



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, Lunes 15 de Noviembre del 2004 -- N° 461

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
2.400 ejemplares -- 40 páginas -- Valor US\$ 1.00

S U P L E M E N T O

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
ACUERDO DE CARTAGENA			
DECISIONES:			
583	Sustitución de la Decisión 546, Instrumento Andino de Seguridad Social	2	
584	Sustitución de la Decisión 547, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo	6	
585	Creación del Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales	14	
586	Programa de Trabajo para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos	15	
PROCESOS:			
95-IP-2003	Interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 literal a) y 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Actor: NEC CORPORATION. Marca: "NEC" (mixta). Proceso interno N° 7229	18	
100-IP-2003	Interpretación prejudicial de los artículos 81, 83 literales a), b), d) y e), 96, 102, 146 y 147 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Interpretación, de oficio, del artículo 84 de la misma Decisión. Actor: ARTURO CALLE CALLE. Marca: "CALLI mixta". Proceso interno N° 6492		24
104-IP-2003	Solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 134, 136 y 143 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina e interpretación de oficio de los artículos 81, 83 literal a), 89 de la Decisión 344, y disposición transitoria primera de la Decisión 486, con fundamento en la solicitud proveniente del Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente Interno No. 7319. Actor: "SANTANDER INVESTMENT BANK LIMITED". Marca: "BSCH" (mixta)		34

DECISION 583

ACUERDO DE CARTAGENA

Sustitución de la Decisión 546, Instrumento Andino de Seguridad Social

EL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES,

VISTOS: Los artículos 1, 3, 12, 16 y 30 del Acuerdo de Cartagena, en su texto codificado a través de la Decisión 406; el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; la Decisión 503 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; las decisiones 40, 439, 441 y 510 de la Comisión; el Reglamento del Consejo Andino de ministros de Relaciones Exteriores aprobado mediante Decisión 407; y el Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina aprobado mediante decisiones 471 y 508;

CONSIDERANDO: Que es necesario garantizar la adecuada protección social de los migrantes laborales y sus beneficiarios para que, como consecuencia de la migración, no vean mermados sus derechos sociales;

Que es un factor fundamental para la conformación y desarrollo del Mercado Común Andino preservar el derecho de los migrantes laborales a percibir prestaciones de seguridad social y garantizar la conservación de sus derechos adquiridos, en la totalización de los períodos de seguro;

Que es necesario adoptar un instrumento andino de seguridad social aplicable para los migrantes laborales a nivel andino independientemente de su nacionalidad. No obstante, los Países Miembros deben mantener su plena libertad para establecer sus propias políticas nacionales en materia de seguridad social aplicables a los migrantes de terceros países, teniendo en cuenta el principio de reciprocidad establecido en el Instrumento Andino de Migración Laboral;

Que en consecuencia, se reconocerán a los migrantes laborales a nivel andino, así como a sus beneficiarios, en cualquiera de los Países Miembros, los mismos derechos y obligaciones en materia de seguridad social que a los nacionales de esos países;

Que es obligación de los Países Miembros fomentar el empleo digno, mejorar y racionalizar la inversión por concepto de prestaciones sanitarias, procurando por el buen uso de los servicios, el mejoramiento de la institucionalidad, la administración del sistema y un sistema de pensiones confiable y seguro;

Que es necesario establecer un marco de referencia en materia de seguridad social a nivel andino, basado en principios y compromisos de cooperación básicos, aplicables a los regímenes de seguridad social;

Que dicho marco de referencia deberá ser interpretado y aplicado de conformidad con las legislaciones de seguridad

social vigentes en cada uno de los Países Miembros, en la forma, condiciones, beneficios y extensión establecidos en ellas;

Que es indispensable mantener una adecuada armonía entre la normativa comunitaria andina de seguridad social y de migración laboral;

Que el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo, luego de las consultas pertinentes a las distintas instancias del Sistema Andino de Integración vinculadas al tema sociolaboral, ha estudiado y recomendado la conveniencia de adoptar una Decisión que consagre los principios enunciados en los considerandos precedentes;

Que el Consejo Consultivo Laboral Andino, a través de la Opinión 009 de junio de 2000, emitida ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Secretaría General de la Comunidad Andina, ha manifestado su respaldo a la revisión integral de las decisiones 113 "Instrumento Andino de Seguridad Social" y 148 "Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad Social", de manera que se pueda propender a la plena vigencia de los beneficios fundamentales de la seguridad social para los migrantes laborales de los Países Miembros;

Que la Secretaría General ha presentado la Propuesta 117/Rev. 1 sobre Composición del Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social;

DECIDE:

Aprobar el siguiente "Instrumento Andino de Seguridad Social".

TITULO I

Disposiciones Generales

Artículo 1.- La presente Decisión tiene como objetivos:

- a) Garantizar a los migrantes laborales, así como a sus beneficiarios, la plena aplicación del principio de igualdad de trato o trato nacional dentro de la Subregión, y la eliminación de toda forma de discriminación;
- b) Garantizar el derecho de los migrantes laborales y sus beneficiarios a percibir las prestaciones de seguridad social durante su residencia en otro País Miembro;
- c) Garantizar a los migrantes laborales la conservación de los derechos adquiridos y la continuidad entre las afiliaciones a los sistemas de seguridad social de los Países Miembros; y,
- d) Reconocer el derecho a percibir las prestaciones sanitarias y económicas que correspondan, durante la residencia o estada del migrante laboral y sus beneficiarios en el territorio de otro País Miembro, de conformidad con la legislación del país receptor.

Artículo 2.- A los fines de esta Decisión, las expresiones que se indican a continuación tendrán los significados que para cada una de ellas se señalan:

- a) Prestaciones sanitarias: Comprende los servicios médicos de promoción, prevención, recuperación,

- rehabilitación, así como servicios terapéuticos y farmacéuticos, conducentes a conservar o restablecer la salud en los casos de enfermedad común o profesional, maternidad y accidente cualquiera que fuera su causa;
- b) Autoridad competente: El o los organismos gubernamentales que en cada País Miembro, conforme a su legislación interna, tengan competencia sobre los regímenes de seguridad social;
- c) Beneficiarios: Personas definidas o admitidas como tales de conformidad con la legislación de cada uno de los Países Miembros;
- d) Emergencia médica: Aquella alteración del estado de salud, repentina, que pone en riesgo la vida del migrante laboral o de sus beneficiarios y que requiere de atención inmediata;
- e) Urgencia médica: Alteración del estado de salud que no pone en primera instancia en riesgo la vida del migrante laboral o de sus beneficiarios, pero que de no recibir atención oportuna puede complicarse o dejar secuelas anatómicas y/o funcionales permanentes y ocasionalmente la muerte;
- f) Institución competente: Los organismos e instituciones que en cada País Miembro se encargan de la administración y supervisión de los regímenes de seguridad social;
- g) Institución de enlace: Entidad de coordinación entre los organismos que intervengan en la aplicación de la presente Decisión. Los Países Miembros designarán y se comunicarán sus respectivas Instituciones de Enlace;
- h) Legislación: Leyes, reglamentos y demás disposiciones sobre seguridad social vigentes en el territorio de cada uno de los Países Miembros;
- i) País Miembro: Cada uno de los países que integran la Comunidad Andina;
- j) Período de seguro: Todo período de cotizaciones y/o aportes obligatorios o voluntarios para las prestaciones sanitarias y económicas, reconocido como tal por la legislación bajo la cual se haya cumplido, así como cualquier período considerado por dicha legislación como equivalente a un período de seguro;
- k) Prestaciones económicas: Cualquier prestación en efectivo, renta, subsidio o indemnización previstos por las legislaciones, incluido cualquier complemento, suplemento o revalorización, por causa de maternidad, incapacidad temporal, lactancia, jubilación, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, invalidez o muerte;
- l) Migrante laboral: Toda persona que se haya trasladado del territorio de un País Miembro a otro, independientemente de su nacionalidad o de su condición de trabajador dependiente o independiente;
- m) Territorio: Ambito geográfico de aplicación de la legislación nacional en cada uno de los Países Miembros;
- n) País de origen: País de procedencia del migrante laboral;
- o) País receptor: Cualquiera de los Países Miembros que acoge a los migrantes laborales;
- p) Seguridad social: Sistema de protección social dirigido a los migrantes laborales y sus beneficiarios, cuya cobertura comprende prestaciones sanitarias y prestaciones económicas, financiadas mediante aportes o cotizaciones; y,
- q) Aportes y/o cotizaciones: Aquellas que los migrantes laborales entregan de manera obligatoria o voluntaria para la obtención de prestaciones sanitarias y económicas, bajo las consideraciones contempladas en la legislación aplicable de cada País Miembro.

Los demás términos o expresiones utilizadas en la presente Decisión tienen el significado que les atribuye la legislación aplicable.

TITULO II

Ambito de aplicación personal

Artículo 3.- Las disposiciones de la presente Decisión serán aplicables a los migrantes laborales, así como a sus beneficiarios, que estén en aptitud de ejercer algún derecho en materia de seguridad social, conforme al Título IV.

Todo País Miembro concederá a los migrantes laborales y a sus beneficiarios del resto de Países Miembros, igual trato que a sus nacionales en todas las prestaciones de la seguridad social.

TITULO III

Ambito de aplicación material

Artículo 4.- La presente Decisión será aplicada de conformidad con la legislación de seguridad social general y especial, referente a las prestaciones sanitarias y económicas, existentes en los Países Miembros, en la forma, condiciones, beneficios y extensión aquí establecidas.

Cada País Miembro concederá las prestaciones sanitarias y económicas de acuerdo con su propia legislación. Las normas sobre prescripción y caducidad vigentes en cada País Miembro serán aplicadas según lo dispuesto en este artículo. Asimismo, la presente Decisión se aplicará a la legislación que en el futuro complemente o modifique la enumerada en el apartado precedente.

TITULO IV

Determinación de la legislación aplicable

Artículo 5.- El migrante laboral estará sometido a la legislación de seguridad social del País Miembro en cuyo territorio efectúe su actividad laboral, de acuerdo a la legislación del país donde se encuentre.

Artículo 6.- El principio establecido en el artículo anterior tiene las siguientes excepciones:

- a) El personal itinerante al servicio de empresas de transporte aéreo que desempeñe su actividad en el territorio de dos o más Países Miembros, estará sujeto a la legislación del País Miembro en cuyo territorio tenga la empresa su sede principal;
- b) El trabajador por cuenta ajena que ejerza su actividad a bordo de un buque estará sometido a la legislación del País Miembro cuya bandera enarbole el buque;
- c) Los miembros del personal de las Misiones Diplomáticas, de las Oficinas Consulares y los funcionarios de los organismos internacionales se registrarán por las normas que les sean aplicables;
- d) Los funcionarios públicos de un País Miembro, distintos a los que se refiere el apartado anterior, que se hallen destinados en el territorio de otro País Miembro, quedarán sometidos a la legislación del País Miembro a la que pertenece la Administración de la que dependen;
- e) El personal administrativo y técnico y los miembros del personal de servicio de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de cada uno de los Países Miembros que sean nacionales del País Miembro acreditante, quedarán sometidos a la legislación de su país, conforme a lo establecido en las convenciones vigentes sobre el particular; y,
- f) Las personas enviadas, por uno de los Países Miembros en misiones de cooperación, al territorio de otro País Miembro, quedarán sometidas a la seguridad social del país que las envía, salvo que en los acuerdos de cooperación se disponga otra cosa.

El reglamento del presente instrumento mencionará los casos que, en interés de determinados migrantes laborales, se podrán modificar las excepciones previstas en los apartados anteriores.

TITULO V

Disposiciones sobre prestaciones sanitarias

Artículo 7.- Las prestaciones sanitarias, incluidas las de emergencia y urgencia médica, serán otorgadas al migrante laboral, así como a sus beneficiarios que se trasladen con él, de conformidad con la legislación del país receptor.

Las prestaciones mencionadas anteriormente podrán ser otorgadas por parte de cualquier otro País Miembro a los beneficiarios que no se trasladen junto con el migrante laboral, con base en los mecanismos previstos en el reglamento del presente instrumento.

Las prestaciones sanitarias en el País receptor requeridas por el migrante laboral que continúe realizando sus aportes o cotizaciones en otro País Miembro le serán proporcionadas por el País receptor con cargo a reembolso por parte del País Miembro donde continúe efectuando sus aportes o cotizaciones, de acuerdo al procedimiento establecido en el reglamento del presente instrumento y la legislación nacional pertinente.

TITULO VI

Totalización de períodos de seguro

Artículo 8.- Los períodos de seguro cotizados por el migrante laboral en un País Miembro se sumarán a los períodos de seguro cotizados en los demás Países Miembros, a fin de asegurar el cumplimiento de las condiciones de acceso para la concesión de las prestaciones sanitarias o económicas, en la forma y en las condiciones establecidas en el reglamento del presente instrumento, el que establecerá también los mecanismos de pago de las prestaciones.

En caso que el migrante laboral o sus beneficiarios no hubieran adquirido el derecho a las prestaciones de acuerdo a las disposiciones del primer párrafo de este artículo, le serán también computables los aportes realizados en otro país extracomunitario que hubiera celebrado convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social con alguno de los Países Miembros en los que se prevea el cómputo recíproco de períodos de seguro con cualquiera de los Países Miembros donde haya estado asegurado.

Cuando coincida un período de seguro obligatorio o legalmente reconocido como tal con un período voluntario o facultativo, se tendrá en cuenta sólo el período de seguro obligatorio o legalmente reconocido como tal.

Los períodos de seguro, aportados o cotizados antes de la vigencia de la presente decisión, serán considerados, cuando sea necesario, para su totalización, siempre que aquéllos no hubieran sido utilizados anteriormente en el reconocimiento de prestaciones económicas en otro País Miembro.

Si para el reconocimiento de las prestaciones sanitarias se exigiera haber cumplido un período previo de cotización, se tendrán en cuenta los períodos establecidos en la legislación de cada País Miembro, previa certificación de la institución competente en el país de origen.

TITULO VII

Disposiciones aplicables a regímenes de pensiones, de reparto, capitalización individual y mixtos

Artículo 9.- La presente decisión será aplicable a los migrantes laborales afiliados a un régimen de pensiones de reparto, capitalización individual o mixto, establecido o por establecerse por alguno de los Países Miembros para la obtención de las prestaciones económicas por vejez o jubilación, invalidez o muerte, de conformidad con la legislación interna de cada País Miembro.

Los Países Miembros que posean regímenes de capitalización individual podrán establecer mecanismos de transferencia de capital acumulado en las cuentas individuales.

En los países en los que existan las administradoras de fondos de pensiones de capitalización individual y las empresas aseguradoras podrán establecer mecanismos de compensación para saldar las cuentas que mantengan entre sí, siempre y cuando no contravengan lo dispuesto por la legislación nacional correspondiente.

TITULO VIII**Evaluación de la incapacidad**

Artículo 10.- Los exámenes de salud solicitados por la institución competente de un País Miembro, para fines de evaluación de la incapacidad laboral temporal, permanente e invalidez de los migrantes laborales que se encuentren en el territorio de otro País Miembro, serán realizados por la institución competente de este último y correrán por cuenta de la institución competente que los solicite, de acuerdo al procedimiento establecido en el reglamento del presente instrumento y la legislación nacional pertinente.

TITULO IX**Del Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social**

Artículo 11.- Se crea el Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social (CAASS), como ente encargado de asesorar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión, al Consejo Asesor de Ministros de Trabajo y a la Secretaría General de la Comunidad Andina, en los temas vinculados a la seguridad social en el espacio comunitario.

El Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social (CAASS) estará conformado por las autoridades nacionales competentes en materia de seguridad social de cada uno de los Países Miembros. Dichos representantes serán designados por cada País Miembro y acreditados ante la Secretaría General de la Comunidad Andina por medio del respectivo Ministerio de Relaciones Exteriores.

El Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social tendrá las siguientes funciones principales:

- a) Coadyuvar a la aplicación del Instrumento Andino de Seguridad Social, de su reglamento y demás instrumentos complementarios;
- b) Emitir opinión técnica no vinculante sobre los temas referidos al "Instrumento Andino de Seguridad Social" ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General de la Comunidad Andina;
- c) Proponer eventuales modificaciones, ampliaciones y normas complementarias del "Instrumento Andino de Seguridad Social";
- d) Facilitar criterios técnicos conducentes a superar las eventuales discrepancias que pudiesen surgir sobre la interpretación o aplicación del Instrumento Andino de Seguridad Social; y,
- e) Crear Grupos de Trabajo Especializados integrado por expertos en las materias que señale el comité.

El comité se reunirá al menos una vez por año, o cuando lo solicite su Presidencia, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Secretaría General de la Comunidad Andina, el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo o, por lo menos, dos Países Miembros.

El comité, en tanto adopte un reglamento interno, actuará, en lo aplicable, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina.

Artículo 12.- El Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social (CAASS), en lo que corresponda, coordinará sus acciones con el Comité Andino de Autoridades de Migración (CAAM), con el Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo (CAASST) y con el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo de la Comunidad Andina.

En sus reuniones podrán participar, en calidad de observadores, representantes de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración así como representantes de organismos internacionales vinculados con los asuntos materia de discusión por parte del Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social (CAASS).

Artículo 13.- La Secretaría General de la Comunidad Andina desempeñará las funciones de Secretaría Técnica del Comité.

TITULO X**Disposiciones Finales**

Artículo 14.- Las prestaciones económicas serán pagadas por las instituciones competentes de los Países Miembros en moneda de curso legal en cualquiera de ellos o en divisas, de acuerdo a la legislación interna de cada país.

Las instituciones competentes de los Países Miembros establecerán mecanismos de transferencia de fondos para el pago de las prestaciones económicas del migrante laboral o de sus beneficiarios que residan en el territorio de otro país.

Artículo 15.- Las prestaciones económicas reconocidas de acuerdo con el régimen de uno o de otro País Miembro no serán objeto de reducción, suspensión o extinción, exclusivamente por el hecho de que el migrante laboral o sus beneficiarios residan en otro País Miembro, sin perjuicio de los gastos por transferencia o tributos que ello implique.

Artículo 16.- Los documentos que se requieran para los fines de la presente decisión no necesitarán visado o legalización de autoridades diplomáticas, consulares, de registro público o autoridad pública alguna, siempre que se hayan tramitado con la intervención de una institución competente o institución de enlace, según el procedimiento que establezca el reglamento de la presente decisión.

Artículo 17.- Las solicitudes y documentos que inicien o continúen un trámite o procedimiento administrativo, presentados ante la institución competente de cualquier País Miembro donde el interesado acredite períodos de seguro, surtirán efecto como si se hubieran presentado ante la institución competente correspondiente de los otros Países Miembros.

Artículo 18.- Los recursos que corresponda interponer ante una autoridad o institución competente de cualquier País Miembro donde el interesado acredite períodos de seguro o cotización o tenga su residencia, se tendrán por interpuestos en tiempo hábil, aun cuando se presenten ante la correspondiente institución del otro País Miembro, siempre

que su presentación se efectúe dentro del plazo establecido por la legislación del País Miembro ante el cual deban sustanciarse los recursos.

Artículo 19.- Las disposiciones de la presente decisión no confieren el derecho a beneficiarse, en virtud de un mismo período de seguro, de varias prestaciones de la misma naturaleza, sin perjuicio de lo dispuesto al efecto por las legislaciones nacionales.

Artículo 20.- La presente decisión no dará lugar al otorgamiento de prestaciones sanitarias y económicas generadas con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor.

Artículo 21.- Las controversias que puedan surgir entre los migrantes laborales, sus beneficiarios o las instituciones competentes por la aplicación de la presente decisión, se tramitarán de conformidad con lo establecido por la legislación correspondiente del País receptor.

Conforme a lo dispuesto en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las instituciones competentes, por derecho propio o a solicitud de los particulares interesados, podrán acudir directamente ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, con el fin de poner en su conocimiento los casos de incumplimiento de las normas previstas en la presente decisión.

Artículo 22.- Las autoridades competentes de los Países Miembros, con el apoyo del Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social, efectuarán entre sí las coordinaciones necesarias para la efectiva aplicación de esta decisión.

Artículo 23.- Los Países Miembros, y en particular las empresas bajo el régimen de capitalización individual, podrán suscribir acuerdos de cooperación en materia de seguridad social que faciliten el cumplimiento de lo dispuesto en la presente decisión.

Artículo 24.- Los Países Miembros se obligan a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la presente decisión.

Artículo 25.- La presente decisión deroga la Decisión 546, mediante la cual se aprobó el "Instrumento Andino de Seguridad Social", y entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Disposiciones Transitorias

Primera: La presente decisión será aplicada de conformidad con las disposiciones de su reglamento, el cual será aprobado a más tardar 6 meses después de su adopción, mediante resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina, previa opinión del Consejo Asesor de Ministros de Trabajo y del Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social, y en consulta con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Segunda: En el caso específico de la República Bolivariana de Venezuela y de sus nacionales, la presente decisión se aplicará:

1. A más tardar el 31 de diciembre del 2006, tratándose de los migrantes laborales que ya se encuentren en territorio venezolano para tal fecha.

2. Con sujeción al cumplimiento del programa de liberalización especial para su caso aprobado en las disposiciones transitorias del Instrumento Andino de Migración Laboral, cuando se trate de los migrantes laborales que migren a territorio venezolano con posterioridad a la entrada en vigor de la presente decisión.

Dada en la ciudad de Guayaquil, República del Ecuador, a los siete días del mes de mayo del año dos mil cuatro.

DECISION 584

ACUERDO DE CARTAGENA

Sustitución de la Decisión 547, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo

EL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES,

VISTOS: Los artículos 1, 3, 16, 30 y 51 del Acuerdo de Cartagena, en su texto codificado a través de la Decisión 406; el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; la Decisión 503 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; las decisiones 439, 441 y 510 de la Comisión; el Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores aprobado mediante Decisión 407; y el Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina aprobado mediante decisiones 471 y 508;

CONSIDERANDO: Que el artículo 1° del Acuerdo de Cartagena establece como uno de sus objetivos fundamentales procurar el mejoramiento en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión;

Que para el logro de los objetivos de los artículos 3° y 51 del Acuerdo de Cartagena se han previsto, entre otras medidas, la armonización gradual de las políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales de los Países Miembros en las materias pertinentes;

Que el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la Subregión está íntimamente relacionado con la obtención de un trabajo decente;

Que uno de los elementos esenciales para alcanzar el objetivo de un trabajo decente es garantizar la protección de la seguridad y la salud en el trabajo;

Que en tal sentido, corresponde a los Países Miembros adoptar medidas necesarias para mejorar las condiciones de seguridad y salud en cada centro de trabajo de la Subregión y así elevar el nivel de protección de la integridad física y mental de los trabajadores;

Que el Convenio Simón Rodríguez de integración sociolaboral, donde se establece la participación tripartita y

paritaria del Consejo Asesor de Ministros de Trabajo y de los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral Andinos, contempla como uno de sus ejes temáticos principales la Seguridad y Salud en el Trabajo;

Que el Consejo Consultivo Laboral Andino, a través de la Opinión 007 de junio del 2000, emitida ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Secretaría General de la Comunidad Andina, ha manifestado su pleno respaldo al tratamiento de esta temática de manera tripartita, con el propósito de establecer criterios generales para orientar una adecuada política preventiva, además de adoptar medidas concretas para establecer procedimientos en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo en la Subregión;

Que es conveniente aprobar un instrumento en el que se establezcan las normas fundamentales en materia de seguridad y salud en el trabajo que sirva de base para la gradual y progresiva armonización de las leyes y los reglamentos que regulen las situaciones particulares de las actividades laborales que se desarrollan en cada uno de los Países Miembros. Este instrumento deberá servir al mismo tiempo para impulsar en los Países Miembros la adopción de Directrices sobre sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo así como el establecimiento de un Sistema Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo;

Que la Secretaría General ha presentado la Propuesta 118/Rev. 1 sobre la Composición del Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo;

DECIDE:

Adoptar el siguiente "Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo".

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- A los fines de esta decisión, las expresiones que se indican a continuación tendrán los significados que para cada una de ellas se señalan:

- a) País Miembro: Cada uno de los países que integran la Comunidad Andina;
- b) Trabajador: Toda persona que desempeña una actividad laboral por cuenta ajena remunerada, incluidos los trabajadores independientes o por cuenta propia y los trabajadores de las instituciones públicas;
- c) Salud: Es un derecho fundamental que significa no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también de los elementos y factores que afectan negativamente el estado físico o mental del trabajador y están directamente relacionados con los componentes del ambiente del trabajo;
- d) Medidas de prevención: Las acciones que se adoptan con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo, dirigidas a proteger la salud de los trabajadores contra aquellas condiciones de trabajo que generan daños que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el cumplimiento de sus labores, medidas cuya implementación constituye una obligación y deber de parte de los empleadores;
- e) Riesgo laboral: Probabilidad de que la exposición a un factor ambiental peligroso en el trabajo cause enfermedad o lesión;
- f) Actividades, procesos, operaciones o labores de alto riesgo: Aquellas que impliquen una probabilidad elevada de ser la causa directa de un daño a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo que realiza. La relación de actividades calificadas como de alto riesgo será establecida por la legislación nacional de cada País Miembro;
- g) Lugar de trabajo: Todo sitio o área donde los trabajadores permanecen y desarrollan su trabajo o a donde tienen que acudir por razón del mismo;
- h) Condiciones y medio ambiente de trabajo: Aquellos elementos, agentes o factores que tienen influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores. Quedan específicamente incluidos en esta definición:
 - i) Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el lugar de trabajo.
 - ii) La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo, y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia.
 - iii) Los procedimientos para la utilización de los agentes citados en el apartado anterior, que influyan en la generación de riesgos para los trabajadores.
 - iv) La organización y ordenamiento de las labores, incluidos los factores ergonómicos y psicosociales;
- i) Equipos de protección personal: Los equipos específicos destinados a ser utilizados adecuadamente por el trabajador para que le protejan de uno o varios riesgos que puedan amenazar su seguridad o salud en el trabajo;
- j) Sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo: Conjunto de elementos interrelacionados o interactivos que tienen por objeto establecer una política y objetivos de seguridad y salud en el trabajo, y los mecanismos y acciones necesarios para alcanzar dichos objetivos, estando íntimamente relacionado con el concepto de responsabilidad social empresarial, en el orden de crear conciencia sobre el ofrecimiento de buenas condiciones laborales a los trabajadores, mejorando de este modo la calidad de vida de los mismos, así como promoviendo la competitividad de las empresas en el mercado;
- k) Sistema nacional de seguridad y salud en el trabajo: Conjunto de agentes y factores articulados en el ámbito nacional y en el marco legal de cada Estado, que fomentan la prevención de los riesgos laborales y la promoción de las mejoras de las condiciones de trabajo, tales como la elaboración de normas, la inspección, la formación, promoción y apoyo, el registro de información, la atención y rehabilitación en salud y el aseguramiento, la vigilancia y control de

la salud, la participación y consulta a los trabajadores, y que contribuyen, con la participación de los interlocutores sociales, a definir, desarrollar y evaluar periódicamente las acciones que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores y, en las empresas, a mejorar los procesos productivos, promoviendo su competitividad en el mercado;

- l) Servicio de salud en el trabajo: Conjunto de dependencias de una empresa que tiene funciones esencialmente preventivas y que está encargado de asesorar al empleador, a los trabajadores y a sus representantes en la empresa acerca de: i) los requisitos necesarios para establecer y conservar un medio ambiente de trabajo seguro y sano que favorezca una salud física y mental óptima en relación con el trabajo; ii) la adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental;
- m) Enfermedad profesional: Una enfermedad contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral;
- n) Accidente de trabajo: Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo. Las legislaciones de cada país podrán definir lo que se considere accidente de trabajo respecto al que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa;
- o) Procesos, actividades, operaciones, equipos o productos peligrosos: Aquellos elementos, factores o agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos o mecánicos, que están presentes en el proceso de trabajo, según las definiciones y parámetros que establezca la legislación nacional, que originen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores que los desarrollen o utilicen;
- p) Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo: Es un órgano bipartito y paritario constituido por representantes del empleador y de los trabajadores, con las facultades y obligaciones previstas por la legislación y la práctica nacionales, destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos;
- q) Incidente laboral: Suceso acaecido en el curso del trabajo o en relación con el trabajo, en el que la persona afectada no sufre lesiones corporales, o en el que éstas sólo requieren cuidados de primeros auxilios;
- r) Peligro: Amenaza de accidente o de daño para la salud;
- s) Salud ocupacional: Rama de la Salud Pública que tiene como finalidad promover y mantener el mayor grado de bienestar físico, mental y social de los

trabajadores en todas las ocupaciones; prevenir todo daño a la salud causado por las condiciones de trabajo y por los factores de riesgo; y adecuar el trabajo al trabajador, atendiendo a sus aptitudes y capacidades;

- t) Condiciones de salud: El conjunto de variables objetivas de orden fisiológico, psicológico y sociocultural que determinan el perfil sociodemográfico y de morbilidad de la población trabajadora;
- u) Mapa de riesgos: Compendio de información organizada y sistematizada geográficamente a nivel nacional y/o subregional sobre las amenazas, incidentes o actividades que son valoradas como riesgos para la operación segura de una empresa u organización; y,
- v) Empleador: Toda persona física o jurídica que emplea a uno o varios trabajadores.

Artículo 2.- Las normas previstas en el presente instrumento tienen por objeto promover y regular las acciones que se deben desarrollar en los centros de trabajo de los Países Miembros para disminuir o eliminar los daños a la salud del trabajador, mediante la aplicación de medidas de control y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo.

Para tal fin, los Países Miembros deberán implementar o perfeccionar sus sistemas nacionales de seguridad y salud en el trabajo, mediante acciones que propugnen políticas de prevención y de participación del Estado, de los empleadores y de los trabajadores.

Artículo 3.- El presente instrumento se aplicará a todas las ramas de actividad económica en los Países Miembros y a todos los trabajadores. Cualquier País Miembro podrá, de conformidad con su legislación nacional, excluir parcial o totalmente de su aplicación a ciertas ramas de actividad económica o a categorías limitadas de trabajadores respecto de las cuales se presenten problemas particulares de aplicación.

Todo País Miembro deberá enumerar las ramas de actividad o las categorías de trabajadores que hubieren sido excluidas en virtud de este artículo, explicando los motivos de dicha exclusión y describiendo las medidas tomadas para asegurar la suficiente protección a los trabajadores en las ramas excluidas, y deberá informar al Comité Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como al Convenio Simón Rodríguez, todo progreso realizado hacia una aplicación más amplia.

CAPITULO II

POLITICA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Artículo 4.- En el marco de sus Sistemas Nacionales de Seguridad y Salud en el Trabajo, los Países Miembros deberán propiciar el mejoramiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, a fin de prevenir daños en la integridad física y mental de los trabajadores que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el trabajo.

Para el cumplimiento de tal obligación, cada País Miembro elaborará, pondrá en práctica y revisará periódicamente su política nacional de mejoramiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. Dicha política tendrá los siguientes objetivos específicos:

- a) Propiciar y apoyar una coordinación interinstitucional que permita una planificación adecuada y la racionalización de los recursos; así como de la identificación de riesgos a la salud ocupacional en cada sector económico;
- b) Identificar y actualizar los principales problemas de índole general o sectorial y elaborar las propuestas de solución acordes con los avances científicos y tecnológicos;
- c) Definir las autoridades con competencia en la prevención de riesgos laborales y delimitar sus atribuciones, con el propósito de lograr una adecuada articulación entre las mismas, evitando de este modo el conflicto de competencias;
- d) Actualizar, sistematizar y armonizar sus normas nacionales sobre seguridad y salud en el trabajo propiciando programas para la promoción de la salud y seguridad en el trabajo, orientado a la creación y/o fortalecimiento de los Planes Nacionales de Normalización Técnica en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo;
- e) Elaborar un Mapa de Riesgos;
- f) Velar por el adecuado y oportuno cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, mediante la realización de inspecciones u otros mecanismos de evaluación periódica, organizando, entre otros, grupos específicos de inspección, vigilancia y control dotados de herramientas técnicas y jurídicas para su ejercicio eficaz;
- g) Establecer un sistema de vigilancia epidemiológica, así como un registro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que se utilizará con fines estadísticos y para la investigación de sus causas;
- h) Propiciar la creación de un sistema de aseguramiento de los riesgos profesionales que cubra la población trabajadora;
- i) Propiciar programas para la promoción de la salud y seguridad en el trabajo, con el propósito de contribuir a la creación de una cultura de prevención de los riesgos laborales;
- j) Asegurar el cumplimiento de programas de formación o capacitación para los trabajadores, acordes con los riesgos prioritarios a los cuales potencialmente se expondrán, en materia de promoción y prevención de la seguridad y salud en el trabajo;
- k) Supervisar y certificar la formación que, en materia de prevención y formación de la seguridad y salud en el trabajo, recibirán los profesionales y técnicos de carreras afines. Los gobiernos definirán y vigilarán una política en materia de formación del recurso humano adecuada para asumir las acciones de promoción de la salud y la prevención de los riesgos

en el trabajo, de acuerdo con sus reales necesidades, sin disminución de la calidad de la formación ni de la prestación de los servicios. Los gobiernos impulsarán la certificación de calidad de los profesionales en la materia, la cual tendrá validez en todos los Países Miembros; y,

- l) Asegurar el asesoramiento a empleadores y trabajadores en el mejor cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades en materia de salud y seguridad en el trabajo.

Artículo 5.- Los Países Miembros establecerán servicios de salud en el trabajo, que podrán ser organizados por las empresas o grupos de empresas interesadas, por el sector público, por las instituciones de seguridad social o cualquier otro organismo competente o por la combinación de los enunciados.

Artículo 6.- El desarrollo de las políticas nacionales gubernamentales de prevención de riesgos laborales estará a cargo de los organismos competentes en cada País Miembro. Los Países Miembros deberán garantizar que esos organismos cuenten con personal estable, capacitado y cuyo ingreso se determine mediante sistemas transparentes de calificación y evaluación.

Dichos organismos deberán propiciar la participación de los representantes de los empleadores y de los trabajadores, a través de la consulta con sus organizaciones más representativas.

Artículo 7.- Con el fin de armonizar los principios contenidos en sus legislaciones nacionales, los Países Miembros de la Comunidad Andina adoptarán las medidas legislativas y reglamentarias necesarias, teniendo como base los principios de eficacia, coordinación y participación de los actores involucrados, para que sus respectivas legislaciones sobre seguridad y salud en el trabajo contengan disposiciones que regulen, por lo menos, los aspectos que se enuncian a continuación:

- a) Niveles mínimos de seguridad y salud que deben reunir las condiciones de trabajo;
- b) Restricción de operaciones y procesos, así como de utilización de sustancias y otros elementos en los centros de trabajo que entrañen exposiciones a agentes o factores de riesgo debidamente comprobados y que resulten nocivos para la salud de los trabajadores. Estas restricciones, que se decidirán a nivel nacional, deberán incluir el establecimiento de requisitos especiales para su autorización;
- c) Prohibición de operaciones y procesos, así como la de utilización de sustancias y otros elementos en los lugares de trabajo que resulten nocivos para la salud de los trabajadores;
- d) Condiciones de trabajo o medidas preventivas específicas en trabajos especialmente peligrosos;
- e) Establecimiento de normas o procedimientos de evaluación de los riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores, mediante sistemas de vigilancia epidemiológica ocupacional u otros procedimientos similares;

- f) Procedimientos para la calificación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, así como los requisitos y procedimientos para la comunicación e información de los accidentes, incidentes, lesiones y daños derivados del trabajo a la autoridad competente;
- g) Procedimientos para la rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laborales de los trabajadores con discapacidad temporal o permanente por accidentes y/o enfermedades ocupacionales;
- h) Procedimientos de inspección, de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo;
- i) Modalidades de organización, funcionamiento y control de los servicios de salud atendiendo a las particularidades de cada lugar de trabajo; y,
- j) Procedimientos para asegurar que el empleador, previa consulta con los trabajadores y sus representantes, adopte medidas en la empresa, de conformidad con las leyes o los reglamentos nacionales, para la notificación de los accidentes del trabajo, las enfermedades profesionales y los incidentes peligrosos. La notificación a la autoridad competente, al servicio de inspección del trabajo, a la institución aseguradora, o a cualquier otro organismo, deberá ocurrir: i) inmediatamente después de recibir el informe en el caso de accidentes que son causa de defunción; y, ii) dentro de los plazos prescritos, en el caso de otros accidentes del trabajo.

Artículo 8.- Los Países Miembros desarrollarán las medidas necesarias destinadas a lograr que quienes diseñan, fabrican, importan, suministran o ceden máquinas, equipos, sustancias, productos o útiles de trabajo:

- a) Velen porque las máquinas, equipos, sustancias, productos o útiles de trabajo no constituyan una fuente de peligro ni pongan en riesgo la seguridad y salud de los trabajadores;
- b) Cumplan con proporcionar información y capacitación sobre la instalación, así como sobre la adecuada utilización y mantenimiento preventivo de la maquinaria y los equipos; el apropiado uso de sustancias, materiales, agentes y productos físicos, químicos o biológicos, a fin de prevenir los peligros inherentes a los mismos, y la información necesaria para monitorizar los riesgos;
- c) Efectúen estudios e investigaciones o se mantengan al corriente de la evolución de los conocimientos científicos y técnicos necesarios para cumplir con lo establecido en los incisos a) y b) del presente artículo;
- d) Traduzcan al idioma oficial y en un lenguaje sencillo y preciso, las instrucciones, manuales, avisos de peligro u otras medidas de precaución colocadas en los equipos y maquinarias, así como cualquier otra información vinculada a sus productos que permita reducir los riesgos laborales; y,
- e) Velen porque las informaciones relativas a las máquinas, equipos, productos, sustancias o útiles de trabajo sean facilitadas a los trabajadores en términos que resulten comprensibles para los mismos.

Artículo 9.- Los Países Miembros desarrollarán las tecnologías de información y los sistemas de gestión en materia de seguridad y salud en el trabajo con miras a reducir los riesgos laborales.

Artículo 10.- Los Países Miembros deberán adoptar las medidas necesarias para reforzar sus respectivos servicios de inspección de trabajo a fin de que éstos orienten a las partes interesadas en los asuntos relativos a la seguridad y salud en el trabajo, supervisen la adecuada aplicación de los principios, las obligaciones y derechos vigentes en la materia y, de ser necesario, apliquen las sanciones correspondientes en caso de infracción.

CAPITULO III

GESTION DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN LOS CENTROS DE TRABAJO - OBLIGACIONES DE LOS EMPLEADORES

Artículo 11.- En todo lugar de trabajo se deberán tomar medidas tendientes a disminuir los riesgos laborales. Estas medidas deberán basarse, para el logro de este objetivo, en directrices sobre sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo y su entorno como responsabilidad social y empresarial.

Para tal fin, las empresas elaborarán planes integrales de prevención de riesgos que comprenderán al menos las siguientes acciones:

- a) Formular la política empresarial y hacerla conocer a todo el personal de la empresa. Prever los objetivos, recursos, responsables y programas en materia de seguridad y salud en el trabajo;
- b) Identificar y evaluar los riesgos, en forma inicial y periódicamente, con la finalidad de planificar adecuadamente las acciones preventivas, mediante sistemas de vigilancia epidemiológica ocupacional específicos u otros sistemas similares, basados en mapa de riesgos;
- c) Combatir y controlar los riesgos en su origen, en el medio de transmisión y en el trabajador, privilegiando el control colectivo al individual. En caso de que las medidas de prevención colectivas resulten insuficientes, el empleador deberá proporcionar, sin costo alguno para el trabajador, las ropas y los equipos de protección individual adecuados;
- d) Programar la sustitución progresiva y con la brevedad posible de los procedimientos, técnicas, medios, sustancias y productos peligrosos por aquellos que produzcan un menor o ningún riesgo para el trabajador;
- e) Diseñar una estrategia para la elaboración y puesta en marcha de medidas de prevención, incluidas las relacionadas con los métodos de trabajo y de producción, que garanticen un mayor nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores;
- f) Mantener un sistema de registro y notificación de los accidentes de trabajo, incidentes y enfermedades profesionales y de los resultados de las evaluaciones de riesgos realizadas y las medidas de control

propuestas, registro al cual tendrán acceso las autoridades correspondientes, empleadores y trabajadores;

- g) Investigar y analizar los accidentes, incidentes y enfermedades de trabajo, con el propósito de identificar las causas que los originaron y adoptar acciones correctivas y preventivas tendientes a evitar la ocurrencia de hechos similares, además de servir como fuente de insumo para desarrollar y difundir la investigación y la creación de nueva tecnología;
- h) Informar a los trabajadores por escrito y por cualquier otro medio sobre los riesgos laborales a los que están expuestos y capacitarlos a fin de prevenirlos, minimizarlos y eliminarlos. Los horarios y el lugar en donde se llevará a cabo la referida capacitación se establecerán previo acuerdo de las partes interesadas;
- i) Establecer los mecanismos necesarios para garantizar que sólo aquellos trabajadores que hayan recibido la capacitación adecuada, puedan acceder a las áreas de alto riesgo;
- j) Designar, según el número de trabajadores y la naturaleza de sus actividades, un trabajador delegado de seguridad, un comité de seguridad y salud y establecer un servicio de salud en el trabajo; y,
- k) Fomentar la adaptación del trabajo y de los puestos de trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental, teniendo en cuenta la ergonomía y las demás disciplinas relacionadas con los diferentes tipos de riesgos psicosociales en el trabajo.

El plan integral de prevención de riesgos deberá ser revisado y actualizado periódicamente con la participación de empleadores y trabajadores y, en todo caso, siempre que las condiciones laborales se modifiquen.

Artículo 12.- Los empleadores deberán adoptar y garantizar el cumplimiento de las medidas necesarias para proteger la salud y el bienestar de los trabajadores, entre otros, a través de los sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo.

Artículo 13.- Los empleadores deberán propiciar la participación de los trabajadores y de sus representantes en los organismos paritarios existentes para la elaboración y ejecución del plan integral de prevención de riesgos de cada empresa. Asimismo, deberán conservar y poner a disposición de los trabajadores y de sus representantes, así como de las autoridades competentes, la documentación que sustente el referido plan.

Artículo 14.- Los empleadores serán responsables de que los trabajadores se sometan a los exámenes médicos de preempleo, periódicos y de retiro, acorde con los riesgos a que están expuestos en sus labores. Tales exámenes serán practicados, preferentemente, por médicos especialistas en salud ocupacional y no implicarán ningún costo para los trabajadores y, en la medida de lo posible, se realizarán durante la jornada de trabajo.

Artículo 15.- Todo trabajador tendrá acceso y se le garantizará el derecho a la atención de primeros auxilios en casos de emergencia derivados de accidentes de trabajo o de enfermedad común repentina.

En los lugares de trabajo donde se desarrollen actividades de alto riesgo o en donde lo determine la legislación nacional, deberá garantizarse la atención por servicios médicos, de servicios de salud en el trabajo o mediante mecanismos similares.

Artículo 16.- Los empleadores, según la naturaleza de sus actividades y el tamaño de la empresa, de manera individual o colectiva, deberán instalar y aplicar sistemas de respuesta a emergencias derivadas de incendios, accidentes mayores, desastres naturales u otras contingencias de fuerza mayor.

Artículo 17.- Siempre que dos o más empresas o cooperativas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, los empleadores serán solidariamente responsables por la aplicación de las medidas de prevención de riesgos laborales.

CAPITULO IV

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS TRABAJADORES

Artículo 18.- Todos los trabajadores tienen derecho a desarrollar sus labores en un ambiente de trabajo adecuado y propicio para el pleno ejercicio de sus facultades físicas y mentales, que garanticen su salud, seguridad y bienestar.

Los derechos de consulta, participación, formación, vigilancia y control de la salud en materia de prevención, forman parte del derecho de los trabajadores a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Artículo 19.- Los trabajadores tienen derecho a estar informados sobre los riesgos laborales vinculados a las actividades que realizan.

Complementariamente, los empleadores comunicarán las informaciones necesarias a los trabajadores y sus representantes sobre las medidas que se ponen en práctica para salvaguardar la seguridad y salud de los mismos.

Artículo 20.- Los trabajadores o sus representantes tienen derecho a solicitar a la autoridad competente la realización de una inspección al centro de trabajo, cuando consideren que no existen condiciones adecuadas de seguridad y salud en el mismo. Este derecho comprende el de estar presentes durante la realización de la respectiva diligencia y, en caso de considerarlo conveniente, dejar constancia de sus observaciones en el acta de inspección.

Artículo 21.- Sin perjuicio de cumplir con sus obligaciones laborales, los trabajadores tienen derecho a interrumpir su actividad cuando, por motivos razonables, consideren que existe un peligro inminente que ponga en riesgo su seguridad o la de otros trabajadores. En tal supuesto, no podrán sufrir perjuicio alguno, a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave.

Los trabajadores tienen derecho a cambiar de puesto de trabajo o de tarea por razones de salud, rehabilitación, reinserción y recapacitación.

Artículo 22.- Los trabajadores tienen derecho a conocer los resultados de los exámenes médicos, de laboratorio o estudios especiales practicados con ocasión de la relación laboral. Asimismo, tienen derecho a la confidencialidad de

dichos resultados, limitándose el conocimiento de los mismos al personal médico, sin que puedan ser usados con fines discriminatorios ni en su perjuicio. Sólo podrá facilitarse al empleador información relativa a su estado de salud, cuando el trabajador preste su consentimiento expreso.

Artículo 23.- Los trabajadores tienen derecho a la información y formación continua en materia de prevención y protección de la salud en el trabajo.

Artículo 24.- Los trabajadores tienen las siguientes obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales:

- a) Cumplir con las normas, reglamentos e instrucciones de los programas de seguridad y salud en el trabajo que se apliquen en el lugar de trabajo, así como con las instrucciones que les impartan sus superiores jerárquicos directos;
- b) Cooperar en el cumplimiento de las obligaciones que competen al empleador;
- c) Usar adecuadamente los instrumentos y materiales de trabajo, así como los equipos de protección individual y colectiva;
- d) No operar o manipular equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos para los cuales no hayan sido autorizados y, en caso de ser necesario, capacitados;
- e) Informar a sus superiores jerárquicos directos acerca de cualquier situación de trabajo que a su juicio entrañe, por motivos razonables, un peligro para la vida o la salud de los trabajadores;
- f) Cooperar y participar en el proceso de investigación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales cuando la autoridad competente lo requiera o cuando a su parecer los datos que conocen ayuden al esclarecimiento de las causas que los originaron;
- g) Velar por el cuidado integral de su salud física y mental, así como por el de los demás trabajadores que dependan de ellos, durante el desarrollo de sus labores;
- h) Informar oportunamente sobre cualquier dolencia que sufran y que se haya originado como consecuencia de las labores que realizan o de las condiciones y ambiente de trabajo. El trabajador debe informar al médico tratante las características detalladas de su trabajo, con el fin de inducir la identificación de la relación causal o su sospecha;
- i) Someterse a los exámenes médicos a que estén obligados por norma expresa así como a los procesos de rehabilitación integral; y,
- j) Participar en los organismos paritarios, en los programas de capacitación y otras actividades destinadas a prevenir los riesgos laborales que organice su empleador o la autoridad competente.

CAPITULO V

DE LOS TRABAJADORES OBJETO DE PROTECCION ESPECIAL

Artículo 25.- El empleador deberá garantizar la protección de los trabajadores que por su situación de discapacidad sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberán tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos, en la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias.

Artículo 26.- El empleador deberá tener en cuenta, en las evaluaciones del plan integral de prevención de riesgos, los factores de riesgo que pueden incidir en las funciones de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales, con el fin de adoptar las medidas preventivas necesarias.

Artículo 27.- Cuando las actividades que normalmente realiza una trabajadora resulten peligrosas durante el período de embarazo o lactancia, los empleadores deberán adoptar las medidas necesarias para evitar su exposición a tales riesgos. Para ello, adaptarán las condiciones de trabajo, incluyendo el traslado temporal a un puesto de trabajo distinto y compatible con su condición, hasta tanto su estado de salud permita su reincorporación al puesto de trabajo correspondiente. En cualquier caso, se garantizará a la trabajadora sus derechos laborales, conforme a lo dispuesto en la legislación nacional de cada uno de los Países Miembros.

Artículo 28.- Se prohíbe la contratación de niñas, niños y adolescentes para la realización de actividades insalubres o peligrosas que puedan afectar su normal desarrollo físico y mental. La legislación nacional de cada País Miembro establecerá las edades límites de admisión a tales empleos, la cual no podrá ser inferior a los 18 años.

Artículo 29.- Previamente a la incorporación a la actividad laboral de niñas, niños y adolescentes, el empleador deberá realizar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición al riesgo, con el objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias.

Dicha evaluación tomará en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, salud y desarrollo de las niñas, niños y adolescentes.

El empleador deberá informar a las niñas, niños y adolescentes y a sus padres, representantes o responsables, de los riesgos y las medidas adoptadas.

Artículo 30.- Los empleadores serán responsables de que a las niñas, niños y adolescentes trabajadores se les practiquen exámenes médicos de preempleo, periódicos o de retiro. Cuando los mayores de 18 años pero menores de 21 estén realizando trabajos considerados como insalubres o peligrosos, de acuerdo con lo previsto en la legislación nacional, los exámenes periódicos deberán efectuarse hasta la edad de 21 años, por lo menos cada año. Tales exámenes les serán practicados por un médico especialista en salud ocupacional, y los resultados deberán ser informados a sus padres, representantes o responsables.

CAPITULO VI

DE LAS SANCIONES

Artículo 31.- Los Países Miembros adoptarán las medidas necesarias para sancionar a quienes por acción u omisión infrinjan lo previsto por el presente instrumento y demás normas sobre prevención de riesgos laborales.

La legislación nacional de cada País Miembro determinará la naturaleza de las sanciones aplicables para cada infracción, tomando en consideración, entre otros, la gravedad de la falta cometida, el número de personas afectadas, la gravedad de las lesiones o los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias y si se trata de un caso de reincidencia.

Artículo 32.- Cuando una violación grave de las normas vigentes constituya un peligro inminente para la salud y seguridad de los trabajadores, del mismo lugar de trabajo y su entorno, la autoridad competente podrá ordenar la paralización total o parcial de las labores en el lugar de trabajo, hasta que se subsanen las causas que lo motivaron o, en caso extremo, el cierre definitivo del mismo.

CAPITULO VII

DEL COMITE ANDINO DE AUTORIDADES EN SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Artículo 33.- Se crea el Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo (CAASST), como ente encargado de asesorar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión, al Consejo Asesor de Ministros de Trabajo y a la Secretaría General de la Comunidad Andina, en los temas vinculados a la seguridad y salud en el espacio comunitario.

El Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo (CAASST) estará conformado por las autoridades nacionales competentes en materia de seguridad y salud en el trabajo de cada uno de los Países Miembros. Dichos representantes serán designados por cada País Miembro y acreditados ante la Secretaría General de la Comunidad Andina por medio del respectivo Ministerio de Relaciones Exteriores.

El Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo (CAASST) tendrá las siguientes funciones principales:

- a) Coadyuvar a la aplicación del “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”, de su reglamento y demás instrumentos complementarios;
- b) Emitir opinión técnica no vinculante sobre los temas referidos al “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo” ante el Consejo Andino de ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General de la Comunidad Andina;
- c) Proponer eventuales modificaciones, ampliaciones y normas complementarias del “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”;
- d) Facilitar criterios técnicos que permitan superar las eventuales discrepancias que pudiesen surgir sobre la

interpretación o aplicación del “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”; y,

- e) Crear Grupos de Trabajo Especializados integrados por expertos en las materias que señale el comité.

El comité se reunirá al menos una vez por año, o cuando lo solicite su Presidencia, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Secretaría General de la Comunidad Andina, el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo o, por lo menos, dos Países Miembros.

El comité, en tanto adopte un reglamento interno, actuará, en lo aplicable, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Comisión de la Comunidad Andina.

Artículo 34.- El Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo (CAASST), en lo que corresponda, coordinará sus acciones con el Comité Andino de Autoridades de Migración (CAAM), con el Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social (CAASS) y con el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo de la Comunidad Andina.

En sus reuniones podrán participar, en calidad de observadores, representantes de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración así como representantes de organismos internacionales vinculados con los asuntos materia de discusión por parte del Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo (CAASST).

Artículo 35.- La Secretaría General de la Comunidad Andina desempeñará las funciones de Secretaría Técnica del comité.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- La presente decisión deroga la Decisión 547, mediante la cual se aprobó el “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”, y entrará en vigencia desde el momento de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Segunda.- En la medida en que lo previsto por las respectivas legislaciones nacionales no sea incompatible con lo dispuesto por el presente instrumento, las disposiciones de las mismas continuarán vigentes. En todo caso, cuando la legislación nacional establezca obligaciones y derechos superiores a los contenidos en este instrumento, éstos prevalecerán sobre las disposiciones del mismo.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- La presente decisión será aplicada de conformidad con las disposiciones de su reglamento, el cual será aprobado mediante resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina en un plazo máximo de 6 meses desde su aprobación, previa opinión del Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo y del Consejo Asesor de ministros de Trabajo, en consulta con el Consejo Andino de ministros de Relaciones Exteriores.

Segunda.- En el caso específico de la República Bolivariana de Venezuela y sus nacionales la vigencia de la presente decisión será a partir del 31 de diciembre del 2006.

Tercera.- Los Países Miembros se comprometen a adoptar todas las medidas que sean necesarias para dar aplicación a las disposiciones del presente Instrumento en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, en un plazo de doce meses siguientes a su entrada en vigencia.

Dada en la ciudad de Guayaquil, República del Ecuador, a los siete días del mes de mayo del año dos mil cuatro.

DECISION 585

ACUERDO DE CARTAGENA

Creación del Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales

EL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES,

VISTOS: Los artículos 1, 3, 6, 16, literal g) del Acuerdo de Cartagena, codificado mediante Decisión 563, y la Declaración del XIV Consejo Presidencial Andino; y,

CONSIDERANDO: Que el proceso andino de integración tiene entre sus objetivos lograr el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, en condiciones de equidad, con el fin de procurar el mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión;

Que es también objetivo del proceso andino de integración fortalecer la solidaridad subregional y estimular la plena participación ciudadana;

Que los Países Miembros vienen desarrollando procesos de descentralización, a partir de los cuales las ciudades y los municipios han adquirido un papel político protagónico en el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática y en el desarrollo, lo que debe coadyuvar al objetivo de profundizar la integración mediante la incorporación de las ciudades al proceso andino;

Que por consiguiente, resulta necesario que las autoridades municipales participen activa y eficazmente en los procesos de toma de decisiones comunitarias, a través de la presentación de sus opiniones y recomendaciones a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración;

Que por iniciativa propia, los alcaldes de las principales ciudades de los Países Miembros crearon la "Red Andina de Ciudades", en reunión celebrada el 8 de septiembre del 2003 en Quito, en la cual pueden inscribirse los alcaldes que deseen promover la integración, con el propósito de contribuir, desde la perspectiva de las sociedades locales, a generar o fortalecer la competitividad en la Subregión y la participación de nuevos actores en el proceso de toma de decisiones;

DECIDE:

Artículo 1.- Crear el Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales como institución consultiva del

Sistema Andino de Integración, orientado a impulsar acciones para fortalecer las ciudades como actores de la integración.

Artículo 2.- El Consejo Consultivo estará integrado por tres representantes de cada País Miembro, uno de los cuales será el Alcalde mayor o metropolitano de la respectiva ciudad sede del gobierno del País Miembro, y los otros dos serán elegidos entre las alcaldías inscritas y aquellas que se inscriban en la Red Andina de Ciudades, cuyo compromiso sea la promoción del proceso de integración andina. Estos representantes deberán ser acreditados por los ministerios de Relaciones Exteriores de cada País Miembro y los dos últimos ejercerán por el período de un año.

Artículo 3.- La Presidencia del Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales será ejercida por uno de los representantes del País Miembro que ejerza la Presidencia del Consejo Presidencial Andino.

Artículo 4.- Serán funciones del Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales, las siguientes:

- a) Emitir opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General de la Comunidad Andina, sobre los temas del proceso de integración de interés local, relacionados con los ámbitos de competencia de los mencionados órganos;
- b) Presentar a los Países Miembros o a la Secretaría General de la Comunidad Andina proyectos de interés comunitario en el ámbito de los gobiernos locales; y,
- c) Adoptar su Reglamento Interno.

Artículo 5.- Las opiniones a que se refiere el artículo 4 se emitirán a solicitud del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General de la Comunidad Andina o por iniciativa propia, a través de la Secretaría General.

Artículo 6.- El Consejo Consultivo se reunirá al menos una vez al año de manera ordinaria y, de manera extraordinaria, las veces que sea necesario, por solicitud de su Presidente o de al menos tres representados en el Consejo Consultivo.

El Consejo Consultivo podrá celebrar reuniones ampliadas con otras autoridades locales o regionales, según se determine en su Reglamento Interno.

Artículo 7.- La Presidencia deberá presentar un informe anual sobre las actividades del Consejo Consultivo a la Secretaría General de la Comunidad Andina, la cual lo pondrá en conocimiento de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

Artículo 8.- La Secretaría General de la Comunidad Andina ejercerá la Secretaría Técnica del Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales y convocará a sus reuniones.

Artículo 9.- La presente decisión entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Disposición Transitoria

Unica.- La Primera Reunión del Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales será convocada por la Secretaría General de la Comunidad Andina y en ella deberá aprobarse su Reglamento Interno.

Dada en la ciudad de Guayaquil, República del Ecuador, a los siete días del mes de mayo del año dos mil cuatro.

DECISION 586

ACUERDO DE CARTAGENA

Programa de Trabajo para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos

EL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES,

VISTOS: El artículo 16 del Acuerdo de Cartagena y la Decisión 458 "Lineamientos de la Política Exterior Común";

CONSIDERANDO: La directriz 5, consignada en la Declaración del Consejo Presidencial Andino, suscrita en Guayaquil, el 27 de julio del 2002, mediante la cual adopta la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, como instrumento que contiene principios generales, normas, ámbitos y mecanismos que garantizan la observancia, respeto, promoción y defensa de dichos derechos en la subregión;

La directriz 3, consignada en la Declaración del Consejo Presidencial Andino, suscrita en Quirama, el 28 de junio del 2003, mediante la cual instruye al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que adopte un Programa para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, con el fin de promover la plena vigencia de los mismos en la Comunidad Andina;

El documento de trabajo elaborado y presentado por el Ecuador, que contiene el Programa para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el cual ha sido examinado por los Gobiernos de los países andinos, cuyos aportes han sido incorporados;

EN CUMPLIMIENTO de lo dispuesto por el Consejo Presidencial Andino, en la Declaración de Quirama de 28 de junio del 2003;

DECIDE:

ARTICULO UNICO.- Aprobar el Programa de Trabajo para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, contenido en el documento anexo a la presente decisión.

Dada en la ciudad de Guayaquil, República del Ecuador, a los siete días del mes de mayo del año dos mil cuatro.

PROGRAMA DE TRABAJO PARA LA DIFUSION Y EJECUCION DE LA CARTA ANDINA PARA LA PROMOCION Y PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. Antecedentes.

Los cinco Presidentes de los Países Andinos suscribieron en Guayaquil el 26 de julio del 2002, durante la II Reunión de Presidentes Sudamericanos, la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

El Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador preparó e impulsó la Carta Andina, a través de un amplio proceso de consulta, en el que participaron las Cancillerías de los cinco países andinos, la Universidad Andina Simón Bolívar, el Parlamento Andino, la Comisión Andina de Juristas y representantes de la sociedad civil y de los organismos gubernamentales de los cinco países.

Con este paso se incorporó a la Política Exterior Común de la Comunidad Andina un instrumento novedoso que contiene derechos humanos de última generación, concebido bajo la perspectiva específica de la realidad andina, y que constituye un verdadero aporte al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Carta destaca prioridades en materia de derechos humanos para la Comunidad Andina, como los derechos de los pueblos indígenas y de comunidades de afro descendientes, los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho al desarrollo y pone énfasis en aquellos ámbitos de protección de los derechos humanos que revisten particular urgencia, como los derechos de grupos que requieren protección especial (niños, mujeres, migrantes, discapacitados, adultos mayores, desplazados, refugiados, minorías sexuales, personas privadas de la libertad, entre otros). Los mecanismos comunitarios para el seguimiento del instrumento son los que otorgan a la Carta su mayor novedad.

Luego de la adopción de la Carta, los Países Miembros de la Comunidad Andina tienen un importante desafío para lograr la implementación y el seguimiento de la Carta Andina a mediano y largo plazo, en vista de la gran expectativa que la adopción de dicho instrumento ha suscitado a nivel interno en cada país de la subregión, particularmente en la sociedad civil que aguarda vigilante que sus postulados puedan ser puestos en práctica y no queden como una mera declaración de principios y propósitos de los Estados.

El Plenario de la Reunión de Coordinadores Nacionales de la Comunidad Andina, realizada en Lima el 5 de febrero del 2003, encomendó al Ecuador la elaboración de un Programa de Trabajo para la implementación y seguimiento de la Carta Andina, el cual se presentó en la Reunión de Cancilleres Andinos, celebrada en Bogotá, los días 10 y 11 de marzo del 2003, en vista de lo dispuesto en el artículo 87 de la propia Carta, que señala que "el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores será el máximo organismo comunitario encargado de dar seguimiento a las iniciativas subregionales previstas en la Carta".

El Consejo Presidencial Andino, mediante Declaración suscrita en Quirama, el 28 de junio del 2003, instruye al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que adopte un Programa para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, con el fin de promover la plena vigencia de los mismos en la Comunidad Andina.

En el proceso de consultas efectuado por el Gobierno del Ecuador a los países de la Comunidad Andina, sobre el Programa de Trabajo encargado por el Consejo Presidencial Andino, se han formulado valiosas observaciones y aportes que han enriquecido el documento.

II. Metas del Programa de Trabajo.

1. EN MATERIA DE PROMOCION DE LA CARTA ANDINA:

Programa regional para difundir los principios de la Carta.

El artículo 92 de la Carta Andina dispone que “los países de la Comunidad Andina organizarán programas regionales para difundir los principios de la Carta Andina, propiciar una cultura andina de respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de los individuos y colectividades que requieren protección especial, y alentar el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los nuevos ámbitos, según lo prescrito en la Parte X de la Carta Andina.”.

Para el cumplimiento de la citada norma, los Países Miembros se apoyarán en la Secretaría de la Comunidad Andina, conforme lo dispone el artículo 88 de la Carta, para la elaboración y ejecución del programa regional de difusión de la Carta Andina. En cada país se designará un organismo gubernamental que actuará como punto focal para coordinar con la Secretaría la elaboración y ejecución de dicho programa regional. Dicho organismo serán las Direcciones de Derechos Humanos de los Ministerios de Relaciones Exteriores en los países andinos en los que exista dicha dependencia.

Para la elaboración del programa regional de difusión se contará en cada país con la participación de las instituciones del Estado y organizaciones de la sociedad civil, involucradas con los derechos humanos, que presentarán sus propuestas, las cuales serán recogidas por el organismo que será el punto focal. Este las enviará a la Secretaría General, que se encargará de procesar las propuestas y presentar un solo documento que incorpore los intereses de todos y cada uno de los Estados en este sentido. Los siguientes criterios mínimos deberán tomarse en cuenta para el programa regional.

Criterios mínimos que debe contener el programa regional de difusión:

Creación de una sitio web específico sobre la Carta Andina de Derechos Humanos y el presente Programa de Trabajo. Este sitio se incorporará en la página web de la Secretaría de la Comunidad Andina, que establecerá links con las Cancillerías andinas sobre la implementación de la Carta a nivel local.

Difusión de la Carta Andina por todos los medios de comunicación posibles en cada país: impresión de textos en un tiraje suficiente; folletos informativos y afiches y artículos de prensa; difusión por internet, a través de sitios web de organismos gubernamentales y no gubernamentales y de todos los órganos que integran la Comunidad Andina. Cada país definirá el cronograma de trabajo y los recursos económicos que requiera para cumplir con este objetivo; sin embargo, el cronograma local deberá estar sujeto al cronograma subregional establecido en el programa regional de difusión, a fin de que no haya desfases exagerados en el cumplimiento de esta meta en cada uno de los países.

Realización de talleres y foros de discusión del contenido de la Carta, en el que participen organismos gubernamentales y no gubernamentales y los órganos de la Comunidad Andina, así como universidades e instituciones académicas involucradas en el tema. Los criterios de tiempo y recursos económicos siguen la perspectiva señalada en el anterior objetivo.

Conforme lo dispone el artículo 95 de la Carta, los Países Miembros deberán traducir el texto del instrumento a los principales idiomas ancestrales de los pueblos indígenas que habitan sus respectivos territorios. Esta actividad deberá realizarse en consulta directa con los organismos gubernamentales y organizaciones indígenas y deberá ser coordinada con los sistemas de educación bilingüe intercultural que existan en cada País Miembro.

Incorporación en los programas de estudio de pre-grado y post-grado de universidades y de escuelas de formación de policía y fuerzas armadas y, de ser posible, a nivel secundario y primario, del contenido y alcances de la Carta Andina en cada uno de los Países Miembros. Esta actividad deberá ser coordinada con los organismos que están a cargo del Sistema Educativo de cada país.

Difusión del contenido de la Carta en programas televisivos y radiales. Los medios de comunicación deberán apoyar al Estado en la realización de cuñas televisivas y radiales sobre el contenido de la Carta.

Cronograma de trabajo inmediato:

Elaboración de la página web sobre la Carta Andina: 180 días.

Elaboración del programa local de difusión entre organismos del Estado y sociedad civil: 120 días.

Envío y procesamiento de los programas locales por parte de la Secretaría de la CAN: 60 días.

Aprobación e inicio del programa regional de difusión: 60 días.

Informes periódicos sobre la ejecución del programa regional de difusión al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: un año.

2. EN MATERIA DE IMPLEMENTACION DE LA CARTA ANDINA:

La Parte XII de la Carta Andina establece los mecanismos de promoción y protección de los derechos humanos que deben ser utilizados por los Países Miembros para lograr el cumplimiento de los propósitos y fines del instrumento subregional.

El artículo 63 de la Carta señala que “la Carta Andina constituye la primera manifestación integral de la Comunidad Andina en materia de derechos humanos en el espacio comunitario, y complementa la normativa nacional, interamericana y universal en el tema. Los programas que se preparen dentro del marco de las disposiciones de la Carta se deberán coordinar con las actividades nacionales o que bajo cooperación internacional ejecuten los Países Miembros en la región andina.”.

Bajo esta premisa, los Países Miembros deberán tomar en cuenta dicha disposición que facilita la implementación de los principios de la Carta.

2.1. Mecanismos nacionales:

Los Países Miembros deberán promover la creación de instancias de coordinación subregional en materia de administración de justicia, defensorías del pueblo, defensores de los derechos humanos, planes y programas de derechos humanos y fuerza pública. En cada uno de estos mecanismos, previstos en los artículos 64 al 78 de la Carta, deberá crearse una red de instituciones a nivel andino que sirva de enlace y monitoreo de las actividades que en el ámbito de su competencia realizan cada una de las instituciones para el cumplimiento de los principios de la Carta. Estas redes de cooperación e información deberán reportar sus logros y dificultades a la Secretaría de la Comunidad Andina, la que, a su vez, informará periódicamente al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores sobre las actividades realizadas.

Particularmente las defensorías del pueblo, la sociedad civil de cada país y los organismos encargados de ejecutar los planes nacionales de derechos humanos, en caso de existir, deberán diseñar, de manera coordinada, un programa local de implementación del contenido de la Carta dirigido especialmente a disminuir la discriminación e intolerancia (artículos 10, 11 y 12), los derechos de los pueblos indígenas y comunidades de afrodescendientes (artículos 32 al 41), los derechos de grupos sujetos de protección especial (mujeres, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, migrantes y sus familias, personas con diversa orientación sexual, desplazados internos, personas privadas de la libertad, refugiados y apátridas).

El plan local deberá contener medidas legislativas, judiciales, administrativas y de índole educativo para el cumplimiento de cada uno de los objetivos de la Carta. Este plan local, una vez consensuado y socializado, deberá ser ampliamente difundido por los medios de comunicación nacionales e incorporado en la red subregional de información y enlace, a través de la instancia de coordinación subregional que cada mecanismo nacional haya creado para el efecto (que

podría llamarse consejo andino de judicaturas, consejo andino de fuerzas públicas, consejo andino de defensores del pueblo, consejo andino de organizaciones de derechos humanos, consejo andino de comisiones de derechos humanos, etc.).

Cronograma de trabajo inmediato:

Designación de los organismos de coordinación subregional de cada mecanismo nacional previsto en la Carta y creación de la red de enlace e información: 120 días.

Elaboración del programa local de implementación por parte de los organismos del Estado y de la sociedad civil involucrados en cada área de su competencia: 120 días.

Difusión del plan local por los medios de comunicación e incorporación en la red de información y enlace: 120 días. Reporte periódico sobre los avances y dificultades a la Secretaría de la CAN y al Consejo Andino de Ministros de Relaciones: al menos cada año desde su incorporación en la red.

2.2. Mecanismos internacionales:

Los ministerios de Relaciones Exteriores de cada país deberán también establecer una red de enlace de información subregional sobre:

- El cumplimiento de los propósitos de la Carta, particularmente, en lo referente a la presentación de informes periódicos ante los órganos internacionales de Derechos Humanos de Naciones Unidas, cuando corresponda.
- Sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.
- El seguimiento de las observaciones de la comisión.
- Los mecanismos de la cooperación subregional en el marco de la Corte Penal Internacional.
- Otros temas de interés común. La Secretaría de la Comunidad Andina cooperará en este propósito, con los organismos nacionales que coordinan la presentación de informes y el cumplimiento de observaciones y sentencias. Cronograma de trabajo inmediato: Creación de la red e incorporación de la información local de cada país: 120 días. Informe sobre el cumplimiento de observaciones a los informes y resoluciones de los organismos internacionales de derechos humanos del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano: al menos cada dos años desde la creación de la red de enlace e información subregional.

3. EN MATERIA DE SEGUIMIENTO DE LA CARTA ANDINA:

La Parte XIII de la Carta establece los órganos gubernamentales y no gubernamentales, comunitarios y nacionales que se encargan de la promoción y del seguimiento de los principios y propósitos de la Carta:

el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Secretaría General de la Comunidad Andina, el Parlamento Andino, los Defensores del Pueblo andinos y la sociedad civil de los países andinos.

A fin de establecer una coordinación permanente entre todos estos organismos para el cumplimiento de la Carta, cada Cancillería andina preparará, en un plazo de sesenta días, un programa de seguimiento con los organismos locales involucrados en este mandato: defensorías del pueblo, sociedad civil y congresos nacionales, en el cual se establecerán reuniones de trabajo y foros que permitan determinar el cumplimiento de la Carta en cada país.

Este programa de trabajo deberá ser remitido a la Secretaría de la CAN y al Parlamento Andino. La Secretaría lo incorporará en las redes de información y enlace, a fin de que sea conocido por los organismos encargados de la implementación de la Carta y transmitirá información sobre su cumplimiento al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Cronograma de trabajo inmediato:

Elaboración y aprobación del programa local de seguimiento: 120 días. Envío a la Secretaría de la CAN y al Parlamento Andino e incorporación en la red de información subregional: 60 días. Informes periódicos de la Secretaría de la CAN sobre los programas locales de seguimiento al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: al menos cada año desde la incorporación de los programas en la red de información subregional.

4. EN MATERIA DE PROYECCION DE LA CARTA ANDINA A MEDIANO Y CORTO PLAZO:

La Parte X de la Carta prevé la incorporación en su contenido de otros ámbitos de protección de los derechos humanos (Artículo 60). Algunos de estos ámbitos, si bien fueron planteados en los borradores iniciales del texto, no se logró el consenso necesario para su incorporación. Por ello, los Países Miembros deberán considerar un programa subregional de ampliación del contenido de la Carta, conforme se desarrolle la dinámica jurídica del derecho internacional de los derechos humanos. Los temas que quedaron latentes en las negociaciones previas a la adopción de la Carta fueron: delincuencia transnacional y derechos humanos, narcotráfico, terrorismo, derechos de los consumidores, derecho a la paz.

El artículo 96 de la Carta permite a las Cancillerías andinas, a través del Consejo Andino de Ministros, revisar el contenido de la Carta cada cuatro años, con miras a su actualización y perfeccionamiento. Para el efecto, el Consejo deberá elaborar un programa y un cronograma de trabajo que incluya los nuevos contenidos y que determine el calendario de reuniones para la negociación y adopción de los mismos. El Consejo deberá tomar en consideración los criterios de los organismos gubernamentales locales y de la sociedad civil de los países andinos para la elaboración de los nuevos contenidos. Elaboración del programa y cronograma de trabajo de los nuevos contenidos de la Carta: al menos a los cuatro años de la adopción de la Carta.

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores deberá también incluir en su programa de trabajo el análisis del tema sobre el carácter vinculante de la Carta, que puede ser decidido en cualquier momento, luego de la negociación correspondiente, conforme lo prevé el segundo inciso del artículo 96 de la Carta.

Los organismos de la Comunidad Andina deberán establecer también un programa de cooperación con otros organismos comunitarios e internacionales como la Unión Europea, Naciones Unidas y la OEA y universidades de otras regiones del mundo para intercambiar experiencias y apoyo mutuo en materia de derechos humanos.

Programa de cooperación con otros organismos comunitarios: un año desde la aprobación del presente Programa de Trabajo.

III. Cronograma general y financiamiento.

Las actividades aquí propuestas serán realizadas de acuerdo a los plazos señalados, contados a partir de la aprobación del presente documento.

Cada país definirá el cronograma de trabajo local y los recursos económicos que requiera para cumplir con las metas del Programa de Trabajo; sin embargo, el cronograma local deberá estar sujeto al cronograma subregional a fin de que no haya desfases exagerados en el cumplimiento de las metas en cada uno de los países.

Por ello, en los plazos fijados en el presente documento, se tomará en cuenta las gestiones locales y subregionales para lograr la cooperación y el financiamiento de cada actividad.

El financiamiento para el cumplimiento del presente Programa de Trabajo, deberá provenir de los Países Miembros.

Cada país hará llegar a la Secretaría de la Comunidad Andina, en el plazo de sesenta días desde la aprobación del presente documento, un perfil de costos que no puedan ser asumidos de manera local, a fin de que su financiamiento, en lo posible, pueda provenir de la Secretaría de la Comunidad y de la cooperación internacional.

PROCESO 95-IP-2003

ACUERDO DE CARTAGENA

Interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 literal a) y 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo del Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Actor: NEC CORPORATION. Marca: "NEC" (mixta). Proceso interno N° 7229.

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

En la solicitud sobre interpretación prejudicial formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, por intermedio de su Consejera, doctora Olga Inés Navarrete Barrero.

VISTOS:

Que la solicitud recibida por este Tribunal el 23 de septiembre del año 2003 se ajustó a los requisitos establecidos por el artículo 125 de su estatuto, aprobado mediante Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina y que, en consecuencia, fue admitida a trámite, por medio de auto de 17 de octubre del año 2003.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Partes.

Actúa como demandante la sociedad NEC CORPORATION, siendo demandada la Nación colombiana, representada por la Superintendencia de Industria y Comercio. Se constituye en tercero interesado la sociedad BOLSA DE MEDELLIN S.A.

1.2 Actos demandados.

La interpretación se plantea en razón de que la sociedad NEC CORPORATION, demanda la declaratoria de nulidad de las siguientes resoluciones expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia:

- N° 12341 de 31 de mayo del 2000, mediante la cual la mencionada Superintendencia negó el registro para la denominación "NEC mixta" como marca, solicitada por la actora para amparar servicios de la Clase Internacional 36.
- N° 19909 de 24 de agosto del 2000, mediante la cual, al resolver el recurso de reposición planteado, la aludida Dependencia confirmó la resolución anterior; y,
- N° 32445 de 30 de noviembre del 2000, por la cual, al resolver el recurso de apelación también interpuesto, ratificó lo decidido en la Resolución inicial N° 12341.

Solicita adicionalmente la actora, que como restablecimiento del derecho se ordene a la mencionada Superintendencia, conceda el registro como marca para la denominación NEC mixta.

1.3 Hechos relevantes.

Del expediente remitido por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, han podido ser destacados los siguientes aspectos:

a) Los hechos

1. El 18 de noviembre de 1999, la sociedad NEC CORPORATION presentó a la Superintendencia de Industria y Comercio, solicitud para obtener registro de

la denominación "NEC" (mixta) como marca de fábrica, para amparar "servicios bancarios, servicios de tarjeta de crédito, servicios financieros, servicios de apertura de cuentas, servicios de pago de cuentas, servicios de compraventa de acciones y bonos, servicios de transferencia financiera y suministro de cualquiera de los servicios anteriores a través de redes de información computarizada, locales y globales; servicios de agencias de aduana; seguros; servicios relacionados con asuntos de bienes raíces"; actividades todas comprendidas en la clase internacional N° 36.¹

2. A la solicitud en referencia le fue asignado el trámite N° 9972648 y, su extracto fue publicado en la Gaceta de la Propiedad Industrial N° 487 de 27 de diciembre de 1999.
3. El 31 de mayo del 2000, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución N° 13241, negó el registro solicitado, argumentando la existencia de similitud con la marca MEC (nominativa), de propiedad de la sociedad BOLSA DE MEDELLIN S.A., previamente registrada bajo el certificado N° 185.097 y, que ampara servicios también de la Clase Internacional 36.
4. La sociedad NEC CORPORATION interpuso recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación contra la resolución emitida.
5. El 24 de agosto del 2000, la aludida Superintendencia, mediante Resolución N° 19909, resolvió el recurso de reposición planteado, confirmando la resolución inicial en todas sus partes.
6. El 30 de noviembre del mismo año, la misma dependencia expidió la Resolución N° 32445 por la cual, al resolver el recurso de apelación, ratificó la resolución impugnada en todas sus partes, agotándose de esta forma la vía gubernativa;

b) Escrito de demanda

La sociedad NEC CORPORATION manifiesta que presentó ante la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, solicitud de registro como marca para la denominación "NEC mixta", destinada a amparar servicios de la Clase Internacional N° 36, respecto de la cual la mencionada Superintendencia, mediante Resolución N° 12341 de 31 de mayo del 2000, negó el registro requerido, argumentando la existencia de similitud con la marca MEC (nominativa), previamente registrada bajo el certificado N° 185.097 y, que ampara servicios también de la Clase Internacional 36, en favor de la sociedad BOLSA DE MEDELLIN S.A.

Alude la violación de los artículos 81 y 82 literal a) de la Decisión 344, por considerar que "la marca NEC (mixta) cumple con todos los requisitos esenciales para obtener su registro, cuales son, perceptibilidad, al ser una palabra fácilmente perceptible por los sentidos, especialmente la vista; distintividad, al no confundirse con la marca MEC; y susceptibilidad de representación gráfica, al tener el signo la aptitud para ello."

¹ **Clase 36.-** Seguros; negocios financieros; negocios monetarios; negocios inmobiliarios.

Argumenta la violación también del artículo 83, literal a), al expresar que "...en el presente caso, encontramos que en la marca NEC (MIXTA), prevalece el elemento denominativo, es decir, la expresión verbal y sobre ésta debe realizarse la comparación respectiva, aplicando las reglas establecidas por la Doctrina y la Jurisprudencia para determinar el riesgo de confusión de marcas denominativas."

Sostiene también que al comparar las marcas en conflicto éstas "...pueden coexistir en el mercado fácilmente, por cuanto las similitudes existentes en las mismas no son lo suficientemente contundentes como para inducir al público consumidor a error o confusión."

Afirma que es posible la coexistencia de las dos marcas, exponiendo que "...las marcas en conflicto no son similares y por consiguiente no pueden ser causa para que el consumidor caiga en error o engaño, y se tipifique entonces la causal de irregistrabilidad contemplada en el literal a) del artículo 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; también es pertinente advertir que existe una coexistencia registral de las marcas NEC y MEC que demuestra efectivamente, la inconfundibilidad de los signos en conflicto".

En el mismo sentido, argumenta que "...es evidente que se ha presentado una coexistencia pacífica por un número considerable de años entre las marcas NEC y MEC por cuanto dichas marcas se encuentran debidamente registradas ante la Superintendencia de Industria y Comercio en la clase 42, para servicios evidentemente similares, lo que demuestra que no existe reclamación por parte del titular de la marca MEC, ya que permitió su registro al no presentar oposición o iniciar la acción de cancelación respectiva. E igualmente, que la Superintendencia no las consideró confundibles al permitir su registro simultáneo... es abiertamente contradictorio considerar que las marcas MEC y NEC pueden coexistir en la clase 42 pero no lo pueden hacer en clase 36 como sucede en el presente caso".

Concluye manifestando que "...no se configura el primer presupuesto de la causal de irregistrabilidad establecida en el literal a) del artículo 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, ya que como quedó claramente establecido, no existen semejanzas lo suficientemente determinantes entre las marcas en conflicto como para inducir al público consumidor a error o confusión."

En apoyo de sus argumentos cita jurisprudencia sentada por este Tribunal en los procesos 1-IP-87, 4-IP-94, 9-IP-94 y 18-IP-98.

c) **Contestación a la demanda**

La Superintendencia de Industria y Comercio, por su parte, en su contestación a la demanda solicita que no sean tomadas en cuenta las pretensiones y condenas peticionadas por la demandante en contra de la Nación, por cuanto carecen de apoyo jurídico y por consiguiente, de sustento legal para que prosperen.

Defiende la legalidad de los actos administrativos acusados, pues señala que con la expedición de las resoluciones impugnadas no se ha incurrido en violación de normas

legales o comunitarias. Expresa que sus actuaciones se ajustan a las atribuciones legales otorgadas a la Oficina Nacional Competente en materia de marcas, garantizando el debido proceso y el derecho de defensa.

Al referirse a la violación del artículo 81 de la Decisión 344, aducida por parte de la actora, sostiene que "...la expresión NEC si bien es susceptible de representación gráfica, a contrario de lo que afirma el accionante, carece de fuerza distintiva, por cuanto al efectuar el examen conjunto de los signos comparados junto con la expresión MEC (registrada), es claro que presentan similitud gráfica y fonética diferenciándose únicamente con la vocal N, lo que no le otorga distintividad suficiente para cumplir con su función diferenciadora en el mercado."

Respecto al registro de marcas que distinguen productos o servicios de la misma clase, manifiesta que la marca solicitada es irregistrable por cuanto "la marca solicitada NEC comprende servicios de la clase 36 presentados por la marca registrada MEC, lo cual generaría confusión para el consumidor frente al origen empresarial de los mismos, pues podrá creer que se trata de la misma marca o de marcas que pertenecen a un mismo titular, que distinguen una nueva o una misma línea de servicios, debido a que están destinados a un mismo tipo de consumidor además de presentar los mismos canales de comercialización."

Manifiesta que "efectuado el examen comparativo de las marcas 'NEC', clase 36 (solicitada), frente a 'MEC' (registrada), para distinguir servicios comprendidos en la clase 36, se concluye en forma evidente que son semejantes entre sí, existiendo confundibilidad entre las mismas y por lo tanto, de coexistir en el mercado conllevarían a error al público consumidor, pues existe la posibilidad de confusión directa e indirecta entre las mismas..."

Respecto a la supuesta violación del artículo 83 de la Decisión 344, afirma que "...la marca solicitada NEC presenta similitudes que la hacen confundible con la marca MEC las cuales comparten cuatro (sic) de las letras que la conforman, sólo diferenciándose por la letra N, lo que no es suficiente para diferenciarlas entre sí, ya que al ser pronunciadas y transcritas producen una impresión prácticamente idéntica en el consumidor, de donde se colige que la marca solicitada es una transliteración de la marca registrada con anterioridad MEC...". Continúa expresando que "...la marca solicitada NEC presenta evidentes similitudes que la hacen confundible con la marca MEC, ya registrada por la sociedad Bolsa de Medellín S.A., las cuales inducirían al consumidor a error, por consiguiente no es posible que las mismas coexistan en el mercado sin generar riesgo de confusión en el consumidor".

En apoyo de sus argumentaciones, cita jurisprudencia sentada por este Tribunal en los procesos 1-IP-87, 15-IP-96, 21-IP-96, 5-IP-97, 14-IP-98, 38-IP-2000 y 56-IP-2000.

La sociedad **Grupo Bolsa de Medellín S.A.**, considerada como tercero interesado en los resultados de esta controversia, no ha dado contestación a la demanda propuesta, según así aparece del expediente.

Con vista de lo anteriormente expuesto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,

CONSIDERANDO:**1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL**

La interpretación prejudicial ha sido estructurada con base en las disposiciones del artículo 125 del Estatuto en actual vigencia (Decisión 500), pues en efecto se identifica a la instancia nacional consultante, se hace una relación de las normas cuya interpretación se pide, se refiere la causa interna que la origina y, se señala lugar y dirección concretos para la recepción de la respuesta a la consulta.

En cuanto al informe sucinto de los hechos considerados relevantes para la interpretación, es preciso anotar que la instancia solicitante se ha limitado a referir los fundamentos sostenidos por la actora, soslayando, también en este caso, aquellos expuestos en la contestación a la demanda por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, omisión ésta que, no obstante, es susceptible de ser subsanada por medio de la consideración del respectivo escrito, aparejado al expediente recibido por este Organismo Comunitario.

Este Tribunal, por otra parte, es competente para interpretar, en vía prejudicial, las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, siempre que la solicitud provenga de un juez nacional competente, como lo es en este caso la jurisdicción nacional consultante, conforme lo establecen los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Organismo.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, ha solicitado, por medio de oficio N° 1934 de 30 de julio del 2003, la interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 literal a) y 83 literal a) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, razón por la cual este Tribunal Comunitario procede a atender el requerimiento precisamente formulado.

3. NORMAS A SER INTERPRETADAS

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, se transcribe seguidamente los textos de las normas de la Decisión 344 a ser interpretadas:

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

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

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

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

(...)

“Artículo 83.- Asimismo, no podrán registrarse como marcas aquellos signos que, en relación con derechos de terceros, presenten algunos de los siguientes impedimentos:

“a) Sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error”.

4. CONCEPTO DE MARCA Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

La marca es definida como todo signo perceptible, capaz de distinguir los bienes o los servicios producidos o comercializados en el mercado por una persona, de los bienes o servicios idénticos o similares de otra.

El artículo 81 determina los requisitos que debe reunir un signo para ser registrable, los cuales son: perceptibilidad, distintividad y susceptibilidad de representación gráfica.

a) Perceptibilidad

Siendo la marca un elemento inmaterial, para que pueda ser captado por uno de los sentidos (vista, olfato, oído, gusto y tacto), es indispensable su materialización o exteriorización por medio de elementos que transformen lo inmaterial o abstracto en algo identificable por aquéllos.

La perceptibilidad, precisamente, hace referencia a todo elemento, signo o indicación que pueda ser captado por los sentidos para que, por medio de éstos, la marca penetre en la mente del público, el cual la asimila con facilidad. Por cuanto para la percepción sensorial o externa de los signos se utiliza en forma más general el sentido de la vista, han venido caracterizándose preferentemente aquellos elementos que hagan referencia a una denominación, a un conjunto de palabras, a una figura, a un dibujo, o a un conjunto de dibujos.

b) Distintividad

El artículo 81 se refiere también a la distintividad, considerada característica y función primigenia que debe reunir todo signo para ser susceptible de registro como marca; lleva implícita la necesaria posibilidad de identificar unos productos o unos servicios de otros, haciendo viable de esa manera la diferenciación por parte del consumidor.

Será entonces distintivo el signo cuando por sí solo sirva para identificar un producto o un servicio, sin que se confunda con él o con las características esenciales o primordiales de aquéllos.

c) Susceptibilidad de representación gráfica

La susceptibilidad de representación gráfica consiste en expresiones manifestadas a través de palabras, gráficos, signos mixtos, colores, figuras, etc., de tal manera que sus componentes puedan ser apreciados en el mercado de productos.

El signo tiene que ser expresado en forma material para que el consumidor, a través de los sentidos, lo perciba, lo

conozca y lo solicite. La traslación del signo del campo imaginativo de su creador hacia la realidad comercial, puede darse como ha sido expresado, por medio de la utilización de los elementos referidos en el párrafo anterior.

5. CLASES DE MARCAS

La doctrina reconoce algunas clases de marcas, entre ellas, las DENOMINATIVAS, las GRAFICAS y las MIXTAS, en atención a la estructura del signo.

La MARCA DENOMINATIVA, llamada también nominal o verbal, utiliza un signo acústico o fonético y está formada por una o varias letras que integran un conjunto o un todo pronunciable, que puede o no poseer significado conceptual.

Dentro de éstas subsisten dos grupos que tienen connotación conceptual: las marcas sugestivas y las marcas arbitrarias.

Las marcas caprichosas o de fantasía, contrariamente, no tienen ninguna connotación conceptual, es decir, son aquellas que nacen del acuñamiento o conjunción de palabras con el propósito de emplearlas como marcas.

La MARCA GRAFICA, por su parte, es considerada como un signo visual, toda vez que se dirige a la vista a fin de evocar una figura que se caracteriza por su forma externa.

Esta clase de marca se encuentra subdividida en *puramente gráfica*, que es la que evoca en la mente del consumidor sólo la imagen del signo utilizado en calidad de marca; *la figurativa*, que es la marca que evoca en el consumidor un concepto concreto y; un tercer grupo, que es el que genera en el consumidor un concepto al que se llega a través de un proceso de generalización.

La MARCA MIXTA está compuesta por un elemento denominativo (una o varias palabras) y un elemento gráfico (una o varias imágenes).

En este tipo de marca, indica la doctrina, siempre habrá de encontrarse un elemento principal o característico y un elemento accesorio o secundario, según predominen a primera vista los signos gráficos o los acústicos.

6. EXCEPCIONES PARA EL REGISTRO DE MARCAS

Falta de requisitos sustanciales del signo para ser considerado como marca

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina contempla en el artículo 82 de la Decisión 344, los impedimentos para que un signo sea considerado marca.

El literal a) establece que no podrán registrarse como tales, los signos que conforme al artículo 81 de esa Decisión no puedan constituir una marca.

Es necesario entonces sostener que un signo sólo es registrable, cuando cumple a cabalidad los tres requisitos determinados en el artículo 81 y desarrollados ya en el punto anterior, esto es, perceptibilidad, distintividad y susceptibilidad de representación gráfica; condiciones que,

en resumen, determinan que el signo puede estar constituido por una descripción que permita formarse idea concreta acerca de él, utilizando palabras o figuras.

El juez nacional consultante, cuando actúe como juez comunitario al aplicar las normas pertinentes del ordenamiento jurídico andino, deberá analizar si el signo cuyo registro se impugna, cumple o no los requisitos señalados en el citado artículo 81 y, verificar, si en este caso específico no incurre en las excepciones a la registrabilidad, contempladas en el literal a) del artículo 82 de la Decisión 344 y en las prohibiciones determinadas en el artículo 83 de la misma decisión.

7. PROHIBICIONES PARA EL REGISTRO MARCARIO

La identidad y la semejanza

La legislación andina ha determinado que no pueden ser objeto de registro como marca, los signos que sean idénticos o similares entre sí, conforme lo establece el literal a) del artículo 83 objeto de la interpretación prejudicial solicitada.

Este Tribunal al respecto ha señalado:

“La marca tiene como función principal la de identificar los productos o servicios de un fabricante, con el objeto de diferenciarlos de los de igual o semejante naturaleza, pertenecientes a otra empresa o persona; es decir, el titular del registro goza de la facultad de exclusividad respecto de la utilización del signo, y le corresponde el derecho de oponerse a que terceros no autorizados por él hagan uso de la marca”.²

Ha enfatizado además en sus pronunciamientos el organismo, acerca del cuidado que se debe tener al realizar el análisis entre dos signos para determinar si entre ellos se presenta el riesgo de confusión. Esto, por cuanto la labor de determinar si una marca es confundible con otra, presenta diferentes matices y complejidades, según que entre los signos en proceso de comparación exista identidad o similitud y según la clase de productos o servicios a los que cada uno de esos signos pretenda distinguir. En los casos en los que las marcas no sólo sean idénticas sino que tengan por objeto individualizar unos mismos productos o servicios, el riesgo de confusión sería absoluto; podría presumirse, incluso, la presencia de la confusión. Cuando se trata de simple similitud, el examen requiere de mayor profundidad, con el objeto de llegar a las determinaciones en este contexto, así mismo, con la mayor precisión posible.

El Tribunal observa también que la determinación de la confundibilidad corresponde a una decisión del funcionario administrativo o, en su caso, del juzgador, quienes alejándose de un criterio arbitrario, han de determinarla con base en principios y reglas que la doctrina y la jurisprudencia han sugerido, a los efectos de precisar el grado de confundibilidad, la que puede ir del extremo de la similitud al de la identidad.

² **Proceso 46-IP-2000**, sentencia de 26 de julio del 2000, G.O. N° 594 de 21 de agosto del 2000, marca: “CAMPO VERDE”. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

Resulta en todo caso necesario considerar las siguientes características propias de la situación de semejanza:

Similitud ideológica, que se da entre signos que evocan las mismas o similares ideas. Al respecto señala el profesor OTAMENDI, que aquella es la que “deriva del mismo parecido conceptual de las marcas. Es la representación o evocación de una misma cosa, característica o idea la que impide al consumidor distinguir una de otra” (Derecho de Marcas, Pág. 152). En consecuencia, pueden ser considerados confundibles, signos que aunque visual o fonéticamente no sean similares, puedan sin embargo inducir a error al público consumidor en cuanto a su procedencia empresarial, en caso de evocar, como ya se ha expresado, la misma o similar idea;

Similitud ortográfica, que se presenta por la coincidencia de letras entre los segmentos a compararse, en los cuales la secuencia de vocales, la longitud de la expresión, el número de sílabas, las raíces, o las terminaciones comunes, pueden inducir en mayor o menor grado a que la confusión sea más palpable u obvia;

Similitud fonética, que se da entre signos que al ser pronunciados tienen un sonido similar. La determinación de tal similitud depende de la identidad en la sílaba tónica, o de la coincidencia en las raíces o terminaciones, entre otras. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las particularidades que conserva cada caso, con el fin de determinar si existe la posibilidad real de confusión.

Reglas para realizar el cotejo marcario

Este Tribunal ha acogido en su jurisprudencia las siguientes reglas para realizar el cotejo de marcas:

“Regla 1.- La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.

“Regla 2.- Las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente.

“Regla 3.- Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos.

“Regla 4.- Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas”³.

Acerca de la utilidad y aplicación de estos parámetros técnicos, el tratadista Breuer Moreno ha manifestado:

“La primera regla y la que se ha considerado de mayor importancia, es el cotejo en conjunto de la marca, criterio que se adopta para todo tipo o clase de marcas.

“Esta visión general o de conjunto de la marca es la impresión que el consumidor medio tiene sobre la misma y que puede llevarle a confusión frente a otras marcas semejantes que se encuentren disponibles en el comercio.

“En las marcas es necesario encontrar la dimensión que con mayor intensidad penetra en la mente del consumidor y determine así la impresión general que el distintivo causa en el mismo.

“La regla de la visión en conjunto, a más de evitar que sus elementos puedan ser fraccionados en sus partes componentes para comparar cada componente de una marca con los componentes o la desintegración de la otra marca, persigue que el examen se realice a base de las semejanzas y no por las diferencias existentes, porque éste no es el camino de comparación utilizado por el consumidor ni aconsejado por la doctrina.

“En la comparación marcario, y siguiendo otro criterio, debe emplearse el método de un cotejo sucesivo entre las marcas, esto es, no cabe el análisis simultáneo, en razón de que el consumidor no analiza simultáneamente todas las marcas sino lo hace en forma individualizada. El efecto de este sistema recae en analizar cuál es la impresión final que el consumidor tiene luego de la observación de las dos marcas. Al ubicar una marca al lado de otra se procederá bajo un examen riguroso de comparación, no hasta el punto de ‘disecarlas’, que es precisamente lo que se debe obviar en un cotejo marcario.

“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

Con fundamento en las consideraciones anteriores,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

1. Para que un signo sea registrable como marca, a más de cumplir los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica establecidos por el artículo 81, éste no debe encontrarse incurso en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
2. En la comparación que incluya a una marca mixta, hay que tener presente cuál es el elemento que prevalece o predomina sobre el otro, es decir, encontrar la dimensión que con mayor fuerza y profundidad penetra en la mente del consumidor.

Por regla general, en los signos mixtos predomina el elemento denominativo, que es la expresión de la palabra como medio idóneo para requerir el producto o el servicio deseados; exigiéndose que en tales casos, no se presente confusión al ser realizado el cotejo marcario, como condición que posibilita la coexistencia de los signos en el mercado.

³ BREUER MORENO, Pedro C. **Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio**, Editorial Robis, Buenos Aires, págs. 351 y ss.

⁴ **Proceso 46-IP-2000**, sentencia de 26 de julio del 2000, G.O. N° 594 de 21 de agosto del 2000, marca: “CAMPO VERDE”. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

3. Para la determinación de la confundibilidad entre dos signos, se debe apreciar de manera especial sus semejanzas antes que sus diferencias, con el objeto de evitar la posibilidad de error en que pueda incurrir el consumidor al apreciar las marcas en cotejo.
4. No son registrables los signos que según lo previsto en el artículo 83, literal a), sean idénticos o similares a otros ya registrados con anterioridad por un tercero.
5. El riesgo de confusión deberá ser analizado por la Autoridad Nacional Competente, sujetándose a las reglas de comparación de signos y considerando que aquél puede presentarse por similitudes gráficas, fonéticas y conceptuales.

El Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial al dictar sentencia en el proceso interno N° 7229, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 127 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por medio de Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Deberá tomar en cuenta, también, lo previsto en el último inciso del artículo 128 del mencionado instrumento.

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

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
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 100-IP-2003

ACUERDO DE CARTAGENA

Interpretación prejudicial de los artículos 81, 83 literales a), b), d) y e), 96, 102, 146 y 147 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el

Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Interpretación, de oficio, del artículo 84 de la misma Decisión. Actor: ARTURO CALLE CALLE. Marca: "CALLI mixta". Proceso interno N° 6492.

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

En la solicitud sobre interpretación prejudicial formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, por intermedio de su Consejero, doctor Manuel S. Urueta Ayola.

VISTOS:

Que la solicitud recibida por este Tribunal el 23 de septiembre del año 2003, se ajustó a los requisitos establecidos por el artículo 125 de su estatuto, aprobado mediante Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina y que, en consecuencia, fue admitida a trámite por medio de auto de 22 de octubre del año 2003.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Partes

Actúa como demandante ARTURO CALLE CALLE, siendo demandada la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia. Se constituye en tercero interesado a ISABEL CRISTINA GALLON GIRALDO.

1.2 Actos demandados

La interpretación se plantea en razón de que ARTURO CALLE CALLE, solicita se declare la nulidad de las siguientes resoluciones expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia:

- N° 10470 de 18 de junio del 1998, mediante la cual la mencionada Superintendencia concedió registro como marca, para la denominación "CALLI" (mixta), solicitada por ISABEL CRISTINA GALLON GIRALDO para amparar productos de la Clase Internacional 25 y, consideró infundada la demanda de observación presentada por ARTURO CALLE CALLE.
- N° 06957 de 31 de marzo del 2000, mediante la cual, al resolver el recurso de apelación planteado, la aludida dependencia confirmó la resolución anterior.

Solicita adicionalmente el actor, que como restablecimiento del derecho se ordene a la mencionada Superintendencia, que declare fundada la demanda de observación por él presentada y, cancele el respectivo registro de la marca CALLI (mixta).

1.3 Hechos relevantes

Del expediente remitido por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, han podido ser destacados los siguientes aspectos:

a) Los hechos

- El 17 de septiembre de 1997, la señora ISABEL CRISTINA GALLON GIRALDO presentó ante la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, solicitud para obtener registro como marca, respecto de la denominación "CALLI" (mixta), destinada a amparar productos de la clase N° 25 de la Clasificación Internacional de Niza.¹
- El 22 de diciembre del mismo año, fue publicado el extracto de esa solicitud en la Gaceta de Propiedad Industrial N° 454, Pág. 139.
- El señor ARTURO CALLE CALLE presentó observaciones a la solicitud, con fundamento, según ha sido sostenido, en la marca de su propiedad "ARTURO CALLE" (mixta), destinada a amparar productos también de la Clase Internacional 25.
- El 18 de junio de 1998, la División de Signos Distintivos emitió la Resolución N° 10470, por medio de la cual declaró infundada la observación interpuesta y, concedió el registro como marca para la denominación "CALLI" (mixta).
- El 10 de agosto del mismo año, ARTURO CALLE Y CALLE interpuso, dentro de término legal respectivo, recurso de apelación contra la resolución emitida.
- El 31 de marzo del 2000 fue resuelto dicho recurso, mediante Resolución N° 06957 que confirmó la Resolución 10470, en todas sus partes.

b) Escrito de demanda

El señor ARTURO CALLE CALLE, mediante apoderado, afirma que la señora ISABEL CRISTINA GALLON GIRALDO por intermedio también de apoderado, presentó ante la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, solicitud para el registro como marca respecto de la denominación "CALLI" (mixta), destinada a amparar productos de la Clase Internacional N° 25, acerca de la cual formuló observación, con base en la marca de su propiedad "ARTURO CALLE" (mixta), registrada con anticipación y que ampara productos también de la Clase Internacional N° 25.

Expresa que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución N° 10470 de 18 de junio de 1998, declaró sin fundamento las observaciones presentadas y, concedió el registro requerido.

Alude la confusión existente entre los referidos distintivos, al señalar que "si se observan las marcas en su conjunto 'CALLI' y 'ARTURO CALLE' vemos que por las especiales características de composición de ambas expresiones en conflicto, el elemento 'CALLE' de la marca 'ARTURO CALLE' destaca para confundirse con la expresión 'CALLI', que es muy similar fonéticamente a la palabra 'CALLE'".

Sostiene en este mismo sentido que "...generalmente quien pretende imitar una marca no la copia en su sentido textual, sino que altera algunos elementos de la misma con el fin de alegar que su marca no se confunde con la marca imitada y

como sucede en el presente caso; imitación que generalmente se da sobre el elemento predominante o más caracterizante de la marca imitada...".

Refiere la violación del artículo 81 de la Decisión 344, por considerar que "si bien es cierto que el signo registrado como marca denominado 'CALLI' (mixto) Clase 25, cumple los requisitos de distintividad intrínseca en cuanto que el mismo no es genérico, ni descriptivo, ni se refiere a un objeto o servicio determinado ...lo cierto es, que el mismo no cumple con el requisito de distintividad extrínseca, entendida ésta como la actitud del signo para ser registrado en virtud de no existir otro idéntico o similar anteriormente solicitado a registro o registrado, a favor de un tercero para distinguir productos idénticos o similares".

Argumenta la violación, también, del artículo 83 literal a), al expresar que las marcas en controversia mantienen similitudes ortográfica, fonética o auditiva y visual o gráfica, afirmando que "...si bien es cierto que las marcas denominadas 'ARTURO CALLE' (MIXTA) Clase 25, y 'CALLI' (MIXTA) Clase 25 NO son idénticas, no significa lo anterior que no sean confundibles, debido a que como se puede apreciar a simple vista, la expresión 'CALLI' es muy similar a la expresión 'CALLE' que destaca en la marca 'ARTURO CALLE' (MIXTA) lo que hace que cotejadas o comparadas las marcas en su conjunto, estas presenten más similitudes que diferencias lo que puede llevar a que el público consumidor se confunda".

Alude además la violación del artículo 83 en su literal b), cuando expresa que el nombre comercial ARTURO CALLE goza de reputación en el mercado desde hace más de veintiocho (28) años, listando una serie de certificados de registro mercantil otorgados a su nombre y demostrando así, según asevera, la actividad comercial mantenida durante varios años.

Señala la violación del artículo 83, adicionalmente respecto de sus literales d) y e), recalcando que la Administración desconoció que las marcas ARTURO CALLE son marcas notoriamente conocidas, pues sostiene que "...debido a la gran difusión que tienen las marcas ARTURO CALLE (MIXTAS) en lo que hace relación al ramo de vestuario y calzado, no sólo en el comercio sino también a través de la publicidad, dá a las marcas ARTURO CALLE (MIXTAS) la calidad de notorias, lo que hubiera permitido a la Administración negar la marca 'CALLI' (MIXTA) Clase 25, con base en el conocimiento que se tenía de las mismas...".

Afirma que se ha producido también la violación del artículo 96 de la Decisión 344, llevando a cabo concordancias entre este artículo y el artículo 83 en sus literales a), b), d) y e); sosteniendo, adicionalmente, que es importante enfatizar acerca de las similitudes entre las marcas, en las cuales se fundamenta la observación presentada, debidamente motivada.

Manifiesta que se violó además el artículo 102 de la misma decisión, argumentado que la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció "...las citadas normas cuando otorgó una marca confundible con las marcas previamente registradas y nombre comercial, por la parte demandante,

¹ Clase 25.- Vestidos, calzados, sombrerería.

debido a que no se hubieran desconocido las citadas normas el derecho exclusivo al uso de sus marcas solo correspondería a la parte demandante sin necesidad de que ella se vea perturbada en el mercado por encontrarse registradas marcas confundibles con sus marcas y nombre comercial y sobre las cuales ya tiene un derecho adquirido.”

Acusa finalmente la violación de los artículos 146 y 147 de la Decisión 344, cuando afirma que “Si como lo establecen las citadas normas los países miembros se comprometen a garantizar la aplicación de las disposiciones contenidas en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y a revisar sus procedimientos con miras a salvaguardar los derechos y obligaciones que correspondan a los particulares, al otorgar la Superintendencia de Industria y Comercio una marca confundible con marcas ya registradas por un tercero y un nombre comercial usado anteriormente por el mismo, claramente se puede apreciar que la citada entidad no interpretó ni aplicó correctamente las disposiciones contenidas en la Decisión 344 y tampoco adoptó las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias”.

En apoyo de sus argumentos cita jurisprudencia sentada por este Tribunal en los procesos 1-IP-87, 4-IP-94, 5-IP-94, 2-IP-95 y 27-IP-95.

c) Contestación a la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio, en su contestación a la demanda, solicita que no sean tomadas en cuenta las pretensiones y condenas peticionadas por la demandante en contra de la Nación, por cuanto carecen de apoyo jurídico y, por consiguiente, de sustento legal para que prosperen.

Defiende la legalidad de los actos administrativos acusados, pues señala que con la expedición de las resoluciones impugnadas no se ha incurrido en violación de normas constitucionales, ni aún de las contenidas por la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Expresa que sus actuaciones se ajustaron a las atribuciones legales otorgadas a la Oficina Nacional Competente en materia de marcas, garantizando el debido proceso y el derecho de defensa.

Respecto a la violación aludida del artículo 81 de la Decisión 344, refiere jurisprudencia de este Tribunal consignada en los procesos 22-IP-96 y 14-IP-98.

Sostiene que después de efectuado el examen sucesivo y comparativo de la marca “CALLI” (mixta), registrada para amparar productos de la clase 25, frente a la marca “ARTURO CALLE CALLE” destinada a amparar productos también de la clase 25, registrada en favor de Arturo Calle Calle, se concluye en forma evidente, que “...si bien existen semejanzas entre sí, la coexistencia de las mismas no lleva a confusión al público consumidor, habida cuenta que según la totalidad de los elementos que las integran, la unidad fonética y gráfica de los nombres no presentan semejanzas que generen confusión directa o indirecta, pues ARTURO CALLE tiene significado o contenido conceptual.”

d) Tercero interesado

La señora ISABEL CRISTINA GALLON GIRALDO, considerada como tercero interesado en los resultados de

esta controversia, por intermedio de su apoderado a la contestación a la demanda propuesta en los términos que seguidamente se resumen:

Sostiene que no existe similitud alguna entre las marcas en conflicto, pues “...el registro como marca de la expresión **CALLI** no afecta para nada los derechos que la actora tiene sobre la marca comercial **ARTURO CALLE**, y por ende no viola la norma superior invocada, ni desconoce el derecho de igualdad y menos aún el principio de imparcialidad a que están obligadas las autoridades administrativas en sus decisiones”.

Considera que “...la marca **CALLI** (mixta) no es similar desde los puntos de vista gráfico, fonético y visual con la marca registrada con anterioridad **ARTURO CALLE** (mixta)...”; expresa que en consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio “...aplicó correctamente los artículos invocados de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, negando la observación y concediendo el registro de la marca **CALLI** (mixta)”.

En apoyo de sus fundamentos cita jurisprudencia de este Tribunal sentada en los procesos 1-IP-87, 4-IP-94, 9-IP-94 y 25-IP-95.

Con vista de lo antes expuesto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,

CONSIDERANDO:

1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

La interpretación prejudicial ha sido estructurada con base en lo dispuesto por el artículo 125 del Estatuto en actual vigencia, aprobado mediante Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina, pues en efecto se identifica a la Instancia Nacional Consultante, se realiza un informe sucinto de los hechos considerados relevantes, se hace una relación de las normas cuya interpretación se pide, se refiere la causa interna que la origina y, se señala lugar y dirección concretos para la recepción de la respuesta a la consulta.

Este Tribunal, por otra parte, es competente para interpretar, en vía prejudicial, las normas que conforman el ordenamiento jurídico de esa Comunidad, siempre que la solicitud provenga de un juez nacional competente, como lo es en este caso la jurisdicción nacional consultante, conforme lo establecen los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Organismo.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, ha solicitado, por medio de oficio N° 1950 de 30 de julio del 2003, la interpretación prejudicial de los artículos 81, 83 literales a), b), d), y e), 96, 102 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, razón por la cual este Tribunal Comunitario procede a atender el requerimiento formulado.

Respecto a la interpretación también solicitada de los artículos 146 y 147, del mismo instrumento, este Organismo, en reiteradas ocasiones, ha expresado que esos artículos de la Decisión 344 hacen referencia a

compromisos de los Países Miembros de la Comunidad Andina, asumidos desde la entrada en vigencia de la Decisión 311; responsabilidades aquellas de carácter nacional, que no pueden ser invocadas respecto de los casos en que los particulares participen con intereses individuales.

Los compromisos plasmados en dichas normas constituyen obligaciones asumidas que deberán concretarse en el fortalecimiento institucional de los órganos nacionales de la propiedad industrial en la Subregión, con miras a la consolidación de un verdadero sistema de administración comunitaria en ese ámbito.

Contrariamente, considera este Tribunal necesario, realizar la interpretación prejudicial, de oficio, del artículo 84 de la Decisión 344, con el objeto de precisar lo atinente a la marca notoria, calidad que ha sido reivindicada por una de las partes de esta controversia; determinación amparada en la facultad establecida por el artículo 34 del Tratado.

3. NORMAS A SER INTERPRETADAS

En consecuencia con lo expresado anteriormente, los textos de las normas a ser interpretadas son los siguientes:

DECISION 344

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

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

(...)

“Artículo 83.- Asimismo, no podrán registrarse como marcas aquellos signos que, en relación con derechos de terceros, presenten algunos de los siguientes impedimentos:

“a) Sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error;”

“b) Sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, de acuerdo con las legislaciones internas de los Países Miembros, siempre que dadas las circunstancias pudiere inducirse al público a error”.

(...)

“d) Constituyan la reproducción, la imitación, la traducción o la transcripción, total o parcial, de un signo distintivo notoriamente conocido en el país en el que (sic) solicita el registro o en el comercio subregional, o internacional sujeto a reciprocidad, por los sectores interesados y que pertenezca a un tercero. Dicha prohibición será aplicable, con independencia de la clase, tanto en los casos en los

que el uso del signo se destine a los mismos productos o servicios amparados por la marca notoriamente conocida, como en aquellos en los que el uso se destine a productos o servicios distintos.

“Esta disposición no será aplicable cuando el peticionario sea el legítimo titular de la marca notoriamente conocida;

“e) Sean similares hasta el punto de producir confusión con una marca notoriamente conocida, independiente de la clase de los productos o servicios para los cuales se solicita el registro.

“Esta disposición no será aplicable cuando el peticionario sea el legítimo titular de la marca notoriamente conocida”;

“Artículo 84.- Para determinar si una marca es notoriamente conocida, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

“a) La extensión de su conocimiento entre el público consumidor como signo distintivo de los productos o servicios para los que fue acordada;

“b) La intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción de la marca;

“c) La antigüedad de la marca y su uso constante;

“d) El análisis de producción y mercadeo de los productos que distingue la marca.”

(...)

“Artículo 96.- Vencido el plazo establecido en el artículo 93, sin que se hubieren presentado observaciones, la oficina nacional competente procederá a realizar el examen de registrabilidad y a otorgar o denegar el registro de la marca.

Este hecho será comunicado al interesado mediante resolución debidamente motivada”.

(...)

“Artículo 102.- El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente”.

4. CONCEPTO DE MARCA Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

La marca es definida como todo signo perceptible, capaz de distinguir los bienes o los servicios producidos o comercializados en el mercado por una persona, de los bienes o servicios idénticos o similares de otra.

El artículo 81 determina los requisitos que debe reunir un signo para ser registrable, los cuales son: perceptibilidad, distintividad y susceptibilidad de representación gráfica.

a) Perceptibilidad

Siendo la marca un elemento inmaterial, para que pueda ser captado por uno de los sentidos (vista, olfato, oído, gusto y

tacto), es indispensable su materialización o exteriorización por medio de elementos que transformen lo inmaterial o abstracto en algo identificable por aquéllos.

La perceptibilidad, precisamente, hace referencia a todo elemento, signo o indicación que pueda ser captado por los sentidos para que, por medio de éstos, la marca penetre en la mente del público, el cual la asimila con facilidad. Por cuanto para la percepción sensorial o externa de los signos se utiliza en forma más general el sentido de la vista, han venido caracterizándose preferentemente aquellos elementos que hagan referencia a una denominación, a un conjunto de palabras, a una figura, a un dibujo, o a un conjunto de dibujos.

b) Distintividad

El artículo 81 se refiere también a la distintividad, considerada característica y función primigenia que debe reunir todo signo para ser susceptible de registro como marca; lleva implícita la necesaria posibilidad de identificar unos productos o unos servicios de otros, haciendo viable de esa manera la diferenciación por parte del consumidor.

Será entonces distintivo el signo cuando por sí solo sirva para identificar un producto o un servicio, sin que se confunda con él o con las características esenciales o primordiales de aquéllos.

c) Susceptibilidad de representación gráfica

La susceptibilidad de representación gráfica consiste en expresiones manifestadas a través de palabras, gráficos, signos mixtos, colores, figuras, etc., de tal manera que sus componentes puedan ser apreciados en el mercado de productos.

El signo tiene que ser expresado en forma material para que el consumidor, a través de los sentidos, lo perciba, lo reconozca y lo solicite. La traslación del signo del campo imaginativo de su creador hacia la realidad comercial, puede darse como ha sido expresado, por medio de la utilización de los elementos referidos en el párrafo anterior.

5. PROHIBICIONES PARA EL REGISTRO MARCARIO

5.1 La identidad y la semejanza

La legislación andina ha determinado que no pueden ser objeto de registro como marca, los signos que sean idénticos o similares entre sí, conforme lo establece el literal a) del artículo 83 objeto de la interpretación prejudicial solicitada.

Este Tribunal al respecto ha señalado:

“La marca tiene como función principal la de identificar los productos o servicios de un fabricante, con el objeto de diferenciarlos de los de igual o semejante naturaleza, pertenecientes a otra empresa o persona; es decir, el titular del registro goza de la facultad de exclusividad respecto de la utilización del signo, y le corresponde el derecho de oponerse a que terceros no autorizados por él hagan uso de la marca”.²

Ha enfatizado además en sus pronunciamientos el organismo, acerca del cuidado que se debe tener al realizar el análisis entre dos signos para determinar si entre ellos se

presenta el riesgo de confusión. Esto, por cuanto la labor de determinar si una marca es confundible con otra, presenta diferentes matices y complejidades, según que entre los signos en proceso de comparación exista identidad o similitud y según la clase de productos o servicios a los que cada uno de esos signos pretenda distinguir. En los casos en los que las marcas no sólo sean idénticas sino que tengan por objeto individualizar unos mismos productos o servicios, el riesgo de confusión sería absoluto; podría presumirse, incluso, la presencia de la confusión. Cuando se trata de simple similitud, el examen requiere de mayor profundidad, con el objeto de llegar a las determinaciones en este contexto, así mismo, con la mayor precisión posible.

El Tribunal observa también que la determinación de la confundibilidad corresponde a una decisión del funcionario administrativo o, en su caso, del juzgador, quienes alejándose de un criterio arbitrario, han de determinarla con base en principios y reglas que la doctrina y la jurisprudencia han sugerido, a los efectos de precisar el grado de confundibilidad, la que puede ir del extremo de la similitud al de la identidad.

Resulta en todo caso necesario considerar las siguientes características propias de la situación de semejanza:

Similitud ideológica, que se da entre signos que evocan las mismas o similares ideas. Al respecto señala el profesor OTAMENDI, que aquella es la que “deriva del mismo parecido conceptual de las marcas. Es la representación o evocación de una misma cosa, característica o idea la que impide al consumidor distinguir una de otra”.³ En consecuencia, pueden ser considerados confundibles, signos que aunque visual o fonéticamente no sean similares, puedan sin embargo inducir a error al público consumidor en cuanto a su procedencia empresarial, en caso de evocar, como ya se ha expresado, la misma o similar idea;

Similitud ortográfica, que se presenta por la coincidencia de letras entre los segmentos a compararse, en los cuales la secuencia de vocales, la longitud de la expresión, el número de sílabas, las raíces, o las terminaciones comunes, pueden inducir en mayor o menor grado a que la confusión sea más palpable u obvia;

Similitud fonética, que se da entre signos que al ser pronunciados tienen un sonido similar. La determinación de tal similitud depende de la identidad en la sílaba tónica, o de la coincidencia en las raíces o terminaciones, entre otras. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las particularidades que conserva cada caso, con el fin de determinar si existe la posibilidad real de confusión.

Reglas para realizar la comparación de signos

Este Tribunal ha acogido en su jurisprudencia las siguientes reglas para realizar el cotejo de marcas:

² **Proceso 46-IP-2000**, sentencia de 26 de julio del 2000, G.O. N° 594 de 21 de agosto del 2000, marca: “CAMPO VERDE”. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

³ OTAMENDI, Jorge. **Derecho de Marcas**. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág. 153.

“Regla 1.- La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.

“Regla 2.- Las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente.

“Regla 3.- Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos.

“Regla 4.- Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas”.⁴

Acerca de la utilidad y aplicación de estos parámetros técnicos, el tratadista Breuer Moreno ha manifestado:

“La primera regla y la que se ha considerado de mayor importancia, es el cotejo en conjunto de la marca, criterio que se adopta para todo tipo o clase de marcas.

“Esta visión general o de conjunto de la marca es la impresión que el consumidor medio tiene sobre la misma y que puede llevarle a confusión frente a otras marcas semejantes que se encuentren disponibles en el comercio.

“En las marcas es necesario encontrar la dimensión que con mayor intensidad penetra en la mente del consumidor y determine así la impresión general que el distintivo causa en el mismo.

“La regla de la visión en conjunto, a más de evitar que sus elementos puedan ser fraccionados en sus partes componentes para comparar cada componente de una marca con los componentes o la desintegración de la otra marca, persigue que el examen se realice a base de las semejanzas y no por las diferencias existentes, porque éste no es el camino de comparación utilizado por el consumidor ni aconsejado por la doctrina.

“En la comparación marcaria, y siguiendo otro criterio, debe emplearse el método de un cotejo sucesivo entre las marcas, esto es, no cabe el análisis simultáneo, en razón de que el consumidor no analiza simultáneamente todas las marcas sino lo hace en forma individualizada. El efecto de este sistema recae en analizar cuál es la impresión final que el consumidor tiene luego de la observación de las dos marcas. Al ubicar una marca al lado de otra se procederá bajo un examen riguroso de comparación, no hasta el punto de ‘disecarlas’, que es precisamente lo que se debe obviar en un cotejo marcario.

“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”.⁵

Comparación de marcas mixtas

La doctrina reconoce algunas clases de marcas, como las DENOMINATIVAS, las GRAFICAS y las MIXTAS, en atención a la estructura del signo.

Sobre la determinación de los elementos más característicos y de mayor ingerencia para el cotejo o comparación de las marcas mixtas ha declarado este Tribunal:

“Señala la doctrina que, cuando se trata de comparar marcas mixtas, lo primero que debe hacerse es determinar en cada marca cuál de los dos elementos -el denominativo o el gráfico- resulta predominante o determinante dada su fuerza propia de expresión o de comunicación, que es lo que le permite a la marca llegar a su destinatario, o sea al público. La doctrina se ha inclinado a considerar que, en general, el elemento denominativo de la marca mixta suele ser el más característico o determinante, teniendo en cuenta la fuerza expresiva propia de las palabras, las que por definición son pronunciables, lo que no obsta para que en algunos casos se le reconozca prioridad al elemento gráfico, teniendo en cuenta su tamaño, color y colocación, que en un momento dado pueden ser definitivos.

“Identificada la dimensión de cada una de las marcas mixtas que se comparan, puede resultar que en una predomine el factor gráfico y en la otra el factor denominativo, o viceversa, y en tales casos la conclusión lógica será la que no exista confusión”.⁶

Realizada la comparación entre marcas denominativa y mixta, se concluye que si predomina la expresión verbal, debe procederse al cotejo de los signos aplicando las reglas para este propósito enunciadas; y, si por el contrario, en la marca mixta predomina el elemento gráfico frente al denominativo, no habría lugar a la confusión entre las marcas, pudiendo éstas coexistir pacíficamente en el ámbito comercial.

5.2 Identidad o semejanza con un nombre comercial

El artículo 83, literal b) dispone, *que no se pueden registrar como marcas aquellos signos que sean idénticos o que se asemejen a un nombre comercial protegido de acuerdo con la legislación interna de cada País Miembro y, siempre que induzca al público a error.*

Al respecto este Tribunal ha sostenido:

“A partir de la Decisión 311 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se empieza, en el derecho comunitario andino, a darse protección al nombre comercial frente a la solicitud o al registro posterior de signos marcarios que por asemejarse a aquél puedan inducir a error a los consumidores. Posteriormente, en el literal b) del artículo 73 de la Decisión 313 se dispuso, que no podían registrarse como marcas los signos que en relación con derechos de terceros *“sean idénticos o*

⁴ BREUER MORENO, Pedro C. *Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio*, Editorial Robis, Buenos Aires, págs. 351 y ss.

⁵ **Proceso 46-IP-2000**, sentencia de 26 de julio del 2000, G.O. N° 594 de 21 de agosto del 2000, marca: “CAMPO VERDE”. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

⁶ Proceso 4-IP-88, sentencia de 9 de diciembre de 1988, G.O. N° 39 de 24 de enero de 1989, marca: “DEVICE (etiqueta)”. **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

se asemejen a un nombre comercial protegido, de acuerdo con las legislaciones internas de los Países Miembros, siempre que dadas las circunstancias pudiere inducirse al público a error". Tal disposición se repite en forma textual en el literal b) del artículo 83 de la Decisión 344, que es la norma que toma ahora en consideración el Tribunal para efectos de su interpretación.

"El nombre comercial para ser oponible exitosamente ante una marca solicitada o registrada como lo dispone el artículo 83, literal b) debe haber sido usado con anterioridad a la solicitud de la marca en aplicación del principio de la prioridad que rigurosamente debe regir. Si la utilización personal, continua, real, efectiva y pública del nombre comercial ha sido posterior a la concesión de los derechos marcarios, éstos tendrán prevalencia sobre el uso del nombre comercial. Además, el uso del nombre no debe inducir al público a error, lo que significaría, aplicando las normas sobre marcas, que a más de que entre la marca y el nombre exista una identidad o semejanza, la confundibilidad no debe producirse en cuanto a los productos y servicios que la marca protege y la actividad que el nombre ampara.

*"También podría aplicarse en materia de nombres comerciales los conceptos de distintividad y de percepción referentes a las marcas, así como los de genericidad, descriptividad, orden público, moral, etc., que se señalan en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344, y los criterios para determinar la existencia o no de la confundibilidad de nombres comerciales entre sí o entre una marca y el nombre."*⁷

La doctrina y la jurisprudencia se han ratificado en el hecho de que existiendo confusión entre dos marcas, se estará por la marca registrada más que por la nueva marca, es decir, que se inclinará preferentemente en favor de la primera que ha generado ya para su titular un derecho adquirido.

Los nombres comerciales

Este organismo ha expresado que "...un nombre comercial identifica a una persona natural o jurídica en el ejercicio de su actividad económica dentro del giro comercial o industrial y lo distingue o diferencia de otras idénticas o semejantes en el mismo ramo."⁸

La protección de un nombre comercial puede darse por dos medios: la vía del uso del nombre comercial y, aquella de su inscripción o registro ante la Oficina Nacional Competente. Las dos vías tienen absoluta validez, sin existir prelación o privilegio alguno entre la una y la otra.

Se concluye por tanto, que la prueba del uso del nombre comercial corresponderá a quien alegue la existencia de su derecho. Debe comprobarse, en todo caso, que el nombre haya sido utilizado con anterioridad a la solicitud de registro de la marca.

5.3 La reproducción o la imitación de un signo notoriamente conocido

El profesor Fernández Novoa define a la marca notoria como aquella que goza de difusión y ha logrado el reconocimiento en el círculo de consumidores del producto que identifica.

La doctrina y la jurisprudencia han caracterizado a la marca notoria, por sus atributos de "difusión" y de "reconocimiento" logrados dentro del círculo de consumidores del producto o del servicio que con ella se identifican. La notoriedad es un status, un elevado grado de aceptación y reconocimiento de parte del público, alcanzado por un signo como consecuencia de su función de distinguir determinado tipo de bienes o de servicios como fabricados o prestados por una persona en particular.

El literal d) del artículo 83 de la Decisión 344 establece una amplia protección para los signos distintivos que posean la característica de notoriedad. Lo hace estableciendo la prohibición para la inscripción de signos que reproduzcan, imiten o transcriban, total o parcialmente, un signo distintivo notoriamente conocido en el país en el que se solicita el registro o, en el comercio subregional o internacional sujeto a reciprocidad.

Si bien este literal establece tal protección, la notoriedad no obstante es un hecho que debe ser probado. Así lo establece el artículo 84 de esa Decisión cuando señala los elementos que sirven para medir tal circunstancia. Ello, porque "...la marca común, para elevarse al estado de marca notoria, debe contar con una serie de factores tales como: ... difusión de la marca, imagen en el mercado, comercialización del producto, etc. La carga de la prueba corresponde al titular de la marca, pues ésta puede ser desconocida inclusive por la autoridad administrativa o judicial y la prueba precisamente pretende convencer al juzgador de que la marca alegada como notoria reúne características especiales que no poseen las marcas comunes".⁹

Con relación a la independencia de la clase internacional respecto de los productos amparados por una marca eventualmente notoria, de aquellos a ser protegidos por otra marca, sólo podrá ser considerada si dicha notoriedad ha sido probada y oportunamente reconocida por el examinador.

La interpretación prejudicial solicitada surge por el conflicto presentado entre dos signos que van a distinguir los mismos productos y servicios pertenecientes a la clase 5 internacional, por lo que el juez consultante debe poner especial cuidado en determinar sus similitudes tomando en cuenta que la confusión puede presentarse en los tres campos: el gráfico o visual, el fonético o auditivo y el ideológico o conceptual, ya citados anteriormente.

5.4 Confusión con la marca notoriamente conocida

En el literal e) del artículo 83 de la Decisión 344 se prevé una protección especial para la marca notoriamente

⁷ **Proceso 33-IP-2000**, G.O. N° 581 de 12 de julio del 2000, marca MAXMARA, sentencia del 31 de mayo del 2000. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

⁸ Proceso 13-IP-2003, sentencia de 30 de abril del 2003. Marca: "XTEP mixta". **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

⁹ Proceso 23-IP-96, sentencia de 21 de abril de 1998, G.O. N° 354 de 13 de julio de 1998, marca: **VODKA BALALAIKA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

conocida, independientemente de la clase de los productos o de los servicios amparados por el signo cuyo registro se pida; esto, considerando que si existe similitud puede perfectamente producirse confusión.

En reiteradas interpretaciones este Organismo ha señalado sobre el punto:

“Dentro del conflicto suscitado entre una marca notoriamente conocida y una marca común, el punto esencial radica en determinar el momento en que la marca notoriamente conocida debe tener tal calidad a fin, o bien de impugnar con ella un registro o bien para hacer valer preferentemente los derechos que confiere la norma cuando se ha registrado una marca en violación del literal e) del artículo 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.”¹⁰

La independencia de la clase internacional respecto de los productos amparados por una marca eventualmente notoria, de aquellos a ser protegidos por otra marca, sólo podrá ser considerada por el examinador, si dicha notoriedad ha sido probada.

6. CRITERIOS PARA LA DETERMINACION DE NOTORIEDAD

Este Tribunal ha sostenido que se considera como marca notoria a “...aquella que reúne la calidad de ser conocida por una colectividad de individuos pertenecientes a un determinado grupo de consumidores o usuarios del tipo de bienes o de servicios a los que les es aplicable, porque ha sido ampliamente difundida entre dicho grupo”.¹¹

Si bien el artículo 83 de la Decisión 344 establece en su literal d), que se prohíbe la inscripción 9 de una denominación que constituya la reproducción o la imitación de un signo notoriamente conocido, fijando de este modo, una amplia protección para los signos distintivos que posean la característica de notoriedad; y por otra parte, en su literal e) otorga protección para la marca notoria, independientemente de la clase de los servicios, o de los productos distinguidos para aquélla, la notoriedad, no obstante, es un hecho que como ha sido ya dicho, debe ser probado.

El artículo 84 de la misma decisión determina la forma de concluir si una marca es notoriamente conocida, dotándole al examinador de varios criterios para producir un juicio adecuado acerca de esa particularidad. Al respecto este Tribunal ha dejado sentado:

“Para evaluar la prueba de la notoriedad de una marca el examinador deberá tener en cuenta si se cumplen uno o más de los siguientes criterios:

1. La extensión de su conocimiento entre el público consumidor como signo distintivo de los productos o servicios para los cuales fue acordada.
2. La intensidad y el ámbito de difusión y publicidad o promoción de la marca.
3. La antigüedad de la marca y su uso constante.

4. El análisis de producción y mercadeo de los productos que distingue la marca.

La calificación de marca notoria no puede ser atribuida por la simple afirmación ni del titular ni de los consumidores, sino que debe serlo por resolución en la etapa administrativa o judicial cuando en el trámite del proceso se aporten las pruebas necesarias suficientes para que el juzgador con pleno convencimiento pueda calificar a una marca de notoria.”¹²

La Autoridad Nacional Competente o el Juez, en su caso, deberá establecer, con base en las probanzas aportadas por quien pide el reconocimiento de la calidad de marca notoria y, por ende, la protección especial que de ella se deriva, si dicha marca tiene o no los atributos de la notoriedad, para lo cual el ordenamiento comunitario establece, en forma no taxativa, los criterios del artículo 84 citado.

7. EXAMEN DE REGISTRABILIDAD Y DEBIDA MOTIVACION

El Derecho Comunitario, Decisión 344, establece dentro de su Régimen de Propiedad Industrial, quiénes son los interesados directos y quiénes, en consecuencia, pueden formular “observaciones” a las solicitudes de registro que se publiquen, conforme al procedimiento determinado en los artículos 93 y 95 de la Decisión 344.

Una vez recibida la observación, a la Oficina Nacional Competente le corresponde examinar si ésta cumple las exigencias establecidas, de manera especial, si no se encuentra afectada por las situaciones previstas en el artículo 94 de la misma.

El examen de registrabilidad que debe practicar la oficina correspondiente, comprende el análisis de todas las exigencias que la Decisión 344 impone para que un signo pueda ser registrado como marca, partiendo de los requisitos fijados por el artículo 81 ya analizados, y tomando en consideración las prohibiciones determinadas por los artículos 82 y 83 de la decisión en estudio.

La facultad conferida a la Oficina Nacional Competente para realizar el examen sobre registrabilidad del signo, constituye una obligación que precede al otorgamiento del registro marcario. La existencia de observaciones compromete más aún al funcionario respecto de la realización del examen de fondo, pero, la inexistencia de las mismas no lo libera de la obligación de practicarlo; esto, porque el objetivo de la norma es el de que dicho examen se convierta en etapa obligatoria dentro del proceso de concesión o de denegación de los registros marcarios.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ **Proceso 07-IP-96**, G.O. N° 299 de 17 de octubre de 1997. Marca: “ELEGANTE TRIGUEÑA CON TURBANTE”. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

¹² **Proceso 60-IP-2001**, sentencia del 16 de noviembre del 2001. G.O. N° 750 de 15 de enero del año 2002. Marca “FINESS”. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

Este Tribunal ha señalado al respecto que:

*“La disposición del artículo 96 impone la obligación a la oficina nacional competente de realizar el examen de registrabilidad de una solicitud marcaria, examen que debe proceder tanto en los casos en que se han presentado observaciones como en aquellos en los que ellas no existan. La inexistencia de observaciones, por lo tanto, no exige al administrador, de la exigencia de proceder al examen de registrabilidad, y con este fundamento a otorgar o denegar el registro de la marca, resolución debidamente motivada que será comunicada al interesado”.*¹³

Será entonces dicha dependencia la que, en definitiva, decida sobre las observaciones formuladas y, desde luego, respecto de la concesión o de la denegación del registro solicitado; el acto de concesión o de denegación del registro debe estar respaldado en un estudio prolijo, técnico y pormenorizado de todos los elementos y reglas que le sirvieron de base para tomar su decisión. El funcionario no goza de absoluta discrecionalidad para la adopción de su criterio puesto que debe emplear las reglas que la doctrina y la jurisprudencia han establecido con esa finalidad. La aplicación que de éstas se realice en el examen comparativo, dependerá en cada caso de las circunstancias y hechos que rodeen a las marcas en conflicto.

Debida motivación

La Decisión 344 exige en sus artículos 95 y 96, que los pronunciamientos de las autoridades nacionales respecto de las solicitudes de registro de marcas sean debidamente motivados y, además, que se expresen en ellos los fundamentos en los que se basan para emitirlos.

Acerca de los actos administrativos referentes a la concesión o denegación de registros marcarios este Tribunal ha manifestado:

*“...requieren de motivación para su validez; pero si, además, la obligación de motivar viene impuesta legalmente -en el presente caso por la misma norma comunitaria, de prevalente aplicación- debe entonces formar parte de aquél, y, además, como lo ha expresado la jurisprudencia de este Tribunal Andino, podría quedar afectada de nulidad absoluta la resolución que los contenga si por inmotivación lesiona el derecho de defensa de los administrados”.*¹⁴

8. EL USO EXCLUSIVO DE LA MARCA

Se entiende claramente que en un mercado comercial activo de registros de marcas, puedan ser presentadas más de una solicitud dentro de un mismo período, e incluso al mismo tiempo.

En solución del conflicto que ese hecho puede originar, se ha establecido el derecho de uso exclusivo de la marca.

En la doctrina y en diversas legislaciones se reconocen dos sistemas para la protección de un signo: el sistema declarativo, que protege a la marca únicamente por su uso y, el sistema atributivo que sólo confiere derecho al uso exclusivo a raíz de la inscripción del signo en el respectivo registro.

La norma comunitaria que consagra el artículo 102 de la Decisión 344 de la Comisión de la Comunidad Andina, se encuentra ubicada en el sistema atributivo, en el cual el derecho nace exclusivamente del registro del signo; *“es decir en las normas del ordenamiento jurídico andino el registro es título constitutivo del derecho de marcas.”* (Proceso 20-IP-98, G.O. No. 393 de 14 de diciembre de 1998, marca: “RIO CLARO” nominativa).

La doctrina reconoce tres facultades que se derivan del registro, y por el cual el titular puede hacer valer su derecho de propietario:

“La facultad de aplicar la marca al producto, que puede ejercerla sobre el mismo producto, o sobre su envase o envoltorio; y además se le faculta para interponer acciones a fin de impedir que esas mismas acciones o hechos puedan realizarse o ejecutarse por terceros sobre productos similares que ostentan signos iguales o semejantes a los suyos;

“Una segunda facultad, entraña la capacidad de comerciar esos productos o servicios con identificación de su marca. En la faceta negativa, esa facultad se traduce en la prohibición que puede lograr el titular para que terceros vendan productos o suministren servicios, bajo el amparo de un signo igual o similar;

“La tercera facultad hace referencia al campo publicitario, en el que el titular puede utilizar la marca en avisos publicitarios, impidiendo que terceros lo realicen con esa misma marca.”¹⁵

El valor constitutivo del registro de marca se produce desde el momento de su concesión por parte de la Oficina Nacional Competente, adquiriendo su titular el derecho exclusivo sobre una marca, derecho subjetivo éste, para usarla en la identificación de productos o de servicios.

Con base en estos fundamentos,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

1. Un signo puede ser registrado como marca, si reúne los requisitos de distintividad, perceptibilidad y posibilidad de ser representado gráficamente, establecidos por el artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Esa aptitud se confirmará, por

¹³ **Proceso 22-IP-96**, sentencia de 12 de marzo de 1997. G.O. N° 265 de 16 de mayo de 1997. Marca: “**EXPOMUJER**”, **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**.

¹⁴ **Proceso 35-IP-98**, sentencia de 30 de octubre de 1998. G.O. N° 422 de 30 de marzo de 1999. Marca: “**GLEN SIMON**”, **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**.

¹⁵ **Proceso 4-IP-94**, sentencia de 7 de agosto de 1995. G.O. No. 189 de 15 de septiembre de 1995, marca: “**EDEN FOR MAN** (etiqueta)”. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**.

cierto, si la denominación cuyo registro se solicita no se encuentra comprendida en ninguna de las causales de irregistrabilidad determinadas por los artículos 82 y 83 de la mencionada decisión.

2. No son registrables los signos que según lo previsto en el artículo 83, literal a), sean idénticos o similares a otros ya registrados por un tercero.
3. Para la determinación de la confundibilidad entre dos signos, se debe apreciar de manera especial sus semejanzas antes que sus diferencias, con el objeto de evitar la posibilidad de error en que pueda incurrir el consumidor al apreciar las marcas en cotejo.
4. El riesgo de confusión deberá ser analizado por la Autoridad Nacional Competente, sujetándose a las reglas de comparación de signos y considerando que aquél puede presentarse por similitudes gráficas, fonéticas y conceptuales.
5. En la comparación que incluya a una marca mixta, debe tenerse presente cual es el elemento que prevalece o predomina sobre el otro, es decir, encontrar la dimensión que con mayor fuerza y profundidad penetra en la mente del consumidor.

Por regla general, en los signos mixtos predomina el elemento denominativo, que es la expresión de la palabra como medio idóneo para requerir el producto o el servicio deseados; exigiéndose que en tales casos, no se presente confusión al ser realizado el cotejo marcario, como condición que posibilita la coexistencia de los signos en el mercado.

6. Un nombre comercial puede impedir el registro de una marca o servir de fundamento para la acción de nulidad, siempre que hubiere sido usado con anterioridad a la solicitud marcaria respectiva. La protección del nombre comercial puede derivar de su registro o de su uso efectivo.
7. No se podrá registrar un signo que sea confundible con una marca notoriamente conocida, siendo indiferente para el efecto, la clase de productos o de servicios para los cuales se hubiera solicitado dicho registro.
8. La marca notoria se caracteriza, entre otras particularidades, por sus atributos específicos, por la difusión y por el reconocimiento logrados en el círculo de consumidores del producto o del servicio que protege, dentro del cual el signo ha alcanzado un grado especial de aceptación.

La notoriedad, no obstante, debe necesariamente ser probada por quien la alega, ante las autoridades que conozcan de un procedimiento relacionado con el registro de una determinada marca, las cuales aplicarán para fines del reconocimiento de esa calidad, los criterios aludidos en esta interpretación prejudicial.

9. La Oficina Nacional Competente debe realizar necesariamente el examen de registrabilidad, el que comprenderá el análisis de todas las exigencias de la Decisión 344. Dicho examen debe realizarse aún en aquellos casos en que no se hayan presentado observaciones a la solicitud de registro.

El pronunciamiento que, independientemente de su contenido, favorable o desfavorable, resuelva sobre las observaciones y determine la concesión o la denegación del registro de un signo, deberá plasmarse en resolución debidamente motivada, la que deberá ser notificada al peticionario.

10. La única manera de obtener el derecho al uso exclusivo de una marca, es mediante el registro concedido por la Autoridad Nacional Competente. Este registro le permite a su titular, la posibilidad de ejercitar las acciones del caso frente a terceros que pretendan utilizar, sin su consentimiento, un signo idéntico o semejante al registrado, para distinguir productos o servicios de la misma clase, induciendo de este modo a error al público consumidor.

El Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial al dictar sentencia dentro del expediente interno N° 6492, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 127 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por medio de Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Deberá tomar en cuenta, también, lo previsto en el último inciso del artículo 128 del mencionado instrumento.

Notifíquese esta sentencia al mencionado Consejo de Estado, mediante copia sellada y certificada de esta sentencia. Remítase además copia 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

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 104-IP-2003

ACUERDO DE CARTAGENA

Solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 134, 136 y 143 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina e interpretación de oficio de los artículos 81, 83 literal a), 89 de la Decisión 344, y disposición transitoria primera de la Decisión 486, con fundamento en la solicitud proveniente del Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente Interno No. 7319. Actor: "SANTANDER INVESTMENT BANK LIMITED". Marca: "BSCH" (mixta).

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en Quito, a los veinte y nueve días del mes de octubre 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 del Magistrado consultante doctor Camilo Arciniegas Andrade.

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.

Tomando en consideración:

1. ANTECEDENTES**1.1. Las partes**

La demanda se presenta por la sociedad SANTANDER INVESTMENT BANK LIMITED y es demandada la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia.

1.2. Objeto de la demanda

Con el ejercicio de la acción de nulidad el actor pretende que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones:

- La N° 20428 de 25 de agosto del 2000, mediante la cual, la Jefa de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, negó el registro de la marca BSCH (mixta y combinación de colores) para distinguir servicios de la Clase 36.
- La N° 31168 de 30 de noviembre del 2000, a través de la cual, la misma División, resolvió el recurso de reposición interpuesto y confirmó la Resolución N° 20428 citada.
- La N° 09630 de 29 de marzo del 2001, por la cual, el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la referida Resolución N° 20428, la cual fue confirmada.

Como consecuencia de la nulidad impetrada y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio conceder el registro de la marca **BSCH** (mixta y combinación de colores).

Narra el demandante que el 2 de diciembre de 1999, solicitó el registro de la marca BSCH (consistente en un rectángulo de mayor base y menor altura cuyo segmento izquierdo va en color rojo -pantone 032- y el derecho en color azul -pantone 295- y al centro del rectángulo la marca "BSCH" en color blanco) para distinguir servicios de asesoramiento en la dirección de negocios; ayuda y consulting; preparación de estadísticas sobre negocios; mantenimiento de libros, contabilidad y auditorías; análisis de costo, investigaciones de mercado y estudios; cotización de valores; publicidad; servicios de una agencia de importación y exportación, servicios comprendidos en la Clase 35 de la de la Clasificación Internacional de Niza, no habiéndose presentado observaciones con respecto a ella.

El registro se negó argumentando la existencia de la marca **BOSCH** (mixta) para distinguir servicios de la misma clase a favor de la sociedad ROBERT BOSCH GMBH, considerando que al ser comparada ésta con la marca solicitada, resultan confundibles.

Asimismo, el actor afirma que las sociedades titulares de las marcas en discusión, firmaron un acuerdo a nivel mundial, para la coexistencia de los signos BSCH y BOSCH, dentro del cual se incluyó la Clase 36, y expone que radicó oportunamente un escrito de modificación a la solicitud, limitando los servicios a distinguir con el signo pedido en registro, exclusivamente a: *"Servicios de cambio de divisas; servicios de compensación; servicios propios de una sociedad cooperativa de crédito; servicios de inversión de compañías holding; servicios de brokerage en relación con acciones, bonos y títulos de propiedad; servicios de trustee; emisión de cheques de viaje, tarjetas de crédito y cartas de crédito; análisis financieros; servicios bancarios; servicios de inversión de capitales; gestión de deudas y agencias de crédito; servicios fiduciarios, de financiación de leasing, y de préstamos; servicios de valoración y dirección de propiedades inmobiliarias; servicios de cajas de depósito"* *'Excluyendo expresamente' "servicios de seguros médicos"*. *Agrega que "A la solicitud de modificación se anexó el recibo de la tasa respectiva y se presentó en el formulario único de correcciones y modificaciones, de acuerdo a lo establecido en las normas vigente"*.

Considera que se violaron los artículos 134 y 136 literal a) de la Decisión 486 de la Comisión, vigente al momento de expedirse los actos denegatorios del registro, aun cuando la solicitud fue presentada en vigencia de la Decisión 344.

Indica que las letras BSCH corresponden a la sigla Banco Santander Central Hispano que es uno de los nombres que identifica al grupo, y que la marca solicitada cumple con los presupuestos consagrados en el artículo 134 de la Decisión 486, y alega que *"el signo BSCH (mixta y combinación de colores) permite en forma inconfundible distinguir, identificar y singularizar los servicios de la clase 36... evitando la confusión o la posibilidad de confusión"*.

Manifiesta que no existe confusión desde el punto de vista ortográfico, fonético ni conceptual, ya que cada signo distingue servicios que aunque están comprendidos en la

misma clase 36 son muy específicos, y tienen destinos también muy específicos y concretos.

Dice que se aprecia que al determinar que los signos son confundibles y consecuentemente negar el signo BSCH (mixta y combinación de colores), no se tuvo en cuenta la estructura de las palabras de cada signo, se omitió la combinación de colores de la marca solicitada, las objetivas diferencias en su pronunciación, escritura y el altísimo grado conceptual de cada signo.

Finalmente sostiene que existe un acuerdo de coexistencia entre Banco Santander S.A. y su subsidiaria Santander Investment Bank Ltd. Y Robert Bosch GMBH, celebrado el 26 de diciembre del 2000, en el que *“Robert Bosch GMBH acuerda no oponerse a y a retirar cualquier oposición presentada en España y/o en el extranjero contra el registro de la marca ‘BSCH’...”*, el cual no fue tenido en cuenta por la Superintendencia.

1.3. Contestación de la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio al contestar la demanda solicita no tener en cuenta las pretensiones y condenas peticionadas por la demandante por carecer de apoyo jurídico.

Asevera que con la expedición de las resoluciones impugnadas no se incurrió en violación de normas contenidas en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, normativa bajo la cual se expidieron dichos actos.

Indica que *“es claro e inequívoco que la Decisión 344 como ordenamiento legal vigente, en materia de Propiedad Industrial es aplicable válida y legalmente con respecto al asunto que nos ocupa, constituyéndose en el régimen legal que debía adoptar la Oficina Nacional Competente en materia de marcas al momento de la expedición de los actos administrativos en mención”*.

Argumenta, basándose en jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado y por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que *“efectuado el examen sucesivo y comparativo de la marca BSCH solicitada por la sociedad Santander Investment Limited ... frente a la marca BOSCH, registrada a favor de la sociedad Robert Bosch GMBH ... se concluye en forma evidente que son semejantes entre sí existiendo confundibilidad entre las mismas en los aspectos ortográficos y fonéticos y por lo tanto, de coexistir en el mercado conllevarían a error al público consumidor, existiendo la posibilidad de confusión directa e indirecta entre los mismos...”*.

Reitera que la marca BSCH no cumple con los requisitos establecidos en la Decisión 344, pues no es suficientemente distintiva, lo que puede conllevar a confusión al público consumidor y concluye que *“los actos administrativos acusados expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio no son nulos, por el contrario se ajustan a pleno derecho y a las disposiciones legales vigentes sobre marcas...”*.

2. NORMAS A SER INTERPRETADAS

En ejercicio de lo autorizado por el artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal y por el 126 de su Estatuto, el Tribunal no interpretará las normas solicitadas por el juez

consultante e indicadas como infringidas en el memorial de demanda, esto es, los artículos 134, 136 literal a), y 143 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, en atención a que no son los aplicables al caso, toda vez que la solicitud de registro de marca se presentó el 2 de diciembre de 1999, fecha en la que regía para estas materias la Decisión 344. Como consecuencia de ello se procederá a interpretar de oficio, los artículos 81, 83, literal a) y 89 de la Decisión 344, así como la disposición transitoria primera de la Decisión 486, que son, a juicio del Tribunal, las aplicables al caso.

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

DECISION 344

Artículo 81

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

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

Artículo 83

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

“a) Sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público, a error.”

Artículo 89

“El peticionario de un registro de marca, podrá modificar su solicitud inicial únicamente con relación a aspectos secundarios. Asimismo, podrá eliminar o restringir los productos o servicios principalmente especificados. La oficina nacional competente podrá en cualquier momento de la tramitación, requerir al peticionario modificaciones a la solicitud. Dicho requerimiento de modificación se tramitará de conformidad con lo establecido en el artículo 91 de la presente Decisión.

En los casos previstos en el presente artículo, no podrá modificarse la solicitud para cambiar el signo ni para ampliar los productos o servicios principalmente especificados”.

DECISION 486

DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA

“Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación

comunitaria anterior a la presente Decisión, se regirá por las disposiciones aplicables en la fecha de su otorgamiento salvo en lo que se refiere a los plazos de vigencia, en cuyo caso los derechos de propiedad industrial preexistentes se adecuarán a lo previsto en esta Decisión.

En lo relativo al uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas se aplicarán las normas contenidas en esta Decisión. Para el caso de procedimientos en trámite, la presente Decisión regirá en las etapas que aún no se hubiesen cumplido a la fecha de su entrada en vigencia.”.

3. CONSIDERACIONES

Toda vez que de conformidad con las normas del Tratado de Creación y del Estatuto, el Tribunal es competente, procede a realizar la interpretación prejudicial solicitada, para lo cual analizará los aspectos relacionados con los requisitos para el registro de marcas; la confundibilidad y sus implicaciones respecto del registro de marcas; clases de marcas y reglas para la comparación; acuerdos de coexistencia; modificaciones a la solicitud de registro; aplicación de la ley en el tiempo.

3.1. Aplicación de la ley en el tiempo

De la solicitud de interpretación prejudicial y de los anexos correspondientes al proceso interno No. 7319, se desprende que la solicitud de registro del signo BSCH fue presentada durante la vigencia de la Decisión 344 por lo que esta norma es la que debe ser aplicada dentro de la presente interpretación.

La disposición transitoria primera de la Decisión 486 explica que “Todo derecho válidamente concedido de conformidad con la legislación comunitaria anterior a la presente Decisión se regirá por las disposiciones aplicables a la fecha de su otorgamiento...”.

Al hablar la norma comunitaria de derecho válidamente concedido, se está frente a lo que la doctrina denomina derechos adquiridos, los que no pueden ser vulnerados con una aplicación retroactiva de la norma comunitaria.

Los derechos adquiridos son los que pertenecen a su titular y de los cuales nadie puede privarlo, no podrán ser alterados por ninguna ley, si fueron concedidos en legal forma, o como explica la norma comunitaria en forma válida.

Se entiende por validez lo siguiente:

Por principio general una nueva norma no altera o modifica los hechos producidos antes de su vigencia, esto es lo que se llama la irretroactividad de la ley, que es consecuencia de la seguridad jurídica, uno de los fines del derecho.

Al respecto se comenta:

*“Este principio lógico es también de orden moral. Sería contrario a toda idea de justicia que una regla jurídica nueva modificara las consecuencias de los hechos ya realizados, o privara a una persona de las ventajas conseguidas bajo el régimen anterior”.*¹

*“La irretroactividad de la ley es una garantía de seguridad y estabilidad de los derechos”.*²

El tiempo ejerce influencia en las relaciones jurídicas, por esto al expedirse una norma nueva sobre cierta materia, ésta regirá sobre los hechos que se produzcan durante su vigencia, y en virtud del principio de ultra actividad de la ley, la norma anterior continuará rigiendo los hechos ocurridos cuando estaba en vigor.

La ley rige, por lo general, para lo futuro o venidero, no obstante que por excepción, se le pueda conferir efecto retroactivo cuando de modo particular y expreso así se haga constar.

La aplicación de la ley en el tiempo, tiene los siguientes efectos: diferido, inmediato, y retroactivo. El primero explica que debe transcurrir un determinado tiempo antes de la entrada en vigencia de la norma; el efecto retroactivo existe cuando la norma nueva modifica situaciones anteriores al momento en que entró en vigencia; y el efecto inmediato se da cuando se aplica la norma nueva a todos los hechos que se produzcan después de su vigencia.

Este Tribunal sobre el tema en sentencias anteriores ha realizado las siguientes consideraciones:

“Marcial Rubio Correa señala que: “Aplicación inmediata de una norma, es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigor y aquél en que es derogada o modificada; aplicación ultra activa de una norma, es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita, es decir, luego que termina su aplicación inmediata; aplicación retroactiva de una norma, es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata; y aplicación diferida de una norma es aquella que se hace cuando la norma expresamente ha señalado que deberá aplicarse en un momento futuro, que empieza a contarse después del momento en que entre en vigencia”. (Rubio, Marcial. *Título Preliminar. Para Leer el Código Civil, Vol. III. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima: 1988. p. 57 y ss.*)”³

*“A pesar del peligro que entrañan en el terreno jurídico las analogías, las cuales, las más de las veces, confunden en mayor medida que aclaran, podemos afirmar que las leyes, al igual que las personas, tienen una existencia temporal.”*⁴

¹ **MOUCHET Carlos.** INTRODUCCION AL DERECHO. Editado por Perrot. Pág. 278.

² **LARREA Holguín Juan.** DERECHO CIVIL DEL ECUADOR. 5ta Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones. Pág. 111.

³ **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.** Proceso 42-IP-2003. Sentencia de 21 de mayo del 2003. Marca “ACERO DIAMANTE”. Publicado en Gaceta Oficial No. 963 del 5 de agosto del 2003.

⁴ **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.** Proceso 15-IP-99, marca “BELMONT”. Sentencia de 27 de octubre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial N° 528 de 26 de enero del 2000.

“... 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).”⁵

3.2. Los requisitos para el registro de marcas:

La marca es un bien inmaterial que tiene por finalidad diferenciar los productos y servicios de los demás que existen en el mercado, por lo que posee gran importancia económica para el empresario; por esta razón la norma comunitaria establece mecanismos que protegen el interés del titular marcario y también los del consumidor.

Los requisitos para el registro de marcas, se establecen en el artículo 81 de la Decisión 344; éstos guardan relación con las funciones que cumple la marca, y consecuentemente, garantizan a su titular el derecho al “ius prohibendi” contra el registro de marcas que sean similares o idénticas, con el fin de que el público no incurra en confusión. Ellos son:

La distintividad, que funge como el requisito que asegura el cumplimiento de la función principal de la marca, facilitando la elección de los bienes que el consumidor desea adquirir; la marca le otorga a la mercadería su individualidad, ya que a través de ella un bien es reconocido y distinguido de los otros similares que se ofertan en el mercado y que al decir de Otamendi,

“... permite la distinción entre productos o servicios de una misma especie. Si el signo en cuestión no es apto para distinguir un producto o un servicio de otros, entonces no podrá ser marca en los términos señalados”.⁶

La perceptibilidad es la condición que permite a la marca ser apreciada por medio de los sentidos una vez que ésta se materializa y toma la forma de una cosa tangible o “corpus mechanicum”, pasando del campo subjetivo a la realidad, característica que ha llevado al profesor Fernández Novoa a manifestar que:

“...para que los demás perciban el signo, es preciso que éste adquiera forma sensible: que se materialice en un envase o en el propio producto, o bien en las correspondientes expresiones publicitarias.”⁷

La susceptibilidad de representación gráfica consiste en la posibilidad de descripción material del signo, utilizando para ello diferentes medios tales como: palabras, gráficos, colores, etc.; siendo factible reproducir la marca ilimitadamente y de modo simultáneo en varios lugares, archivarla, publicarla y compararla.

Es indispensable la presencia conjunta de estos requisitos como paso previo al registro de una marca; además el signo no debe estar incurrido en ninguna de las causales de irregistrabilidad contempladas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344.

3.3. La confundibilidad y sus implicaciones respecto del registro de marcas

La normativa comunitaria prohíbe el registro de los signos que afecten el derecho de terceros, cuando en la hipótesis del literal a) del artículo 83 proscribiera el registro de los que sean idénticos o se asemejen 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.

El Tribunal sobre esta prohibición ha manifestado:

“... la función principal de la marca es la de identificar los productos o servicios de un fabricante o comerciante de los de igual o semejante naturaleza, que pertenezcan al competidor; por ello es fundamental que el signo en proceso de registro, no genere confusión respecto de los bienes o servicios distinguidos por otro solicitado previamente o por una marca que se encuentre inscrita, puesto que éstos gozan de la protección legal que les otorga el derecho de prioridad o el registro, respectivamente”.⁸

La marca, como se dijo, debe ser distintiva a fin de evitar la confusión y es por ello que la norma comentada señala que basta la existencia del riesgo de confusión para que se configure la prohibición de registro.

El riesgo de confusión puede darse sobre la base de los siguientes supuestos: que exista identidad entre los signos en disputa y entre los productos o servicios distinguidos por ellos; o identidad entre los signos y semejanza entre los productos o servicios; o semejanza entre los signos e identidad entre los productos y servicios; o semejanza entre aquéllos y también semejanza entre éstos.

⁵ **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**, Sentencia de 9 de julio del 2003. Proceso 39-IP-2003. Marca: “& mixta”. Publicado en Gaceta Oficial No. 965 del 8 de agosto del 2003.

⁶ **OTAMENDI**, Jorge. “Derecho de Marcas”. Editado por ABELEDO-PERROT. Buenos Aires-Argentina. 1989. Pág. 10.

⁷ **FERNANDEZ Novoa Carlos**. Fundamentos del derecho de Marcas. Editorial Montecorvo S.A. 1984.

⁸ **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**. Sentencia de 27 de noviembre del 2002. Proceso N° 101-IP-2002. Marca: COLA REAL + GRAFICA. Gaceta Oficial No. 877 de 19 de diciembre de 2002.

La confusión es directa cuando la semejanza conduce al comprador a adquirir un producto creyendo que está comprando otro; es indirecta cuando el consumidor atribuye erróneamente a dos productos o servicios que se le ofrecen, un origen empresarial común.

Existe similitud visual cuando entre los signos a compararse se observa parecido en cuanto a letras, sucesión de vocales, longitud de palabras, número de sílabas y raíces o terminaciones iguales; de igual modo se hablará de semejanza entre los signos si las vocales idénticas se hallan situadas en el mismo orden.

La similitud fonética, depende de la identidad de la sílaba tónica y de la coincidencia en las raíces o terminaciones; sin embargo deben tomarse en cuenta las particularidades de cada caso según el tipo de marca.

En cuanto a la similitud conceptual, la doctrina ha señalado que esta se configura entre signos que evocan una idea idéntica o semejante.

A voces de la Enciclopedia Jurídica Omeba,

“La confusión provoca denegatoria de la inscripción, aunque no exista oposición, si estima la autoridad pertinente que la misma es evidente, y aunque exista la posibilidad de producirse, porque en este caso está velando por la honestidad de las relaciones comerciales.”⁹

3.4. Clases de marcas y reglas para la comparación entre ellas

En lo referente al examen comparativo de las marcas es importante señalar que se deben observar tanto los signos en disputa como los productos o servicios a protegerse, ya que la marca no protege al universo de productos sino a los que se han señalado en la solicitud respectiva.

El artículo 83 literal a) señala que el titular de una marca podrá hacer valer sus derechos cuando un tercero pretenda obtener el registro de un signo similar o semejante, para los mismos productos de una misma clase o para “productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error”.

Los signos denominativos o verbales, utilizan expresiones formados por una o varias letras, palabras o números, que integran un todo pronunciable, dotado no siempre de significado conceptual.

Los signos gráficos son figuras o imágenes que se caracterizan por la forma en que están expresadas y se apreciarán a través del sentido de la vista.

La marca mixta está compuesta por un elemento denominativo, es decir, una o varias letras y un elemento gráfico que puede formarse por una o varias imágenes; dentro de este conjunto marcario existe un elemento principal y uno accesorio, que percibidos en conjunto, asocian una idea en el consumidor que le permite diferenciarla de las demás marcas que coexisten en el mercado.

En el cotejo de marcas mixtas se deben analizar los elementos, que las conforman para determinar cuál es la

parte que produce mayor impacto en la mente del consumidor; se debe establecer si resalta lo denominativo o lo gráfico y de este análisis resultará un elemento característico y un elemento accesorio.

El registro de la marca mixta supone la protección del signo en su totalidad y no simplemente la de sus elementos, denominativo y gráfico, por separado.

La doctrina considera que el elemento denominativo de la marca mixta suele ser el más representativo, por la fuerza expresiva propia de las palabras; sin embargo puede ocurrir que el elemento principal sea el gráfico, que resaltará por su tamaño, color y colocación; éste será de mayor importancia cuando el signo es figurativo o evocativo de un concepto.

Si al comparar marcas mixtas resulta que en una de ellas resalta como elemento principal el denominativo y en la otra el elemento gráfico o viceversa, podría llegar a concluirse que no se presenta el riesgo de confusión.

De todas formas el examinador deberá tomar en cuenta, en lo que sea pertinente, los criterios que, elaborados por la doctrina han sido acogidos por la jurisprudencia de este Tribunal, y que son del siguiente tenor:

“Regla 1.- La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.

“Regla 2.- Las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente.

“Regla 3.- Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos.

“Regla 4.- Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas”¹⁰.

La primera regla es considerada por la doctrina como de mayor importancia, y explica que el cotejo debe realizarse en conjunto, y este criterio se aplicará para todo tipo o clase de marcas.

La visión de conjunto de la marca es la impresión que el comprador o consumidor medio tiene sobre ésta, y que puede causarle confusión frente a marcas semejantes, disponibles en el comercio.

El realizar una visión de conjunto implica que sus elementos no puedan ser fraccionados para comparar cada componente de las marcas en conflicto; esta comparación se basará en la impresión unitaria que el signo produce en los sentidos.

⁹ OSORIO, Manuel et.al: Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIX, Editorial Driskill S.A. Buenos Aires-Argentina, 1984, p. 101.

¹⁰ Breuer Moreno Pedro C., “Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio”, Editorial Robis, Buenos Aires, pág. 351 y ss.

Siguiendo estos parámetros doctrinarios, el examen se realizará con base en la identificación de las semejanzas, o de la semejante disposición de los elementos y no tanto de las diferencias existentes entre los signos.

En la comparación debe emplearse el método de un cotejo sucesivo entre las marcas. El análisis simultáneo no tiene lugar porque el consumidor no analiza en el mismo momento las marcas, sino que las observa en forma individualizada.

3.5. Acuerdos de coexistencia marcaria

Los llamados Acuerdos de Coexistencia Marcaria son instrumentos de que se valen los empresarios que compiten en el mercado para determinar que ciertas marcas idénticas o semejantes entre sí puedan cumplir su función sin dar lugar a conflictos de intereses entre sus titulares. Tales acuerdos, sin embargo, aunque resuelven el conflicto entre los particulares titulares de los signos, deben, para que tengan eficacia y aceptación por parte de las oficinas nacionales competentes, dejar a salvo el interés general de los consumidores, respecto de los cuales deberán eliminar el riesgo de confusión derivado de la identidad o semejanza.

Con relación al tema de la coexistencia marcaria el Tribunal diferencia, en el Derecho Comunitario Andino la existencia de dos clases: Una, llamada de derecho, que encuadra dentro de la hipótesis prevista en el artículo 107 de la Decisión 344, que prohíbe la comercialización de mercancías o servicios dentro de la subregión cuando existan registros sobre una marca idéntica o similar, a nombre de titulares diferentes para distinguir los mismos productos o servicios, a menos que se dé la suscripción de acuerdos de coexistencia de marcas entre sus titulares, en los que necesariamente se deberán adoptar las previsiones conducentes a evitar confusión del público sobre el origen empresarial de las mercancías o servicios. Y otra, denominada “*coexistencia de hecho*” porque no tiene tratamiento específico en la legislación comunitaria, y porque no encaja dentro de los supuestos de la coexistencia regulada por aquella norma jurídica. Esta última es la que se aduce, por lo general, cuando se pretende en un País Miembro el registro de un signo idéntico o semejante a una marca registrada, con la cual ha coexistido en mercados de terceros países en donde aquél ha obtenido registro.

Para que pueda darse la coexistencia marcaria bajo la forma descrita en el artículo 107 citado, es necesario que conforme a dicho precepto comunitario se cumplan los siguientes requisitos: a) la existencia en la Subregión de registros de marcas idénticas; b) la existencia de un acuerdo entre las partes; c) la adopción por parte de éstas de las previsiones necesarias para evitar la confusión del público, así como proporcionar la debida información sobre el origen de los productos o servicios; d) la inscripción del acuerdo en la oficina nacional competente; y, e) el respeto de las normas sobre prácticas comerciales y promoción de la competencia.

En todo caso, lo importante es precisar que los acuerdos entre partes para la coexistencia de marcas, sea cual fuere la razón que los origine, deberán salvaguardar el interés general evitando que el consumidor se vea inducido a error. Por tanto, la suscripción de tales acuerdos no es un presupuesto automático para que opere la coexistencia marcaria, o para que se produzca el registro del signo

solicitado, puesto que es obligación de la oficina nacional competente hacer predominar el bien común sobre el interés particular.

En tal dirección el Tribunal ha hecho las siguientes consideraciones:

*“Los llamados Acuerdos de Coexistencia que acostumbra celebrar los empresarios, como instrumentos de carácter netamente privado, y cuyo objeto es el de permitir la comercialización de productos o mercancías de empresas que tienen el registro de una marca igual o similar, se subordinan, en todo caso, a que las partes contratantes adopten las previsiones necesarias para evitar la confusión...”*¹¹

Por lo anterior, la autoridad competente con base a los criterios para establecer el riesgo de confusión, debe determinar, independientemente de los acuerdos entre sus titulares, si la coexistencia en el mismo mercado de los signos BSCH y BOSCH puede darse sin que el público sea inducido a error.

3.6. Modificaciones a la solicitud de registro

Conforme al texto del artículo 89 de la Decisión 344, una solicitud de registro de marca contiene dos clases de elementos o aspectos: unos que se estiman substanciales y otros que se estiman accesorios. Los primeros no son susceptibles de modificación, es decir, son inamovibles dentro de la tramitación (cambios esenciales de los elementos del signo comprendido en la solicitud de registro). Una modificación de esa naturaleza en cualquier momento del trámite, constituiría una solicitud nueva, independiente de la primera, sujeta al procedimiento de registro inicial y determinante, para efectos del derecho de prioridad, de una nueva fecha de presentación.

Los aspectos accesorios o secundarios que pudiere contener la solicitud inicial para el registro de un signo, tales como tamaño, tipo de letra en algunos casos, faltas ortográficas o mecanográficas, dirección del solicitante, supresión de algún elemento genérico o secundario de la denominación o, en general, todos aquellos que al cambiarse no alteren el aspecto general del signo solicitado, pueden, en cambio, ser modificados, sin que esto signifique la presentación de una nueva solicitud, sino la continuación de la inicial. Es requisito de procedibilidad de estos cambios que ellos no denoten para el público la presencia de un signo diferente en sus aspectos esenciales, al contenido en una primera solicitud de registro.

Dentro de los elementos considerados secundarios por el artículo 89, comentado, se ha considerado la posibilidad de que el peticionario elimine o restrinja los productos o servicios principalmente especificados, en tanto que la misma norma estima como elemento substancial y por lo tanto inmodificable la ampliación de “*los productos o servicios principalmente especificados*”.

¹¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia del 4 de diciembre del 2002. Marca “STARBUCKS”. Proceso 104-IP-2002. Publicado en la Gaceta Oficial Andina No. 891 del 29 de enero del 2003.

Cuestión importante en esta materia es la que atañe a la determinación de la oportunidad dentro del trámite de la solicitud de inscripción de un signo, para presentar la modificación por el peticionario. La norma interpretada no precisa el momento en el cual es procedente que el interesado pueda modificar su solicitud inicial. Pero debe tenerse en cuenta que un procedimiento administrativo como el que se surte para los efectos del registro de una marca se desarrolla en varias fases o etapas que conducen a la adopción de una resolución definitiva que admite o deniega la solicitud, permite que los cambios relativos a los aspectos secundarios de la misma puedan efectuarse en el lapso comprendido desde la presentación de la solicitud inicial hasta el momento en que la autoridad administrativa dicte la resolución correspondiente que resuelva en forma definitiva la petición.

Lo anterior se hace evidente si se considera que el mismo artículo 89 examinado, faculta a la oficina nacional competente para *“en cualquier momento de la tramitación, requerir al peticionario modificaciones a la solicitud”*, en el entendido, por supuesto, de que tampoco es facultad de la administración requerir modificaciones de aspectos esenciales o substanciales de la solicitud.

De lo antes dicho se concluye que si luego de presentada la solicitud inicial, se eliminan o limitan los productos o servicios que identificará el signo solicitado, esta modificación será de carácter secundario y en consecuencia susceptible de ser tomada en cuenta por la administración.

Con base en los fundamentos expuestos,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

1. 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 de la resolución interna, 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.
2. Un signo puede registrarse como marca si reúne los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica a que se refiere el artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y si, además, no se encuentra incurso en alguna de las causales de irregistrabilidad a que se refieren sus artículos 82 y 83.
3. No son registrables como marcas los signos que, en relación con derechos de terceros, sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada para los mismos servicios o productos, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, de donde resulta que, no es necesario que el signo solicitado para registro efectivamente induzca a error o confusión a los consumidores, sino que es suficiente la existencia del riesgo de confusión para que se configure la prohibición de irregistrabilidad.

4. El juez nacional habrá de determinar si existe o no riesgo de confusión, teniendo en cuenta, en lo posible, las orientaciones doctrinales referidas en esta sentencia, para el cotejo de las marcas, de acuerdo a la naturaleza de las que en el caso se confrontan.
5. Para la determinación de la confundibilidad entre dos signos, se deben apreciar de manera especial sus semejanzas antes que sus diferencias, con el objeto de evitar la posibilidad de error en que pueda incurrir el consumidor.
6. Los llamados Acuerdos de Coexistencia que acostumbra celebrar los empresarios, como instrumentos de carácter netamente privado, y cuyo objeto es el de permitir la comercialización de productos o mercancías de empresas que tienen el registro de una marca igual o similar, se subordinan, en todo caso, a que las partes contratantes adopten las previsiones necesarias para evitar la confusión y a que a juicio de la Oficina Nacional Competente resulten eficaces a tal propósito.
7. Presentada la solicitud inicial, el peticionario, en cualquier tiempo durante su tramitación, puede introducirle modificaciones de tipo no esencial y, particularmente aquellas referentes a la eliminación o limitación de los productos o servicios que identificará el signo solicitado. Esta modificación deberá ser de carácter secundario y, en consecuencia, susceptible de tomarse en cuenta por la administración al momento de decidir.

El Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial, cuando dicte sentencia dentro del proceso interno No. 7319 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 Secretaria 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

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