



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ing. Lucio E. Gutiérrez Borbúa
Presidente Constitucional de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año II -- Quito, Viernes 14 de Mayo del 2004 -- N° 335

DR. JORGE A. MOREJON MARTINEZ
DIRECTOR

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez
Dirección: Telf. 2901 - 629 -- Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540
Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosca N° 201 y Av. 10 de Agosto
Sucursal Guayaquil: Calle Chile N° 303 y Luque -- Telf. 2527 - 107
Suscripción anual: US\$ 250 -- Impreso en Editora Nacional
2.500 ejemplares -- 40 páginas -- Valor US\$ 1.00

S U P L E M E N T O

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
ACUERDO DE CARTAGENA			
PROCESOS:			
73-AI-2000 y 80-AI-2000 (Acumulados) Auto que resuelve la solicitud de enmienda interpuesta por la República Bolivariana de Venezuela	2	Acuerdo de Cartagena y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, a causa de la violación del principio de Trato Nacional a los cigarrillos, tabacos y picaduras importados de los Países Miembros	5
22-AI-2002 Auto por el que se acepta el desistimiento de las sociedades colombianas Merck Colombia, Frosst Laboratories INC, Schering Colombiana, Boehringer Ingelheim, GlaxoSmithkline y Parke Davis contra la República de Colombia, por supuesto incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal y 266 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, Proceso 22-AI-2002	4	23-AN-2002 Acción de nulidad interpuesta por la República del Perú, en contra de las resoluciones N° 559 y su confirmatoria N° 585 expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina	14
52-AI-2002 Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela por supuesto incumplimiento del artículo 74 del		14-AN-2001 En la acción de nulidad ejercida por César Moyano Bonilla contra los artículos 1, 2 y 279 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, providencia complementaria sobre la solicitud de enmienda y aclaración de sentencia	24
		78-IP-2003 Solicitud de Interpretación Prejudicial de los artículos 81 y 83, literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por el Consejo de Estado de la República de	

	Págs.
Colombia que da origen a la interpretación de los artículos 71 y 73, literal a), de la Decisión 313 y de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 344. Expediente Interno No. 5211. Actor: "LABORATORIOS PROVET LTDA". Marca: "HEMAVET"	27
ORDENANZAS MUNICIPALES:	
- Gobierno Municipal de Mocache: De Procedimiento en el trámite de denuncias de problemas ambientales	32
- Gobierno Municipal de Mocache: Para la prevención de la contaminación de los recursos ambientales y el control de procesos y actividades comunes	33
- Gobierno Municipal de Mocache: De Creación del Comité de Gestión Ambiental Cantonal	37
- Cantón Guamote: Que reglamenta el funcionamiento y ocupación de mercados y plazas	39

**PROCESOS 73-AI-2000 y 80-AI-2000
(Acumulados)**

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

En las acciones de incumplimiento interpuestas por los ingenios RIOPAILA S.A., Central Castilla S.A., Manuelita S.A., INCAUCA S.A., San Carlos S.A., Pichiche S.A., Providencia S.A., Risaralda S.A., La Cabaña S.A. y Mayagüez S.A. (Proceso 73-AI-2000); y, por la República de Colombia (Proceso 80-AI-2000), en contra de la República Bolivariana de Venezuela, alegando incumplimiento de las obligaciones derivadas del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, al haber expedido la Resolución 365, de 23 de marzo de 2000.

VISTOS

La sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro de los procesos 73-AI-2000 y 80-AI-2000 (Acumulados) de fecha 14 de agosto de 2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 833 de 13 de septiembre de 2002.

El oficio N° 000849 de 10 de septiembre de 2002 más un anexo, recibido en este Tribunal el 19 de septiembre de 2002, por el que la República Bolivariana de Venezuela formuló solicitud de enmienda de la sentencia emitida dentro de los procesos 73-AI-2000 y 80-AI-2000 (Acumulados), en la que pide: "...ese Tribunal enmiende la sentencia dictada en autos en fecha 14 de agosto de 2002 en los procesos acumulados identificados con los Nos. 73-AI-2000 y 80-AI- 2000, tanto en su parte motiva como en su

parte dispositiva en los numerales 1° y 2°, en virtud de la inexactitud evidente contenida en ellas, al haber declarado el incumplimiento y haber condenado a Venezuela a que procediera a eliminar la medida restrictiva aplicada al producto denominado 'Chancaca', cuando -como constataba en autos y fue debidamente alegado y demostrado- dichas medidas restrictivas ya habían sido levantadas- aún antes de iniciarse los procesos judiciales en esa instancia-, en ejecución a las órdenes dictadas por la Secretaría General de la Comunidad en las resoluciones números 385 y 388, mediante la promulgación y publicación de la Resolución N° 524 por el Ministerio de Finanzas de Venezuela, la cual derogó la Resolución N° 365-específicamente en la eliminación del referido producto Chancaca de la salvaguardia agrícola establecida al azúcar y demás productos derivados de ésta".

"...Dicha inexactitud evidente contenida en la sentencia, se expresó en un error material de juzgamiento contenido tanto en su parte motiva como en su dispositiva, que debe ser enmendado por este honorable Tribunal con ocasión de la presente solicitud...".

El auto de 2 de octubre de 2002, por el que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina decidió "admitir la solicitud formulada y ordenar su traslado a la República de Colombia, así como a los ingenios azucareros de ese país, Riopaila S.A., Central Castilla S.A., Manuelita S.A., INCAUCA S.A., San Carlos S.A., Pinchiche S.A. (sic), Providencia S.A., Risaralda S.A., La Cabaña S.A. y Mayagüez S.A., actores en los procesos 80-AI-2000 y 73-AI-2000, respectivamente, a los efectos de que en el término de cinco días a contarse desde la notificación de este auto, absuelvan el trámite si lo creyeren conveniente, al tenor de lo establecido por el inciso tercero del artículo 92 del Estatuto de este Tribunal".

Considerando:

Que de acuerdo a lo establecido en el artículo 92 del Estatuto de este Organo Jurisdiccional "El Tribunal de oficio o a petición de parte presentada dentro de los quince días siguientes al de la notificación de la sentencia, podrá enmendarla o ampliarla;

La enmienda tendrá lugar si la sentencia contuviere errores manifiestos de escritura, de cálculo o inexactitudes evidentes o si se hubiera pronunciado sobre un asunto no planteado en la demanda, y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos;

La solicitud de enmienda o de ampliación se pondrá en conocimiento de la otra parte, por cinco días, para que absuelva el trámite, si lo cree conveniente;

El Tribunal dentro de los quince días siguientes al de la expiración del término a que se refiere el primer inciso, cuando la enmienda o ampliación fuese de oficio o agotado el término concedido a las partes, adoptará resolución sobre la enmienda o ampliación, la notificará a las mismas y la anexará a la sentencia;

El trámite de la enmienda o ampliación no suspende la ejecución de la sentencia";

Que cumplido de manera parcial lo previsto en el artículo 92 del estatuto del Tribunal, debe aplicarse lo dispuesto en

el párrafo cuarto del mismo, en lo concerniente a que una vez agotado el término concedido a las partes a los efectos de que se pronuncien respecto de la solicitud de enmienda formulada, le corresponde a este Tribunal adoptar resolución sobre dicha solicitud, la que deberá ser notificada y anexada a la respectiva sentencia;

Que ninguno de los demandantes en este proceso ha comunicado a este Tribunal manifestación alguna respecto de la solicitud de enmienda impetrada;

Que es indispensable para presentar la solicitud de enmienda que se cumplan los presupuestos del artículo citado, los mismos que deberán ser apropiadamente fundamentados por quien los invoque;

Que dentro del escrito de solicitud de enmienda si bien se expresan los puntos de la sentencia que deben ser enmendados, sólo desarrolla de manera general principios de derecho que, desde luego, fueron tomados en cuenta dentro de la sentencia;

Que en el caso de autos es importante tener presente:

La Resolución 365 de 23 de marzo de 2000, por la que la República Bolivariana de Venezuela, modifica el Régimen Legal Andino de la columna 6, del artículo 21 del Decreto 989, que contiene el Régimen de Aduanas, estableciendo para la subpartida 1701.11.10 referente a la Chancaca, una tarifa general ad valorem de 20, bajo un Régimen Legal Andino 2, 3 y 5.

La Resolución 524 de 3 de agosto de 2000, en virtud de la cual la República Bolivariana de Venezuela, tomando en cuenta las resoluciones 385 y 388 de la Secretaría General, modifica el Régimen Legal Andino de la columna 6, del artículo 21 del Decreto 989, que contiene el Régimen de Aduanas, estableciendo para la subpartida 1701.11.10 referente a la Chancaca, una tarifa general ad valorem de 20, bajo un Régimen Legal Andino 3 y 5 y deroga la Resolución 365.

El Decreto 989 de 20 de diciembre de 1995, cuya copia simple e incompleta llegó al Tribunal sin cumplir con las formalidades legales, en cuyo artículo 12 establece la codificación del Régimen Legal aplicable a la importación de mercaderías, disponiendo lo siguiente: 2. Importación reservada al Ejecutivo Nacional. 3. Permiso del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social y 5. Certificado Sanitario del País de Origen. En los artículos 7 y 9 se señala que el Régimen Legal Andino se indica en la columna 6 del artículo 21; encontrándose incompleta la copia mencionada en lo que respecta al artículo 21, observándose que al inicio de dicho artículo se establece que “el régimen legal correspondiente a la importación de mercancías” es el siguiente;

Que dicha copia simple e incompleta no solo que no permite la constatación de lo afirmado por el recurrente, sino que tampoco constituye prueba fehaciente conforme a la doctrina y al ordenamiento normativo vigente. Al respecto la jurisprudencia del Tribunal ha sostenido: “...el artículo 74 del Estatuto del Tribunal dispone que las pruebas deben ofrecerse, decretarse, practicarse e incorporarse al proceso en la forma, oportunidades y términos señalados en el citado instrumento. Y en la doctrina se ha precisado que un documento tendrá validez como prueba si cumple ciertos requisitos que ‘pueden radicar en el documento o en el procedimiento para su

aportación al proceso’, señalando como una de tales exigencias el que los documentos ‘hayan sido llevados y admitidos al proceso en oportunidad y con los requisitos legales, porque si bien su incumplimiento no vicia de nulidad el documento en sí mismo, sí invalida su aportación y le quita su valor como prueba’ (DEVIS ECHANDIA, HERNANDO; “Compendio de Derecho Procesal”, tomo II, Pruebas Judiciales; séptima edición; páginas 411 y 417)” (Sentencia emitida en el Proceso 34-AI-2001, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 839 del 25 de septiembre de 2002). En atención de que, en el caso de autos, el documento presentado extraoficialmente es además incompleto y no fue aportado al expediente en la “forma, oportunidades y términos” establecidos en el Estatuto, razón por la cual, el mismo no será apreciado por este Tribunal; máxime si de la prueba incompleta no emerge convicción definitiva y clara sobre el significado de los regímenes legales, en especial del 2, que ha sido eliminado de las resoluciones 365 y 524;

Que la enmienda ha sido considerada por la doctrina como “... una mera petición o reclamación del administrado, cuya corrección no altera el contenido sustancial del mismo, sin que signifique un impedimento la configuración de los derechos subjetivos que nazcan del acto que se rectifica”. (Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, editorial Abeledo-Perrot, Sexta edición actualizada, Buenos Aires, 2000, p. 412);

Que en base a lo dispuesto por la normativa jurídica comunitaria y la doctrina citada, las sentencias emitidas por el Tribunal, como máxima instancia jurisdiccional dentro de la Comunidad Andina, sólo son susceptibles de enmienda, ampliación y aclaración previstas por los artículos 92 y 93 del Estatuto del Tribunal, cuando se dan los presupuestos establecidos en dichas normas;

Que de la revisión del expediente puede concluirse que el argumento expuesto, en lo principal, ha sido ya planteado por la República Bolivariana de Venezuela en sus contestaciones a las demandas, durante la audiencia pública celebrada el 18 de octubre de 2001, y en su escrito de conclusiones; y,

Que la situación analizada y resuelta en la sentencia proferida el 14 de agosto de 2002 no ha variado en el fondo y, los argumentos sostenidos por el señor Ministro de la Producción y Comercio de la República Bolivariana de Venezuela en la solicitud de enmienda, repiten en esencia las fundamentaciones expuestas dentro de la respectiva sustanciación, y han sido por tanto analizadas por este Tribunal al momento de dictar sentencia,

Decide:

Desestimar la solicitud de enmienda interpuesta por la República Bolivariana de Venezuela respecto de la sentencia emitida por este Tribunal en los procesos 73-AI-2000 y 80-AI-2000 (Acumulados) y, en consecuencia, declarar que no ha lugar a la enmienda solicitada.

NOTIFIQUESE.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Patricio Peralvo Mendoza
SECRETARIO a.i.

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

PROCESO 22-AI-2002

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, San Francisco de Quito, dieciséis de julio de dos mil tres.

En la Acción de Incumplimiento ejercida por las sociedades colombianas Merck Colombia, Frosst Laboratories INC, Schering Colombiana, Boehringer Ingelheim, Glaxo Smithkline y Parke Davis, en contra de la República de Colombia, por presunto incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 266 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, por haber adoptado y dar aplicación a los artículos 20 y 25 del Decreto 677 expedido el 26 de abril de 1995 por el Gobierno del citado País Miembro.

VISTOS

El escrito presentado por el doctor Marcel Tangarife Torres, el 3 de junio de 2003, vía fax, junto con sus anexos, y recibido en este Tribunal mediante correo corriente el 11 de junio de 2003, en el que actuando en nombre y representación de las sociedades actoras dentro del presente proceso, desiste de la acción, fundamentando dicho desistimiento en “... la adopción por parte del gobierno colombiano de medidas tendientes a corregir el incumplimiento de las obligaciones emanadas del artículo 266 de la Decisión 486, tales como la expedición del Decreto 2085 del 19 de septiembre de 2002 (copia adjunta como Anexo 1), cuyo sentido y alcance fue posteriormente aclarado mediante el Acta de la Reunión de Coordinación de los Ministerios de la Protección Social y de Comercio, Industria y Turismo, sobre la Comercialización de Productos Farmacéuticos en Colombia, de fecha 18 de marzo de 2003 (copia adjunta como anexo 2).

Estas medidas responden a la obligación, en cabeza de Colombia, de proteger los datos de prueba requeridos por la aprobación de comercialización de nuevas entidades químicas del uso comercial desleal de que puedan ser objeto, conforme al Artículo 266 de la Decisión 486, obligación sobre la cual versa el incumplimiento que se alega en este proceso”.

El auto de 18 de junio de 2003, por el que el Tribunal decide: “Correr traslado del escrito presentado por el doctor Marcel Tangarife Torres, junto con sus anexos, a la parte demandada y a las coadyuvantes Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas (ASINFAR), Laboratorio Franco Colombiano (LAFRANCOL), Asociación de Laboratorios Farmacéuticos (ALAFAR), Dupocsa Protectores Químicos para el Campo S.A. y Solagro S.A. Solagremsa, DROKASA PERU S.A., FAMEX S.A., SOCIEDAD ANONIMA FAUSTO PIAGGIO, SERVICIOS Y FORMULACIONES INDUSTRIALES SERFI S.A. e INDUSTRIA PERUANA DE METALES Y DERIVADOS S.A., a los efectos legales correspondientes, para lo cual se les concede un término de diez días continuos, contados a partir de la fecha de la notificación del presente auto”.

El escrito de 27 de junio de 2003, por el que la República de Colombia, demandada en el presente caso, argumenta: “Teniendo en cuenta que la parte demandante del proceso de la referencia ha manifestado ante ese Honorable Tribunal su intención de desistir de las pretensiones que dieron lugar al proceso de incumplimiento adelantado contra Colombia, vemos con beneplácito el desistimiento y que el proceso se archive como consecuencia de su aplicación ... Lo anterior no implica que Colombia comparta y acepte las razones presentadas por la parte demandante para justificar la solicitud de desistimiento”.

El escrito de 30 de junio de 2003, por el cual la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas ASINFAR y Laboratorio Franco Colombiano LAFRANCOL S.A. coadyuvantes de la demandada, manifiestan que “Teniendo en cuenta que el desistimiento es una manifestación del poder dispositivo del demandante, que además debe ser incondicional, solicitamos se acepte el desistimiento presentado por las demandantes ... como consecuencia de lo anterior, y por existir un pleito pendiente sobre la legalidad del Decreto 2085, solicitamos no se realice ninguna declaración sobre los motivos del desistimiento, toda vez que un pronunciamiento sobre el mismo será objeto de un proceso diferente al actual”.

El escrito de 30 de junio de 2003, por el que las compañías DROKASA PERU S.A., FAMEX S.A., SOCIEDAD ANONIMA FAUSTO PIAGGIO, SERVICIOS Y FORMULACIONES INDUSTRIALES SERFI S.A. e INDUSTRIA PERUANA DE METALES Y DERIVADOS S.A., también coadyuvantes de la demandada, solicitan que el Tribunal “No acoja el desistimiento propuesto por los accionantes y continúe con el proceso hasta su desenlace natural, a saber: la sentencia en que declare que el Gobierno de Colombia, al exigir diferentes requisitos al primer solicitante y a los solicitantes posteriores de registro sanitario para una misma molécula química, según lo previsto en los artículos 20 y 25 del Decreto 677, no ha incumplido el artículo 266 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina; y, subsidiariamente, en caso de aceptar el desistimiento solicitado, condene a las accionantes a sufragar todos los gastos procesales incurridos por mis representadas en ejercicio de su calidad de coadyuvantes en este proceso”.

Considerando:

Que de conformidad con el artículo 36 del estatuto del Tribunal “El Tribunal conducirá los procesos de acuerdo

con lo dispuesto en el Tratado de su Creación y en el presente Estatuto. A tal efecto, deberá adoptar todas las medidas necesarias para encauzar el proceso y agilizar el juicio, pudiendo rechazar de plano aquellas peticiones que tiendan a dilatar o desviar la causa”;

Que dentro del desarrollo del proceso se puso en conocimiento de la parte demandada y de sus coadyuvantes Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas (ASINFAR), Laboratorio Franco Colombiano (LAFRANCOL), Asociación de Laboratorios Farmacéuticos (ALAFAR), Dupocsa Protectores Químicos para el Campo S.A. y Solagro S.A. Solagremsa, DROKASA PERU S.A., FAMEX S.A., SOCIEDAD ANONIMA FAUSTO PIAGGIO, SERVICIOS Y FORMULACIONES INDUSTRIALES SERFI S.A. e INDUSTRIA PERUANA DE METALES Y DERIVADOS S.A., el desistimiento formulado por la parte actora para los fines que correspondan en derecho. Dentro de ellas no hicieron llegar en tiempo hábil sus pretensiones las coadyuvantes Dupocsa Protectores Químicos para el Campo S.A. y Solagro S.A.;

Que el artículo 72 del mismo estatuto sostiene que “... *El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido ...*”, de donde se desprende claramente que el coadyuvante no adquiere la condición de parte principal de los procesos en los cuales interviene;

Que de acuerdo a calificada doctrina, el desistimiento “*es una declaración de voluntad y un acto jurídico procesal, en virtud del cual eliminan los efectos jurídicos de otro acto procesal ... el desistimiento total e incondicional de la demanda no requiere para su admisión el consentimiento de la otra parte, pero si éste no existe, se debe condenar en costas a quien lo haga y produce el efecto de una sentencia favorable al demandado*” (Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso, Novena Edición, Editorial A, B, C - Bogotá, 1983, p. 589);

Que como lo señala el mismo autor al referirse a los efectos procesales de la intervención coadyuvante: “*No puede actuar en el proceso en contradicción con la parte coadyuvada, lo que es consecuencia de su condición de parte accesoria o secundaria y de la circunstancia de no introducir una litis propia en el proceso ...*” (Devis Echandía, Hernando, ob. cit., p. 360);

Que de acuerdo con los principios generales del derecho y la doctrina el desistimiento puede hacerse en cualquier estado del proceso, mientras no se haya pronunciado sentencia definitiva;

Que la aceptación del desistimiento por parte de la demandada ha sido sin petición de costas, y,

En virtud a lo anteriormente expuesto,

EI TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

DECIDE

PRIMERO.- Aceptar el desistimiento planteado por el doctor Marcel Tangarife Torres en nombre y representación de las sociedades colombianas demandantes Merck

Colombia, Frosst Laboratories INC, Schering Colombiana, Boehringer Ingelheim, GlaxoSmithkline y Parke Davis, en cuanto no transgrede el ordenamiento comunitario.

SEGUNDO.- Sin costas, en atención de no haber sido solicitadas expresamente por la parte demandada y en virtud de que los coadyuvantes son parte accesoria de ésta.

TERCERO.- Dar por terminado el procedimiento y por tanto disponer el archivo del expediente.

NOTIFIQUESE.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

PROCESO 52-AI-2002

Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela por supuesto incumplimiento del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, a causa de la violación del principio de Trato Nacional a los cigarrillos, tabacos y picaduras importados de los Países Miembros

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 Bolivariana de Venezuela, a los veintisiete días del mes de agosto de dos mil tres.

VISTOS:

La comunicación SG-C/1.8/00650/2002 de 28 de mayo de 2002 recibida en el Tribunal el 3 de junio del mismo año, por medio de la cual la Secretaría General de la Comunidad Andina interpone acción de incumplimiento contra la República Bolivariana de Venezuela por supuesto incumplimiento del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, por la violación del principio de trato nacional a los cigarrillos importados de los Países Miembros.

El auto de 19 de junio de 2002, por el cual la demanda fue admitida a trámite, se ordena la notificación a la República Bolivariana de Venezuela y se le concede el plazo de 40 días para que de contestación a la demanda.

El escrito 000682 de 31 de julio de 2002, recibido en el Tribunal, vía fax, la misma fecha, de contestación a la demanda por parte de la República Bolivariana de Venezuela.

El auto de 14 de agosto de 2002, por el cual el Tribunal tiene a la demanda como contradicha tanto en los hechos como en el derecho, ya que la contestación a la misma fue presentada fuera de término. Asimismo da por presentadas las pruebas aportadas por la actora en su escrito de demanda y se convoca a las Partes a la Audiencia Pública.

El Acta de la Audiencia Pública celebrada el 3 de octubre de 2002.

Los escritos de conclusiones de las partes.

1. ANTECEDENTES

1.1. Las partes

Es parte demandante la Secretaría General de la Comunidad Andina, es demandada la República Bolivariana de Venezuela, en su condición de País Miembro de la Comunidad Andina.

1.2. La demanda

Por medio de comunicación SG-C/1.8/00650/2002 de 28 de mayo de 2002 (folio 1 a 8), recibida en el Tribunal el 3 de junio del mismo año, la Secretaría General de la Comunidad Andina interpone Acción de Incumplimiento en contra de la República Bolivariana de Venezuela por el tratamiento discriminatorio e incumplimiento del principio de trato nacional previsto en su legislación nacional (artículo 16 del Reglamento de la Ley de Impuestos sobre Cigarrillos y manufacturas de Tabaco) que establece que los cigarrillos importados -incluso aquellos originarios de otros Países Miembros- no pueden venderse a igual o menor precio que los productos similares nacionales, en violación del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal.

Fundamentos de hecho

1. Mediante facsímil N° 350-2001-MITINCI/VMINCI/DNINCI del 10 de mayo de 2001, el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales de Perú presentó a la Secretaría General de la Comunidad Andina una reclamación por el supuesto incumplimiento del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena por parte del Gobierno de Venezuela, al haber dispuesto por el Decreto 242 de 1979 un trato diferencial para efecto de la aplicación del "Reglamento de la Ley de Impuesto sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco", entre los cigarrillos y manufacturas de tabaco producidos en Venezuela y los importados.

En sustento de su reclamación, el Gobierno Peruano adjuntó el texto del referido dispositivo.

2. El artículo 16 del indicado Decreto 242 de Venezuela dispone que los precios de venta al público de las especies importadas deberán guardar un equilibrio con los precios de venta de las especies de producción nacional. Agrega que las especies importadas no podrán ser ofrecidas al consumo a un precio de venta igual o menor de los establecidos para los cigarrillos, tabacos y picaduras de producción nacional.
3. Con fecha 15 de junio de 2001, la Secretaría General emitió la Nota de Observaciones SG-F/4.2.1/1128/2001, indicando al Gobierno de Venezuela que, de estarse estableciendo un trato diferente para los productos nacionales y los productos importados en la aplicación del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco pudiera estar incurriendo en un incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en particular del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, para lo cual le concedió un plazo de respuesta no mayor a treinta días calendario.
4. Mediante comunicación SG-F/4.2.1/1201/2001 de fecha 27 de junio de 2001, la Secretaría General de la Comunidad Andina informó al Gobierno de Perú, el inicio de la investigación y la emisión de la respectiva Nota de Observaciones.
5. A través de la comunicación SG-X/4.2.1/ 0879/2001 de fecha 27 de junio de 2001, la Secretaría General puso en conocimiento de los gobiernos de Bolivia, Colombia y Ecuador la Nota de Observaciones, otorgándoles un plazo de treinta días calendario para remitir cualquier comentario o información sobre el particular.

Sin embargo, no se recibieron comentarios adicionales del recurrente, ni opiniones de los gobiernos de Bolivia, Colombia ni Ecuador.
6. El 3 de julio de 2001, la Dirección General de Consultoría Jurídica del Ministerio de la Producción y el Comercio de Venezuela remitió la comunicación No. 2223, mediante la cual solicitó una ampliación hasta por diez días hábiles del plazo para dar contestación a la Nota de Observaciones planteada.
7. Mediante comunicación SG-F/4.2.1/1353/2001 de fecha 16 de julio de 2001, la Secretaría General de la Comunidad Andina informó al Gobierno de Venezuela sobre el otorgamiento de la ampliación solicitada por un término de diez días hábiles.
8. Con fecha 30 de julio de 2001, el Gobierno de Venezuela respondió a la Nota de Observaciones SG-F/4.2.1/1128/2001 de la Secretaría General.
9. La Secretaría General de la Comunidad Andina, por Resolución N° 542 de 24 de agosto de 2001, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 705 del 27 de agosto de 2001, dictaminó que la República Bolivariana de Venezuela estaba incumpliendo con el ordenamiento jurídico comunitario andino, en particular con el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena.

10. El 19 de octubre de 2001, por comunicación N° 000971 la Secretaría General recibió el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 542, interpuesto por el Gobierno de Venezuela.
11. La Secretaría General de la Comunidad Andina, el 30 de noviembre de 2001, expidió la Resolución N° 571, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 738 de 3 de diciembre de 2001, por la cual declaró inadmisibles los recursos de reconsideración contra la Resolución N° 542 por haber sido interpuestos de forma extemporánea.

Fundamentos de derecho

Incumplimiento del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena

La demandante sostiene que la normativa venezolana “establece una clara discriminación en contra de los cigarrillos, tabacos y picaduras importados, sin exceptuar a las especies importadas originarias de los Países Miembros”.

Indica que “el Gobierno de Venezuela interviene mediante su normativa nacional en las condiciones de fijación de precios de los cigarrillos, tabacos y picaduras, originarios de la Subregión, con el efecto de controlar su oferta y evitar su venta a precios inferiores a aquellos de las especies similares de producción nacional. Estos últimos sí pueden concurrir libremente en el mercado local venezolano y determinar sus propios precios, sin temor a la competencia subregional. De esta manera se crea una suerte de mercado protegido, a favor de los productos nacionales y en detrimento de los productos similares importados de la Subregión”.

Señala que la normativa citada discrepa claramente con la interpretación que ha dado el Tribunal sobre el alcance del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, en el sentido “que la obligación de no discriminar entre producciones locales y subregionales, es condición necesaria para la consolidación del mercado ampliado, junto con las obligaciones de no gravar y de no restringir las importaciones, la base para el pleno funcionamiento del principio de libre movimiento de bienes, principio que en reiterada jurisprudencia del Tribunal es piedra angular de los compromisos de integración andina”.

Sostiene que el Gobierno de Venezuela al interpretar el artículo 74 con una lectura restringida del mismo, estaría permitiendo una serie de situaciones discriminatorias o desventajosas para las producciones subregionales que harían, por fuerza, nugatoria la vigencia de la libertad de movimiento de bienes e inexistente la zona de libre comercio, atentando de esta manera contra el sentido de la integración económica.

Asimismo hace notar que, el argumento del “Gobierno venezolano que expresa que la condición impuesta a los precios de las especies de cigarrillos, tabacos y picaduras importadas no entra dentro de la materia fiscal, se ve disminuida puesto que la disposición en cuestión está contenida en el Reglamento de la Ley de Impuesto sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco, norma que denota su naturaleza tributaria”.

Por lo que a su juicio, se está violando el principio de Trato Nacional consagrado en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena.

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

Asimismo, y basándose en la jurisprudencia del Tribunal, indica que el incumplimiento del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena constituye a su turno una infracción directa de lo dispuesto en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Finalmente, solicita al Tribunal que se pronuncie con respecto “al incumplimiento de Venezuela al discriminar en su normativa nacional en cuanto al precio de venta entre cigarrillos, tabacos y picaduras importados de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena y las especies similares producidas en Venezuela, lo cual vulnera el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. En consecuencia solicita, que el “Tribunal ordene al Gobierno de Venezuela el restablecimiento del ordenamiento jurídico andino y que se le condene en costas”.

1.3. La contestación a la demanda

Por escrito N° 000682 de 31 de julio de 2002 (folios 60 a 64), la República Bolivariana de Venezuela, de forma extemporánea, da contestación a la demanda de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina, por lo que este Tribunal, en cumplimiento del artículo 60 de su estatuto y mediante auto de 14 de agosto de 2002, tiene por contradicha la demanda.

1.4. La Audiencia Pública

Por medio de auto de 14 de agosto de 2002, debidamente notificado, el Tribunal convocó a las partes a la Audiencia Pública para el 3 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 de la República Bolivariana de Venezuela.

1.5. Alegatos de conclusiones de la República Bolivariana de Venezuela

Mediante escrito 00000079, de 10 de octubre de 2002 (folios 102 a 104), remitido vía fax, la República Bolivariana de Venezuela presenta conclusiones correspondientes al Proceso 52-AI- 2000, en los siguientes términos:

Sostiene que “de la lectura e interpretación del artículo 74, se desprende la definición y existencia de tres términos que deben materializarse para que se configure el trato discriminatorio: impuestos, tasas y gravámenes, es decir, para que exista un acto discriminatorio, el mismo debe versar sobre impuestos, tasas o contribuciones aplicadas a un producto importado, favoreciendo al producto nacional”.

Indica que el texto del artículo 16 del Decreto 242 que contiene el Reglamento de la Ley de Impuestos Sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco, dispone: “Los precios de venta al público, de las especies importadas, deberán guardar un equilibrio con los precios de venta de las especies de producción nacional. Las especies importadas no podrán ser ofrecidas al consumo a un precio

de venta igual o menor de los establecidos para los cigarrillos, tabacos y picaduras de producción nacional”, por lo que se evidencia que no hay ninguna referencia a impuestos, tasas o contribuciones, sino a precios de venta cuya naturaleza jurídica es totalmente distinta, ya que los primeros tienen una naturaleza fiscal, mientras que los segundos tienen una naturaleza económica, y que de hecho el Estado no obtiene ningún ingreso fiscal ordinario o extraordinario, que se derive de la aplicación de esta norma.

Sostiene que del texto del artículo 74 se entiende que la no discriminación está orientada a materias específicas, como: impuestos, tasas o contribuciones, exigiendo un trato igualitario a los Países Miembros en estas materias, por lo que no puede configurarse el incumplimiento de una norma cuando el supuesto de hecho previsto en la misma, es distinto a la realidad que se pretende encuadrar en ella.

Indica que, si bien el Tribunal *“puede haber hecho una interpretación extensiva del concepto de Cláusula de Trato Nacional, de la simple lectura de este artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y de una interpretación gramatical y lógico-teleológica del mismo, es fácilmente comprensible, que el mismo se refiere única y exclusivamente a materia tributaria.... y no debe interpretarse que dicho Trato Nacional tiene que ser ampliado a otros ámbitos, por cuanto se estaría incurriendo en el error de suplir la voluntad del legislador...”* además que *“en nuestro sistema legislativo latino, la jurisprudencia no posee un carácter vinculante....”*.

Manifiesta que: *“estamos en presencia de un falso supuesto”* en vista de que el artículo 16 del reglamento no se encuentra expresamente regulado por el ordenamiento comunitario, ni encuentra cabida en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena.

Argumenta que: *“es menester tener en cuenta criterios analíticos tales como los de objetividad y neutralidad fiscal; alteración en la competitividad entre bienes nacionales e importados; competencia leal y afán proteccionista, entre otros, por lo que una reclamación por infracción del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena deberá demostrar la existencia de la discriminación (o de cuando menos de que en efecto exista una situación de desventaja competitiva artificialmente generada por el régimen tributario aplicable) y no limitarse a meramente alegarla”*.

En base a lo anterior, arguye que para *“... determinar si existe o no una discriminación, en relación con la Cláusula de Trato Nacional, hay que tomar en cuenta criterios de carácter fiscal, los cuales no son aplicables al presente caso”*. Indica, que ni la Secretaría General, ni el Gobierno del Perú han demostrado fehacientemente y de manera objetiva la existencia de una situación de desventaja competitiva sino simplemente han citado el artículo 16 del reglamento.

Respecto a la afirmación de la Secretaría General de que la norma del artículo 16 del Reglamento de la Ley de Impuesto Sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco por su propia denominación denota una indiscutible naturaleza tributaria, indica que el simple hecho de la denominación de una norma jurídica, no arrastra consigo la naturaleza jurídica de la misma.

Argumenta que, por todo lo expuesto, *“... la República Bolivariana de Venezuela no está incumpliendo con el*

artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, ya que el artículo 16 del Reglamento no guarda ninguna relación con materia impositiva, requisito fundamental para que proceda la aplicación de la Cláusula de Trato Nacional, por el contrario, está colocando a los productos nacionales e importados, en situación de igualdad dentro del mercado nacional, a través del precio de venta, no mediante normas de orden fiscal”.

Finalmente solicita al Tribunal que se declare sin lugar la acción de incumplimiento.

1.6. Alegatos de conclusiones de la Secretaría General de la Comunidad Andina

Mediante comunicación SG-C/1.8/1575/2002 de 11 de octubre de 2002 (folios 92 a 101), recibida en este Tribunal el 16 de mismo mes y año, la Secretaría General de la Comunidad Andina presenta las conclusiones de los argumentos expuestos en la audiencia pública celebrada el 3 de octubre de 2002.

Objeto de la acción

La Secretaría General se ratifica en su pretensión contenida en su demanda de 28 de mayo de 2002, admitida a trámite el 19 de junio del mismo año.

Cuestiones previas

En primer término, la Secretaría General manifiesta que la demanda presentada *“tiene plena congruencia con lo determinado mediante el Dictamen de Incumplimiento 10-2001 contenido en la Resolución 542 del 24 de agosto de 2001 y que se ha dado pleno cumplimiento a las exigencias de la prejudicialidad del procedimiento por incumplimiento, según lo dispone el ordenamiento jurídico andino”*.

Alega que si bien la demanda fue contestada en forma extemporánea por lo que se la consideró contradicha en todos sus extremos, sin embargo esta contestación extemporánea *“no solo no contradice todos los términos de la demanda sino que reconoce algunos de ellos”*. Por todo esto considera que la conducta infractora ha sido acreditada y afirmada en cuanto a su vigencia, alcance y efectos por la demandada, habiendo quedado probado que el artículo 16 del Reglamento de la Ley de Impuestos sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco venezolana se encuentra en plena aplicación, en abierto desacato a lo dispuesto en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena.

Respecto a lo señalado por la República de Venezuela de no haberse admitido su recurso de reconsideración que fue enviado vía fax, limitando así su derecho a la legítima defensa, la Secretaría General sostiene que acepta en todos los casos la vía del telefax siendo el talón de recepción del mismo el que da fe de fecha cierta. Afirmación que en ningún momento del proceso fue probada por Venezuela.

Argumentos de la demandada

A pesar de que la contestación a la demanda fue extemporánea, la Secretaría General estima conveniente contestar los argumentos de la demandada:

1. El Estado venezolano no obtiene ningún ingreso fiscal derivado de la aplicación de esta norma.

La Secretaría General sostiene que lo que importa es el efecto discriminatorio que esta medida tiene sobre la libre circulación de mercancías entre los Países Miembros, constituyéndose por este motivo en un incumplimiento del Programa de Liberación y en una violación al principio de trato nacional. Resulta irrelevante que el Estado perciba o no algún beneficio económico de la aplicación de esta medida.

2. La Secretaría General señala que el artículo 16 del reglamento por su propia denominación denota su indiscutible naturaleza tributaria. El simple hecho de la denominación de una norma no arrastra consigo la naturaleza jurídica de la misma.

Manifiesta que la Secretaría General no ha afirmado que el artículo 16 sea una norma de carácter tributario, sino que el argumento venezolano sobre que la medida no es materia fiscal, se ve debilitado por el hecho de que tal disposición está contenida en el Reglamento de la Ley de Impuesto sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco, norma que evidentemente tiene una naturaleza tributaria.

En todo caso, *“no es necesario que la Secretaría General demuestre la naturaleza tributaria de la medida, ya que basta para infringir el Acuerdo de Cartagena y en particular su Programa de Liberación que se trate de una medida discriminatoria”*, sin embargo esta medida del Gobierno Venezolano, al afectar el precio de venta al público de los cigarrillos y manufacturas de tabaco importados de la subregión, está también controlando la base imponible para la aplicación del impuesto al valor agregado, con lo cual la conexión con la materia tributaria es directa.

Finalmente señala: *“que no está interesada en justificar la naturaleza tributaria de tal medida, sino en asentar la vigencia y alcance de un principio que es fundamental para la continuidad y profundización del proceso de integración, el trato nacional...”*.

3. El precio de venta no es una medida incurrida en los supuestos del artículo 74. El artículo 16 del reglamento persigue establecer condiciones igualitarias entre las mercancías nacionales y las importadas. Los sujetos económicos no tienen impedimentos o barreras para ingresar o salir del mercado venezolano, mal puede entenderse que exista discriminación.

La Secretaría General analiza este punto desde dos perspectivas: una de hecho referida a los efectos económicos y la otra de derecho referida al Trato Nacional o no discriminación y los alcances del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena.

a) Efecto económico: La norma contenida en el artículo 16 del reglamento *“interviene directamente en la competencia y competitividad de la producción subregional en el mercado venezolano al intervenir en la formación de su precio, afecta sus condiciones de oferta para la venta y desvía las preferencias del público a favor del producto nacional...”*.

En consecuencia, la producción subregional se torna menos competitiva debido a un factor artificial, como lo es la intervención discriminatoria del Estado venezolano en la formación de su precio, medida que además genera un

efecto objetivo de protección del mercado a favor de la producción nacional que se genera por el detrimento de las condiciones competitivas de los productos originarios de la subregión.

No existe igualdad cuando se obliga a vender la producción subregional a precios más caros que la local, por lo que no es aceptable la posición de Venezuela al señalar que la norma en cuestión busca establecer condiciones de equilibrio entre los productos nacionales y los originarios de los Países Miembros.

Por lo que no se trata de una medida de efecto neutral, sino de una que viola el Principio de Trato Nacional porque discrimina en función del origen y genera entre los productos nacionales y del resto de la subregión condiciones de comercialización diferenciadas;

b) Consideraciones de Derecho: Desde el punto de vista doctrinario sostiene que *“el objeto del Principio de Trato Nacional es asegurar el libre movimiento de bienes en condiciones normales de competencia, mediante la eliminación de toda forma de protección que pueda resultar de medidas internas -y no solo actos relacionados con el acceso a los mercados- que discriminen entre productos nacionales e importados. Busca garantizar la neutralidad en la competencia en el mercado local entre los productos nacionales y los importados, lo que evidentemente no se da en el presente caso”*.

En el marco multilateral, los acuerdos de la OMC, del GATT, del GATS, reconocen el principio del Trato Nacional o no discriminatorio.

Indica también que a nivel comunitario, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha perfeccionado la aplicación del principio de Trato Nacional, como se desprende de la Sentencia del Proceso 03-AI-97 que dice: *“Los conceptos emitidos por el Tribunal sobre lo que significa el trato discriminatorio conciernen a la conducta de un Estado que mediante normas internas impone condiciones de cualquier orden a los productos importados o extranjeros, los cuales como consecuencia de ello se encuentran en una situación desfavorable en comparación con el trato o beneficios concedidos a favor de los productos nacionales”*; asimismo se refiere a la Sentencia del Proceso 14-AN-2001 que señala: *“la importancia de no discriminar como un principio primordial del comercio Internacional, y que se refiere al comercio sin discriminaciones el cual se materializa en la llamada regla de Trato Nacional como principio que informa el proceso de integración subregional”*. También sostiene que, en la misma sentencia el Tribunal indicó: *“La regla del ‘Trato Nacional’ dice relación con el hecho de que las mercancías nacionales y las importadas deben recibir un trato igualitario, al punto de que no se discrimine contra aquellas que provienen de otros países miembros del Acuerdo de que se trate o, en otras palabras, que los productos de un País Miembro puedan gozar en el otro País Miembro de un trato por lo menos igual al que se da a los productos de fabricación nacional”*.

Argumenta que el *“principio de trato nacional a diferencia del caso de las restricciones no admite excepciones, dado que resulta inadmisibles y un exabrupto jurídico emitir discriminaciones por razones de nacionalidad en acuerdos de Integración que tiene por objeto unificar mercados...”*.

Sostiene que el libre movimiento de los bienes es el objetivo del Programa de Liberación consagrado en el Capítulo V del Acuerdo y que constituye uno de los principales mecanismos para lograr los objetivos propios del proceso integracionista y el de obtener una formación gradual de un mercado común. Por lo que *“desde el punto de vista racional no existe medida que repudie más a un proceso integracionista como el andino que la existencia de discriminación por razón de origen o nacionalidad. Desde el punto de vista teleológico (método preeminente de interpretación del Derecho Comunitario), no sería posible cumplir con el objeto y fin de la integración si se permiten discriminaciones por medidas internas de cualquier índole entre las producciones nacionales y subregionales”*.

Finalmente, sostiene, que la violación del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena constituye también una violación del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Conclusiones:

La Secretaría General concluye:

1. La jurisprudencia del Tribunal ha aclarado el alcance del artículo 74 como aplicable a toda medida que resulte en situaciones desventajosas para los países de la subregión, aunque éstas no se refieran a cuestiones de índole tributaria.
2. El principio de Trato Nacional es consustancial e inmanente a las relaciones entre los socios andinos.
3. Venezuela reconoce Trato Nacional a terceros países pero no hace lo propio con sus socios andinos.
4. La obligación de no discriminar es condición necesaria para la consolidación del mercado ampliado, y base del libre movimiento de bienes, piedra angular de la integración.

Finalmente dice que *“esta Secretaría General se ratifica en el contenido de la demanda presentada y solicita al Tribunal que se ratifique en su jurisprudencia y declare el incumplimiento denunciado”*.

Con vista de lo anterior, **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,**

CONSIDERANDO:

1. Competencia

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

2. Naturaleza jurídica y características de la acción de incumplimiento

La acción de incumplimiento se encuentra regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación del Tribunal y en los artículos 107 a 120 de su estatuto; es el mecanismo

jurisdiccional que posibilita el control del cumplimiento por parte de los Países Miembros, de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En su mérito el Tribunal se encuentra facultado para conocer de las acciones de incumplimiento que sean interpuestas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, los Países Miembros, o las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro.

En reiteradas sentencias, este Tribunal comunitario, se ha referido a la naturaleza de la acción de incumplimiento, habiendo sostenido que, a través de dicha acción, se persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena. Este Tribunal asegura la observancia de la normativa jurídica andina así como el control de la legalidad del sistema, de acuerdo con lo previsto en su Tratado de Creación, que lo consagra como el Órgano Jurisdiccional de la Comunidad, con competencias para declarar e interpretar uniformemente el derecho comunitario y dirimir las controversias que surjan del mismo.

Para hacer uso de esta acción ante el Tribunal comunitario debe agotarse la vía administrativa previa que exige tanto su Tratado de Creación como su estatuto; sobre el particular, este Órgano Jurisdiccional en un fallo reciente ha señalado que: *“De las normas que regulan la acción en comento se desprende que antes de acudir al procedimiento judicial en el Tribunal, es indispensable que se adelante ante la Secretaría General de la Comunidad, un procedimiento precontencioso, que viene a constituir una especie de presupuesto procesal para la acción, que se materializa por el desarrollo de una fase previa administrativa en la que debe abrirse un diálogo entre el ejecutivo comunitario y el País Miembro presuntamente infractor, para buscar la solución del asunto controvertido en dicha etapa. Debe en esa fase otorgarse al País Miembro la oportunidad procesal para corregir o enmendar su conducta, a partir de la formulación de un pliego de cargos o nota de observaciones que puede, por supuesto, ser objeto también de explicaciones justificativas de la conducta asumida por el referido País Miembro. Resulta así mismo, indispensable la emisión de un dictamen motivado de cumplimiento o incumplimiento, en el cual se determine si, a criterio de la Secretaría General, la conducta asumida por el País Miembro es contraria o no al ordenamiento jurídico comunitario. Se observa que la jurisprudencia del Tribunal exige que debe existir correspondencia y suficiente congruencia entre las razones del incumplimiento aducidas en la nota de observaciones y las contenidas en el dictamen de incumplimiento con las alegadas posteriormente en la demanda que llegare a intentarse”* (Sentencia emitida en el Proceso 50-AI-2002, publicada en la G.O.A.C. N° 935 de 12 de junio de 2003).

Al respecto en el caso *sub iudice*, en lo relativo al incumplimiento alegado por la Secretaría General, respecto del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, este Tribunal estima que la Secretaría General ha dado oportunidad para que la República Bolivariana de Venezuela, argumente sobre la conducta observada, garantizándole su derecho de contradicción y defensa, al concederle un plazo para dar respuestas a las observaciones formuladas; de donde se desprende que la Secretaría General ha dado cumplimiento a lo establecido en la normativa comunitaria y, en

consecuencia, en la fase previa administrativa correspondiente a la causa, se observaron los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico; además se observa que existe congruencia entre la nota de observaciones, el dictamen de incumplimiento y la demanda.

3. Hecho constitutivo del incumplimiento denunciado

De los hechos expuestos en la demanda, de los fundamentos de derecho, así como de la Resolución N° 542 de 24 de agosto de 2001 que contiene el Dictamen de Incumplimiento N° 10-2001, se infiere que el incumplimiento de la República Bolivariana de Venezuela radica en haber contravenido lo dispuesto en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, que recoge el principio del Trato Nacional o de No Discriminación, al aplicar precios diferenciados o discriminatorios en contra de los cigarrillos, tabacos y picaduras importados, sin hacer excepción de las especies importadas originarias de los Países Miembros.

En efecto la República Bolivariana de Venezuela mediante el Reglamento de la Ley de Impuesto sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco, aprobado por Decreto N° 242 de 1979, en su artículo 16 dispone que *“Los precios de venta al público de las especies importadas, deberán guardar un equilibrio con los precios de venta de las especies de producción nacional. Las especies importadas no podrán ser ofrecidas al consumo a un precio de venta igual o menor de los establecidos para los cigarrillos, tabacos y picaduras de producción nacional”*.

4. Las Pruebas

Por auto de 14 de agosto de 2002 el Tribunal tiene por presentadas las pruebas de la parte actora en su escrito de demanda, por lo que el Tribunal no ameritó el otorgamiento de un término especial para la producción de nuevas pruebas, ya que todas las que se pretenden hacer valer son de naturaleza documental y fueron anexadas al escrito antes mencionado. Ellas serán apreciadas por el Tribunal con el mérito que les corresponda y servirán para ilustrar su criterio y formar la convicción que permita dictar el fallo.

Obran en autos, adjuntados a la demanda, en calidad de prueba los siguientes documentos: (i) Copia de la comunicación N° 350-2001-MITINCI/VMINCI/DNINCI de 10 de mayo de 2001 del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales del Perú, por la cual presentó a la Secretaría General de la Comunidad Andina una reclamación por supuesto incumplimiento por parte de la República Bolivariana de Venezuela del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena (folio 17, anexo D); (ii) copia de la comunicación SG-F/4.2.1/1128/2001 de 15 de junio de 2001 por la cual la Secretaría General emitió la Nota de Observaciones indicando al Gobierno de Venezuela que la aplicación del artículo 16 del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco pudiera estar violando el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena (folios 27 y 28, anexo E); (iii) copia de la comunicación SG-F/4.2.1/1201/2001 de 27 de junio de 2001 por la que la Secretaría General informó al Gobierno del Perú el envío de la Nota de Observaciones y el inicio de la investigación (folio 29, anexo F); (iv) copia de la comunicación SG-X/4.2.1/0879/2001 de 27 de junio de 2001 por la que la Secretaría General comunicó a los demás Países Miembros de la Nota de Observaciones emitida y les otorgó un plazo de 30 días para remitir cualquier comentario o información

(folio 30, anexo G); (v) copia de la comunicación N° 2223 de 3 de julio de 2001 de la Dirección General de Consultoría Jurídica del Ministerio de la Producción y el Comercio de Venezuela, por la que se solicitó la ampliación de 10 días del plazo concedido a la nota de observaciones para dar contestación (folio 31, anexo H); (vi) copia de la comunicación SG-F/4.2.1/1353/2001 de 16 de julio de 2001 por la cual se informó al Gobierno de Venezuela la concesión de la ampliación del plazo para contestar la Nota de Observaciones (folio, 32, anexo I); (vii) copia de la comunicación de 30 de julio de 2001, por la que el Gobierno de Venezuela respondió la Nota de Observaciones SG-F/4.2.1/1128.2001 (folios 33 y 34, anexo J); (viii) copia del recurso de reconsideración contra la Resolución 542 interpuesto de manera extemporánea por el Gobierno de Venezuela, por comunicación N° 000971 del Ministerio de la Producción y del Comercio, recibido por la Secretaría General el 19 de octubre de 2001 (folios 35 a 45, anexo K).

En lo que se refiere a la falta de contestación oportuna de la demanda, el Tribunal reitera que tendrá ésta por contradicha, es decir, que se presumirá que el País Miembro demandado la niega en todos sus términos y pretende su desestimación, sin que ello signifique que los hechos sostenidos en su escrito de conclusiones presentado con motivo de la audiencia pública, se tengan como sustitutivos de los que pudo hacer valer oportunamente. Sin embargo, los argumentos que estuvieren respaldados en pruebas que hayan sido legalmente presentadas por la parte contraria, y que sean pertinentes, serán estimados.

Con referencia a las pruebas aportadas, conforme a lo señalado por el Tribunal con base en el artículo 74 de su estatuto, se estima pertinente reiterar que: *“...las pruebas deben ofrecerse, decretarse, practicarse e incorporarse al proceso en la forma, oportunidades y términos señalados en el citado instrumento. Y en la doctrina se ha precisado que un documento tendrá validez como prueba si cumple ciertos requisitos que ‘pueden radicar en el documento o en el procedimiento para su aportación al proceso’, señalando como una de tales exigencias el que los documentos ‘hayan sido llevados y admitidos al proceso en oportunidad y con los requisitos legales, porque si bien su incumplimiento no vicia de nulidad el documento en sí mismo, sí invalida su aportación y le quita su valor como prueba’ (DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. “Compendio de Derecho Procesal”, tomo II, Pruebas Judiciales; séptima edición; páginas 411 y 417)”* (Proceso 34-AI-2001, publicado en la G.O.A.C. N° 839 de 25 de septiembre de 2002). En el caso de autos, la contestación a la demanda fue presentada de forma extemporánea por lo que se la tuvo por contradicha y sólo se tendrán en cuenta las pruebas aportadas por la parte actora. En consecuencia dichas pruebas serán apreciadas por este Tribunal con el mérito que corresponda.

5. El principio del Trato Nacional o de No Discriminación en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena dentro del Programa de Liberalización

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

El principio del Trato Nacional, es de antigua data y se encuentra recogido en los acuerdos de libre comercio clásicos y en los modernos. El citado principio está

contemplado en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), en el Tratado de Montevideo de 1980, mediante el cual se constituyó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y en el Acuerdo de Marrakech de 1994, a través del cual se constituyó la Organización Mundial de Comercio (OMC), entre otros.

Encontrándose la norma de Trato Nacional contenida en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, dentro del Capítulo V, referente al Programa de Liberación, es conveniente referirnos a algunos principios en que se fundamenta dicha normativa.

Como lo ha sostenido este Tribunal el Programa de Liberación tiene por objeto eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios de cualquier País Miembro (artículo 71 del Acuerdo de Cartagena); esta norma en concordancia con el artículo 74 del mismo Acuerdo, relacionada a materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, que dispone que los productos originales de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos nacionales similares, dentro del contexto del referido Capítulo V, constituye uno de los mecanismos principales a utilizarse para alcanzar los objetivos propios del proceso integracionista y en especial para obtener la formación gradual de un mercado común.

Al respecto como sostiene este Tribunal *“en el estado actual del desarrollo de la integración subregional andina se ha llegado ya a un momento en que puede construirse una doctrina sólida y consistente que desarrolle el principio de libre circulación de mercancías como un instrumento orientador para la interpretación y aplicación del derecho comunitario ... que progresivamente permita el desenvolvimiento interno del intercambio en condiciones análogas a las de un mercado nacional ... la organización del mercado común incluye la eliminación de los obstáculos que se impone a la libre circulación de bienes, de personas, de servicios y de capitales ... en la búsqueda y grados superiores de integración para hacer tránsito hacia el mercado común latinoamericano establecido en el artículo 1° del Acuerdo de Cartagena como meta primordial del proceso de integración andina ...”* todo ello en consonancia con el artículo 3° del mismo Acuerdo que *“... señala como mecanismo para alcanzar los objetivos del acuerdo la organización y establecimiento de un programa de liberación de intercambio comercial, más allá de los compromisos derivados de la ALADI y del establecimiento de un Arancel Externo Común. No cabe duda de que en virtud de estos instrumentos la libertad de circulación de mercancías constituyen hoy una etapa avanzada en el proceso de integración andina hasta el punto de que es el momento oportuno para que la jurisprudencia comunitaria y la doctrina desarrollen la libertad esencial de circulación de mercancías como paradigma para el avance de la integración a nivel andino y latinoamericano”*. (Sentencia emitida en el Proceso 2-AI-96, publicado en la G.O.A.C. N° 289 de 27 de agosto de 1997).

En consecuencia, cualquier obstáculo o impedimento a la libre importación de mercancías que vaya contra los objetivos precedentemente indicados se constituye en una restricción al comercio, mucho más si la misma tiene el carácter discriminatorio como es en el caso sub iudice, en donde la situación fáctica de que los cigarrillos provenientes de los otros Países Miembros no pueden venderse a un

precio igual ni menor que los precios establecidos para los nacionales, se constituye en una restricción al dificultar la circulación de mercancías, conducta ésta que cae dentro de las previsiones referentes a restricciones de todo orden, mucho más si el Tribunal ha sostenido que por medida restrictiva se entiende cualquier acto imputable a una autoridad pública con efecto limitativo sobre las importaciones, resultando de todo ello que el Trato Nacional constituye un derecho esencial, inmanente y consubstanciado con la naturaleza y los objetivos de la propia integración.

En el Acuerdo de Cartagena, el principio del Trato Nacional, como se ha indicado, está recogido en el artículo 74, que establece: *“En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de un tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales”*.

Esta norma primaria y esencial es clara, al establecer que los productos de los Países Miembros, gozarán en el territorio de otro País Miembro, de un trato similar al aplicado a los productos domésticos, en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos. Es decir, la aplicación del principio del Trato Nacional en la Comunidad Andina, significa una prohibición expresa al trato discriminatorio a productos importados entre los Países Miembros. Sobre este tema este Tribunal ha sostenido *“Los conceptos emitidos por el Tribunal sobre lo que significa el trato discriminatorio concierne a la conducta de un Estado que mediante normas internas impone condiciones de cualquier orden a los productos importados o extranjeros, los cuales como consecuencia de ello se encuentran en una situación desfavorable en comparación con el trato o beneficios concedidos a favor de los productos nacionales En consecuencia ... los productos originarios de los Países Miembros deben disfrutar de trato nacional y no discriminatorio, no solo en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes, sino ‘en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y uso de estos productos en el mercado interior’ según el lenguaje de la OMC y del G-3 ...”*. (Sentencia emitida en el proceso 3-AI-97, publicada en la G.O.A.C. N° 422 de 30 de marzo de 1999).

Una conducta censurable por parte de un País Miembro, como en el caso de autos, puede constituirse por la adopción de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, y dichas normas, en el ámbito estrictamente comercial, pueden restringir el libre comercio, como en el presente caso, al hacer discriminaciones que desnaturalizan los objetivos que fundamentan la integración subregional andina.

El Tribunal ha manifestado que *“La noción de discriminación, implica tanto el manejo diferente de situaciones similares como el manejo idéntico de situaciones diferentes”*. (Proceso 4-AI-96 citado en la Sentencia emitida dentro del proceso 3-AI-97 ya citado).

Al respecto, es oportuno referirse a una sentencia, citada anteriormente por este Tribunal, pronunciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: *“Procede recordar que según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el principio de no discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del Art.*

40 del Tratado CE, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado. (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de abril de 1997, asunto C-22/94, The Irish Farmers Association y otros y Minister For Agriculture, Food and Forestry, Irlanda y Attorney General, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, 1997-4 página 1842)". (Sentencia emitida en el proceso 3-AI- 97, ya citado).

En consecuencia el referido artículo 16 del Decreto N° 242 de 1979 constituye una objetiva y flagrante violación al principio de Trato Nacional consagrado en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena al establecer una discriminación a los productos tabacaleros importados, incluso a aquellos originarios de otros Países Miembros, que configura y materializa los supuestos de la violación del indicado principio del Trato Nacional, constituyendo por tanto tal conducta un incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

6. Configuración del incumplimiento en relación con el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal

En el presente caso, consta en autos que el País Miembro denunciado, al expedir el Reglamento de la Ley de Impuesto sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco, y establecer a través del artículo 16, que los cigarrillos importados -incluso aquellos originarios de otros Países Miembros- no pueden venderse a igual o menor precio que los productos similares nacionales, lo que implica que aquellos deben tener un precio superior que los nacionales, lo que vulnera el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo cual constituye un incumplimiento objetivo.

Al respecto, este Organismo Jurisdiccional en el fallo dictado dentro del Proceso 16-AI-2000, señala que: "*Una simple lectura del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal permite deducir que son dos los principios fundamentales del derecho comunitario que por él se tutelan: el de su aplicación directa y el de su preeminencia. Por el primero se entiende la capacidad jurídica de la norma comunitaria para generar derechos y obligaciones que los ciudadanos de cada País puedan exigir ante sus tribunales nacionales. Por el de la preeminencia, que se deriva de la aplicación directa, se comprende la virtud que tiene la norma comunitaria de ser imperativa y de primar sobre la de derecho interno.*

Estos principios o características del derecho comunitario se materializan en el artículo 4° del tratado (sic) Fundacional cuando su texto impone a los países que integran la Comunidad Andina las dos obligaciones básicas de "hacer" y de "no hacer" a que él se refiere.

Por la primera de las obligaciones citadas, los Países Miembros adquieren el compromiso de adoptar toda clase de medidas -sean de tipo legislativo, judicial, ejecutivo, administrativo, o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda deben abstenerse de adoptar toda medida, o de asumir cualquier conducta que pueda contrariar u

obstaculizar dicho ordenamiento. Por lo demás, lo dicho abarca también los niveles regionales y descentralizados del estado (sic) y, por supuesto, a los particulares nacionales de dichos estados, quienes también son sujetos de tal ordenamiento en las materias que lo conforman.

Debe precisarse, así mismo, que las obligaciones previstas en el artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, están referidas al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente definido en el artículo 1° del mismo Tratado. De donde se concluye que bien sea que se trate de normas de derecho primario o de normas de derecho derivado, deben por igual ser respetadas y acatadas tanto por los organismos (sic) y funcionarios de la comunidad como, y sobre todo, por los Países Miembros". (Proceso 16-AI-2000, de 24 de noviembre de 2000, Secretaría General contra Colombia, publicada en la G.O.A.C. N° 639 de 9 de febrero de 2001).

En el caso de autos, el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, está incumpliendo una obligación de no hacer, contemplada en las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, que se plasma en el hecho de haber establecido discriminación de productos originarios de la Comunidad Andina al expedir el Reglamento de la Ley de Impuesto sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco, con lo cual contraviene el principio del Trato Nacional o de No Discriminación recogido en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena, al dar un tratamiento menos favorable a los cigarrillos, tabacos y picaduras importados de los Países Miembros.

Con fundamento en las consideraciones anteriores,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en ejercicio de la competencia que le asigna la Sección Segunda, del Capítulo III, de su Tratado de Creación

Decide:

PRIMERO: Declarar el incumplimiento por parte de la República Bolivariana de Venezuela del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por la violación del principio del Trato Nacional a los cigarrillos, tabacos y picaduras importados de los Países Miembros y en consecuencia, la República Bolivariana de Venezuela deberá adoptar las medidas internas necesarias para cesar de inmediato en la conducta contraventora de las normas del ordenamiento jurídico andino señaladas en esta sentencia.

SEGUNDO: Condenar a la demandada al pago de las costas causadas con ocasión de la presente acción de incumplimiento, de conformidad con el artículo 81 de su reglamento interno, y en consideración de la respectiva solicitud formulada en el escrito de demanda.

Notifíquese la presente sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 98 del estatuto del Tribunal, y remítase copia certificada a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo previsto en el artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Walter Kaune Arteaga
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 23-AN-2002

Acción de nulidad interpuesta por la República del Perú, en contra de las resoluciones N° 559 y su confirmatoria N° 585 expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito, el diecinueve de agosto del año dos mil tres, en la acción de nulidad interpuesta por la República del Perú, en contra de las resoluciones N° 559 de 31 de octubre de 2001, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 727 de 5 de noviembre de 2001 y su confirmatoria N° 585, de 11 de enero de 2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 749 de 14 de enero de 2002, ambas emanadas de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

VISTOS

El oficio N° 34-2002-MITINCI/VMINCI, de 25 de febrero de 2002, recibido en este Tribunal el 5 de marzo del mismo año por el cual el Vice Ministro de Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales de la República del Perú, amparado en el artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal demanda la nulidad de las resoluciones N° 559 y su confirmatoria N° 585 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, que dispone la suspensión del procedimiento establecido en el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena mientras se adelanta la investigación antidumping abierta mediante Resolución N° 534 y la suspensión inmediata de la aplicación de las medidas correctivas adoptadas.

El auto de 24 de abril de 2002, por el cual el Tribunal decide admitir a trámite la demanda "... y ordenar su notificación a la parte demandada... negar la suspensión provisional de Resolución 559...".

El escrito de contestación a la demanda presentado por la Secretaría General de la Comunidad Andina en fecha 5 de junio de 2002.

El auto de 28 de junio de 2002, por medio del cual el Tribunal admite la contestación a la demanda y a la Secretaría General como parte demandada, acepta las pruebas presentadas por las partes y convoca a Audiencia Pública para el día 25 de julio de 2002.

El escrito de 22 de julio de 2002, por el cual la Secretaría General solicita al Tribunal se fije nueva fecha para la realización de la audiencia pública convocada para el 25 del mismo mes, arguyendo que en esa fecha no podrá asistir debido al período ochenta y tres de sesiones ordinarias de la comisión.

El escrito de 23 de julio de 2002, por el que la República de Perú manifiesta su conformidad con la petición formulada por la Secretaría General respecto de la postergación de la audiencia pública.

El auto de 24 de julio de 2002, por el que el Tribunal niega las solicitudes de postergación de la audiencia pública y mantiene la fecha fijada para la realización de la misma.

El recurso de reconsideración del auto de 24 de julio de 2002, de fecha 25 de julio de 2002, interpuesto por la Secretaría General de la Comunidad Andina, pidiendo fijar una nueva fecha para la realización de la audiencia pública.

El recurso de reconsideración del auto de 24 de julio de 2002, de fecha 25 de julio de 2002, interpuesto por la República del Perú, solicitando fijar una nueva fecha para la realización de la audiencia pública.

El auto de 14 de agosto de 2002, por el que el Tribunal desestima los recursos de reconsideración ejercidos por las partes contra el auto de fecha 24 de julio de 2002.

La acta de audiencia pública instalada el 25 de julio de 2002 en cumplimiento del auto de fecha 28 de junio de 2002, a la que no concurrieron los representantes de las partes.

El auto de veintiuno de mayo de 2003, por el que el Tribunal solicitó a la Secretaría General remitir la Resolución Viceministerial 02-2002-MITINCI-VMINCI de 25 de febrero de 2002, por la que el Gobierno del Perú procedió a suspender la aplicación de las medidas a las que se refiere la Resolución Viceministerial 009-2001 MITINCI/VMINICI del 3 de septiembre de 2001, la misma que es remitida a este Tribunal por oficio SG-C/0.5/941/2003 de 2 de junio de 2003.

Las demás actuaciones que obran en el expediente.

Antecedentes:

1. De la demanda

Por oficio N° 34-2002-MITINCI/VMINCI de 25 de febrero de 2002 el Vice Ministro de Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales del Perú, amparado en el artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal demanda la nulidad de las resoluciones N° 559 y su confirmatoria la N° 585 de la Secretaría General, por la que se suspende el procedimiento iniciado por la República del Perú al amparo del artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, mientras se

adelanta la investigación antidumping abierta mediante Resolución N° 534 y dispone la suspensión de inmediato de la aplicación de las medidas correctivas.

1.1. Antecedentes de la Resolución Impugnada

La República del Perú, sostiene que el 9 de julio de 2001, “la empresa Vidriería 28 de Julio S.A.C. presenta al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (MITINCI), una solicitud de imposición de la Cláusula de Salvaguardia Andina contra las siguientes mercancías procedentes de las Repúblicas de Colombia y Ecuador: P.A. 7604.10 Barras y perfiles de aluminio sin alear; P.A. 7604.20 Barras y perfiles de aleaciones de aluminio; P.A. 7608.10 Tubos de aluminio sin alear; P.A. 7608.20 Tubos de aleaciones de aleados”.

El Vice Ministerio de Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, habiendo corroborado la información presentada por la empresa solicitante y al amparo del artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, emite resolución en la que decide aplicar derechos correctivos provisionales ad-valorem FOB de un 12% sobre las importaciones de perfiles, barras y tubos de aluminio, aleados y sin alear, originarias y procedentes de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela.

El 5 de octubre de 2001, la República de Perú, mediante oficio N° 178-2001-MIRINCI/VMINCI, presenta informe a la Secretaría General de la Comunidad Andina, “solicitando que se dé inicio al procedimiento de la verificación para la imposición final de la medida de salvaguardia andina”. Para tal efecto, alega que se acogió a lo dispuesto por el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena que dispone: “La Secretaría General, dentro de un plazo de sesenta días siguientes a la fecha de recepción del mencionado informe, verificará la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma y emitirá su pronunciamiento, ya sea para suspender, modificar o autorizar dichas medidas, las que solamente podrán aplicarse a los productos del País Miembro donde se hubiere originado la perturbación”.

Sin embargo, el 31 de octubre de 2001, la Secretaría General emite la Resolución N° 559, “en la que sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, resuelve ilegalmente suspender el procedimiento señalado en el artículo 109 y ordena además, al Gobierno del Perú, levantar de inmediato las medidas correctivas provisionales impuestas mediante Resolución Vice Ministerial N° 009-2001-MITINCI-VMINCI, violando así lo dispuesto en la normativa andina”.

1.2 Análisis de la materia controvertida

La demandante señala que la Secretaría General basa la Resolución N° 559 “en la supuesta duplicidad de los Procedimientos de Antidumping y Salvaguardia seguidos tal (sic) Organo comunitario, así como en la mayor especialización de un procedimiento sobre otro”.

Manifiesta que “actualmente la empresa vidriería 28 de Julio S.A.C., viene siguiendo un procedimiento de investigación para la autorización de derechos antidumping a las importaciones de productos de aluminio, producidos por dos productores (empresas) específicos de Colombia y Ecuador, los que estarían exportando dichos productos al Perú por debajo de su valor normal de

comercialización, lo cual ejemplifica un caso típico de competencia desleal (dumping)” y que por otro lado se tiene a la medida de salvaguardia provisional impuesta por el Perú, la cual fue debidamente presentada ante la Secretaría General para su examen y verificación, “cuya naturaleza jurídica y económica es totalmente distinta de la de competencia desleal o dumping, ya que se sustenta en el aumento de las importaciones que causan perjuicio (daño grave) a una rama de la producción nacional y no en el manejo desleal de precios, como es en el referido caso de dumping”.

Después de citar y analizar la normativa andina referente al dumping (artículo 105 del Acuerdo de Cartagena, Decisión 456 artículos 1, 2 y 18) y a la Salvaguardia (Acuerdo de Cartagena artículo 109) sostiene que “se puede constatar que los objetivos de los Procedimientos de Dumping y de Salvaguardias (sic) obedecen a supuestos distintos y por ende buscan solucionar problemas distintos. Por un lado, la imposición de derechos antidumping buscan equilibrar las condiciones de competencia de precios, mientras que las medidas de salvaguardia buscan salvaguardar (sic) a una rama de la industria nacional, del perjuicio causado por el incremento de las importaciones ... que no existe en el ordenamiento jurídico comunitario norma que establezca que ambos procedimientos son incompatibles entre sí ... tampoco existe norma procesal ni sustantiva que señale que el procedimiento de dumping resulta más específico o especializado que el de salvaguardias; (sic) toda vez que cada uno de ellos responde a supuestos fácticos y jurídicos distintos”.

Indica que la Secretaría General “está obligada a pronunciarse sobre la procedencia de una medida de salvaguardia con base a la verificación de la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma, mas no está facultada a suspender un procedimiento de investigación en virtud de consideraciones no contempladas en norma alguna”.

1.3. Fundamentos de derecho acerca de la nulidad de las resoluciones N° 559 y N° 585 expedida (sic) por la Secretaría General de la Comunidad Andina

La demandante señala que de acuerdo a lo establecido en el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena “Cuando ocurran importaciones de productos originarios de la Subregión, en cantidades o en condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un País Miembro, éste podrá aplicar medidas correctivas, no discriminatorias, de carácter provisional, sujetas al posterior pronunciamiento de la Secretaría General.

El País Miembro que aplique las medidas correctivas, en un plazo no mayor de sesenta días, deberá comunicarlas a la Secretaría General y presentar un informe sobre los motivos en que fundamenta su aplicación. La Secretaría General, dentro de un plazo de sesenta días siguientes a la fecha de recepción del mencionado informe, verificará la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma y emitirá su pronunciamiento, ya sea para suspender, modificar o autorizar dichas medidas, las que solamente podrán aplicarse a los productos del País Miembro donde se hubiere originado la perturbación. Las medidas correctivas que se apliquen deberán garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años”, por cuya razón manifiesta que

debe verificar la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la distorsión en dicho mercado y recién después deberá pronunciarse, ya sea para autorizar, modificar o suspender la medida puesta a su conocimiento.

Indica que sus consideraciones al momento de emitir la Resolución N° 559 no tienen validez, ni efectos jurídicos por cuanto no se sustentan en norma sustantiva ni de procedimiento relacionados con el procedimiento de salvaguardias.

Considera que la Secretaría General actuó en abierta oposición a lo señalado en la normativa andina en materia de salvaguardias, toda vez que *“sin más argumentos que una supuesta mayor ‘especialización’ del procedimiento de dumping frente al de salvaguardias resuelve que el Gobierno del Perú debe levantar la medida de salvaguardia impuestas (sic) a la importación de barras, y perfiles de aluminio originarios de la subregión”*.

Sostiene, que la Resolución N° 559 y su confirmatoria la N° 585, son nulas de pleno derecho, porque se dan de manera concurrente las tres causales de nulidad previstas por el artículo 12 de la Decisión 425, éstas son:

- a) Cuando contravengan el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina;
- b) Cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; y,
- c) Cuando se hubiesen dictado por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento.

Manifiesta que *“la Resolución 559 ha sido emitida en abierta violación del orden comunitario, puesto que lejos de pronunciarse sobre la procedencia de una medida de salvaguardia con base a la verificación de la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma, tal como lo dispone el propio Acuerdo de Cartagena en su Artículo 109, suspende el procedimiento de investigación en virtud de consideraciones no contempladas en norma alguna y que esta conducta constituye un caso típico de desviación de poder, toda vez que la Secretaría General ... actuó más allá de las facultades para las que estaba autorizada...”*, por cuanto en el presente caso la Secretaría General no realizó la verificación que estaba obligada según lo dispuesto en el Acuerdo de Cartagena.

1.4. Conclusiones

La demandante señala como conclusiones:

“1. Los procedimientos de Dumping y Salvaguardia obedecen a supuestos económicos y jurídicos distintos. En este sentido, el ordenamiento jurídico andino no contiene normas sustantivas ni procesales que privilegien un procedimiento sobre otro; tampoco existe normativa que disponga la incompatibilidad del Procedimiento de Dumping con el de Salvaguardias.

2. El artículo 109 del Acuerdo de Cartagena señala expresamente que la Secretaría General se pronunciará dentro del Procedimiento de Salvaguardia una vez verificada la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma, informadas por el País Miembro que impuso las medidas correctivas.

3. La Resolución N° 559 deviene en nula de pleno derecho por haberse dictado contraviniendo el ordenamiento jurídico comunitario, específicamente el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, los Artículos 8° y 10° de la Decisión 425”.

1.5. Petitorio

Finalmente, solicita al Tribunal declare la nulidad de las resoluciones N° 559 y N° 585 de la Secretaría General, se ordene la suspensión provisional de la ejecución de la Resolución N° 559, por considerar que su aplicación podría generar un grave perjuicio a la rama de la producción nacional, y al ser la presente una acción de puro derecho se abstiene de presentar medios probatorios.

2. De la contestación a la Demanda

Mediante oficio SG-C/1.8/00762/2002, de fecha 5 de junio de 2002, la Secretaría General de la Comunidad Andina contesta a la demanda de nulidad interpuesta por la República de Perú contra las resoluciones N° 559 y su confirmatoria la N° 585, pidiendo se declare infundada la demanda y se confirme la validez de ambas normas comunitarias impugnadas.

2.1. Acerca de la indebida invocación simultánea de la salvaguardia del artículo 109 del Acuerdo de Cartagena y de la normativa antidumping

Señala que el 28 de junio de 2001 recibió una comunicación de la Empresa peruana Vidriería 28 de Julio S.A.C. (Corporación Furukawa) mediante la cual dicha empresa solicitaba que se iniciara una investigación antidumping para las importaciones de perfiles, barras y tubos de aluminio comprendidos en la partidas NANDINA 76.04 y 76.08, provenientes de Colombia y Ecuador.

Mediante Resolución N° 534 de 2 de agosto de 2001, la Secretaría General inició una investigación antidumping para las importaciones peruanas de los productos comprendidos en las subpartidas NANDINA 7604.21.00, 7604.29.20 y 7608.20.00, producidos o exportados por Colombia, y de los productos comprendidos en las subpartidas 7604.29.20 y 7608.20.00 producidos o exportados por Ecuador.

El 10 de octubre de 2001, el Gobierno de Perú, informó a la Secretaría General *“la imposición de una medida de salvaguardia mediante la Resolución Viceministerial 009-2001-MITINCI/VMINCI...esta medida se aplicó a las importaciones de los productos comprendidos en las subpartidas NANDINA 7604.21.00, 7604.29.20 y 7608.20.00 originarias de la Comunidad Andina, invocando lo establecido en el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena”*.

La Secretaría General sostiene que *“existió una indebida invocación simultánea de la salvaguardia del artículo 109 del Acuerdo de Cartagena y de la normativa antidumping comunitaria. Efectivamente, frente a una misma situación...la empresa afectada solicitó al mismo tiempo la imposición de derechos antidumping y las restricciones comerciales bajo la forma de salvaguardias comerciales”*.

Manifiesta que el artículo 105 del Acuerdo de Cartagena contiene las normas específicas para los casos de distorsiones en la competencia dentro de la subregión

ocasionadas por prácticas tales como el dumping y que es la normativa antidumping, al ser ésta más especializada, la que tiene que regir el caso. Que en opinión de la Secretaría General la situación denunciada por la Empresa Vidriera 28 de Julio S.A.C. debía ser manejada por la normativa antidumping, no solo porque ya se encontraba en curso una investigación antidumping cuando se invocó la cláusula de salvaguardia, sino precisamente porque ésta es especial para atender los casos de perjuicio a la producción nacional ocasionados por distorsiones en la competencia.

Indica que la indebida aplicación de las medidas restrictivas de salvaguardia ocasionó un desplazamiento de las importaciones procedentes de Colombia y Ecuador a favor de terceros países (mayormente Chile), en el último trimestre del año 2001. Lo cual corrobora lo señalado en la Resolución N° 585.

2.2. Sobre la validez de las Resoluciones impugnadas y la mayor especialización del procedimiento antidumping frente al de salvaguardias

La Secretaría General considera que si bien ambos son mecanismos que permiten atender situaciones de perjuicio sufrido por una producción local, la justificación jurídica y económica de una salvaguardia es distinta de aquella de una medida antidumping.

En las medidas de salvaguardia *“un país se exceptúa del cumplimiento de un compromiso comercial por el incremento de importaciones en cantidades o condiciones tales que afecte a su producción, sin que se alegue la existencia de prácticas desleales de comercio”*, en las medidas antidumping, *“se trata de corregir la práctica desleal de un exportador cuyas ventas realizadas a precios por debajo estén afectando a la producción del país importador”*, por lo que la Secretaría General con la Resolución N° 559 consideró *“improcedente la aplicación de las medidas correctivas mientras estuviera pendiente la investigación antidumping solicitada por la empresa peruana...”*.

En dicha Resolución la Secretaría General no consideró adecuado que, *“frente a una situación de perjuicio sobre los mismos productores y relativa a los mismos productos, se invocaran simultáneamente y en forma paralela, cláusulas de salvaguardia y medida antidumping”*, por lo que la Resolución N° 559 suspendió el procedimiento solicitado por el Perú.

Mediante Resolución N° 609 la Secretaría General encontró evidencias de que la producción peruana sufrió un daño importante, y que ese daño era atribuible a ciertas importaciones de origen subregional que ingresaban al mercado peruano en condiciones de dumping. Por esta razón la Secretaría General impuso medidas correctivas a las importaciones originarias de la subregión, por un plazo de dos años e favor de la producción nacional peruana.

En opinión de la Secretaría General aplicar de manera simultánea y coincidente medidas antidumping y de salvaguardia sobre los mismos productores o productos, equivaldría a sancionar doblemente una misma conducta.

2.3. Sobre la verificación de la perturbación y el origen de las importaciones

La Secretaría General indica que es posible que, aún luego de impuestas ciertas medidas antidumping, un País

Miembro considere que su producción nacional continúa siendo afectada por importaciones comunitarias, pudiendo, teóricamente, justificarse la autorización de medidas de salvaguardia sobre productos que ya son objeto de medidas antidumping, pero en este caso, *“correspondería al gobierno del País Miembro demostrar que la producción nacional está siendo afectada por importaciones de origen comunitario, cuyos efectos no alcanzan a ser corregidos por las medidas antidumping ya impuestas”*, es decir, la carga de la prueba correspondía al Gobierno del Perú.

La perturbación aludida por la Empresa Vidriera 28 de Julio S.A.C. no es sólo consecuencia y resultado directo, exclusivo e inmediato de las importaciones provenientes de Colombia y Ecuador (necesario para aplicar una salvaguardia según la sentencia del Proceso 04-AN-97), sino que han existido prácticas desleales anteriores en el mercado peruano, por lo que *“las prácticas de dumping fueron argumento utilizado por la empresa peruana ante la Secretaría General para sustentar el perjuicio a su producción”*.

Indica que *“hay otros factores que pudieran explicar el daño aludido por la empresa productora peruana que deben ser recogidos y analizados en el informe presentado por el Gobierno del Perú a la Secretaría General, antes de aplicar medidas provisionales de salvaguardia”*.

2.4. Nulidad de pleno derecho de las resoluciones N° 559 y N° 585

Indica que el Gobierno del Perú no ha demostrado que las resoluciones impugnadas se encuentren afectadas por algún vicio de nulidad, ya que éstas no se dictaron en contravención de normas del ordenamiento jurídico andino, su contenido no es de imposible ni de ilegal ejecución, ni fueron dictadas por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales de procedimiento. Asimismo sostiene, que dichas resoluciones están revestidas de presunción de legalidad y ejecutoriedad, por lo que deben ser aplicadas por los Países Miembros mientras no se declare su nulidad.

Argumenta además, que no se ha producido una desviación de poder, toda vez que tampoco se ha demostrado que la Secretaría General al dictar las resoluciones N° 559 y N° 585 haya actuado con una finalidad distinta a la prevista en la normativa comunitaria.

2.5. Conclusiones

Sostiene que las resoluciones N° 559 y N° 585 de la Secretaría General fueron expedidas con base en normas jurídicas comunitarias vigentes, y que dichas resoluciones fueron adoptadas con apego estricto a las normas del ordenamiento jurídico andino y dentro del marco de competencias de la Secretaría General, por lo que la demanda debe ser desestimada.

2.6. Petitorio

Finalmente la Secretaría General de la Comunidad Andina solicita al Tribunal declare sin fundamento la acción interpuesta por la República de Perú, así como la expresa condena al accionante para el pago de costas.

3. Audiencia Pública

En fecha 25 de julio de 2002, en la Sala de Audiencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se instaló el

acto de audiencia pública dentro del Proceso 23-AN-2002, a la que no asistieron los representantes de las partes.

Considerando:

Que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de la presente controversia en virtud del artículo 17 de su Tratado de Creación, en concordancia con las normas del título tercero, capítulo I, de su estatuto y del título segundo de su reglamento interno, en las que se regula lo pertinente a la acción de nulidad;

Que se han observado las formalidades procedimentales inherentes a la acción de nulidad, incluidas las contempladas en los artículos 74, 75, 76 y 77 del Reglamento Interno del Tribunal, sin que se advierta irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado; y,

Que el estado de la causa es el de dictar sentencia, para lo cual el Tribunal estima necesario referirse a los siguientes aspectos:

1. Naturaleza y características de la Acción de Nulidad

Es criterio uniforme que la acción de nulidad es el procedimiento de control de la legalidad, que se constituye en el fundamento del régimen de derecho comunitario.

Las normas comunitarias de derecho positivo que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, se encuentran enumeradas en el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal, cuya validez de los literales c), d) y e) puede ser puesta en tela de juicio por medio de la acción de nulidad, la misma que es *“de acción pública por esencia ya que se consagra en beneficio de la legalidad y no para proteger directamente intereses particulares o subjetivos”*, como lo señala el tratadista Fernando Uribe Restrepo. (Uribe Restrepo, Fernando, *“El Derecho de la Integración en el Grupo Andino”*. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, p. 77, 140).

Por medio de dicha acción se garantiza el principio de legalidad que es consustancial a todo régimen jurídico y se institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia del principio de la jerarquía normativa inserta en el mencionado artículo 1 del Tratado de Creación.

El artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal dispone que: *“Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado”*.

Con relación a la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino, el Tribunal ha expresado: *“Resulta por tanto de claridad meridiana que la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino, es la tutela*

del mismo, a fin de que aquélla quede sin efecto por contrariar las normas superiores de derecho; sin que a ese respecto la norma transcrita precise otras condiciones restrictivas para el pronunciamiento del Tribunal acerca de la decisión de la acción de nulidad interpuesta en tiempo hábil.

Esta acción, si bien subjetiva por lo que respecta a la legitimación para interponerla, es en cambio, de carácter predominantemente objetivo en cuanto se encuentra consagrada en interés general a fin de que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior categoría, y por ello en el sistema recursorio andino su ejercicio no persigue, cuando menos en forma directa, el restablecimiento de derechos particulares y concretos, sino, se repite, el imperio de la jerarquía normativa, característica de todo ordenamiento jurídico”. (Proceso 1-AN-96, publicado en la G.O.A.C. N° 520 de 20 de diciembre de 1999).

2. Del objeto de la controversia

De una parte se tiene, dentro de las cláusulas de salvaguardia, las medidas correctivas provisionales, que por Resolución Vice-Ministerial N° 009-2001-MITINCI/VMINCI de 3 de septiembre de 2001, la República del Perú, con base en los fundamentos contenidos en la misma -considerando que el 9 de julio la Empresa Vidriería 28 de Julio S.A.C. solicitó al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales la imposición de una medida de salvaguardia andina, al amparo de lo dispuesto en el Acuerdo de Cartagena; que para la imposición de una medida de salvaguardia es necesario que se de *“un aumento en las importaciones en determinadas condiciones, de productos originarios de la Subregión, que causen perturbación en la producción nacional del producto similar al producto importado”*; que de la evaluación preliminar se puede concluir que existen evidencias de la aplicación de una medida de salvaguardia por encontrarse indicios ciertos de perturbación de la producción nacional de perfiles y tubos de aluminio aleado y que dichas medidas correctivas son provisionales de carácter no discriminatorio-resolvió *“aplicar derechos correctivos provisionales ad valorem FOB de un 12% sobre las importaciones de perfiles, barras y tubos de aluminio, aleados y sin alea, productos comprendidos en las subpartidas arancelarias 7604.21.00.00, 7608.20.00.00, originarios y procedentes de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela”*.

De otra parte la Secretaría General, mediante Resolución N° 559 dispuso en la parte resolutive de la misma lo siguiente: *“suspender el procedimiento establecido en el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, para las importaciones peruanas de perfiles, barras y tubos de aluminio, originarios de la Comunidad Andina, mientras se adelanta la investigación antidumping abierta mediante Resolución 534 de la Secretaría General ... suspender inmediatamente la aplicación de las medidas correctivas adoptadas sobre las importaciones de perfiles, barras y tubos de aluminio, aleados y sin alea, originarios de los Países Miembros de la Comunidad Andina”*.

De donde resulta que el objeto de la controversia emerge de la Resolución N° 559 de la Secretaría General, confirmada por la Resolución N° 585, mediante la cual suspende el procedimiento de las medidas correctivas y dispone se

suspenda inmediatamente la aplicación de las medidas correctivas, adoptadas por el Gobierno del Perú por Resolución Viceministerial 009-2001 MITINCI-VMINCI de 3 de septiembre de 2001.

3. De las pruebas

Obran en autos, adjuntados a la demanda los siguientes documentos: (i) copia de la Resolución Suprema N° 035-99-ITINCI de 5 de marzo de 1999, por la que se nombra Vice Ministro de Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales al doctor Alfredo Ferrero Diez-Canseco (folio 12); (ii) copia de la Resolución N° 559 de la Secretaría General, de 31 de octubre de 2001, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 727 de 5 de noviembre de 2001 que dispone la suspensión de inmediato de las medidas correctivas adoptadas en aplicación del artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, mientras se adelanta la investigación antidumping (folio 13); y, (iii) copia de la Resolución N° 585 de la Secretaría General, de 11 de enero de 2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 749 de 14 de enero de 2002, confirmatoria de la Resolución N° 559 (folio 14 y 15). Estos son los únicos documentos acompañados por la demandante, toda vez que ésta sostuvo, que no presentó pruebas argumentando *“ser la presente acción una de pleno derecho...”*.

A título de pruebas promovidas por la parte demandada, obra en autos los siguientes documentos: (i) copia de la Decisión 408 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, relativa a la elección del Secretario General de la Comunidad Andina (folios 61 y 62); (ii) copia de la Resolución N° 559 que dispone la suspensión de inmediato de las medidas correctivas adoptadas en aplicación del artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, mientras se adelanta la investigación antidumping (folio 13); (iii) copia de la Resolución N° 585 confirmatoria de la Resolución N° 559 (folios 14 a 15); (iv) copia de la Resolución N° 534 de 3 de agosto de 2001, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 695 de 6 de agosto de 2001, por la que se resuelve iniciar la investigación antidumping a que se refiere la Decisión 456 (folios 65 a 73); (v) copia de la Resolución N° 609 de 22 de marzo de 2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 776 de 25 de marzo de 2002, en la que se autoriza al Gobierno del Perú la aplicación de derechos antidumping (folios 89 a 107); (vi) copia del oficio 178-2001-MITINCI/VMINCI de 5 de octubre de 2001 que contiene el informe del Gobierno del Perú sobre la aplicación de una medida de salvaguardia (folios 108 a 127); (vii) copia de la Resolución Vice Ministerial N° 009-2001-MITINCI/MINCI de 3 de septiembre de 2001 mediante la cual se estableció la medida de salvaguardia (folios 128 y 129); (viii) copia de la solicitud de aplicación de la cláusula de salvaguardia andina de la empresa Vidriera 28 de Julio S.A.C. (Corporación Furukawa) presentada al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (folios 130 a 173); (ix) copia de la Resolución 002/2002/CDS-INDECOPI del 24 de enero de 2002, por la que se aplican derechos antidumping provisionales Ad valorem FOB del 16.13% (folios 174 a 177); (x) copia de la comunicación de la Secretaría General al Gobierno del Perú SG-F/4.1.7/0716/ 2002 del 26 de abril de 2002, en la que se le informa a la República del Perú sobre de la Resolución N° 559 (folios 178 y 179).

Con referencia a las pruebas aportadas por la parte demandada, conforme a lo señalado por el Tribunal con base en el artículo 74 de su estatuto, se estima pertinente reiterar que: *“...las pruebas deben ofrecerse, decretarse, practicarse e incorporarse al proceso en la forma, oportunidades y términos señalados en el citado instrumento. Y en la doctrina se ha precisado que un documento tendrá validez como prueba si cumple ciertos requisitos que ‘pueden radicar en el documento o en el procedimiento para su aportación al proceso’, señalando como una de tales exigencias el que los documentos ‘hayan sido llevados y admitidos al proceso en oportunidad y con los requisitos legales, porque si bien su incumplimiento no vicia de nulidad el documento en sí mismo, sí invalida su aportación y le quita su valor como prueba’ (DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. “Compendio de Derecho Procesal”, tomo II, Pruebas Judiciales; séptima edición; páginas 411 y 417)”* (Proceso 34-AI-2001, publicado en la G.O.A.C. N° 839 de 25 de septiembre de 2002). En el caso de autos, sólo la parte demandada presentó oportunamente pruebas que fueron admitidas por auto de 28 de junio de 2002 y como prueba de oficio, a requerimiento de este Tribunal, la misma demandada remitió la Resolución Vice Ministerial 002-2002-MITINCI/VMINCI de 25 de febrero de 2002 emitida por el Gobierno del Perú que suspende la aplicación de las medidas a las que se refiere la Resolución Viceministerial 009-2001 MITINCI/VMINCI de 3 de septiembre de 2001 y que fuera mencionada por ésta en la Resolución N° 609 adjuntada como prueba y a la que ya se hizo referencia. En consecuencia dichas pruebas serán apreciadas por este Tribunal en la “forma, oportunidades y términos” establecidos en el estatuto.

4. Ubicación dentro de la estructura normativa comunitaria de los procedimientos: cláusulas de salvaguardia -medidas correctivas provisionales-, y competencia comercial -medidas antidumping.- Naturaleza jurídica, presupuestos, y finalidades de los mismos.- Posibilidad de su coexistencia.

Para una mejor comprensión de los procedimientos enfrentados, corresponde ubicarlos dentro de la estructura normativa jurídica comunitaria. Al respecto, las cláusulas de salvaguardia adoptadas a través de medidas correctivas provisionales, se encuentran dentro del capítulo IX, artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, y artículo 1, literal f), de la Decisión 425; mientras que la aplicación de medidas antidumping se encuentra normada en el Capítulo VIII del Acuerdo de Cartagena que se refiere a la Competencia Comercial, artículo 105 del mismo, en la Decisión 456 de la Comisión y en el artículo 1, literal e), de la Decisión 425.

Tanto el nomen iuris cuanto su ubicación en diferentes capítulos de dichos procedimientos denotan la distinta naturaleza jurídica y finalidades de los mismos.

En efecto, la de salvaguardia, como su nombre lo indica constituye un derecho que los Países Miembros de la Comunidad Andina se han reservado para preservar la existencia misma de sus propios mercados frente a ciertas distorsiones, cuando se dan los presupuestos previstos en el mismo ordenamiento constitutivo de la comunidad, en tanto que las medidas antidumping emergen a posteriori dentro del comercio desleal, siendo la primera de carácter preventivo y efecto inmediato, tendientes a evitar posibles perjuicios que se pudiera ocasionar a la producción nacional, a diferencia de la segunda que si bien es también de carácter preventivo, sin embargo sus efectos no son

inmediatos toda vez que se aplica una vez concluido el procedimiento y que al momento de ser adoptadas, quizás resulten extemporáneas toda vez que los posibles daños y efectos perniciosos del comercio desleal talvez hayan sido consumados y por tanto resulten irreversibles procurando con la medida adoptada sólo resarcir, en cierta forma, ese daño causado.

Por estas razones, al no existir identidad de objeto o materia no es posible la acumulación de estos procedimientos así cómo establecer la prevalencia de uno sobre el otro, pudiendo coexistir dado el carácter provisional de las primeras y su posibilidad de ser suspendidas de inmediato, una vez que se agote los trámites previstos por parte de la Secretaría General que, para este efecto, tiene facultad discrecional reglada, de cuyo ejercicio puede emerger la desviación del poder.

De la salvaguardia y las medidas correctivas

Con relación a las medidas correctivas, contenidas en las cláusulas de salvaguardia, previstas en el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena y los presupuestos para su aplicación, el Tribunal ha manifestado que *“El Acuerdo de Cartagena establece en su Capítulo IX las cláusulas de salvaguardia (artículo 107 a 110) que podrán imponer los países miembros, sobre bases no discriminatorias, en determinados casos señalados expresamente por la ley comunitaria”*. (Proceso 04-AN-97, publicado en la G.O.A.C. N° 223 de 19 de noviembre de 1996). Allí se indica que existen 5 tipos de medidas según la finalidad o correctivo que ellas persigan, que son: (i) Para corregir desequilibrios de la balanza de pagos cuando se afecte el comercio intra-subregional de productos incorporados en el programa de liberación a que se refiere el Capítulo V del Acuerdo de Cartagena (artículo 107); (ii) La aplicación de medidas correctivas de carácter transitorio cuando el cumplimiento del programa de liberación cause o amenace causar perjuicios graves a la economía de un País Miembro; (iii) La aplicación de las mismas medidas cuando se trate de casos de emergencia (artículo 108); (iv) El establecimiento de salvaguardias por parte de un País Miembro que se considere perjudicado frente a una devaluación monetaria efectuada por otro País Miembro, que provoque alteraciones en las condiciones normales de competencia (artículo 110); y, (v) La aplicación de medidas correctivas provisionales cuando ocurran importaciones de productos originarios de la subregión en cantidades o condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos (artículo 109).

Este último tipo de medidas es el que ha sido adoptada por la República del Perú mediante la Resolución Viceministerial N° 009-2001-MITINCI/VMINCI sobre las importaciones de los *“productos comprendidos en las subpartidas arancelarias 7604.21.00.00, 7604.29.20.00 y 7608.20.00.00”*, observando los presupuestos formales exigidos al efecto por la norma comunitaria.

Al respecto el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, dispone: *“Cuando ocurran importaciones de productos originarios de la Subregión, en cantidades o en condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un País Miembro, éste podrá aplicar medidas correctivas, no discriminatorias, de carácter provisional, sujetas al posterior pronunciamiento de la Secretaría General.*

El País Miembro que aplique las medidas correctivas, en un plazo no mayor de sesenta días, deberá comunicarlas a la Secretaría General y presentar un informe sobre los motivos en que fundamenta su aplicación. La Secretaría General, dentro de un plazo de sesenta días siguientes a la fecha de recepción del mencionado informe, verificará la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma y emitirá su pronunciamiento, ya sea para suspender, modificar o autorizar dichas medidas, las que solamente podrán aplicarse a los productos del País Miembro donde se hubiere originado la perturbación. Las medidas correctivas que se apliquen deberán garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años”.

De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal, este artículo *“autoriza a los Países Miembros a adoptar medidas correctivas cuando ocurran importaciones de productos originarios de la subregión en cantidades o condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos. Estas medidas correctivas son de carácter provisional, sujetas al posterior pronunciamiento de la Secretaría General y no pueden tener carácter de discriminatorias”*. (Proceso 04-AN-97, ya citado).

En consecuencia la facultad concedida a los Países Miembros para aplicar las medidas correctivas no discriminatorias de carácter provisional contempladas en el artículo 109, están siempre sujetas a un posterior pronunciamiento de la Secretaría General, para lo cual el Organismo Técnico Comunitario deberá verificar la causa de la perturbación en la producción nacional y el origen de las importaciones a efectos de suspender, modificar o autorizar dichas medidas. En este sentido se entiende que la facultad de suspender las medidas correctivas surge cuando se cumple con el procedimiento señalado en el mencionado artículo, mas no conlleva la facultad de suspender el procedimiento y la consiguiente inmediata suspensión de la aplicación de las medidas correctivas, como se desprende de la Resolución N° 559, impugnada en el presente caso.

Del dumping y medidas antidumping

Según la doctrina especializada *“En términos generales se puede afirmar que la normativa ... antidumping ... permite la adopción de unas medidas de protección comercial de carácter selectivo ... Su objetivo es luchar contra determinados fenómenos de discriminación de precios practicados en el comercio internacional. Se establecen frente a aquellas importaciones que se consideran anormalmente baratas bien por haber sido subvencionadas por gobiernos de terceros países como por haberse realizado por empresarios particulares teniendo en este caso las prácticas (de dumping) un origen privado. Al margen del fenómeno de discriminación de precios es necesario, para que el país importador pueda establecer las medidas de defensa, que tales importaciones causen un perjuicio a la industria nacional del producto similar al importado. Esas medidas consisten en una elevación de las tarifas arancelarias en relación a los productos que son objeto de dumping o de subvenciones equivalente al monto de la subvención recibida o a la discriminación de precios practicada ... Los derechos antidumping están destinados a neutralizar determinadas prácticas de discriminación de precios realizados por exportadores de terceros países...”* (López - Jurado Romero de la Cruz Carmen, El control jurisdiccional de la actividad comunitaria en materia de

dumping y de subvención. Estudios Jurídicos Internacionales y Europeos. Monografías. Universidad de Granada Junta de Andalucía, 1993, p. 3 y 109).

En sentido similar, otra posición doctrinaria enseña que: *“Las prácticas desleales de comercio, que aparecen proscritas en los distintos ordenamientos nacionales e internacionales reguladores del comercio exterior, son el ‘dumping’ y las subvenciones o subsidios.*

El primero de los fenómenos se presenta cuando la importación que se realiza declara unos precios menores que el valor normal de un producto similar destinado al mercado del país de origen o de exportación en operaciones comerciales normales, comparados en el mismo nivel de comercialización”. (Chahín Lizcano Guillermo, Comercio Exterior. Ediciones Librería del Profesional, Segunda Edición, Bogotá, 1998, p. 721).

Así mismo, la Decisión 456 de la Comisión de la Comunidad Andina dispone: *“Artículo 3.- A efectos de la presente Decisión, se considerará que un producto es objeto de dumping cuando su precio de exportación sea inferior al valor normal de un producto similar destinado al consumo o utilización en el país de exportación”.*

El Capítulo VIII del Acuerdo de Cartagena se refiere a la “Competencia Comercial” y contempla las normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la libre competencia en la subregión. Por su parte, el artículo 105, dispone: *“Antes del 31 de diciembre de 1971, la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión, tales como “dumping”, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones.*

Corresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien”.

En cumplimiento de esta norma fundamental se han dictado las decisiones Nos. 283 (que contiene las *“Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios”*), 456 y 457 de la Comisión que contemplan normas para prevenir dichas prácticas que ocurrieran en el comercio intracomunitario.

En consecuencia, las medidas correctivas, no discriminatorias, de carácter provisional (medidas de salvaguardia), se aplican cuando ocurran importaciones subregionales que afectan a una rama de la producción nacional de un País Miembro, debido a que dichas importaciones ingresan en cantidades o condiciones tales que producen esa afectación. Por su parte, con la aplicación de medidas antidumping se busca corregir una práctica desleal de comercio de un exportador de un determinado producto que afecta a la producción nacional del país importador. Las medidas de salvaguardia se aplican en general a todas las importaciones de un determinado producto que ingresan en ciertas cantidades o condiciones; en cambio, las medidas antidumping se aplican a las

importaciones que efectúa un exportador foráneo en condiciones desleales. De donde se desprende en forma clara que las finalidades y presupuestos que cada una de ellas persigue son totalmente diferentes y por tanto constituyen mecanismos también diferentes con propia identidad, que tienen por objeto diversos cometidos. En tal sentido por no contener identidad de objeto, y no existir normativa que priorice su aplicación no es posible su acumulación ni menos la sustitución de una por otra.

Sin embargo, la Secretaría General consideró en la Resolución N° 559 que la investigación antidumping iniciada a través de la Resolución N° 534 para las importaciones peruanas de los productos comprendidos en las subpartidas 7604.21.00, 7604.29.20 y 7608.20.00, y la normativa antidumping comunitaria, “resultaba aplicable en el presente caso, por ser más específica que las disposiciones de salvaguardias”; considerando improcedente que ante un alegado perjuicio de los mismos productores, cuyo objeto sea el mismo producto, se invoquen “en forma paralela cláusulas de salvaguardia y medidas antidumping”, por lo que en su Resolución N° 559 ordena “Suspender el procedimiento establecido en el artículo 109 del Acuerdo ... mientras se adelanta la investigación antidumping” y, “Suspender inmediatamente la aplicación de las medidas correctivas adoptadas” por la República del Perú mediante la Resolución Viceministerial N° 009-2001-MITINCI/VMINCI.

La Secretaría General indica que es posible que, aún luego de impuestas ciertas medidas antidumping, un País Miembro considere que su producción nacional continúa siendo afectada por importaciones comunitarias, pudiendo, teóricamente, justificarse la autorización de medidas de salvaguardia sobre productos que ya son objeto de medidas antidumping, pero en este caso, *“correspondería al Gobierno del País Miembro demostrar que la producción nacional está siendo afectada por importaciones de origen comunitario, cuyos efectos no alcanzan a ser corregidos por las medidas antidumping ya impuestas”*, es decir, la carga de la prueba correspondía al Gobierno del Perú. Lo que es correcto, sin embargo, de admitir esta posibilidad la Secretaría General privó a la República del Perú de la posibilidad de ofrecer la prueba que exige cuando suspende el procedimiento de las medidas correctivas previstas en el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena.

Posteriormente, en la Resolución N° 585 que resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por la República del Perú contra la Resolución N° 559, y que deja en firme la voluntad del Organismo Administrativo Comunitario, no obstante que considera que: *“la medida correctiva de salvaguardia impuesta por el Perú y presentada para su examen ante la Secretaría General, tiene una naturaleza jurídica y económica totalmente distinta de la competencia desleal (dumping), ya que se sustenta en el supuesto aumento de las importaciones que causarían perjuicio (daño grave) a una rama de la producción nacional”*; y que para la aplicación de una salvaguardia *“un país se exceptúa del cumplimiento de un compromiso por el incremento de importaciones en cantidades o condiciones tales que afectan a una rama de su producción nacional por la mayor eficiencia del exportador de otro país”*, mientras que con la aplicación de medidas antidumping *“se trata de corregir una práctica desleal de un exportador cuya producción incrementa su participación en el mercado de otro por llegar a precios de dumping y afecta la producción nacional del país importador”*; que la imposición de una medida de

salvaguardia “implicaría restringir el comercio de empresas que podrían estar incurriendo en prácticas desleales de dumping, pero también de otras empresas de la Comunidad Andina que abastecen parte del mercado peruano bajo prácticas comerciales normales, cuyo incremento de exportaciones es una consecuencia propia del mercado ampliado”; y que “las empresas de Colombia y Ecuador que son actualmente objeto de la investigación antidumping, representan la totalidad o casi totalidad de las importaciones peruanas de los productos señalados”; sin embargo, contradictoriamente, la Secretaría General sostiene y determina que “el daño que alega sufrir la empresa Vidriería 28 de Julio estaría cubierto por el ámbito de la investigación antidumping”, resultando que no sólo interrumpe el procedimiento y dispone se suspenda de inmediato la aplicación de las medidas correctivas provisionales sino también implícitamente pretende acumular en la etapa administrativa, dos procedimientos totalmente diferentes, así como, establece una jerarquía donde prioriza el procedimiento antidumping en condiciones no contempladas en la norma comunitaria fundamental, sobrepasando las facultades discrecionales regladas previstas por el artículo 109 para finalmente optar por la interrupción del procedimiento.

Es así que en base a los anteriores criterios equivocados, la Secretaría General declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto y confirmó el contenido de la resolución impugnada objeto de la presente acción.

5. Desviación de Poder por parte de la Secretaría General de la Comunidad Andina, y Falta de Motivación

La desviación de poder emerge cuando una autoridad administrativa al ejercitar sus facultades o poderes lo hace con un objetivo distinto de aquel para el que fueron otorgados, así como cuando sigue un procedimiento diferente a aquel previsto y autorizado por una disposición específica del ordenamiento jurídico, o cuando teniendo facultades discrecionales regladas actúa apartándose de las opciones que le confiere la ley.

Con relación a la inobservancia de los aspectos reglados del acto, la doctrina dice: “*Se trata del control de la violación de las formas sustanciales establecidas tanto por las disposiciones de los Tratados constitutivos como el derecho comunitario derivado. Una irregularidad que afecta a la forma de la decisión o al procedimiento seguido, que perjudica los derechos de terceros o de las personas contempladas por la decisión o que es susceptible de tener una influencia en el contenido de la decisión*”. (López-Jurado Romero de la Cruz Carmen, op. cit. p. 445).

Al respecto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha manifestado que: “*Un acto adolece de desviación de poder cuando resulta evidente, a partir de indicios objetivos, pertinentes y concordantes, que fue adoptado con el fin exclusivo, o al menos determinante, de alcanzar fines distintos de los alegados por la institución demandada o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso*”. (Sentencia emitida en el asunto C-110/97).

El Tribunal Andino, en su sentencia emitida en la Acción de Nulidad 02-AN-98, “*Observa (...) que, a pesar de que el fin perseguido por la Secretaría General (...), si bien*

resulta congruente con el interés general comunitario, no fue ese el concreto y específico fin previsto por los Países Miembros en el (...) Acuerdo de Cartagena para atribuirle competencia a la Secretaría General en la materia cuidadosamente regulada por dicho texto.

En consecuencia, la Secretaría General, al utilizar un procedimiento destinado a un fin específico, pretendiendo alcanzar a través de aquel, otros que no consagra la norma comunitaria en los que se fundamenta, incurrió en desviación de poder y, particularmente, en una desviación de procedimiento...”.

Así mismo nos enseña la doctrina que, “*La idea que preside el análisis de la desviación de poder es la finalidad a que va orientado el acto o, dicho de otra forma, la medida en que el acto discrecional no se adecua a la finalidad para la cual fue concebido.*

En primer lugar, el análisis de la desviación de poder también incluye la denominada ‘desviación de procedimiento’ en la que incurre una institución comunitaria cuando sigue un procedimiento distinto a aquél previsto y autorizado en una disposición específica por el derecho. En segundo lugar, el Tribunal ha declarado que el incumplimiento de los objetivos legales puede derivar en una desviación de poder cuando tiene como resultado una falta grave de previsión o de prudencia por parte de la institución comunitaria afectada”. (López-Jurado Romero de la Cruz Carmen, op. cit. p. 443).

De igual manera, el reconocido profesor Luciano Parejo Alfonso enseña: “*...la desviación de poder consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico ... Afecta a la causa del acto, pues todo acto administrativo es actuación de una potestad a través del ejercicio de una competencia y la potestad siempre articula habilitaciones-mandatos de carácter finalista, dirigidos a la realización del interés general, a cuyo servicio está vinculada desde luego la propia Administración; consecuentemente, este vicio es susceptible de apreciación objetiva ... En definitiva, el apartamiento del fin consiste en la ruptura o quiebra de la exigible línea de continuación entre atribución normativa de la potestad y acto, que reposa sobre la necesaria adecuación sustantiva de éste al interés general en cuanto su fin legitimante ... De lo anterior resulta que el problema más delicado a la hora de la aplicación práctica de la desviación de poder radica en la prueba de su concurrencia ... el administrado sólo está obligado a establecer el fin por el acto y a suministrar al juez contencioso-administrativo elementos suficientemente convincentes como para que éste pueda pronunciarse con fundamento sobre el apartamiento del fin*”. (Parejo Alfonso Luciano, Manual de Derecho Administrativo. Volumen 1. Quinta Edición. Ariel. Barcelona. 1998. p. 734 y 735).

A su vez los tratadistas Eduardo García de Enterría y Ramón Fernández señalan: “*...en lo que se refiere al control del fin, que da lugar a la técnica de la desviación del poder. La técnica en cuestión es un hallazgo de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, que se produce, como ya hemos visto, en la segunda mitad del siglo pasado a partir de la constatación de que toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente (y, por tanto, elemento necesariamente reglado), por la norma que atribuye la potestad para actuar. Si la autoridad u órgano de la Administración se apartan de ese fin que condiciona*

el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que adopten en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo y debe ser anulado. Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo, ciega la fuente de su legitimidad...

Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico". (García de Enterría Eduardo y Fernández Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Sexta Edición, Civitas, Madrid, 1993, Tomo I, págs. 452 y 453).

Una resolución como parte integrante de la normativa jurídica comunitaria puede ser nulificada por varias causas, contempladas en el artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal, concordante con el artículo 101 del estatuto, dentro de las que se encuentra en forma específica la desviación de poder, así como en aplicación de los artículos 8 y 10 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que establecen los requisitos generales a los que debe ajustarse toda resolución emanada de dicho Organismo Comunitario, a efectos de asegurar su validez y eficacia. Por su parte, el artículo 12 de dicha decisión señala las causales de nulidad de pleno derecho de las resoluciones y los actos de la Secretaría General, cuando dispone en su literal c): *"Las Resoluciones y los actos de la Secretaría General serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos:*

(...)

c) *Cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento".*

Por lo tanto, el artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal y el 101 de su Estatuto, facultan a este Organismo Jurisdiccional para pronunciarse sobre la nulidad de las *"Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los convenios a que se refiere el literal e del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder..."*, estos artículos abren la vía contenciosa comunitaria para que estos actos puedan ser declarados nulos, incluso por desviación de poder, con lo que se entiende que las causas de nulidad pueden referirse a vicios de fondo y de forma que son aceptados generalmente por la doctrina.

Finalmente, la Secretaría General al emitir la Resolución N° 559 que suspende el procedimiento iniciado al amparo del artículo 109 del Acuerdo de Cartagena mientras se adelanta una investigación antidumping y, ordena la suspensión inmediata de la aplicación de las medidas correctivas adoptadas por la República del Perú, sin que sus facultades discrecionales regladas previstas en el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena le otorguen esta atribución, aplicó un procedimiento diferente que podría calificarse de ad-hoc y que realmente comporta una modificación a lo previsto en el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, toda vez que dicho Organismo podía suspender, modificar o autorizar las medidas previa verificación de la perturbación y el origen de las importaciones, más no así suspender el procedimiento y menos disponer se suspenda de inmediato la aplicación de las medidas preventivas, así sea a título de que se encuentre

en curso otro procedimiento, por cuyas razones el Tribunal con base en la prueba documental contenida en las resoluciones N° 559 y su confirmatoria N° 585, llega al convencimiento de que la Secretaría General ha viciado de nulidad sus actos por desviación de poder al aplicar un procedimiento distinto al previsto en el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, además de incurrir en las causales de nulidad previstas en los artículos 8 párrafo primero, 10 y artículo 12 literal c) de su propio Reglamento de Procedimientos Administrativos.

De la parte motiva de la Resolución 585 de la Secretaría General, confirmatoria de la Resolución 559, se desprende adicionalmente una falta de motivación para confirmar la suspensión de la aplicación de la medida de salvaguardia, ya que si bien en su artículo 1 suspende el procedimiento establecido en el artículo 109 del Acuerdo de Cartagena, sin embargo en el artículo 2 dispone *"Suspender inmediatamente la aplicación de las medidas correctivas..."*, lo que no corresponde a las facultades limitadas que concede la norma originaria, además que en la parte considerativa de la Resolución 585 se incurre en el indicado vicio de anulabilidad al señalarse como únicos motivos para la suspensión los siguientes: *"Que, luego de iniciada la investigación antidumping, bajo el procedimiento de la Decisión 456 a solicitud de la empresa Vidriería 28 de Julio, el Gobierno de Perú solicitó a esta Secretaría General la autorización para la imposición de medidas correctivas de salvaguardia"; "Que, la imposición de una medida de salvaguardia implicaría restringir el comercio de empresas que podrían estar incurriendo en prácticas desleales de dumping, pero también de otras empresas de la Comunidad Andina que abastecen parte del mercado peruano bajo prácticas comerciales normales..."; "Que, la aplicación de una medida de salvaguardia al comercio intracomunitario en estas condiciones se constituiría en un retroceso injustificado a lo avanzado en el programa de liberación"; que "Por tal razón, el daño que alega sufrir la empresa Vidriería 28 de Julio estaría cubierto por el ámbito de la investigación antidumping"; "Que, debido a que los importadores peruanos pueden discriminar entre sus proveedores, la aplicación de una medida correctiva de salvaguardia que sólo afectara a las importaciones procedentes de los países andinos podría originar una desviación de comercio en favor de terceros países..."; "Que ... el procedimiento iniciado por dumping, a petición de la empresa Vidriería 28 de Julio, mantiene los elementos necesarios para evaluar y atender la situación de posible daño a la producción nacional, sin necesidad de restringir el comercio a otros exportadores de la Comunidad Andina, toda vez que existen otros proveedores de terceros países que podrían beneficiarse de la aplicación de restricciones al comercio intracomunitario y desplazar estas corrientes de comercio"; que "efecto que se generaría al aplicar medidas en ambos procedimientos para el caso en concreto de la empresa reclamante es finalmente el mismo. En consecuencia, en caso de que se continuara con los procedimientos para la aplicación de medidas antidumping y medidas correctivas de salvaguardia se pudiera producir una doble imposición al mismo importador"; "Que en el presente caso la autorización de las medidas correctivas de salvaguardia solicitadas por el Gobierno peruano tendrían el efecto de reemplazar el pronunciamiento de la Secretaría General dentro del procedimiento antidumping ya iniciado"; y que "la Decisión 456 establece como principio general que, en el caso de investigaciones antidumping, se mantendrá el comercio normal hasta que se resuelva la imposición de medidas..."*.

Por lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en ejercicio de la competencia que le asigna la Sección Primera, Capítulo III, de su Tratado de Creación.

DECIDE

PRIMERO: Declarar la nulidad de las resoluciones N° 559 de 31 de octubre de 2001, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 727 de 5 de noviembre de 2001, y su confirmatoria 585 de 11 de enero de 2002, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 749 de 14 de enero de 2002, ambas expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina.

SEGUNDO: La nulidad surtirá efectos desde la fecha de la expedición de dichas resoluciones.

TERCERO: Sin costas en vista que la demandante no las solicitó expresamente, de conformidad con el artículo 90 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Notifíquese esta sentencia conforme al procedimiento establecido por el artículo 98 del estatuto del Tribunal, aprobado mediante Decisión 500 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y, remítase copia certificada de la misma a la Secretaría General de la Comunidad Andina, para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Walter Kaune Arteaga
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 14-AN-2001

En la acción de nulidad ejercida por César Moyano Bonilla contra los artículos 1, 2 y 279 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, providencia complementaria sobre la solicitud de enmienda y aclaración de sentencia

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

VISTOS:

La comunicación SG-C/1.8/375/2002, de fecha 20 de marzo de 2002, del Apoderado Especial de la Comisión de la Comunidad Andina, recibida por vía fax en este Tribunal en la misma fecha, mediante la cual se solicita la enmienda de “la sentencia emitida en fecha primero de febrero del año 2002, en la acción de nulidad intentada por un particular en contra de los artículos 1, 2 y 279 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina (Proceso 14-AN-2001; en adelante ‘Sentencia’) toda vez que esta Sentencia contiene inexactitudes evidentes que influyen de manera determinante en la decisión y se pronuncia sobre asuntos no planteados en la demanda. Subsidiariamente, y en el eventual caso de que el Tribunal de Justicia considerara improcedente la anterior petición, la Comisión de la Comunidad Andina le solicita que aclare el alcance y las implicaciones de ciertos términos de la sentencia”. Sobre la base de una serie de argumentos, el apoderado de la comisión pide la enmienda de la sentencia “al menos en los siguientes términos: a) Que se reconozca expresamente la facultad de los Países Miembros de conceder trato nacional, en materia de derechos de propiedad intelectual, a terceros países, como resultado de acuerdos negociados o por negociar. b) Que se reconozca expresamente la facultad de los Países Miembros de conceder trato de nación más favorecida, en materia de derechos de propiedad intelectual, a terceros países, como resultado de acuerdos negociados o por negociar”. Además, pide que “Subsidiariamente y en el eventual caso de que el Tribunal de Justicia considerara improcedente la anterior petición ... se aclare el alcance y las implicaciones de ciertos términos de la Sentencia, de acuerdo a lo siguiente: a) Que aclare si, como se entiende del texto de la Sentencia, el Tribunal de Justicia interpreta que los Países Miembros de la Comunidad Andina están impedidos de participar en acuerdos internacionales que establezcan obligaciones de trato nacional; b) Que aclare si, como se entiende del texto de la Sentencia, el Tribunal de Justicia interpreta que los Países Miembros de la Comunidad Andina están impedidos de participar en acuerdos internacionales que establezcan obligaciones de trato de nación mas favorecida; c) Que aclare si, como se entiende del texto de la Sentencia, el Tribunal de Justicia interpreta que los Países Miembros de la Comunidad Andina pueden otorgar individualmente, en materia de propiedad intelectual, tratamientos distintos a los previstos en el régimen común andino, siempre que concedan a los nacionales de los demás Países Miembros un trato no menos favorable que el que conceden a sus nacionales; d) Que aclare si, como se entiende del texto de la Sentencia, el Tribunal de Justicia interpreta que los Países Miembros de la Comunidad Andina están impedidos de establecer presunciones legales en Decisiones andinas. e) Que aclare si, como se entiende del texto de la Sentencia, el Tribunal de Justicia interpreta que no es necesaria la acreditación del derecho subjetivo o del interés legítimo en acciones de nulidad o que se presume en el caso de los individuos que el interés difuso o el mero interés, presupone el interés legítimo de éstos, como condición suficiente para la interposición de acciones de nulidad”.

El auto del 8 de mayo de 2002, mediante el cual el Tribunal admite a trámite la solicitud de enmienda y aclaración de la sentencia y ordena su traslado “a la Comisión de la Comunidad Andina por el término de 5 días, para que absuelva el trámite si lo creyere conveniente ...”;

El escrito del 14 de mayo de 2002, del abogado César Moyano Bonilla, recibido por vía fax en la misma fecha, a través del cual se solicita al Tribunal “no aceptar la solicitud de enmienda que ha hecho el apoderado de la Comisión, por cuanto la sentencia no ha sido dictada con ‘inexactitud evidente’, como lo hemos demostrado”;

El escrito SG-C/1.8/00643/2002, del 14 de mayo de 2002, emanado del Secretario General de la Comunidad Andina y recibido por vía fax en este Tribunal en la misma fecha, mediante el cual ratifica “en su integridad el contenido de nuestra comunicación N° SG-C/1.8/375/2002 ...”; y,

La comunicación de la Viceministra de Comercio Exterior de la República de Colombia, recibida por vía fax en este Tribunal el 2 de julio de 2002, a través de la cual considera “pertinente acompañar a la Secretaría General en la acción impetrada contra la Sentencia proferida por el Tribunal en el proceso antes mencionado, con el fin de salvaguardar la estabilidad del ordenamiento jurídico comunitario”.

Considerando:

Que, de conformidad con los artículos 92 y 93 del estatuto del Tribunal, este órgano jurisdiccional es competente para proveer sobre las solicitudes de enmienda y aclaración de las sentencias que dicte; y,

Que, en el caso de autos, la solicitud de enmienda y aclaración formulada por el apoderado especial de la Comisión de la Comunidad Andina fue admitida a trámite, por lo que el Tribunal entra a proveer en los términos siguientes:

I. De la solicitud de enmienda

Exigencias de orden y seguridad jurídica hacen que las declaratorias de nulidad pronunciadas por este Tribunal en sus sentencias definitivas se impongan con autoridad de cosa juzgada, efecto vinculante y con alcance *erga omnes*, por lo que tales declaratorias no pueden constituir objeto de un nuevo pronunciamiento, ni en el proceso en que fueron dictadas ni en un proceso posterior.

Sin embargo, según el artículo 92 de su estatuto, “El Tribunal, de oficio o a petición de parte presentada dentro de los quince días siguientes al de la notificación de la sentencia, podrá enmendarla ... La enmienda tendrá lugar si la sentencia contuviere errores manifiestos de escritura, de cálculo o inexactitudes evidentes o si se hubiere pronunciado sobre un asunto no planteado en la demanda ... La solicitud de enmienda ... se pondrá en conocimiento de la otra parte, por cinco días, para que absuelva el trámite, si lo cree conveniente. El Tribunal dentro de los quince días siguientes al de la expiración del término a que se refiere el primer inciso, cuando la enmienda ... fuese de oficio o agotado el término concedido a las partes, adoptará resolución sobre la enmienda ... la notificará a las mismas y la anexará a la sentencia. El trámite de la enmienda ... no suspende la ejecución de la sentencia”.

De la disposición citada se desprende que la solicitud de enmienda puede estar dirigida a la corrección de errores manifiestos de escritura, de cálculo o de inexactitudes evidentes, o a la corrección del pronunciamiento que se hubiese hecho sobre una cuestión no planteada en la demanda, pero no a modificar el criterio del Tribunal sobre las cuestiones de fondo ya decididas o a obtener uno nuevo sobre tales cuestiones.

A este propósito, el Tribunal ha precisado que de la existencia de los supuestos antes mencionados no cabe deducir atribución alguna para que este órgano jurisdiccional “al amparo de una enmienda, llegue a alterar la decisión sustancial de la sentencia modificando radicalmente su parte resolutive” (Providencia de aclaración, enmienda y ampliación de la sentencia dictada en el expediente N° 02-AI-97, publicada en la G.O.A.C. N° 452, del 24 de junio de 1999).

En el caso de autos, el apoderado de la comisión ha solicitado que, por vía de enmienda, el Tribunal haga reconocimiento expreso de la facultad de los Países Miembros de conceder trato nacional y de nación más favorecida, en materia de derechos de propiedad intelectual, a terceros países, como resultado de acuerdos internacionales negociados o por negociar. Así, la solicitud no está dirigida a la corrección de errores materiales o de cálculo o de inexactitudes evidentes, ni a aclarar puntos ambiguos o dudosos de la sentencia, sino a obtener el juicio del Tribunal acerca de puntos relativos a las cuestiones de fondo ya decididas, lo que constituye un objetivo ajeno a los establecidos de modo excepcional en la norma comunitaria para la enmienda. En consecuencia, la solicitud debería ser desestimada.

II. De la solicitud de aclaración

En base a la solicitud subsidiaria de aclaración de la sentencia, este Tribunal considera oportuno precisar, a fin de absolver cualquier duda o inquietud que pudiera suscitarse de la lectura de la sentencia, en referencia a los Países Miembros y el asunto de “... *su participación en acuerdos internacionales que establezcan obligaciones de trato nacional ... y de la Nación Mas Favorecida...*” o de “... *si pueden otorgar individualmente, en materia de propiedad intelectual, tratamientos distintos a los previstos en el régimen común andino, siempre que concedan a los nacionales de los demás Países Miembros un trato no menos favorable que el que conceden a sus nacional...*”, así como otros temas de la sentencia en los que se trata sobre las obligaciones de los Países Miembros como partes que son de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

El Acuerdo de Cartagena, y sus protocolos modificatorios junto con el tratado que establece el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, constituyen el Derecho Primario Comunitario que crea una comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias y de poderes derivados de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Países Miembros a la comunidad en materias específicas. El Acuerdo de Cartagena en tanto Pacto Fundacional de la Comunidad Andina es, “*Res Inter Alios Acta*” que se ha señalado como que lo hecho entre unos no puede perjudicar ni aprovechar a otros. Este principio de Derecho Internacional Consuetudinario ha sido recogido en el artículo 34 de la Convención de Viena sobre los Tratados que establece, como regla general, que un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer estado. En otras palabras, el Acuerdo de Cartagena es un tratado que genera derechos y obligaciones en los cinco países que son partes contratantes del mismo y para rebasar esos límites es menester una modificación del Acuerdo. Como se menciona en la sentencia, esta modificación constituiría “... *una opción política y legislativa que sólo puede adoptarse mediante tratado público reformativo de las normas del Acuerdo de Cartagena*”.

Ahora bien, esta limitación no afecta, de manera alguna, las obligaciones y derechos que emanan de la condición que tienen los Países que conforman la Comunidad Andina, en forma individual, de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). Es más, las ventajas concedidas recíprocamente entre los Países Miembros del Trato Nacional y de la Nación Más Favorecida, como las establecidas en el Acuerdo de Cartagena no están reñidas con las obligaciones que surgen de dichos Acuerdos Internacionales por cuanto en ellos está previsto, en la llamada "Cláusula de Habilitación", que dentro de una determinada Comunidad, - como en este caso la Andina-, puedan otorgarse determinados beneficios de manera recíproca, como es el caso, sin afectar sus obligaciones con el resto de los países miembros de dichos Acuerdos Internacionales.

En este sentido la sentencia no implica, de manera alguna, que los Países Miembros se encuentren impedidos de otorgar a terceros países, de manera individual, los beneficios del Trato Nacional y de la Nación Más Favorecida en cumplimiento de los compromisos internacionales de los cuales son parte, ya que dichas obligaciones derivan de los convenios internacionales citados, que han suscrito y ratificado, pero no podían hacerlo por mandato de la Decisión 486. La Comisión solo podía otorgar estos beneficios a los Países Miembros de acuerdo con el Derecho primario -el Acuerdo de Cartagena-, ya que como lo expresó el Tribunal en su sentencia: "... al ampliar la aplicación del principio de Trato Nacional en materia de propiedad intelectual a países no miembros de dicha comunidad modificó sustancialmente, sin tener competencia para ello, las normas que consagran tal principio en el Acuerdo de Cartagena".

Hay que diferenciar, claramente, entre la armonización de la legislación comunitaria con la legislación comercial internacional, como lo ha venido haciendo la comisión en sendas decisiones que ha promulgado, con la suscripción o ratificación o, en su caso, la homologación total, de dichos instrumentos mediante una decisión; especialmente cuando éstos establecen beneficios que se otorgan en base a la reciprocidad, como son en este caso los del Trato Nacional y el de la Cláusula de la Nación Más Favorecida.

La Decisión 486 fue promulgada, como indica la comisión en su solicitud, para poner en práctica el contenido del ADPIC e incorporarlo a la normativa comunitaria debidamente armonizada. Y, en efecto, dicho instrumento recoge de manera admirable gran parte del ADPIC lo que facilitará la aplicación uniforme del derecho comunitario en esta área tan sensible; pero al conceder derechos a terceros países en los artículos 1 y 2, la comisión, inadvertidamente, se ha extralimitado del marco de sus competencias incurriendo, en causal de *incompetencia*.

La comisión, al promulgar la Decisión 486, actuó de conformidad con el mandato del Consejo Presidencial Andino de 1995 y en cumplimiento con lo señalado en el inciso b) del artículo 22 del Acuerdo de Cartagena que la instó a "... tomar en cuenta los trascendentales acuerdos logrados en el marco de la finalización de la Ronda Uruguay, y a conciliar la normativa andina, en los diferentes temas, con la normativa de la OMC", pero dicho mandato, que fue cumplido con toda propiedad y oportunidad no la facultó, ni podía hacerlo sin reformar el Acuerdo de Cartagena, para otorgar beneficios a terceros países de manera unilateral, como tampoco hubiera podido

autorizar a la comisión a suscribir el tratado de ADPIC en nombre y representación de los 5 Países Miembros. El mandato otorgado por el Consejo Presidencial Andino se enmarcaba, de manera apropiada, dentro de los límites impuestos en el Acuerdo de Cartagena lo que no incluye, por cierto, otorgarle a la comisión las facultades que inadvertidamente se arrogó.

En consecuencia este Tribunal, de conformidad con el artículo 93 de su estatuto, procede a aclarar algunos de los puntos contenidos en la sentencia:

"a) *Que aclare si, como se entiende del texto de la Sentencia, el Tribunal de Justicia interpreta que los Países Miembros de la Comunidad Andina están impedidos de participar en acuerdos internacionales que establezcan obligaciones de trato nacional*".

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no interpreta que los Países Miembros de la Comunidad Andina están impedidos de participar en acuerdos internacionales que establezcan obligaciones de trato nacional. El Tribunal entiende que los Países Miembros de la Comunidad Andina, son libres de celebrar o no acuerdos internacionales que estipulen obligaciones de trato nacional.

"b) *Que aclare si, como se entiende del texto de la Sentencia, el Tribunal de Justicia interpreta que los Países Miembros de la Comunidad Andina están impedidos de participar en acuerdos internacionales que establezcan obligaciones de trato de la nación más favorecida*".

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no interpreta que los Países Miembros de la Comunidad Andina están impedidos de participar en acuerdos internacionales que establezcan obligaciones de trato de la nación más favorecida. El Tribunal entiende que los Países Miembros de la Comunidad Andina, son libres de celebrar o no acuerdos internacionales que estipulen obligaciones de trato de la nación más favorecida, como se señaló en referencia al trato nacional.

"c) *Que aclare si, como se entiende del texto de la Sentencia, el Tribunal de Justicia interpreta que los Países Miembros de la Comunidad Andina pueden otorgar individualmente, en materia de propiedad intelectual, tratamientos distintos a los previstos en el régimen común andino, siempre que concedan a los nacionales de los demás Países Miembros un trato no menos favorable que el que conceden a sus nacionales*".

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, entiende que en materia de propiedad industrial, las reglas que son aplicables en la subregión son las recogidas en la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. El Tribunal no se pronunció en la sentencia sobre "tratamientos distintos a los previstos en el régimen común andino". Sin embargo, se destaca que "los tratados internacionales que celebren los Países Miembros por propia iniciativa ... no vinculan a la Comunidad, ni surten efecto directo en ella, sin perjuicio de la fuerza vinculante que tales instrumentos posean en las relaciones entre los citados Países Miembros y terceros países u organizaciones internacionales. Por lo demás, si dichos tratados se celebran en el ámbito específico de la propiedad industrial, los mismos deberán fortalecer los derechos tutelados en el ordenamiento comunitario.

“d) Que aclare si, como se entiende del texto de la Sentencia, el Tribunal de Justicia interpreta que los Países Miembros de la Comunidad Andina están impedidos de establecer presunciones legales en Decisiones andinas”.

La aclaración solicitada en este punto, no es pertinente, toda vez que se trata de un asunto que no ha sido tratado en la sentencia.

“e) Que aclare si, como se entiende del texto de la Sentencia, el Tribunal de Justicia interpreta que no es necesaria la acreditación del derecho subjetivo o del interés legítimo en acciones de nulidad o que se presume en el caso de los individuos que el interés difuso o el mero interés, presupone el interés legítimo de éstos, como condición suficiente para la interpretación de las acciones de nulidad”.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tal como lo ha señalado claramente en la sentencia, interpreta, en estricta aplicación del artículo 19 del Tratado de Creación del Tribunal, que los particulares tienen el derecho de intentar la acción de nulidad contra las normas comunitarias taxativamente mencionadas en el citado artículo 19, cuando se vean afectados sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, a diferencia de la acción de incumplimiento en que es requisito *sine qua non* que el actor demuestre que dicho incumplimiento afectó sus derechos subjetivos.

Por las razones que anteceden, **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,**

DECIDE:

Primero: Desestimar la solicitud de enmienda de la sentencia emitida en el Proceso 14-AN-2001, formulada por el apoderado especial de la Comisión de la Comunidad Andina.

Segundo: Dejar absuelta la solicitud de aclaración, formulada por el apoderado especial de la Comisión de la Comunidad Andina, en los términos antes expuestos.

Notifíquese a las partes mediante copia certificada y sellada de esta providencia. Anéxese a la sentencia emitida en el Proceso 14-AN-2001. Remítase copia certificada de la misma a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

PROCESO 78-IP-2003

Solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 81 y 83, literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia que da origen a la interpretación de los artículos 71 y 73, literal a), de la Decisión 313 y de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 344. Expediente Interno No. 5211. Actor: “LABORATORIOS PROVET LTDA”. Marca: “HEMAVET”

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en Quito, a los veinte y cuatro días del mes de septiembre del año dos mil tres; en la solicitud de Interpretación Prejudicial formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, por medio de su Consejera Ponente, Doctora Olga Inés Navarrete Barrero.

VISTOS:

Que la solicitud de interpretación prejudicial, se ajusta a las exigencias del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal y 125 de su estatuto, por lo que su admisión a trámite ha sido considerada procedente.

Los hechos relevantes señalados por el consultante y complementados con los documentos agregados a su solicitud.

1. ANTECEDENTES

1.1 Las partes en el proceso interno

Comparecen en el proceso interno: Como demandante la Sociedad LABORATORIOS PROVET LTDA. Como demandada la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia. En calidad de tercero interesado la SOCIEDAD LABORATORIOS ERMA S.A.

1.2 Objeto y fundamento de la demanda

El actor solicita la nulidad de los siguientes actos administrativos, emitidos por la Superintendencia de Industria y Comercio: La Resolución número 13733 de 29 de mayo de 1997, mediante la cual fueron decididas dos observaciones y se negó el registro de la marca HEMAVET y la Resolución número 1066 de 15 de mayo de 1998, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación, confirmando la anterior. Como consecuencia de la nulidad pide que se expida el título de registro correspondiente.

El demandante considera que existió violación de la ley por aplicación e interpretación indebida del artículo 83 literal a) de la Decisión 344.

Señala que los productos de la clase 5 internacional y en especial los de uso terapéutico o farmacéutico para uso en humanos y en animales, no son de venta libre, y al observar las muestras físicas de los productos HEMOVEC y HEMAVET se advierte en ellos que serán vendidos previa fórmula médica; además contienen información sobre las dosis y manejo profesional de los productos.

Con relación a la marca VERMAVET, considera que no puede ser objeto de comparación objetiva pues el producto a que se refiere no existe en el comercio.

Manifiesta que las marcas poseen más que una simple letra de diferencia y que se debe tomar en cuenta la apreciación técnica de estos productos, como un elemento que aporta distintividad a los signos.

La formación de marcas de productos farmacéuticos, agrega, debe tener una enorme carga evocativa, que le permita al profesional de la salud en forma inmediata recordar su uso o contenido activo, para así deducir su uso. En el presente caso la marca HEMAVET se compone de las palabras HEMA o HEMO como evocativo de sangre y VET que hace referencia a productos veterinarios.

2. Contestación a la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio manifiesta que los actos administrativos impugnados fueron válidamente expedidos y que se aplicó el ordenamiento legal vigente en materia de propiedad industrial contenido en la Decisión 344.

Argumenta que efectuado el examen sucesivo y comparativo de la marca HEMAVET, frente a las marcas HEMOVEC y VERMAVET, se concluye que son semejantes, y existe confundibilidad en los aspectos gráficos, ortográficos, fonéticos e ideológicos, por lo que de coexistir en el mercado se induciría a error al público consumidor.

Si se aprecian las marcas mencionadas, dice, en una visión de conjunto, en la totalidad de los elementos que las integran, se tiene que poseen mayor significación o peso comparativo las semejanzas existentes que las diferencias entre las mismas, puesto que las formas de su pronunciación pueden conllevar a la denominada confundibilidad sonora.

En consecuencia, según la entidad oficial, la marca HEMAVET para la clase 5 es irregistrable conforme a lo dispuesto en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

El tercero interesado, LABORATORIOS ERMA S.A., señala que la marca HEMAVET es confundible con la marca VERMAVET previamente solicitada por él, y que existe gran similitud fonética, gráfica y ortográfica, por lo que la coexistencia de las marcas en el mercado induciría al público a error dado que las dos distinguen productos veterinarios.

Los laboratorios ERMA cuentan desde 1980 con licencia de venta de insumos pecuarios para el producto VERMAVET.

En la actualidad, asevera, numerosos productos farmacéuticos para uso humano y animal son de venta libre, por lo que pueden ser vendidos sin prescripción médica, y se expenden no necesariamente en establecimientos especializados.

3. Normas a ser interpretadas

El consultante solicitó la interpretación del artículo 83, literal a) de la Decisión 344, pero observa el Tribunal que al tiempo de presentarse la solicitud de registro del signo en cuestión, se encontraba vigente la Decisión 313, razón por la cual son las disposiciones sustantivas de este estatuto comunitario las que deben aplicarse a los efectos de determinar el cumplimiento o no de los requisitos exigidos para el registro solicitado. En tal virtud el Tribunal interpretará los artículos 71 y 73, literal a), de la referida Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, así como también, la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 344 del ordenamiento legal comunitario.

A continuación se inserta el texto de las normas a ser interpretadas:

Decisión 313

“Artículo 71”

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

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

“Artículo 73”

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”.*

Decisión 344

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

4. CONSIDERACIONES

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente, de conformidad con lo que dispone su Tratado de Creación, para realizar la interpretación prejudicial del Ordenamiento Jurídico Comunitario a fin de lograr la uniforme aplicación del derecho en los Países Miembros.

Procede, en consecuencia, a realizar la interpretación prejudicial solicitada, para lo cual emitirá sus criterios interpretativos, de manera principal, acerca de los siguientes aspectos: la aplicación de la ley en el tiempo; los requisitos

para el registro de marcas; las causales de irregistrabilidad; el riesgo de confusión; la utilización de sufijos y prefijos comunes en las marcas farmacéuticas y el examen para su registro.

4.1. LA APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO

De la solicitud de interpretación prejudicial y de los anexos correspondientes al proceso interno No. 5211, se desprende que la solicitud de registro del signo HEMAVET fue presentada el 8 de junio de 1993, fecha en que se encontraba vigente la Decisión 313, la cual fue subrogada posteriormente por la Decisión 344. Por esta razón se estima conveniente adelantar algunas consideraciones atinentes al tránsito legislativo y a la definición de la ley aplicable.

Se ha dicho con relación al tema, que el tiempo ejerce profunda influencia en las relaciones jurídicas, al punto de que al expedirse una nueva norma sobre cierta materia, ésta toma bajo su dirección y gobierno los hechos que se produzcan durante su vigencia, dejando a salvo, en virtud del principio de ultraactividad de la ley, por regla general, la capacidad que tiene la norma antigua de seguir rigiendo los hechos ocurridos cuando estaba en vigor.

Es, así mismo, principio aplicable a este respecto el de que la norma de carácter sustancial rige para lo venidero y, consecuentemente, no tiene efecto retroactivo, a menos que, por excepción, expresamente y de modo particular, se le haya conferido. Ello porque razones de seguridad jurídica proscriben la afectación de los derechos adquiridos. Al igual, también por lo general, las normas destinadas a regular los procedimientos, carecen del referido efecto retroactivo, aunque poseen la característica de "efecto general inmediato", que las dota de aptitud para regir los procedimientos que se inicien o se hallen en curso al momento de su entrada en vigencia.

Tales principios generales son de recibo en el Derecho Comunitario sobre Propiedad Industrial y a ellos se refiere la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 344, destinada a regular el tránsito legislativo que ocurre con respecto a las disposiciones de la Decisión 313.

De la aplicación de tales normas y principios al caso consultado, en el cual la ley vigente al momento de la presentación de la solicitud de registro es una y la que rige la materia cuando se expiden los actos administrativos concesorios o denegatorios del registro, es otra, se desprende inequívocamente que la aplicable para definir la situación sobre el cumplimiento o no de los requisitos exigidos para el registro de marca, es la que tenía vigencia al momento de ser presentada dicha petición. Y es con fundamento en ella, independientemente de que para la fecha de tal acontecimiento haya sido derogada o modificada, que deberá resolverse sobre lo pedido.

Con lo anterior se reitera lo que sobre el tema ha manifestado el Tribunal en el sentido de que:

"...la norma comunitaria de carácter sustancial no surte efectos retroactivos. Por lo tanto, toda circunstancia jurídica en que deba ser aplicada una norma comunitaria, será regulada por la que se encuentre vigente al momento de haber sido planteada dicha circunstancia, bajo los parámetros por aquélla disciplinados. Sin embargo, y salvo previsión expresa, no constituye aplicación retroactiva cuando la norma

sustancial posterior debe ser aplicada inmediatamente para regular los efectos futuros de una situación nacida bajo el imperio de una norma anterior. En ese caso, la norma comunitaria posterior viene a reconocer todo derecho de propiedad industrial válidamente otorgado de conformidad con una normativa anterior, señalando que el mismo subsistirá por el tiempo que fue concedido. En consecuencia, la norma andina contempla la aplicabilidad inmediata de la norma sustancial posterior a todo efecto futuro del derecho nacido bajo la vigencia de la norma anterior, esto es, al uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas de dicho derecho.

"Por lo que, la norma sustancial que se encontrare vigente al momento de presentarse la solicitud de registro de un signo como marca, será la aplicable para resolver sobre la concesión o denegatoria del mismo; y, en caso de impugnación -tanto en sede administrativa como judicial- de la resolución interna que exprese la voluntad de la Oficina Nacional Competente sobre la registrabilidad del signo, será aplicable para juzgar sobre su legalidad, la misma norma sustancial del ordenamiento comunitario que se encontraba vigente al momento de haber sido solicitado el registro marcario. Lo anterior se confirma con lo que el Tribunal ha manifestado a efectos de determinar la normativa vigente al momento de la emisión del acto administrativo, para lo cual se deberá observar, "... tanto a la concesión del registro como a sus correspondientes declaratorias de ... anulación, la normativa comunitaria vigente para el momento en que fueron introducidas las respectivas solicitudes de concesión del registro, o ... de nulidad del mismo, a través de los recursos y acciones pertinentes" (Proceso 28-IP-95, caso "CANALI", publicado en la G.O.A.C. N° 332, del 30 de marzo de 1998)".¹

4.2. REQUISITOS PARA EL REGISTRO DE MARCAS

Para que un signo sea considerado como marca, a la luz de lo que dispone el artículo 71 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, debe poseer tres características básicas: distintividad, perceptibilidad y posibilidad de representación gráfica, además de no incurrir en ninguna de las causales de irregistrabilidad determinadas en la misma norma comunitaria

La Distintividad:

La marca es un medio para identificar productos y servicios que se ofrecen en el mercado. Esta, que es su función principal y requisito que se desprende de su definición legal, en la práctica hace posible una efectiva competencia en el mercado y permite que el consumidor distinga y elija los productos y servicios que desea adquirir; además de que al identificarlos, puede reiterar la compra de los bienes que le satisfacen, recompensando de esta manera al empresario.

Por otro lado, al proteger adecuadamente los signos registrados, se mantiene la función distintiva de la marca,

¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, Sentencia de 9 de julio de 2003. Proceso 39-IP-2003. Marca: "& mixta"

no permitiendo la inscripción de marcas idénticas o similares que dificulten la diferenciación de los productos y servicios.

La Perceptibilidad:

La marca es un bien inmaterial y para su apreciación por medio de los sentidos es necesario que ésta se materialice a través del empleo de diferentes elementos, signos o indicaciones que hagan posible su percepción. Esta característica permite que el consumidor identifique a la marca y la asocie con algún producto o servicio que se ofrezca en el mercado.

La Susceptibilidad de Representación Gráfica:

Es un requisito que se entiende como la descripción que permite formarse una idea del signo, objeto de la marca, valiéndose para ello de palabras, figuras o signos, o cualquier otro mecanismo idóneo.

No todo signo perceptible por alguno de los sentidos es susceptible de representación gráfica, pues es sólo a través de la representación gráfica que se posibilitan acciones tales como la de presentación de la solicitud, realización de la publicación; presentar observaciones, autorizar o denegar el registro y disponer el archivo y custodia de las marcas en las oficinas competentes.

4.3. CAUSALES DE IRREGISTRABILIDAD

No son registrables los signos que carezcan de poder distintivo o los que estén incursos en las prohibiciones señaladas por la ley que rige la materia, pues al tenor del artículo 71 de la Decisión 313, en concordancia con los artículos 72 y 73, ibídem, a más de cumplir con los requisitos establecidos para su registro, el signo no debe estar incurrido en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas.

Según lo previsto en el literal a) del artículo 73 los signos que sean idénticos o semejantes a otros, registrados o solicitados previamente para su registro, no podrán ser registrados para amparar la misma clase de productos o servicios; regla ésta que se refiere al principio de especialidad y que protege al consumidor del error o engaño en que pueda incurrir ante la presencia de marcas iguales o semejantes y ampara al empresario titular de la marca registrada o solicitada previamente.

4.3.1. Riesgo de Confusión

La causal analizada parte de la base, para considerar no registrable un signo, de que éste no sea confundible, porque siéndolo carece de fuerza distintiva, la cual, como se vio, es una condición indispensable para obtener su registro como marca. La confundibilidad se determina entre las marcas cuando se trata de los mismos productos o servicios o de productos y servicios respecto de los cuales se podría inducir al público a error, al punto de que, *“lo determinante en el riesgo de confusión es la semejanza de los signos y los productos en relación a los cuales se utilizan”*.²

Para la apreciación del riesgo de confusión, en palabras del autor español Alberto Casado, se deben considerar los siguientes factores:

“(a) El conocimiento de la marca en el mercado; b) la asociación que puede hacerse de la marca con el signo utilizado o solicitado (léase registrado); c) el

grado de similitud entre la marca y el signo, y d) el grado de similitud entre los productos o servicios designados”.

“Especialmente deberá tomarse en consideración el grado de uso de la marca anterior, el grado de semejanza entre las marcas enfrentadas y el grado de similitud entre los productos y los servicios. Asimismo deberá tenerse en cuenta cual es el objeto específico del derecho de marcas y los intereses económicos a tutelar”.³

La autoridad nacional competente deberá determinar si entre las marcas confrontadas existe similitud fonética, ortográfica, semántica, conceptual o gráfica y si es real el riesgo de confusión; para ello se guiará en las reglas que el Tribunal ha acogido con base en la exposición de autores como Breuer Moreno y que ha resumido diciendo:

“(a) La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas. Esta primera regla es la que se ha considerado de mayor importancia, exige el cotejo en conjunto de la marca, criterio válido para la comparación de marcas de todo tipo o clase. Esta visión general o de conjunto de la marca es la impresión que el consumidor medio tiene sobre la misma y que puede llevarlo a confusión frente a otras marcas semejantes que se encuentren disponibles en el comercio;

“(b) Las marcas deben ser examinadas en forma sucesiva y no simultánea. En la comparación marcaria debe emplearse el método de cotejo sucesivo entre las marcas, esto es, no cabe el análisis simultáneo, en razón de que el consumidor no analiza simultáneamente las marcas, sino que lo hace en forma individualizada.

“(c) Quien aprecie la semejanza deberá colocarse en el lugar del comprador presunto, tomando en cuenta la naturaleza del producto. Como quiera que quien, en último término, puede ser objeto de la confusión es la persona que compra el producto o recibe el servicio, el Juez o administrador, al momento de realizar el cotejo debe situarse frente a los productos designados por las marcas en conflicto como si fuera un consumidor o un usuario, para poder evaluar con el mayor acierto si se presentan entre ellas similitudes tan notorias que induzcan al error en la escogencia.

“(d) Deben tenerse en cuenta, así mismo, más las semejanzas que las diferencias que existan entre las marcas que se comparan. La similitud general entre dos marcas no depende de los elementos distintos que aparezcan en ellas, sino de los elementos semejantes o de la semejante disposición de esos elementos”.⁴

² SAIZ García Concepción. “EL USO OBLIGATORIO DE LA MARCA”. Editado por Tirant lo Blanch. Valencia 1997

³ CASADO Cerviño Alberto. “DERECHO DE MARCAS Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES” Editorial Tecnos. Madrid 2000

⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso No. 81-IP-2001; marca: “FLOTAC”. Sentencia de 20 de marzo del 2002. Publicado en la Gaceta Oficial No. 782 de 15 DE ABRIL DEL 2002.

4.3.2. Utilización de sufijos y prefijos comunes en marcas de productos farmacéuticos. Examen para su registro

Las marcas pueden utilizar determinados prefijos o sufijos de uso común, que por ser tales no pueden ser monopolizados por persona alguna, por lo que su titular no está facultado por la ley para oponerse a que otros los utilicen, junto con otras palabras en el diseño de signos marcarios; sin embargo, la denominación resultante debe ser suficientemente distintiva, a fin de no generar la posibilidad de confusión.

En el caso de marcas farmacéuticas es frecuente que las marcas se confeccionen con la conjunción de elementos (prefijos, sufijos o palabras) de uso general y corriente que, por lo general, le dan al signo creado cierto poder evocativo, bien sea de las propiedades del producto, sus principios activos, su uso terapéutico, etc. Se ha dicho que tales partículas de uso común, por tal razón, no deben ser tenidas en cuenta al realizar el examen comparativo de las marcas, siendo ésta una excepción al principio doctrinario de que el cotejo de las marcas se debe realizar atendiendo a una simple visión de los signos que se enfrentan, donde el todo prevalece sobre sus componentes. En este caso, la distintividad debe buscarse en el elemento diferente que integra el signo y en la condición de signo de fantasía que logre mostrar el conjunto marcario.

Sin embargo, el examen de los signos destinados a distinguir productos farmacéuticos, merece la mayor atención en aras a evitar la posibilidad de confusión por razón de la identidad o la similitud de las marcas. Al realizarlo, el examinador, debe aplicar un criterio riguroso, en la medida en que el riesgo de confusión podría repercutir de manera indeseable en la salud de las personas. Por ello, el Tribunal reitera con las palabras de Fernández Novoa que:

“El Interés de la ley en evitar todo error en el mercado no sólo se refiere al respeto que merece toda marca anterior que ha ganado con su esfuerzo un crédito, sino también defender a los posibles clientes, que en materia tan delicada y peligrosa como la farmacéutica pudiera acarrearles perjuicios una equivocación”.

*“... al confrontar las marcas que distinguen productos farmacéuticos hay que atender al consumidor medio que solicita el correspondiente producto. De poco sirve que el expendedor de los productos sea personal especializado, si el consumidor incurre en error al solicitar el producto”.*⁵

Con fundamento en las consideraciones anteriores,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

1. La disposición aplicable para definir la situación sobre el cumplimiento o no de los requisitos exigidos para el registro de marca, es la que estaba vigente al momento de ser presentada la correspondiente solicitud. Y es con fundamento en ella, independientemente de que para la fecha de tal acontecimiento haya sido derogada o modificada, que deberá resolverse sobre lo pedido.

2. Para que un signo pueda acceder al registro marcario debe ser perceptible, susceptible de representación gráfica y, además, suficientemente distintivo. Debe cuidarse, así mismo, que no se encuentre comprendido en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en los artículos 72 y 73 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
3. Al regular el riesgo de confusión el literal a) del artículo 73 de la Decisión 313 trata de evitar el error en que puedan incurrir las personas con respecto 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.
4. La determinación del riesgo de confusión entre las denominaciones confrontadas, surgirá de la realización del correspondiente examen comparativo, en el que necesariamente se deben tener en cuenta los criterios aportados por la doctrina y la jurisprudencia, ya señalados en la parte considerativa de la presente providencia.
5. Es necesario que en el caso de productos farmacéuticos, el Juez consultante aplique en el examen comparativo de las marcas, un criterio especialmente riguroso, donde se determine la existencia del riesgo de confusión entre los signos, y se consideren las potenciales y posibles consecuencias dañosas en caso de producirse confusión.
6. En este tipo de marcas se utilizan prefijos o sufijos de uso común, lo que no supone el aprovechamiento personal de éstos por un sólo titular. Por tal razón podrán utilizarse estas partículas en signos compuestos, siempre que se añada un elemento que conceda suficiente distintividad al conjunto, capaz de evitar el riesgo de confusión.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Primera, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial, cuando dicte sentencia dentro del proceso interno No. 5211 de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y deberá además dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 128 del Estatuto del Tribunal.

Notifíquese al mencionado Juez consultante y remítase copia de la sentencia a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

⁵ FERNANDEZ Novoa Carlos, “FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE MARCAS” Editorial Montecorvo S.A. Madrid 1984. Págs. 265 y 266.

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Claudio Sosa Voystest
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

EL GOBIERNO MUNICIPAL DE MOCACHE

Considerando:

Que nuestra Carta Magna en su artículo 228 inciso segundo concede a las corporaciones municipales, capacidad para mediante ordenanza, reglamentar y administrar las actividades dentro de su jurisdicción territorial;

Que la Ley de Gestión Ambiental vigente en su artículo 13 dispone la capacidad de las corporaciones municipales de dictar políticas y administrar el manejo ambiental en su jurisdicción;

Que la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el artículo 12, dentro de los fines del Municipio deberá preservar y procurar la satisfacción de las necesidades colectivas;

Que el Gobierno Municipal, tiene capacidad legal para normar procedimientos para que establezcan responsabilidades en caso de que personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras realizarán actividades que afectaren al medio ambiente; y,

En pleno uso de las facultades de las que se encuentra legalmente investida,

Expide:

La Ordenanza de procedimiento en el trámite de denuncias de problemas ambientales del cantón Mocache.

Artículo 1.- La presente ordenanza regula los procedimientos relativos a la recepción, tratamiento y resolución de denuncias presentadas por cualquier persona natural o jurídica, grupo, organización o comunidad del cantón Mocache.

Artículo 2.- El procedimiento a aplicarse para el juzgamiento de conductas infractoras de las ordenanzas en el ámbito de la jurisdicción del Municipio estará a cargo del Comisario Municipal, quién se apegará a las normas establecidas por la presente ordenanza.

Artículo 3.- El Comisario Municipal como instructor puede conocer el cometimiento de infracciones de carácter ambiental de las siguientes formas:

1. Por denuncia escrita y reconocida que presente el o los afectados a la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM) o directamente a la Comisaría Municipal.
2. Informe presentados por la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM).
3. Por excitativa del Comité de Gestión Cantonal.
4. De oficio, cuando el Comisario Municipal tenga conocimiento directo de la infracción.
5. Por acción popular presentada por cualquier particular o agrupación.
6. En tratándose de los numerales 1, 4 y 5 se requerirá previo al inicio del procedimiento se realizará inspección y el correspondiente informe por parte de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), en base al cual el Comisario decidirá la procedencia o no del juzgamiento.

Artículo 4.- Iniciado el procedimiento, el Comisario avocará conocimiento y dispondrá la citación en el domicilio del denunciado, con copia de la denuncia con que se inició el proceso y del oficio en que se avoca conocimiento de la misma; o dispondrá su citación pública por tres ocasiones, en caso de desconocer su domicilio, si fuere el caso; conminándole que se presente a una audiencia de descargo a realizarse dentro de los tres días siguientes posteriores a la citación.

Artículo 5.- La audiencia se realizará el día y la hora indicada, si el denunciado admite su responsabilidad el procedimiento concluirá y dispondrá la imposición de la sanción correspondiente, atenuada por el reconocimiento de la responsabilidad, a la vez que se comprometerá a cumplir con la remediación del daño causado, en el plazo y con los requisitos que disponga a la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), que será notificada para el efecto.

En caso de no admitirse la responsabilidad, se abrirá período de prueba de diez días prorrogables a petición de parte por un máximo de treinta días, al cabo del cual se producirá audiencia oral de juzgamiento.

Artículo 6.- Durante el transcurso de la prueba, el denunciado aportará las pruebas técnicas a las que se crea con derecho a la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM) emitirá el informe respectivo que se basará en la inspección por parte de un técnico de la unidad, quien dispondrá la realización de pruebas, análisis de muestras y demás actos necesarios para el juzgamiento y análisis de la situación.

En caso de que por razones técnicas del tipo de análisis requerido para ciertos casos se podrá presentar peritos que serán calificados de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil vigente.

Artículo 7.- En la audiencia oral de juzgamiento se dará lectura al informe de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal (UGAMM), luego expondrán denunciadores y

denunciados respectivamente, de no haber denunciante a la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), en nombre del Municipio y la comunidad tomará tal papel, denuncian los hechos y solicitando la respectiva sanción, a continuación el denunciado hará su exposición.

El Comisario tendrá la libertad de hacer preguntas o volver a conceder la palabra de considerarlo necesario. Concluida la audiencia el Comisario resolverá en 48 horas, pero podrá dependiendo de las pruebas presentadas solicitar el análisis técnico de las mismas por parte de la Unidad de Gestión Ambiental (UGAMM), pero nunca superará los 20 días de plazo.

La resolución contendrá los antecedentes, intervenciones, pruebas y la resolución correspondiente.

Artículo 8.- Durante el transcurso del juzgamiento la Comisaría podrá disponer, en base a la inspección preliminar de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM) y bajo la responsabilidad civil y penal de ambos funcionarios, la suspensión de las actividades comerciales que se presuman contaminantes, dicha suspensión de actividades solo se producirá en caso de que la actividad contaminante sea considerada de alto impacto ambiental.

Artículo 9.- La apelación se presentará ante el Concejo Cantonal, durante la cual podrá solicitar a las partes, y a la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), la documentación y pruebas que considere necesarias.

Artículo 10.- La apelación suspende sus efectos, salvo en el caso de señalarse en la resolución por la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM) y el Comisario Municipal como contaminación de alto impacto, los funcionarios actuantes responderán por los daños que ésta calificación pudiera causar, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Artículo 11.- Como instancia final está la señalada en el artículo 138 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Artículo 12.- La presente ordenanza entrará en vigencia desde su promulgación, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dada y firmada en la sala de sesiones del Gobierno Municipal de Mocache, a los 12 días del mes de febrero del año dos mil cuatro.

f.) Tomás Ubilla Triviño, Vicealcalde del Gobierno Municipal de Mocache.

f.) Luis E. Saltos Morán, Secretario del I. Concejo.

Certifico:

Que la presente ordenanza de procedimiento en el trámite de denuncias de problemas ambientales del cantón Mocache, que antecede fue discutida y aprobada por el I. Concejo de Mocache en las sesiones ordinarias del 5 y 12 de febrero del 2004, en primero y segundo debate, respectivamente, de conformidad con lo que establece el

Art. 127 de la Ley de Régimen Municipal; y, la remito a la señora Alcaldesa de conformidad con el Art. 128 ibídem.

Mocache, 14 de febrero del 2004.

f.) Luis E. Saltos Morán, Secretario del I. Concejo.

VISTOS: En uso de la facultad que me concede el numeral 3 del Art. 72 en concordancia con el Art. 129 de La Ley de Régimen Municipal, declaro sancionada la Ordenanza de procedimiento en el trámite de denuncias de problemas ambientales del cantón Mocache, por estar de acuerdo con las normas vigentes; y, ordeno su promulgación por uno de los medios de que trata el Art. 133 de la ley invocada.

Mocache, 25 de febrero del 2004.

f.) María Cristina Holguín de Andrade, Alcaldesa del Gobierno Municipal de Mocache.

SECRETARIA DEL I. CONCEJO.- Mocache 25 de febrero del 2004.- Sancionó, firmó y ordenó la promulgación de la Ordenanza de procedimiento en el trámite de denuncias de problemas ambientales del cantón Mocache, la Sra. María Cristina Holguín de Andrade, Alcaldesa del Gobierno Municipal de Mocache, a los veinticinco días del mes de febrero del año dos mil cuatro.- Lo certifico.

f.) Luis E. Saltos Morán, Secretario del I. Concejo.

EL GOBIERNO MUNICIPAL DE MOCACHE

Considerando:

Que, conforme a nuestra Constitución, en el artículo 3 numeral 3, es deber del Estado Ecuatoriano, defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente;

Que, la Ley de Gestión Ambiental vigente, en su artículo 13, dispone la capacidad de las corporaciones municipales, de dictar políticas y administrar el manejo ambiental en su jurisdicción;

Que, la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el artículo 164, literal j), otorga a las municipalidades, la capacidad de regular todo lo relativo al saneamiento y control ambiental, en todo lo que pudiera afectar la salud de los habitantes;

Que, el Gobierno Municipal tiene capacidad legal, para normar procedimientos para que se establezcan responsabilidades en caso de que personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, realizaren actividades que afectaren el medio ambiente; y,

En pleno uso de las facultades de las que se encuentra legalmente investida,

Expide:**Ordenanza para la prevención de la contaminación de los recursos ambientales y el control de procesos y actividades comunes a desarrollarse en la jurisdicción del cantón Mocache.**

Artículo 1.- Esta ordenanza regula los mecanismos tendientes a prevenir y controlar la contaminación o el riesgo de producirla por medio de procesos o actividades que se desarrollen dentro de la circunscripción territorial del cantón Mocache que afecten a los elementos agua, suelo y al medio ambiente en general.

Artículo 2.- Se sujetan al control de esta norma la contaminación producida por desechos consistentes en efluentes líquidos, que se descarguen en los canales de alcantarillado público o en los cursos hídricos del cantón.

De este modo el control se establecerá de acuerdo con las normas de calidad previstas en el “Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental en lo relativo al Recurso Agua” (Acuerdo Ministerial. N° 2144, R.O. N° 204; 05.06.89).

Artículo 3.- Se regulan por estas normas, toda emisión hacia la atmósfera que produzca contaminación. Para ello se observarán las normas de calidad estipuladas en el “Reglamento que establece las normas generales de emisión para fuentes fijas de combustión y los métodos generales de medición” (Acuerdo Ministerial N° 883; R.O. 303, 25.09.93), así como también por las normas establecidas en el “Reglamento que establece las normas de calidad del aire y sus métodos de medición” (Acuerdo Ministerial N° 11338-A, R.O. N° 726, 15.07.91).

Artículo 4.- Esta ordenanza regula toda contaminación del suelo producida por cualquier actividad que se desarrolle dentro del cantón. Para este objetivo se observarán las normas contenidas en el Reglamento de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental en lo referente al recurso suelo publicado en el Registro Oficial N° 989 del 30 de junio de 1992.

Artículo 5.- En todo lo concerniente a contaminación ambiental producida por pesticidas, agroquímicos, biocida, etc. Se aplicarán las regulaciones establecidas en la Ley para la Formulación, Fabricación, Importación, Comercialización y Empleo de Plaguicidas y Productos a Fines de Uso Agrícola, y los reglamentos respectivos.

Artículo 6.- El Comité de Gestión Ambiental de Mocache, deberá mantener un catastro actualizado del territorio cantonal, de acuerdo a las actividades que se desarrollen en el mismo, a fin que sean las bases para la elaboración de un programa de prevención de la contaminación en base a las diferentes fuentes de la misma.

Artículo 7.- Concédase a la Jefatura de Higiene Municipal, a través de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), plena potestad de efectuar inspecciones a toda clase de obras civiles y a los establecimientos industriales, comerciales de todo tipo de servicios y actividades productivas; a solicitar la elaboración y presentación de estudios de impacto ambiental, en caso de concluir que la actividad que se ejecuta afecta al medio ambiente negativamente, o que existiere posibilidad que los mismos se produzcan.

Se procederá de la misma manera en los casos de denuncias que sean reconocidas y verificadas.

Artículo 8.- Los estudios de impacto ambiental, son documentos elaborados por profesionales calificados en la materia, que proporcionan información que permite la identificación y prevención de impactos ambientales negativos, así como el planteamiento de medidas adecuadas, para prevenir, mitigar o compensar los impactos ambientales negativos de cualquier actividad, en el marco de un plan de manejo.

De acuerdo al momento en que la evaluación es realizada, es decir, antes durante o después de la ejecución del proyecto o actividad, los estudios ambientales pueden ser:

- Estudios de impacto ambiental.
- Auditorías ambientales.
- Diagnósticos ambientales.

Artículo 9.- Todo proyecto de construcción, industriales, comerciales, productivos y de servicios en general, además de las ampliaciones de los ya existentes, deberán previamente de la obtención de cualquier permiso o autorización por parte de los departamentos y direcciones municipales, solicitar a la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM) la concesión de un “Permiso Ambiental”, mediante la presentación del correspondiente estudio de impacto ambiental para su respectiva revisión y aprobación.

Artículo 10.- Los proyectos de construcción, industriales o de los servicios indicados, que cumplieren previamente a la aprobación de la presente ordenanza con la elaboración del respectivo estudio de impacto ambiental, deberán presentar auditorías ambientales de seguimiento al cumplimiento de las mismas que incluirán:

Evaluación del cumplimiento de planes de manejo ambiental y de la normativa ambiental vigente.

Descripción de nuevas actividades y recomendaciones de medidas a tomarse según el caso.

Artículo 11.- En tratándose de actividades, que la UGAMM califique como de bajo impacto, se exigirá la presentación de un diagnóstico ambiental, que identifique los impactos negativos a la vez que proponga medidas ambientales.

Este diagnóstico ambiental es considerado una forma simplificada de estudio de impacto ambiental.

Artículo 12.- El permiso ambiental, deberá ser renovado al primer año de operaciones, para tal renovación obligatoriamente se presentará una auditoría ambiental.

En lo posterior, la renovación del permiso ambiental se hará cada dos años a contarse desde el primer otorgamiento, a excepción de las actividades mineras y de explotación de canteras que serán anualmente.

De igual manera, si el dictamen técnico de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM) determina que las actividades son de alto impacto expresamente se indicará que la renovación será anual.

Artículo 13.- La Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), cumplirá inspecciones periódicas, a los establecimientos de todo tipo para verificar el cumplimiento de las medidas ambientales aprobadas, deberá cada semestre presentar un informe al Concejo Cantonal, que contendrá el estado de las empresas que están siendo intervenidas por el Municipio dentro de los programas de prevención y control de la contaminación industrial y de otras fuentes.

Artículo 14.- La Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), de considerarlo necesario en virtud del tipo de actividad que pretenda realizarse, podrá recomendar que sea entregada una garantía económica, cuyo monto será igual al costo de elaboración del estudio ambiental, o del costo de las obras civiles o de equipamiento que dicho estudio ambiental recomiende, según sea el caso.

Estas garantías económicas se implementarán en caso de tratarse de actividades de alto impacto ambiental, incumplimiento o ampliación de plazo para implementación del plan ambiental y de sus recomendaciones de manejo; y serán a nombre de la Municipalidad, irrevocables y de cobro inmediato.

Siempre, la implementación de garantías será determinado por el informe técnico emitido por la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), y con la aprobación de la Dirección Financiera Municipal.

Artículo 15.- Las garantías económicas, de las que trata el artículo precedente podrán ser de las siguientes clases:

Depósito en moneda de curso legal, efectivo o cheque certificado que será consignado en una cuenta especial que para el efecto abrirá la Municipalidad.

Documento de garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o una compañía financiera legalmente reconocida, establecida en el país o por intermedio de ellos.

Póliza de seguro, de carácter incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros de las legalmente reconocidas en el país.

Hipoteca sobre bienes raíces.

Prenda agrícola, industrial o especial de comercio, debidamente registrada y con todas las formalidades de ley.

Estas garantías, deberán ser aprobadas previamente por la Dirección Financiera Municipal.

Artículo 16.- Aquellas instalaciones, que estén en funcionamiento y que no hayan realizado estudios de impacto ambiental, antes de la publicación de la presente ordenanza, deberán cumplir con la presentación del mismo para el otorgamiento del permiso ambiental respectivo, para lo cual la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), le concederá un plazo determinado.

Para estos casos, el representante o propietario deberá presentar una auditoría ambiental inicial en un plazo que los técnicos de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM) dispondrán de acuerdo al tipo de actividad a la que se refiere.

Artículo 17.- Si al cumplirse el plazo establecido y la auditoría ambiental solicitada no se presentare, previa notificación a la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), que indique claramente la no presentación del mismo, se procederá por parte del Comisario Municipal a imponer la sanción que se indica en la presente ordenanza, y se concederá un nuevo plazo de 120 días máximo a criterio de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM).

En caso de nuevo incumplimiento, el Comisario Municipal sancionará a la empresa con el doble de la multa impuesta en la primera ocasión y dispondrá su inmediata clausura, la cual solo se levantará cuando se dé cumplimiento a lo requerido por la Corporación Municipal.

Artículo 18.- El estudio ambiental a presentarse, deberá contener lo indicado en las directrices que para el efecto elaborará la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), en el plazo de 30 días posteriores a la aprobación de la presente ordenanza.

Artículo 19.- La Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), podrá realizar las inspecciones que considere necesarias a fin de verificar la información presentada por el usuario, a la vez que constatará el cumplimiento de las normativas ambientales establecidas en los estudios presentados.

Artículo 20.- En caso, de que el usuario presente el estudio de impacto ambiental, dentro del plazo requerido la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), en 30 días posteriores a dicha presentación otorgará un informe de observaciones en el caso de haberlas, a la vez que emitirá el permiso ambiental respectivo.

Artículo 21.- Realizada la evaluación indicada, en el artículo anterior la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM) emitirá su criterio.

Aprobar el estudio de impacto ambiental y emitir el permiso respectivo.

Aprobarlo y emitir un permiso ambiental, condicionado al cumplimiento de ciertas recomendaciones, que constarán en el informe que al efecto se emita, el mismo que será notificado al usuario a fin de que las implemente en un plazo determinado so pena de revocatoria, multa y suspensión de actividades.

No aprobarlo y realizar las observaciones técnicas del caso.

Cumplida la elaboración y emitido el permiso ambiental, el usuario se obligará a la aplicación de todas las medidas ambientales contenidas en el mismo. Para el efecto el representante legal o propietario será notificado de esta obligación por el Comisario Municipal, luego de 72 horas de la entrega por la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), indicando que dicho permiso ambiental ha sido concedido.

En caso de aprobación condicionada, el peticionario se obligará a cumplir con las observaciones emitidas en el informe de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), en un plazo que el mismo informe determinará, contado desde la notificación efectuada por el Comisario Municipal. El peticionario se someterá a

comprobación por parte de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM) de que la causal que motivó el condicionamiento ha sido superada a fin de que el permiso ambiental condicionado sea canjeado por el definitivo.

En tratándose de la no aprobación, el peticionario deberá corregir o ampliar el estudio de impacto ambiental, respondiendo a las observaciones técnicas efectuadas por la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), y estará impedido de operar.

Artículo 22.- De no presentarse las correcciones a las observaciones realizadas en el plazo establecido, el Comisario Municipal, dispondrá la clausura, la misma que solo podrá dejarse sin efecto previo al pago de la multa estipulada en la presente ordenanza a más de la presentación del estudio de impacto ambiental corregido.

Artículo 23.- Cualquier plazo adicional, que el peticionario necesitare para la ampliación, cumplimiento o corrección del estudio presentado, deberá ser solicitado por lo menos con 15 días de anticipación al cumplimiento del plazo.

Solamente la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), podrá autorizar la ampliación de cualquier plazo, fundamentado en criterios técnicos.

De producirse un nuevo incumplimiento, se dispondrá la clausura definitiva del local que se levantará solamente cuando la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), notifique al Comisario Municipal que se han cumplido todas las observaciones planteadas y los requisitos exigidos por la Municipalidad.

Artículo 24.- Emitido el permiso ambiental, la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), comunicará a la Comisaría, a fin que notifique al usuario en un plazo máximo de 15 días hábiles, posteriores a la recepción de la comunicación, de la obligación de suministrar la información que la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), considere necesaria para el efectivo seguimiento y control de sus actividades a más de la obligación que tienen de cumplir con el plan de manejo ambiental propuesto.

Artículo 25.- La Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), cumplirá inspecciones periódicas a los establecimientos de todo tipo, para verificar el cumplimiento de las medidas ambientales aprobadas, deberá cada semestre presentar un informe al Concejo Cantonal, que contendrá el estado de las empresas, que están siendo intervenidas por el Municipio, dentro de los programas de prevención y control de la contaminación industrial y de otras fuentes.

Artículo 26.- De comprobarse por parte de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), el incumplimiento del plan de manejo propuesto por una industria o empresa, de cualquier clase aprobada con el permiso ambiental respectivo, o atrasos no justificados, el Comisario Municipal correspondiente, impondrá una multa establecida en el artículo 22 de la presente ordenanza, pudiéndose conceder por una sola vez un plazo adicional para la aplicación de las medidas ambientales no cumplidas. Para la imposición de ésta multa, deberá tomarse en consideración si el cumplimiento es de carácter total o parcial.

El plazo que se concederá, lo determinará técnicamente la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM) y será proporcionalmente necesario para la aplicación de las medidas ambientales requeridas.

Una vez concluido el plazo determinado, que no se ha dado cumplimiento a la clausura que solo se levantará cuando la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), emita el correspondiente informe indicando que los requerimientos exigidos han sido cumplidos.

Artículo 27.- En caso de requerirse un plazo adicional, para el cumplimiento de los requerimientos ambientales, deberá solicitarlo por lo menos 15 días antes del cumplimiento del plazo ya concedido.

Presentada dicha solicitud, la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), determinará si la ampliación del plazo es conveniente y esta técnicamente justificada. A continuación el Comisario Municipal comprobará la cancelación de la multa correspondiente, se suscribirá un acta de compromiso en la que el usuario se obliga dentro del nuevo plazo a cumplir con las medidas ambientales aprobadas.

En caso de incumplimiento del acta de compromiso, y de las medidas ambientales establecidas, se procederá por parte del Comisario Municipal, a clausurar de manera definitiva el establecimiento y anular el permiso ambiental si se hubiere concedido, solo se revocará dicho acto con informe favorable de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), en que conste que se ha cumplido con todas las normas ambientales para obras civiles y de equipamiento.

CONTRAVENCIONES Y SANCIONES

Artículo 28.- La no presentación del estudio ambiental, requerido será sancionada con multa de entre 5 y 30 salarios básicos unificados.

Artículo 29.- Incumplimiento al no corregir, acatar, ampliar o dar respuestas a las observaciones formuladas por la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM), al estudio ambiental presentado será sancionado con una multa de entre 10 y 40 salarios básicos unificados.

Artículo 30.- El no cumplimiento de plan de manejo ambiental, en todo lo relacionado con la aplicación de las medidas ambientales, en los plazos establecidos o acordados previamente, mediante actas de compromiso, será sancionado con una multa de entre 10 y 20 salarios básicos unificados.

Artículo 31.- Para la imposición de las multas indicadas en la presente ordenanza, el Comisario Municipal, deberá considerar las características del tipo de empresa, negocio o industria, su solvencia y capacidad económica y la magnitud del daño ambiental, provocado o que podría provocarse, siempre con la asesoría técnica de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache (UGAMM).

Artículo 32.- De la acción popular.- Se concede acción popular a cualquier persona, natural o jurídica, grupo, organización o comunidad del cantón, sin necesidad de ser

directamente afectados en su interés, para que denuncien cualquier conducta que infrinja la normativa ambiental vigente.

Para este efecto, el Procurador Síndico, analizará las denuncias y de encontrarlas procedentes patrocinará las acciones judiciales que correspondan en persona o por un delegado, excepto en aquellas que se propongan contra una autoridad municipal.

Artículo 33.- La presente ordenanza entrará en vigencia, desde su promulgación sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dada y firmada en la sala de sesiones del Gobierno Municipal de Mocache, a los 12 días del mes de febrero del año dos mil cuatro.

f.) Tomás Ubilla Triviño, Vicealcalde del Gobierno Municipal de Mocache.

f.) Luis E. Saltos Morán, Secretario del I. Concejo.

Certifico: Que la presente Ordenanza para la prevención de la contaminación de los recursos ambientales y el control de procesos y actividades comunes a desarrollarse en la jurisdicción del cantón Mocache, que antecede fue discutida y aprobada por el I. Concejo de Mocache en las sesiones ordinarias del 5 y 12 de febrero del 2004, en primero y segundo debate, respectivamente de conformidad con lo que establece el Art. 127 de la Ley de Régimen Municipal y la remito a la señora Alcaldesa de conformidad con el Art. 128 ibídem

Mocache, 14 de febrero del 2004.

f.) Luis E. Saltos Morán, Secretario del I. Concejo.

VISTOS: En uso de la facultad que me concede el numeral 3 del Art. 72 en concordancia con el Art. 129 de La Ley de Régimen Municipal, declaro sancionada la Ordenanza para la prevención de la contaminación de los recursos ambientales y el control de procesos y actividades comunes a desarrollarse en la jurisdicción del cantón Mocache, por estar de acuerdo con las normas vigentes; y ordeno su promulgación por uno de los medios de que trata el Art. 133 de la ley invocada.

Mocache, 25 de febrero del 2004.

f.) María Cristina Holguín de Andrade, Alcaldesa del Gobierno Municipal de Mocache

SECRETARIA DEL I. CONCEJO.- Mocache 25 de febrero del 2004. Sancionó, firmó y ordenó la promulgación de la Ordenanza para la prevención de la contaminación de los recursos ambientales y el control de procesos y actividades comunes a desarrollarse en la jurisdicción del cantón Mocache, la Sra. María Cristina Holguín de Andrade, Alcaldesa del Gobierno Municipal de Mocache, a los veinticinco días del mes de febrero del año dos mil cuatro.- Lo certifico.

f.) Luis E. Saltos Morán, Secretario del I. Concejo.

EL GOBIERNO MUNICIPAL DE MOCACHE

Considerando:

Que en virtud de los principios contenidos en nuestra Constitución Política en su artículo 88 de la Ley de Gestión Ambiental en su artículo 12 numeral f) y 28, que comprometen la obligatoriedad de la participación de las comunidades en el manejo y control, ambiental de sus jurisdicciones territoriales;

Que en los actos del Concejo Cantonal debe tomarse en cuenta los puntos de vista presentados por la comunidad, empresas, artesanos y demás miembros de la ciudadanía;

Que es necesario normar con la intervención de todos los sectores el manejo ambiental cantonal bajo los principios estipulados en las leyes; y,

Que en uso de las facultades que le concede la ley,

Expide:

La ordenanza de Creación del Comité de Gestión Ambiental Cantonal de Mocache.

Artículo 1.- Creación: Confórmese por la presente ordenanza el Comité de Gestión Ambiental Cantonal de Mocache, el mismo que será un organismo eminentemente participativo, comunitario, que contará para el desarrollo de sus actividades con el apoyo y el aval de la Corporación Municipal.

Artículo 2.- Naturaleza: El Comité de Gestión Ambiental Cantonal es un ente representativo de la comunidad, y por su naturaleza participativa presentará iniciativas ante el Concejo Municipal, que propendan hacia el más correcto manejo ambiental cantonal.

Por su naturaleza no estará incluido en ninguno de los niveles administrativos municipales.

Artículo 3.- Ambito de intervención: Participará como representante de la comunidad del cantón en todas las actividades de cuidado y protección del medio ambiente, a más de ser la entidad que proponga a la Corporación Municipal las políticas ambientales de administración.

Trabjará coordinadamente con la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache UGAMM, en todo lo que tenga que ver con intervención comunitaria, denuncias, así también en todo lo que fuere requerido dependerá del aval técnico de éste departamento para la presentación de planes de trabajo o proyectos de índole ambiental.

Artículo 4.- Objetivos: El Comité de Gestión Ambiental tiene por objetivos promover y fomentar el desarrollo productivo y la conservación de los recursos naturales del cantón, a través de la coordinación y de la participación social, basados en un enfoque sustentable.

A más de este objetivo propenderá a los siguientes:

Integrar a las principales instituciones que de una u otra manera estén ligadas a la protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de desastres.

Vigilar que los diferentes entes públicos cumplan satisfactoriamente con los objetivos generales de la gestión ambiental.

Identificar y evaluar problemas y necesidades de la comunidad en materia ambiental, con el fin de priorizar y coordinar la aplicación de soluciones adecuadas.

Fomentar la autogestión comunitaria, con énfasis en la implementación de nuevas alternativas de producción que permitan la aplicación de tecnologías económicamente rentables, socialmente justas y ecológicamente sustentables.

Mejorar las condiciones ambientales del cantón, preservando y protegiendo los ecosistemas y los recursos naturales, promoviendo su recuperación.

Artículo 5.- Atribuciones: Son las siguientes:

Ser el portavoz de la comunidad ante el Alcalde y el Concejo Cantonal de las necesidades y requerimientos de todos los estamentos de la comunidad del cantón.

Denunciar a nombre de la comunidad delitos ambientales.

Fomentar la participación ciudadana en el área ambiental.

Proponer la política ambiental cantonal.

Comentar y hacer las observaciones del caso al plan de trabajo de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache UGAMM.

Proponer y colaborar en la implementación de autogestión y obtención de recursos para el desarrollo de planes y campañas ambientales incluidas en las actividades dispuestas por la Municipalidad.

Proponer al Concejo planes ambientales generales, los mismos que deberán tener el aval técnico de la UGAMM.

Colaborar con la UGAMM y la Dirección de Higiene Municipal en el desarrollo de campañas relacionadas con manejo sustentable del medio ambiente.

Artículo 6.- De los miembros: El Comité de Gestión Ambiental estará conformado por:

El Alcalde o su delegado, quién lo presidirá.

El Concejal Presidente de la comisión o su delegado.

El Jefe Político o su delegado.

El Comisario Provincial de Salud o su delegado.

Un representante de la ONG ambientales.

Un representante de los barrios, juntas parroquiales y comunas.

Un delegado de las cámaras de producción.

Cualquier otra representación adicional será resuelta por el Comité de Gestión de acuerdo a las circunstancias.

Todos los cargos dentro del comité son honorarios.

Artículo 7.- Acreditación: El Comité de Gestión Ambiental Municipal acreditará la conformación de sus miembros mediante nombramientos protocolizados ante Notario Público, los mismos que se presentarán a la Secretaría Municipal, que sentarán razón de la misma.

Artículo 8.- Del Secretario: El Director de la UGAMM, será el Secretario del Comité de Gestión Ambiental Cantonal, quién asistirá a las sesiones con voz informativa y sin derecho a voto.

La Secretaría del Comité de Gestión tendrá un espacio físico para el desarrollo de sus actividades, y para la recepción por escrito de las peticiones, sugerencias y denuncias que la ciudadanía podrá presentar.

Artículo 9.- Quórum: El Comité de Gestión Ambiental se reunirá en sesiones bimestrales, las mismas que requerirán la presencia de mitad más uno de los miembros que fueren convocados previamente por Secretaría con al menos tres días de anticipación. Todos los miembros tienen voz y voto, las decisiones se tomarán por mayoría simple, y el Presidente tendrá voto dirimente.

Artículo 10.- De las sesiones extraordinarias.- El Comité de Gestión Ambiental sesionará extraordinariamente a petición de la mitad más uno de sus miembros, o por convocatoria de su Presidente.

Artículo 11.- De las comisiones: El Comité de Gestión Ambiental dispondrá la conformación de las comisiones de trabajo, encargadas de llevar a cabo gestiones específicas siempre relacionadas con sus objetivos, la integración será la que el comité disponga, de acuerdo a la naturaleza de la actividad al realizarse, y de entre los mismos se nombrará un Jefe de comisión que lo dirigirá y representará en las reuniones del Comité de Gestión Ambiental.

Artículo 12.- Capacidad de autogestión: La atribución señalada en el numeral 6 del artículo 5 de la presente ordenanza se entenderá dirigida a la obtención de recursos y financiamiento de la UGAMM, para las actividades ambientales comunitarias, dichos valores deberán ser administrados y anualmente auditados conjuntamente por la Tesorería Municipal, la UGAMM y el Comité de Gestión Ambiental.

Las donaciones y aportaciones obtenidas serán incluidas en el fondo del que trata el inciso anterior.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA: La Municipalidad de Mocache se encargará de proporcionar al Comité de Gestión Ambiental espacio físico para sus reuniones.

SEGUNDA: El Directorio del comité hará constar en las nóminas de miembros de las comisiones de trabajo por área a conformarse, las actividades específicas a cargo de las mismas, sus funciones y demás reglamentaciones que considere necesarios.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA: La Municipalidad de Mocache a través de la Unidad de Gestión Ambiental Municipal de Mocache UGAMM convocará a la constitución del comité cruzando las invitaciones respectivas y avalizará la creación del mismo.

De igual manera avalizará las convocatorias el tiempo que fuere necesario para el pleno funcionamiento del comité.

SEGUNDA: El Directorio del comité hará constar en las nóminas de miembros de las comisiones de trabajo por área a conformarse, las actividades específicas a cargo de las mismas, sus funciones y demás reglamentaciones que considere necesarios.

Disposición Final: La presente ordenanza entrará en vigencia desde su promulgación, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dada y firmada en la sala de sesiones del Gobierno Municipal de Mocache, a los 12 días del mes de febrero del año dos mil cuatro.

f.) Tomás Ubilla Triviño, Vicealcalde del Gobierno Municipal de Mocache.

f.) Luis E. Saltos Morán, Secretario del I. Concejo.

CERTIFICO: Que la presente Ordenanza de Creación del Comité de Gestión Ambiental Cantonal de Mocache, que antecede fue discutida y aprobada por el I. Concejo de Mocache en las sesiones ordinarias del 5 y 12 de febrero del 2004, en primero y segundo debate, respectivamente, de conformidad con lo que establece el Art. 127 de la Ley de Régimen Municipal; y, la remito a la señora Alcaldesa de conformidad con el Art. 128 ibídem.

Mocache, 14 de febrero del 2004.

f.) Luis E. Saltos Morán, Secretario del I. Concejo.

VISTOS: En uso de la facultad que me concede el numeral 3 del Art. 72 en concordancia con el Art. 129 de La Ley de Régimen Municipal, declaro sancionada la Ordenanza de Creación del Comité de Gestión Ambiental Cantonal de Mocache, por estar de acuerdo con las normas vigentes; y, ordeno su promulgación por uno de los medios de que trata el Art. 133 de la ley invocada.

Mocache, 25 de febrero del 2004.

f.) María Cristina Holguín de Andrade, Alcaldesa del Gobierno Municipal de Mocache.

SECRETARIA DEL I. CONCEJO.- Mocache 25 de febrero del 2004. Sancionó, firmó y ordenó la promulgación de la Ordenanza de Creación del Comité de Gestión Ambiental Cantonal de Mocache, la Sra. María Cristina Holguín de Andrade, Alcaldesa del Gobierno Municipal de Mocache, a los veinticinco días del mes de febrero del año dos mil cuatro.- Lo certifico:

f.) Luis E. Saltos Morán, Secretario del I. Concejo.

**EL ILUSTRE CONCEJO CANTONAL
DE GUAMOTE**

Que siendo necesaria una nueva ordenanza que regule el uso, funcionamiento y ocupación de mercados que existen en el cantón, de conformidad con el Art. 126 de la Ley de Régimen Municipal.

Expide:

La siguiente Ordenanza que reglamenta el funcionamiento y ocupación de mercados y plazas.

Art. 1.- El funcionamiento de mercados y plazas estará sujeto a las disposiciones legales de la presente ordenanza.

Art. 2.- Las personas interesadas en tomar en arrendamiento el local o puestos de venta, sean interiores o exteriores del mercado, formularán hasta el 15 de diciembre de cada año una solicitud al señor Alcalde del Concejo, adjuntando los datos y documentos siguientes:

- a. Nombres y apellidos completos;
- b. Número de cédula de ciudadanía;
- c. Extensión o número de puesto que solicita y clase de negocio que va establecerse;
- d. Certificado de gozar de buena salud, conferido por el médico del hospital y de la sanidad;
- e. Una foto tamaño carnet; y,
- f. Certificado de no adeudar al fisco.

Art. 3.- Los solicitudes aprobados por el señor Alcalde serán enviadas a la Comisaría Municipal donde se elaborará un listado y catastro que serán remitidos a los departamentos legal y financiero a efectos de que se proceda a elaborar los correspondientes contratos, los mismos que deberán ser observados por la Ley de Inquilinato y se realice la comisión de títulos por los valores correspondientes por arrendamiento y patentes municipales.

Art. 4.- La comisión respectiva y el I. Concejo fijarán los cánones de arrendamiento que registrarán a partir de la publicación de la presente ordenanza en el Registro Oficial, tomando en cuenta los gastos que erogue la entidad por la construcción, adecuación y ampliación del respectivo mercado y plazas.

Art. 5.- Los arrendatarios deberán conservar los locales y puestos de venta en perfectas condiciones, al efecto deberá depositar una garantía del 40% del contrato total en efectivo en la Tesorería Municipal por locales y puestos de venta, la Municipalidad hará una revisión de los locales arrendados cada año o cuando estime necesario.

Los daños causados por el usuario serán reparados por la Municipalidad con los dineros de la garantía, debiendo el usuario restituir la garantía que será devuelta a la terminación del contrato.

Art. 6.- El arrendamiento de estos locales será por un año renovable en forma sucesiva, previo el pago de la matrícula pertinente, ninguna persona podrá ocupar más de dos puestos o arrendar más de dos locales en los mercados o plazas, o destinar a otras actividades distintas a las que constan en el contrato.

Art. 7.- Una vez suscrito el contrato de arrendamiento cancelado, los títulos correspondientes y depositado el fondo de garantía, el interesado estará en condiciones aptas para desarrollar sus actividades mercantiles o comerciales en los mercados y plazas, según el caso.

Art. 8.- Los arrendatarios pagarán el cánón de arrendamiento en forma mensual o en forma trimestral o en forma anual por adelantado dentro de los primeros días del respectivo mes que suscriba el contrato.

Art. 9.- El contrato de arrendamiento que autoriza la ocupación del local o puesto de venta en el mercado o plaza, tiene el carácter de intransferible, es decir, que no se puede subarrendar ni enajenar a otras personas, debiendo el propietario desarrollar su actividad o su negocio específico por lo cual la Municipalidad otorgó dicho permiso.

Art. 10.- En caso de liquidación, venta o permuta del negocio instalado en el mercado y plazas, caducarán los derechos e ipsofacto se dará por terminado el contrato, debiendo el nuevo comprador o permutante suscribir un contrato de arrendamiento de conformidad con esta ordenanza, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Art. 2. En caso de enfermedad o calamidad doméstica del arrendatario, la Municipalidad concederá el permiso necesario para que arriende dicho negocio sus familiares.

Art. 11.- El arrendatario que desee dar por terminado el negocio, deberá poner en conocimiento del Comisario Municipal con ocho días de anticipación y éste en forma inmediata a fin de que verificará que las condiciones físicas del local, el pago del arriendo y otras obligaciones, de lo actuado informará al señor Alcalde para dar por terminado el contrato.

Art. 12.- La fijación de las pensiones o de los cánones arrendaticios de los locales y puestos de venta, se lo hará de los siguientes porcentajes:

Mercado Mayorista:

§ Locales grandes	\$ 20,00
§ Locales pequeños	\$ 10,00
§ Mercado Central	\$ 10,00

Debiendo los arrendatarios correr con los gastos del servicio de luz.

Art. 13.- El incumplimiento de la presente ordenanza los usuarios estarán sujetos a las siguientes sanciones:

a. Por contravenir la presente ordenanza	\$ 10,00
b. La falta de presentación o renovación de los certificados	\$ 10,00
c. Vender artículos de contrabando adulterados o descompuestos y el decomiso de los productos de conformidad con la ley	\$ 50,00
d. Por alterar los precios fijados por la Ley y la autoridad en	\$ 20,00
e. La no observancia de la higiene personal y de puesto de venta	\$ 20,00

Art. 14.- La terminación de los contratos serán de conformidad con la Ley de Inquilinato, de la Ley de Contratación Pública y mas leyes aplicables para el presente caso. En virtud de que en el cantón Guamote no hay Juez de Inquilinato el competente será el Juez del cantón para las controversias judiciales que emanen de los contratos.

Para lo cual el Departamento Legal y el Alcalde iniciarán acciones en defensa de la Municipalidad.

Art. 15.- En todas las plazas que existen en el cantón Guamote, parroquia la matriz, funcionará las ferias los días jueves y domingos de cada semana desde las 6 horas hasta las 18 horas.

Art. 16.- Se autoriza a los recaudadores designados por el Concejo recaudar los cánones de arrendamiento y los precios mínimos fijados en los artículos 12 y 13 de la presente ordenanza a través de boletos numerados y sellados.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

La presente ordenanza entrará en vigencia a partir de la publicación en el Registro Oficial, quedando derogada todas las disposiciones que se opongan a la presente ordenanza.

Dada y firmada en la sala de sesiones del Ilustre Concejo Cantonal de Guamote, a los diecisiete días del mes de septiembre del dos mil tres.

f.) Sra. María Dolores Yangol G., Vicealcaldesa I. Municipio.

f.) Enrique Guadalupe M., Secretario Concejo MPL 2.

Certifico que la ordenanza que antecede fue discutida y aprobada por el I. Concejo de Guamote en las sesiones ordinarias de septiembre 17 del 2003 y febrero 27 del 2004, respectivamente.

f.) Enrique Guadalupe M., Secretario Concejo MPL 2.

Ejécútese y promúlguese.- Guamote, marzo 4 del 2004

f.) Ing. José Delgado Vimos, Alcalde Ilustre Municipio de Guamote.

SECRETARIA CONCEJO MUNICIPAL.- Proveyó y firmó el decreto que antecede el Ing. José Delgado Vimos, Alcalde del Ilustre Municipio de Guamote a los cuatro días del mes de marzo del dos mil cuatro, a las 10h00.

f.) Enrique Guadalupe M., Secretario Concejo MPL 2.

SECRETARIA CONCEJO MUNICIPAL.- Sancionó, firmó y ordenó la publicación en el Registro Oficial la ordenanza que antecede el Ing. José Delgado Vimos, Alcalde del Ilustre Municipio de Guamote, a los cinco días del mes de marzo del dos mil cuatro a las nueve horas (09h00).

f.) Enrique Guadalupe M., Secretario Concejo MPL 2.