



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Dr. Alfredo Palacio González
Presidente Constitucional de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año I -- Quito, Martes 25 de Octubre del 2005 -- N° 132

DR. RUBEN DARIO ESPINOZA DIAZ
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
2.200 ejemplares -- 40 páginas -- Valor US\$ 1.00

S U P L E M E N T O

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
ACUERDO DE CARTAGENA			
PROCESOS:			
173-IP-2004 Interpretación prejudicial de oficio de los artículos 81, 82 literal a), 83 literales a) y e) y 84 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en base a la solicitud del Consejo del Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de la República de Colombia. Proceso Interno No. 2002-00026. Actor: THE PROCTER AND GAMBLE COMPANY. Marca: TIDE mixta	2	Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República de Perú, e interpretación de oficio de los artículos 81, 83 literal a) y 84 de la misma Decisión. Proceso Interno N° 1593-2003. Actor: William H. Fernández Santa Cruz. Marca: "KRYZTAL PLUS mixta"	11
15-IP-2005 Interpretación prejudicial de oficio de los artículos 88, 103 y 119, y la Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 313, en base a lo solicitado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de la República de Colombia. Proceso Interno N° 2003-00259-01. Actor: ETERNIT COLOMBIANA S. A. Marca: ESPAÑO-LA	7	4-IP-2005 Interpretación prejudicial de los artículos 134 y 135 literal e) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, de acuerdo a la solicitud formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Marca: WOK (mixta). Actor: Benjamín Villegas Bayer. Proceso Interno N° 2002-00275 (8181)	18
21-IP-2005 Interpretación prejudicial del artículo 83, literales d) y e) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según lo remitido por la Sala de Derecho		RESOLUCIONES:	
		916 Precios de Referencia del Sistema Andino de Franjas de Precios para la primera quincena de junio del 2005, correspondientes a la Circular N° 245 del 19 de mayo del 2005	24
		917 Recurso de reconsideración interpuesto por la República del Ecuador contra la Resolución 895 de la Secretaría General ...	25

	Págs.
918	Recurso de reconsideración de la Resolución 860 sobre actualización de la nómina de bienes no producidos en la Subregión para efectos de la aplicación del artículo 83 del Acuerdo de Cartagena. 27
919	Dictamen No. 02-2005 de incumplimiento por parte de la República del Ecuador a los artículos 81 y 86 del Acuerdo de Cartagena, 4 del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y las Decisiones 370 y 465 al mantener un diferimiento del Arancel Externo Común para los productos comprendidos en la subpartida 8539.31.00 36
 ORDENANZA MUNICIPAL:	
-	Gobierno Municipal de Mocache: Que expide el Reglamento de ordenamiento para la eliminación de documentación inútil 39

ACUERDO DE CARTAGENA

PROCESO N° 173-IP-2004

Interpretación prejudicial de oficio de los artículos 81, 82 literal a), 83 literales a) y e) y 84 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en base a la solicitud del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de la República de Colombia. Proceso Interno N° 2002-00026. Actor: THE PROCTER AND GAMBLE COMPANY. Marca: TIDE mixta.

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

VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 83 literales a) y e) y 136 literal a) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, contenida en el Oficio N° 1408, de 10 de septiembre del 2004, remitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de la República de Colombia, con motivo del proceso interno N° 2002-00026.

Que la mencionada solicitud cumple con todos los requisitos de admisibilidad establecidos en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los contemplados en el artículo 125 de su Estatuto, razón por la cual, fue admitida a trámite mediante auto dictado el 9 de marzo del 2005.

Como hechos relevantes para la interpretación, se deducen:

1. Las partes.

La actora es: THE PROCTER AND GAMBLE COMPANY.

Se demanda a la Nación a través de la Superintendencia de Industria y Comercio; y, como tercero interesado a la Sociedad BRACOL LTDA.

2. Determinación de los hechos relevantes.

2.1. Hechos.

El 3 de julio de 1997 la sociedad LUBRAX LIMITADA, hoy C.I. BRACOL LTDA., presentó solicitud de registro de la marca mixta TIDE, para identificar productos de la clase internacional 4 (*Clase 4: Aceites y grasas industriales; lubricantes; productos para absorber, regar y concentrar el polvo; combustibles (incluyendo gasolina para motores) y materias de alumbrado; bujías, mechas*).

Dicha solicitud fue publicada en la gaceta de propiedad industrial N° 451 de 3 de julio de 1997. Contra dicha solicitud, la sociedad THE PROCTER & GAMBLE COMPANY formuló observación el 12 de noviembre de 1997, con base en la notoriedad de sus marcas TIDE nominativa y mixta registradas en la clase 3; luego, la solicitante del registro modificó su solicitud limitando el alcance de este para distinguir exclusivamente "aceites y grasas industriales para maquinaria y combustibles para motores", posteriormente el 30 de noviembre del 2000, la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio declaró infundada la observación presentada por la sociedad THE PROCTER & GAMBLE COMPANY y concedió el registro de la marca solicitada.

La sociedad THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, interpuso el respectivo recurso de reposición y subsidiario de apelación; sin embargo la Jefe de la División de Signos Distintivos al resolver el recurso de reposición interpuesto, confirmó su decisión inicial y concedió el registro de la marca mixta TIDE.

2.2. Fundamentos de la demanda.

La demandante hace mención a que: "*Adicionalmente, hay confusión indirecta ya que la marca mixta TIDE de la sociedad solicitante distingue productos de la clase 4 que guardan relación con los productos de la clase 3 que la marca TIDE de mi poderdante protege por cuanto ambas cubren aceites*".

Arguye además que: "*Procede entonces la comparación entre las denominaciones TIDE y TIDE, cuya confundibilidad o riesgo de confusión es evidente: su composición ortográfica es idéntica; su pronunciación es la misma, y finalmente tiene idéntico contenido conceptual, pues ambas hacen alusión al concepto TIDE el cual significa 'marea' al ser traducido al español*".

Asimismo manifiesta que C.I. BRACOL LTDA. "*dio respuesta a la observación alegando ausencia de riesgo de confusión entre las marcas mixtas TIDE debido a que las marcas distinguían productos de diferentes clases, sin tener*

en cuenta que siendo la marca TIDE de THE PROCTER & GAMBLE COMPANY una marca notoria, dicho aspecto no limita la protección especial que merece la marca de mi poderdante en clases diferentes a aquellas en las cuales se encuentra registrada localmente”.

2.3. Contestación a la demanda

2.3.1. De la Superintendencia de Industria y Comercio.

El representante de la Superintendencia de Industria y Comercio manifiesta que: “no le asiste la razón a la parte demandante habida cuenta que las marcas confrontadas ‘TIDE’ clase 3, (...) cuyo titular es la parte demandante y la marca ‘TIDE’, clase 4 solicitada por la sociedad Lubrax Ltda. hoy C.I Bracol Limitada, si bien son idénticas en el elemento denominativo que es el predominante, es necesario tener en cuenta que los productos que pretende amparar la marca solicitada y los que ampara la marca registrada son completamente distintos en razón a que los productos de la clase 3 tienen como naturaleza los productos de limpieza y aseo, en tanto que los aceites y grasas industriales, los combustibles y las materias para el alumbrado comprendidos en la clase 4, permiten concluir que no se presenta conexión de competitividad ya que sus finalidades, naturaleza, medios de publicidad y comercialización, pudiendo coexistir pacíficamente dentro del mercado, sin que generen confusión dentro del público consumidor en cuanto a la procedencia empresarial de los productos identificados con una y otra marca”.

Añade además que: “Si se revisan las actuaciones administrativas en debate, se tiene que la sociedad The Procter & Gamble Company al presentar las observaciones contra el registro de la marca ‘TIDE’ (mixta) solicitada por la sociedad Lubrax Ltda. hoy Bracol Ltda. no presentó ninguna prueba de la notoriedad aducida; es claro que cuando la notoriedad es el fundamento principal de una observación debe ser probada a la fecha en que la marca a la cual se observa fue solicitada”.

3.3.2. Del tercero interesado; Sociedad BRACOL LTDA.

No contestó a la demanda.

CONSIDERANDO:

Que, este Tribunal es competente para interpretar por la vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siempre que la solicitud provenga de un Juez Nacional también con competencia para actuar como Juez Comunitario, en tanto resulten pertinentes para la resolución del proceso interno;

Que, la solicitud de interpretación prejudicial se encuentra conforme con las prescripciones contenidas en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;

Que, en la presente causa se interpretarán de oficio los artículos 81, 82 literal a), 83 literales a) y e) y 84 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en base a lo solicitado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de la República de Colombia.

El texto de las normas objeto de la interpretación prejudicial se transcribe a continuación:

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 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;

(...);

e) Sean similares hasta el punto de producir confusión con una marca notoriamente conocida, independientemente de la clase de los productos o servicios para los cuales se solicite 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”.*

En atención a los puntos controvertidos en el proceso interno así como de las normas que van a ser interpretadas, este Tribunal considera que corresponde desarrollar lo referente a los siguientes temas:

I. DEFINICION DE MARCA Y LOS REQUISITOS PARA QUE UN SIGNO PUEDA SER REGISTRADO COMO MARCA.

El segundo párrafo del artículo 81 de la Decisión 344, define a la marca como: *“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”.*

Así mismo, el citado artículo 81, determina los requisitos que debe reunir un signo para ser registrable, éstos son: la perceptibilidad, la distintividad y la susceptibilidad de representación gráfica.

Respecto a estos tres requisitos, el Tribunal en reiterada jurisprudencia ha señalado:

La **perceptibilidad**, es la capacidad del signo para ser aprehendido o captado por alguno de los sentidos. La marca, al ser un bien inmaterial, debe necesariamente materializarse para ser apreciada por el consumidor; sólo si es tangible para el consumidor, podrá éste compararla y diferenciarla, de lo contrario, si es imperceptible para los sentidos, no podrá ser susceptible de registro.

La **distintividad**, es considerada por la doctrina y por la jurisprudencia de este Tribunal como la función primigenia que debe reunir todo signo para ser susceptible de registro como marca, es la razón de ser de la marca, es la característica que permite diferenciar o distinguir en el mercado los productos o servicios comercializados por una persona de los idénticos o similares de otra, para así impedir que se origine una confusión en las transacciones comerciales.

Jorge Otamendi sostiene respecto al carácter distintivo de la marca: *“El poder o carácter distintivo es la capacidad intrínseca que tiene para poder ser marca. La marca, tiene que poder identificar un producto de otro. Por lo tanto, no tiene este poder identificatorio un signo que se confunde con lo que se va a identificar, sea un producto, un servicio o cualesquiera de sus propiedades”.* (Otamendi, Jorge. Derecho de Marcas. 4ta. Edición. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 2002. p. 27).

La **susceptibilidad de representación gráfica**, permite constituir una imagen o una idea del signo, en sus características y formas, a fin de posibilitar su registro. Consiste en descripciones realizadas a través de palabras, gráficos, signos mixtos, colores, figuras, etc. de manera que sus componentes puedan ser apreciados en el mercado de productos.

Marco Matías Alemán dice que: *“La representación gráfica del signo es una descripción que permite formarse la idea del signo objeto de la marca, valiéndose para ello de palabras, figuras o signos, o cualquier otro mecanismo idóneo, siempre que tenga la facultad expresiva de los anteriormente señalados”* (Alemán, Marco Matías. Normatividad Subregional sobre Marcas de Productos y Servicios. Top Management: Bogotá. p. 77).

II. IRREGISTRABILIDAD DE SIGNOS IDENTICOS O SEMEJANTES, RIESGO DE CONFUSION. REGLAS DE COMPARACION. CONFUSION DIRECTA E INDIRECTA. COMPARACION ENTRE MARCAS NOMINATIVAS Y MIXTAS. CONEXION COMPETITIVA.

El literal a) del artículo 83 establece como prohibición para ser registrados, aquellos signos que 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 o similares productos o servicios, respecto de los cuales producen error o confusión.

Como se ha manifestado en reiterada jurisprudencia de este Tribunal *“... 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”.* (Proceso N° 101-IP-2002. G.O.A.C. No. 877 de 19 de diciembre del 2002. Marca: COLA REAL+ GRAFICA).

En este sentido, la confusión en materia marcaria, se refiere a la falta de claridad para poder elegir un bien o un servicio en lugar de otro, a la que pueden ser inducidos los consumidores por no existir en el signo la capacidad suficiente para ser distintivo. A fin de evitar esta situación de confusión, la prohibición contenida en el literal a) del artículo 83 de la mencionada Decisión, no exige que el signo pendiente de registro induzca a error a los consumidores o usuarios, sino que basta la existencia de este riesgo para que se configure aquella prohibición.

Con respecto al riesgo de confusión, este Tribunal ha señalado los supuestos que pueden dar lugar a ésta entre varias denominaciones y entre los productos o servicios que cada una de ellas ampara, identificando los siguientes: *“... que exista identidad entre los signos en disputa y también 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 aquellos y también semejanza entre éstos”.* (Proceso N° 68-IP-2002. G.O.A.C. No. 876 de 18 de diciembre del 2002. Marca: AGUILA DORADA).

Este Tribunal ha determinado que puede existir similitud visual por el parecido de las letras entre los signos a compararse, en los que la sucesión de vocales, la longitud de la palabra o palabras, el número de sílabas, las raíces o las terminaciones iguales, pueden incrementar el grado de confusión. Y habrá lugar a presumir la semejanza entre los

signos si las vocales idénticas se hallan situadas en el mismo orden, vista la impresión general que, tanto desde el punto de vista ortográfico como fonético, produce el citado orden de distribución.

En cuanto a la similitud fonética, el Tribunal ha señalado que la misma depende, entre otros factores, de la identidad de la sílaba tónica y de la coincidencia en las raíces o terminaciones, pero que, a fin de determinar la existencia real de una posible confusión, deben tomarse en cuenta las particularidades de cada caso, puesto que las marcas denominativas se forman por un conjunto de letras que, al ser pronunciadas, emiten sonidos que se perciben por los consumidores de modo distinto, según su estructura gráfica y fonética.

Por último se habla de la similitud conceptual, sobre la que este Organismo Jurisdiccional ha indicado que se configura entre signos que evocan una idea idéntica o semejante.

En definitiva, el Tribunal estima que la confusión puede manifestarse cuando, al percibir la marca, el consumidor supone que se trata de la misma a que está habituado, o cuando, si bien encuentra cierta diferencia entre las marcas en conflicto, cree, por su similitud, que provienen del mismo productor o fabricante.

De igual modo, a objeto de verificar la existencia del riesgo de confusión, el examinador deberá tomar en cuenta los criterios que, elaborados por la doctrina (BREUER MORENO, Pedro. Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio, Buenos Aires, Editorial Robis, pp. 351 y ss.), han sido acogidos por la jurisprudencia de este Tribunal, y que son del siguiente tenor:

1. La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.
2. Las marcas deben ser examinadas en forma sucesiva y no simultánea.
3. Debe tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existan entre las marcas.
4. Quien aprecie la semejanza deberá colocarse en el lugar del comprador presunto, tomando en cuenta la naturaleza de los productos o servicios identificados por los signos en disputa.

Finalmente, como ha señalado este Tribunal en anterior oportunidad, el consultante, en la comparación que efectúe de los signos "... deberá considerar que, si bien el derecho que se constituye con el registro de un signo como marca cubre únicamente, por virtud de la regla de la especialidad, los productos identificados en la solicitud y ubicados en una de las clases del nomenclátor, la pertenencia de dos productos a una misma clase no prueba que sean semejantes, así como su pertenencia a distintas clases tampoco prueba que sean diferentes". (Proceso N° 68-IP-2002, G.O.A.C. No. 876 de 18 de diciembre del 2002. Marca: AGUILA DORADA).

Por lo tanto, el consultante deberá tener en cuenta, de conformidad con el literal a) del artículo 83 de la Decisión 344, "... que también se encuentra prohibido el registro del signo cuyo uso pueda inducir al público a error si, además

de ser idéntico o semejante a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, tiene por objeto un producto semejante al amparado por la marca en referencia, sea que dichos productos pertenezcan a la misma clase del nomenclátor o a clases distintas". (Proceso N° 68-IP-2002. *Ibid.*).

La identidad o la semejanza de los signos puede dar lugar a dos tipos de confusión: la directa, caracterizada porque el vínculo de identidad o semejanza induce al comprador a adquirir un producto determinado en la creencia de que está comprando otro, lo que implica la existencia de un cierto nexo también entre los productos; y la indirecta, caracterizada porque el citado vínculo hace que el consumidor atribuya, en contra de la realidad de los hechos, a dos productos que se le ofrecen, un origen empresarial común.

En consideración a la composición de los signos en conflicto, este Tribunal estima necesario hacer referencia a las marcas denominativas, gráficas y mixtas.

Las denominativas, llamadas también nominales o verbales, son aquellas que utilizan un signo fonético y están formadas por una o varias letras, palabras o números que, integradas en un todo pronunciable, pueden hallarse provistas o no de significado conceptual.

Las marcas mixtas se encuentran constituidas por dos elementos que forman parte del conjunto del signo: una denominación, semejante a la clase de marcas arriba descrita, y un gráfico, definido como un signo visual que se expresa en la forma externa de una imagen, figura o dibujo.

En relación con la comparación entre dos marcas, caso que una de ellas o ambas pertenezcan a la clase de marcas mixtas, la jurisprudencia de este Tribunal ha puesto de relieve lo siguiente:

"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 de la gráfica, que en un momento dado pueden ser definitivos" (Proceso 04-IP-88, publicada en la G.O.A.C. N° 39, del 29 de enero de 1989, caso "DAIMLER").

A propósito de la prioridad del elemento en referencia, la doctrina ha señalado que procede determinar la "situación y el relieve del componente gráfico en el conjunto de la marca mixta; y sobre todo, la notoriedad del componente gráfico común a las marcas comparadas. En cambio, si el elemento gráfico no evoca concepto alguno, el denominativo desplazaría en principio al gráfico, siendo en ese caso, y en definitiva, aquel elemento el predominante, y en el cual debe centrarse el análisis comparativo" (FERNANDEZ- NOVOA, ob.cit., p. 240).

La doctrina de los autores Jorge Otamendi, Carlos Fernández-Novoa, Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, recoge algunos criterios que podrían conducir a establecer la similitud o la conexión competitiva entre los productos o servicios, tales como:

a) La inclusión de los productos o servicios en una misma clase del nomenclator.

Esta regla tiene especial interés cuando se limita el registro a uno o varios de los productos o servicios de una clase del nomenclator, perdiendo su valor al producirse el registro para toda la clase. En el caso de la limitación, la prueba para demostrar que entre los productos o servicios que constan en dicha clase no son similares o no guardan similitud para impedir el registro, corresponde a quien alega.

b) Canales de comercialización.

Hay lugares de comercialización o expendio de productos o servicios que influyen escasamente para que pueda producirse su conexión competitiva, como sería el caso de las grandes cadenas o tiendas o supermercados en los cuales se distribuye toda clase de bienes y pasa desapercibido para el consumidor la similitud de un producto o servicio con otro. En cambio, se daría tal conexión competitiva, en tiendas o almacenes especializados en la venta de determinados bienes o en ciertos servicios que se ofrecen. Igual confusión se daría en pequeños sitios de expendio donde marcas similares pueden ser confundidas cuando los productos o servicios guardan también una aparente similitud.

c) Mismos medios de publicidad.

Los medios de comercialización o distribución tienen relación con los medios de difusión de los productos y los servicios. Si los mismos productos o servicios se difunden por la publicidad general (radio, televisión o prensa) presumiblemente se presentaría una conexión competitiva o dichos productos y/o servicios serían competitivamente conexos. Por otro lado, si la difusión es restringida por medio de revistas especializadas, comunicación directa, boletines, mensajes telefónicos, etc., la conexión competitiva sería menor.

d) Relación o vinculación entre los productos o servicios.

Una relación entre los productos o servicios ofrecidos puede crear una conexión competitiva.

e) Misma finalidad.

Productos o servicios pertenecientes a diferentes clases pero que tienen similar naturaleza, uso o idénticas finalidades, pueden inducir a error o confusión.

III. DE LA MARCA NOTORIA Y DE SU PRUEBA.

La notoriedad de una marca radica en que sea conocida, difundida y aceptada por una comunidad que pertenece al grupo de consumidores o usuarios de bienes o servicios que suele utilizar. La característica que tiene una marca de notoria es que sea protegida de manera especial y mejor apreciada con relación a las demás marcas, pues de su misma cualidad "notoria" es que se reafirma su presencia ante el público consumidor.

Este Tribunal se ha pronunciado sobre la notoriedad y la prueba de la misma en los siguientes términos: *"La notoriedad de la marca es un hecho que debe ser probado; así lo determina el artículo 84 de la Decisión 344. Corresponde entonces, a la Autoridad Nacional*

Competente o al Juez, en su caso, establecer, con base en las probanzas aportadas por quien plantea el reconocimiento de la notoriedad y por ende la protección especial que de ella se deriva, si una marca tiene o no esos atributos, para lo cual el ordenamiento comunitario establece los criterios del artículo 84". (Proceso 76-IP-2000. Marca: "Fiberglass". Publicada en Gaceta Oficial No. 633, el 17 de enero del 2001)

Por tanto, la carga de la prueba de notoriedad corresponderá a quien la alegue, el que podrá servirse de los medios procesales que estén previstos en el derecho nacional para este efecto.

IV. DE LOS SIGNOS EN IDIOMA EXTRANJERO.

Se presume que los signos formados por una o más palabras en idioma extranjero, no forman parte del conocimiento común, por lo que cabe considerarlos como signos de fantasía, y en consecuencia procede registrarlos como marca.

No serán registrables dichos signos, si el significado conceptual de las palabras en idioma extranjero que los integran se ha hecho del conocimiento de la mayoría del público consumidor o usuario, habiéndose generalizado su uso, y tampoco si se trata de vocablos genéricos o descriptivos.

Este Tribunal ha manifestado al respecto lo siguiente: *"(...) cuando la denominación se exprese en idioma que sirva de raíz al vocablo equivalente en la lengua española al de la marca examinada, su grado de genericidad o descriptividad deberá medirse como si se tratara de una expresión local (...) Al tenor de lo establecido en el art. 82 literal d) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el carácter genérico o descriptivo de una marca no está referido a su denominación en cualquier idioma. Sin embargo, no pueden ser registradas expresiones que a pesar de pertenecer a un idioma extranjero, son de uso común en los Países de la Comunidad Andina, o son comprensibles para el consumidor medio de esta Subregión debido a su raíz común, a su similitud fonética o al hecho de haber sido adoptadas por un órgano oficial de la lengua en cualquiera de los Países Miembros (...)".* (Proceso N° 69-IP-2001, publicada en la G.O.A.C. N° 759, del 6 de febrero del 2002, marca OLYMPUS).

Consecuentemente, **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,**

CONCLUYE:

Primero: Un signo para ser registrado como marca debe reunir los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica establecidos por el artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Además es necesario que la marca no esté comprendida en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344.

Segundo: No son registrables los signos que en relación con derechos de terceros sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, y que estén destinadas a amparar productos o servicios idénticos o semejantes, de modo que puedan inducir a los consumidores a error.

Tercero: En la comparación entre signos mixtos, el elemento predominante en el conjunto marcario será el denominativo, y en el caso de la comparación entre un signo mixto y uno denominativo, deberá tomarse en cuenta todo el conjunto; vista su relevancia para que el público consumidor identifique la marca y distinga el producto, lo que no obsta para que, por su tamaño, color y ubicación, el elemento gráfico pueda ser el decisivo.

Cuarto: Quien alega la notoriedad de la marca, está obligado a probarla, basándose por ejemplo, en los criterios enunciados en la Decisión 344; correspondiéndole a la Autoridad Nacional Competente el determinar si una marca es o no notoria.

Quinto: Cuando un signo sea integrado por una o más palabras en idioma extranjero, si el significado de ellas no forma parte del conocimiento común, corresponde considerarlas como de fantasía, por lo que procede su registro. Sin embargo, si se trata de vocablos genéricos, descriptivos o de uso común, y si su significado se ha hecho del conocimiento de la mayoría del público consumidor o usuario, la denominación no podría ser registrada.

De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal, el Juez Nacional Consultante, al emitir el respectivo fallo, deberá adoptar la presente interpretación dictada con fundamento en las señaladas normas del ordenamiento jurídico comunitario. Deberá así mismo, dar cumplimiento a las prescripciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 128 del vigente Estatuto.

Notifíquese al Consultante mediante copia certificada y sellada de la presente interpretación, la que también deberá remitirse a la Secretaría General de la Comunidad Andina a efectos de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Moisés Troconis Villarreal
PRESIDENTE

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Mónica Rosell Medina
SECRETARIA

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.

Mónica Rosell
SECRETARIA

ACUERDO DE CARTAGENA

PROCESO N° 15-IP-2005

**Interpretación Prejudicial de oficio de los artículos 88,103 y 119, y la Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 313, en base a lo solicitado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de la República de Colombia.
Proceso Interno N° 2003-00259-01.
Actor: ETERNIT COLOMBIANA S. A.
Marca: ESPAÑOLA.**

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

VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 114 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, 174 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y 25 del Decreto 2591 del 2000, contenida en el oficio N° 0081, de fecha 27 de enero del 2005, remitida por el Consejo de Estado, de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, con motivo del proceso interno N° 2003-00259-01.

Que la mencionada solicitud cumple con todos los requisitos de admisibilidad establecidos en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los contemplados en el artículo 125 de su Estatuto, razón por la cual, fue admitida a trámite mediante auto dictado el 16 de marzo del 2005.

Como hechos relevantes para la interpretación, se deducen:

1. Las partes

La actora es la sociedad ETERNIT COLOMBIANA S. A.

Se demanda a la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. Determinación de los hechos relevantes

2.1. Hechos

Mediante Resolución 6125 de 27 de agosto de 1987 se otorgó el registro de ESPAÑOLA a ETERNIT COLOMBIANA S. A. para distinguir productos de la

clase 6 (*Metales comunes y sus aleaciones; materiales de construcción metálicos; construcciones transportables metálicas; materiales metálicos para vías férreas; cables e hilos metálicos no eléctricos; cerrajería y ferretería metálica; tubos metálicos; cajas de caudales; productos metálicos no comprendidos en otras clases; minerales*). Oportunamente se solicitó su renovación, la cual fue concedida mediante Resolución 5410 de 30 de diciembre de 1992.

También en tiempo hábil, el 23 de mayo del 2002 fue solicitada una segunda renovación del registro de ESPAÑOLA, de la misma que fue declarada su caducidad mediante Resolución 30619 de 23 de septiembre del 2002. Dicha decisión se fundamentó en que “... en el término de 3 meses ... para pagar las tasas de los títulos otorgados ... respecto del registro de la marca ESPAÑOLA, había vencido el 14 de abril de 1994 sin que se hubiera acreditado el pago de las tasas vigentes en ese momento”. Fueron intentados los recursos de reposición y apelación y ambos confirmaron la declaración de la caducidad por falta de pago de las tasas.

2.2. Fundamentos de la demanda

ETERNIT COLOMBIANA S. A. en su demanda sostiene que se violaron los artículos 25 del Decreto 2591 que reglamenta la Decisión 486, 114 de la Decisión 344 y 174 de la Decisión 486.

Considera que los actos acusados se expidieron de forma irregular y violando los derechos de defensa y debido proceso. Señalan además que “... el Código Contencioso Administrativo colombiano dispone que la facultad sancionatoria de las autoridades administrativas caduca a los 3 años de producido el acto antijurídico. La sanción de que se trata en el presente caso es de aquellas denominadas rescisorias de los actos administrativos favorables...”.

Señala asimismo que, no comprenden por qué si la renovación fue otorgada en 1992, es recién en el procedimiento de renovación del 2002 que se declara la caducidad; siendo así que el problema se da en el pago de las tasas de la renovación ocurrida en 1992. Señalan que antes de declararse la nulidad debía haberse permitido a ETERNIT COLOMBIANA, como afectada, exponer sus razones; según el actor, dicho trámite fue obviado.

2.3. Contestación a la demanda

2.3.1. De la Superintendencia de Industria y Comercio

La Superintendencia de Industria y Comercio al contestar la demanda, defiende la legalidad de sus actos. Señala que “... ETERNIT COLOMBIANA S.A. a la fecha en que vencieron los tres meses otorgados por la norma para pagar las tasas correspondientes a las (sic) renovación del registro de la marca ESPAÑOLA, no se había allanado a hacerlo”. Que, pueden declarar la caducidad de aquellos títulos concedidos cuyo pago no se haya acreditado.

Señala también que la caducidad del certificado de registro de la marca ESPAÑOLA opera de pleno derecho desde abril de 1994, pues el Decreto colombiano que reglamenta la Decisión 486, señala un plazo para pagar las tasas. Aclaran además, que caducado el registro por el paso del tiempo sin que se paguen las tasas, cualquier persona puede solicitar el registro de la marca.

CONSIDERANDO:

Que, este Tribunal es competente para interpretar por la vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siempre que la solicitud provenga de un Juez Nacional también con competencia para actuar como Juez Comunitario, en tanto resulten pertinentes para la resolución del proceso interno;

Que, la solicitud de interpretación prejudicial se encuentra conforme con las prescripciones contenidas en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;

Que, en el presente caso, se solicita la interpretación de los artículos 114 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, 174 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y 25 del Decreto 2591 del 2000. Sin embargo, este Tribunal sólo es competente para interpretar las normas que formen parte del ordenamiento jurídico comunitario por lo que no será interpretado el Decreto 2591; y como a la fecha de la solicitud de la primera renovación del signo, que genera la presente controversia, la Decisión vigente era la 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se interpretarán de oficio los artículos 88, 103 y 119, así como la Disposición Transitoria Cuarta de esa Decisión.

El texto de las normas objeto de la interpretación prejudicial se transcribe a continuación:

Decisión 313

Artículo 88

“La renovación de una marca deberá solicitarse ante la oficina nacional competente, dentro de los seis meses anteriores a la expiración del registro. No obstante, el titular de la marca gozará de un plazo de gracia de seis meses posteriores a la fecha de vencimiento del registro, para solicitar la renovación. Transcurrido dicho plazo cualquier persona podrá solicitar el registro”.

Artículo 103

“El registro de la marca caducará si el titular no solicita la renovación, dentro del término legal, incluido el período de gracia, de acuerdo con lo establecido en la presente Decisión.

Asimismo, será causal de caducidad la falta de pago de las tasas, en los términos que acuerde la legislación nacional del País Miembro”.

Artículo 119

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

DISPOSICION TRANSITORIA CUARTA

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

En atención a los puntos controvertidos en el proceso interno así como de las normas que van a ser interpretadas, este Tribunal considera que corresponde desarrollar lo referente a los siguientes temas:

I. APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO

En principio, y con el fin de garantizar el respeto a las exigencias de seguridad jurídica y de confianza legítima, la norma comunitaria de carácter sustancial no surte efectos retroactivos; por tanto, las situaciones jurídicas disciplinadas en ella se encuentran sometidas, en sí y en sus efectos, a la norma vigente al tiempo de su constitución. Y si bien la nueva norma comunitaria no es aplicable, salvo previsión expresa, a las situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a su entrada en vigencia, procede su aplicación inmediata a los efectos futuros de la situación nacida bajo el imperio de la norma anterior.

Este Tribunal en una de sus interpretaciones prejudiciales ha señalado que: *“Resulta oportuno para dilucidar los aspectos relativos a la aplicación de la ley comunitaria en el tiempo, precisar la terminología relacionada con este tipo de situaciones, así el profesor 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 aquel 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*).

El problema de aplicación de las normas en el tiempo supone una disyuntiva entre la seguridad jurídica y la innovación legislativa. Por tal motivo, para solucionar esta contrariedad, la teoría jurídica brinda diversas posibilidades, entre las que destacan dos:

- La teoría de los derechos adquiridos que se apoya en la seguridad jurídica que debe otorgar todo sistema jurídico. Se entiende por derechos adquiridos aquellos que han entrado en el dominio de su titular y que no pueden ser modificados por normas posteriores, porque se estaría haciendo aplicación retroactiva de ellas.
- La teoría de los hechos cumplidos que se basa en el carácter innovador de las normas. Se prefiere aquí la aplicación inmediata de las normas antes que la ultra actividad de las normas derogadas. Para ello se parte del hecho que las leyes posteriores deben suponerse mejores que las anteriores.

En este sentido, la Primera Disposición Transitoria de la Decisión 344, al establecer el principio de irretroactividad normativa, dispone la excepción relativa al goce,

obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas; señalando que su regulación será aplicada en función a la normativa vigente al momento de la concesión del derecho. En este sentido, queda sentada la regla de irretroactividad (con su respectiva excepción) en beneficio del principio de seguridad jurídica, y por lo tanto, clara la aplicación de la Decisión 313 a los actos nacidos dentro de su vigencia.

II. DE LOS ASUNTOS SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL NO COMPRENDIDOS EN LAS NORMAS COMUNITARIAS SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL

Según lo previsto en el artículo 119 de la Decisión 313, la legislación nacional de los Países Miembros puede suplir los vacíos de los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la norma comunitaria. Sin embargo, este Tribunal ha señalado que no puede *“...la autoridad nacional ... regular aspectos del régimen marcario ya definidos en la Decisión ... pues ello equivaldría a permitir la modificación unilateral y por tanto arbitraria del régimen común. No se puede admitir, en consecuencia, que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre tales aspectos ... En tal sentido debe precisarse que tampoco sería admisible que se agreguen por la autoridad nacional otros requisitos para la configuración de un derecho de propiedad industrial, o que se adicione causas o motivos para la pérdida de tales derechos. Ello equivaldría a desconocer la eficacia propia del derecho de la integración ...”* (Interpretación dictada en el expediente N° 02- IP-88, del 25 de mayo de 1988, publicada en la G.O.A.C. N° 33, del 26 de julio del mismo año, e interpretación ratificada dentro del expediente 15-IP-05, del 9 de marzo del 2005).

Por tanto, el Tribunal confirma que la potestad que tienen las autoridades nacionales de los Países Miembros, de regular en sus normas internas los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la Decisión 313 (o cualquier otra norma comunitaria sobre propiedad industrial), no puede ejercerse de manera que esto represente una demanda de restricciones adicionales a lo contemplado por la norma comunitaria. En todo caso, la norma interna que se dicte deberá ser compatible con la comunitaria.

También ya ha precisado el Tribunal que en virtud de la figura del “complemento indispensable”, que las legislaciones nacionales de los Países Miembros *“... no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria”* (Sentencia dictada en el expediente N° 10-IP-94, del 17 de marzo de 1995, publicada en la G.O.A.C. N° 177, del 20 de abril del mismo año).

III. DE LA RENOVACION DEL REGISTRO DE UNA MARCA

La Decisión 313, señala que la duración del registro de una marca será de diez años, contados desde la fecha de su concesión, y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años.

Entre los requisitos para solicitar y obtener la renovación está, que la petición sea formulada ante la oficina nacional competente dentro de los seis meses anteriores a la expiración del registro, o dentro del plazo de gracia de seis meses posteriores a la fecha de la expiración.

Así pues, la concesión de la renovación dependerá sólo de la formulación en tiempo hábil de la solicitud ante la autoridad competente y de la legitimación del peticionante. La renovación habrá de otorgarse en los términos del registro original.

De denegarse la renovación, a causa del incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 88, esta decisión deberá ser notificada al solicitante en debida forma, y que el plazo para su impugnación comenzará a correr desde que la notificación se haya hecho efectiva.

El Tribunal ha señalado, sobre el derecho de renovación, que: “... no es sino la simple manifestación del interesado de continuar ejerciendo el derecho exclusivo sobre la marca, que ha tenido existencia pacífica durante el período de vigencia. No cabe ... denegar la solicitud de renovación argumentando, por ejemplo, que la marca que se pretende renovar atenta contra los principios de registrabilidad referidos en la esencia misma del signo ... o afectan a derechos de terceros ... pues estas acciones y oposiciones son propias del trámite de registro” (Sentencia dictada en el expediente N° 13-IP-95, del 19 de marzo de 1996, publicada en la G.O.A.C. N° 207, del 29 de abril del mismo año).

IV. DE LA CADUCIDAD DEL REGISTRO DEL SIGNO

En el artículo 103 de la Decisión 313 se indican las causales que dan lugar a la declaratoria de la caducidad de un registro, y son que el titular no solicite la renovación del registro dentro del término legal o que falte el pago de las tasas, en los términos establecidos en la norma interna del respectivo País Miembro.

Este “... modo de extinción presupone la existencia y vigencia del registro del signo, y su declaratoria implica ‘que el derecho exclusivo ha existido válidamente hasta el momento en que la caducidad se produce ...’ (BERCOVITZ, Alberto: “Apuntes de Derecho Mercantil”, Editorial Aranzadi S.A., Navarra - España, 2003, p. 502), toda vez que ésta ha de surtir únicamente efectos ex nunc”. (Criterio proferido dentro del proceso 179-IP-04).

En cuanto a la causal de caducidad por falta de pago de las tasas, debe señalarse que se refiere a las destinadas a sufragar el servicio prestado por la oficina nacional competente, por la renovación, prórroga, licencia o transferencia del signo. Se interpreta que el artículo 103, segundo párrafo, que en lo relativo a las tasas y a su pago, se refiere al reconocimiento de la competencia de los Países Miembros para llevar a cabo la fijación de los montos o tarifas que deban ser cobrados por sus oficinas nacionales competentes. El Tribunal ha señalado que “la norma comunitaria se remite a la legislación nacional para que sean los propios Países Miembros los que determinen las tasas que ellos consideren necesarias para la tramitación

de los procedimientos ... Estas tasas serán determinadas por la autoridad que señale la legislación interna de cada país. ...” (Sentencia dictada en el expediente N° 109-IP-2000, del 27 de marzo del 2001, publicada en la G.O.A.C. N° 660, del 10 de abril del mismo año, caso “LA BELLA”).

Si se declara la caducidad, cualquier interesado podrá solicitar el registro del signo, incluyendo a su antiguo titular, sin tomar en cuenta la causal que haya originado la extinción de aquél. El Tribunal ha dejado sentado que “... si la caducidad se produjo en virtud de la falta de pago de las tasas correspondientes, quien era el antiguo titular no cuenta con prerrogativa alguna. Puede presentar nueva solicitud de registro, pero desde el punto de vista marcario recibirá el mismo tratamiento que puede darse a la solicitud de cualquier otra persona” (Sentencia dictada en el expediente N° 04-IP-98, ya citada y confirmada en la interpretación 179-IP-04).

Consecuentemente, **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,**

CONCLUYE:

Primero: La norma comunitaria de carácter sustancial no surte efectos retroactivos; por tanto, las situaciones jurídicas disciplinadas en ella se encuentran sometidas, a la norma vigente al tiempo de su constitución.

La norma comunitaria de carácter procesal se aplicará, a partir de su entrada en vigencia, a los procedimientos por iniciarse o en curso. Si bien la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no es aplicable, salvo previsión expresa, a las situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a su entrada en vigencia, la Cuarta Disposición Transitoria autoriza la aplicación inmediata de la Decisión al uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas de los derechos de propiedad industrial válidamente concedidos.

Segundo: El Tribunal reitera que las legislaciones internas de los Países Miembros no podrán establecer exigencias o requisitos adicionales, que de alguna manera, restrinjan aspectos esenciales regulados por el Derecho Comunitario. Por tanto, la potestad de las autoridades nacionales de estos Países, de regular a través de normas internas y en el ejercicio de su competencia, los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, no podrá ser ejercida de modo tal que signifique la introducción de restricciones adicionales al ejercicio de los derechos y facultades consagrados por la norma comunitaria.

Tercero: La concesión de la renovación del registro de una marca dependerá únicamente de la formulación oportuna de la solicitud ante la autoridad nacional competente y, de la

legitimación del peticionante. La renovación habrá de otorgarse en los términos del registro original, salvo que la solicitud comprenda sólo una parte de los productos o servicios que constituyan el objeto de la marca, caso en el cual aquélla habrá de limitarse a tales productos o servicios.

Cuarto: La remisión que el artículo 103, segundo párrafo, de la Decisión 313, hace a la legislación nacional del País Miembro, en lo relativo a las tasas y a su pago, significa el reconocimiento de la competencia del citado País para llevar a cabo la fijación de los montos o tarifas a ser cobrados por la oficina nacional competente. La falta de pago de las tasas correspondientes al procedimiento de renovación del registro de un signo como marca puede dar lugar a su extinción por caducidad.

De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal, el Juez Nacional Consultante, al emitir el respectivo fallo, deberá adoptar la presente interpretación dictada con fundamento en las señaladas normas del ordenamiento jurídico comunitario. Deberá así mismo, dar cumplimiento a las prescripciones contenidas en el inciso tercero del artículo 128 del vigente Estatuto.

Notifíquese al Consultante mediante copia certificada y sellada de la presente interpretación, la que también deberá remitirse a la Secretaría General de la Comunidad Andina a efectos de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Moisés Troconis Villarreal
PRESIDENTE

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Olga Inés Navarrete Barrero
MAGISTRADA

Mónica Rosell Medina
SECRETARIA

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.

Mónica Rosell
SECRETARIA

ACUERDO DE CARTAGENA

PROCESO N° 21-IP-2005

Interpretación Prejudicial del artículo 83 literales d) y e) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según lo remitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República de Perú, e interpretación de oficio de los artículos 81, 83 literal a) y 84 de la misma Decisión. Proceso Interno N° 1593-2003. Actor: William H. Fernández Santa Cruz. Marca: "KRYZTAL PLUS mixta".

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

VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial del artículo 83 literales d) y e) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena según lo que se desprende del expediente enviado junto con el oficio No. 036-2005-SCS-CS, de fecha 27 de enero del 2005, de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, con motivo del proceso interno N° 1593-2003.

Como bien fue señalado en la admisión de la presente consulta, si bien la solicitud no reúne los requisitos de admisibilidad contemplados en el ordenamiento comunitario vigente, estos pueden ser deducidos de los documentos enviados, y por tanto, como hechos relevantes para la interpretación, se deducen:

1. Las partes.

La parte actora es el señor WILLIAM H. FERNANDEZ SANTA CRUZ.

Se demanda al INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL y como tercero interesado a la UNION DE CERVECERIAS PERUANA BACKUS Y JOHNSTON S. A.

2. Determinación de los hechos relevantes.

2.1. Fundamentos de hecho y derecho de la demanda y la contestación.

El 2 de octubre de 1998, WILLIAM H. FERNANDEZ SANTA CRUZ solicitó el registro de KRYZTAL PLUS (mixto) para distinguir lejía y otros productos de limpieza pertenecientes a la clase 3.

EL 8 de enero de 1999, UNION DE CERVECERIAS PERUANA BACKUS Y JOHNSTON S.A.A. formuló observación al registro de KRYZTAL PLUS por ser titular de la marca CRISTAL registrada en la clase 32 ("*Cervezas; aguas minerales y gaseosas y otras bebidas no alcohólicas; bebidas y zumos de frutas; siropes y otras preparaciones para hacer bebidas*"), la cual fue reconocida como notoria a través de las Resoluciones Nos. 14937-98-INDECOPI/OSD, 14962-98-INDECOPI/OSD, 14963-98-

INDECOPI/OSD, 14938- 98-INDECOPI/OSD, todas de 22 de diciembre de 1998; con lo que se violaría el literal d) del artículo 83 de la Decisión 344. Además recuerda que las marcas notorias se protegerán con independencia de los productos o servicios.

Al contestar las observaciones presentadas, WILLIAM H. FERNANDEZ SANTA CRUZ señala que BACKUS Y JOHNSTON S.A.A. no documentó la reproducción del signo mixto y tampoco la notoriedad de su marca. Además que *“... la prohibición del artículo 83 de la Decisión 344 se aplica en el caso que el signo solicitado pretenda distinguir los mismos productos o servicios que la marca notoriamente conocida, lo que no sucede en el presente caso ...”*.

Por otra parte, el 22 de enero de 1999, Chanel S. A. también presentó observación con base en CRISTALLE CHANEL registrada en la clase 3; sin embargo, posteriormente Chanel S. A. y WILLIAM H. FERNANDEZ llegaron a un acuerdo en el que éste último excluiría de registrar con su signo, los productos utilizados por Chanel S. A.; por lo que esta sociedad desistió en su observación.

En octubre de 1999 se declaró infundada la observación de BACKUS Y JOHNSTON S.A.A. y fue otorgado el registro de KRYZTAL PLUS (mixta). El rechazo de la observación se basó en que BACKUS Y JOHNSTON S.A.A. no presentó los documentos que requieren la ley y la jurisprudencia para probar la notoriedad de una marca. Además, que los productos que distinguen los signos no están vinculados por lo que no habría posibilidad de confusión en el consumidor. Tampoco existe la posibilidad de un aprovechamiento injusto.

En noviembre de 1999, BACKUS Y JOHNSTON S.A.A., interpuso recurso de apelación manifestando que la administración hizo una errónea interpretación del principio de especialidad y restringió la protección reforzada que deben tener las marcas notorias.

En diciembre de 1999, WILLIAM H. FERNANDEZ contestó el traslado de la apelación indicando que CRISTAL *“... si bien tiene la calidad de notoria, la notoriedad no implica usarla como sinónimo de prohibición de registro de marcas que pretendan distinguir productos diferentes ...”*. Además reitera que entre sus productos y los distinguidos por CRISTAL no existe ninguna relación. También señaló diversas marcas registradas que usan la palabra CRISTAL como CRISTAL, CRYSTALIN, CRISTAL AIR, etc.

Finalmente, el 25 de septiembre del 2000, el Tribunal del INDECOPI, resolvió revocar la Resolución del INDECOPI por la cual se otorgó el registro de KRYZTAL PLUS.

WILLIAM H. FERNANDEZ, señala que entre KRYZTAL PLUS y CRISTAL no puede haber riesgo de confusión y/o asociación pues son marcas de productos totalmente diferentes, la primera marca identifica productos de limpieza y, la segunda productos para consumo humano; y que debe tomarse en cuenta el principio de especialidad. También que entre las marcas en disputa existen diferencias fonéticas y figurativas. Alega además, que el propio INDECOPI ha señalado que tanto cristal, como plus, son términos genéricos y no apropiables.

Además señala que reconoce la notoriedad de CRISTAL y que eso no tiene discusión; pero insisten en que en ningún momento han querido beneficiarse del prestigio de dicha marca.

UNION DE CERVECERIAS PERUANA BACKUS Y JOHNSTON S.A.A. como tercero interesado, además de defender la legalidad de los actos de la administración, plantea la notoriedad de su marca, señala el concepto de marca notoria y como esta trasciende el principio de especialidad.

Además alega que existen dos supuestos de marca notoria en la Decisión 344, el contenido en el literal d) del artículo 83 y el contenido en el literal e) del mismo artículo. Señala que el primero *“... otorga una defensa amplia de la marca notoriamente conocida, que no solo se extiende a los conflictos con otras marcas ... sino también a los que tienen lugar con nombres y lemas comerciales”*. Y, según la demandante el inciso e) del artículo 83 *“... protege exclusivamente a la marca notoriamente conocida frente al registro de signos que sean confundibles ...”*; y que en base a las diferencias de los supuestos deben exigirse condiciones diferentes para acceder a la protección. Señalan que con esto quiso el legislador decir que la marca notoria debe ser protegida en todos los sectores del comercio. Recuerda que un tercero no puede acceder al registro de una marca notoria. Tampoco, un signo que constituya una reproducción, imitación, traducción o transcripción de una marca notoria; además que el riesgo de confusión es evidente.

CONSIDERANDO:

Que, este Tribunal es competente para interpretar por la vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, siempre que la solicitud provenga de un Juez Nacional también con competencia para actuar como Juez Comunitario, en tanto resulten pertinentes para la resolución del proceso interno;

Que, la solicitud de interpretación prejudicial se encuentra conforme con las prescripciones contenidas en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;

Que, en el presente caso, procede la interpretación del artículo 83 literales d) y e) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena solicitado; y de oficio la interpretación de los artículos 81, 83 literal a) y 84 de la misma Decisión.

El texto de las normas objeto de la interpretación prejudicial se transcribe a continuación:

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;*

(...)

- 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 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, independientemente de la clase de los productos o servicios para los cuales se solicite 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 tendrá 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 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”.*

En atención a los puntos controvertidos en el proceso interno así como de las normas que van a ser interpretadas, este Tribunal considera que corresponde desarrollar lo referente a los siguientes temas:

I. La interpretación prejudicial

A continuación reproduciremos la interpretación de este Tribunal desarrollada en el Proceso 141- IP-2003, publicado en la G.O.A.C. N° 1059 del 23 de abril del 2004, respecto de las “Interpretaciones Prejudiciales” en nuestro sistema andino de justicia. En ella se establece la naturaleza del medio consultivo de la Interpretación Prejudicial, sus requisitos, competencia del Tribunal Andino de Justicia y las obligaciones del juez consultante; todo ello, en virtud de la normativa andina.

“I.I. De la interpretación prejudicial del ordenamiento comunitario

De las disposiciones previstas en los artículos 32 y 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se desprende que es de la competencia de este órgano jurisdiccional supranacional la interpretación, por vía prejudicial, del ordenamiento jurídico de la Comunidad, mientras que la aplicación de dicho ordenamiento, en las causas sometidas válidamente al conocimiento de los Tribunales de los Estados Miembros, al igual que la interpretación y aplicación del respectivo ordenamiento jurídico nacional, así como el examen y valoración de los hechos controvertidos en aquellas causas, corresponden a los Tribunales competentes de cada uno de dichos Estados.

La competencia de este órgano jurisdiccional, en el ámbito de la consulta prejudicial, se funda en la necesidad de garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación de la norma comunitaria en el ámbito de cada uno de los Estados Miembros. Por ello, de admitir la consulta que formule el Tribunal Nacional, este Tribunal de Justicia deberá pronunciarse a su respecto mediante la expedición de una providencia en que se limitará a precisar el contenido y alcance de la norma comunitaria, no de la norma nacional, relativa al caso concreto. De este modo, el órgano jurisdiccional comunitario contribuye con el órgano jurisdiccional nacional en la configuración de la sentencia que éste habrá de dictar, en la causa sometida a su conocimiento, con el objeto de asegurar en ella la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la Comunidad.

Dictada la providencia interpretativa y transmitida al órgano jurisdiccional consultante, éste deberá acogerla en la sentencia que pronuncie, toda vez que se trata de una obligación prevista en un tratado integrante del ordenamiento jurídico fundamental de la Comunidad Andina, cual es el Tratado de Creación de su Tribunal de Justicia. Y puesto que los órganos jurisdiccionales nacionales constituyen parte orgánica y funcional de los Estados Miembros, el incumplimiento de la obligación citada constituiría una infracción del ordenamiento comunitario imputable al respectivo Estado Miembro.

Por otra parte, la interpretación prejudicial no es ni puede asimilarse a una prueba, tampoco es la simple absolución de un cuestionario, ni está llamada a constituirse en un informe de expertos o en una opinión jurídica de tipo doctrinal (Sentencia del 17 de marzo de 1995, dictada en el expediente 10-IP-94, caso “Nombres de publicaciones periódicas, programa de radio y televisión y estaciones de radiodifusión”, publicada en la G.O.A.C. N° 177, del 20 de abril de 1995; y reiterada en sentencia del 10 de abril del

2002, dictada en el expediente 01-IP-2002, caso "JOHANN MARIA FARINA", publicada en la G.O.A.C. N° 786, del 25 de abril de 2002). Se trata de una providencia declarativa a la que precede un procedimiento incidental de carácter no contencioso.

(...)

I.IV. De los requisitos de la solicitud de interpretación prejudicial

La solicitud del juez nacional debe motivarse de manera sucinta pero completa, a objeto de que el Tribunal alcance una comprensión de conjunto del tema sometido a consulta. Por ello, dicha solicitud debe incluir un informe sucinto de los hechos que el consultante considere relevantes, la relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere, así como las alegaciones formuladas en torno a su aplicación. Además, la solicitud deberá ir acompañada de una copia de los documentos necesarios que sustenten el informe sucinto de los hechos y de las disposiciones aplicables, todo ello con el objeto de hacer útil al juez nacional la interpretación prejudicial que emane del Tribunal comunitario. De otro modo, la citada interpretación podría alcanzar tal grado de generalidad y abstracción que resultaría inútil, en consecuencia, tanto para decidir el caso concreto como para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario (Sentencia de 3 de septiembre de 1999, dictada en el expediente 30-IP-99, caso "DENIM", publicada en la G.O.A.C. N° 497 de 18 de octubre de 1999).

(...)

I.VI. De las obligaciones del Juez consultante

Una vez notificada la interpretación prejudicial al juez nacional, éste deberá continuar la tramitación del proceso interno y, en su sentencia, adoptar el pronunciamiento del Tribunal comunitario (Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal). Además, según lo dispone el artículo 128, tercer párrafo, del Estatuto del Tribunal, deberá remitir a éste la sentencia que dicte en cada uno de los casos que haya sido objeto de interpretación (Criterios reiterados en las sentencias del 5 de febrero de 2003, dictadas en los expedientes 91-IP-2002 y 97-IP-2002, casos "ALPIN" y "ALPINETTE" respectivamente, publicadas en la G.O.A.C. N° 912, del 25 de marzo de 2003)."

II. DEFINICION DE MARCA Y LOS REQUISITOS PARA QUE UN SIGNO PUEDA SER REGISTRADO COMO MARCA

El segundo párrafo del artículo 81 de la Decisión 344, define a la marca como: "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".

Así mismo, el citado artículo 81, determina los requisitos que debe reunir un signo para ser registrable, éstos son: la perceptibilidad, la distintividad y la susceptibilidad de representación gráfica.

Respecto a estos tres requisitos, el Tribunal en reiterada jurisprudencia ha señalado:

La **perceptibilidad** es la capacidad del signo para ser aprehendido o captado por alguno de los sentidos. La marca, al ser un signo inmaterial, debe necesariamente materializarse para ser apreciada por el consumidor; sólo si es tangible para el consumidor, podrá éste compararla y diferenciarla, de lo contrario, si es imperceptible para los sentidos, no podrá ser susceptible de registro.

La **distintividad**, es considerada por la doctrina y por la jurisprudencia de este Tribunal como la función primigenia que debe reunir todo signo para ser susceptible de registro como marca, es la razón de ser de la marca, es la característica que permite diferenciar o distinguir en el mercado los productos o servicios comercializados por una persona de los idénticos o similares de otra, para así impedir que se origine una confusión en las transacciones comerciales.

Jorge Otamendi sostiene respecto al carácter distintivo de la marca: "El poder o carácter distintivo es la capacidad intrínseca que tiene para poder ser marca. La marca, tiene que poder identificar un producto de otro. Por lo tanto, no tiene este poder identificatorio un signo que se confunde con lo que se va a identificar, sea un producto, un servicio o cualesquiera de sus propiedades". (Otamendi, Jorge. Derecho de Marcas. 4ta. Edición. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 2002. p. 27).

La **susceptibilidad de representación gráfica**, permite constituir una imagen o una idea del signo, en sus características y formas, a fin de posibilitar su registro. Consiste en descripciones realizadas a través de palabras, gráficos, signos mixtos, colores, figuras, etc. de manera que sus componentes puedan ser apreciados en el mercado de productos.

Marco Matías Alemán dice que: "La representación gráfica del signo es una descripción que permite formarse la idea del signo objeto de la marca, valiéndose para ello de palabras, figuras o signos, o cualquier otro mecanismo idóneo, siempre que tenga la facultad expresiva de los anteriormente señalados" (Alemán, Marco Matías. Normatividad Subregional sobre Marcas de Productos y Servicios. Top Management: Bogotá. p. 77).

III. CLASES DE SIGNOS: DENOMINATIVOS Y MIXTOS

En razón de la composición de los signos en conflicto, el Tribunal estima necesario hacer referencia a las marcas denominativas y mixtas.

Las primeras, llamadas también **nominales o verbales**, utilizan un signo fonético y están formadas por una o varias letras, palabras o números que, integradas en un todo pronunciable, pueden hallarse provistas o no de significado conceptual.

Las **marcas mixtas** se encuentran constituidas por dos elementos que forman parte del conjunto del signo: una denominación, semejante a la clase de marcas arriba descrita, y un gráfico, definido como un signo visual que se expresa en la forma externa de una imagen, figura o dibujo.

En relación con la comparación entre dos marcas, caso que una de ellas o ambas pertenezcan a la clase de marcas mixtas, la jurisprudencia de este Tribunal ha puesto de

relieve lo siguiente: “*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 de la gráfica, que en un momento dado pueden ser definitivos*” (Proceso 04-IP-88, publicada en la G.O.A.C. N° 39, del 29 de enero de 1989, caso “DAIMLER”).

A propósito de la prioridad del elemento en referencia, la doctrina ha señalado que procede determinar la “*situación y el relieve del componente gráfico en el conjunto de la marca mixta; y sobre todo, la notoriedad del componente gráfico común a las marcas comparadas. En cambio, si el elemento gráfico no evoca concepto alguno, el denominativo desplazaría en principio al gráfico, siendo en ese caso, y en definitiva, aquel elemento el predominante, y en el cual debe centrarse el análisis comparativo*” (FERNANDEZ- NOVOA, Carlos: “*Fundamentos de Derecho de Marcas*”; Madrid, Editorial Montecorvo S. A., 1984, p. 240).

IV. DE LAS MARCAS DEBILES

Todo signo registrado como marca puede hacerse débil en el mercado de productos o servicios de que se trate. De hecho, si algún elemento de los que integran el signo es de carácter genérico o de uso común, o si evoca una cualidad del producto, el signo se hará débil frente a otros que también incluyan uno de tales elementos o cualidades, inapropiables en exclusiva.

Señala la doctrina que, “*la presencia de una locución genérica no monopolizable resta fuerza al conjunto en que aparece; nadie, en efecto, puede monopolizar una raíz genérica, debiendo tolerar que otras marcas la incluyan, aunque podrán exigir que las desinencias u otros componentes del conjunto marcario sirvan para distinguirlo claramente del otro*” (BERTONE, Luis Eduardo; y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: “*Derecho de Marcas*”, Tomo II, pp. 78 y 79).

El Profesor Otamendi, destaca que el titular de una marca débil, al contener ésta “*una partícula de uso común no puede impedir su inclusión en marcas de terceros, y fundar en esa sola circunstancia la existencia de confundibilidad, ya que entonces se estaría otorgando al oponente un privilegio inusitado sobre una raíz de uso general o necesario ... Esto necesariamente tendrá efectos sobre el criterio que se aplique en el cotejo. Y, por ello se ha dicho que esos elementos de uso común son marcarriamente débiles, y que los cotejos entre marcas que los contengan deben ser efectuados con criterio benevolente*” (OTAMENDI, Jorge, ob.cit., pp. 191 y 192).

V. IRREGISTRABILIDAD DE SIGNOS IDENTICOS O SEMEJANTES. RIESGO DE CONFUSION. REGLAS DE COMPARACION

El prohibir el registro de aquellos signos que afecten derechos de terceros de conformidad con la normativa comunitaria sobre propiedad industrial, es uno de los objetivos del artículo 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. En este sentido, el literal a) del artículo 83 establece como prohibición para ser registrados,

aquellos signos que 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 o similares productos o servicios, respecto de los cuales pudieran producir error o confusión.

Como se ha manifestado en reiteradas interpretaciones prejudiciales realizadas por este Tribunal “*... 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*”. (Proceso N° 101-IP-2002. G.O.A.C. No. 877 de 19 de diciembre del 2002 Marca: COLA REAL+ GRAFICA).

En este sentido, la confusión en materia marcaria, se refiere a la falta de claridad para poder elegir un bien o un servicio en lugar de otro, a la que pueden ser inducidos los consumidores por no existir en el signo la capacidad suficiente para ser distintivo. A fin de evitar esta situación de confusión, la prohibición contenida en el literal a) del artículo 83 de la mencionada Decisión no exige que el signo pendiente de registro induzca a error a los consumidores o usuarios, sino que basta la existencia de este riesgo para que se configure aquella prohibición.

Sobre el particular, este Tribunal ha señalado los supuestos que pueden dar lugar al riesgo de confusión entre varias denominaciones y entre los productos o servicios que cada una de ellas ampara, identificando los siguientes: “*... que exista identidad entre los signos en disputa y también 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 aquellos y también semejanza entre éstos*”. (Proceso N° 68-IP-2002, G.O.A.C. No. 876 de 18 de diciembre del 2002. Marca: AGUILA DORADA).

De esta manera, la identidad o la semejanza de los signos puede dar lugar a dos tipos de confusión: la directa y la indirecta. La primera se caracteriza por que el vínculo de identidad o semejanza conduce al comprador a adquirir un producto determinado en la creencia de que está comprando otro, lo que implica la existencia de un cierto nexo también entre los productos. La segunda, la indirecta, caracterizada porque el citado vínculo hace que el consumidor atribuya, en contra de la realidad de los hechos, a dos productos o servicios que se le ofrecen, un origen empresarial común.

Por tanto, de existir semejanza entre un signo solicitado y una marca registrada, o entre un signo solicitado y otro solicitado previamente, estará presente el riesgo de que el consumidor relacione y confunda ambos en el mercado.

En definitiva, el Tribunal estima que la confusión puede manifestarse cuando, al percibir la marca, el consumidor supone que se trata de la misma a que está habituado, o cuando, si bien encuentra cierta diferencia entre las marcas en conflicto, cree, por su similitud, que provienen del mismo productor o fabricante.

En el caso de autos, al confrontarse los signos en conflicto a fin de determinar la confundibilidad, la comparación habrá de hacerse tomando en cuenta los signos en su totalidad, atendiéndose a la impresión gráfica de conjunto que estos causen en el consumidor o usuario medio del tipo de producto o servicio de que se trate. Por tanto, la comparación deberá ser conducida por la impresión unitaria que cada uno de ellos habrá de producir en la sensorialidad igualmente unitaria de sus destinatarios. Es decir, la valoración deberá hacerse sin descomponer la unidad de cada signo, de modo que, en el conjunto de los elementos que lo integran, el todo prevalezca sobre sus partes, a menos que aquél se halle provisto de un elemento dotado de tal aptitud distintiva que, por esta razón especial, el elemento en referencia se constituya en factor determinante de la valoración.

El Tribunal consultante deberá determinar si al compararse el signo mixto con el denominativo, en el primero puede considerarse como elemento principal el elemento gráfico lo cual serviría, a su criterio, para eliminar el riesgo de confusión.

De igual modo, a objeto de verificar la existencia del riesgo de confusión, el examinador deberá tomar en cuenta los criterios que, elaborados por la doctrina (BREUER MORENO, Pedro. Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio, Buenos Aires, Editorial Robis, pp. 351 y ss.), han sido acogidos por la jurisprudencia de este Tribunal, y que son del siguiente tenor:

1. La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.
2. Las marcas deben ser examinadas en forma sucesiva y no simultánea.
3. Debe tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existan entre las marcas.
4. Quien aprecie la semejanza deberá colocarse en el lugar del comprador presunto, tomando en cuenta la naturaleza de los productos o servicios identificados por los signos en disputa.

El mencionado tratadista ha manifestado en relación a la utilidad y aplicación de estos parámetros técnicos, lo siguiente:

“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”.

Finalmente, como ha señalado este Tribunal en anterior oportunidad, el consultante, en la comparación que efectúe de los signos “... deberá considerar que, si bien el derecho que se constituye con el registro de un signo como marca cubre únicamente, por virtud de la regla de la especialidad, los productos identificados en la solicitud y ubicados en una de las clases del nomenclátor, la pertenencia de dos productos a una misma clase no prueba que sean semejantes, así como su pertenencia a distintas clases tampoco prueba que sean diferentes”. (Proceso N° 68-IP-2002, G.O.A.C. No. 876 de 18 de diciembre del 2002. Marca: AGUILA DORADA).

Por lo tanto, el consultante deberá tener en cuenta, de conformidad con el literal a) del artículo 83 de la Decisión 344, “... que también se encuentra prohibido el registro del signo cuyo uso pueda inducir al público a error si, además de ser idéntico o semejante a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, tiene por objeto un producto semejante al amparado por la marca en referencia, sea que dichos productos pertenezcan a la misma clase del nomenclátor o a clases distintas”. (Proceso N° 68-IP-2002. Ibíd.).

VI. IMITACION DE UNA MARCA NOTORIA. PRUEBA DE LA NOTORIEDAD.

Para determinar la notoriedad de una marca es necesario saber que la misma radica en que sea conocida, difundida y aceptada por una comunidad que pertenece a un mismo grupo de usuarios sobre los bienes o servicios que comúnmente suelen utilizar. La característica que tiene una marca notoria es que está protegida de manera especial y mejor apreciada con relación a las demás marcas, pues es de su misma cualidad “notoria” que se reafirma su presencia ante el público consumidor.

Este Tribunal se ha pronunciado sobre la notoriedad y la prueba de la misma en los siguientes términos: “La notoriedad de la marca es un hecho que debe ser probado; así lo determina el artículo 84 de la Decisión 344. Corresponde entonces, a la Autoridad Nacional Competente o al Juez, en su caso, establecer, con base en las probanzas aportadas por quien plantea el reconocimiento de la notoriedad y por ende la protección especial que de ella se deriva, si una marca tiene o no esos

atributos, para lo cual el ordenamiento comunitario establece los criterios del artículo 84". (Proceso 76-IP-2000. Marca: "Fiberglass". Publicada en Gaceta Oficial No. 633, el 17 de enero del 2001)

En este sentido, en virtud de la disposición prevista en el artículo 83, literal d), de la Decisión 344, el reconocimiento de la marca notoria, como signo distintivo de bienes o servicios determinados, presupone su conocimiento en el país en que se haya solicitado su registro o en el comercio subregional, o internacional sujeto a reciprocidad, por los sectores interesados, es decir, por la mayor parte del sector de consumidores o usuarios a que están destinados los bienes o servicios de que se trate.

Asimismo, el artículo 83, literal e), de la Decisión 344, dispone que la protección especial que se otorga a la marca notoriamente conocida flexibiliza el principio de especialidad de clases, y en este sentido, extiende su protección a los signos que distingan productos o servicios, con independencia de la clase a la cual pertenezcan. Así, el interés de la norma es el de prevenir el aprovechamiento indebido de la reputación de la marca notoria, así como impedir el perjuicio que el registro del signo similar pudiera causar a la fuerza distintiva o a la reputación de aquélla.

Sin embargo, en relación con el atributo de notoriedad de la marca, el Tribunal ha establecido que "Para que una marca notoria pueda impedir el registro de otra solicitada o anular el registro ya efectuado, dicha notoriedad tiene que haber sido anterior a la solicitud impugnada, notoriedad que deberá ser probada ..." (Sentencia dictada en el expediente N° 08-IP-98, de 13 de marzo de 1998, publicada en la G.O.A.C. N° 338, del 11 de mayo del mismo año, caso "HERMES").

En cuanto a la prueba de la notoriedad de la marca, el Tribunal se ha pronunciado en los términos siguientes:

"En la concepción proteccionista de la marca notoria, ésta tiene esa clasificación para efectos de otorgarle otros derechos que no los tienen las marcas comunes, pero eso no significa que la notoriedad surja de la marca por sí sola, o que para su reconocimiento legal no tengan que probarse las circunstancias que precisamente han dado a la marca ese status" (Sentencia dictada en el expediente N° 08-IP-95, del 30 de agosto de 1996, publicada en la G.O.A.C. N° 231, del 17 de octubre de 1996, caso "LISTER").

Los criterios que deberán ser considerados por el juzgador para la determinación de la notoriedad, son los previstos en el artículo 84 de la Decisión 344, a saber, la extensión de su conocimiento, la intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción de la marca, su antigüedad y uso constante, y el análisis de producción y mercadeo de los productos que la marca distingue.

Asimismo, la carga de la prueba de notoriedad corresponderá a quien la alegue, a quien le corresponderá servirse de los medios procesales que estén previstos en el derecho nacional para este efecto.

En el presente caso, el Tribunal solicitante deberá determinar si CRISTAL es una marca notoria, y por tanto, si debe o no probar la notoriedad. De dicho examen se podrá

deducir que puede romper el principio de especialidad, por el riesgo de confusión que pudiera existir en los consumidores, que al adquirir CRISTAL se refiera a una cerveza y no se confundan con KRYZTAL PLUS y adquieran lejía u otro producto de limpieza.

Consecuentemente, **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,**

CONCLUYE:

Primero: Un signo para ser registrado como marca debe reunir los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica establecidos por el artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Además es necesario que la marca no esté comprendida en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344.

Segundo: No son registrables los signos que en relación con derechos de terceros sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, y que estén destinadas a amparar productos o servicios idénticos o semejantes, de modo que puedan inducir a los consumidores a error.

Tercero: El titular de una marca provista de un elemento de carácter genérico, o de uso común, o evocativo de una cualidad del producto, o que se ha tornado banal por el crecido número de registros marcarios que lo contienen, no puede impedir su inclusión en signos de terceros, por ser inapropiable en exclusiva, ni puede fundamentar en ese único hecho el riesgo de confusión entre los signos en disputa.

Cuarto: En la comparación entre signos mixtos o entre un signo mixto y uno denominativo, el elemento predominante en el conjunto marcario es generalmente el denominativo, vista su relevancia para que el público consumidor identifique la marca y distinga el producto, lo que no obsta para que, por su tamaño, color y ubicación, el elemento gráfico pueda ser el decisivo, debiendo siempre tomarse en cuenta el conjunto que conforma la marca.

En el caso de autos, la comparación entre los signos habrá de hacerse desde sus elementos gráfico, fonético y conceptual, pero conducida por la impresión unitaria que cada signo en disputa habrá de producir en la sensorialidad igualmente unitaria del consumidor o usuario medio, destinatario de los productos correspondientes. Por tanto, la valoración deberá hacerse sin descomponer la unidad de cada signo, de modo que, en el conjunto de los elementos que lo integran, el todo prevalezca sobre sus partes, a menos que aquél se halle provisto de un elemento dotado

de tal aptitud distintiva que, por esta razón especial, se constituya en factor determinante de la valoración.

Quinto: El riesgo de confusión entre los signos confrontados en el presente caso, se deducirá posteriormente a la realización del examen comparativo, en el que se deberán considerar los criterios aportados por la doctrina y la jurisprudencia, y los que han sido desarrollados en esta interpretación prejudicial.

Sexto: La protección especial que se otorga a la marca notoriamente conocida, en relación con el producto o servicio que constituya su objeto, se extiende -caso de haber riesgo de confusión por similitud con un signo que constituya su reproducción, imitación, traducción o transcripción, total o parcial- con independencia de la clase a que pertenezca el producto o servicio de que se trate y del territorio en que haya sido registrada, pues se busca prevenir su aprovechamiento indebido, así como impedir el perjuicio que el registro del signo similar pudiera causar a la fuerza distintiva o a la reputación de aquélla.

La notoriedad de la marca no se halla implícita en la circunstancia de ser ampliamente conocida, sino que, por tratarse de una cuestión de hecho, es necesaria la demostración suficiente de su existencia.

Séptimo: Marca notoria es 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 es aplicable, porque ha sido ampliamente difundido entre dicho grupo. La Decisión 344 protege a la marca notoria cuando exista el riesgo de confusión con independencia del tipo de productos. Corresponde al juez nacional determinar la condición de la marca.

De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal, el Juez Nacional Consultante, al emitir el respectivo fallo, deberá adoptar la presente interpretación dictada con fundamento en las señaladas normas del ordenamiento jurídico comunitario. Deberá así mismo, dar cumplimiento a las prescripciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 128 del vigente Estatuto.

Notifíquese al Consultante mediante copia certificada y sellada de la presente interpretación, la que también deberá remitirse a la Secretaría General de la Comunidad Andina a efectos de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Moisés Troconis Villarreal
PRESIDENTE

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Olga Inés Navarrete Barrero
MAGISTRADA

Mónica Rosell Medina
SECRETARIA

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.-

Mónica Rosell
SECRETARIA

ACUERDO DE CARTAGENA

PROCESO 04-IP-2005

Interpretación prejudicial de los artículos 134 y 135 literal e) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, de acuerdo a la solicitud formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Marca: WOK (mixta). Actor: Benjamín Villegas Bayer. Proceso Interno N° 2002-00275 (8181).

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

VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial y sus anexos, remitida por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, por intermedio de su Consejero Ponente Doctor Camilo Arciniegas Andrade, relativa a los artículos 134 y 135 literal e) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, dentro del proceso interno N° 2002-00275 (8181).

El auto de 16 de marzo del 2005, mediante el cual este Tribunal decidió admitir a trámite la referida solicitud de interpretación prejudicial por cumplir con los requisitos contenidos en los artículos 32 y 33 del Tratado de Creación del Tribunal y 125 del Estatuto; y,

Los hechos relevantes señalados por el consultante en la solicitud que se acompaña al oficio N° 2145 de 1 de diciembre del año 2004, complementados con los documentos incluidos en anexos.

1. Partes en el proceso interno

Demandante es el señor Benjamín Villegas Bayer y demandada es la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia. Interviene como tercero interesado la sociedad INVERSIONES HAVI Ltda.

2. Hechos

BENJAMIN VILLEGAS BAYER, el 7 de febrero del 2001, presentó solicitud de registro de la marca WOK (mixta), para identificar servicios de bar, restaurante y venta de productos alimenticios al por mayor y al detal dentro de la clase 42 de la Clasificación Internacional de Niza. El 27 de marzo del 2001, fue publicado el extracto de la solicitud en la Gaceta de la Propiedad Industrial.

La sociedad INVERSIONES HAVI LIMITADA presentó oposiciones, argumentando que WOK (MIXTA) carece de distintividad y es descriptiva de la calidad y otras características e informaciones de los servicios que pretende identificar y que, además, es idéntica o semejante a una enseña comercial denominada H. SAZON WOK & SATAY BAR RESTAURANTE.

Mediante Resolución N° 28806 de 31 de agosto del 2001, la Jefe de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia declaró infundada la oposición y concedió el registro de la marca WOK (mixta), argumentando que la marca objeto de la solicitud no está comprendida en la causal de irregistrabilidad establecida en el artículo 135 literal e) ni en la del artículo 136 literal b) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y que "... De las pruebas aportadas por el opositor no encontramos prueba que demuestre que la enseña que se encuentra en uso es H. SASSON WOK & SATAY BAR RESTAURANTE ... el nombre con el cual se identifica el restaurante en su puerta de entrada es H. SASSON".

La sociedad INVERSIONES HAVI LIMITADA interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación, el primero fue resuelto por Resolución N° 38528 de 27 de noviembre del 2001 que confirmó la Resolución impugnada y el segundo por la Resolución N° 3386 de 31 de enero del 2002, en la que el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial revocó la Decisión contenida en la Resolución N° 28806, declaró fundada la oposición y negó el registro de la marca WOK (mixta).

3. Fundamentos Jurídicos de la demanda

El actor indica que "Por indebida aplicación derivada de falsedad en la motivación, la Resolución N° 033386 ... contraviene el Artículo 135, literal e) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad andina". Dice que las argumentaciones de la Superintendencia carecen de sustento probatorio.

Sostiene que: "... la palabra WOK es de origen chino y no existe en nuestro idioma. Por lo tanto, es de suponer que no es conocida por la población de nuestro país. En efecto, por tratarse de un término que designa un utensilio de cocina proveniente de otro país, su significado sólo es conocido por personas que tienen conocimientos especializados en comida extranjera, pero no por todo el público consumidor".

Igualmente sostiene que "La palabra WOK, entendida como un utensilio de cocina, no describe el servicio de bar y restaurante ... hace alusión al instrumento mediante el cual se preparan ciertos alimentos. Es decir, la palabra WOK trae al consumidor la idea del utensilio empleado para preparar los alimentos que se venden a través del servicio de restaurante y bar. Lo anterior implica que la marca

solicitada no consiste exclusivamente en una descripción del servicio. El hecho de que traiga a la mente del consumidor la idea de que la comida se preparó un (sic) dicho instrumento, hace que la marca sea evocativa, pero de ningún modo descriptiva". Indica que "... se aportaron pruebas con las cuales se demostró que el vocablo WOK sólo identifica el instrumento de cocina y no la comida que con él se prepara ...".

El demandante manifiesta que: "... afirmar que la palabra WOK es irregistrable para distinguir servicios de bar y restaurante porque es un instrumento que otorga características especiales a los alimentos, es inadmisibles, pues TODOS los utensilios de cocina otorgan a los alimentos características especiales". Por lo tanto concluye diciendo que "... es impreciso y errado afirmar que existe un tipo especial de comida WOK o al WOK ... pues se estaría afirmando básicamente que múltiples platos, postres, sopas y ensaladas de países con culturas tan diferentes como China, Japón, Singapur, Indonesia y Malasia entre otros, son un mismo tipo de comida".

Finalmente argumenta que se violó el artículo 134 de la Decisión 486 y que "... la marca WOK ... es registrable, pues simplemente evoca una idea en el consumidor, sin describir directamente ninguna de las cualidades o características del servicio que se pretende prestar...".

4. Fundamentos Jurídicos de la contestación a la demanda:

La Superintendencia de Industria y Comercio, al contestar la demanda dice:

Que "Con la expedición de la resolución N° 3386 ...expedida por el Jefe de la División de Signos Distintivos no se ha incurrido en violación de las normas contenidas en la Decisión 486 de la Comunidad Andina (sic)". Igualmente dice que "Es claro e inequívoco que la Decisión 486 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 adoptarse por la Oficina Nacional Competente en materia de marcas".

Que "... la marca 'WOK' (sic) se encontraba incurso en la causal de irregistrabilidad contenida en el literal e) del artículo 135 de la Decisión 486 ... toda vez que describe una característica o cualidad de algunos de los servicios de la clase 42 sobre los cuales se pretende amparar". Indica que "La expresión WOK, para distinguir servicios de bar, restaurante y venta de productos alimenticios al por mayor y al detal no cuenta con la distintividad por los consumidores como un instrumento que, permite cocinar los alimentos a altas temperaturas, sin que éstos pierdan su textura, color y nivel nutricional. En este orden un consumidor promedio al entrar en contacto con el signo capta fácilmente su definición (WOK) que utilizada para restaurantes indicaría clara y directamente que se trata de comida preparada al WOK".

Que: "... entendiendo que de la expresión WOK, su definición corresponde a un instrumento que imprime una característica especial a una determinada comida, no debe ser procedente otorgar su registro en la medida que un

consumidor promedio al advertir que, el tipo de comida preparada bajo aquel instrumento tiene características especiales, esto es y no otra razón la que le permitirá recordar el tipo de comida, es decir por el nombre de aquel instrumento WOK, lo que ...iría en detrimento de los demás competidores es claro que, la expresión que se pretende registrar describe características de los servicios ...”.

Igualmente sostiene que “... la marca WOK (sic) para distinguir servicios comprendidos en la clase 42 es irregistrable conforme a lo dispuesto en la Decisión 486 ...el acto administrativo acusado ... no es nulo, se ajusta a pleno derecho y a las disposiciones legales vigentes aplicables sobre marcas y no violenta normas de carácter legal como lo sostiene la parte demandante”.

La sociedad **INVERSIONES HAVI LTDA.**, como tercero interesado, contesta la demanda diciendo que: “Para el presente caso tenemos que WOK es un instrumento comúnmente utilizado dentro de la cocina de los diferentes países orientales, por lo cual su grado de conocimiento debe estudiarse de conformidad con el público consumidor medio de este tipo de cocinas JAPONESA, VIETNAMITA, TAILANDESA, CHINA MALAYA, etc.”.

Dice que “... encontramos que no el común de las personas dentro de mercado colombiano conoce y consume comidas vietnamitas, japonesas, tailandesas o japonesas. Generalmente el gusto por este tipo de cocinas está reservado a personas de niveles y clases sociales altas, así mismo a personas provenientes de dichas regiones que viven en nuestro país, sin importar su nivel económico. Es dentro de este público consumidor especializado que debe estudiarse el grado de conocimiento del significado de la expresión WOK, pues resulta obvio que para personas de pocos recursos económicos que no tienen conocimiento alguno de comida internacional, la mencionada palabra resulta desconocida ... es dable entender que el público consumidor medio de cocina internacional, conoce ampliamente la expresión WOK y que ésta le transmite clara y directamente información relevante sobre los servicios de RESTAURANTE y BAR”.

Indica que “... dada la relevancia e importancia del WOK dentro de la comida de origen oriental ... los empresarios y consumidores de ese tipo de comida conocen si siquiera (sic) de manera superficial que se trata de un utensilio en el cuál se prepara la comida de dicho origen”. Igualmente indica que aún en el caso de que se admita que “... la mayoría de consumidores de comida internacional ... no conocen el significado de la expresión WOK, aún así es irregistrable, pues ésta, al consistir en el nombre de un instrumento de cocina que le otorga características especiales a las comidas en él preparadas, es descriptiva para distinguir servicios de restaurantes en los cuales se ofrece comida preparada en WOK”.

Dice que “... nos encontramos ante un sustantivo WOK que refiere cualidades y propiedades de servicios de restaurantes, pues indica (i) que la comida proveída por ellos se hace en el WOK, y (ii) que muy seguramente se trata de comida de origen oriental”.

Finalmente argumenta “... que la expresión WOK, no es distintiva sino explicativa de los servicios de bar y restaurante”.

CONSIDERANDO:

Que las normas contenidas en los artículos 134 y 135 literal e) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, cuya interpretación ha sido solicitada, forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, conforme lo dispone el literal c) del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal;

Que este Tribunal es competente para interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros, siempre que la solicitud provenga de Juez Nacional también con competencia para actuar como Juez Comunitario, como lo es, en este caso, el Tribunal Consultante, en tanto resulten pertinentes para la resolución del proceso, conforme a lo establecido por el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (codificado mediante la Decisión 472), en concordancia con lo previsto en los artículos 2, 4 y 121 del Estatuto (codificado mediante la Decisión 500);

Que teniendo en cuenta que la solicitud del registro del signo WOK (mixto) se presentó el 7 de febrero del 2001, es decir en vigencia de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, los hechos controvertidos y las normas aplicables se encuentran dentro de la referida Decisión 486, por lo que, dando curso a lo expresamente solicitado por el consultante se interpretarán los artículos 134 y 135 literal e) de la misma Decisión.

Decisión 486

(...)

“**Artículo 134.-** A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.

Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos:

- a) las palabras o combinación de palabras;
- b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos;
- c) los sonidos y los olores;
- d) las letras y los números;
- e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores;
- f) la forma de los productos, sus envases o envolturas;
- g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores”.

“Artículo 135.- No podrán registrarse como marcas los signos que:

(...)

- e) consistan exclusivamente en un signo o indicación que pueda servir en el comercio para describir la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de producción y otros datos, características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales ha de usarse dicho signo o indicación, incluidas las expresiones laudatorias referidas a esos productos o servicios;*

(...)”.

I. La marca y los requisitos para su registro

El artículo 134 de la Decisión 486 al referirse a la marca dice: “...constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro ...”. Este artículo tiene un triple contenido, da un concepto de marca, indica los requisitos de un signo para ser registrado como tal y hace una enumeración ejemplificativa de los signos registrables.

Con base al concepto del artículo 134 de la Decisión 486 se define la marca como un bien inmaterial constituido por un signo conformado por palabras o combinación de palabras, imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas, escudos, sonidos, olores, letras, números, colores o combinación de colores, forma de los productos, sus envases o envolturas y otros elementos de soporte, individual o conjuntamente estructurados que, susceptibles de representación gráfica, sirvan para distinguir en el mercado productos o servicios, a fin de que el consumidor o usuario medio los identifique, valore, diferencie y seleccione sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio. Este artículo hace una enumeración enunciativa de los signos que pueden constituir marcas, por lo que el Tribunal dice que “Esta enumeración cubre los signos denominativos, gráficos y mixtos, pero también los tridimensionales, así como los sonoros y olfativos, lo que revela el propósito de extender el alcance de la noción de marca”. (Proceso 92-IP-2004, publicado en la G.O.A.C. N° 1121 del 28 de setiembre del 2004, marca: denominación “UNIVERSIDAD VIRTUAL”).

El requisito de perceptibilidad, que estaba expresamente establecido en la Decisión 344, se encuentra implícitamente contenido en esta definición toda vez que, un signo para que pueda ser captado y apreciado es necesario que pase a ser una impresión material identificable a fin de que, al ser aprehendido por medios sensoriales y asimilado por la inteligencia, penetre en la mente de los consumidores o usuarios. Sobre la perceptibilidad José Manuel Otero Lastres dice: “... es un acierto del artículo 134 no exigir expresamente el requisito de la ‘perceptibilidad’, porque ya está implícito en el propio concepto de marca como bien inmaterial en el principal de sus requisitos que es la aptitud distintiva” (Otero Lastres, José Manuel, Régimen de Marcas en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena (sic). Revista Jurídica del Perú. Junio, 2001, p. 132). Por su parte

Ricardo Metke Méndez sostiene que “Los requisitos de la distintividad y de la perceptibilidad que establecía expresamente la Decisión 344, se encuentran implícitos en la definición ...” (Mertke Méndez, Ricardo. Lecciones de Propiedad Industrial, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda, Baker & McKenzie, Medellín, Colombia, septiembre 2001. p. 57).

En consecuencia, la representación gráfica juntamente con la distintividad constituyen los requisitos expresamente exigidos.

La susceptibilidad de representación gráfica, es la aptitud que tiene un signo de ser descrito o reproducido en palabras, imágenes, fórmulas u otros soportes escritos, es decir, en algo perceptible para ser captado por el público consumidor.

Sobre el tema, Marco Matías Alemán sostiene: “La representación gráfica del signo es una descripción que permite formarse la idea del signo objeto de la marca, valiéndose para ello de palabras, figuras o signos, o cualquier otro mecanismo idóneo, siempre que tenga la facultad expresiva de los anteriormente señalados”. (Alemán, Marco Matías, “Normatividad Subregional sobre Marcas de Productos y Servicios”, Top Management, Bogotá, p. 77).

Sobre esta característica el Tribunal ha indicado que “tiene que ver directamente con la necesidad de que el signo cuyo registro se solicita pueda ser dado a conocer a través de la publicación ... Está constituida por la descripción que permite la publicación y el archivo de la denominación solicitada”. (Proceso 2-IP-2003, publicado en G.O.A.C. N° 912 del 25 de marzo del 2003, marca: MISS SUCRE).

La distintividad, es la capacidad que tiene un signo para individualizar, identificar y diferenciar en el mercado los productos o servicios, haciendo posible que el consumidor o usuario los seleccione. Es considerada como característica esencial que debe reunir todo signo para ser registrado como marca y constituye el presupuesto indispensable para que ésta cumpla su función principal de identificar e indicar el origen empresarial y en su caso incluso, la calidad del producto o servicio, sin riesgo de confusión o asociación.

En cuanto al requisito de la distintividad, si bien este artículo con relación a lo que disponía el artículo 81 de la Decisión 344 no hace expresa mención a la “suficiente” distintividad, sin embargo exige que el signo sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado, con relación a productos o servicios producidos o comercializados por otra persona. Prevé, asimismo, que la inexistencia de distintividad es causal de irregistrabilidad conforme dispone el literal b) del artículo 135 de la misma Decisión 486.

Se reconoce tanto una capacidad distintiva “intrínseca” como una capacidad distintiva “extrínseca”, la primera se refiere a la aptitud individualizada del signo, mientras que la segunda se refiere a su no confundibilidad con otros signos.

La marca salvaguarda tanto el interés de su titular al conferirle un derecho exclusivo sobre el signo distintivo, como el interés general de los consumidores o usuarios, garantizándoles el origen y la calidad de los productos o servicios, evitando el riesgo de confusión o error, tornando así transparente el mercado.

En consecuencia, el Juez Consultante debe analizar en el presente caso, si el signo WOK (mixto) cumple con los requisitos del artículo 134, y si no se encuentra dentro de las causales de irregistrabilidad previstas en los artículos 135 y 136, de la referida Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

II. Signos mixtos

El Tribunal considera necesario examinar lo concerniente a las marcas mixtas puesto que tienen relación directa con el caso concreto, objeto de la interpretación prejudicial.

Las marcas mixtas se componen de un elemento denominativo (una o varias palabras) y un elemento gráfico (una o varias imágenes). La combinación de estos elementos al ser apreciados en su conjunto produce en el consumidor una idea sobre la marca que le permite diferenciarla de las demás existentes en el mercado. Sin embargo al efectuar el examen de registrabilidad se debe identificar cuál de estos elementos prevalece y tiene mayor influencia en la mente del consumidor, si el denominativo o el gráfico. A fin de llegar a tal determinación, *“en el análisis ... hay que fijar cuál es la dimensión más característica que determina la impresión general que ... suscita en el consumidor... debiendo el examinador esforzarse por encontrar esa dimensión, la que con mayor fuerza y profundidad penetra en la mente del consumidor y que, por lo mismo, determina la impresión general que el signo mixto va a suscitar en los consumidores ...”*. Con relación a la prevalencia de estos elementos, la doctrina también dice que se debe determinar la *“situación y el relieve del componente gráfico en el conjunto de la marca mixta; y sobre todo, la notoriedad del componente gráfico común a las marcas comparadas. En cambio, si el elemento gráfico no evoca concepto alguno, el denominativo desplazaría en principio al gráfico, siendo en ese caso, y en definitiva, aquel elemento el predominante, y en el cual debe centrarse el análisis comparativo”*. (Fernández- Novoa, Carlos, “Fundamentos de Derecho de Marcas”, Editorial Montecorvo S. A., Madrid 1984, p. 237 a 240).

El Tribunal ha reiterado: *“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. El elemento gráfico suele ser de mayor importancia cuando es figurativo o evocador de conceptos, que cuando consiste simplemente en un dibujo abstracto.”* (Proceso 26-IP-98, publicado en la G.O.A.C. N° 410 de 24 de febrero de 1999, marca: C.A.S.A. mixta).

La jurisprudencia también dice: *“La marca mixta es una unidad, en la cual se ha solicitado el registro del elemento nominativo como el gráfico, como uno solo. Cuando se otorga el registro de la marca mixta se la protege en su integridad y no a sus elementos por separado”*. (Proceso 55-IP-2002, publicado en la G.O.A.C. N° 821 del 1 de agosto del 2002, diseño industrial: BURBUJA videos 2000).

En el presente caso, estos criterios deberán ser tomados en consideración a tiempo de realizar el examen de registrabilidad del signo WOK (mixto).

III. Signos descriptivos

La jurisprudencia comunitaria y calificada doctrina han manifestado respecto a las denominaciones descriptivas, que son aquellas que informan a los consumidores exclusivamente lo concerniente a las características de los productos o de los servicios que buscan identificar. Al respecto, el tratadista Fernández Novoa señala que la indicación descriptiva cuyo registro se prohíbe debe tener la virtualidad de comunicar las características (calidad, cantidad, destino, etc.) a una persona que no conoce el producto o servicio.

De ello se comprende por qué, el literal e) del artículo 135 de la Decisión 486, establece la irregistrabilidad de los signos descriptivos, entre otros, los que designen exclusivamente la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de producción u otros datos característicos o informaciones de los productos o de los servicios. Si tales características son comunes a otros productos o servicios pertenecientes a una especie dentro del mismo género, el signo no será distintivo y en consecuencia no podrá ser registrado. La descriptividad de un signo surge principalmente de la relación directa entre éste y los productos o servicios que está destinado a identificar. Una denominación será descriptiva en relación directa con dichos productos o servicios, mas no con todo el universo de productos o servicios. Al respecto sostiene el Tribunal que *“El fundamento de la prohibición viene dado por el interés de los consumidores y de los empresarios en la libre disposición de elementos que forman parte del vocabulario común. De llevarse a cabo, el registro del signo descriptivo conferiría a su titular un monopolio contrario a las reglas de la libre competencia”*. (Proceso 92-IP-2004, publicado en la G.O.A.C. N° 1121 del 28 de setiembre del 2004, caso: UNIVERSIDAD VIRTUAL).

El Tribunal con base en la doctrina, ha sostenido que uno de los métodos para determinar si un signo es descriptivo, es formularse la pregunta de “cómo es” el producto o servicio que se pretende registrar, *“...de tal manera que si la respuesta espontáneamente suministrada -por ejemplo por un consumidor medio- es igual a la de la designación de ese producto, habrá lugar a establecer la naturaleza descriptiva de la denominación”*. (Proceso 27-IP-2001, G.O.A.C. N° 686 del 10 de julio del 2001, marca: MIGALLETITA, citando al Proceso 3-IP-95, publicado en la G.O.A.C. N° 189 de 15 de septiembre de 1995, marca: “CONCENTRADOS Y JUGOS DE FRUTAS TUTTI-FRUTTI S. A.”).

Asimismo, el Tribunal ha sostenido que: *“La descripción del objeto o del servicio a que se refiere un signo o una denominación para que impida el registro debe referirse a una de sus cualidades primarias o esenciales, lo que implica que el consumidor al divisar o escuchar la marca reconozca el producto o servicio que lo protege ... Con sentido opuesto, la descripción o la designación de una cualidad o elemento secundario o accidental del bien, no impide la registrabilidad de un signo. Los términos que son utilizados generalmente como signos descriptivos están constituidos por el uso adjetivado de un sustantivo, los adjetivos y los adverbios que se refieren a la descripción de un bien o servicio”*. (Proceso 92-IP-2004, ya citado).

Es importante tener presente que sólo se denegará el registro del signo, si éste está compuesto exclusivamente por indicaciones descriptivas no distintivas y, en consecuencia, si una o varias indicaciones le otorgan carácter distintivo al signo en su conjunto, éste podrá ser registrado, pero el titular no podrá reivindicar el uso exclusivo de las que fueran puramente descriptivas.

IV. Signos evocativos

Son aquellos que sugieren ciertas cualidades, características o efectos en relación al producto o al servicio que busca distinguir en el mercado, pero a diferencia de los signos descriptivos, no lo describen, sólo poseen la capacidad de transmitir a la mente del consumidor o usuario, una imagen o una idea sobre el producto o servicio que, a través de un esfuerzo imaginativo y de inteligencia, los hace diferenciar de otros, por lo que cumplen con la función distintiva de la marca y pueden ser objeto de registro.

El Tribunal ha manifestado al respecto que, *“Las marcas evocativas o sugestivas no hacen relación directa e inmediata a una característica o cualidad del producto como sucede en las marcas descriptivas. El consumidor para llegar a comprender qué productos o servicios comprende la marca debe utilizar su imaginación, es decir, un proceso deductivo entre la marca o signo y el producto o servicio”*. (Proceso 92-IP- 2004, ya citado).

V. Signos en idioma extranjero

Se presume que las palabras en idioma extranjero y su significado no son de conocimiento común, por lo que, al formar parte de un signo pretendido para ser registrado como marca, se las considera como signo de fantasía, procediendo en consecuencia su registro. Sin embargo, existen palabras extranjeras cuyo conocimiento y significado conceptual se han generalizado. En este caso, cuando una palabra en idioma extranjero que conforma un signo marcario es fácilmente reconocible entre el público consumidor o usuario, sea a causa de su escritura, pronunciación o significado, deberá tenerse en cuenta que *“el carácter genérico o descriptivo de una marca no está referido a su denominación en cualquier idioma. Sin embargo, no pueden ser registradas expresiones que a pesar de pertenecer a un idioma extranjero, son de uso común en los Países de la Comunidad Andina, o son comprensibles para el consumidor medio de esta subregión debido a su raíz común, a su similitud fonética o al hecho de haber sido adoptadas por un órgano oficial de la lengua en cualquiera de los Países Miembros”*. (Proceso N° 16-IP-98, publicado en la G.O.A.C. No. 398 de 10 de septiembre de 1998, marca: SALTIN etiqueta).

El Tribunal asimismo dice que *“... cuando la denominación se exprese en idioma que sirva de raíz al vocablo equivalente en la lengua española al de la marca examinada, su grado de genericidad o descriptividad deberá medirse como si se tratara de una expresión local, lo cual sucede frecuentemente con las expresiones en idiomas latinos como el Italiano o el Francés que por hablarse o entenderse con mayor frecuencia entre personas de habla hispana o por tener similitud fonética, son de fácil comprensión para el ciudadano común”*. (Proceso N° 3- IP-95, ya citado).

En virtud de lo anteriormente expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

PRIMERO: Un signo para que sea registrable como marca debe ser apto para distinguir productos o servicios en el mercado y ser susceptible de representación gráfica de conformidad con los criterios sentados en la presente interpretación prejudicial, además de no estar incurso en las causales de irregistrabilidad establecidas en los artículos 135 y 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

SEGUNDO: En el análisis de registrabilidad de un signo mixto el elemento denominativo 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 determinantes, lo que conlleva la necesidad de que el Juez Consultante examine los elementos distintivos del signo.

TERCERO: Los signos descriptivos no son registrables cuando refieren a los consumidores exclusivamente lo concerniente a las propiedades o características de los productos o de los servicios que pretenden amparar, salvo que estén acompañados de uno o varios elementos que le proporcionen la suficiente distintividad.

CUARTO: Los signos evocativos sugieren ciertas cualidades, características o efectos en relación al producto o al servicio que buscan distinguir en el mercado y poseen la capacidad de transmitir a la mente del consumidor o usuario, una imagen o una idea sobre el producto o servicio que, a través de un esfuerzo imaginativo y de inteligencia, los hace diferenciar de otros, por lo que cumplen con la función distintiva de la marca y pueden ser objeto de registro.

QUINTO: Se presume que las palabras en idioma extranjero y su significado no son de conocimiento común, por lo que, al formar parte de un signo solicitado para registro como marca, se las considera como de fantasía, procediendo, en consecuencia, su registro. Sin embargo, si su significado se ha hecho del conocimiento de la mayoría del público consumidor o usuario y contienen vocablos genéricos, descriptivos o de uso común, la denominación no será registrable.

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 N° 2002-00275 (8181), de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 127 de su Estatuto, así como dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 128, párrafo tercero, del mismo.

NOTIFIQUESE y remítase copia de la presente interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Moisés Troconis Villarreal
PRESIDENTE

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Olga Inés Navarrete Barrero
MAGISTRADA

Mónica Rosell
SECRETARIA

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.

Mónica Rosell
SECRETARIA

ACUERDO DE CARTAGENA

RESOLUCION 916

Precios de Referencia del Sistema Andino de Franjas de Precios para la primera quincena de junio del 2005, correspondientes a la Circular N° 245 del 19 de mayo del 2005

LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Decisión 371 de la Comisión sobre el Sistema Andino de Franjas de Precios, la Resolución 887 de la Secretaría General y el Reglamento de

Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, contenido en la Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; y,

CONSIDERANDO: Que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 22 de la Decisión 371, y para efectos de la aplicación de las Tablas Aduaneras publicadas en la Resolución 887, o de efectuar los cálculos establecidos en los artículos 11, 12, 13 y 14 de la Decisión 371, la Secretaría General debe comunicar quincenalmente a los Países Miembros los Precios de Referencia del Sistema Andino de Franjas de Precios;

Que es necesario facilitar a las autoridades aduaneras nacionales la aplicación oportuna de los Precios de Referencia, evitando la necesidad de someter dichos precios a ratificación mediante disposiciones internas y publicación en diarios oficiales;

Que en virtud del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General hacen parte del ordenamiento jurídico andino;

Que de acuerdo al artículo 4 del Tratado citado, los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, y se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación; y,

Que de conformidad con lo establecido en los artículos 17, 37 y 44 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, se señala que contra la presente Resolución cabe interponer recurso de reconsideración dentro de los 45 días siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial, así como acción de nulidad ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de los dos años siguientes a la fecha de su entrada en vigencia;

RESUELVE:

Artículo 1.- Se fijan los siguientes Precios de Referencia del Sistema Andino de Franjas de Precios correspondientes a la primera quincena de junio del 2005:

NANDINA	PRODUCTO MARCADOR	PRECIO DE REFERENCIA (USD/t)	
0203.29.00	Carne de cerdo	2 025	(Dos mil veinticinco)
0207.14.00	Trozos de pollo	1 032	(Un mil treinta y dos)
0402.21.19	Leche entera	2 387	(Dos mil trescientos ochenta y siete)
1001.10.90	Trigo	175	(Ciento setenta y cinco)
1003.00.90	Cebada	140	(Ciento cuarenta)
1005.90.11	Maíz amarillo	112	(Ciento doce)
1005.90.12	Maíz blanco	128	(Ciento veintiocho)
1006.30.00	Arroz blanco	337	(Trescientos treinta y siete)
1201.00.90	Soya en grano	267	(Doscientos sesenta y siete)
1507.10.00	Aceite crudo de soya	503	(Quinientos tres)
1511.10.00	Aceite crudo de palma	459	(Cuatrocientos cincuenta y nueve)
1701.11.90	Azúcar crudo	212	(Doscientos doce)
1701.99.00	Azúcar blanco	284	(Doscientos ochenta y cuatro)

Artículo 2.- Los Precios de Referencia indicados en el artículo anterior, se aplicarán a las importaciones que arriben a puertos de la Comunidad Andina entre el primero y el quince de junio del año dos mil cinco.

Artículo 3.- Para la determinación de los derechos variables adicionales o las rebajas arancelarias que correspondan a los Precios de Referencia indicados en el artículo 1, se podrán utilizar las Tablas Aduaneras publicadas en la Resolución 887 de la Secretaría General, o se efectuarán los cálculos que se establecen en los artículos 11, 12, 13 y 14 de la Decisión 371.

Artículo 4.- Comuníquese a los Países Miembros la presente Resolución, la cual entrará en vigencia a partir de su fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los veinte días del mes de mayo del año dos mil cinco.

ALLAN WAGNER TIZON
Secretario General

ACUERDO DE CARTAGENA

RESOLUCION 917

Recurso de Reconsideración interpuesto por la República del Ecuador contra la Resolución 895 de la Secretaría General

LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: El artículo 30, literal a), y el Capítulo VI sobre el Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena; el artículo 4 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina contenido en la Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; y,

CONSIDERANDO: Que el 28 de enero del 2005 la Secretaría General emitió la Resolución 895, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1162 del 31 de enero del 2005, mediante la cual determinó que el cobro de la tasa por la prestación del servicio de inspección fitosanitaria a la importación de frutas establecida por el Gobierno del Ecuador, constituye un gravamen en los términos del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, que incide sobre la importación de productos originarios del territorio de los Países Miembros y, por lo tanto, vulnera el Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena. En la misma Resolución se concedió al Gobierno ecuatoriano un plazo de diez (10) días hábiles para dejar sin efecto el indicado gravamen;

Que el Gobierno de Ecuador, mediante fax N° 091 DININ recibido el 14 de marzo del 2005, interpuso un recurso de reconsideración contra la Resolución 895 de la Secretaría General, y a su vez solicitó se le conceda audiencia para exponer oralmente sus alegatos;

Que la Secretaría General, mediante comunicación SG/X/0.11/306/2005 de 21 de marzo del 2005, informó a los demás Países Miembros sobre el recurso de reconsideración presentado por el Gobierno del Ecuador, a efectos de que presentaran las observaciones pertinentes;

Que el 30 de marzo del 2005, se llevó a cabo en la sede de la Secretaría General, la audiencia solicitada por el Gobierno del Ecuador, en la que representantes del Servicio Ecuatoriano de Sanidad Agropecuaria (SESA) expusieron los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el recurso de reconsideración. Adicionalmente presentaron 25 fojas que contienen información relacionada con el cobro por servicio de inspección fitosanitaria que presta el SESA para la importación de frutas frescas;

Que el 14 de abril del 2005, mediante comunicación SG-F/0.11/543/2005, la Secretaría General consideró necesaria la presentación de documentación probatoria adicional, a fin de emitir un pronunciamiento respecto de los argumentos expuestos en el recurso de reconsideración. Para tal efecto, prorrogó el plazo para emitir la correspondiente Resolución por un lapso de 15 días calendario y concedió al Gobierno del Ecuador un plazo de 10 días calendario para que presentara información específica que permita a la Secretaría General evaluar la proporcionalidad de la tasa y los servicios de inspección fitosanitaria prestados por el SESA;

Que el 28 de abril del 2003, fuera del plazo concedido, el Gobierno del Ecuador solicitó una prórroga adicional a fin de presentar la información requerida por la Secretaría General;

Que sobre dicha petición de prórroga, el artículo 44 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General establece que el plazo para resolver el recurso de reconsideración podrá ser prorrogado "hasta por 15 días adicionales". En el presente caso, la Secretaría General procedió a prorrogar el plazo, mediante comunicación SG-F/0.11/543/2005, de 14 de abril del 2005. Consecuentemente, no procede la concesión de la prórroga solicitada;

Argumentos del Gobierno del Ecuador en el recurso de reconsideración

Que el Gobierno del Ecuador, en su recurso de reconsideración, presentó los siguientes argumentos principales:

- El Servicio Ecuatoriano de Sanidad Agropecuaria (SESA) es una entidad pública que tiene entre sus fines fundamentales: "proteger y mejorar, en coordinación con otras instituciones, el estado sanitario y fitosanitario de la población ganadera y de los cultivos agrícolas; además de establecer los mecanismos y procedimientos de control necesarios para impedir el ingreso y diseminación de plagas exóticas o de importancia cuarentenaria";
- El concepto de gravamen recogido por el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena nada tiene que ver con los cobros por servicios que el SESA presta para satisfacer una necesidad social que se encuadra en lo establecido en el último párrafo del mencionado artículo;

- Los cobros realizados por el SESA, están divididos en tres aspectos: servicios de inspección, laboratorio y riesgos de producto. Al mismo tiempo estos cobros se relacionan con los pagos profesionales, costos por los exámenes y resultados de laboratorio, y el riesgo que podría ocasionar una plaga y una enfermedad de carácter exótico en el país, en caso de no realizarse el servicio que presta la institución;
- Es una obligación y un derecho del Ecuador implementar las medidas necesarias para salvaguardar la salud humana, la salud animal, la biodiversidad y la producción agropecuaria, aplicando procedimientos sanitarios o fitosanitarios contemplados en los Acuerdos y Convenios Internacionales de los que la República de Ecuador forma parte;
- La Ley de Sanidad Vegetal del Ecuador y su Reglamento, establecen los procedimientos para la importación de productos agrícolas. Entre estos se establece la emisión del permiso fitosanitario previo a la importación, en el cual se dan a conocer los requisitos fitosanitarios, que deben ser verificados en los puestos de ingreso, para asegurar que no existan plagas de importancia cuarentenaria para el Ecuador. Entre los mecanismos previstos en la ley para garantizar la calidad fitosanitaria de los productos están: la inspección visual y toma de muestras para análisis de laboratorio;
- El Gobierno de Ecuador no acepta la comparación que la Secretaría General hace para resolver, cuando toma como base la jurisprudencia emitida por el Tribunal Andino que amplía el concepto de gravamen y se refiere a los servicios prestados al importador como son las operaciones de descargue, estiba y desestiba, utilización de puertos, etc., porque nada tienen que ver con las responsabilidades que tiene el SESA frente a la protección sanitaria;
- La Ley de la Inversión y la Participación Ciudadana del Ecuador faculta a las Instituciones del Estado a establecer el pago por los servicios de control, inspecciones, autorizaciones, permisos, licencias u otros de similar naturaleza, a fin de recuperar los costos en los que incurrieren para ese propósito.

Que adicionalmente, en la memoria resumen de las conclusiones expuestas el 30 de marzo del 2005, en audiencia oral celebrada en la sede de la Secretaría General, además de ratificar los argumentos expuestos en el recurso de reconsideración, el Gobierno del Ecuador presentó un cuadro que contiene datos sobre el “costo por trámite de inspección de 10 TM de importación de productos agrícolas” y una relación del presupuesto del SESA aprobado para el año 2004.

Apreciaciones de la Secretaría General

Que en su Resolución 895, la Secretaría General determinó que el cobro de la tasa por servicio de inspección fitosanitaria a la importación de frutas originarias de la Subregión constituye un gravamen a los efectos del Programa de Liberación. Para dicha determinación, la Resolución 895 consideró: “Que el Gobierno del Ecuador no ha demostrado: a) en qué consisten los servicios por inspección fitosanitaria que origina el cobro de la referida tasa; b) que el cobro de la tasa responde a un servicio

efectivamente prestado; y, c) tampoco ha probado que la tasa a ser cobrada guarde relación con el costo de dicho servicio”;

Que en efecto, durante el procedimiento que concluyó con la Resolución 895, la Secretaría General, en varias oportunidades, requirió al Gobierno del Ecuador la justificación técnicaeconómica del cobro de las tasas por el servicio de inspección fitosanitaria. Sin embargo, el Gobierno del Ecuador se limitó a informar que habría un Proyecto de Resolución, mediante el cual se modificarían los valores constantes en las Resoluciones No. 001 y 002 “para lo cual se están realizando las consultas para llegar a un consenso con el sector privado y de esta manera emitir una Resolución Definitiva, que no afecte al libre flujo de los productos agropecuarios que importa nuestro país” (v. fax DININ No. 414 MICIP de 5 de agosto del 2005 del Ministerio de Comercio Exterior del Ecuador). Aun cuando la Secretaría General concedió una prórroga de 20 días para que el Gobierno del Ecuador realizara las consultas pertinentes, no se recibió información alguna que justificara la medida adoptada;

Que en el marco del procedimiento de reconsideración, el Gobierno del Ecuador señaló que “los cobros realizados por el SESA están divididos en tres aspectos: servicios de inspección, laboratorio, y riesgos del producto. Al mismo tiempo estos cobros se relacionan con los pagos profesionales, costos por los exámenes y resultados de laboratorio, y por último el riesgo que podría ocasionar una plaga y una enfermedad de carácter exótica para el país, en caso de no realizarse estos servicios que presta la institución”;

Que sin embargo, el Gobierno del Ecuador no ha demostrado que estas acciones o servicios que presta el SESA se justifican y se exigen en todas y cada una de las importaciones de frutas originarias de la Subregión. En efecto, con base en la información proporcionada por el Gobierno del Ecuador, la Secretaría General no puede determinar la necesidad de que toda importación de frutas de origen subregional requiera análisis de laboratorios o de riesgo del producto;

Que por lo tanto, la Secretaría General ratifica su criterio de que el Gobierno del Ecuador no ha justificado que el cobro de la tasa por inspección fitosanitaria responde a un servicio efectivamente prestado;

Que en relación con el resumen del “costo por trámite de inspección de 10 TM de importación de productos agrícolas” presentado el 31 de marzo del 2005, la Secretaría General observa que dicha información no permite a la Secretaría General evaluar la correspondencia o proporcionalidad entre la tasa exigida y el servicio prestado. Ello en razón de que no se han identificado, en forma precisa, (i) las actividades de inspección que el SESA desarrolla al momento de la importación, (ii) la necesidad y el riesgo sanitario que justifique realizar inspecciones y análisis de laboratorio en todos los casos, (iii) los criterios para la toma de muestras y para realizar la inspección, la frecuencia de dichas inspecciones y el volumen de trabajo y el personal involucrado en cada una de las fases de la inspección sanitaria, y (iv) los costos y depreciación de los equipos de laboratorio utilizados en la inspección, entre otros;

Que la Resolución impugnada precisó que el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena permite a los Países Miembros la aplicación de “tasas y recargos análogos”, siempre que los mismos correspondan al costo aproximado de los servicios prestados, y que, en tal sentido, el cobro de los mismos se rige por el principio de proporcionalidad, como lo ha señalado el Tribunal Andino en su sentencia de fecha 24 de septiembre de 1999 (proceso 12-AN-99, caso CORPEI):

“Las tasas [...] son un gravamen que tiende a la recuperación del costo de un bien o un servicio ofrecido por el Estado, ya sea directamente o a través de empresas o personas particulares. Su cuantía, es decir la tarifa, debe guardar una relación directa y **proporcional** con el costo del bien o servicio prestado [...] a diferencia de lo que ocurre con los impuestos, las tasas son generalmente establecidas para ser pagadas por los usuarios de un servicio determinado y sus tarifas se fijan en **proporción** o en **correspondencia** con el costo de tales servicios” (destacados de esta Resolución);

Que el requisito de proporcionalidad o correspondencia aproximada con el costo de los servicios prestados no ha sido debidamente justificado por la República del Ecuador;

RESUELVE:

Artículo Unico.- Desestimar el recurso de reconsideración interpuesto por la República del Ecuador contra la Resolución 895 de la Secretaría General.

Notifíquese y publíquese.

En cumplimiento de lo establecido en los artículos 17, 37 y 44 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, se informa que contra la presente Resolución no puede interponerse un nuevo recurso de reconsideración, dejándose a salvo el derecho de las partes a recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a través del ejercicio de la acción de nulidad dentro de los dos años siguientes a su entrada en vigencia.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los veinte días del mes de mayo del año dos mil cinco.

ALLAN WAGNER TIZON
Secretario General

ACUERDO DE CARTAGENA

RESOLUCION 918

Recurso de reconsideración de la Resolución 860 sobre actualización de la nómina de bienes no producidos en la Subregión para efectos de la aplicación del Artículo 83 del Acuerdo de Cartagena

LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: El artículo 83 del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones 370, 425, 465 y 507 de la Comisión y la Resolución 860 de la Secretaría General;

CONSIDERANDO: Que, mediante Resolución 860 de la Secretaría General, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1127 del 7 de octubre del 2004, se incluyó en la nómina de bienes no producidos la “tela sin tejer revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 g/m² y menor o igual a 35 g/m² obtenido por proceso de extrusión, exclusivamente para la fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm, identificada dentro de la subpartida 5603.12.00”;

Que, dentro del plazo otorgado por la Decisión 425, la empresa colombiana Familia del Pacífico Ltda. formuló recurso de reconsideración solicitando la revocatoria parcial de la Resolución 860 para excluir de la nómina de bienes no producidos el bien identificado como “tela sin tejer revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 g/m² y menor o igual a 35 g/m² obtenido por proceso de extrusión, exclusivamente para la fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm” que se encuentra dentro de la subpartida 5603.12.00;

Que, dentro de los fundamentos de hecho presentados en su recurso de reconsideración, la empresa Familia del Pacífico Ltda. Señaló que sus fichas técnicas de producción reposan en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. Sin embargo las mismas no fueron puestas en conocimiento de la Secretaría General durante el proceso de verificación que desembocó en la expedición de la Resolución 860, por lo que este órgano comunitario no pudo constatar que dicha empresa produce el bien “tela sin tejer revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 g/m² y menor o igual a 35 g/m² obtenido por proceso de extrusión, exclusivamente para la fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm.”;

Que, asimismo, la empresa Familia del Pacífico Ltda. solicitó que la Secretaría General efectuara una visita técnica de producción en su planta ubicada en la ciudad de Caloto, Parque Industrial y Comercial del Cauca – Vía a Guachene Kilómetro 2 y que, de conformidad al artículo 41 de la Decisión 425, dispusiera la suspensión de los efectos del acto recurrido, debido a que la Resolución 860 podría causar perjuicio irreparable a la empresa;

Que, mediante comunicación SG-F/0.11/1972/2004 del 6 de diciembre del 2004, la Secretaría General acusó recibo del recurso de reconsideración presentado por la empresa colombiana Familia del Pacífico Ltda. y solicitó que en un plazo de diez días hábiles contados a partir de la notificación de la misma presentara prueba conducente a demostrar que producía tela sin tejer, revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 g/m² y menor o igual a 35 g/m² obtenida por proceso de extrusión, exclusivamente para la fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm.;

Que, de otro lado, mediante comunicación SG-X/0.11/1275/2004 del 6 de diciembre del 2004, la Secretaría General remitió a los Países Miembros copia del recurso de reconsideración presentado por la empresa colombiana Familia del Pacífico Ltda., con el fin de que presenten las consideraciones que estimen pertinentes;

Que, con fecha 16 de diciembre del 2004, la empresa Familia del Pacífico Ltda. remitió a la Secretaría General, entre otros, tres muestras de materia prima utilizada y tres muestras de producto laminado, identificadas por ella de la siguiente manera:

1. MATERIAS PRIMAS

Muestra 1: Hidrofóbica no tejida 14 g/m² Bonlam

Muestra 2: M. en proceso Tela no tejida de 15 g/m² Embossing Ovalene (nombre que se le da al grabado de la tela)

Muestra 3: Hidrofóbica no tejida 15 g/m²

2. PRODUCTO TERMINADO

Muestra 3: Laminado TBS 28 g/m² ER: TBS significa textil back sheet; ER: embossing rombolen (nombre que se le da al grabado de la tela)

Muestra 5: Laminado TBS 31 g/m² EO

Muestra 6: Laminado TBS 31 g/m² ER

Que, asimismo, presentó una breve reseña del proceso productivo, las máquinas utilizadas y la muestra que corresponde a cada etapa, señalando que en su planta "... se realiza un proceso de laminado, consistente en la fusión de una película de tela sin tejer de ciertas características con una película de polietileno por medio de extrusión, con el fin de crear un producto llamado laminado TBS que es materia prima para la fabricación de pañales";

Que, mediante comunicación N° 017-DININ, recibida por esta Secretaría General el 20 de enero del 2005, el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad de Ecuador expresó su oposición al recurso de reconsideración presentado por la empresa colombiana Familia del Pacífico Ltda., manifestando que para expedir la Resolución 860 la Secretaría General realizó las respectivas verificaciones en planta determinando que efectivamente no existía producción del producto comprendido en la subpartida 5603.12.00;

Que, de manera complementaria a lo señalado, el Gobierno de Ecuador puso en conocimiento de la Secretaría General la comunicación de la empresa Zaimella del Ecuador S. A. de fecha 17 de enero del 2005, en la cual dicha empresa ecuatoriana indicó que "*Familia del Pacífico (FDP) es un fuerte competidor nuestro en todos los países andinos. Si fuese verdad que esta empresa produce esta materia prima, lo hace para su propio consumo y nunca la ha ofrecido a los clientes usuarios-consumidores de la misma, que son sus propios competidores. FDP no tiene cómo demostrar ventas recurrentes en mercados de exportación. No conocemos de ningún fabricante de pañales de la región que haya recibido ofertas de venta de esta materia prima de parte de FDP.*";

Que, con fecha 25 de enero del 2005, el señor abogado Marcelo Bodero Murillo en representación legal de la compañía ecuatoriana Otelo S. A., dirigió un escrito a la Secretaría General señalando que dicha compañía se dedica, entre otras actividades, a la elaboración de "pañales", para

lo cual utiliza como materia prima el producto identificado en la subpartida 5603.12.00, incorporado en la nómina de bienes no producidos mediante Resolución 860 de la Secretaría General, a partir de la cual su representado solicitó ante el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones del Ecuador (COMEXI) el diferimiento arancelario hasta un 0% ad valorem de dicha subpartida. En ese sentido, indicó que Otelo S. A. es titular de un derecho subjetivo y de un interés legítimo en el presente procedimiento de reconsideración de la Resolución 860 y solicitó una prórroga para hacer valer sus argumentos y pruebas en defensa de la inclusión en la nómina de bienes no producidos de la subpartida 5603.12.00;

Que, en relación con el escrito presentado por el abogado Marcelo Bodero, la Secretaría constató que el mismo no acompañaba el mandato legal que la empresa Otelo S. A. le habría conferido para representar sus intereses ante la Secretaría General de la Comunidad Andina. En tal sentido, mediante comunicación SG-F/0.11/115/2005 del 31 de enero del 2005 la Secretaría General otorgó al señor abogado Marcelo Bodero Murillo una prórroga de cuatro días hábiles a partir de la notificación de la misma, a fin de que presentara el mandato por el cual la empresa Otelo S. A. le otorga representación para actuar en el presente procedimiento de reconsideración de la Resolución 860;

Que, el 4 de febrero del 2005 el señor abogado Marcelo Bodero Murillo presentó la documentación requerida por la Secretaría General y manifestó que "*... los pañales son productos finales que pueden utilizar la materia prima identificada en la subpartida NANDINA 5603.12.00, en un variado rango de gramajes que van desde los 25 hasta los 70 gramos, de los cuales únicamente se pueden diferir, al tenor de lo dispuesto en la Resolución 860, las telas de gramaje de entre 25 y 35 gramos, quedando excluidas de dicha posibilidad las de mayor cantidad.*" En ese sentido, señaló que la empresa colombiana Familia del Pacífico Ltda. tiene la obligación de probar que "*... su producción engloba todas las variantes de entre 25 y 35 gramos que son las que se encuentran en el listado de Bienes No Producidos en la Subregión y no sólo una de éstas.*";

Que, en dicha comunicación Otelo S. A. señaló que para la fabricación de sus pañales utiliza tela sin tejer Clothlike de 32 a 35 g/m², materia prima que no es producida por ninguna empresa de la región y tampoco por la empresa colombiana Familia del Pacífico Ltda. cuya producción se limita a tela Thermobonded de 31 gramos. Asimismo, indicó que la capacidad de producción de la empresa Familia del Pacífico Ltda. está limitada a su consumo interno, dado que es productora de pañales que pueden ser elaborados utilizando cualquiera de las variedades de la subpartida 5603.12.00;

Que, a efectos de probar dicha aseveración, Otelo S. A. adjuntó copia de un correo electrónico de fecha 21 de enero del 2005 que habría sido enviado por un funcionario de la empresa Familia del Pacífico Ltda. al señor Víctor Nader Garzozí, Gerente Administrativo de Otelo S. A., en el cual se aprecia lo siguiente: "*El laminado TBS que nosotros (Familia del Pacífico Ltda.) producimos actualmente es únicamente en 31 gramos con tela Thermobonded elaborada por nosotros, para este mes y el mes de febrero tenemos copada nuestra capacidad debido a los requerimientos de nuestra planta de pañales.*";

Que, mediante comunicaciones SG-X/0.11/118/2005 y SG-F/0.11/156/2005 del 9 de febrero del 2005, la Secretaría General, tomando en cuenta la solicitud expresa de la empresa Otelo S. A., consideró necesario otorgar un plazo adicional de veinte días hábiles a fin de que los interesados y los Países Miembros presentaran pruebas adicionales en el presente procedimiento;

Que, con fecha 18 de febrero del 2005, Familia del Pacífico Ltda. señaló que el interés de la empresa Otelo S. A. radicaba en "... la posibilidad de contar con el suministro oportuno del producto para satisfacer sus procesos de producción de pañales, y demás productos de su línea, trayendo el producto de terceros países con arancel del 0%. Aceptar esta posición, a pesar de existir producción regional, atentaría contra los objetivos del Acuerdo de Cartagena, que buscan la promoción del desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros...". Adicionalmente indicó que "... una cosa es la NO producción regional, que queda reflejada en la Nómina de Bienes No Producidos, y otra es una eventual insuficiencia de abastecimiento, cuyo escenario de discusión no es el presente procedimiento de reconsideración, para lo cual OTELO S.A. tendría otra clase de instrumentos jurídicos diferentes para plantear su pretensión...";

Que, la Secretaría General, mediante comunicación SG-F/0.11/224/2005 del 21 de febrero del 2005, solicitó a la empresa Otelo S. A. la siguiente información:

1. Las pólizas de importación, recibos y facturas que demuestren las compras realizadas por Otelo S. A. en los últimos dos años, del producto comprendido en la subpartida 5603.12.00 en gramajes iguales o superiores a 32 gramos m² e inferior a 35 g/m², en especial respecto aquel de 32 g/m²;
2. Certificado de un organismo de certificación acreditado, identificando el gramaje exacto de las mercancías comprendidas en la subpartida 5603.12.00, empleadas en la fabricación de los pañales producidos por Otelo S. A.; y,
3. Documentación conducente a demostrar que los productos comprendidos en la subpartida 5603.12.00 de 32 gramos m², no podrían ser sustituidos por otros de gramaje diferente en la producción de pañales fabricados por Otelo S. A.

Que, asimismo, mediante comunicación SGF/0.11/223/2005 de la misma fecha, solicitó a la empresa Familia del Pacífico Ltda. lo siguiente:

1. Facturas, recibos y pólizas de exportación relativos a la venta o exportación, que hubiera realizado la empresa Familia del Pacífico Ltda. de los productos comprendidos en la subpartida 5603.12.00 en gramajes iguales o superiores a 25 g/m² e inferior a 35 g/m²;
2. Certificado de un organismo de certificación acreditado, identificando el gramaje exacto de las mercancías comprendidas en la subpartida 5603.12.00, empleadas en la fabricación de los productos indicados en la Ficha Técnica adjunta a la comunicación remitida por Familia del Pacífico a la Secretaría General, mediante la cual dicha empresa presenta prueba; y,

3. Documentación conducente a demostrar que, en la fabricación, los productos comprendidos en la subpartida 5603.12.00 de gramajes superiores a 25 g/m² e inferiores a 35 g/m², pueden sustituirse entre sí, en especial la sustitución que podría existir entre aquellos de 31 g/m² con los de 32 g/m² y viceversa.

Que, como respuesta a la solicitud de la Secretaría General realizada mediante comunicación SG-F/0.11/223/2005, el 1 de marzo del 2005 la empresa Familia del Pacífico Ltda. reiteró su solicitud a efectos de que la Secretaría General realizara una visita de verificación en planta con el objeto de recabar la información requerida;

Que, con fecha 4 de marzo del 2005, en respuesta a la solicitud de la Secretaría General realizada mediante comunicación SG-F/0.11/224/2005, Otelo S. A. presentó lo siguiente:

- Copias de las licencias de importación, facturas, certificados de inspección y cartas de crédito, en su orden, correspondientes a cuatro pedidos hechos en el año 2003 y diez pedidos realizados en el año 2004 de productos comprendidos en la subpartida arancelaria 5603.12.00, exclusivamente de la variante de 32 g/m²; y
- Certificado de inspección expedido por COTECNA del Ecuador S. A. N° 2005/D1196657/COMG-2855, en el cual, dentro de las actividades realizadas en lo que corresponde a la revisión de registros se determina que: "*Previo a la inspección, se revisan los registros semestrales de balances de materia prima, registros de producción, y registros de análisis de calidad de materias primas de producciones anteriores, evidenciando que la Empresa Laboratorios Fabell/Otelo S.A., utiliza el producto TNT PP laminado respirable macrogofrado en diferentes tamaños (250 mm, 295 mm, 315 mm y 335 mm) y un peso de 32 g, para la manufactura de pañales desechables.*"

Que, de otro lado, la empresa Otelo S. A. indicó que, aun asumiendo que la empresa Familia del Pacífico Ltda. produjera la materia prima clasificada en la subpartida 5603.12.00, no la producía en cantidades suficientes para abastecer la demanda subregional, tal como lo prescribe el artículo 83 del Acuerdo de Cartagena. En ese sentido, Otelo S. A. señaló que de eliminarse de la nómina de bienes no producidos el producto "*tela sin tejer revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 gr. y menor o igual a 35 gr. obtenido por proceso de extrusión, exclusivamente para la fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm*" gravándolo con el 15%, se tendría como consecuencia: "*a) forzar a los 'pañaleros' a adquirir el insumo de aquel productor que aduce lo fabrica (aunque paradójicamente éste no pueda abastecer la demanda); o, b) obligaría a adquirir con un sobre costo la materia prima en el extranjero con lo cual el bien final (pañales) en el cual compiten las empresas de la subregión, sería más costoso para todos menos para FAMILIA DEL PACIFICO LTDA.*";

Que, mediante comunicación SG-F/0.11/332/ 2005 del 9 de marzo del 2005, la Secretaría General anunció a la empresa Familia del Pacífico Ltda. que uno de sus funcionarios se apersonaría el día 10 de marzo del 2005 a la planta de dicha

empresa a efectos de realizar la verificación de producción de los bienes comprendidos en la subpartida 5603.12.00, en gramajes iguales o superiores a 25 g/m² e inferior a 35 g/m²;

Que, mediante memorando SG/M/2.18.34/017/2005 el funcionario que realizó la verificación de producción emitió el informe técnico resultante de la visita a la fábrica "Familia del Pacífico Ltda." ubicada en el Parque Industrial y Comercial del Cauca Km. 2 vía Guachené, Caloto - Cauca, Colombia, realizada el 10 de marzo del 2005 desde las 13h45 min. hasta las 19h45 min. en el que se verificaron los siguientes productos y capacidades:

Productos en línea durante la vista	Máquina	Capacidad de producción verificada (t/año)
TNT 30 g/m ² -2990mm	TNT 1	3180
TNT 50 g/m ² -2100mm	TNT 2	2110
PE Film 25g/m ² -1270mm	Cast Line 1	3575
Laminado 31,5 g/m ² -1270 mm	Cast Line 2	4160

Que, el referido informe técnico concluyó lo siguiente: "Luego de la visita y del análisis de la información presentada y relevada, el suscrito da fe que Familia del Pacífico Ltda. tiene capacidad para producir y produce tela sin tejer revestida con polietileno desde 25 hasta 35 g/m² para la fabricación de pañales.";

Que, mediante notas SG-F/0.11/644/2005 y SG-F/0.11/645/2005 de 29 de abril del 2005 y a solicitud realizada por las empresas Otelo S. A. y Farell S. A., la Secretaría General convocó a esas empresas así como a Familia del Pacífico Ltda., a la audiencia de fecha 4 de mayo del 2005, para que expusieran sus alegatos;

Que, en fecha 4 de mayo del 2005, se llevó a cabo la referida audiencia a horas 10:30. En ella, los representantes legales de las indicadas empresas presentaron sus alegatos, con oportunidad a réplica. Asimismo, la Secretaría General solicitó a las empresas que presentaran por escrito sus conclusiones;

Que, en fecha 9 de mayo del 2005, la empresa Familia del Pacífico Ltda. presentó sus conclusiones a la audiencia de 4 de mayo del 2005.

Mediante dicho documento la recurrente manifestó que:

1. En la audiencia "... quedó claramente establecido el hecho que mi poderdante es productora y tiene capacidad instalada para atender el mercado andino, de la subpartida 5603.12.00 ..." Tela sin tejer revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 g/m² y menor o igual a 35 g/m², obtenido por proceso de extrusión, exclusivamente para fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm.
2. "Familia del Pacífico Ltda. tiene producción anterior a la Resolución 860 impugnada de tela tejida laminada en las condiciones en que fue incluida en la Nómina de Bienes No Producidos." Ello, "... resulta determinante para excluir la posibilidad de que se invoque una insuficiencia en la nueva producción como alternativa contemplada en el artículo 83 del Acuerdo de Cartagena por parte de Otelo S.A. de Ecuador."

3. "La empresa Fabell S.A. de Ecuador no está reconocida como tercero interesado para actuar dentro del procedimiento administrativo de incumplimiento. ... solicito no tener en cuenta la actuación de Farell S.A. sino a partir del momento en que acredite, como lo hicimos los demás interesados, su interés legítimo para actuar en el proceso. Asimismo, solicito a la Secretaría General que verifique si el apoderado de Otelo S.A. tenía poder para actuar en representación de Farell S.A., pues de haber actuado sin poder también se vulneran los derechos procesales de mi representada."
4. "La visita de verificación efectuada el 10 de marzo de 2005 dejó plenamente demostrado que Familia del Pacífico Ltda. tiene producción y capacidad instalada para atender el mercado andino de Tela sin tejer revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 gramos y menor o igual a 35 gramos, obtenido por proceso de extrusión exclusivamente para fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm".
5. Los argumentos presentados por el abogado que asistió a la audiencia en representación de Fabell S. A. y Otelo S. A., fueron contradictorios. En relación con esa aseveración, Familia del Pacífico realizó las siguientes consideraciones:
 - 5.1. Sobre el correo electrónico de un funcionario de Familia del Pacífico Ltda. Comunicando a un empleado de Otelo S. A. en el cual se mencionaba que no se podían atender los pedidos de abastecimiento de Otelo, Familia del Pacífico Ltda. Manifestó que dicho correo electrónico debía entenderse en sentido de que Familia del Pacífico Ltda. no podía atender los pedidos de Otelo S. A. para el mes de febrero del 2005 únicamente, ello debido a la poca antelación con la que se realizó el pedido, pero que "... Familia estaba en capacidad de suministrar tela no tejida laminada para el mes de marzo de 2005 y siguientes."
 - 5.2. Respecto del argumento de que Familia del Pacífico Ltda. no tenía capacidad suficiente para abastecer el mercado andino, la recurrente señaló que "... según la Resolución 756 existe un procedimiento para la actualización de la Nómina de Bienes No Producidos, el cual es completamente diferente a los procedimientos de insuficiencia de oferta por nueva producción ...", pero que sin embargo, Familia del Pacífico tenía capacidad para surtir la demanda.
 - 5.3. "Al afirmarse por el abogado que participó en la audiencia para oponerse al recurso, que la insuficiencia de producción o la no producción actual de la tela no tejida laminada de 32 g/m² era argumento marginal, se optó por señalar que Familia no fabrica dicho producto con microporo y macroforado, y solicitó entonces un desdoblamiento." Sobre este aspecto, la recurrente, manifestó que "La tecnología de microporo y macroforado para la tela tejida laminada no corresponde a una característica del producto como lo exigen la Resolución 756 para incluirlo desdoblado en la Nómina de Bienes No

Producidos. Corresponde a una tecnología de calidad (microporo) y diseño (macroforado) del producto, que la compañía posee.”.

6. *“En el presente caso: quedó plenamente establecido en el expediente que Familia del Pacífico Ltda. produce y tiene capacidad instalada para abastecer el mercado andino de Tela sin tejer revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 gramos y menor o igual a 35 gramos, obtenido por proceso de extrusión, exclusivamente para fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm.”.*

Que, en fecha 11 de mayo de 2005, el representante de Otelo S.A. y Fabell S.A. presentó sus conclusiones de la audiencia, señalando:

1. *“Familia del Pacífico no produce laminado de 25, 26, 27, 29, 30, 32, 33, 34 y 35 gm², que son nueve de las once variantes que admite la subpartida 5603.12.00, en la forma establecida por la Resolución No. 860 de la Secretaría General (el informe del perito nombrado por la Secretaría General hace alusión a las muestras recibidas, las cuales son de 28 g/m² y 32 g/m²).”.*
2. *“El laminado que aduce producir, esto es, aquel que tiene un gramaje de 28 g/m² y 31 g/m², en el evento no consentido que se considere que existe producción, ésta, según propia afirmación de la recurrente (como consta en el proceso del correo enviado por un funcionario de FAMILIA DEL PACIFICO LTDA.) es consumida en su totalidad por las necesidades de su fábrica de pañales, a consecuencia de lo cual no pueden abastecer a la industria subregional.”.*
3. *“Inicio de la producción, al tenor de lo dispuesto en la norma andina y a una interpretación conforme con la misma, no puede entenderse como un hecho marginal, esporádico o que obedece a razones de otra índole...”.*
4. *“El laminado que utiliza OTELO S.A. Y FABELL S.A., según consta de la certificación aportada por la compañía COTECNA S.A., tiene las características de ser respirable y macroforado, ambas sustanciales para el producto final que comercializan mis representadas y que –de aquí lo cardinal– no pueden ser emuladas por FAMILIA DEL PACÍFICO LTDA. Pues no produce el laminado con esta calidad.”*
5. *“Es interés de la comunidad que existan en la subregión condiciones equitativas de competencia, las cuales no pueden ser vulneradas mediante una interpretación errónea de las disposiciones del Acuerdo. Eliminar del listado de bienes no producidos en la Subregión la subpartida 5603.12.00, tendría como consecuencia obligar a los productores de la subregión a:*

- a) *Abstenerse de un producto exclusivo – probablemente a un precio inferior al que se pagaría por el producto importado que paga el 15% del AEC, pero superior a su verdadero valor de mercado, pues se estaría jugando con esta ventaja artificial que a pesar del sobre precio haría más atractivo, insistimos artificialmente, al producto Colombiano–. (sic);*
- b) *Adquirir un producto que no es el requerido, pues la materia prima utilizada, conforme se ha demostrado con las certificaciones técnicas*

presentadas, tiene una calidad que no puede ser emulada por la recurrente (laminado respirable y macroforado).”.

6. *“Si bien el AEC tiene como fin la protección de la industria Subregional, el instituto del diferimiento así como otros que se la (sic) asemejan –por citar uno las medidas en caso de insuficiencia de oferta– se implementaron para no crear disfunciones en la competitividad de los productos de la subregión frente a los terceros países y tampoco afectar a los consumidores de la subregión. En efecto, al gravarse con un derecho arancelario una materia prima que no existe en la subregión, el bien final se torna más caro y por lo tanto menos competitivo que el importado extra zona y adicionalmente poco accesible para los consumidores.”.*
7. *“Por las consideraciones expuestas, solicito se declare sin lugar el recurso de reconsideración propuesto por FAMILIA DEL PACIFICO LTDA. y se confirme la Resolución 860.”.*

Que, en fecha 13 de mayo del 2005, Familia del Pacífico Ltda. presentó una precisión relativa al literal (d) del numeral 4 de su escrito de conclusiones de la audiencia de fecha 4 de mayo del 2005, manifestando:

“Respecto a la tecnología utilizada para el microporo, la tecnología utilizada por Familia no es la misma utilizada en todos países en la que en la resina se incorporan mini partículas de carbonato de calcio, que al salir del stretching generan los microporos. La tecnología utilizada por Familia genera mini agujeritos en el laminado, el cual, combinado con las características super absorbentes de la tela no tejida, permite la salida de los gases generados por los líquidos que produce el bebé, pero retiene la totalidad de dichos líquidos. Ambas tecnologías son igualmente válidas para producir lo que se denomina como microporo, pues el resultado es el mismo.”;

Que, el artículo 37 de la Decisión 425 faculta a los interesados para solicitar a la Secretaría General la reconsideración de cualquier Resolución. En consecuencia, corresponde en primer lugar verificar si el recurrente, Familia del Pacífico Ltda., se encuentra legitimado para interponer el recurso de reconsideración planteado contra la Resolución 860;

Que, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al referirse al interés legítimo, en Sentencia de Proceso 4-AN-97, ha manifestado:

“Se justifica esa extensión, como se ha dicho, en razón de que si bien los interesados legítimos no derivan su actuación procesal de normas de relación, de suyo vinculantes y pre-existentes, se encuentran sin embargo, pero frente a las normas de acción, en una especial situación de hecho, la que provoca que su esfera jurídica individual se vea más afectada por los actos de la Administración irregularmente dictados, que aquella de las personas naturales o jurídicas que no se encuentren en similar situación de hecho, ni tampoco ligadas al ente emisor por una norma de relación como sí sucede en el caso de los derechos subjetivos de índole administrativa. De ahí que esa misma y especial situación de hecho se traduzca en lo que la doctrina concibe como un ‘interés calificado’ para recurrir y, en

su consecuencia, que defina la noción de 'interés legítimo' como 'la proyección procesal' de ese interés calificado.';

Que al respecto, la Secretaría General considera que la protección establecida por el Arancel Externo Común es un beneficio del que gozan los productores subregionales;

Que, en virtud de la Resolución 860, se ha autorizado a los Países Miembros a extraer de la esfera de protección establecida por el Arancel Externo Común el producto: "tela sin tejer revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 g/m² y menor o igual a 35 g/m² obtenido por proceso de extrusión, exclusivamente para la fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm", al incluir dicho producto en la nómina de bienes no producidos;

Que, los productores subregionales pueden aspirar a que su producción se encuentre cobijada por el referido mecanismo comunitario, más aún cuando, como en el caso, el recurrente presenta en su recurso de reconsideración indicios sobre la producción subregional del bien en cuestión. En consecuencia, la Secretaría General considera que Familia del Pacífico Ltda. se encuentra legitimada para presentar recurso de reconsideración, en los términos establecidos por el artículo 37 y siguientes de la Decisión 425;

Que, en relación con la participación de Otelo S. A. y Fabell S. A., en el presente recurso, es necesario tomar en cuenta de que dichas empresas son fabricantes de pañales que contemplan el uso de los bienes contenidos en la subpartida 5603.12.00 como materia prima en sus procesos productivos: en tal sentido, su inclusión o exclusión de la Nómina de Bienes No Producidos –aspecto a ser dilucidado en el presente recurso– podría eventualmente tener un efecto respecto a los precios de adquisición de dicha materia prima. Por tanto, la Secretaría General considera que las referidas empresas se encuentran legitimadas para actuar en el recurso que se resuelve por la presente resolución;

Que, de conformidad a lo establecido en el artículo 39 de la Decisión 425, los actos de la Secretaría General podrán ser impugnados mediante Recurso de Reconsideración cuando los mismos se encuentren viciados en sus requisitos de fondo o forma, e incluso por desviación de poder; o cuando el recurso verse sobre la existencia de pruebas esenciales para la resolución del asunto, que no estaban disponibles o que no eran conocidas para la época de la tramitación del expediente;

Que, la inclusión de la subpartida 5603.12.00 correspondiente al producto "tela sin tejer, incluso impregnada, recubierta, revestida o estratificada, de filamentos sintéticos o artificiales, de peso superior a 25 g/m² pero inferior o igual a 70 g/m²", en la nómina de bienes no producidos fue solicitada por el Gobierno del Ecuador, mediante comunicación del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad N° 04-0561 - DININ del 6 de febrero del 2004;

Que, una vez cursadas las consultas correspondientes a los Países Miembros, con fecha 2 de abril del 2004, el Gobierno de Colombia comunicó la existencia de producción de la "tela sin tejer, incluso impregnada, recubierta, revestida o estratificada, de filamentos sintéticos o artificiales, de peso superior a 25 g/m² pero inferior o igual a 70 g/m²", clasificada en la subpartida

Nandina 5603.12.00, adjuntando las fichas de producción debidamente diligenciadas de las empresas Bonlam Andina S. A., Coltejer S. A. y Papelim Ltda. S. A.;

Que, dentro del procedimiento para atender la solicitud de inclusión en la Nómina de Bienes No Producidos y por pedido expreso del Gobierno de Ecuador, la Secretaría General realizó, antes de la expedición de la Resolución 860, una visita de verificación de producción a las plantas de las referidas empresas colombianas encontrando "... *satisfactoria la verificación de producción en las plantas visitadas, dado que las empresas Bonlam Andina S.A. y Coltejer S.A. se encuentran produciendo al máximo de su capacidad instalada, sin embargo al revisar la coincidencia entre la información suministrada y aquella que fue recogida en la visita efectuada por la Secretaría General, encontramos que no existe producción del bien solicitado por el Gobierno de Ecuador en los parámetros especificados por dicho gobierno.*"¹, es decir, en los pesos especificados por Ecuador para los bienes usados como materia prima en la fabricación de pañales desechables;

Que, habiendo recibido respuesta de todos los Países Miembros y habiendo confirmado la no producción del bien solicitado por el Gobierno de Ecuador y de acuerdo con la información y datos de producción constatados hasta antes de la expedición de la Resolución 860, la Secretaría General consideró procedente atender favorablemente su solicitud de incluir en la Nómina de Bienes No Producidos la subpartida 5603.12.00 pero únicamente en lo correspondiente a la "Tela sin tejer revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 gr. y menor o igual a 35 g/m² obtenido por proceso de extrusión, exclusivamente para la fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm.";

Que, de lo actuado dentro del procedimiento surtido a efectos de incluir en la nómina de bienes no producidos en la subregión la Tela sin tejer revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 g/m² y menor o igual a 35 g/m² obtenido por proceso de extrusión, exclusivamente para la fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm, se desprende que el Gobierno de Colombia no puso en conocimiento de la Secretaría General información acerca de la producción de la materia prima incluida en la subpartida 5603.12.00 de la empresa Familia del Pacífico Ltda.;

Que, en razón de tal omisión, la Secretaría General, al momento de la expedición de la Resolución 860, no tenía conocimiento de que la empresa Familia del Pacífico Ltda. producía los bienes comprendidos en la subpartida 5603.12.00. Consecuentemente, este órgano comunitario no pudo realizar diligencia para comprobar tal producción antes de emitir la referida Resolución;

Que, por lo expuesto, la Secretaría General, sin entrar al fondo del petitorio por el momento, considera que la interposición del recurso de reconsideración presentado por Familia del Pacífico Ltda. se ajusta a lo dispuesto por el artículo 39 de la Decisión 425;

Que, el artículo 83 del Acuerdo de Cartagena establece lo siguiente:

"... Si se tratare de productos que no se producen en la Subregión, cada país podrá diferir la aplicación de los

¹ Parte considerativa de la Resolución 860.

gravámenes comunes hasta el momento en que la Secretaría General verifique que se ha iniciado su producción en la Subregión. Con todo, si a juicio de la Secretaría General la nueva producción es insuficiente para satisfacer normalmente el abastecimiento de la Subregión, propondrá a la Comisión las medidas necesarias para conciliar la necesidad de proteger la producción subregional con la de asegurar un abastecimiento normal.”;

Que, al respecto la Decisión 370 de la Comisión de la Comunidad Andina establece:

“Artículo 4.- Para los productos no producidos a nivel subregional, se aplicará lo establecido en el artículo 65 del Acuerdo de Cartagena, pudiendo los Países Miembros diferir el Arancel Externo Común hasta un nivel del 5%, y para el caso de materias primas y bienes de capital se podrá diferir hasta 0%, previa información entre las partes.

En el caso de que se llegare a verificar la producción de estos bienes, el Arancel Externo Común que se les aplicaría no será superior al 10%, excepto en los casos en que por circunstancias excepcionales, el arancel sea el que les corresponda según sus grados de elaboración.

[...]

*Para los efectos de la aplicación del párrafo final del artículo 65 del Acuerdo en lo que se refiere al Arancel Externo Común, la Junta, mediante Resolución, publicará la Nómina de Productos respecto de los cuales **no existe** producción en la Subregión, identificados en términos de la NANDINA.*

La Junta, a iniciativa propia o de un País Miembro, podrá modificar la Nómina a que se refiere el párrafo anterior, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II de la Decisión 70 de la Comisión.” (énfasis añadido);

Que, de las citadas disposiciones se desprende que es función de la Secretaría General de la Comunidad Andina actualizar la nómina de bienes no producidos, sea mediante la inclusión de bienes cuya producción es inexistente en la subregión o a través de la exclusión de los bienes respecto los cuales existe producción en la subregión.

Que, tal función es realizada por la Secretaría General, sin tomar en cuenta si la producción subregional constatada es o no insuficiente para atender la demanda subregional;

Que, en caso de insuficiencia el Acuerdo de Cartagena establece dispositivos diferentes a aquellos relativos a la comprobación de producción subregional. En efecto, el precitado artículo 83 del Acuerdo de Cartagena, establece un procedimiento mediante el cual la Secretaría General, si considera que la producción es insuficiente, propone a la Comisión de la Comunidad Andina las medidas necesarias para conciliar la necesidad de proteger la producción subregional con la de asegurar un abastecimiento normal. A su vez, el artículo 85 del Acuerdo de Cartagena establece un procedimiento específico para insuficiencia transitoria en el abastecimiento de la producción subregional:

“Artículo 85.- La Secretaría General podrá proponer a la Comisión las medidas que considere indispensables para procurar condiciones normales de abastecimiento subregional.

Para atender insuficiencias transitorias de la oferta que afecten a cualquier País Miembro, éste podrá plantear el problema a la Secretaría General, la cual verificará la situación en un plazo compatible con la urgencia del caso. Una vez que la Secretaría General compruebe que existe el problema planteado y lo comunique al país afectado, éste podrá tomar medidas tales como la reducción o suspensión transitoria de los gravámenes del Arancel Externo dentro de los límites indispensables para corregir la perturbación.

En los casos a que se refiere el inciso anterior, la Secretaría General solicitará una reunión extraordinaria de la Comisión, si fuere el caso, o le informará sobre lo actuado en su próxima reunión ordinaria.”;

Que, de lo expuesto, queda claro que el objetivo perseguido por el procedimiento de actualización de la nómina de bienes no producidos es de incluir o excluir de dicha nómina bienes, dependiendo de si existe o no producción subregional. Igual criterio fue adoptado en la dilucidación del recurso de reconsideración objeto de la presente Resolución, ello en consideración a que lo resuelto por ella podría dar lugar a una modificación de la Nómina de Bienes No Producidos;

Que, por tanto, en el presente caso la Secretaría General tiene que abocarse exclusivamente a la verificación de existencia o inexistencia de producción de la tela sin tejer revestida con polietileno desde 25 g/m² hasta 35 g/m² del tipo usado en la fabricación de pañales, sin tomar en cuenta otros criterios;

Que, en ese orden, los argumentos presentados por la empresa Otelo S. A. y Fabell S. A. así como por el Gobierno del Ecuador relativos a la insuficiencia en el abastecimiento y competencia comercial, son inconducentes para determinar si existe o no producción subregional de tela sin tejer revestida con polietileno desde 25 g/m² hasta 35 g/m², del tipo usado en la fabricación de pañales;

Que, en razón a que el presente acto se limita a determinar la existencia o inexistencia de producción de tela sin tejer revestida con polietileno desde 25 g/m² hasta 35 g/m² del tipo usado en la fabricación de pañales, la Secretaría General se abstiene de adelantar criterio respecto del argumento de Familia del Pacífico Ltda. Relativo a que:

“Familia del Pacífico Ltda. tiene producción anterior a la Resolución 860 impugnada de tela tejida laminada en las condiciones en que fue incluida en la Nómina de Bienes No Producidos.” Ello, “... resulta determinante para excluir la posibilidad de que se invoque una insuficiencia en la nueva producción como alternativa contemplada en el artículo 83 del Acuerdo de Cartagena por parte de Otelo S. A. de Ecuador.”.

Que, de acuerdo con la información proporcionada por la empresa Familia del Pacífico Ltda. y, en especial, con la prueba diligenciada por la Secretaría General en la inspección técnica realizada en la Planta de Familia del Pacífico Ltda., se ha podido comprobar que la referida empresa efectivamente produce tela sin tejer revestida con polietileno desde 25 g/m² hasta 35 g/m², del tipo usado en la fabricación de pañales;

Que, con base en la referida prueba, no es evidente la aseveración que realizan las empresas Otelo S. A. y Fabell S. A. al manifestar que:

“Familia del Pacífico no produce laminado de 25, 26, 27, 29, 30, 32, 33, 34 y 35 g/m², que son nueve de las once variantes que admite 14.24 la subpartida 5603.12.00, en la forma establecida por la Resolución No. 860 de la Secretaría General (el informe del perito nombrado por la Secretaría General hace alusión a las muestras recibidas, las cuales son de 28 g/m² y 32 g/m²).”

Que, las empresas Otelo S. A. y Fabell S. A., argumentan que la tela sin tejer revestida con polietileno desde 25 g/m² hasta 35 g/m² que usaría Fabell S. A. en la fabricación de pañales es macrogrofrado y respirable y que dichas características no podrían ser emuladas por Familia del Pacífico Ltda., por lo cual debería excluirse la tela, con esas cualidades, de la Nómina de Bienes No Producidos. Al respecto, se debe tomar en cuenta que la Resolución 756, mediante la cual se establecen criterios y procedimientos para la actualización de la Nómina de Bienes No Producidos, en su artículo 12 determina:

“A efectos de la aplicación de la presente Resolución se tomará como referencia la Clasificación por Grandes Categorías Económicas para designar a los bienes de capital, materias primas e insumos.”;

Que, en aplicación de dicha norma, tomando en cuenta que los bienes comprendidos en la subpartida 56.03.12.00 son usados como materias primas o insumos en la fabricación de pañales, la Secretaría General considera que dichos bienes no pueden ser objeto de un desdoblamiento en razón de otras características que no sean las de composición química y peso por metro cuadrado, más aún cuando el Capítulo 56 del Anexo a la Decisión 570² realiza las siguientes anotaciones respecto a la subpartida 56.03.12.00:

“3. Las partidas 56.02 y 56.03 comprenden respectivamente el fieltro y la tela sin tejer, impregnados, recubiertos, revestidos o estratificados con plástico o caucho, cualquiera que sea la naturaleza de estas materias (compacta o celular).

La partida 56.03 comprende, además, la tela sin tejer aglomerada con plástico o caucho.

Las partidas 56.02 y 56.03 no comprenden, sin embargo:

a) El fieltro impregnado, recubierto, revestido o estratificado, con plástico o caucho, con un contenido de materia textil inferior o igual al 50% en peso, así como el fieltro inmerso totalmente en plástico o caucho (Capítulos 39 ó 40);

b) La tela sin tejer totalmente inmersa en plástico o caucho o totalmente recubierta o revestida por las dos caras con estas mismas materias, siempre que el recubrimiento o revestimiento sea perceptible a simple vista, hecha abstracción para la aplicación de esta disposición de los cambios de color producidos por estas operaciones (Capítulos 39 ó 40);

c) las hojas, placas o tiras, de plástico o caucho celulares, combinadas con fieltro o tela sin tejer, en las que la materia textil sea un simple soporte (Capítulos 39 ó 40).

4. La partida 56.04 no comprende los hilados textiles, ni las tiras y formas similares de las partidas 54.04 ó 54.05, cuya impregnación, recubrimiento o revestimiento no sea perceptible a simple vista (Capítulos 50 a 55, generalmente); para la aplicación de esta disposición, se hará abstracción de los cambios de color producidos por estas operaciones.”;

Que, de dichas anotaciones se desprende que la caracterización de la subpartida 56.03.12.00 es establecida tomando en cuenta únicamente el peso y composición química;

Que, a la luz de lo expuesto y tomando en cuenta lo establecido por los artículos 83 del Acuerdo de Cartagena y 4 de la Decisión 370, esta Secretaría General considera que existe producción subregional de los bienes comprendidos en la subpartida 5603.12.00, identificados como: Tela sin tejer revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 g/m² y menor o igual a 35 g/m² obtenido por proceso de extrusión, exclusivamente para la fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm.;

Que, en consecuencia, la Secretaría General considera fundado el recurso de reconsideración presentado por Familia del Pacífico Ltda. Contra la Resolución 860 de la Secretaría General en lo relativo a la tela sin tejer revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 g/m² y menor o igual a 35 g/m² obtenido por proceso de extrusión, exclusivamente para la fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm, identificada dentro de la subpartida 5603.12.00;

Que, habiéndose analizado los fundamentos del recurso de reconsideración formulado por la empresa Familia del Pacífico Ltda., y las nuevas pruebas aportadas y evacuadas en el presente procedimiento, esta Secretaría General se encuentra expedita para resolver de acuerdo a lo establecido en el artículo 44 de la Decisión 425;

Que, de conformidad a lo establecido en los artículos 17, 37 y 44 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, se señala que contra la presente Resolución no puede interponerse un nuevo recurso de reconsideración, dejándose a salvo el derecho de las partes a recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a través del ejercicio de la acción de nulidad dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Resolución;

² La Decisión 570, de acuerdo con su artículo 1, aprueba “... el Texto Unico de la Nomenclatura Común de Designación y Codificación de Mercancías de los Países Miembros de la Comunidad Andina denominada «NANDINA», que figura en el Anexo a la presente Decisión, a fin de facilitar la identificación y clasificación de las mercancías, las estadísticas de comercio exterior y otras medidas de política comercial de la Comunidad Andina relacionadas con la importación y exportación de mercancías”.

RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar fundado el recurso de reconsideración formulado por la empresa colombiana Familia del Pacífico Ltda. En consecuencia, se excluye de la nómina de bienes no producidos el siguiente producto:

NANDINA	DESIGNACION DE LA MERCANCIA
---------	-----------------------------

5603.12.00	Tela sin tejer, incluso impregnada, recubierta, revestida o estratificada, de filamentos sintéticos o artificiales, de peso superior a 25 g/m ² pero inferior o igual a 70 g/m ² .
------------	--

Unicamente: Tela sin tejer revestida de polietileno de gramaje superior o igual a 25 g/m² y menor o igual a 35 g/m² obtenido por proceso de extrusión, exclusivamente para la fabricación de pañales, precortado en un ancho máximo de 1000 mm.

Artículo 2.- A tal efecto, se modifica el artículo 1 de la Resolución 860 con el siguiente texto:

“**Artículo 1.-** Incluir en la Nómina de Bienes No Producidos los productos que se detallan a continuación:

NANDINA	DESIGNACION DE LA MERCANCIA
---------	-----------------------------

8424.89.90	Los demás.
------------	------------

Unicamente: Equipos de pintura para maderas.

8465.10.00	Máquinas que efectúen distintas operaciones de mecanizado sin cambio de útil entre dichas operaciones.
------------	--

Unicamente: Para madera.

8465.91.10	Máquinas de aserrar de control numérico.
------------	--

Unicamente: Para madera.

8465.92.10	Máquinas de cepillar, fresar o moldurar de control numérico.
------------	--

Unicamente: Para moldurar madera.

8465.92.90	Las demás máquinas de cepillar, fresar o moldurar.
------------	--

Unicamente: Para cepillar madera.

8465.94.10	Máquinas de curvar o ensamblar de control numérico.
------------	---

Unicamente: Para ensamblar madera.

8465.94.90	Las demás máquinas de curvar o ensamblar.
------------	---

Unicamente: Para ensamblar madera.

8465.95.90	Los demás máquinas de taladrar o mortajar.
------------	--

Unicamente: Para madera.

8465.99.10	Las demás máquinas de control numérico.
------------	---

Unicamente: Para cizallar y tornear madera.

8465.99.90	Las demás máquinas. Unicamente: Torno para madera.
------------	--

8711.40.00	Motocicletas con motor de émbolo (pistón) alternativo de cilindrada superior a 500 cm ³ pero inferior o igual a 800 cm ³ .
------------	--

8711.50.00	Motocicletas con motor de émbolo (pistón) alternativo de cilindrada superior a 800 cm ³ .
------------	--

8711.90.00	Las demás motocicletas.
------------	-------------------------

Artículo 3.- Comuníquese a los Países Miembros y a las empresas Familia del Pacífico Ltda. y Otelo S. A. la presente resolución, la cual entrará en vigencia a partir de su fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los veinte días del mes de mayo del año dos mil cinco.

ALLAN WAGNER TIZON
Secretario General

ACUERDO DE CARTAGENA

RESOLUCION 919

Dictamen N° 02-2005 de incumplimiento por parte de la República del Ecuador a los artículos 81 y 86 del Acuerdo de Cartagena, 4 del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y las Decisiones 370 y 465 al mantener un diferimiento del Arancel Externo Común para los productos comprendidos en la subpartida 8539.31.00

LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: El Capítulo VIII del Acuerdo de Cartagena sobre Arancel Externo Común; el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia; las Decisiones 370 y 465 de la Comisión; y las Resoluciones 60, 214, 772 y 911 de la Secretaría General;

CONSIDERANDO: Que, mediante Decreto 2735, publicado en Registro Oficial de 19 de junio del 2002, la República de Ecuador estableció niveles arancelarios de 0% para los siguientes productos comprendidos dentro de la subpartida 8539.31.00 "Fluorescentes de Cátodo Caliente":

8539.31.00.10	tubulares rectas
8539.31.00.20	tubulares circulares
8539.31.00.30	compactas electrónicas integradas
8539.31.00.40	compactas electrónicas no integradas

Que, mediante Resolución 772, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 992 de fecha 22 de septiembre del 2003, la Secretaría General resolvió excluir de la Nómina de Bienes No Producidos los productos contenidos en la subpartida 8539.31.00, identificados como "Fluorescentes, de cátodo caliente". Para efectos de dicha exclusión y luego de surtido el respectivo proceso verificativo de producción, la Secretaría General consideró que:

"... la información recibida por el Gobierno de Colombia, a la vez que se prepararon análisis estadísticos de comercio, encontrando que Colombia registra exportaciones del citado producto si se toma en cuenta el período 1999-2001 a razón de dos millones de dólares en promedio. Ello, sumado a la documentación aportada, confirmaría la producción en dicho país del producto solicitado, por lo que la Secretaría General considera procedente actualizar la Nómina de Bienes No Producidos para excluir las lámparas y/o tubos fluorescentes, clasificados en la subpartida 8539.31.00";

Que, mediante comunicación DIE/0352 de fecha 29 de abril del 2004, el Gobierno de Colombia solicitó a la Secretaría General que el Gobierno del Ecuador aplicara el gravamen arancelario correspondiente, de acuerdo con la Decisión 370, a los productos comprendidos en la subpartida 8539.31.00, toda vez que los mismos se encuentran excluidos de la Nómina de Bienes No Producidos de la Subregión, de acuerdo a lo dispuesto por la Resolución 772 de la Secretaría General;

Que, mediante comunicación SG-F/2.14.15/939/2004 de 21 de junio del 2004, la Secretaría General solicitó al Gobierno de Ecuador que informara sobre la norma mediante la cual se implementó el restablecimiento del nivel arancelario de la subpartida 8539.31.00 al nivel establecido por el Arancel Externo Común;

Que, en fecha 7 de julio del 2004, mediante Fax 396 - 04 DININ, el Gobierno del Ecuador solicitó que se le proporcionara la ficha técnica de producción, realizada por empresas colombianas con posterioridad a la fecha de emisión del Decreto Ejecutivo 2735, de la subpartida 8539.31.00, ello "... con el fin de asegurar a los demandantes ecuatorianos de que existe oferta exportable subregional suficiente de productos comprendidos dentro de la subpartida 8539.31.00:

8539.31.00.10	tubulares rectas
8539.31.00.20	tubulares circulares
8539.31.00.30	compactas electrónicas integradas
8539.31.00.40	compactas electrónicas no integradas"

Que, con fecha 10 de septiembre del 2004, mediante nota SG-F/2.14.15/1413/2004, la Secretaría General remitió al Gobierno del Ecuador la ficha técnica actualizada por el Gobierno de Colombia, que fue presentada a la Secretaría General adjunta a la comunicación DIE 859 de fecha 3 de septiembre de ese mismo año;

Que, mediante comunicación SG-F/2.17.29/1926/2004, de fecha 2 de diciembre del 2004, la Secretaría General solicitó a la República del Ecuador que, en un plazo de 10 días hábiles, informara sobre las medidas adoptadas por el Gobierno del Ecuador para el restablecimiento del nivel arancelario correspondiente al 15% de la subpartida 8539.31.00;

Que, con fecha 16 de diciembre del 2004, el Gobierno del Ecuador manifestó que:

"En atención a su nota facsimile No. SG-F/2.17.29/1926/2004, relacionada con las medidas adoptadas por el Ecuador para el restablecimiento del nivel arancelario correspondiente al 15% para la Subpartida 8539.31.00, tengo a bien informarle que este tema será puesto en conocimiento del Consejo de Comercio Exterior -COMEXI- en la reunión que se llevará a cabo en la semana comprendida entre el 20 y 24 del presente mes.";

Que, en fecha 7 de febrero del 2005, mediante comunicación DIE - 0140, el Gobierno de Colombia manifestó que el Gobierno del Ecuador, desde julio del 2002 y mediante Decreto 2735, difirió a 0% el nivel Ad valorem para los tubos fluorescentes de la subpartida 8539.31.00. Asimismo, la República de Colombia solicitó a la Secretaría General que interpusiera sus buenos oficios para que Ecuador cumpla con el ordenamiento jurídico andino, en especial el artículo 86 del Acuerdo de Cartagena;

Que, mediante comunicación SG-F/0.11/155/2005, de fecha 8 de febrero del 2005, la Secretaría General procedió a dar inicio a una investigación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado mediante Decisión 425, con el fin de determinar si la modificación realizada por la República del Ecuador del arancel externo común a un nivel de 0%, respecto de los productos comprendidos en la subpartida 8539.31.00, podría constituir un incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, en especial del artículo 86 del Acuerdo de Cartagena y de las Decisiones 370 y 465. Asimismo, se le otorgó al Gobierno del Ecuador el plazo de cinco días hábiles para hacerle llegar a la Secretaría General la información y consideraciones que estimara pertinentes;

Que, mediante nota SG-X/0.11/115/2005, la Secretaría General anunció el inicio de investigación a los demás Países Miembros, confiriéndoles el plazo de cinco días hábiles para hacerle llegar la información y consideraciones que estimaran pertinentes;

Que, mediante comunicación SG-F/0.11/294/2005, de fecha 4 de marzo del 2005, la Secretaría General emitió Nota de Observaciones a la República de Ecuador, observando que ese País Miembro, al no haber restablecido al nivel de 15% a la subpartida 8539.31.00 al momento de su exclusión mediante Decisión 772 de la nómina de bienes no producidos, habría incurrido en incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el

ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en particular de los artículos 81, 83 y 86 del Acuerdo de Cartagena, 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, así como de las Decisiones 370 y 465. Asimismo, se confirió a la República del Ecuador el término de diez días hábiles para que presentara las consideraciones que estimara pertinentes;

Que, la referida Nota de Observaciones fue puesta en conocimiento de los demás Países Miembros mediante comunicación SG-X/0.11/115/2005, otorgándoles el término de diez días hábiles para que presentaran las consideraciones que estimasen pertinentes;

Que, en relación con la Nota de Observaciones, la República de Colombia, mediante nota DIE 0345 de fecha 15 de marzo del 2005, manifestó que el diferimiento a 0% de la subpartida 8539.31.00 realizada por Ecuador repercutirá de manera negativa en el aparato productivo subregional, al existir variación de las condiciones establecidas para los inversionistas que han depositado su confianza y recursos en el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Asimismo manifestó que:

“... Colombia verificó la ficha técnica de producción nacional de los bienes clasificados por la subpartida 8539.31.00, los cuales presentan un activo intercambio comercial para los países miembros de la subregión andina, para el caso colombiano las exportaciones en 2004 tuvieron como principales destinos: Costa Rica (US\$ 447.417), Venezuela (US\$ 431.417) y Ecuador (US\$ 384.776), en total se alcanzó un valor de US\$ 2'799.000, registrando un crecimiento del 51% respecto del año inmediatamente anterior en el cual el valor exportado fue de 1'851.000. Por lo tanto, se demuestra que la capacidad instalada en la subregión es suficiente para abastecer oportunamente la demanda de los Países Miembros.”;

Que, mediante nota 198-05 DININ, la República del Ecuador, en relación con los cargos formulados mediante la Nota de Observaciones, manifestó:

“... me cumple informarle que, mediante nota facsímil 65 – 05, de 25 de febrero de 2005, el Gobierno del Ecuador expuso las razones por las cuales mantiene la medida aplicada mediante Decreto ejecutivo 2735 para la subpartida 8539.31 y sus aperturas, y a su vez solicitó su diferimiento, trámite que fue admitido en la Secretaría General, según la comunicación SG-F/0 – 100/320/2005, de 9 de marzo de 2005.”;

Que, de acuerdo con lo dispuesto por el Anexo 2 de la Decisión 370, modificado mediante el Anexo II de la Decisión 465, el nivel arancelario aplicable por la República del Ecuador a los productos comprendidos en la subpartida 8539.31.00 es de 15%;

Que, si bien al momento de establecer, mediante Decreto 2735, un diferimiento arancelario a 0% para productos comprendidos en la subpartida 8539.31.00 el Ecuador estaba autorizado para hacerlo en razón a que dichos productos se encontraban incluidos en la Nómina de Bienes No Producidos, ese País Miembro, conforme manda el artículo 83 del Acuerdo de Cartagena, tenía que haber restituido el nivel arancelario de dichos productos al nivel correspondiente al Arancel Externo Común, desde el

momento en el cual se verificó su producción en la Subregión; es decir, a partir de la publicación, en fecha 22 de septiembre del 2003, de la Resolución 772 de la Secretaría General. En efecto, el artículo 83 del Acuerdo de Cartagena establece que:

“... Si se tratare de productos que no se producen en la Subregión, cada país podrá diferir la aplicación de los gravámenes comunes hasta el momento en que la Secretaría General verifique que se ha iniciado su producción en la Subregión. Con todo, si a juicio de la Secretaría General la nueva producción es insuficiente para satisfacer normalmente el abastecimiento de la Subregión, propondrá a la Comisión las medidas necesarias para conciliar la necesidad de proteger la producción subregional con la de asegurar un abastecimiento normal.”;

Que, sin embargo, el Ecuador hasta la fecha, no ha restituido el nivel arancelario de la subpartida 8539.31.00 al nivel arancelario que, conforme lo dispuesto en el Anexo II de la Decisión 370 modificado por el Anexo II de la Decisión 465, corresponde al nivel de 15%, inobservando así lo previsto por el artículo 83 del Acuerdo de Cartagena, en cuanto a que dicho artículo exige que los Países Miembros, una vez excluido un bien de la Nómina de Bienes no Producidos, deben cesar de inmediato el diferimiento arancelario y, al mismo tiempo, restituir la aplicación del nivel arancelario que se encuentra previsto en el Arancel Externo Común;

Que, el artículo 81 del Acuerdo de Cartagena establece el compromiso de los Países Miembros de poner en aplicación un Arancel Externo Común en los plazos y modalidades que establezca la Comisión, y el artículo 86 de ese mismo cuerpo normativo obliga a los Países Miembros a no alterar unilateralmente los gravámenes del Arancel Externo Común;

Que, al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sentencia del Proceso 7- AI-98 manifestó:

“El mismo Tratado que da nacimiento al proceso de integración andina, que por cierto, se edifica sobre bases teóricas y experimentales similares a las de la Comunidad Europea, al desarrollar cada uno de los mecanismos fundamentales para el logro de los objetivos integracionistas, dedica todo un capítulo, el VI (artículos 90 al 98 [actualmente artículos 81 a 86 de acuerdo a la Codificación del Acuerdo de Cartagena mediante Decisión 563]), a regular lo concerniente al Arancel Externo Común; siendo de destacar en tales normas, entre otros aspectos, la obligación contraída mediante compromiso por los Países Miembros de poner en aplicación en determinado plazo el Arancel Común (artículo 90 [actualmente artículo 81]); el compromiso de no alterar unilateralmente los gravámenes que se establezcan de manera común en el referido Arancel Externo (artículo 98 [actualmente artículo 86]); la obligación de no adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la Subregión sin haber realizado las consultas en el seno de la Comisión para determinar si existe compatibilidad entre dichos compromisos y los adquiridos con respecto al Arancel Comunitario Andino (artículo 98 [actualmente artículo 86]); la transferencia de competencias legislativas en materia de Aranceles a la Comisión, la cual queda facultada

para que, a propuesta de la Secretaría General, modifique los niveles arancelarios comunes en la medida y en la oportunidad que considere conveniente a fin de adecuarlos a los criterios y necesidades que el Tratado señala (artículo 96 [actualmente artículo 84]); y, en fin, la posibilidad excepcional de que gozan los países para introducir modificaciones al Arancel Externo Común en casos especiales y previa observancia del procedimiento estrictamente legislado en el Tratado (artículos 94 y 97 [actualmente artículos 83 y 85]).”;

Que, en consideración a lo anterior, la República del Ecuador al aplicar, con posterioridad a la exclusión de los productos comprendidos en la subpartida 8539.31.00 de la Nómina de Bienes No Producidos, un arancel diferente al establecido por el Arancel Externo Común para esos productos, se encuentra incumpliendo los compromisos arancelarios establecidos en los artículos 81 y 86 del Acuerdo de Cartagena;

Que, en relación con el descargo presentado por el Ecuador mediante nota 198-05 DININ, relativo al diferimiento arancelario de los productos contenidos en la subpartida 8539.31.00, solicitado al amparo de lo establecido en el artículo 5 de la Decisión 370, se debe tomar en cuenta que ese País Miembro se encontraba difiriendo el arancel de los referidos productos antes de realizar su solicitud de diferimiento, durante la tramitación de dicha solicitud y aun ahora. Ello a pesar del hecho que la solicitud de diferimiento fue negada mediante Resolución 911, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1186 de 12 de abril del 2005;

Que, al respecto, es necesario considerar que ni el artículo 5 de la Decisión 370 ni las Resoluciones 60 y 214, instrumentos que establecen los procedimientos y criterios para la autorización de diferimientos en caso de emergencia nacional, autorizan a los Países Miembros a diferir unilateralmente un arancel y luego solicitar autorización de diferimiento a la Secretaría General. Todo lo contrario, del texto del artículo 5 de la Decisión 370, se desprende que la solicitud de diferimiento por emergencia nacional y su eventual autorización son previas y necesarias al acto mediante el cual el País Miembro difiere el arancel por motivos de emergencia nacional. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en Sentencia de 22 de marzo del 2000, en el proceso 16-AI-99, se pronunció manifestando que:

“... el procedimiento requerido para modificar el Arancel Externo Común ... no es de carácter opcional para los Países Miembros, los cuales tienen la obligación de solicitar el pronunciamiento de la Secretaría General, a fin de que califique, de manera previa y necesaria, la existencia o no de la situación ... La calificación que debe realizar el Organo Ejecutivo y Técnico de la Comunidad Andina no constituye una mera formalidad que puede ser obviada, por más urgente que sea la circunstancia que atraviese un país; tal procedimiento es una aplicación directa de la prohibición a los Países Miembros de alterar unilateralmente los gravámenes que se establezcan en las diversas etapas del Arancel Externo, lo que permite garantizar al resto de la Comunidad que no se produzcan desequilibrios, desventajas o quiebras en la “unión” aduanera o distorsiones en la competencia.”;

Que, en ese orden, el simple hecho que la República del Ecuador había solicitado un diferimiento y que tal solicitud estaba siendo considerada por la Secretaría General, no suspende los compromisos y obligaciones arancelarias de ese país. Por lo demás, mediante Resolución 911, la Secretaría General denegó la solicitud del Gobierno del Ecuador, entre otros, considerando que:

“... las solicitudes de diferimiento deben ser realizadas antes de la adopción de la medida que modifica el arancel y no, como en el presente caso, cuando ya existe la medida y cuya vigencia obedece además a la no restitución del nivel arancelario que corresponde;

Que, a la luz de las consideraciones expuestas sobre la causal de la emergencia así como la medida propuesta, y tomando en cuenta que el Ecuador actualmente se encuentra difiriendo –pese a lo dispuesto por la Resolución 772 de la Secretaría General– el arancel de la subpartida Nandina 8539.31.00 a 0%, corresponde denegar la solicitud de diferimiento realizada por la República del Ecuador para diferir a 0%, por un periodo de seis meses, el nivel arancelario de la referida subpartida;”;

Que, por mandato del artículo 4 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los Países Miembros están obligados a dar cumplimiento a las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino. Adicionalmente, vale la pena recordar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de manera taxativa, ha determinado que el incumplimiento de cualquier disposición del ordenamiento jurídico comunitario, en el presente caso los artículos 81, 86 del Acuerdo de Cartagena, 2 de la Decisión 370 y el Anexo II de la Decisión 465, constituye un incumplimiento al artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹

Que, a la luz de lo expuesto, la Secretaría General considera que la República de Ecuador, al no haber restablecido al nivel de 15% la subpartida 8539.31.00 al momento de su exclusión de la nómina de bienes no producidos y al aplicar en consecuencia un arancel distinto al establecido en el Arancel Externo Común para esos productos, ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en particular de los artículos 81, 83 y 86 del Acuerdo de Cartagena, 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, así como de las Decisiones 370 y 465;

Que, conforme lo dispone el literal a) del artículo 30 del Acuerdo de Cartagena, corresponde a la Secretaría General velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;

Que, de conformidad con lo establecido en los artículos 37 y 44 de la Decisión 425, Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, se señala que contra la presente Resolución cabe interponer recurso de reconsideración dentro de los 45 días siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena;

¹ Sentencia de Proceso 16-AI-99.

Resuelve:

Artículo 1.- Dictaminar que la República de Ecuador, al no haber restablecido al nivel de 15% la subpartida 8539.31.00 al momento de su exclusión de la nómina de bienes no producidos mediante Resolución 772, y al aplicar en consecuencia un arancel distinto al establecido en el Arancel Externo Común para esos productos, ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en particular de los artículos 81, 83 y 86 del Acuerdo de Cartagena, 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, así como de las Decisiones 370 y 465.

Artículo 2.- Conforme a lo previsto en el literal f) del artículo 65 de la Decisión 425, Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, se concede a la República del Ecuador un plazo de veinte (20) días hábiles para que ponga fin al incumplimiento a que se refiere el presente Dictamen.

Artículo 3.- Comuníquese a los Países Miembros la presente Resolución, la cual entrará en vigencia a partir de su fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los veinte días del mes de mayo del año dos mil cinco.

ALLAN WAGNER TIZON
Secretario General

**EL GOBIERNO MUNICIPAL DE
MOCACHE**

Considerando:

Que, al momento existen en el Archivo General de la institución documentos que deben ser eliminados, pues se relacionan con trámites administrativos que por el transcurso del tiempo no implica repercusión de responsabilidad administrativa o financiera o que constituya materia de consulta de los departamentos administrativos o usuarios del Gobierno Municipal;

Que, en atención a lo establecido en la norma de control interno N° 210-04 "Documentos de respaldo y su archivo" emitida por la Contraloría General del Estado, publicada en el Registro Oficial, Edición Especial N° 6 del 10 de octubre del 2002, es necesario dar el debido ordenamiento a la eliminación de documentos inútiles; y,

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 64, numeral 49 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal,

Expide:

El Reglamento de ordenamiento para la eliminación de documentación inútil del Gobierno Municipal del Cantón Mocache.

CAPITULO I

DE LA COMISION

Art. 1.- Créase la Comisión de Evaluación de Documentos del Archivo General del Gobierno Municipal de Mocache, la misma que tendrá el carácter de especial; y estará integrada por:

El Secretario General del Gobierno Municipal que la presidirá,

El Procurador Síndico Municipal;

El Jefe(a) de Educación, Cultura y Deportes;

El Director(a) Financiero; y,

El Director de Obras Públicas y Planificación.

Art. 2.- Son atribuciones de la comisión:

a) Designar al Secretario de la comisión, con voz y sin derecho a voto;

b) Analizar y calificar toda la información existente en el Archivo General y determinar los períodos de conservación de los documentos, procedimientos para el archivo de documentos enviados por los diferentes departamentos municipales;

c) Informar a el(la) señor(a) Alcalde(sa) sobre los documentos que se consideren innecesarios que deben ser objetos de incineración;

d) Orientar y formular recomendaciones que fuese del caso para la buena marcha del Archivo General de acuerdo con las técnicas modernas;

e) Evaluar los documentos para identificar los que deben ser considerados como históricos para enviarlos a la Biblioteca Municipal, que sirvan de fuente de consulta para la ciudadanía de Mocache; y,

f) Informar a las dependencias municipales la eliminación de la documentación inútil que se hubiese resuelto para que se proceda en concordancia.

Art. 3.- Son deberes de la comisión:

a) Sesionar cuando las circunstancias lo ameriten a pedido del Presidente de la comisión;

b) Levantar y suscribir las actas, dejando constancia detallada de los documentos respecto de los cuales a resuelto informar acerca de su eliminación o entrega a la Biblioteca;

c) Intervenir en la incineración de los documentos por sí o por intermedio de cualquiera de sus miembros;

d) Aprobar y suscribir las actas de sesiones que celebre la comisión; y,

e) La demás que le imponga el presente reglamento.

CAPITULO II

**ATRIBUCIONES Y DEBERES DEL PRESIDENTE,
SECRETARIO Y MIEMBROS DE LA COMISION**

Art. 4.- Son atribuciones y deberes del Presidente:

a) Planificar, programar y dirigir las actividades que deba realizar la comisión.

- b) Dirigir y coordinar las funciones de los miembros de la comisión;
- c) Resolver con voto dirimente sobre dudas de aplicación del presente reglamento;
- d) Convocar a sesiones ordinarias y extraordinarias a los miembros de la comisión;
- e) Suscribir las actas conjuntamente con los demás miembros de la comisión; y,
- f) Las demás que legalmente le corresponden.

Art. 5.- Son atribuciones y deberes del Secretario de la comisión:

- a) Informar al Presidente sobre todos los asuntos que se requieran;
- b) Elaborar la agenda de cada sesión y la lista de documentos que deben ser sometidos a consideración de la comisión;
- c) Redactar y llevar en orden las actas de la comisión;
- d) Legalizar dichas actas, luego de suscritas por todos los miembros de la comisión;
- e) Convocar a sesiones a los miembros de la comisión por orden del Presidente;
- f) Coordinar las actividades de la comisión con los grupos de trabajo y las unidades administrativas;
- g) Opinar, sin derecho a voto, sobre el asunto que se estuviere tratando;
- h) Formar parte de los grupos de trabajo a los que fuere designado; y,
- i) Las demás que le fueren encomendadas por la comisión o el Presidente

Art. 6.- Corresponde a los miembros de la comisión:

- a) Asistir a las reuniones convocadas por el Presidente;
- b) Actuar con voz y voto en las deliberaciones que se presenten en la comisión;
- c) Integrar los grupos de trabajo para los que fueren designados;
- d) Suscribir las actas de las sesiones, conjuntamente con el Presidente ; y,
- e) Cumplir con lo establecido por el presente reglamento y las resoluciones de la comisión.

CAPITULO III

DE LAS ACTAS

Art. 7.- Se levantará en cada reunión un acta con anotación de los miembros asistentes.

Art. 8.- Las decisiones de la comisión serán tomadas por mayoría de votos. Se hará constar el pronunciamiento de cada uno de los votantes.

Art. 9.- Cuando el(la) Alcalde(sa) previa recomendación de la comisión decida la eliminación de documentos, ordenará levantar un acta en la que consten los siguientes datos:

- a) Fecha de levantamiento del acta;
- b) Referencia del acta de la comisión de evaluación por la que se recomienda la evaluación, traspaso, microfilmación, incineración de documentos y del oficio que contenga la delegación otorgada por el Alcalde para el cumplimiento de la diligencia;
- c) Identificación del Departamento Municipal a la que pertenezcan los documentos;
- d) Período, detalle o descripción breve que identifique por asuntos los documentos que se eliminan; y,
- e) Nombre y firma de los delegados y jefes de archivo que intervienen en la diligencia de incineración.

Dada y firmada en la sala de sesiones del Gobierno Municipal de Mocache, a los once días del mes de marzo del año dos mil cinco.

f.) Bolívar Cordero Candelario, Vicepresidente del I. Concejo del Gobierno Municipal de Mocache.

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

CERTIFICO: Que el presente Reglamento de ordenamiento para la eliminación de documentación inútil del Gobierno Municipal del Cantón Mocache, que antecede fue discutido y aprobado por el I. Concejo de Mocache en las sesiones ordinarias del 3 y el 18 de marzo del 2005, en primero y segundo debate, respectivamente, de conformidad con lo que establece el Art. 127 de la Ley de Régimen Municipal; y, la remito a la señora Alcaldesa de conformidad con el Art. 128 íbidem.

Mocache, 12 de marzo del 2005.

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

VISTOS: En uso de la facultad que me concede el numeral 3 del Art. 72 en concordancia con el Art. 129 de la Ley de Régimen Municipal, declaro sancionado el Reglamento de ordenamiento para la eliminación de documentación inútil del Gobierno Municipal del Cantón Mocache, por estar de acuerdo con las normas vigentes; y, ordeno su promulgación por uno de los medios de que trata el Art. 133 de la ley invocada.

Mocache, 16 de marzo del 2005.

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

SECRETARIA DEL I. CONCEJO.- Mocache 17 de marzo del 2005.- Sancionó, firmó y ordenó la promulgación del Reglamento de ordenamiento para la eliminación de documentación inútil del Gobierno Municipal del Cantón Mocache, la Sra. María Cristina Holguín de Andrade, Alcaldesa del Gobierno Municipal de Mocache, a los dieciséis días del mes de marzo del año dos mil cinco.- Lo certifico.

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