el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad An-

dina y los contemplados en el artículo 125 de su Estatuto, razón por la cual fue admitida a trámite mediante auto proferido el 3 de abril de 2002.

1. ANTECEDENTES.

Como hechos relevantes para la interpretación, del expediente remitido, se deducen:

1.1. Las partes:

El actor es “INGENIEROS QUÍMICOS ASOCIADOS LTDA. – IQA-”, el cual concurre por medio de su apoderada.

Las demandadas son la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia y la sociedad “INDUSTRIA QUÍMICA ANDINA y CIA. S.A.”.



1.2. La demanda:

La actora pretende que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- La Resolución No. 25132 de noviembre 26 de 1999, proferida por la Jefe de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual declara infundada la observación presentada y concede el registro de la Marca Mixta IQA, a favor de INDUSTRIA QUÍMICA ANDINA y CIA. S.A., para distinguir productos comprendidos en la clase 29 de la Clasificación Internacional de Niza.¹
- La Resolución No. 05929 de Marzo 27 de 2000, proferida por la Jefe de División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la parte observante y se confirma la decisión contenida en la Resolución 25132 de noviembre 26 de 1999.
- La Resolución No. 15216 de 30 de Junio de 2000, proferida por el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio en la cual se decide el Recurso de Apelación interpuesto, confirmando la Resolución 25132.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones solicita se ordene a la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio anular el registro de la marca impugnada y cancelar el respectivo certificado.

Fundamenta sus peticiones aduciendo que se violó el artículo 83, literales a) y b) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena debido a que la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció que la marca IQA no es registrable para distinguir los productos comprendidos en la Clase 29 Internacional, dada la relación que guardan con los servicios de la clase 42 Internacional² distin-

¹ CLASE 29 Carne, pescado, aves y caza; extractos de carne; frutas y legumbres en conserva, secas y cocidas; jaleas, mermeladas, compotas; huevos, leche y productos lácteos; aceites y grasas comestibles.

² CLASE 42 Servicios científicos y tecnológicos así como servicios de investigación y diseño relativos a ellos;

guidos por la misma marca de propiedad de INGENIEROS QUÍMICOS ASOCIADOS – IQA-.

Manifiesta que entre ambas marcas existe identidad gráfica, ortográfica, fonética e ideológica, lo cual impediría que coexistan pacíficamente en el mercado, puesto que su uso generaría confusión en el público consumidor, habida cuenta de que la actividad principal de IQA LTDA. es la fabricación de productos plásticos para la industria alimenticia.

Además, dice que los productos de la INDUSTRIA QUÍMICA ANDINA Y CIA. S.A. se comercializan en los mismos sitios en que venden los productos alimenticios que emplean los empaques de INGENIEROS QUÍMICOS ASOCIADOS LTDA. En consecuencia, las dos marcas pretenden proteger productos y servicios pertenecientes a un mismo sector de la industria.

Por otra parte, afirma que es incomprensible que la Superintendencia de Industria y Comercio concluyera que no hay riesgo de confusión entre los alimentos amparados con la solicitud de la marca IQA y los servicios de manufacturación y venta de bolsas o empaques destinados a la industria de alimentos, cuando en oportunidades anteriores se negó el registro de la marca IQA para distinguir productos comprendidos en las clases 1, 2 y 19³ Internacional a favor de INDUSTRIA QUÍMICA ANDINA Y CIA. S.A. y declaró fundadas las observaciones presentadas en aquellas ocasiones por la actora.

1.3. Contestación a la demanda:

1.3.1. La Superintendencia de Industria y Comercio por medio de su apoderado solicita no tener en cuenta las pretensiones esbozadas por el demandante en su contra por carecer de apoyo jurídico para que prosperen, debido a que para conceder el registro se aplicaron las disposiciones legales, en concordancia con los antecedentes jurisprudenciales, en las cuales se establecen los tres requisitos que debe reunir un signo para ser registrado.

servicios de análisis y de investigación industrial; diseño y desarrollo de ordenadores y software; servicios jurídicos.

³ CLASE 1 Productos químicos destinados a la industria, ciencia, fotografía, horticultura y silvicultura; resinas artificiales en estado bruto, materias plásticas en estado bruto; abono para las tierras; composiciones extintoras; preparaciones para el temple y soldadura



Agrega que una vez efectuado el examen sucesivo y comparativo de las marcas IQA clase 29 mixta e IQA clase 42, si bien existen semejanzas, la coexistencia de las mismas no conlleva a confusión al público consumidor habida cuenta de que no existe conexidad entre los productos de una y otra clase

Indica que la marca solicitada en la clase 29 es para productos alimenticios, mientras que el nombre comercial de la demandante distingue actividades de compra, venta, transformación, desarrollo y manufactura de toda clase de químicos, plásticos y afines.

Por lo tanto afirma que las Resoluciones acusadas no son nulas porque se ajustan a pleno derecho y a las disposiciones legales vigentes.

1.3.2. INDUSTRIA QUÍMICA ANDINA y CIA S.A. contestó a la demanda para manifestar que la empresa demandante no demostró que usó el nombre comercial con anterioridad a la fecha en que INDUSTRIA QUÍMICA ANDINA usara la marca IQA, y que, tampoco ha registrado la marca en las clases 4,17 y 22 que amparan los productos químicos y empaques destinados a la industria alimenticia que dice comercializar con la misma.

Señala que la marca registrada por INGENIEROS QUÍMICOS ASOCIADOS no constituye una parte o accesorio de los alimentos elaborados por INDUSTRIA QUÍMICA ANDINA, puesto que se trata de una asesoría destinada al montaje de fábricas o a la elaboración de procesos. En consecuencia, no se trata de productos del mismo género.

En cuanto se refiere a la coexistencia de las marcas, dice, que no se generaría confusión en el público consumidor porque en el caso hipotético de que éste se interese en el empaque del producto, se preocupará más por saber

de metales; productos químicos destinados a conservar los alimentos; materias curtientes; adhesivos (pegamentos) destinados a la industria.

CLASE 2 Colores, barnices, lacas; conservantes contra la herrumbre y el deterioro de la madera; materias tintóreas; mordientes; resinas naturales en estado bruto; metales en hojas y en polvo para pintores, decoradores, impresores y artistas.

CLASE 19 Materiales de construcción no metálicos; tubos rígidos no metálicos para la construcción; asfalto, pez y betún; construcciones transportables no metálicas; monumentos no metálicos.

qué productos venden con un empaque o tecnología, que por saber quien es el fabricante, y en el caso en que efectivamente estuviera registrada la marca IQA para envases y empaques, podría coexistir con la marca IQA para alimentos, pues nadie comprará un producto porque se confundió de marca de empaque.

Indica que, hay que poner atención en los productos conexos que están vinculados entre si como zapatos con maletas y los productos de uso conjunto que son aquellos que aunque se pueden usar conjuntamente, es tal la diferencia entre los mismos que el consumidor no los relaciona entre sí, como los servicios que protege la marca de la demandante y los productos de la clase 29. Cita como ejemplo: chocolate CORONA, auto TOYOTA CORONA, molino CORONA y pocillo y plato CORONA.

Concluye que la demandante tiene razón en afirmar que el artículo 83 literal a) de la Decisión 344 no permite el registro de un signo que sea idéntico o similar a otro solicitado o registrado por un tercero para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca puede inducir al consumidor a error, pero en el caso que se trata, el uso de la marca no tiene dicha capacidad, puesto que para inducir a error según la demandada se requiere que concurren ciertas circunstancias: que se trate de productos del mismo género, que se trate de productos de la misma materia prima, que se trate de partes y accesorios, que sean de uso conjunto como el café con la leche, que tengan la misma finalidad o que se vendan en un mismo negocio. Sobre el último señala que, la asesoría es una actividad mental que no se da en los mismos establecimientos en los que se compran los productos alimenticios.

Por todo ello, solicita que se declaren infundadas las pretensiones invocadas y que no se anulen los actos administrativos por los cuales se concede el registro de la marca MIXTA para el signo IQA, clase 29.

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

La competencia del Tribunal resulta de lo que consagra el Tratado de su Creación, que lo faculta en su artículo 32 para interpretar por la vía prejudicial, las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.



3. NORMAS OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL.

A continuación se inserta el texto de las normas a ser interpretadas, correspondientes a la Decisión 344 de la Comisión, advirtiéndose que la interpretación del artículo 81 se hace de oficio por considerarla el Tribunal conveniente para la resolución del caso.

Art. 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.”

Art. 83.

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

- a) Sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público, a error; .*
- b) Sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, de acuerdo con las legislaciones internas de los Países Miembros, siempre que dadas las circunstancias pudiere inducirse al público a error.”*

4. CONSIDERACIONES.

Procede el Tribunal a realizar la interpretación prejudicial solicitada, para lo cual analizará los siguientes temas referidos a las normas comunitarias transcritas: Requisitos para el registro de marcas; irregistrabilidad por identidad o similitud de signos y protección al nombre comercial.

4.1. Los requisitos para el registro de marcas:

La distintividad, la perceptibilidad y la susceptibilidad de representación gráfica contempladas en el artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, arriba transcrito, son las características básicas que debe reunir un signo para ser registrado como marca.

En reiterada jurisprudencia se han definido las tres características de la siguiente forma:⁴

Se conoce por **distintividad** la característica que permite diferenciar o distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona, de aquellos idénticos o similares producidos o comercializados por otra.

La **perceptibilidad**, en cambio, es la capacidad que tiene un signo de poder ser captado por cualquiera de los sentidos, constituyéndose en la única manera para que el sujeto identifique y asocie el producto o servicio determinado.

Por último, la **susceptibilidad de representación gráfica** determina que sobre el signo se pueda realizar una descripción que permita formarse una idea del mismo, utilizando figuras, palabras, colores, etc y haciéndolo susceptible de repetirlo ilimitadamente. Esta condición, se dice, se relaciona con la materialización del signo.

De estas tres características la distintividad es la más importante por que para conferir la protección jurídica que brinda la marca es indispensable que el signo posea fuerza distintiva, es decir que el consumidor de un producto pueda hacer un enlace directo entre el producto, la marca y el fabricante que los produce.

A decir de Fernández Novoa: *“El signo asociado a los productos por el empresario se convierte en una verdadera marca cuando la contemplación del signo desata en la mente de los consumidores las representaciones en torno al*

⁴ Ver **TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA**. Jurisprudencia del Tribunal Tomo VIII. Proceso 78-IP-2000. Pág. 393. y Tomo V, Proceso 27-IP-95. Pág. 90, entre muchos.



*origen empresarial, calidad, y en su caso, buena fama de los productos*⁵

La distintividad, de acuerdo con su definición, no solo cumple con la labor de proteger al consumidor de comprar el producto que desea diferenciándolo del resto de productos sino también al empresario que los produce o comercializa.

Es habitual que el nombre del fabricante aparezca en la etiqueta o rótulo que lleve el producto, el envase o envoltorio y por ello, el consumidor suele asociar la marca con el fabricante y la calidad del producto que viene dada por el prestigio de la empresa en la elaboración de los productos que tiene el mercado, razón por la cual los fabricantes se esfuerzan por mantener una calidad uniforme en los mismos. En diversas ocasiones la marca es igual al nombre de la empresa fabricante.

Por ello, en el presente caso, el juez consultante al aplicar la norma comunitaria deberá analizar si el signo "IQA" cumple con los requisitos señalados para determinar luego si no encaja en alguna de las prohibiciones de irregistrabilidad.

4.2. Irregistrabilidad por identidad o similitud de signos para los mismos productos y servicios:

En el presente caso tanto el actor como el tercero interesado ratifican la identidad de la marca IQA clase 29 cuyo registro se impugna, con la marca IQA clase 42 y el nombre comercial IQA, por lo cual el demandado se defiende argumentando que concedió el registro de la marca IQA por identificar productos de clase distinta.

Consecuentemente cabe analizar los puntos que atienden a la naturaleza, propiedades y fines de los productos así como de los canales de producción, los medios por lo cuales se publicita y la relación o vinculación entre los productos que distinguen con el propósito de determinar si por razón de la identidad de los signos se produce o no la confusión en el mercado respecto de los bienes que ellas amparen.

⁵ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. "Fundamentos de Derecho de Marcas". Ed. Montecorvo. Madrid – España. 1984. Pág. 25.

El artículo 83 literal a) señala, en el caso de que se presente identidad o similitud de marcas, dos hipótesis distintas en cuanto a los productos o servicios de que se trate:

- a) Que sean los mismos productos o servicios
- b) Que sean productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público, a error.

En otras palabras, aunque los productos o servicios que identifiquen no sean los mismos, los productos o servicios no deben tener una conexión tal que el uso de la marca pueda inducir al público a error.

La llamada conexión competitiva podría resultar de:

La naturaleza, propiedades y fines.- Existen productos que debido a su composición, cualidades y destino utilitario son tan diferentes que son fácilmente distinguibles, pero hay otros que no. Por ello esa disparidad de productos no debe ser apreciada de modo exclusivo en razón de pertenecer o no a la propia clase de nomenclátor oficial ⁶, sobre todo porque el consumidor no distingue entre clases sino entre productos; concepto que fue considerado para modificar el artículo 68 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que decía que "*el registro de una marca y su protección se extenderán solamente a una clase*" a las disposiciones de los artículos 82 y 83 de la Decisión 344 que no hacen relación a una clase de nomenclátor sino a los productos o servicios que contenga la solicitud con lo cual según lo vertido en la doctrina y recogido en jurisprudencia del Tribunal ⁷: "*se evidencia que en una misma clase de nomenclatura internacional, podrían coexistir dos marcas utilizadas en la identificación de productos o servicios disímiles siempre que no se induzca al error*", y que "*con base en una marca registrada para identificar determinados productos o servicios de una clase, se pueda lograr impedir el registro de*

⁶ Ver FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. "Fundamentos de Derecho de Marcas". Ed. Montecorvo. Madrid – España. 1984. Pág. 25.

⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia del proceso 08-IP-95. Marca "LISTER" G:O.A.C. N° 231 de 17 de octubre de 1996. Jurisprudencia del Tribunal, Tomo IV. Pág. 321 y 322.



otra idéntica o semejante utilizada para distinguir productos o servicios agrupados en otra, siempre y cuando con ello se pueda inducir al público a error”⁸. Con lo cual lo principal para establecer en cada caso particular las similitudes reales entre los productos serían su naturaleza, su estructura o composición, su finalidad aplicativa y sus cualidades o propiedades.

La relación o vinculación entre los productos.-

Cierta relación entre los productos puede crear una conexión competitiva como la generada entre productos químicos y farmacéuticos que no son los mismos pero se desarrollan dentro del mismo ramo de la producción química⁹ o la finalidad de los productos o servicios que los lleven a complementarse haciendo que el uno sea accesorio del otro. Esa conexión entre los productos influye en la relación que el consumidor haga del origen empresarial de los productos relacionados, lo cual eventualmente, puede llevarlo a confusión en el caso de que ese vínculo sea tal que el consumidor medio interesado en adquirirlos asuma que provienen del mismo productor.

Los canales de comercialización.- La doctrina mantenida en este sentido ha sostenido que cuando las áreas comerciales de los productos identificados por las marcas en pugna sean notoriamente autónomas ha de presumirse la inexistencia de confusión; no así si es que los productos o servicios son comercializados a través de idénticos canales de distribución y venta al público porque su concurrencia en un ámbito común causaría probablemente tal riesgo; es decir que, a pesar de que sean diferentes los productos o servicios a los que las marcas en controversia protejan, si tienen una indudable relación y son los mismos canales de comercialización y se venden en los mismos comercios, pueden inducir al público al error o confusión.¹⁰

Similares o idénticos medios de publicidad.-

Además de los medios de comercialización o

distribución de los productos, y su relación media entre los mismos, los medios de publicidad pueden producir confundibilidad por la forma de presentarse en general; sobre todo, si en ambas campañas publicitarias se utilizan conceptos o ideas similares porque ocasionarían la presencia de una identidad ideológica entre los productos y cuanto mayor sea la publicidad (radio prensa y televisión) el riesgo de confusión se incrementará.

4.3. Protección del nombre comercial.

Germán Cavellier al tratar sobre la marca nominativa y el nombre comercial dice que: *“en la práctica de los negocios un industrial o comerciante se distingue a sí mismo mediante un nombre; distingue su tienda o establecimiento señalándolo con un rótulo, muestra o emblema y distingue sus mercancías o productos con marcas”*¹¹.

La legislación comunitaria, de acuerdo a lo previsto en el literal b) del artículo 83 de la Decisión 344 protege al nombre comercial prohibiendo el registro de marcas que sean idénticas o se le asemejen por la posibilidad de inducir al público consumidor a error.

Esta causal de irregistrabilidad está destinada a evitar imitaciones ilegales o usurpación de nombres comerciales, facultando a quien utilice o posea un nombre comercial registrado oponerse al registro de una marca determinada. Marco Matías Alemán analiza esta causal señalando que el error al que puede inducir la adopción de un signo no sólo se presenta por la semejanza entre marcas sino que se hace extensiva a otros hechos igualmente relevantes como es la actividad que desarrolla el empresario y que cumple una función identificadora similar al de la marca.¹²

En el presente caso deberá prestarse especial atención a la identidad entre IQA marca e IQA nombre comercial y aplicar la normativa andina respecto a la posibilidad de que dicha identidad pueda incurrir en la causal de irregistrabilidad anteriormente descrita.

⁸ MATIAS ALEMAN, Marco. “Marcas: Normatividad Subregional sobre marcas de productos y servicios”. Ed. Top Management. Bogotá. Pág. 90.

⁹ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. “Fundamentos de Derecho de Marcas”. Ed. Montecorvo. Madrid – España. 1984. Pág. 242.

¹⁰ Ver Ibídem 6. Págs. 246, 247 y 248 cuando cita sentencias de la Tercera y Cuarta Sala del Tribunal de España. Notas. (138), (144), (146) y (147) .

¹¹ CAVELIER, Germán. “Marcas de Fábrica y Nombres Comerciales”. Ed. TEMIS. Bogotá. 1962. Pág. 35.

¹² MATIAS ALEMAN, Marco. “Marcas: normatividad subregional sobre marcas de productos o servicios”. Ed. Top Management. Pág. 92.



En virtud de lo anteriormente expuesto,

EI TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

C O N C L U Y E:

PRIMERO: Un signo es registrable cuando cumple con todos los requisitos contemplados en el artículo 81 de la Decisión 344: distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica, por ser características intrínsecas y esenciales en la marca.

SEGUNDO: En el análisis para la concesión de marcas idénticas, pero pertenecientes a clases de nomenclátor distintas, es necesario que el juez tome en cuenta la relación entre los productos o servicios, su naturaleza, fines, canales de comercialización y vías de publicidad con el fin de establecer si existe el riesgo de confusión, pues si existiese debería darse aplicación a las previsiones del literal a) del artículo 83 de la Decisión 344.

TERCERO: No es factible registrar marcas que imiten nombres comerciales debido a que se podría causar confusión respecto al origen empresarial de los productos, perjudicando el prestigio de una empresa que es justamente lo que desea proteger la marca como uno de sus objetivos principales, incurriéndose en consecuencia en la violación del literal b) del artículo 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

El Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial, cuando dicte sentencia dentro del proceso N° 6743, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, e igualmente deberá dar cumplimiento a lo previsto en el inciso final del artículo 128 del Estatuto del Tribunal.

Notifíquese.

Remítase copia de la misma a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Ricardo Vigil Toledo
PRESIDENTE

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

**PROCESO 26-IP-2002**

**Interpretación Prejudicial de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 25 y 143
de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, requerida
por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo,
Distrito de Quito, República del Ecuador. Actor: DR. KARL THOMAE GmbH.
Patente: "PROCEDIMIENTO PARA PREPARAR TETRAHIDRO-BENZOTIAZOLES".
Expediente interno 6438-99-L.Y.M.**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en Quito a los dos días del mes de mayo del año dos mil dos.

En la solicitud sobre interpretación prejudicial formulada por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, por intermedio de su Presidente, doctor Patricio Secaira Durango,

VISTOS:

Que la solicitud ingresada a este Tribunal el 21 de marzo del año 2002, se ajustó a los requisitos establecidos por el artículo 125 de su Estatuto, aprobado mediante Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina y que, en consecuencia, fue admitida a trámite.

1. ANTECEDENTES**1.1. Partes.**

Actúa como demandante el Dr. KARL THOMAE GmbH, siendo demandada la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual -IEPI- y la Procuraduría General del Estado de la República del Ecuador. Se constituye en tercero interesado, la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos, ALAFAR.

1.2. Acto demandado.

La interpretación se plantea en razón de que el Dr. KARL THOMAE GmbH, como persona natural, demanda ante la jurisdicción nacional consultante, la declaratoria de nulidad del Oficio Ministerial N° 971002, de 8 de julio de 1999, mediante el cual la Dirección Nacional de Propiedad Industrial del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual -IEPI-, niega la solicitud de patente para la invención denominada "Pro-

cedimiento para preparar Tetrahidro - Benzotiazoles".

1.3. Hechos relevantes.

En el escrito presentado, la instancia consultante establece los siguientes hechos como relevantes para fines de la interpretación requerida:

a) Los hechos

1. El 19 de diciembre de 1994, el Dr. KARL THOMAE GmbH, a través de apoderada, solicitó ante la Dirección Nacional de Propiedad Industrial que se le concedan derechos de patente para la invención denominada "Procedimiento para preparar Tetrahidro-Benzotiazoles"; solicitud asignada al expediente N° SP-94-1330.
2. La Sección de Patentes de la mencionada Dirección, publicó dicha solicitud en la Gaceta de la Propiedad Industrial N° 378, de julio de 1996.
3. El 16 de diciembre de 1997, la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos, ALAFAR, presentó observaciones en contra de la solicitud formulada.
4. El 6 de mayo de 1998, mediante oficio N° 539-98, la Dirección Nacional de Propiedad Industrial corrió traslado al solicitante de la patente con la observación presentada por ALAFAR, quien dió contestación al oficio.
5. El 8 de julio de 1999, la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, mediante Oficio Ministerial N° 971002, resuelve denegar la solicitud de patente para el invento "Procedimiento para preparar Tetrahidro - Benzotiazoles" y, ordenar el archivo del expediente.

**b) Escrito de demanda**

El Dr. KARL THOMAE GmbH, con domicilio en W-7959 Biberach an der Riss, Alemania, a través de apoderada, presentó demanda de nulidad contra el Oficio Ministerial N° 971002, de 8 de julio de 1999, mediante el cual se negó la patente, argumentando que “Las normas contenidas en las dos disposiciones del Decreto Ejecutivo N° 1344-A permiten el otorgamiento de patentes, con prescindencia del requisito de novedad, del principio de reciprocidad, del plazo de ejercicio del derecho de prioridad y del ámbito de patentabilidad expresamente establecido en la legislación comunitaria.”

Señala que “Las dos disposiciones transitorias del Decreto Ejecutivo Nro.1344-A contentivo del Reglamento a la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, publicado en el suplemento al R.O. 341 de 21 de diciembre de 1993, fortalecen los derechos de Propiedad Industrial, otorgando a una patente extranjera a la cual no le estaba permitida su patentabilidad con las anteriores decisiones el mismo tiempo que falta para que la patente expire en el exterior. Dando de esta manera seguridad en nuestra legislación a toda inversión extranjera y fomentando las investigaciones científicas”.

Considera que el Director Nacional de Propiedad Industrial no tenía facultad para “... determinar la aplicabilidad o no de las referidas disposiciones transitorias, en consecuencia, debió como en derecho corresponde, reconocer su vigencia y aceptar la patente legalmente solicitada ... luego del trámite correspondiente”.

Al referirse a la observación presentada por ALAFAR, señala que ésta “carecía de legítimo interés para presentar observaciones, en consecuencia, carece también de legítimo interés para intervenir en este caso, por tanto en estricto derecho no debería contarse con ella, en esta instancia...”, además resalta que de haberse aceptado a trámite la observación presentada ...“era obligación del Director Nacional de Propiedad Industrial, pronunciarse respecto de la observación presentada, sin embargo, en el caso que nos ocupa, el Director Nacional de Propiedad Industrial evade pronunciarse sobre el tema, y es de entenderse, que si se sometía a las prescripciones legales, no tenía más que rechazarla por improcedente, es más, no debió ni siquiera aceptarla a trámite.”

En la demanda se refiere jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 6-IP-94, además de sentencia proferida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de la República del Ecuador, en la cual se rechaza, según se afirma, una demanda propuesta por ALAFAR.

c) Contestación a la demanda

Dan contestación a la demanda las siguientes Dependencias y Entidades:

El Presidente del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual –IEPI-, manifiesta:

- Niego los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.
- Me ratifico en la Resolución N° 971002, materia de la impugnación, pues guarda conformidad con la legislación andina y nacional.
- Al momento de dictar sentencia sírvase acoger mis excepciones y rechazar la demanda.
- Señalo dirección y domicilio donde recibiré notificaciones.

El Director Nacional de Propiedad Industrial, Encargado, al contestar la demanda expresa su negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho. Argumenta que las dos disposiciones transitorias del Decreto Ejecutivo N° 1344-A violan los artículos 1 y 2 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, pues no consideran el requisito de la Novedad como indispensable para la concesión de patentes en la Subregión.

Refiere jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso judicial 1-AI-96, en cuya sentencia se declara en situación de incumplimiento a la República del Ecuador, de los artículos 1, 2 y 143 de la Decisión 344 y, se le exhorta a adoptar medidas necesarias para restablecer el equilibrio y la armonía de la Ley Nacional con la normativa andina. Manifiesta, por tanto, que la Administración ha procedido a negar la patente solicitada conforme a lo establecido por el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina.

El Procurador General del Estado, de la República del Ecuador, a través del Director de Patrocinio, Encargado, señala que “corresponde al representante legal del IEPI, comparecer



directamente a juicio en defensa de los intereses de la institución demandada”, al tiempo de señalar domicilio para recibir notificaciones.

Tercero interesado

La Asociación de Laboratorios Farmacéuticos, ALAFAR, con domicilio en la ciudad de Quito, República del Ecuador, a través de apoderada, al contestar la demanda opone las siguientes excepciones:

- Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda;
- Alega expresamente la legitimidad y legalidad del acto administrativo impugnado;
- Alega que la demanda ha sido propuesta fuera del término que manda la ley;
- Alega la ilegitimidad de la pretensión de la actora y de las compañías que ella dice representar;
- Relieva el reconocimiento expreso que hace la actora, en el sentido de que **las disposiciones transitorias del Decreto Ejecutivo Nº 1344-A violan los artículos primero y segundo de la mencionada Decisión 344** de la Comisión del Acuerdo de Cartagena;
- Niega que la actora tenga la representación de la compañía que dice representar;
- Manifiesta que ALAFAR tiene legítimo interés en oponerse a las injurídicas pretensiones del demandante;

Niega en definitiva, todos los fundamentos de la demanda propuesta; y, subsidiariamente, alega que el acto administrativo impugnado no ha sido debidamente identificado, por lo que deberá desecharse la demanda.

Hace mención de jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 6-IP-94, refiriéndose a la figura de la patente retroactiva (pipeline), en el sentido de que ese principio no está reconocido en la legislación andina por lo que no puede ser aplicado. Defiende su posición en esta causa, refiriendo, además, las sentencias proferidas por este Tribunal en los procesos 1-AI-96 y 39-IP-98.

Con vista de lo anteriormente expuesto, este Tribunal,

CONSIDERANDO

1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Este Tribunal es competente para interpretar, en vía prejudicial, las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, siempre que la solicitud provenga de un juez nacional, como lo es en este caso la jurisdicción consultante, conforme lo establece el artículo 32 del Tratado de Creación del Organismo.

La consulta sobre interpretación prejudicial formulada se ajusta plenamente a las exigencias de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal y 125 de su Estatuto, reformado mediante Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

2. NORMAS A SER INTERPRETADAS

En atención a la solicitud formulada, los textos de las normas a ser interpretadas son los siguientes:

DECISION 344:

DE LOS REQUISITOS DE PATENTABILIDAD

“Artículo 1.- Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones sean de productos o de procedimientos en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial”.

“Artículo 2.- Una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica.

“El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público, por una descripción escrita u oral, por una utilización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso de la prioridad reconocida.

“Sólo para el efecto de la determinación de la novedad, también se considerará, dentro del estado de la técnica, el contenido de una solicitud de patente en trámite ante la oficina nacional competente, cuya fecha de presentación o de prioridad fuese anterior a la fecha de prioridad de la solicitud de patente que se estuviese examinando, siempre que dicho contenido se publique”.



“Artículo 3.- Para efectos de determinar la patentabilidad, no se tomará en consideración la divulgación del contenido de la patente dentro del año precedente a la fecha de la presentación de la solicitud en el país o dentro del año precedente a la fecha de prioridad si ésta ha sido reivindicada, siempre que tal divulgación hubiese provenido de:

- a) “El inventor o su causahabiente;
- b) “Una oficina nacional competente que, en contravención de la norma que rige la materia, publique el contenido de la solicitud de patente presentada por el inventor o su causahabiente;
- c) “Un tercero que hubiese obtenido la información directa o indirectamente del inventor o su causahabiente;
- d) “Un abuso evidente frente al inventor o su causahabiente; o,
- e) “Del hecho que el solicitante o su causahabiente hubieren exhibido la invención en exposiciones o ferias reconocidas oficialmente o, cuando para fines académicos o de investigación, hubieren necesitado hacerla pública para continuar con su desarrollo. En este caso, el interesado deberá consignar, al momento de presentar su solicitud, una declaración en la cual señale que la invención ha sido realmente exhibida y presentar el correspondiente certificado.

“Artículo 4.- Se considerará que una invención tiene nivel inventivo, si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica”.

“Artículo 5.- Se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios.

“Artículo 6.- No se considerarán invenciones:

- a) “Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos;
- b) “Los que tengan por objeto materias que ya existen en la naturaleza o una réplica de las mismas;

- c) “Las obras literarias y artísticas o cualquier otra creación estética, así como las obras científicas;
- d) “Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de ordenadores o el soporte lógico;
- e) “Las formas de presentar información; y,
- f) “Los métodos terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento humano o animal, así como los métodos de diagnóstico.

“Artículo 7.- No serán patentables:

- a) “Las invenciones contrarias al orden público, a la moral o a las buenas costumbres;
- b) “Las invenciones que sean evidentemente contrarias a la salud o a la vida de las personas o de los animales; a la preservación de los vegetales; o, a la preservación del medio ambiente;
- c) “Las especies y razas animales y procedimientos esencialmente biológicos para su obtención;
- d) “Las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo; y,
- e) “Las invenciones relativas a productos farmacéuticos que figuren en la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud.

DEL TRAMITE DE LA SOLICITUD

(...)

“Artículo 25.- Dentro del plazo de treinta días hábiles siguientes a la fecha de la publicación, quien tenga legítimo interés, podrá presentar, por una sola vez, observaciones fundamentadas que puedan desvirtuar la patentabilidad de la invención, de conformidad con el procedimiento que al efecto disponga la legislación nacional del País Miembro. Las observaciones temerarias podrán ser sancionadas si así lo disponen las legislaciones nacionales.”

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

(...)

“Artículo 143.- Los Países Miembros, mediante sus legislaciones nacionales o acuerdos internacionales, podrán fortalecer los



derechos de Propiedad Industrial conferidos en la presente Decisión. En estos casos, los Países Miembros se comprometen a informar a la Comisión acerca de estas medidas.”

Procede, en consecuencia el Tribunal a realizar la interpretación prejudicial solicitada, para lo cual analizará los siguientes aspectos:

3. LA INVENCION

Se considera como invento, todos los nuevos productos o procedimientos que, como consecuencia de la actividad creativa del hombre, impliquen un avance tecnológico y además sean susceptibles de ser producidos o utilizados en cualquier tipo de industria.

4. CONDICIONES PARA LA PATENTABILIDAD

Un invento para poder ser amparado por un derecho de patente, debe ser novedoso, tener nivel inventivo y ser susceptible de aplicación industrial, según así lo dispone el artículo 1 de la Decisión 344.

El juez o la autoridad administrativa competentes al aplicar esta norma, deben hacerlo en armonía con lo que disponen sobre patentabilidad los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la misma Decisión.

5. LA NOVEDAD EN LAS INVENCIONES

Aunque los tres requisitos enunciados por el Artículo 1 deben concurrir de consuno para conferirle a la invención el carácter de patentable, el énfasis recae primeramente, en la novedad.

El artículo 2 de la Decisión 344 dice: “Una invención es nueva cuando no se encuentra comprendida en el estado de la técnica”, estableciendo de esta manera el concepto de novedad.

Para efectos de determinar si una invención es nueva o no, se deben observar las siguientes reglas:

“a) Concretar cual es la regla técnica aplicable a la solicitud de la patente, para lo cual el examinador técnico deberá valerse de las reivindicaciones, que en últimas determinarán este aspecto.

“b) Precisar la fecha con base en la cual deba efectuarse la comparación entre la invención y el Estado de la Técnica, la cual puede consistir en la fecha de la solicitud o la de la prioridad reconocida.

“c) Determinar cual es el contenido del Estado de la Técnica (anterioridades) en la fecha de prioridad.

“d) Finalmente deberá compararse la invención con la regla técnica.”¹

6. LA DIVULGACION DEL CONTENIDO DE LA PATENTE

En la legislación andina se han considerado ciertos requisitos determinados por las normas que regulan la materia, que deben confluir en una solicitud de patente, para ser sometida a estudio por la Oficina Nacional Competente.

La norma del artículo 3 de la Decisión 344 constituye otro de los requisitos necesarios para la obtención del privilegio de patente, el cual exige que *“para efectos de determinar la patentabilidad, no se tomará en consideración la divulgación del contenido de la patente dentro del año precedente a la fecha de la presentación de la solicitud en el país o dentro del año precedente a la fecha de prioridad si ésta ha sido reivindicada...”*

El artículo 2, combina los criterios de que lo novedoso es lo que no está comprendido en el estado de la técnica (divulgación cualificada) o lo que no ha sido divulgado o hecho accesible al público en cualquier lugar (divulgación simple y novedad absoluta).

La divulgación puede ser oral o escrita, puede resultar del uso o explotación, o producirse por cualquier otro medio. Esta divulgación debe ser detallada y, en todo caso, suficiente para que una persona del oficio pueda utilizar esa información para ejecutar o explotar la invención.

La Oficina Nacional Competente debe tener en cuenta para apreciar la novedad de un invento,

¹ **Proceso 12-IP-98**, sentencia de 20 de Mayo de 1998. Patente: “Composiciones detergentes compactas con alta actividad celulosa”. G. O. A. C. N° 428 de 16-IV-99. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**



la fecha de presentación de la solicitud de patente, puesto que tal fecha constituye un término *ad-quem*, o sea, un momento hasta el cual la divulgación del invento afecta el derecho a obtener el privilegio de la patente. Si el invento que se desea patentar se hizo accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud, la oficina nacional competente no puede otorgar la patente ya que el invento perdió su novedad.

Sin embargo, establece el artículo 3 excepciones a este principio, expresando que no constituye pérdida de la novedad de la invención cuando la divulgación hecha en el año anterior a la presentación de la solicitud es consecuencia de acciones originadas en:

- a) El inventor o su causahabiente;
- b) Una oficina nacional competente que, en contravención de la norma que rige la materia, publique el contenido de la solicitud de patente presentada por el inventor o su causahabiente;
- c) Un tercero que hubiese obtenido la información directa o indirectamente del inventor o su causahabiente;
- d) Un abuso evidente frente al inventor o su causahabiente; o,
- e) Del hecho que el solicitante o su causahabiente hubieren exhibido la invención en exposiciones o ferias reconocidas oficialmente o, cuando para fines académicos o de investigación, hubieren necesitado hacerla pública para continuar con su desarrollo. En este caso, el interesado deberá consignar, al momento de presentar su solicitud, una declaración en la cual señale que la invención ha sido realmente exhibida y presentar el correspondiente certificado.

Esto supone que cualquier concesión de patente al margen de lo establecido en los primeros artículos de la Decisión 344 sería nula, ya que las primeras disposiciones de la norma comunitaria constituyen el marco general sobre patentabilidad.

7. NIVEL INVENTIVO

El artículo 4 de la Decisión 344, al referirse al nivel inventivo determina, que éste se considere que existe "si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica co-

rrespondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica".

Según el tratadista Gómez Segade, el inventor debe reunir los méritos que le permitan atribuirse una patente puesto que ésta podrá ser otorgada, sólo si la invención fruto de su investigación y desarrollo creativo constituye "un salto cualitativo en la elaboración de la regla técnica", actividad intelectual mínima que le permitirá que su invención no sea evidente (no obvia) respecto del estado de la técnica. Es decir, que con el requisito del nivel inventivo, lo que se pretende es dotar al examinador técnico de un elemento que le permita afirmar, si a la invención objeto de estudio no se hubiese podido llegar a partir sólo de los conocimientos técnicos que existían en ese momento dentro del estado de la técnica. La invención se constituye pues, en un "paso" siempre más allá de lo existente.

El nivel inventivo se configura con referencia a dos elementos:

- a) el estado de la técnica y,
- b) la persona experta en la técnica en cuestión.

"El estado de la técnica es el conjunto de elementos técnicos que se han hecho públicos antes de la fecha de presentación de la patente,

"El experto en la técnica es una figura ficticia a la que se recurre con el propósito de obtener un parámetro objetivo que permita distinguir la actividad verdaderamente inventiva de la que no lo es. Se tratará de una persona normalmente versada en el ámbito tecnológico a que se refiere el pretendido invento. Su nivel de conocimientos es más elevado en comparación con el nivel de conocimientos del público en general, pero no excede lo que puede esperarse de una persona debidamente calificada. Se busca la figura de un técnico de conocimientos medios, pero no especializados"².

² **Zuccherino**, Daniel. "Marcas y Patentes en el Gatt". Ed. Abeledo Perrot. Pág. 153.



8. LA APLICACION INDUSTRIAL

La aplicación industrial se halla explicitada en el artículo 5 de la Decisión 344, disposición esta que determina:

“Se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios.”

La industrialidad, es el último de los requisitos que debe reunir una patente, ella es entendida como la facultad que tiene un invento de ser utilizable, es decir, que sea materialmente realizable. Los medios propuestos por el inventor deben ser capaces de proporcionar, con mayor o menor perfección, el resultado industrial perseguido.

Con este requisito se pretende que la actividad inventiva del ser humano tenga por objeto una actuación del hombre sobre la naturaleza, destacándose el proceso industrial y los avances tecnológicos, cuyos beneficios económicos se obtendrán para quienes los exploten, puesto que una idea sólo es útil si puede ser puesta en práctica.

9. EXCEPCIONES A LA PATENTABILIDAD Y LO NO PATENTABLE

La legislación andina al establecer los requisitos de patentabilidad comprendidos en los artículos 1 al 5 de la Decisión 344, consideró adicionalmente en los artículos 6 y 7, qué objetos no pueden ser invenciones y, además, estableció prohibiciones de patentabilidad sobre ciertas materias que podrían afectar el orden público.

Las exclusiones del concepto de invención establecidas en el artículo 6 de la Decisión 344 son consecuencia de la aplicación de los tres requisitos de patentabilidad (novedad, nivel inventivo y aplicación industrial), por lo que las hipótesis determinadas en la referida norma comunitaria, de una u otra forma, atentan contra la exigencia de novedad, por no ser el resultado de la actividad creativa del hombre o no ser susceptibles de concretarse en un producto o en un procedimiento industrial.

Así, el Régimen Común de Propiedad Industrial considera que no son invenciones:

- a) Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos;
- b) Los que tengan por objeto materias que ya existen en la naturaleza o una réplica de las mismas;
- c) Las obras literarias y artísticas o cualquier otra creación estética, así como las obras científicas;
- d) Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de ordenadores o el soporte lógico;
- e) Las formas de presentar información; y,
- f) Los métodos terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento humano o animal, así como los métodos de diagnóstico.

Prohibiciones de Patentabilidad

Las prohibiciones a la patentabilidad establecidas por el Régimen Común de Propiedad Industrial en el artículo 7 de la Decisión 344, a diferencia de las exclusiones del concepto de invención (artículo 6), no constituyen una derivación de los tres requisitos objetivos de patentabilidad, aun cuando en principio aquellas puedan ser consideradas como invenciones.

Todo dependerá de que la “invención” cumpla las condiciones objetivas de patentabilidad, y de que no esté prohibida la concesión de patente que se pide, por el ordenamiento jurídico comunitario, tomando en cuenta para ello, qué inventos no son susceptibles del amparo de una patente, de conformidad con los literales del artículo 7 de la Decisión 344 que textualmente determinan:

- a) Las invenciones contrarias al orden público, a la moral o a las buenas costumbres;
- b) Las invenciones que sean evidentemente contrarias a la salud o a la vida de las personas o de los animales; a la preservación de los vegetales; o, a la preservación del medio ambiente;
- c) Las especies y razas animales y procedimientos esencialmente biológicos para su obtención;



- d) Las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo; y,
- e) Las invenciones relativas a productos farmacéuticos que figuren en la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud.

El juzgador o la Oficina Nacional Competente deberán entonces tomar en consideración, de manera prevalente, las implicaciones morales, éticas y de orden público que puedan suscitarse, principales criterios a ser tenidos en cuenta para denegar la patente.

Considera en consecuencia éste Tribunal, que una invención podrá ser patentada, siempre y cuando no incurra en alguna de las expresas prohibiciones determinadas en el artículo 7 de la Decisión 344.

10. OBSERVACIONES A LA PATENTABILIDAD DEL INVENTO

Este Tribunal considera que del texto de los artículos 21 al 29 de la Decisión 344, se desprende el procedimiento a ser seguido por la Oficina Nacional Competente de cada uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina para la concesión de una patente.

Esa Oficina deberá aplicar los artículos correspondientes para poder emitir juicio objetivo que le permita garantizar la legalidad del trámite y, por ende, resguardar los intereses generales constituidos en el Régimen Común de Propiedad Industrial y en el Acuerdo Subregional de Integración.

El artículo 25 de la Decisión 344 regula el trámite de las observaciones que puedan ser presentadas por terceros, que consideren de su legítimo interés el objetar la concesión de una patente. Para ello, su texto establece que *“una vez publicada la solicitud de patente, quien se crea con legítimo interés para oponerse a las pretensiones de patentabilidad de la invención publicada, podrá presentar observaciones fundamentadas, por una sola vez dentro del plazo de treinta días hábiles siguientes a la fecha de publicación”*.

La ley comunitaria exige que las observaciones sean debidamente fundamentadas e incluso faculta a los Países Miembros para castigar

a terceros que presenten observaciones temerarias.

Luego de la publicación de la solicitud, quien tenga legítimo interés puede ejercer su derecho de oposición, presentando observaciones fundamentadas que puedan desvirtuar la patentabilidad de la invención, dentro de los treinta días siguientes a la publicación.

Si no hay opositor y se han vencido los plazos establecidos para el efecto, la Oficina Nacional Competente realizará el examen de fondo que demostrará si la solicitud es o no patentable, según cumpla los requisitos de patentabilidad, requiriendo si es necesario, de informes de expertos o de organismos científicos o tecnológicos, pues será de responsabilidad de esa Oficina Nacional, la concesión o la denegación de la patente.

11. FORTALECIMIENTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL; EL ARTICULO 143 DE LA DECISIÓN 344

Precisa el Tribunal que, en los procesos internos que se surten entre particulares, en materia de propiedad industrial, ha tenido por regla la de abstenerse de interpretar los artículos 143 y 144 de la Decisión 344 de la Comisión, bajo la consideración de que en ellos se consagran facultades y obligaciones de los Países Miembros que deben ser ejercidas por los respectivos gobiernos, situación ésta que, en principio, no tendría incidencia en la definición de los casos concretos sometidos al juzgamiento de la jurisdicción nacional competente. No obstante lo anterior, estima el Tribunal que en el presente caso, dadas las circunstancias de hecho que rodean el proceso interno dentro del cual se produce la consulta, resulta conveniente y necesario realizar la interpretación de la referida norma trayendo a colación, para ratificarlo, lo que ya ha establecido el Tribunal con respecto al alcance del mencionado artículo 143.

En efecto, el Tribunal comunitario al dictar sentencia en el proceso de incumplimiento 1-AI-96, en el cual falló en el sentido de considerar que la República del Ecuador vulneraba el ordenamiento jurídico comunitario al expedir y mantener en vigencia los Decretos Ejecutivos N° 1344-A de 1993 y 1738 de 1994, íntimamente relacionados con la cuestión que se debate



ante el juez nacional consultante, interpretó el mencionado artículo 143 diciendo:

“XII. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 143 Y 144 DE LA DECISIÓN 344

“La parte actora en el documento introductorio de la acción de incumplimiento menciona entre los fundamentos de derecho el rol de complementación y supletoriedad de la legislación nacional en su misión de desarrollo del régimen común, como lo facultan los artículos 143 y 144 de la Decisión 344. La parte demandada a su vez sostiene que las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Decreto Ejecutivo 1344-A se amparan en lo dispuesto en los artículos anteriormente citados y que tales medidas no tienen otro objetivo que el de cumplir precisamente con un deber de armonización de la legislación interna con la norma comunitaria. El texto de los artículos citados es el siguiente:

“**Artículo 143:** Los Países Miembros, mediante sus legislaciones nacionales o acuerdos internacionales, podrán fortalecer los derechos de Propiedad Industrial conferidos en la presente Decisión. En estos casos, Los Países Miembros se comprometen a informar a la Comisión acerca de estas medidas.

“**Artículo 144:** Los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión, serán regulados por la legislación nacional de los Países Miembros”.

“En opinión de este Tribunal el análisis de la normativa nacional sobre patentamiento de farmacéuticos contenida en el Decreto 1344-A no parecería tener sustento jurídico en el artículo 144 de la Decisión 344, atrás transcrita, pues esta faculta a los Países para complementar el derecho comunitario en aspectos no comprendidos por él, y si se considera que la Decisión 344 recoge integralmente el concepto de novedad y el de estado de la técnica en sus artículos 1º y 2º, no había vacío comunitario de donde legislar nacionalmente con base en el artículo 144.

“Sin embargo la parte demandada argumenta en favor del Decreto Nacional que se examina, afirmando que con él se fortalecen los Derechos de Propiedad Industrial conferidos

por la Decisión 344. Sobre este particular el Tribunal ha dejado establecido en su interpretación 10-IP-94 (Gaceta Oficial N 177 de 20 de abril de 1995), el punto de vista etimológico del verbo fortalecer, como se transcribe enseguida:

“Desde el punto de vista teleológico cobra también validez la interpretación literal de la expresión anotada, como quiera que los propósitos que persigue el sistema de integración adoptado por el acuerdo Subregional Andino se funda - como lo establece su preámbulo - en el fortalecimiento de la unión de sus pueblos, en la formación de una comunidad subregional, en la cooperación para el desarrollo, en la armonización de sus políticas económicas y en la unificación de la legislación de interés comunitario.

“Este Tribunal debe advertir que otra interpretación de las normas consagradas en el artículo 143 de la Decisión 344 entrañaría el peligro de que como resultado de su aplicación se violara el texto literal y el espíritu del acuerdo subregional andino, en perjuicio del propósito fundamental de lograr regímenes uniformes en áreas comunes de interés subregional”.

“En la presente oportunidad cree este alto Tribunal necesario agregar que cuando la norma del artículo 143 prescribe que los Países Miembros que utilicen la facultad allí establecida, se comprometen a informar a la Comisión acerca de estas medidas, está significando que el derecho nacional debe ser referido a la Comisión, precisamente para que el órgano legislativo principal pueda establecer si se está dando la armonización de tales medidas con el Régimen Común.

“En opinión de este Tribunal el Decreto 1344-A no se fundamenta en el artículo 143 de la Decisión 344. Además en el expediente no existe constancia de que el gobierno del Ecuador haya procedido a informar a la Comisión como se prevé en el mismo artículo ³.

Los conceptos vertidos anteriormente constituyen una ratificación de lo que ya se había ex-

³ **Proceso 1-AI-96.** Sentencia de 30-X-96. Publicada en G.O.A.C. N° 234 de 21-IV-97. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**



presado sobre el mismo aspecto en el proceso 10-IP-94, el cual se desarrolló precisamente para absolver una consulta de interpretación prejudicial formulada por la Corte Constitucional de la República de Colombia respecto del referido artículo 143. Señaló en dicha oportunidad el Tribunal:

“De los artículos 143 y 144 de la Decisión 344 emerge claramente que si bien los países signatarios están obligados a cumplir con las disposiciones que se establecen sobre Propiedad Industrial en la Decisión 344 hoy vigente, pueden, si desean, hacer uso de su facultad legislativa para fortalecer dicho régimen mediante disposiciones legales o acuerdos internacionales (artículo 143); mientras que, de otra parte, están obligados a legislar sobre asuntos de propiedad industrial, no contemplados en la norma vigente (artículo 144).

“Basta la simple lectura de los artículos citados para reparar en ella la remisión hecha a la legislación interna a fin de regular materias no incluidas en la legislación comunitaria o para fortalecer el régimen común. A diferencia de la argumentación esgrimida por el demandante en el proceso interno que nos ocupa, sobre exclusividad de la facultad legislativa comunitaria, estas disposiciones están en perfecta concordancia con la reiterada jurisprudencia del Tribunal comunitario, hoy llevada al derecho positivo en los artículos mencionados atrás.

“Desde la interpretación prejudicial 1-IP-87 y posteriormente en la 2-IP-88, sentadas en vigencia del artículo 84 de la Decisión 85 (equivalente al 144 de la Decisión 344 hoy vigente) este Tribunal reconoció el principio de la preeminencia de la norma comunitaria sobre el derecho interno de los países y en la segunda de ellas señaló que “en caso de conflicto la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente ya que ... la norma interna resulta inaplicable”. Resaltó además el Tribunal la claridad del principio de preeminencia cuando la ley comunitaria es precisamente norma posterior que debe primar sobre la anterior, de acuerdo con principios universales de derecho; advirtiendo sin embargo que ello no implica la derogatoria de la una sobre la otra, sino que lleva a la inaplicabilidad de la

primera en la medida en que resulte incompatible con las previsiones del derecho comunitario.

“El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del “complemento indispensable”, según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas. Este régimen de excepción, dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica. Significa esto que para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la comunidad, lo cual resulta obvio dentro del espíritu y el sentido natural y lógico de la expresión “régimen común sobre tratamiento” que utiliza el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena. Como lo ha dicho el Tribunal en la interpretación del artículo 84 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena (caso 2-IP-88), no es posible que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria “o que se insista en mantener la vigencia de leyes nacionales anteriores a la norma comunitaria incompatibles con ella”, debiendo únicamente legislar sobre lo no comprendido en la Decisión Comunitaria.

“Con el mismo sentido interpretativo enunciado en los términos anteriores por la jurisprudencia del Tribunal, ha de entenderse, en los países miembros, la respectiva aplicación de los artículos 143 y 144 de la Decisión 344. Así se desprende de las interpretaciones consignadas en los Procesos 3-IP-94 y 6-IP-94 referentes a los artículos citados. De ellas se deduce lo siguiente:

“- Los países signatarios por imperio de la norma comunitaria vigente, Decisión 344, pueden fortalecer el régimen de Propiedad Industrial mediante normas legales internas con la sola obligación de informar a la Comisión acerca de estas medidas y además, deben legislar sobre lo no comprendido en la norma comunitaria.

“- Esto deja claro que sí conservan facultad legislativa en la forma y condiciones que



disponen, respectivamente, los artículos 143 y 144 de la citada Decisión.

“- Estas disposiciones legales internas que sí pueden dictar los países miembros del Acuerdo, sin embargo, deben guardar relación de armonía, complementariedad e interrelación con la filosofía de la normativa comunitaria vigente, la que en su caso, será de prevalente aplicación.

“En concepto de este Tribunal debe interpretarse lo que se entiende por “fortalecer los derechos de propiedad industrial” a que se refiere el artículo 143 de la Decisión 344 para justificar la adopción de medidas de derecho interno por las legislaciones nacionales de los países miembros.

“Desde el punto de vista etimológico, según el Diccionario de la Real Academia española, el verbo **fortalecer** se refiere a la acción de “hacer más fuerte o vigoroso”. De esta noción fluye en forma natural y obvia la interpretación literal de que el régimen común de propiedad industrial puede ser complementado por las leyes internas para fortalecerlo siempre que con ello no se restrinja el sistema del régimen común en sus propósitos ni se recorte en su finalidad de protección de los derechos que consagra.”⁴

Con los antecedentes expuestos:

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

1. Toda invención para merecer el amparo de una patente debe necesariamente cumplir las condiciones determinadas por el artículo 1 de la Decisión 344; esto es, ser novedosa, tener nivel inventivo y ser susceptible de aplicación industrial.
2. La novedad de la invención a la que alude el artículo 2 de la misma Decisión, consiste en que el invento no esté comprendido en el “estado de la técnica”, situación o status constituido por el conjunto de conociemien-

tos existentes y de dominio público, accesibles por descripción escrita u oral, o por cualquier otro medio que divulgue el invento antes de la fecha de presentación de la solicitud o, en su caso, como determina la norma, de la prioridad reconocida.

3. La Oficina Nacional Competente no puede otorgar patente para una invención que haya sido divulgada en el año anterior a la presentación de la solicitud, sin antes considerar las excepciones que establece el artículo 3 y que determinan las situaciones en las cuales un invento no pierde su novedad.
4. El artículo 4 de la Decisión 344 señala claramente lo que debe ser considerado como “nivel inventivo” para una persona del oficio, normalmente versada en la materia; en el entendido, en todo caso, de que la invención debe constituir un paso más allá de la técnica existente, con arreglo al principio de la “*no obviada*”, según el cual la invención no debe derivar, de manera evidente, del estado de la técnica en un momento dado.
5. En virtud del requisito de susceptibilidad de aplicación industrial, la creación intelectual que pretenda patentarse como invención, deberá poseer carácter *técnico*, en el sentido de aprovechamiento o transformación de las fuerzas de la naturaleza.
6. El juzgador o la Oficina Nacional Competente, deberán considerar qué objetos no pueden ser invenciones y, además, observar las prohibiciones de patentabilidad establecidas por los artículos 6 y 7 de la Decisión 344, respectivamente.
7. En el trámite de solicitudes de patentes de invención, el examinador, conforme al artículo 25 de la Decisión 344, deberá considerar las observaciones presentadas por quien tenga legítimo interés para ejercer su derecho de oposición; observaciones que deben ser legítimamente fundamentadas, dentro de los treinta días siguientes a la publicación de la solicitud.
8. Todas las normas fijadas para la obtención de una patente deben ser cumplidas a cabalidad por las oficinas nacionales com-

⁴ **Proceso 10-IP-94.** Sentencia de 17-III-95. Publicada en G.O.A.C. N° 177 de 20-IV-95. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**



petentes de los Países Miembros; el no hacerlo implicará violación del ordenamiento jurídico comunitario, conforme lo establece la Decisión 344.

9. Los Países Miembros de la Comunidad Andina, de conformidad con lo establecido por el artículo 143 de la Decisión 344, pueden fortalecer el régimen común de Propiedad Industrial en ella constituido, mediante disposiciones internas, con la obligación de informar el hecho a la Comisión de esa Comunidad y, siempre que tales normas regulen únicamente lo no comprendido por ese Régimen, que no se lo restrinja en sus propósitos, ni se recorte su finalidad de proteger los derechos que consagra.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, Segunda Sala, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial al dictar sentencia en el proceso interno N° 6438-99-L.Y.M., de conformidad con lo dispuesto por el artículo 127 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, reformado por medio de Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Deberá tomar en cuenta, además, lo previsto en el último inciso del artículo 128 del mencionado Instrumento.

Notifíquese esta sentencia al mencionado Tribunal mediante copia sellada y certificada y remítase así mismo copia, a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Ricardo Vigil Toledo
PRESIDENTE

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO