



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

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

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año II -- Quito, Viernes 28 de Mayo del 2004 -- N° 344

DR. JORGE A. MOREJON MARTINEZ
DIRECTOR

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

S U P L E M E N T O

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
FUNCION JUDICIAL		113-04	Marco Sarabia Changotasig por injurias en perjuicio de George Edwuars Maya Viteri .. 11
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA		114-04	Vinicio Cevallos Campaña por estafa 12
PRIMERA SALA DE LO PENAL:			
Recursos de casación en los juicios penales seguidos en contra de las siguientes personas:			ACUERDO DE CARTAGENA
			PROCESOS:
99-04	Jorge Zambrano Torres y otro por muerte a Kleiner Marcelo Ortíz Morán 2	77-IP-2003	Interpretación Prejudicial de los artículos 81, 82 literal a), 83 literal a), 102 y 113 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Proceso Interno N° 7631. Actor: FABRICA DE CALZADO KONDOR LTDA. Marca: KONKOR 13
100-04	Ramón Eugenio Quijije Espinel y otro por asesinato a Gustavo Saúl Portilla Quiroz ... 3	82-IP-2003	Interpretación Prejudicial de los artículos 1, 2, 4 y 28 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, requerida por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Interpretación de oficio de los artículos 27 y 29 de la misma Decisión. Actor: THE PROCTER & GAMBLE COMPANY. Pa-
104-04	María Carmelina Berrezueta Mendieta por injurias, en perjuicio de George Edwuars Maya Viteri 4		
106-04	Alfonso Verdugo Verdugo por injurias en perjuicio de Galo Arturo Ordóñez Gárate 5		
111-04	José Pachacama Umachiza por lesiones en perjuicio de Acencio Troya 9		
112-04	Germán Patricio Wanputsrik Katán por disposición fraudulenta de bienes y falsificación de cheque, en perjuicio de Santiago Peralta Cordero 10		

	Págs.
tente: “COMPUESTOS FARMACEUTICOS NOVEDOSOS DE 5-(2-IMIDAZOLINILAMINO) BENCIMIDAZOL, UTILES EN EL TRATAMIENTO Y LA PREVENCIÓN DE DESORDENES RESPIRATORIOS, OCULARES E INTESTINALES”. Expediente interno 6753	21
85-IP-2003 Interpretación Prejudicial de los artículos 81, 83 literal a) y 107 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Marca: WEGA. Actor: SONY KABUSHIKI KAISHA (SONY CORPORATION). Proceso Interno N° 6903	27
84-IP-2003 Interpretación Prejudicial de los artículos 81 y 82 literales a) y b), de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Actor: PFIZER PRODUCTS INC. Marca: “consistente en una figura geométrica, notándose que tiene cuatro lados cuyos bordes aparecen redondeados, para distinguir preparaciones y sustancias farmacéuticas y veterinarias, productos comprendidos en la clase 5ª de la clasificación internacional”. Proceso Interno N° 7386	34
ORDENANZA MUNICIPAL:	
- Cantón El Pangui: Reformatoria a la Ordenanza que reglamenta el proceso de escritura masiva	39
ORDENANZA PROVINCIAL:	
- Gobierno de la Provincia de Manabí: Que reglamenta la entrega de méritos y reconocimientos	39

N° 99-04

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 22 de marzo del 2004; las 15h00.

VISTOS: El Quinto Tribunal Penal del Guayas impone a Jorge Zambrano Torres y Charle Darwin Hernán Jiménez la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria por muerte a Kleiner Marcelo Ortiz Morán, cuando fue asaltado un bus de la cooperativa Pedro Carbo, para desvalijar a pasajeros, hecho ocurrido el domingo 28 de marzo de 1999, en la vía pública que sale de Nobol.- De la sentencia condenatoria interpuso recurso de casación Jorge Efrén Zambrano Torres, sustanciado conforme el rito procesal

pertinente, sin omisión de solemnidad sustancial alguna. Por tener esta Sala potestad jurisdiccional y competencia para decidir la impugnación según los mandatos del artículo 200 de la Constitución Política, 349 del Código de Procedimiento Penal, y 60 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, para hacerlo considera: PRIMERO.- El recurrente alega que huyó con los asaltantes y que por ello se le atribuye ser coautor en el ilícito imputado, esto es el delito de robo con violencia, que ha causado la muerte de una persona, sin que se haya comprobado la preexistencia de las cosas supuestamente sustraídas ni su participación en el asesinato de Kleiner Ortiz Morán, tanto más que el juzgador declara en la sentencia que quien le disparó con arma de fuego fue Charles Darwin Hernán Jiménez.- Por ello, aduce violación en la sentencia de los artículos 61, 66, 67, 88 y 157 del Código de Procedimiento Penal, afirmando que se ha considerado como prueba material de la infracción el parte policial de investigación -que no constituye prueba-, y no se ha tomado en cuenta lo favorable de su declaración preprocesal, por considerar el juzgador su ineficiencia probatoria al no haberla rendido en presencia de abogado. Ataca también el fallo por violación del artículo 552 inciso cuarto del Código Penal, “por cuanto se reprime el delito derivado y no el presunto ilícito de robo que no se ha justificado”, por no haberse demostrado la preexistencia de los bienes sustraídos; y, finalmente señala violación del artículo 451 del Código Penal, ya que hallándose plenamente identificado el autor del los disparos a Kleiner Ortiz Morán -que le causaron la muerte-, el autor de los mismos era el único que debía ser condenado y no el recurrente. SEGUNDO.- Las alegaciones del impugnante referentes a violación de los artículos 61, 66, 67, 88 y 157 del Código de Procedimiento Penal de 1983, aplicable en esta causa, entrañan pretensión procesal de que se revalorice la prueba, lo que no cabe en casación a menos que fuese evidente en el fallo, que el juzgador se apartó de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, o consideró como prueba actuaciones procesales carentes de eficacia probatoria, lo que no ocurre en la presente causa y deja sin sustento la impugnación de la sentencia con tales argumentaciones. TERCERO.- En cuanto a la alegada violación del artículo 552 inciso cuarto y del artículo 451 del Código Penal, la Sala encuentra que dichas disposiciones legales fueron aplicadas correctamente por el juzgador, pues la primera de esas normas, reprime con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, a quienes mediante violencias o amenazas contra las personas, sustrajeren fraudulentamente cosas ajenas con ánimo de apropiarse, si las violencias hubieren ocasionado la muerte de una persona. Es incontestable que el procesado recurrente participó en el asalto y robo de los pasajeros de un bus de la Cooperativa Pedro Carbo, con violencia y amenaza sobre las personas, hecho en el cual murió Kleiner Ortiz Morán; y si bien es cierto que por declaraciones testimoniales válidamente actuadas se identificó a Charles Darwin Hernán Jiménez como autor de los disparos de arma de fuego a consecuencia de los cuales se produjo el fallecimiento del agredido, también es cierto que conforme al artículo 451 del Código Penal, “cuando hayan concurrido a un robo u otro delito dos o más personas, todas serán responsables del asesinato que con ese motivo u ocasión se cometa, a menos que se pruebe quien lo cometió y que los demás no tuvieron parte en él, ni pudieron remediarlo o impedirlo”, sin que de autos aparezca prueba alguna que demuestre que Jorge Zambrano Torres hubiere tratado de impedir a Charles Darwin Hernán Jiménez que dispare a la víctima.- RESOLUCION: Por lo

expuesto, estimándose que el recurso de casación deducido por Jorge Efrén Zambrano Torres es improcedente, esta Primera Sala de Casación Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN EL NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, así lo declara.- Devuélvase el proceso al inferior.- Notifíquese.

f.) Dr. Eduardo Brito Mieles, Magistrado - Presidente.

f.) Dr. Carlos X. Riofrío Corral, Magistrado.

f.) Dr. Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrado.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1ª Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.

Quito, 14 de abril del 2004.- Certifico.- f.) Secretario Relator.

N° 100-04

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE CASACION PENAL**

Quito, 26 de marzo del 2004; las 10h00.

VISTOS: El Tribunal Penal del Napo, con sede en Tena, condenó a Ramón Eugenio Quijije Espinel y Celso Nahum Piure Granillo, por el delito de asesinato tipificado y sancionado en el artículo 450 numerales 1, 7 y 9 del Código Penal, al primero de los nombrados en calidad de autor y al segundo en grado de cómplice, por la muerte de Gustavo Saúl Portilla Quiroz; y les impuso la pena de doce y seis años de reclusión mayor, respectivamente, más el pago de daños y perjuicios por considerar procedente la acusación particular de Fidelina María Quiroz Alvarez, madre de la víctima.- Celso Nahum Piure Granillo, impugnó la sentencia por vía de casación.- Concluida la sustanciación del recurso conforme el rito procesal pertinente, sin omisión de solemnidad sustancial alguna; y, por tener esta Sala potestad jurisdiccional para decidir la impugnación según los mandatos del artículo 200 de la Constitución Política y 349 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose radicado competencia en esta Sala por el sorteo de ley, para resolver considera: PRIMERO.- El recurrente en el escrito de fundamentación del recurso de casación alega violación de la ley en la sentencia por haber sido condenado sin demostración conforme a derecho de su responsabilidad penal, pues sostiene que no se comprobó que él hubiera colaborado con el autor para la ejecución del delito, más bien de autos - dice - se ha justificado que al momento del ilícito se hallaba dormido a consecuencia de su estado de ebriedad, sobre una mesa del bar "Casa Blanca", del cual salieron Ramón Eugenio Quijije Espinel y Gustavo Saúl Portilla Quiroz, siendo por ello imposible que se le atribuya participación en el delito, tanto más que Quijije Espinel confesó ser el único responsable de la muerte de Portilla Quiroz.- Argumenta también violación del artículo 72 del Código Penal por no haberse rebajado la pena, no obstante

haberse demostrado la existencia de circunstancias atenuantes de los numerales 5, 6, 7 y 10 del artículo 29 ibídem, pues dice que él se presentó voluntariamente a la justicia, que se acreditó su conducta ejemplar con posterioridad a la infracción, que se probó no ser persona peligrosa, y que rindió su confesión en forma espontánea y verdadera, sin que haya existido en la comisión del delito circunstancias agravantes, mucho menos las de los numerales 1 y 5 del artículo 30 del Código Penal, invocadas por el Tribunal Penal para no modificar la sanción. SEGUNDO.- Examinada la sentencia y los autos, en relación con las alegaciones del recurrente, la Sala constata que el juzgador sustenta la condena a Piure Granillo en el testimonio del acusado Quijije Espinel, concordante con su versión preprocesal (rendida sin presencia de un abogado defensor, circunstancia determinante de ineficacia probatoria al tenor del numeral 5 del artículo 24 de la Constitución Política), en que admite que portaba un cuchillo, que le entregó a Ramón Quijije Espinel, arma con la que se victimó a Portilla Quiroz, reconociendo también que fue éste junto con el recurrente quienes fueron a dar aviso a los familiares de la víctima y retornaron al sitio donde se encontraba el occiso, con el propósito de no levantar sospecha sobre su participación en el delito, declaración en base a la cual el juzgador considera que hubo intervención del impugnante, indirecta y secundaria, en la ejecución del acto punible, que le hace responsable como cómplice conforme el artículo 43 del Código Penal, desechando el argumento de defensa sobre que Piure Granillo estuvo dormido y ni siquiera observó la infracción.- Al respecto, este Tribunal de Casación reitera anteriores pronunciamientos sobre el testimonio del acusado como medio de defensa y prueba a su favor, sin que pueda tenérselo como prueba de cargo para determinar responsabilidad penal, salvo cuando el declarante admita en forma libre y voluntaria su culpabilidad, y siempre que se hubiere probado la existencia del delito, al tenor del artículo 143 del vigente Código de Procedimiento Penal.- Celso Nahum Piure Granillo no admite en su testimonio, en forma libre y voluntaria su culpabilidad como para que esa declaración dé sustento a la condena; y de autos no aparece, ni refiere la sentencia, ningún otro testimonio o evidencia que acredite que este procesado recurrente cooperó de manera indirecta y secundaria, mediante actos anteriores o simultáneos, en la ejecución del asesinato de Portilla Quiroz.- Así pues, esta Sala encuentra que Piure Granillo ha sido condenado, sin demostración conforme a derecho de su responsabilidad penal como cómplice, violándose con ello el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 43 del Código Penal. TERCERO.- El señor Director General de Asesoría, subrogante de la señora Ministra Fiscal General, en su dictamen de fojas 37 a 38 de los autos opina que el juzgador ni siquiera cita indicios, menos pruebas, que lleven a considerar demostrada la responsabilidad del casacionista en el asesinato de la víctima, "ni intención deliberada del procesado o propósito malicioso de ayudar al autor del delito; tanto más cuanto que, el único testigo presencial del hecho afirma que fue una sola persona la que actuó sobre la víctima, habiendo sido identificado posteriormente como Ramón Eugenio Quijije Espinel, quien al rendir su testimonio en el juicio acepta ser el autor de las puñaladas que causaron la muerte del ofendido y así lo reconoce el Tribunal en el considerando cuarto del fallo". Y agrega, "por otra parte, el informe investigativo y la versión de Quijije mencionados en la sentencia carecen de legalidad y eficacia jurídica, porque no han sido judicializados".- En razón de lo

expuesto, el representante del Ministerio Público pide que se case la sentencia, porque hay violación del Tribunal a quo de los artículos 85, 86, 87, 88, 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal; y, por falta de prueba, absuelva a Celso Nahum Piure Granillo.- RESOLUCION: Por las consideraciones precedentes, coincidiendo con el dictamen de la Fiscalía General del Estado; y, al estimar procedente el recurso deducido por el sentenciado, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, esta Sala casa la sentencia impugnada por existir en ella violación del artículo 250 del Código de Procedimiento Penal y del artículo 43 del Código Penal, por condenar al recurrente como cómplice en el asesinato de Gustavo Saúl Portilla Quiroz, sin demostración conforme a derecho de su responsabilidad penal. En consecuencia, absuelve a Celso Nahum Piure Granillo del delito que le fue imputado en esta causa; calificando la denuncia y acusación particular de Fidelina María Quiroz Alvarez, respecto de Celso Nahum Piure Granillo, como no temeraria ni maliciosa.- Devuélvase el proceso al inferior para los fines de ley.- Notifíquese.

f.) Dr. Eduardo Brito Mieles, Magistrado - Presidente.

f.) Dr. Carlos X. Riofrío Corral, Magistrado.

f.) Dr. Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrado.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Quito, veinte y seis de marzo del dos mil cuatro a partir de las quince horas, notifico mediante boletas con la nota de relación y sentencia que anteceden, a la señora Ministra Fiscal General en el casillero N° 1207; a Celso Piure en el casillero N° 580.- Certifico.- f.) Secretario Relator.

Razón: En esta fecha devuelvo el juicio N° 92-03 MG; que por asesinato se sigue en contra de Celso Piure Granillo, en 302 fs. incluida la ejecutoria suprema, cuatro cueros.- Quito, 1 de abril del 2004.- Certifico.- Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1ª Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.

Quito, 14 de abril del 2004.- Certifico.- f.) Secretario Relator.

N° 104-04

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 30 de marzo del 2004; las 17h05.

VISTOS: George Edwars Maya Viteri en su acusación particular de fojas uno que dirige en contra de María Carmelina Berrezueta Mendieta señala que es Rector del Colegio Nacional Patrimonio de la Humanidad por más de seis años, sin embargo de lo cual desde hace aproximadamente seis meses, un grupo de profesores de la

institución han venido causando varios disturbios que han afectado notablemente al desenvolvimiento de las actividades del plantel. Que, Carmelina Berrezueta el día 17 de octubre del 2001 aproximadamente a las ocho horas en la puerta de ingreso del colegio ubicada en las calles Santa Teresa y Juan Garzón, parroquia Cotocollao de esta ciudad de Quito, en presencia del alumnado del plantel, padres de familia, profesores y personas que se encontraban en la calle, manifestó con la única razón de perjudicarme “que soy un homosexual, que acoso sexualmente a las profesoras del plantel, que recibo dinero por los cupos para que ingrese los alumnos y que me dispongo en mi beneficio de los fondos que pertenecen al Colegio que dirijo”. El Juez de primera instancia en sentencia de 3 de septiembre del 2002, por no haberse comprobado a su juicio la responsabilidad penal en el ilícito imputado a Carmelina Berrezueta, desechó la acusación particular propuesta en su contra por Maya Viteri, considerando no maliciosa ni temeraria la querrela. El acusador interpuso recurso de apelación de la sentencia antedicha. La Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, el 25 de febrero del 2003 revocó el fallo absolutorio de primera instancia e impuso a Carmelina Berrezueta la pena de quince días de prisión correccional y seis dólares de multa considerándole autora del delito de injuria grave no calumniosa, sin precisar el tipo penal aplicado para sancionarle. En el mismo fallo se aceptó la acusación particular y se condenó a la querrelada al pago de daños y perjuicios causados y costas procesales. Carmelina Berrezueta propuso el recurso de casación, remitido previo el sorteo de ley a este Tribunal, que para resolver formula las consideraciones que siguen: PRIMERA.- De conformidad con el artículo 200 de la Constitución Política de la República, el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, la resolución del Tribunal Constitucional, publicada en el Registro Oficial 194 del 21 de octubre del 2003 y el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, esta Sala tiene jurisdicción y competencia para decidir el recurso interpuesto. SEGUNDA.- En el presente juicio el argumento único de la Juez Séptimo de lo Penal de Pichincha para absolver a la querrelada, es considerar, que del análisis de los testimonios presentados “se desprende incoherencia en las respuestas”. TERCERA.- La Cuarta Sala de la Corte Superior de Quito formula también un examen deficiente de la prueba y por ello se expresa en el fallo que el delito cometido es de injuria grave no calumniosa, cuando lo correcto era sancionar el acto punible de la querrelada por los delitos de calumnia y de injuria grave; pues, con los testimonios de cargo rendidos por Doris Guadalupe Vega Vargas y Rosa Taipe, se acredita con absoluta claridad, que lleva a la convicción de este Tribunal de Casación, haberse encontrado presentes en el lugar, en el día y la hora en que la querrelada injurió al querellante, con las falsas imputaciones de haber cometido los delitos de acoso sexual a las profesoras del plantel, y de peculado por apropiación de fondos del colegio en propio beneficio, según las expresiones que ellas escucharon, así como las imputaciones de falta de moralidad hechas a Maya Viteri cuando le oyeron decir que es homosexual. No ocurre lo mismo con las declaraciones de descargo de las testigos presentadas por la acusada: Sonia Mercedes Guillermo Maxi, Cecilia del Pilar Laines Rodríguez, María Lastenia León Landacay y María Elena Salazar Alaba, pues éstas, examinadas según las reglas de la sana crítica resultan dudosas y parcializadas. CUARTA.- En el escrito de fundamentación de su recurso, María Carmelina Berrezueta Mendieta hace una extensa relación del proceso, tratando de

resaltar el valor de sus pruebas, para que sean revaluadas por este Tribunal, lo que procede en casación penal, conforme reiterados pronunciamientos de esta Sala, sólo cuando del fallo impugnado aparezca en forma incontrastable que el juzgador violó las disposiciones legales relativas a la valoración de la prueba, lo que ocurre en la presente causa, en que por deficiente análisis de la prueba, como ya se dijo, se desecha la existencia del delito de calumnia para condenar a la querellada sólo por injuria grave. QUINTA.- La sentencia impugnada en la cual se condena a Carmelina Berrezueta a la pena de quince días de prisión correccional y a la multa de seis dólares, por ser autora de injuria grave no calumniosa, omite mencionar las disposiciones legales aplicadas para declarar comprobada la infracción e imponer sanción a la acusada, error de derecho por el cual se observa a los ministros jueces que expidieron la sentencia, y que obliga a este tribunal supremo a casar el fallo, precisando aquellas disposiciones legales que omitió el juzgador, incumpliendo el requisito previsto en el numeral 4 del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal. SEXTA.- De autos aparece comprobada conforme a derecho la existencia material del delito tipificado en el numeral 1 del artículo 490 del Código Penal, infracción que (junto con la acusación del delito de calumnia) fue precisada por el querellante en su escrito de fundamentación de la acusación particular, norma que señala que es injuria grave no calumniosa la imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado. Expresar que el Rector del Colegio es homosexual no es imputar un delito (en ello no hay calumnia) pero sí falta de moralidad que perjudica considerablemente la fama y honra del agraviado. Por el contrario, decir que George Edwards Maya Viteri acosó sexualmente a profesoras del plantel y que ha dispuesto en su beneficio de los fondos que pertenecen al colegio, sin existir prueba legal justificante en autos, es imputar falsamente el cometimiento de delitos, y en ello, hay evidente injuria calumniosa, no declarada por el juzgador, hecho que no fue impugnado por el acusador particular, lo que impide sancionar dicho delito de calumnia por esta Sala de Casación Penal, prohibida de empeorar la situación de la querellada por ser la única recurrente, según la parte final del numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política, y artículo 328 del Código de Procedimiento Penal. SEPTIMA.- Las injurias graves no calumniosas se sancionan, cuando han sido proferidas en un lugar público - como es un establecimiento de educación superior en horas de concurrencia del alumnado- con prisión correccional de tres a seis meses; pero el juzgador, también con evidente error, impone a la acusada quince días de prisión correccional, sin que se hubieren justificado atenuantes para rebajar la pena, falencia que no puede enmendarse por el precepto antes enunciado, del "non reformatio in pejus", recogido como garantía para el debido proceso en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política, concordante con el artículo 328 del Código de Procedimiento Penal.- RESOLUCION: Por lo expuesto, reiterando esta Sala que la sentencia impugnada viola la ley por no aplicar el inciso primero del artículo 489 del Código Penal, y sancionar este delito (calumnia) perpetrado en lugar público, con la pena prevista en el artículo 491 ídem (seis meses a dos años de prisión correccional), determina que también hay violación de derecho por inaplicación del artículo 495 del Código Penal en relación con el artículo 491, estando demostrada la existencia del delito de injuria grave no calumniosa cometido en lugar público sobre el que

recae pena de tres a seis meses de prisión correccional; tomando en cuenta así mismo que no obstante esas violaciones de la ley, no puede enmendarse la sentencia en perjuicio de la recurrente; y, que en el fallo examinado se ha omitido señalar las normas legales aplicables para sancionar a la querellada, error que debe corregirse sin afectar la situación jurídica de la impugnante, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, este Tribunal declara improcedente el recurso de casación de María Carmelina Berrezueta Mendieta, y al encontrar violación de la ley en la sentencia por omisión del requisito previsto en el numeral 4 del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, de oficio casa la sentencia expedida por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, señalando que del contexto de aquella se desprende que la querellada fue considerada responsable del delito de injuria grave no calumniosa tipificado en el numeral 1 del artículo 490 del Código Penal en relación con el inciso segundo del artículo 489 del mismo; y que con error -que no puede enmendarse- se le impuso la pena de quince días de prisión correccional prevista en la parte final del artículo 495 ídem, como si las imputaciones las hubiere hecho privadamente.- Devuélvase el proceso al órgano judicial de origen para la ejecución de la sentencia expedida por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Quito.- Notifíquese.

f.) Dr. Eduardo Brito Miele, Magistrado - Presidente.

f.) Dr. Carlos Riofrío Corral, Magistrado.

f.) Dr. Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrado.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1ª Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.

Quito, 14 de abril del 2004.- Certifico.- f.) Secretario Relator.

N° 106-04

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 30 de marzo del 2004; las 17h10.

VISTOS: Alfonso Verdugo Verdugo el día 9 de enero del 2004 recurre vía casación de la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Superior de Azoguez dictada el 8 de diciembre 2003 a las 11h25, que en el juicio penal por injurias promovido por el querellante Galo Arturo Ordóñez Gárate, confirma el fallo del Presidente subrogante de aquella Corte e impone al acusado la pena de 15 días de prisión correccional y costas, con aplicación del artículo 492 del Código Penal. El conocimiento y resolución del reclamo impugnatorio correspondió por sorteo a esta Sala, cuya competencia está reconocida por los artículos 200 de la Constitución Política de la República, 60 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, 349 y siguientes del

Código de Procedimiento Penal relativos al recurso de casación, en armonía con la Resolución N° 006-2003-DI del Tribunal Constitucional, promulgada en el Registro Oficial N° 194 de 21 de octubre del 2003, para viabilizar el recurso de casación de sentencias dictadas por delitos de acción privada. Concluido el trámite de casación, para sentencia el Tribunal, considera: PRIMERO.- El recurso fue interpuesto el 9 de enero del 2004, a las 17h50 en el término que prevé el artículo 6 del Código de Procedimiento Penal, luego de la notificación del auto de 22 de diciembre 2003, a las 10h50 en que la Sala superior negó la aclaración de la sentencia pedida el 11 de diciembre del 2003. SEGUNDO.- El proceso es válido por tramitado conforme a las exigencias y solemnidades de la ley. TERCERO.- Concedido el recurso por el inferior el día 19 de enero del 2004 -fojas 24- el proceso fue sorteado en la Corte Suprema de Justicia el día 3 de febrero del 2004 y llegó a esta Sala el 4 de febrero del mismo año en 695 fojas, fecha en la cual, por admitida a trámite aquella impugnación, notificó al sentenciado para que la fundamente acorde con la ley, como en efecto hace dentro del término respectivo con escrito en que señala: “las expresiones atribuidas al compareciente, citadas en el escrito de querrela y reproducidos en el considerando séptimo de la sentencia impugnada, como base esencial de la misma, han sido extraídas de una grabación magnetofónica del programa “Análisis” transmitido por la Radio “La Voz de Ingapirca” el viernes 22 de febrero del 2002, la cual se ha transcrito como diligencia preparatoria en el Juzgado Cuarto de lo Penal del Cañar, con la intervención del señor Agr. Paúl Espinosa Vintimilla, en calidad de perito designado para el efecto, aspecto del cual infiere y concluye: a) que tal diligencia no acredita con rigor legal y eficacia probatoria la existencia material del pretense delito que se le atribuye en la especie, por contravenir a lo ordenado en los artículos 80 y 83 del Código de Procedimiento Penal concordante con el precepto del N° 14 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, porque la transcripción de la grabación magnetofónica, fue pedida, ordenada y practicada al margen del presente proceso penal sin notificación al compareciente; b) que no consta de autos que el transcriptor Espinosa Vintimilla estuviere calificado como perito por el Ministerio Público; y, c) que tampoco existe en autos prueba de haberse practicado el reconocimiento de la grabación, objeto de la aludida transcripción peor aún la identificación de las voces grabadas como prevé el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal y con lo que sostiene, no estar comprobada conforme a derecho la existencia de la infracción que motiva el recurso. Además, sostiene que la conducta de reproche que se le atribuye no se adecua al delito de injurias tipificada en el artículo 489 del Código Penal, pues examinadas con objetividad las expresiones atribuidas al compareciente y reproducidas en la sentencia impugnada como base esencial de la misma, se advierte que no entrañan agravio injurioso para el querellante, ni admiten por tanto penalidad....porque de tales expresiones, ni las palabras o vocablos que forman las mismas, son etimológica, semántica o idiomáticamente ofensivas, ni pueden tenerse como imputaciones contra el querellante, cuyas consecuencias pudieran afectar considerablemente su fama, honra e intereses, de aquellas definidas en el artículo 490 del Código Penal, como injurias no calumniosas mucho menos como imputaciones de delito o hechos criminosos, de aquellos definidos en la ley y la doctrina como injurias calumniosas. Expone también el casacionista que “por las circunstancias que precedieron y acompañaron al debate radial de cuyo marco aparecen

proferidas las expresiones atribuidas al compareciente, fluye con claridad meridiana que antes que un propósito de injuria llevan implícita la intención de censura de algunas actuaciones públicas específicas cumplidas por el querellante como Presidente del Concejo Cantonal de Cañar, y luego, como Alcalde y la defensa de los intereses de la ciudadanía del cantón con los cuales estaba comprometido como Concejal..... expresiones inócuas en el fondo y en la forma y que no traducen ánimos injuriandi” y que por ello, el Tribunal de apelación violó la ley al confirmar en sentencia el fallo de primer nivel, donde se interpreta tales expresiones como “injurias calumniosas” y bajo esta falsa premisa, me impone la pena de 15 días de prisión correccional, pues al no haber en la especie tipicidad concreta de los artículos 489 y 492 del Código Penal, señalado como fundamento del susodicho fallo, se ha violado el principio de legalidad consagrado en el artículo 24 de la Constitución y su concordancia en el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal; inobservado las reglas relativas de la prueba, artículo 85 y 88 ordinal 1° ibídem, y contravenido los principios que disciplinan la recta administración de justicia”. La fundamentación concluye invocando que si hipotéticamente se tuviera como ofensivas al honor y personalidad moral del querellante, “a lo mucho devendría en injurias no calumniosas, pero de ninguna manera, injurias calumniosas, como indebidamente ha interpretado el Tribunal inferior, y en tal caso, habría lugar a la compensación de injurias que opuse con carácter subsidiario al contestar la querrela”, aspecto que rechazado en sentencia, también genera -dice el impugnante- violación del artículo 496 del Código Penal. CUARTO.- El querellante respondiendo a la fundamentación manifiesta que la injuria punible existe y que la conducta de Verdugo Verdugo se ajustó al tipo legal, al haber proferido falsas imputaciones y ultrajes que vulneran sus derechos de hombre honrado, injurias que alcanzaron trascendencia social por haberse realizado a través de un medio de comunicación colectiva, y que el querellado sabía lo que decía y el porque, obrando así con conciencia y voluntad, con ánimo de injuriar o denigrar, deshonrar o afrenta a su persona, estando comprobado en autos la infracción, sin que el acusado hubiere probado sus excepciones. QUINTO.- Las partes procesales ejerciendo el derecho de defensa, expusieron sus alegatos jurídicos en audiencia de estrados efectuada el 11 de marzo 2004, complemento con el cual, viene en conocimiento de la Sala de Casación: a) que de folios 1 al 34 obra la diligencia judicial, promovida por Galo Arturo Ordóñez Gárate ante el Juez Cuarto de lo Penal del Cañar, previo el sorteo legal de 28 de febrero del 2002 y con el cual, se solicitó con arreglo al artículo 387 del Código de Procedimiento Penal relacionado con el artículo 43 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, oficiar al Director de la Radio “La Voz de Ingapirca”, remitir los originales de la grabación del programa “Análisis” dirigido por Rolando Siguencia Pinos y transmitida el día 22 de febrero del 2002 a eso de las 14h30 con la intervención de Jaime Siguencia Gavilanes y Alfonso Verdugo, “quienes entre otros”, han procedido a injurarlo gravemente, en actitud cobarde, violando su legítimo derecho a su buena fama, a su buen nombre y a su honor; b) La Sala observa que tal pedimento fue presentado el 28 de febrero del 2002 a las 14h15; sorteada el mismo día, pero sin precisar la hora; y, finalmente, calificado y admitido a trámite ese mismo día a las 15h40, esto es, una hora y quince minutos después de su presentación y sorteo, según se aprecia en los folios uno; una vuelta y página 2 del proceso; c) El Juez Penal, con apoyo en el artículo 387 del Código de

Procedimiento Penal, ordenó oficiarse al Gerente de la Radio, para que en la brevedad posible remita a la judicatura los originales de la grabación del programa en referencia, del día 22 de febrero del 2002 y menciona en su providencia que “la diligencia se realizará como lo establece el artículo 27 inciso 2 del cuerpo de leyes antes invocado”. En el mismo folio dos, donde consta esta providencia de 28 de febrero del 2002 a las 15h40, debajo de la firma del Juez que la suscribe, hay una razón de la misma fecha que dice: “se ofició como se ordena en la providencia que antecede”- Cañar febrero 28 del 2002; **d)** El Gerente de la radiodifusora, a folios 7, responde en comunicación de marzo 5 del 2002 dirigida al Juez, y expresa que por “el oficio 16-JCP de fecha 28 de febrero del año en curso” le entrega la grabación solicitada, con lo cual se provee el 5 marzo del 2002, 15h45 la designación de Paúl Espinosa Vintimilla como perito para la diligencia judicial de transcripción de la grabación, señalada para el 8 de marzo del 2002 que en efecto realizan Juez, Secretario y perito, previa aceptación del cargo que jura desempeñarlo fiel y legalmente, firmando el acta respectiva de dicha transcripción de dos casetes de la versión magnetofónica, en cuyo contenido se describe y señala las personas que intervinieron en el programa radial con sus informes de labores, respuestas, y comentarios sobre los interrogantes del Director de ese espacio de opinión; la marcha de la Municipalidad de Cañar y evaluación de proyectos y problemas institucionales, como aparece entre fojas 5 a 32 y los tramos finales de la conversación radial, identificándose en la grabación como concejales del cantón, quienes abordan el tema de un equipo caminero, un préstamo del Banco del Estado con referencia imprecisa del tipo de interés; cotización del dólar frente al sucre; entrega de documentos de ese trámite, criticados como incompletos, y en una parte (folios 23) se menciona a Alfonso Verdugo diciendo: **“verá licenciado mire, lo que pasa también fue que nos mintió el ex - Alcalde”... “había falsedad” “había documentos que faltaban y había estado todo negociado” “todo había estado hecho” “y es ahí cuando cuatro Concejales no aprobamos el préstamo porque los negociados estaban oscuros, queremos cosas transparentes y claras”;** e) La Sala aprecia también controversia entre los intervinientes expositores, sobre aspectos presupuestarios del año dos mil dos, glosas sin precisión conceptual, contenidos y motivos genéricos y el decir del señor Verdugo: **“y las glosas de la zanahoria”** y Jaime Sigüencia quien dice: **“de la zanahoria, sí pues de los millones de compra”** ...Alfonso Verdugo agrega: **“de la gasolina de la campaña, bueno una cantidad que ya la Contraloría un informe final no”** frase incoherente en la transcripción y sin claridad en su contenido; **f)** El texto de lo transcrito versa sobre aspectos varios de la Municipalidad hasta la página 31, dando cuenta el perito que se termina el lado A del Casete Análisis 2 y luego, en el lado B, la transcripción señala que interviene Marcelo Serrano, y el periodista quien dice: **“por un pedido del señor ex - Alcalde del Cantón Cañar el señor Galo Ordóñez, le estamos previniendo entonces que puede utilizar el espacio que ha sido concedido para efecto de las declaraciones que estime pertinentes de mi parte, yo quiero agradecerles a ustedes señores Concejales en el último año de su funciones, han tenido la gentileza de concurrir a este espacio tan importante de opinión, en que han podido ustedes expresar sus puntos de vista, sus iniciativas sus planes, su trabajo, nosotros hemos sido un poco agudos en nuestras preguntas, pero ustedes comprenderán esa es nuestra función de pueblo,**

seguramente tenga preguntas más radicales, todavía mucho más punzantes”; y, **g)** El documento de la transcripción, consigna en la parte final del folio 31, que “en este momento interviene el señor Galo Ordóñez quien según el acta de transcripción, textualmente dice: “Tenido una situación de esa yo creo que la mejor arma es la honradez, la capacidad, las ochocientas y pico de obras que hice en el Cantón Cañar, eso es lo que vale para el pueblo no quiero cansar la atención, felicito a quienes debo felicitar, en este caso a un hombre limpio como lo ha demostrado Marcelo Serrano y algunos Concejales más, pero estos dos señores que uno de ellos que dé cuentas de la plata que recibió de la colina de San Antonio, de las fiestas de las últimas fiestas, eso lo dijo Andrade, lo dijo Campoverde y algunos de los priostes el otro señor que no, que mi pidió una camioneta para quedarme bien conmigo y que no me va a molestar, Sigüencia me estoy refiriendo que me pidió que le regale una camioneta yo donde le iba a dar si yo no he robado un centavo, yo le agradezco, agradezco a Cañar, agradezco la capacidad de la gente que sabrá catalogar, que sabrán decidir que hoy dicen estén trabajando, estén hablando antes fueron mudos e incapaces gracias”, versión igualmente impersonalizada, que así mismo no atribuye cargo injuriante contra uno u otro Concejal identificado por su nombre. SEXTO.- En base de lo constante en esta transcripción, Galo Arturo Ordóñez Gárate, con apoyo en el artículo 371 y siguientes del Código de Procedimiento Penal se querrela por el delito de injurias calumniosas contra Alfonso Verdugo Verdugo por hacerlo “víctima de delito, difundidos en aquel programa radial de manera deliberada y consciente, lesionando sus dignidad de persona honrada” con los términos constantes en la querrela que reconocida y citada legalmente en persona al acusado, éste comparece a juicio a folios 42 y, como excepciones: **1)** Niega en forma pura y simple los fundamentos del libelo, reconociendo que “quienes intervenimos en el programa “Análisis” que se difunde en la “Voz de Ingapirca”, de manera general referimos hechos ocurridos en las administraciones Municipales, habida cuenta de que el exponente (Verdugo Verdugo) se desempeña como Concejal de la Municipalidad de Cañar y el querellante no ha sido siempre el Presidente del Concejo o el Alcalde para darse por aludido el señor Galo Arturo Ordóñez Gárate”, **2)** Compensación de injurias, porque en el Programa radial y vía telefónica, en tono desafiante el señor Ordóñez Gárate profirió en su contra estas injurias: “Alfonso Verdugo era mudo y nunca hablaba....que responda por dineros de los priostes de las fiestas de San Antonio...Que Verdugo y Sigüencia eran mudos e incapaces”. **3)** “Imprudencia de la acción, porque la querrela incumple los requisitos del artículo 55 del Código de Procedimiento Penal”. **4)** “Falta de derecho del querellante” “pues la sola atribución que quiera darse, no es suficiente para entablar la presente acusación en la forma que lo ha hecho”. SEPTIMO.- Evacuada la audiencia de conciliación sin acuerdo de las partes, éstas presentan las pruebas documentales y testimoniales de autos, y el mismo expediente con el cual, según Verdugo Verdugo, el acusador particular fundamenta la querrela y a cuyo texto, el acusado formula dos observaciones: **a)** “Que en ninguna foja de este expediente se menoscaba el nombre de Galo Arturo Ordóñez Gárate, a quien ni siquiera se lo ha mencionado; y, **b)** Que el acusador, me ofende y así consta su injuria en la transcripción de la cinta magnetofónica del Programa “Análisis”. OCTAVO.- La Sala de Casación ha examinado la sentencia recurrida contrastando su texto con los méritos procesales, a partir de las frases que el querellante describe,

transcribe y califica en su libelo como injuria calumniosa, proferidas en su contra y que están tomadas del acta de folios 9 a 32. Para el caso, el enjuiciamiento promovido se apoya en la transcripción de la versión magnetofónica de aquel programa radial, aplicándose el procedimiento previsto en el Art. 387 del Código de Procedimiento Penal, que el querellado reconoce y utiliza en su propia defensa, conforme a las dos observaciones expuestas en la parte final del considerando precedente, apreciando este Tribunal que el fallo cuestionado por casación, en parte alguna desentraña la naturaleza, circunstancias y objetivos del programa radial con la participación de concejales en funciones, quienes responden y comentan en libertad las preguntas del director del programa radial sobre temas ligados a la Municipalidad de la que forman parte e informan aún con acento vehemente y convicción personal aspectos de su respectiva actuación municipal, pero sin que en forma alguna sean expresiones dirigidas de manera concreta, específica y directa contra persona alguna en particular, que pudiera ser afectada en la garantía que a su favor consagra el numeral 8 del Art. 23 de la Constitución Política, es decir, en su derecho a la honra, a la buena reputación; y que, por consiguiente, tales expresiones sometidas a crítica racional valorativa, configuren agravio injurioso personalizado contra el honor del querellante, menos aún con el calificativo calumnioso, que sólo es posible cuando la injuria consista en la falsa imputación de un delito, que en el caso materia del recurso, es inexistente contra el accionante, sin lesionar la garantía del N° 8 del Art. 23 de la Constitución Política y Art. 489 del Código Penal, porque las expresiones vertidas durante el programa, no están dirigidas al actor de este juicio, a cuya honra y buena reputación no podían afectar, por no haber sido dirigidas por Verdugo Verdugo, *intuitu personae*, con ánimo injurioso, contra el señor Galo Arturo Ordóñez Gárate, a juzgar por la trama del programa, en torno a la Municipalidad, sus proyectos, realizaciones y problemas institucionales, de los que los intervinientes dieron cuenta, sin ánimo doloso de deshonrar ni imputar, vicio o falta de moralidad contra nadie en particular identificado por sus nombres, de lo que resulta impropio, ilógico y forjado, que en el considerando octavo, la sentencia en casación, determine que “el querellado hubiere atribuido al accionante la autoría de los hechos delictivos”, que en la especie no se configuran, ni puede calificarse como injurias calumniosas, las que el querellado Verdugo Verdugo reprocha a Ordóñez Gárate, cuando éste, al final del mismo programa radial, profirió las frases con las cuales el acusado articula la inadmisión excepción de compensación de injurias, por no existir agravio moral entre las partes por las frases señaladas en la querrela y su contestación. En consecuencia, no siendo la sentencia jurídicamente corolario de los autos, y prescindir de la valoración en sana crítica imparcial del fundamento en que se apoya la querrela, ésta deviene ilegalmente inepta para adecuar la conducta del acusado en el ámbito, esencia y responsabilidad del Art. 489 del Código Penal. Por ello, sin cumplirse en la causa la doble finalidad de la prueba (artículo 85 del Código de Procedimiento Penal) relativa a la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, estima procedente el recurso de casación del acusado Alfonso Verdugo Verdugo y al casar la sentencia corrige el error de derecho por falsa e incongruente aplicación de los artículos 489 y 492 del Código Penal, ya que el primero tipifica la injuria calumniosa y no calumniosa; y, la segunda

norma, castiga la imputación privada o en concurrencia de menos de diez personas; aspectos que no se dan en la presente causa; y, al desechar la querrela que motiva el presente enjuiciamiento, revoca el fallo impugnado; absuelve al querrelado recurrente y califica como no maliciosa ni temeraria la acusación particular. Sin costas ni honorarios que regular en este nivel. Lo declara así con orden de remitir el proceso al juzgador de origen para los fines de ley.- Notifíquese y cúmplase.

f.) Dr. Eduardo Brito Miele, Magistrado - Presidente.

f.) Dr. Carlos Riofrío Corral, Magistrado, (Voto Salvado).

f.) Dr. Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrado.

Corte Suprema de Justicia.- 1ª Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.

Quito, 14 de abril del 2004.- Certifico.- f.) Secretario Relator.

VOTO SALVADO DEL DOCTOR CARLOS XAVIER RIOFRIO CORRAL.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL

Quito, 30 de marzo del 2004; las 17h10.

VISTOS: Me aparto del criterio de mayoría por considerar que las expresiones del querrelado licenciado Alfonso Verdugo Verdugo -Concejal del cantón Cañar-, en el programa “Análisis”, transmitido por Radio La Voz de Ingapirca el 22 de febrero del 2002, fueron dirigidas en contra del querrelante Galo Arturo Ordóñez Gárate, afectando su derecho a la honra y buena reputación, pues expresamente el querrelado se refiere al querrelante, que fue Alcalde de Cañar y miembro del Directorio del Banco del Estado, en la época analizada en aquel programa radial, cuando el licenciado Alfonso Verdugo manifestó: “...lo que pasa también fue que nos mintió el ex - alcalde...nos dijo vamos hacer un préstamo por medio del Banco del Estado, por ser yo miembro, un préstamo no reembolsable, y todos estábamos felices y aplaudimos...Todo había estado hecho, nos presentó medio paquete de documentos, vimos, leímos, analizamos, porque si aprendí yo a sumar, restar, multiplicar y dividir; había falsedad y había documentos que faltaban, y había estado todo ya negociado, sin que nosotros tuviéramos conocimiento del costo, ni de cuantas empresas o cuantas compañías estaban yendo a vender maquinaria... Por eso fue que nos opusimos cuatro concejales, por que los negociados estaban oscuros, queríamos cosas transparentes y claras”. Poco después otro entrevistado dijo: “de haber invertido en la educación está glosado el señor Galo Ordóñez”, e inmediatamente agrega el querrelado “y las glosas de la zanahoria...”, “...de la gasolina de la campaña...”. Considero que esos comentarios fueron hechos con el propósito de desprestigiar al querrelante, de afectar su honor, de irrogarle daño, en suma con ánimo de injuriar a Galo Ordóñez Gárate, pues el querrelado sabía que la entrevista se transmitía por una radiodifusora de amplia sintonía, y que las expresiones del querrelado se difundían en público. Afirmar que el ex -

Alcalde mintió a los concejales, que incurrió en falsedad, que presentó documentación incompleta, para obtener la aprobación de un préstamo destinado a la adquisición de maquinaria a ser vendida por empresas o compañías conforme negociaciones ya hechas, sin conocimiento de los concejales, incuestionablemente es imputar al ex - Alcalde Galo Ordóñez Gárate una falta de moralidad que perjudica su fama y su crédito, que le deshonra y menosprecia; por lo que se encuadra la conducta del querrellado en el tipo previsto en el numeral 1 del artículo 490 del Código Penal, esto es en el cometimiento de injuria grave no calumniosa, que se reprime por el artículo 495 ídem con tres a seis meses de prisión correccional, cuando la injuria se hiciera en un lugar público, o utilizando cualquier medio para que llegue a conocimiento público, o en presencia de más de diez personas; y, con pena de quince días a tres meses de prisión correccional si la imputación se hubiere hecho privadamente o en presencia de menos de diez personas.- Pero el querellante, conforme consta en el escrito de formalización de la acusación particular (fojas 514 a 516) imputó al querrellado el delito de calumnia, afirmando que en el programa radial antes mencionado Alfonso Verdugo le había acusado falsamente del cometimiento del delito de peculado, y señaló: “que el tipo penal que reprime su conducta adecuadamente típica y antijurídica es el contemplado en el artículo 489 del Código Penal”, que dice: La injuria es calumniosa cuando consiste en la falsa imputación de un delito, por lo que el acusador pidió que se aplique el artículo 492 ídem, que sanciona la calumnia hecha privadamente o en concurrencia de menos de diez personas, y, contradiciendo la referencia a esta norma, pide que se le imponga al acusado “el máximo de la pena en razón de que las injurias fueron proferidas a través de un Medio de Comunicación Colectiva de gran prestigio...”.- Analizadas las expresiones del querrellado, transcritas en la querrela y en el escrito de formalización de la acusación particular, encuentro que no constituyen imputación del delito de peculado, ni del delito de enriquecimiento ilícito (que la sentencia de la Corte Superior señala como falsamente acusado), y que esos vocablos (peculado o enriquecimiento ilícito) no aparecen pronunciado por el querrellado, según la transcripción de la entrevista.- Afirmar que Galo Ordóñez Gárate ya tenía negociado el préstamo cuya aprobación solicitó al Concejo, sin que los concejales tuvieran conocimiento del costo y de las compañías o empresas interesadas en vender maquinaria a pagarse con los recursos del préstamo, no denota ni remotamente propósito de acusar al querrellante de disposición arbitraria de fondos públicos en su beneficio o de terceros, que es en lo que consiste el delito de peculado, tanto más que ni siquiera existían los recursos públicos solicitados en préstamo no aprobado ni desembolsado a la época referida en la entrevista.- Y aún en el supuesto de que se hubiere imputado la perpetración de un delito, de autos no aparece comprobado que esa haya sido una imputación falsa, pues las únicas pruebas para acreditar aquello, son la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento definitivo, en el caso de que se hubiere iniciado un proceso; o las certificaciones sobre la existencia de un proceso por el delito imputado; pruebas que no constan de autos.- Tampoco hay imputación de un delito al afirmar -aunque fuere falsa la afirmación- que el señor Galo Ordóñez había sido glosado por la Contraloría por egresos no justificados destinados a la adquisición “de zanahoria” o de “gasolina para la campaña”, pues las glosas son determinaciones de responsabilidad civil, no de responsabilidad penal, así que, sostener que una persona ha sido glosada por la Contraloría

del Estado, no significa imputarle un delito.- Es evidente entonces que el querellante se equivocó al tipificar como calumnia el acto punible del querrellado y el juzgador incurrió en error de derecho e infracción de la ley al declarar existente el delito de calumnia y la responsabilidad del acusado como calumniador, habiéndose aplicado indebidamente los artículos 489 inciso primero y 492 del Código Penal para sancionarle como tal.- Es un apotecma jurídico y norma de derecho positivo que el juzgador no puede sancionar al encausado por un delito no acusado. Por ello considero que este tribunal supremo debe absolver al acusado del delito de calumnia para enmendar el error de derecho que vicia la sentencia, pero no puede sancionar la injuria grave no calumniosa que es el delito realmente cometido, porque el querellante no lo acusó, sin que esta Sala pueda ordenar un nuevo juicio por este delito de injuria grave, ya que las infracciones por injuria no son de acción penal pública, y requieren forzosamente acusación del agraviado.- Por lo expuesto, doy mi voto para que esta **Primera Sala de Casación Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, case la sentencia impugnada, absolviendo al acusado licenciado Alfonso Verdugo del delito imputado de injuria calumniosa, por no constituir falsa imputación de un delito las expresiones proferidas por éste, mencionadas en la querrela, que si bien es equivocada, no implica temeridad o malicia del acusador particular.- Notifíquese.

f.) Dr. Carlos X. Riofrío Corral, Magistrado.

f.) Dr. Eduardo Brito Miele, Magistrado - Presidente.

f.) Dr. Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrado.

Corte Suprema de Justicia.- 1ª Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.

Quito, 14 de abril del 2004.- Certifico.- f.) Secretario Relator.

N° 111-04

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE CASACION PENAL**

Quito, 2 de abril del 2004; las 10h00.

VISTOS: El Tercer Tribunal Penal de Pichincha, absolvió a José Pachacama Umachiza del delito de lesiones -a Acencio Troya- imputado por la acusadora particular Juana de los Angeles Troya, quien interpuso recurso de casación de la sentencia absolutoria.- Concluida la sustanciación del recurso realizada conforme el rito procesal pertinente, sin omisión de solemnidad sustancial alguna; y, por tener esta Sala potestad jurisdiccional para decidir la impugnación según los mandatos del artículo 200 de la Constitución Política y 349 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose radicado competencia en esta Sala por el sorteo

de ley, para resolver considera: PRIMERO.- La recurrente en el escrito de fundamentación del recurso de casación alega violación de la ley en la sentencia por haberse absuelto al procesado por indebida valoración de la prueba, y por haberse invocado equivocadamente como sustento de la sentencia lo dispuesto por el artículo 4 del Código Penal. SEGUNDO.- En dicho escrito la impugnante analiza el considerando tercero del fallo, en el cual se declara que hay duda sobre que el procesado sea responsable del delito, cotejando los criterios del Tribunal con la interpretación que ella da a los testimonios rendidos en la etapa sumaria, induciendo a que este Tribunal supremo revalorice la prueba, lo cual no procede en casación, como enseña la doctrina y reiteradamente ha declarado esta Sala, salvo cuando del examen del fallo aparezca en forma evidente que el juzgador se apartó de las disposiciones legales, analizando la prueba sin sujetarse a las reglas de la sana crítica o dando valor probatorio a actuaciones procesales carentes de eficacia, lo que no ocurre en la presente causa.- El juzgador menciona el único testimonio rendido en el plenario por Marco Jaramillo Muñoz, quien afirma que Acencio Troya cayó de un caballo ya que se encontraba en estado etílico avanzado y se golpeó la nariz en el filo de la vereda del lugar descrito por el mismo, testimonio que lleva al juzgador a declarar que hay duda de que José Pachacama Umachiza haya dado un golpe de puño al presunto agraviado, tanto más que en el certificado médico que acredita la existencia de lesiones, se determina que ésta se produjo con un instrumento contundente duro, mientras que la acusación menciona que fue mediante golpe de puño propinado por el acusado.- Es más, esta Sala encuentra que los testigos de cargo que rindieron declaraciones en el sumario no concurrieron a la audiencia de juzgamiento y que por tanto aquellas declaraciones en la etapa de investigación carecen de eficacia probatoria para condenar, según fallos de triple reiteración dictados por esta Sala. TERCERO.- En cuanto a la alegada violación de la ley en el fallo por haber invocado el juzgador lo dispuesto en el artículo 4 del Código Penal, como sustento para la sentencia absolutoria, es incontrastable que el Tribunal Penal ha incurrido en este error de derecho, por no ser pertinente la mención de esta norma que prohíbe la interpretación extensiva de la ley, imponiendo al Juez el deber de atenerse a su tenor literal, y en casos de duda, interpretarla "en el sentido más favorable al reo"; ya que no hay duda respecto al sentido de alguna disposición legal, sino duda de que el procesado tenga responsabilidad penal. El juzgador debía señalar en el fallo como fundamento para la absolución, el inciso tercero del artículo 326 del Código de Procedimiento Penal de 1983, que es el aplicable en este enjuiciamiento, que dispone: "Si no estuviere comprobada la existencia del delito, o la responsabilidad del procesado, **o existiere duda sobre tales hechos**, o el procesado hubiere acreditado su inocencia, se dictará sentencia absolutoria.- Desde luego el mencionado error en que ha incurrido el juzgador no amerita condenar al acusado.- RESOLUCION: Por lo expuesto, existiendo error de derecho por equivocada invocación al artículo 4 del Código Penal, no aplicable como sustento del fallo, esta Primera Sala de Casación Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia impugnada, declarando absuelto a José Pachacama Umachiza, en aplicación de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 326 del Código de Procedimiento Penal de 1983, por existir duda de que sea responsable del delito imputado.- Devuélvase el proceso al inferior para los fines de ley.- Notifíquese.

f.) Dr. Eduardo Brito Miele, Magistrado - Presidente.

f.) Dr. Carlos Xavier Riofrío Corral, Magistrado.

f.) Dr. Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrado.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1ª Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.

Quito, 14 de abril del 2004.- Certifico.- f.) Secretario Relator.

N° 112-04

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE CASACION PENAL

Quito, 7 de abril del 2004; las 10h00.

VISTOS: El Tribunal Penal de Pastaza, condenó a Germán Patricio Wanputsrik Katán, imponiéndole la pena modificada por atenuantes de ocho días de prisión correccional por considerarle autor del delito tipificado en el artículo 571 del Código Penal, norma que, según su inciso primero sanciona hasta con dos años de prisión correccional, a los que habiendo encontrado una cosa mueble perteneciente a otro, cuyo valor pase de cien sucres, u obtenido por casualidad su tenencia, la hubiere ocultado o entregado a un tercero, fraudulentamente.- El Agente Fiscal de aquella provincia interpuso recurso de casación, en el que insiste y fundamenta la señora Fiscal General del Estado en escrito de folios 4 de los autos.- Concluida la sustanciación conforme el rito procesal pertinente, sin omisión de solemnidad sustancial alguna; y, por tener esta Sala potestad jurisdiccional para decidir la impugnación según los mandatos de los artículos 200 de la Constitución Política y 349 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose radicado la competencia en ella por el sorteo de ley, para resolver, considera: PRIMERO.- La señora Ministra Fiscal General al insistir, en el recurso manifiesta que el Agente Fiscal al formular la impugnación no consigna las razones de orden legal y procesal que fundamenten el recurso, sino que únicamente hace una mención de carácter general, escueta e imprecisa.- Después manifiesta que en el trámite del recurso de casación "no corresponde efectuar una nueva valoración de la prueba, puesto que ya fue analizada por el juzgador, siendo el objeto principal el estudio del fallo en concreto para corregir el error del que adoleciere", más, en la conclusión dice: "estimo que la sentencia dictada por el Tribunal de Pastaza adolece de error en la aplicación de las reglas sobre la valoración de las pruebas, y en la tipificación de la infracción cometida, por lo que solicito que se case la sentencia", lo que implica pedir al Tribunal de Casación que revalorice la prueba. SEGUNDO.- En el apartado tercero del escrito de fundamentación, la señora Ministra Fiscal General manifiesta: "en la especie, del análisis de la sentencia, se observa que el Tribunal juzgador para

imponer la condena al procesado, se basa en las apreciaciones constantes en el considerando tercero (del fallo) que trata de la comprobación de la existencia material de la infracción y de la responsabilidad del procesado, y expresa que los delitos previstos y sancionados por los Arts. 339 y 341 del Código Penal (acusados por haberse falsificado la firma y rúbrica de Hólguer Leonidas Sisa Chida, para cobrar en una casa de cambios cheques girados a su orden), no se han probado en absoluto; así como tampoco los argumentos obtenidos por el Agente Fiscal en cuanto a que “el sindicado se ha hecho pasar por Holger Leonidas Sisa Chida, falsificando su firma y rúbrica, suplantando a esta persona para estafar cobrando los cheques en la Cambiaria de propiedad del acusado, cometiendo una falsedad en instrumento público y bancario, por haber uso doloso del documento como si fuera autor de la falsedad”. Seguidamente agrega que: “Estas consideraciones en efecto son acertadas por cuanto no se han llegado a probar estas circunstancias dado que el proceso es muy diminuto en la práctica de actos probatorios, pues no se recibió el testimonio instructivo del acusador particular señor Santiago Pablo Peralta Cordero, propietario de la casa de cambio, de su cónyuge Yolanda Guadalupe Noriega, que estuvo en el momento que el procesado fue a cambiar el cheque, ni el testimonio propio del señor Holguer Leonidas Sisa Chida, beneficiario y dueño de los cheques que dice el procesado haberse encontrado en la calle; tampoco se han practicado los actos probatorios solicitados por el fiscal a fojas 26 y 34 de los autos, constando únicamente como prueba aislada y solitaria, el testimonio indagatorio del sentenciado en el que tan solo reconoce haberse encontrado los cheques y haber procedido a cambiarlos. Sin embargo, analizado detenidamente el testimonio indagatorio, aparece que el procesado utilizó medios ilegítimos para lograr que le sean entregados los valores por los cuales se habían girado aquellos instrumentos incondicionales de pago y esos medios encuadran en la previsión constante en el artículo 563 del código Penal en cuanto el procesado tuvo el propósito de apropiarse y de hecho se apropió y se hizo entregar dineros ajenos haciendo uso de su nombre falso, utilizando una cédula de la que no era su titular, empleando manejos fraudulentos para usar de la confianza y credulidad de la persona que estaba atendiendo en la casa de cambios, todo lo cual configura el delito de estafa”, por lo que pide que se case la sentencia y se imponga al procesado la pena prevista en el citado artículo 563 del Código Penal. TERCERO.- El recurso de casación, conforme la señora Ministra Fiscal expresa en su escrito de fundamentación, no posibilita revalorizar la prueba analizada por el juzgador, salvo cuando del texto de la sentencia aparezca de manera evidente que el juzgador hubiese dado valor de prueba a instrumentos o actuaciones procesales carentes de eficacia probatoria o cuando no hubiere aplicado las reglas de la sana crítica, lo que no ocurre en el presente caso, pues como bien reconoce la impugnante, las consideraciones del Tribunal Penal son acertadas “dado que el proceso es muy diminuto en la práctica de actos probatorios”. CUARTO.- La alegación del Ministerio Público sobre el testimonio indagatorio rendido en el proceso “como prueba aislada y solitaria”, y sobre cuya base, la fundamentación infiere que se cometió el delito de estafa tipificado por el artículo 563 del Código Penal, no es admisible, pues la declaración indagatoria es medio de defensa y prueba a favor del declarante, y sólo hace prueba en su contra, cuando habiéndose declarado comprobada la existencia del delito, el procesado admite su

responsabilidad en forma libre y voluntaria, según lo dispuesto por el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal de 1983, aplicable en este juicio. En la declaración indagatoria de Wanputsrik Katán no hay admisión alguna de responsabilidad, observando además la Sala que el procesado no fue acusado en el auto de apertura del plenario por presumirse en su contra el cometimiento del delito de estafa, por lo que no se defendió de aquel delito, sino que fue inculcado por el Juez de la causa por la infracción que tipifica el artículo 326 del Código Penal, sin que este Tribunal pueda sancionar por el delito de estafa no acusado en aquel llamamiento a plenario.- RESOLUCION: Por las consideraciones precedentes, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara improcedente el recurso de casación deducido en esta causa, y ordena devolver el proceso al inferior para que se ejecute la sentencia.- Notifíquese.

f.) Dr. Eduardo Brito Miele, Magistrado - Presidente.

f.) Dr. Carlos X. Riofrío Corral, Magistrado.

f.) Dr. Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrado.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Quito, siete de abril del dos mil cuatro a partir de las quince horas, notifico mediante boletas con la nota de relación y sentencia que anteceden, a la señora Ministra Fiscal General en el casillero N° 1207; a Germán Wanputsrik Katán no se le notifica por no haber señalado casillero en este nivel.- Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1ª Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.

Quito, 14 de abril del 2004.- Certifico.- f.) Secretario Relator.

N° 113-04

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE CASACION PENAL**

Quito, 5 de abril del 2004; las 10h30.

VISTOS: La Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito confirmó la sentencia absolutoria dictada por el Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha que desechó la querrela deducida por George Edwars Maya Viteri en contra de Marco Sarabia Changotasig, por los delitos de injuria calumniosa y de injuria grave no calumniosa imputados por el querellante, quien interpuso recurso de casación de la sentencia de la Corte Superior, admitido con auto de 26 de enero del 2004 con fundamento en la Resolución número 006-2003-DI del Tribunal Constitucional, publicada en el Registro Oficial número 194 de 21 de octubre del 2003, que suspendió los efectos de la frase: “De lo que resuelva la Corte Superior respecto de la

apelación no cabe recurso alguno”, contenida en el artículo 347 del Código de Procedimiento Penal en vigencia, resolución expedida para viabilizar el recurso de casación contra sentencias dictadas por delitos que sólo pueden juzgarse por acusación particular, como es el delito de injuria materia de este juicio.- Concluido el trámite del recurso, para resolverlo considera: PRIMERO.- Que esta Sala tiene jurisdicción para decidir la impugnación conforme lo dispuesto por los artículos 200 de la Constitución Política, 349 del Código de Procedimiento Penal, así como por la Resolución 006-2003-DI del Tribunal Constitucional; y, asumió competencia por haberse radicado el recurso por el sorteo de ley, al tenor del artículo 60 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. SEGUNDO.- En la sustanciación de la causa no hay omisión de solemnidad sustancial, ni violación del trámite, que puedan influir en la decisión, por lo que se declara la validez procesal. TERCERO.- El querellante fundamenta su recurso alegando violación de la Ley en la sentencia por no haberse realizado la inspección judicial al lugar de los hechos, por él solicitada y ordenada por el Juez de primera instancia, pues según el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal deben probarse todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso, y era entonces obligación del Juez -por tratarse de un procedimiento de acción penal privada- evacuar toda la prueba solicitada, hecho que no ocurrió, por lo que -dice el recurrente- al emitirse sentencia sin considerar tal particular, la Corte Superior de Justicia ha incurrido en falsa aplicación de la ley.- Señala también que el juzgador no ha valorado todas las pruebas, ya que sólo analiza las declaraciones testimoniales, dejando sin examen los documentos remitidos por el acusado a varias instituciones, que evidencia el ánimo de injuriar del querellado. CUARTO.- Las alegaciones del recurrente conllevan la solicitud implícita para que este Tribunal supremo revalorice la prueba ya examinada por el juzgador de primer nivel y por el Tribunal de apelación.- La casación es un recurso extraordinario contra la violación de la ley en la sentencia y no para revisar el proceso, peor reevaluar las pruebas, salvo cuando del texto de la sentencia aparezca de manera evidente, que el juzgador hubiese dado valor de prueba a instrumentos o actuaciones procesales carentes de eficacia probatoria o; cuando no hubiere aplicado las reglas de la sana crítica.- En el presente caso tanto el Juez Décimo Cuarto de lo Penal de Pichincha, como la Quinta Sala de la Corte Superior de Quito, desechan la querrela por no haberse comprobado la responsabilidad del acusado; y, al así proceder, obraron conforme a derecho, porque los testimonios de cargo son únicamente referenciales, pues Gladis Cecilia Valdospinos Arteaga y María Sulay Tayo, en sus declaraciones de fojas 33 y 36 de los autos, afirman que a ellas les dijeron que estaban tomándose el Colegio los padres de familia con los profesores, aduciendo que el señor Maya es un ladrón, que acosa sexualmente a las maestras y que utiliza las oficinas para sus propósitos sexuales; y que a ellas les dijeron que la persona que estaba diciendo eso era el profesor Marco Sarabia; mientras que los testigos presentados por el querellado son coincidentes en sostener que éste se encontraba en su domicilio, ubicado en la urbanización Jardín El Valle, calle L, número 75 y Pasaje 2, de la parroquia San Blas de la ciudad de Quito, en el día y hora en que el acusador particular expresa que estuvo en la puerta de ingreso del Colegio Nacional Patrimonio de la Humanidad, ubicado en las calles Santa Teresa y Juan Garzón frente al parque Sodiro, parroquia Cotocollao de la ciudad de Quito.- Por otra parte, los documentos a que hace

referencia el impugnante en el escrito de fundamentación del recurso, son fotocopias simples que nada prueban sobre la existencia de los delitos acusados ni sobre la presunta responsabilidad del querellado; y, el hecho de que no se haya realizado la diligencia de inspección al lugar de los hechos es un vicio in procedendo, que no da lugar a casación.- RESOLUCION.- Por lo expuesto, esta Primera Sala de Casación Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara improcedente el recurso de casación deducido por George Edwuars Maya Viteri.- Devuélvase el proceso al órgano judicial de origen para los fines de ley.- Notifíquese.

f.) Dr. Eduardo Brito Miele, Magistrado - Presidente.

f.) Dr. Carlos X. Riofrío Corral, Magistrado.

f.) Dr. Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrado.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1ª Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.

Quito, 14 de abril del 2004.- Certifico.- f.) Secretario Relator.

N° 114-04

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, abril 5 del 2004; las 10h30.

VISTOS: El Tercer Tribunal Penal de Pichincha dictó sentencia absolutoria a favor de Vinicio Cevallos Campaña, quien fue llamado a plenario por el presunto cometimiento del delito de estafa que tipifica el artículo 563 del Código Penal, según auto dictado por la Cuarta Sala de la Corte Superior de Quito.- De la sentencia absolutoria interpuso recurso de casación el Agente Fiscal Noveno de lo Penal de Pichincha, el cual fue fundamentado por la señora Ministra Fiscal General, aduciendo violación de los artículos 62, 64 y 157 del Código de Procedimiento Penal de 1983, que han llevado al juzgador a no aplicar los artículos 563, 340 y 341 del Código Penal, normas todas éstas que considera infringidas en el fallo, por lo que pide revocar la sentencia absolutoria y en su lugar que se dicte sentencia de condena.- Previo el sorteo de ley, el recurso y el proceso fueron remitidos a esta Sala, que para resolver considera: PRIMERO.- Este Tribunal supremo tiene jurisdicción y competencia para decidir la impugnación por lo dispuesto en los artículos 200 de la Constitución Política de la República, 349 del Código de Procedimiento Penal y 60 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. SEGUNDO.- El proceso es válido por haberse sustanciado de conformidad con el procedimiento pertinente, sin violación de trámite ni omisión de solemnidades sustanciales. TERCERO.- En la resolución que decide la apelación y consulta sobre el contenido del auto de apertura del plenario, la Cuarta Sala

de la Corte Superior de Quito expresó en el considerando décimo: “que el análisis más ponderado de los hechos nos llevan a la conclusión de que las falsedades que se habrían cometido en la elaboración de ofertas utilizando papelería distinta a la usualmente empleada por las empresas, falsificando las firmas y rúbricas de los responsables de las pro formas, constituyen únicamente medios comisivos idóneos para el delito - fin buscado por los agentes, que consiste en estafa, ilícito que tipifica y reprime el artículo 563 del Código Penal. La falsificación de documentos privados -per se- es irrelevante, y por cierto, no era el objetivo buscado por los agentes, sino el de inducir fraudulentamente a error y engaño a los directivos del banco, para que una de las cotizaciones sea la preferida, como ha sucedido en la especie”.- Con tal sustento se descartó la imputación del ABM AMBRO BANK y del Agente Fiscal en contra de Vinicio Cevallos Campaña y otros, por el presunto cometimiento de los delitos que tipifican los artículos 340 y 341 del Código Penal.- Si en el auto de la Sala Superior dicho procesado no fue llamado a la etapa plenaria por el cometimiento de las infracciones previstas en los mencionados artículos 340 y 341 del Código Penal, el Tribunal Penal acatando las garantías del debido proceso no podía juzgarle y sancionarle por esas invocadas infracciones, ni este Tribunal Supremo de Casación, enmendar la sentencia para condenar a Cevallos Campaña por tales presuntos delitos descartados por aquella Sala. CUARTO.- El Ministerio Público ha sostenido en reiterados dictámenes, que no procede en el trámite del recurso de casación la revalorización de la prueba ya analizada por el juzgador, pero esto es lo que precisamente se pretende en el presente caso, cuando se aduce violación del artículo 64 del Código de Procedimiento Penal de 1983, el cual dispone que las pruebas serán apreciadas por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica, norma que no ha sido violada por el juzgador, pues el análisis de la sentencia demuestra que en la valoración de la prueba se aplicaron las reglas de la sana crítica para declarar no comprobada conforme a derecho la responsabilidad del procesado en el cometimiento del delito de estafa acusado. QUINTO.- En cuanto a la alegada violación del artículo 62 del Código de Procedimiento Penal, la Sala encuentra que es impertinente como fundamento para casación, ya que esa norma ordena que los jueces deben intervenir personal y directamente en la práctica de los actos procesales de prueba, cuidando que se realice como observancia de las normas legales.- No existe error iudicando que amerite condenar al procesado por la inobservancia de tal norma como deber del Juez y exigible por las partes en litigio, pero que no da sustento para una sentencia de condena. SEXTO.- Tampoco hay violación del artículo 157 del Código de Procedimiento Penal de 1983, el cual preceptúa: que la base del juicio penal es la comprobación, conforme a derecho, tanto de la existencia material de la infracción como de la responsabilidad del procesado, disposición que concuerda con el inciso tercero del artículo 326 ibídem, que ordena absolver al acusado cuando no se hubiere comprobado la existencia material del delito, o su responsabilidad, o cuando existiere duda sobre tales hechos.- El Tribunal Penal aplicó correctamente la referidas normas, y por no comprobada la responsabilidad de Vinicio Cevallos Campaña dictó sentencia absolutoria a su favor.- Si el juzgador, en ejercicio de su potestad valorativa del proceso y con sana crítica no comprobó la responsabilidad del acusador por el delito de estafa que le fue imputado, no puede aducirse violación de la ley en la sentencia por cumplir el mandato del artículo 64 del Código de

Procedimiento Penal y desechar la aplicación del artículo 563 del Código Penal relativo a la estafa inexistente.-
RESOLUCION: Por lo expuesto, esta Primera Sala de Casación Penal ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara improcedente el recurso de casación deducido en esta causa, y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen para su archivo.- Notifíquese.

f.) Dr. Eduardo Brito Miele, Magistrado - Presidente.

f.) Dr. Carlos Riofrío Corral, Magistrado.

f.) Dr. Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrado.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

En Quito, hoy cinco de abril del dos mil cuatro, a las dieciséis horas, notifico por boletas la nota de relación y sentencia que antecede a la señora Ministra Fiscal en el N° 1207; y, a Vinicio Cevallos, en el N° 883.- Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1ª Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.

Quito, 14 de abril del 2004.- Certifico.- f.) Secretario Relator.

ACUERDO DE CARTAGENA

PROCESO N° 77-IP-2003

Interpretación Prejudicial de los artículos 81, 82 literal a), 83 literal a), 102 y 113 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Proceso Interno N° 7631. Actor: FABRICA DE CALZADO KONDOR LTDA. Marca: KONKOR.

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

VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 136 literal a); 154, y 172 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina contenida en el oficio N° 1412, remitido por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, con motivo del Proceso Interno N° 7631, oficio que fue recibido el 16 de junio del 2003.

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 diez de septiembre del 2003.

Como hechos relevantes para la interpretación, se deducen:

1. Las partes

La demandante es la sociedad FABRICA DE CALZADO KONDOR LTDA. Se demanda a la República de Colombia, representada por la Superintendencia de Industria y Comercio. Como tercero interesado interviene la sociedad DOTACIONES MODATEX LTDA.

2. Determinación de los hechos relevantes

2.1. Hechos

La sociedad FABRICA DE CALZADO KONDOR LTDA., interpone la acción de nulidad que da origen al presente proceso de interpretación prejudicial, a fin de solicitar al Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, la nulidad del acto administrativo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 15570.

La demandante es titular de la marca KONDOR (Nominativa) desde el 11 de octubre de 1996, fecha en la que obtuvo el registro mediante Resolución No. 2215. Esta marca está registrada para productos de la clase 25 de la Clasificación Internacional de Niza. (A saber: "Vestidos, calzado, sombrerería").

Con fecha 21 de marzo del 2000, la sociedad DOTACIONES MODATEX LTDA. solicitó el registro de la marca KONKOR (Mixta), para distinguir productos comprendidos también en la Clase 25.

En el trámite administrativo correspondiente, el Superintendente delegado para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, mediante Resolución No. 15570 de fecha 30 de abril del 2001, concedió el registro de la marca KONKOR a nombre de la sociedad DOTACIONES MODATEX LTDA., ordenando expedir el Certificado de Registro por el término de diez (10) años, para distinguir "Botas de trabajo" productos comprendidos en la Clase 25.

2.2. Fundamentos de la demanda

La sociedad FABRICA DE CALZADO KONDOR LTDA., señala la violación de los artículos 136 literal a), 154 y 172 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, en razón de que la marca KONDOR previamente registrada y KONKOR, son confundibles en virtud de su similitud ortográfica y fonética, existiendo identidad entre ellas, puesto que la primera corresponde a "vestidos, con inclusión de botas, zapatos y zapatillas en general" y la segunda comprende "botas de trabajo".

Señala que "las marcas KONDOR Y KONKOR son similares en grado de causar confusión y que por ende, dado que la marca KONDOR de la Fábrica de Calzado Kondor Limitada se encontraba registrada y vigente al momento de expedirse la Resolución 15570 de fecha 30 de abril de 2001, no es posible registrar la marca KONKOR, conforme a la prohibición contenida en el literal a) del Artículo 136 de la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena" (sic).

Respecto de la existencia previa de una marca solicitada, alude al hecho de que la FABRICA DE CALZADO

KONDOR LIMITADA es titular de la marca nominativa KONDOR desde el 11 de octubre de 1996, y la solicitud del registro de la marca KONKOR fue presentada el 21 de marzo del 2000, es decir, cinco años después.

Señala además que respecto a que el signo solicitado sea idéntico o se asemeje a la marca previamente solicitada o registrada, dice que no hay identidad, sino semejanza entre las marcas de acuerdo a las pautas que permiten determinar la confundibilidad, sustentadas por la doctrina y la jurisprudencia.

Solicita se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio, la cancelación del certificado de registro si éste ya había sido extendido; o la abstención de expedirlo.

2.3. Contestación a la demanda

2.3.1. De la Superintendencia de Industria y Comercio

Por intermedio de apoderado señala que "...el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio expidió legal y válidamente la resolución N° 15570 ... concediendo el registro de ... "KONKOR" ..."; y que "...la oficina nacional (sic) competente en materia de marcas realizó el examen de registrabilidad procedente a fin de otorgar el registro marcario solicitado, análisis del cual se concluyó (sic) que no existía riesgo de confusión...".

2.3.2. Del tercero interesado

La sociedad DOTACIONES MODATEX LTDA., señala lo siguiente:

Que, en la expedición de la Resolución No. 15570 de fecha 30 de abril, no se ha cometido ninguna violación de las normas contenidas en la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Asimismo, aduce, que de acuerdo al ordenamiento interno, esta resolución fue válida y legalmente expedida, garantizándose el debido proceso y el derecho a la defensa.

Señala que, haciendo mención y concordando el tema con antecedentes jurisprudenciales, procede al análisis jurídico sobre la registrabilidad de la marca en debate: "*La sociedad Dotaciones Modatex Ltda., en cuanto a la solicitud de registro de la marca en debate, cumplió con los requisitos exigidos en las normas legales vigentes en materia marcaria por lo tanto el registro concedido por la oficina nacional competente es legalmente válido*".

Alega, que la Oficina Nacional competente en materia de marcas, realizó el examen de registrabilidad correspondiente a fin de otorgar el registro marcario solicitado, concluyendo que "*Del análisis efectuado a las marcas mencionadas, se colige que entre KONKOR (mixta) y KONDOR (nominativa) no existe riesgo de asociación desde este aspecto, pues la primera es clara en evocar que se trata de un avión de características especiales, mientras que la otra evoca un concepto totalmente distinto el cual se refiere tal vez a una marca de fantasía o en algunas personas evocar por que no el concepto de un 'animal'...*"; y que se pudo concluir que KONDOR y KONKOR no presentan semejanzas que imposibiliten su coexistencia en el mercado.

Respecto a la confundibilidad en el plano gráfico y fonético, señala "*Al revisar la marca KONKOR se verifica que esta*

(sic) se compone de un círculo gris dentro del cual se aprecia un círculo más pequeño de color rojo, atravesado por la palabra KONKOR, sobre la cual se distingue un avión supersónico con una ligera inclinación, lo cual es determinante para establecer que las mismas pueden convivir en el mercado al poseer elementos que las hacen distinguibles”.

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 artículos correspondientes a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Sin embargo, dicha decisión no se encontraba vigente a la fecha de la solicitud de registro de la marca, por lo que el Tribunal, en uso de las facultades otorgadas por el tratado y el estatuto, considera que deben interpretarse los artículos correspondientes a la Decisión 344, vigente en ese momento. Los artículos que serán interpretados son los siguientes: 81, 82 literal a), 83 literal a), 102 y 113.

El texto de las normas objeto de la interpretación prejudicial se transcriben 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,

(...)”

Artículo 102

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

Artículo 113

“La autoridad nacional competente podrá decretar, de oficio o a petición de parte interesada, la nulidad del registro de una marca, previa audiencia de las partes interesadas, cuando:

- a) El registro se haya concedido en contravención de cualquiera de las disposiciones de la presente Decisión”;
- b) El registro se hubiere otorgado con base en datos o documentos previamente declarados como falsos o inexactos por la autoridad nacional competente; contenidos en la solicitud y que sean esenciales; y,
- c) El registro se haya obtenido de mala fe.

Se consideran casos de mala fe, entre otros, los siguientes:

- 1) Cuando un representante, distribuidor o usuario del titular de una marca registrada en el extranjero, solicite y obtenga el registro a su nombre de esa marca u otra confundible con aquella, sin el consentimiento expreso del titular de la marca extranjera.
- 2) Cuando la solicitud del registro hubiera sido presentada o el registro hubiere sido obtenido por quien desarrolla como actividad habitual el registro de marcas para su comercialización.

Las acciones de nulidad que se deriven del presente artículo, podrán solicitarse en cualquier momento”.

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

I. APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO

Con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y de acuerdo con el principio de irretroactividad, las normas comunitarias sustantivas no tienen efectos retroactivos. En este sentido, las situaciones jurídicas disciplinadas en el ordenamiento jurídico andino se encuentran sometidas a la norma vigente en el tiempo de su concreción. Y si la nueva norma comunitaria no fuera aplicable, 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.

En este sentido este Tribunal ha señalado que *“El régimen común en materia de propiedad industrial se ha apoyado, desde la vigencia de la Decisión 85 (artículo 85) y a través de las Decisiones 311 (Disposición Transitoria Cuarta), 313 (Disposición Transitoria Cuarta), 344 (Disposición Transitoria Primera), y 486 (Disposición Transitoria Primera), en la irretroactividad de la norma sustancial, pues ha dispuesto siempre que todo derecho de propiedad industrial, válidamente otorgado de conformidad con la normativa anterior, subsistirá por el tiempo en que fue concedido. Sin embargo, las disposiciones en referencia han contemplado, además, la aplicabilidad inmediata de la norma sustancial posterior a los efectos futuros del derecho nacido bajo la vigencia de la norma anterior, pues han dispuesto que, en cambio, se aplicará la nueva Decisión comunitaria al uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas de tal derecho.*

A la vez, si el ius superveniens se halla constituido por una norma de carácter procesal, ésta se aplicará, a partir de su entrada en vigencia, a los procedimientos por iniciarse o en curso. De hallarse en curso el procedimiento, la nueva norma se aplicará inmediatamente a la actividad procesal pendiente, y no, salvo previsión expresa, a la ya cumplida”. (Proceso 74-IP-2003 del 16 de septiembre de 2003 Marca: “A + grafica”).

En el caso de autos, de la solicitud de interpretación prejudicial, así como de sus anexos, se desprende que la solicitud de registro como marca del signo “KONKOR”, se presentó el 21 de marzo de 2000, fecha en la que se encontraba vigente la Decisión 344.

A fin de precisar cuál es la norma vigente para la fecha de expedición del acto administrativo y, en consecuencia, aplicable para juzgar sobre su legalidad, el Tribunal ha declarado que será aplicable “... tanto a la concesión del registro como a sus correspondientes declaratorias de cancelación o de anulación, la normativa comunitaria vigente para el momento en que fueron introducidas las respectivas solicitudes de concesión del registro, o la de cancelación o de nulidad del mismo, a través de los recursos y acciones pertinentes” (Sentencia dictada en el expediente N° 28-IP-95 del 13 de febrero de 1998, publicada en la G.O.A.C. N° 332 del 30 de marzo de 1998, caso “CANALI”).

Asimismo, el Tribunal ha señalado, en salvaguardia de la seguridad jurídica, que “si la norma sustancial, vigente para la fecha de la solicitud de registro de un signo como marca, ha sido derogada y reemplazada por otra en el curso del procedimiento correspondiente a tal solicitud, aquella norma será la aplicable para determinar si se encuentran cumplidos o no los requisitos que se exigen para el otorgamiento del derecho, mientras que la norma procesal posterior será la aplicable al procedimiento en curso” (Sentencia dictada en el expediente N° 38-IP-2002, del 11 de septiembre de 2002, publicada en la G.O.A.C. N° 845, del 1 de octubre del mismo año, caso “PREPAC OIL, SISTEMA PREPAC y PEPAC”).

II. DEFINICION DE MARCA Y REQUISITOS PARA SU REGISTRO

El segundo párrafo del artículo 81 de la Decisión 344 define a la marca como: *“Todo signo perceptible capaz de distinguir los bienes o servicios producidos o comercializados en el mercado por una persona, de los bienes y servicios idénticos o similares de otra”.*

El mismo artículo señala los requisitos que debe cumplir un signo para ser registrado como marca, en este sentido dispone que: *“Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica”.* El Tribunal ha reiterado la importancia del cumplimiento de estos requisitos como paso previo al registro de una marca, además de no estar incurso en alguna o algunas de las causales de irregistrabilidad que contemplan los artículos 82 y 83 de la Decisión 344.

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; así podrá éste compararla y diferenciarla, de lo contrario, si es imperceptible para los sentidos, no podrá ser susceptible de registro.

El Tribunal ha sostenido: *“El requisito de la perceptibilidad va implícito en la definición de que la marca es un signo inmaterial, y para que pueda ser percibido o captado por uno de los sentidos ... es indispensable una materialización o exteriorización que lo transforme de lo inmaterial o abstracto en algo perceptible o identificable a través de un medio sensorial”* (Proceso 3-IP-97. G.O.A.C. N° 279 de 23 de julio de 1997. Marca: PANPAN PAN PAN).

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.

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”* (Matías Alemán, Marco. Normatividad Subregional sobre Marcas de Productos y Servicios. Top Management: Bogotá. p. 77).

III. CLASES DE SIGNOS: Denominativos, gráficos y mixtos

En lo que concierne a la estructura del signo utilizado, y a propósito del caso en estudio, el Tribunal estima necesario hacer referencia a los signos denominativos, gráficos y mixtos.

Los primeros, llamados también nominales o verbales, utilizan un signo acústico o fonético y están formados por varias letras que, integradas en un todo pronunciable, pueden hallarse provistos o no de significado conceptual. A la vez, en este tipo de signos se distinguen los sugestivos - provistos de una connotación conceptual relativa a la evocación de las cualidades o funciones del producto designado por el signo- y los arbitrarios, desprovistos de conexión entre su significado y la naturaleza, cualidades y funciones del producto a identificar. En este campo de los signos denominativos se encuentran también las denominaciones caprichosas o de fantasía, las que naciendo de una conjunción de palabras no tienen connotación conceptual alguna, por lo que causan en el consumidor o en el usuario un doble esfuerzo de percepción: captar la nueva palabra y enlazarla con el producto o servicio designado.

Los segundos, son llamados también visuales porque se aprecian a través del sentido de la vista, son figuras o imágenes que se caracterizan por la forma en que están expresadas. La jurisprudencia del Tribunal ha precisado que dentro del señalado tipo de signos se encuentran los puramente gráficos, que evocan en el consumidor únicamente la imagen del signo y que se representa a través de un conjunto de líneas, dibujos, colores, etc.; y los figurativos, que evocan en el consumidor un concepto concreto, el nombre que representa este concepto y que es también el nombre con el que se solicita el producto o servicio que va a distinguir. (Proceso 09-IP-94, marca: "DIDA", publicado en la G.O.A.C. N° 180 de 10 de mayo de 1995).

Mientras que los terceros, los signos mixtos, se hallan compuestos por dos elementos que forman parte del conjunto del signo: una denominación, semejante a la clase de signos arriba descrita, y un gráfico, definido como un signo visual que evoca una figura con una forma externa característica.

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 del signo mixto; y sobre todo, la notoriedad del componente gráfico común a los signos comparados. 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 del Derecho de Marcas*"; Madrid, Editorial Montecorvo S.A., p. 240).

IV. DE LA IRREGISTRABILIDAD DE SIGNOS IDENTICOS. DEL RIESGO DE CONFUSION ENTRE SIGNOS MARCARIOS. DE LAS REGLAS PARA EL COTEJO MARCARIO

Uno de los objetivos del artículo 83 de la Decisión 344 es prohibir el registro de aquellos signos que afecten derechos de terceros de conformidad con la normativa comunitaria

sobre propiedad industrial. 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 productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la misma, pueda inducir a los consumidores a error.

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 de otro, a la que pueden ser inducidos los consumidores por no existir la capacidad suficiente para ser distintivo. A fin de evitar esta situación de confusión, la prohibición contenida en el literal a) del artículo 83 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 varios signos y 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 porque 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 identidad o semejanza entre el signo pendiente de registro y la marca ya registrada, existirá el riesgo de que el consumidor relacione y confunda aquel signo con esta marca.

En el presente caso, corresponde establecer si existe o no semejanza entre el signo que se pretende registrar y las marcas previamente registradas, cuya comparación habrá de hacerse cotejando sus elementos fonético, gráfico y conceptual. Sin embargo, dicha comparación deberá ser conducida por la impresión unitaria que el signo habrá de producir en la sensorialidad igualmente unitaria del consumidor medio a que está destinado. Por ello, 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.

Este Tribunal ha determinado que la similitud visual se presenta 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.

En cuanto a la similitud conceptual, este Organismo Jurisdiccional ha indicado que la misma 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.

Acerca de la utilidad y aplicación de estos parámetros técnicos, Breuer Moreno (Ibid. Loc. Cit) ha manifestado adicionalmente:

“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. Ibid. Loc. Cit.).

V. NULIDAD DEL REGISTRO DE UNA MARCA

El artículo 113 de la Decisión 344 disciplina la potestad de la autoridad nacional competente para declarar la nulidad del registro de un signo como marca, así como las causales que dan lugar a dicha nulidad y la imprescriptibilidad de la acción correspondiente.

En el caso de autos, se observa que el registro de la marca "KONKOR LTDA.", solicitado el 21 de marzo del año 2000, fue otorgado el 30 de abril del 2000, fecha en que se encontraba en vigencia la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

En supuestos de esta índole, el Tribunal ha manifestado que "Si, concedido el registro de la marca, se produce su impugnación, la norma sustancial destinada a juzgar sobre la validez o nulidad de dicho registro será la que fuere aplicable para la fecha de su concesión". (Sentencia dictada en el Proceso N° 38-IP-2002, del 11 de septiembre del 2002, publicada en la G.O.A.C. N° 845, del 1° de octubre del mismo año, caso "PREPAC OIL, SISTEMA PREPAC y PREPAC").

En lo que concierne a la legitimación para instar la nulidad del registro de un signo como marca, este órgano jurisdiccional comunitario ha manifestado que:

"En el artículo 113 de la Decisión 344 se prevé la nulidad del registro marcario 'DE OFICIO O A PETICION DE PARTE INTERESADA'.

"En el primer supuesto, la propia autoridad nacional competente -administrativa o judicial- puede decretar la nulidad del registro, observando el procedimiento establecido por la legislación interna. La participación de dicha autoridad en esta clase de acciones permite la protección del interés público.

"La segunda posibilidad para estar legitimado activamente en un procedimiento de nulidad del registro es la de ser 'parte interesada'. Para iniciar una acción de nulidad ante la autoridad nacional competente, sea ésta un órgano administrativo con facultad jurisdiccional o sea un órgano judicial civil en ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa, o uno con funciones exclusivamente contencioso-administrativas, es preciso acreditar un INTERES JURIDICAMENTE PROTEGIDO ... El particular que intente accionar frente a un acto administrativo de concesión de registro, pretendidamente inválido, previamente debe acreditar un interés tal que la procedencia de su intervención como parte procesal le produzca un beneficio de cualquier tipo en su favor. Este interés para actuar, además, ha de ser actual, no eventual o potencial, pues el ejercicio de la acción contencioso-administrativa fue consagrado para restaurar los agravios ya producidos en perjuicio de los administrados.

"Bertone y Cabanellas mencionan entre los particulares interesados para solicitar la nulidad de una marca 'a los comerciantes u otros potenciales usuarios de las marcas que se vieren imposibilitados de utilizarlas libremente en razón de un registro nulo, el titular de una marca confundible con aquella cuya nulidad se pretende, el titular de un nombre comercial y de una denominación social y, en general, cualquier persona que vea afectados sus derechos por la marca cuya nulidad se plantea'." ("Derecho de Marcas", tomo II, Editorial Heliasta S.R.L., pág. 220).

"En síntesis, para que opere la acción especial de nulidad del registro marcario, de origen comunitario, la norma del artículo 113 de la Decisión 344, exige la

presencia de 'parte interesada' lo que significa que ésta ha de tener un derecho subjetivo o al menos un interés legítimo los que deberán ser acreditados, en la vía administrativa o en la vía judicial" (Sentencia dictada en el Proceso N° 10-IP-97, del 24 de septiembre de 1997, publicada en la G.O.A.C. N° 308, del 28 de noviembre del mismo año, caso "COLSUBSIDIO").

En cuanto a lo que debe entenderse por "autoridad nacional competente" para declarar la nulidad del registro en cuestión, el Tribunal ha establecido que "...ha de ser la autoridad administrativa o judicial establecida por la legislación interna de cada País Miembro y dotada de competencia para pronunciar la nulidad en cuestión; mientras que, de conformidad con la Disposición Final Única de la Decisión 344, por 'oficina nacional competente' procede entender la entidad administrativa a que ha de acudir para solicitar la atribución de un derecho de Propiedad Industrial" (Sentencia dictada en el Proceso N° 38-IP-2002, ya citada).

En lo relativo al procedimiento de nulidad, la norma aplicable, por remisión expresa del artículo 144 de la Decisión 344, será la legislación nacional de cada País Miembro que lo establezca, toda vez que el artículo 113 no lo regula expresamente. El procedimiento citado deberá incluir, en todo caso, la audiencia previa a que se refiere el artículo 113 de la Decisión, además de observar la disciplina ya contemplada en la legislación comunitaria en materias tales como la legitimación para obrar y la imprescriptibilidad de la acción.

Finalmente, el citado artículo 113 prevé las causales que, consagradas en forma taxativa, sirven de fundamento a la nulidad del registro de un signo como marca. Tales son que el registro se haya concedido en contravención de cualquiera de las disposiciones previstas en la Decisión 344; que se haya otorgado sobre la base de datos o documentos esenciales, citados en la solicitud, que previamente hubiesen sido declarados falsos o inexactos por la autoridad nacional competente; y que el registro se haya obtenido de mala fe, supuesto que se configurará cuando un representante, distribuidor o usuario del titular de una marca registrada en el extranjero, solicite y obtenga el registro de ésta, o de otra confundible con ella, sin el consentimiento expreso del titular de la marca registrada, o cuando la solicitud hubiese sido presentada o el registro obtenido por quien desarrolle como actividad habitual el registro de marcas para su comercialización.

VI. DERECHO AL USO EXCLUSIVO DE UNA MARCA

El Tribunal reitera que el registro del signo ante la oficina nacional competente configura el único acto constitutivo del derecho de su titular al uso exclusivo de la marca, y que este derecho le confiere la posibilidad de ejercer acciones positivas sobre ella, así como de obrar contra cualquier tercero que, sin su consentimiento, realice cualquier acto de aprovechamiento de la marca, prohibido por la Decisión 344.

Sobre esta posibilidad de obrar, el Tribunal ha precisado que "el titular tendrá el derecho de oponerse, de presentar observaciones al registro de otra marca solicitada, tanto en el país de registro como en los demás Países Miembros, cuando quiera que con ellos se afecte su interés legítimo"

(Sentencia dictada en el expediente N° 09-IP-98, del 15 de mayo de 1998, publicada en G.O.A.C. N° 481, del 13 de septiembre de 1999, caso "DERMALEX").

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

CONCLUYE:

Primero: El señalamiento, por parte del Juez nacional, de las normas andinas cuya interpretación consulta, no obsta para que este Tribunal realice de oficio la interpretación de las que considere relevantes en la solución de la controversia sometida al conocimiento de aquél, a tenor de la potestad contemplada en el artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal. En el presente caso, se procedió a la interpretación prejudicial de las normas correspondientes a la Decisión 344, por ser ésta la aplicable.

Si la norma sustancial, vigente para la fecha de la solicitud de registro de un signo como marca, ha sido derogada y reemplazada por otra en el curso del procedimiento correspondiente a tal solicitud, aquella norma será la aplicable para determinar si se encuentran cumplidos o no los requisitos que se exigen para el otorgamiento del derecho.

Segundo: 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.

Tercero: Los signos denominativos son los que utilizan expresiones acústicas o fonéticas formados por una o varias letras, palabras o números, individual o conjuntamente estructurados, que integran un conjunto o un todo pronunciable, que puede o no tener significado conceptual.

Los signos gráficos llamados también visuales porque se aprecian a través del sentido de la vista, son figuras o imágenes que se caracterizan por la forma en que están estructuradas.

Los signos mixtos se componen por un elemento denominativo (una o varias palabras) y un elemento gráfico (una o varias imágenes). En este tipo de signos hay que tener presente que, por lo general, el elemento denominativo prevalece sobre el gráfico. Sin embargo, en algunos casos, puede suceder lo contrario, siendo el elemento gráfico el predominante.

Cuarto: 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 idénticos o semejantes, de modo que puedan inducir a los consumidores a error.

La determinación del riesgo de confusión entre las marcas confrontadas en el presente caso, derivará de la realización del correspondiente examen comparativo, en el que se deberán considerar los criterios aportados por la doctrina y la jurisprudencia y que han sido desarrollados en esta interpretación prejudicial.

Quinto: El artículo 113 de la Decisión 344 disciplina la potestad de la autoridad nacional competente para declarar la nulidad del registro de un signo como marca, así como las causales que dan lugar a dicha nulidad y la imprescriptibilidad de la acción correspondiente. Si, concedido el registro de una marca se produce su impugnación, la norma sustancial destinada a juzgar sobre la validez o nulidad de dicho registro será la que fuere aplicable para la fecha de su concesión.

A los efectos de la declaratoria de nulidad del registro de un signo como marca, el ordenamiento comunitario, en tutela del interés público, faculta a la autoridad nacional competente para promoverla de oficio, así como a quien acredite ser titular de un interés jurídicamente protegido, es decir, de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. El órgano competente para declarar la nulidad del registro marcario será la autoridad administrativa o judicial establecida al efecto por la legislación interna de cada País Miembro.

En lo relativo al procedimiento de nulidad, la norma aplicable, por remisión expresa del artículo 144 de la Decisión 344, será la legislación nacional de cada País Miembro que lo establezca. El procedimiento citado deberá incluir, en todo caso, la audiencia previa a que se refiere el artículo 113 de la decisión, además de observar la disciplina ya contemplada en la legislación comunitaria en materias tales como la legitimación para obrar y la imprescriptibilidad de la acción.

Sexto: El propietario de una marca tiene derecho a impedir el uso del propio signo por un tercero, aplicado a distinguir productos o servicios también idénticos o semejantes. Para ello está facultado, como interesado legítimo, para presentar observaciones que impidan el registro como marca de signos confundibles con la de su propiedad.

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 sentencia realizada 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.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Claudio Sosa Voysést
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

ACUERDO DE CARTAGENA

PROCESO N° 82-IP-2003

Interpretación Prejudicial de los artículos 1, 2, 4 y 28 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, requerida por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Interpretación de oficio de los artículos 27 y 29 de la misma Decisión. Actor: THE PROCTER & GAMBLE COMPANY. Patente: “COMPUESTOS FARMACEUTICOS NOVEDOSOS DE 5-(2-IMIDAZOLINILAMINO) BENCIMIDAZOL, UTILES EN EL TRATAMIENTO Y LA PREVENCION DE DESORDENES RESPIRATORIOS, OCULARES E INTESTINALES”. Expediente interno 6753.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en Quito el primer día del mes de octubre del año dos mil tres.

En la solicitud sobre interpretación prejudicial formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, por intermedio de su Consejero Ponente, doctor Camilo Arciniegas Andrade.

VISTOS:

Que la solicitud recibida por este Tribunal el 22 de agosto del año 2003 se ajustó plenamente a los requisitos establecidos por el artículo 125 de su estatuto, aprobado mediante Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina y que, en consecuencia, fue admitida a trámite por medio de auto de 24 de septiembre del año 2003.

1. ANTECEDENTES

1.1 Partes

Actúa como demandante la firma THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, siendo demandada la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

1.2 Actos demandados

La interpretación se plantea en razón de que la firma THE PROCTER & GAMBLE COMPANY solicita que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia:

- N° 04741, de 29 de febrero del 2000, mediante la cual la mencionada Superintendencia negó la concesión de privilegio de patente para la invención denominada “COMPUESTOS FARMACEUTICOS NOVEDOSOS DE 5-(2-IMIDAZOLINILAMINO) ENCIMIDAZOL, UTILES EN EL TRATAMIENTO Y LA PREVENCION DE DESORDENES RESPIRATORIOS, OCULARES E INTESTINALES”, y;
- N° 13856, de 30 de junio del 2000, mediante la cual, al resolver el recurso de reposición planteado, la aludida dependencia confirmó la resolución anterior. Adicionalmente, pretende que, como restablecimiento del derecho, se ordene a la mencionada Superintendencia que conceda el privilegio de patente para la invención solicitada.

Adicionalmente, pretende que, como restablecimiento del derecho, se ordene a la mencionada Superintendencia que conceda el privilegio de patente para la invención solicitada

1.3 Hechos relevantes

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

a) Los hechos

- El 4 de enero de 1995, la firma THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, por intermedio de apoderada, presentó ante la División de Nuevas Creaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, solicitud para el otorgamiento de patente para el invento denominado “COMPUESTOS FARMACEUTICOS NOVEDOSOS DE 5-(2-IMIDAZOLINILAMINO) BENCIMIDAZOL, UTILES EN EL TRATAMIENTO Y LA PREVENCION DE DESORDENES RESPIRATORIOS, OCULARES E INTESTINALES”.

- El 10 de agosto de 1999, mediante auto N° 2616, la aludida Superintendencia solicitó la realización de un estudio técnico relativo a la patentabilidad del invento, del que se concluyó que los documentos US 4398028.9, de 9 agosto de 1983; WO92/04345, de 19 de marzo de 1992 y, WO92/02515 de 20 de febrero de 1992 afectaban la novedad y el nivel inventivo del compuesto para el cual fuera solicitada la patente, demostrándose así, que el objeto reivindicado no cumplía los requisitos establecidos en los artículos 1 y 2 de la Decisión 344.
- El 11 de noviembre del mismo año, la firma THE PROCTER & GAMBLE COMPANY dio respuesta al auto N° 2616.
- El 29 de febrero del 2000, la Superintendencia de Industria y Comercio, emitió la Resolución N° 04741, por medio de la cual negó la concesión de privilegio de patente para la invención solicitada.
- La firma THE PROCTER & GAMBLE COMPANY interpuso recurso de reposición contra la resolución emitida.
- El 30 de junio del año 2000, la Superintendencia de Industria y Comercio, al resolver el recurso de reposición, expidió la Resolución N° 13856 por medio de la cual confirmó la Resolución N° 04741;

b) Escrito de demanda

La firma THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, por medio de apoderada, presentó ante la División de Nuevas Creaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, solicitud de patente para la invención: "COMPUESTOS FARMACEUTICOS NOVEDOSOS DE 5-(2-IMIDAZOLINILAMINO) BENZIMIDAZOL, UTILES EN EL TRATAMIENTO Y LA PREVENCIÓN DE DESORDENES RESPIRATORIOS, OCULARES E INTESTINALES", a la que le correspondió el expediente administrativo N° 95000254.

Manifiesta que la aludida dependencia, mediante auto N° 2616, de 10 de agosto de 1999, requirió criterio de examinadora técnica respecto de la patentabilidad del invento, fijando para ese propósito un término de tres (3) meses; concepto técnico oportunamente atendido, concluyéndose en el mismo que el objeto reivindicado no cumplía los requisitos establecidos en los artículos 1 y 2 de la Decisión 344.

Afirma la actora, por otra parte, que mediante escrito de 11 de noviembre de 1999, dio respuesta al auto N° 2616, proporcionando argumentos de tipo técnico que en su opinión desvirtuaron las objeciones de la examinadora respecto de la falta de novedad y de nivel inventivo del compuesto materia de la solicitud.

Estima, además, que la administración se equivocó al expedir las resoluciones N° 04741 y N° 13856, pues con dichos actos se viola artículos de la Constitución Política y del Código Contencioso Administrativo de la República de Colombia, así como normas de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Al referir la violación de los artículos 1 y 2 de la Decisión 344 sostiene, que "...si un determinado elemento, proceso, operación, mecanismo, condición o circunstancia de la nueva creación ya hace parte del estado de la técnica, no

quiere decir que la invención deba ser rechazada por carecer del requisito de novedad.". Manifiesta que "... la jurisprudencia y la doctrina señalan que en el ámbito de las patentes de invención es casi imposible que los inventores no partan, de una forma u otra, de los conocimientos y de la técnica existente para mejorarla, enriquecerla, modificarla, complementarla, adaptarla a través de medios ya conocidos, pero que por un proceso creativo o inventivo novedoso dan como resultado productos que tienen características y propiedades novedosas e inexistentes en el estado de la técnica.".

Alude a la violación del artículo 4 de la misma Decisión, argumentando que "el compuesto farmacéutico que pretende proteger mi mandante tiene altura inventiva puesto que éste, junto con sus características técnicas novedosas (tales como selectividad periférica mejorada, poco o ningún efecto en el sistema nervioso central y no causante de hipotensión), **NO** es obvio ni se deriva de manera evidente del estado de la técnica. Tanto es así, que hasta la fecha de la presentación de la mencionada solicitud no se conocían compuestos farmacéuticos que tuvieran exactamente los mismos componentes y las mismas propiedades y efectos que los compuestos reivindicados por mi mandante.".

Asevera que "realizó exhaustivos estudios para llegar a la conclusión, no obvia, por cierto, de que su compuesto daba solución a problemas tecnológicos no resueltos por elementos existentes en el estado de la técnica antes del 4 de enero de 1995..." y, también, que "...es evidente que tendrán que apoyarse en conocimientos comúnmente utilizados en dicho campo. Esto no significa que el invento carezca de nivel inventivo, pues para nadie había sido obvio que la utilización de técnicas similares resultaría en la creación de la composición inédita y que resuelve problemas técnicos no resueltos antes del 4 de enero de 1995.".

Expresa, finalmente, que la administración no aplicó el artículo 28 de la Decisión 344 que "permite a las oficinas nacionales competentes hacer uso de informes de expertos y organismos científicos o tecnológicos idóneos para que emitan una opinión sobre novedad, nivel inventivo y aplicación industrial de una invención.", considerando por ello que se ha incurrido en violación de la aludida norma;

c) Contestación a la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio dio contestación a la demanda, argumentando que en sus actuaciones no incurrió en violación alguna de las normas invocadas por la parte actora y que se ajustó plenamente al trámite administrativo previsto en materia de patentes, garantizando de esa manera el debido proceso y el derecho de defensa.

Afirma que el examen de fondo realizado de la solicitud, "... permitió demostrar que el objeto de la misma no reúne los requisitos legales previos establecidos para conceder una patente de invención" y, sostiene, que "la solicitud de patente fue negada por falta de nivel inventivo en razón de que los compuestos son conocidos, los principios activos metalaxilo y benalaxilo presentan sus isómeros S y R igualmente conocidos, dando como resultado una mezcla racémica que en un arte anterior se muestra como un portador para proporcionar una composición funguicida, razón que llevó a determinar que la composición reivindicada carece de nivel inventivo.".

Expresa, finalmente, con relación a la aplicación del artículo 28 de la Decisión 344, que "...la Administración cuenta con personal técnico para rendir los conceptos que sean necesarios e indispensables sobre la materia."

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

Considerando:

1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Este Tribunal es competente para interpretar, en vía prejudicial, las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, siempre que la solicitud provenga de un juez nacional, como lo es en este caso la jurisdicción consultante.

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

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, ha solicitado, por medio del oficio N° 1416, de 16 de junio del 2003, la interpretación prejudicial de los artículos 1, 2, 4 y 28 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, razón por la cual este órgano comunitario procede a atender el requerimiento formulado, considerando conveniente llevar a cabo, también, la interpretación prejudicial, esta vez de oficio, de los artículos 27 y 29 de la misma Decisión, determinación adoptada al amparo de lo previsto en el artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal, con el objeto de precisar lo atinente al trámite de concesión de patentes en esta parte.

3. NORMAS A SER INTERPRETADAS

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

DECISION 344

CAPITULO I

DE LAS PATENTES DE INVENCION

SECCION I

DE LOS REQUISITOS DE PATENTABILIDAD

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

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

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

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

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

SECCION IV

DEL TRAMITE DE LA SOLICITUD

(...)

"Artículo 27.- Vencidos los plazos establecidos en los artículos 25 ó 26, según fuere el caso, la oficina nacional competente procederá a examinar si la solicitud es o no patentable".

"Si durante el examen de fondo se encontrase que existe la posible vulneración total o parcial de derechos adquiridos por terceros o que se necesitan datos o documentación adicionales o complementarios, se le requerirá por escrito al solicitante para que, dentro del plazo máximo de tres meses contados a partir de la notificación, haga valer los argumentos y aclaraciones que considere pertinentes o presente la información o documentación requerida. Si el solicitante no cumple con el requerimiento en el plazo señalado, su solicitud se considerará abandonada."

"Artículo 28.- La oficina nacional competente podrá requerir el informe de expertos o de organismos científicos o tecnológicos que se consideren idóneos, para que emitan opinión sobre novedad, nivel inventivo, y aplicación industrial de la invención. Asimismo, cuando lo estime conveniente, podrá requerir informes de cualquiera de las oficinas nacionales competentes de los demás Países Miembros o de terceros países."

"Artículo 29.- Si el examen definitivo fuere favorable, se otorgará el título de la patente. Si fuere parcialmente desfavorable, se otorgará el título solamente para las reivindicaciones aceptadas. Si fuere desfavorable se denegará."

4. PATENTABILIDAD

La Jurisprudencia ha sostenido algunos conceptos en torno a lo que es considerado como invención, entre los cuales

puede relievase aquel según el cual “*la invención es una idea que consiste en una regla para el obrar humano en la que se indica la solución para un problema técnico*”.¹

Este Tribunal ha sostenido que “el concepto de invención, a efectos de ser objeto de una concesión de patentes, comprende todos aquellos nuevos productos o procedimientos que, como consecuencia de la actividad creativa del hombre, impliquen un avance tecnológico -y por tanto no se deriven de manera evidente del ‘estado de la técnica’-, y además sean susceptibles de ser producidos o utilizados en cualquier tipo de industria” (Sentencia dictada en el expediente N° 21-IP-2000, del 21 de octubre del 2000, publicada en la G.O.A.C. N° 631, del 10 de enero del 2001, caso “DERIVADOS DE BILIS HUMANA”).

5. REQUISITOS DE PATENTABILIDAD

Los requisitos que deben ser cumplidos para la obtención de una patente de invención se encuentran fijados por los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Decisión 344.

Según lo dispuesto por el artículo 1 de esa Decisión, para que un invento sea considerado patentable debe ser novedoso, tener nivel inventivo y ser susceptible de aplicación industrial.

Novedad de la Invención.

Aunque los tres requisitos determinados por el aludido artículo 1 deben concurrir de consuno para conferirle a la invención el carácter de patentable, el énfasis recae en la novedad; condición acerca de la cual el profesor Daniel Zuccherino manifiesta, que un invento es novedoso,

“cuando la relación de causa efecto, entre el medio empleado y el resultado obtenido no era conocido”.

Según lo establecido en el artículo 2 de la misma Decisión, el requisito de novedad exige que la invención no esté comprendida en el estado de la técnica, debiendo destacarse que **el estado de la técnica** es el conjunto de conocimientos tecnológicos accesibles al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida. Este concepto está estrechamente relacionado con la divulgación de la patente y principalmente con su novedad, puesto que es ésta la que fundamentalmente se constituye en base del estudio de las características o condiciones innovadoras del invento. En aplicación de lo expresado, el Tribunal ha sostenido que la invención, de producto o de procedimiento, deja de ser nueva si la misma se ha encontrado al acceso del público por cualquier medio, con independencia del lugar en que la posibilidad de acceso se haya producido, del número de personas a que haya alcanzado y del conocimiento efectivo que éstas hayan obtenido, salvo los supuestos de excepción previstos en el artículo 3 de la Decisión en referencia.

En este marco, se ha llegado a establecer las siguientes reglas, como determinantes de la existencia o no de novedad en un invento:

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

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

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

“d) Finalmente deberá compararse la invención con la regla técnica.”²

Nivel Inventivo.

El artículo 4 de la Decisión 344, al referirse al nivel inventivo manifiesta, que éste se considera que existe “*si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica.*”.

Según el tratadista Gómez Segade, el inventor debe acreditar los méritos que le tornen al invento susceptible de ser amparado por una patente; en tal sentido, sólo si la invención fruto de su investigación y desarrollo creativo constituye “un salto cualitativo en la elaboración de la regla técnica”, actividad intelectual mínima que le permitirá que su invención no sea evidente (no obvia) del estado de la técnica le posibilitará alcanzar tal propósito. Es decir que con el requisito del nivel inventivo, lo que se pretende es dotarle al examinador técnico de un elemento que le permita concluir que a la invención objeto de estudio no se habría podido llegar a partir de los conocimientos técnicos existentes en ese momento dentro del estado de la técnica, con lo cual la invención se constituye en un “paso” más allá de lo existente.

En consecuencia, el nivel inventivo se configura en consideración de dos elementos:

- a) El estado de la técnica; y,
- b) La persona experta en la técnica en cuestión.

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

“El *experto en la técnica* es una figura ficticia a la que se recurre con el propósito de obtener un parámetro objetivo que permita distinguir la actividad verdaderamente inventiva de la que no lo es. Se tratará de una persona normalmente versada en el ámbito

¹ **OTERO LASTRES, José Manuel.** Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina. “La invención y las excepciones a la patentabilidad en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena”. Mayo del 2001. CORPIC. Pág. 45 cuando cita a BERCOVITZ. “Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán”. Madrid 1969, pp. 73 y siguientes.

² **Proceso 12-IP-98.** Sentencia de 20 de mayo de 1998. G.O.A.C. N° 428 de 16 de abril de 1999. Patente: “Composiciones detergentes compactas con alta actividad celulosa”. **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

tecnológico a que se refiere el pretendido invento. Su nivel de conocimientos es más elevado en comparación con el nivel de conocimientos del público en general, pero no excede lo que puede esperarse de una persona debidamente calificada. Se busca la figura de un técnico de conocimientos medios, pero no especializados”³.

El mismo autor antes mencionado ha dicho:

“Se reconoce que hay invento cuando se utilizan medios ya conocidos, pero combinados por primera vez en forma tal, que de su combinación deriva un resultado distinto del dado por cada uno de los medios, o por otras combinaciones conocidas... También existe la posibilidad de que el resultado sea conocido, pero se llegue a él a través de nuevos medios. El titular de una patente no tiene el derecho de evitar que un tercero obtenga el mismo resultado por medios distintos”⁴.

6. TRAMITE DE SOLICITUDES DE PATENTE

Examen de fondo de la solicitud

En las secciones III y IV del Capítulo I de la Decisión 344, se encuentran establecidas las normas de procedimiento para la obtención de Patentes de Invención. En la Sección IV, se determinan las concernientes al “Trámite de la Solicitud” y, entre ellas, los artículos 27, 28 y 29 que son objeto de la presente interpretación por parte de este Tribunal.

Con ese propósito, el organismo considera conveniente confirmar integralmente el pronunciamiento institucional que respecto del Capítulo IV de la referida Decisión fuera plasmado en la sentencia pronunciada en el Proceso 12-IP-98; interpretación concretada en los siguientes términos:

“...para este Tribunal es oportuno referirse al procedimiento o trámite que se prevé en la Sección IV, del Capítulo I, de la Decisión 344:

“De la lectura de los artículos 21 a 29 de la Decisión 344, se desprende el procedimiento a seguir por parte de la Oficina Nacional Competente de cada uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina:

“1 La Oficina Nacional Competente, una vez admitida a trámite la solicitud, deberá revisar dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación, si se han cumplido los requisitos formales que se señalan en la Decisión 344, más exactamente los contenidos en la Sección III del Capítulo. (Artículo 21°).

“2 Hecho el examen de forma anterior, la Oficina Nacional Competente determinará si la solicitud cumple o no con los requisitos, y en caso de no haber cumplido con ellos se le requerirá por una sola vez al solicitante para que complemente su solicitud o responda a las observaciones que le haga la propia Oficina, respuesta que deberá darse por parte del solicitante dentro del término legal de treinta días hábiles, plazo que podrá ser prorrogado tan solo una vez, por un período igual y sin que pierda su prioridad. Finalizado el plazo sin contestación alguna por parte del solicitante, se declarará abandonada la solicitud. (Artículo 22°).

“3 Terminado el examen de forma que se haga a la solicitud, y si éste es favorable, la Oficina Nacional Competente publicará el aviso correspondiente dentro de 18 meses contados a partir de la fecha de la solicitud o de la fecha de prioridad que se haya reivindicado. Publicación que está revestida de carácter público y por ende podrá ser consultada. (Artículos 23° y 24°).

“4 Una vez publicada la solicitud de patente, quien se crea con legítimo interés para oponerse a las pretensiones de patentabilidad de la invención publicada, podrá presentar observaciones fundamentadas, por una sola vez dentro del plazo de treinta días hábiles siguientes a la fecha de publicación. En este aparte, la ley comunitaria quiere exigir observaciones debidamente fundamentadas e incluso faculta a los Países Miembros para castigar a los terceros que presenten observaciones temerarias. (Artículo 25°).

“5 Si se llegare a presentar observaciones fundamentadas que pretendan desvirtuar los requisitos de patentabilidad de la solicitud publicada, la Oficina Nacional Competente debe notificar al solicitante, para efectos de que dentro de treinta días hábiles, contados a partir de su debida notificación (término prorrogable por una sola vez y por el mismo tiempo) “haga valer, si lo estima conveniente, sus argumentaciones, presente documentos o redacte nuevamente las reivindicaciones o la descripción de la invención...”, facultándole la norma comunitaria para que incluso cambie la modalidad de la solicitud (por ejemplo, la convierta en solicitud de modelo de utilidad), fraccione su solicitud en dos o más solicitudes, etc. de conformidad con los artículos 17, 18, 19 y 20 de la Decisión 344. (Artículo 26°).

“6 Una vez concluida esta etapa del trámite, es decir, vencidos los plazos previstos, la Oficina entrará a determinar si la solicitud es o no patentable. Durante este examen de fondo se pueden presentar dos posibilidades, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 de la Decisión 344 que corresponde juzgar, según su criterio, a dicha oficina, con el control posterior del juez contencioso - administrativo:

- *Que exista la posible vulneración total o parcial de derechos adquiridos por terceros.*
- *Que se necesiten datos o documentación adicionales o complementarios.*

“En uno y otro caso prevé la norma la obligación de la Oficina Nacional Competente de requerir por escrito al solicitante para que “...dentro del plazo máximo de tres meses contados a partir de la notificación, haga valer los argumentos y aclaraciones que considere pertinentes o presente la información o documentación

³ Zuccherino Daniel. “Marcas y Patentes en el Gatt”. Ed. Abeledo Perrot. pág.: 153.

⁴ Zuccherino Daniel. “Marcas y Patentes en el Gatt”. Ed. Abeledo Perrot. pág.: 150. 1997.

requerida.” En este sentido, del tenor literal de la norma en mención, se desprende que si nos encontramos en el primer caso, es decir cuando exista la posible vulneración total o parcial de derechos adquiridos por terceros, deberá el solicitante estar en condición de hacer valer sus argumentos y aclaraciones que desvirtúen tal posible vulneración, o de presentar la información o documentación que sean necesarias a juicio de la Oficina Nacional Competente. En este último caso deberá entenderse que “la información o documentación necesarias” requeridas por la Oficina Nacional Competente deben relacionarse directamente con la materia de la solicitud que se estudia, puesto que en esta etapa procesal se encuentra precisamente el primer análisis de fondo, del cual podrá determinarse si se sigue adelante con el análisis técnico del examinador de patentes o por el contrario se declarará abandonada la solicitud (artículo 27) por carecer la Oficina, precisamente, de elementos de juicio suficientemente objetivos y completos que le permitan continuar adelante con el análisis y estudio de patentabilidad que prevé la Decisión 344. **(El subrayado es del Tribunal).**

“De esta forma quiso el legislador andino dotar al examinador de patentes de un elemento adicional para que pueda emitir un juicio objetivo que permita garantizar la eficacia del trámite de patentes y por ende resguardar los intereses generales del Régimen Común de Propiedad Industrial y del Acuerdo Subregional de Integración Andina.”

“Con esta norma se abre la posibilidad de que las Oficinas Nacionales Competentes se nutran de mayores elementos objetivos de juicio y puedan continuar adelante con su labor de ejecutores primarios de las normas de propiedad industrial, labor que reviste máxima dedicación y cuidado.

“Además el legislador andino dispuso en el artículo 28 de la Decisión 344, que la Oficina Nacional Competente podrá requerir el informe de expertos o peritos técnicos para que emitan su concepto sobre los requisitos de patentabilidad previstos en las normas andinas de propiedad industrial sobre la invención contenida en la solicitud que analiza, facultad discrecional de las Oficinas Nacionales Competentes, pero que complementa lo dicho en el artículo 27 y así permite interpretar de mejor manera la intención del legislador andino, cual es la de dotar de elementos objetivos al examinador de patentes, a fin de enriquecer su apreciación con abundantes fundamentos técnicos y de cumplir con la finalidad de las normas comunitarias.

“7 Una vez culminadas las anteriores etapas del trámite, se entrará al examen definitivo de patentabilidad, del cual dependerá la aceptación o no de la patente de invención para la solicitud que se analice. En este sentido conviene advertir que el legislador andino al referirse en el artículo 27 al “examen de fondo” y en el artículo 29 al “examen definitivo” cabalmente quiso que durante el trámite que se suscite en las Oficinas Nacionales Competentes se distinga entre uno y otro para el caso de presentarse los supuestos previstos en el artículo 27 (vulneración de derechos o documentación complementaria) toda vez que para llegar a una final y acertada decisión y

aplicación de la norma comunitaria de patentes, el examinador debe allegar todos los elementos de juicio posibles, pues en la medida en que sean más los instrumentos de análisis, más objetivo y mejor será el pronunciamiento final; de no requerirse información adicional o de no existir vulneración de derechos adquiridos de terceros, el examen de fondo deviene en definitivo.

“De esta forma, hecho el examen definitivo, si éste es favorable, deberá concederse la patente de invención; si fuere parcialmente desfavorable, se otorgará el título de patente para las reivindicaciones que hayan pasado favorablemente dicho examen y si por el contrario, luego de revisar todos esos elementos de juicio, el examen definitivo fuere desfavorable en su totalidad se negará la patente de invención para la solicitud que se estudie; en el caso de que no se alleguen los elementos necesarios para un mejor análisis, dentro del plazo de tres meses, se declarará abandonada la solicitud, precisamente sin que exista el examen definitivo, el cual no puede darse por la carencia de los requisitos establecidos por el artículo 27.”⁵

Este Tribunal considera de suma importancia la realización de los exámenes formales y de fondo, para que la autoridad competente llegue a constituir un criterio absolutamente claro respecto del otorgamiento o no de la patente de invención solicitada, pues la ausencia de alguno de ellos podría ocasionar que la solicitud no sea admitida a trámite, o que habiéndolo sido, no pueda concluir en una decisión de mérito.

Se recalca también que es de suma importancia la aplicación del artículo 28 de la Decisión 344, materia especial de la presente interpretación, ya que la información proporcionada por el solicitante debe ser verificada por la Oficina Nacional Competente, de forma tal que no quede duda alguna acerca de la patentabilidad del respectivo invento, por medio de la utilización de todos los medios posibles a su alcance, siendo el informe sobre el estado de la técnica la pieza más importante en el procedimiento de concesión de patentes.

Con base en los antecedentes expuestos:

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

- 1 Toda invención, para recibir la protección de una patente, debe cumplir los requisitos expresadamente determinados por el artículo 1° de la Decisión 344; esto es, ser novedosa, tener nivel inventivo y ser susceptible de aplicación industrial.
2. La novedad de la invención a que alude el artículo 2° de la misma Decisión, exige que el invento no esté comprendido en el “estado de la técnica”, situación o

⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 12-IP-98. Sentencia de 20-V-98. En G.O.A.C. N° 428 de 16-IV-99.

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

3. El artículo 4° de la Decisión 344 señala claramente lo que debe ser considerado como “nivel inventivo” por parte de una persona del oficio normalmente versada en la materia, en el entendido de que la invención debe constituirse en un paso más allá de la técnica existente, con arreglo al principio de la “*no obviedad*”, según el cual la invención no debe derivar, de manera evidente, del estado de la técnica en un momento dado.
4. Las normas de trámite o de procedimiento deben ser observadas a cabalidad por las oficinas nacionales competentes de los Países Miembros, o por el Juez respectivo, en su caso; el no hacerlo constituiría una violación del ordenamiento jurídico comunitario, conforme lo establece la Decisión 344.
5. El artículo 27 de la Decisión 344 consagra que el examen de fondo de una solicitud de patente tiene por objeto determinar si la invención es o no patentable. Cuando a juicio de la Oficina Nacional Competente, esa pretensión conlleva una posible vulneración, total o parcial, de derechos de terceros o, requiera de información adicional para el análisis de fondo, deberá exigir al solicitante la presentación de ésta.
6. La Oficina Nacional Competente deberá hacer uso de todo criterio técnico en materia de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial de la invención respectiva, al igual que está facultada para solicitar informes de expertos, opiniones de las oficinas nacionales competentes de los demás Países Miembros o de terceros países, conforme lo establece la norma contenida por el artículo 28 de la Decisión 344.
7. En el trámite de solicitudes de patentes de invención deberá distinguirse, necesariamente, el examen de fondo del examen definitivo, según lo dispuesto por el artículo 29 de la Decisión 344. Realizado este último y si fuere favorable, le corresponderá a la Oficina Nacional Competente otorgar el título de patente. En el caso de ser parcialmente favorable, se otorgará ese título sólo respecto de las reivindicaciones aceptadas. Si fuere desfavorable, se denegará la solicitud.

El Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial al dictar sentencia dentro del expediente interno N° 6753 de conformidad con lo dispuesto por el artículo 127 del estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por medio de Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Deberá tomar en cuenta, también, lo previsto en el último inciso del artículo 128 del mencionado instrumento.

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

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Claudio Sosa Voysest
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

ACUERDO DE CARTAGENA

N° 85-IP-2003

Interpretación prejudicial de los artículos 81, 83 literal a) y 107 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Marca: WEGA. Actor: SONY KABUSHIKI KAISHA (SONY CORPORATION). Proceso Interno N° 6903.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito, el primero de octubre del año dos mil tres.

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, a través de su consejero Ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, recibida en este Tribunal en fecha 4 de septiembre del 2003, relativa a los artículos 81, 83 literal a) y 107 de la Decisión 344 de la Comisión de la Comunidad Andina, con motivo del proceso interno N° 6903.

El auto de veintiséis de septiembre del presente año, 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.

Los hechos relevantes señalados por el consultante y complementados con los documentos agregados a su solicitud, que se detallan a continuación:

1. Partes en el proceso interno

La demanda es presentada por SONY KABUSHIKI KAISHA hoy SONY CORPORATION y es demandada la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia.

2. Hechos

Los señalados por el consultante en el oficio N° 1643 de 7 de julio de 2003, complementados con los documentos incluidos en anexos, que demuestran:

La sociedad actora el 12 de agosto de 1999 solicitó a la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio el registro de la marca mixta WEGA, para amparar equipos de televisión, proyectores, exposición del líquido cristal y exposición de computadoras, productos comprendidos en la Clase 9. (*Clasificación Internacional de Niza. Clase 9: Aparatos e instrumentos científicos, náuticos, geodésicos, eléctricos, fotográficos, cinematográficos, ópticos, de pesar, de medida, de señalización, de control (inspección), de socorro (salvamento) y de enseñanza; aparatos para el registro, transmisión, reproducción del sonido o imágenes; soportes de registro magnéticos, discos acústicos; distribuidores automáticos y mecanismos para aparatos de previo pago; cajas registradoras, máquinas calculadoras, equipos para el tratamiento de la información y ordenadores; extintores*). Publicado el extracto de la solicitud de registro en la Gaceta de la Propiedad Industrial N° 484 de 27 de septiembre de 1999, no se presentaron observaciones.

Por Resolución N° 08409 de 27 de abril del 2000, la Jefe de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio negó de oficio el registro de la marca solicitado, en consideración del registro de la marca VEGA, clase 9. La sociedad SONY KABUSHIKI KAISHA interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la indicada resolución.

Mediante Resolución N° 13571 de 30 de junio del 2000, la misma división resolvió el recurso de reposición interpuesto y confirmó la Resolución N° 08409. Finalmente, por Resolución N° 25592 de 29 de septiembre del 2000, el Superintendente delegado para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, decidió el recurso de apelación confirmando la Resolución N° 08409, con lo que quedó agotada la vía gubernativa.

3. Fundamentos jurídicos de la demanda

La actora SONY KABUSHIKI KAISHA indica que se violó el artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena “al considerar que la marca WEGA (en tipo especial de letra), no era distintiva para distinguir equipos de televisión, proyectores, exposición de líquido cristal y exposición de computadores”. Argumenta que no existe confusión “pues la marca WEGA (mixta), se comercializa en Colombia desde hace tres (3) años para distinguir televisores; y esto realmente es fácil de observar pues se trata de un producto que tiene un alto grado de demanda en Colombia; hasta la fecha no se ha presentado ningún conflicto, ni confusión con la marca VEGA, que distingue programas de software. Es decir, que los productos de uno y otro signo son especiales y específicos”.

Indica que también se violó el literal a) del artículo 83 de la misma Decisión toda vez que “aunque los signos tienen algunas letras en común, no existe una semejanza, entre las marcas WEGA en tipo especial y característico de letra y la denominativa VEGA, que puedan inducir al público a error; más aún si tenemos en cuenta el tipo de letra...”; sostiene que en el presente caso “las marcas en conflicto VEGA vs. WEGA (mixta en tipo especial y característico de letra); (sic) al entrar en un cotejo deberán ser apreciadas en su totalidad, incluyendo su tipo de letra y diseño” y que entre las marcas en conflicto “no se presentan similitudes desde el punto de vista gráfico, ortográfico e ideológico” por lo que solicita que “se tenga en cuenta el principio de especialidad de los registros marcarios ... de acuerdo con el cual es perfectamente posible que dos marcas idénticas cuenten con registros en una misma clase de productos a favor de diferentes titulares (sic)”.

Argumenta que también se violó el artículo 107 de la Decisión 344 al desconocer el acuerdo de coexistencia suscrito entre las partes y que “los acuerdos que cumplan con los presupuestos señalados en la disposición, deberán inscribirse en las oficinas nacionales competentes; el caso aquí debatido cumple con los requisitos de la norma, por ésta razón ha debido ser valorado para proceder con la concesión de la marca “WEGA” (mixta)” finalmente argumenta que “cuando se celebra un convenio de coexistencia, las empresas tienen bases objetivas y reales de la diferencia en cuanto a signos y productos; y que no hay posibilidad de confusión por parte de los consumidores...”.

4. Fundamentos jurídicos de la contestación a la demanda

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

No se tenga en cuenta las pretensiones y condenas peticionadas por la demandante por carecer de apoyo jurídico y por consiguiente, de sustento de derecho para que prosperen.

Que con la expedición de las citadas resoluciones “la Superintendencia de Industria y Comercio no ... ha incurrido en violación de las normas contenidas en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena” y que “el Jefe de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio expidió legal y válidamente la resolución n° (sic) 08409 ... negando el registro de la marca ‘WEGA’ para distinguir productos contenidos en la clase 9 ... solicitada por la sociedad Sony Kabushiki Kaisha (Sony Corporation), con fundamento en el registro anterior de la marca ‘VEGA’ para distinguir productos comprendidos en la clase 9 a favor de la sociedad Vega Grieshaber KG”.

Basándose en jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado y por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, argumenta que: “efectuado el examen sucesivo y comparativo de la marca (sic) ‘WEGA’ (solicitada) para productos de la clase 9, frente a la marca ‘VEGA’ ... se concluye en forma evidente que son semejantes entre sí, existiendo confundibilidad entre éstas y por lo tanto, de coexistir en el mercado conllevarían a error al público consumidor, existiendo la posibilidad de confusión directa e indirecta entre los mismos, habida cuenta que estos

creerían que el producto tendría el mismo origen”. Por lo tanto “la marca ‘WEGA’ ... conforme a lo dispuesto en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena ... no cumple con los requisitos exigidos en el artículo 81 de la misma Decisión 344 ... pues no es suficientemente distintiva”.

Sobre la coexistencia pacífica manifiesta que “con el registro de la marca ‘WEGA’ a favor de la parte demandante, cabe expresar que esa sociedad no limita la cobertura de su registro ni manifiesta que no hará uso del registro de la marca ‘VEGA’”.

Finalmente sostiene que “las resoluciones acusadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, no son nulas, se ajustan a pleno derecho a las disposiciones legales vigentes aplicables sobre marcas y no violenta normas de carácter superior como lo aduce la parte demandante”.

Considerando:

Que las normas contenidas en los artículos 81, 83 literal a) y 107 de la Decisión 344, 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 en 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 (codificado mediante la Decisión 472), en correspondencia con lo previsto en los artículos 2, 4 y 121 del estatuto, (codificado mediante la Decisión 500);

Que, conforme ha sido expresamente requerido por el Tribunal consultante y, teniendo en cuenta las normas aplicables al caso objeto de la presente consulta, corresponde interpretar los artículos 81, 83 literal a) y 107 de la Decisión 344, cuyos textos son:

Decisión 344

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

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

“Artículo 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:

(...)”

“Artículo 107.- Cuando en la Subregión existan registros sobre una marca idéntica o similar a nombre de titulares diferentes, para distinguir los mismos productos o servicios, se prohíbe la comercialización de las mercancías o servicios identificados con esa marca en el territorio del respectivo País Miembro, salvo que los titulares de dichas marcas suscriban acuerdos que permitan dicha comercialización.

En caso de llegarse a tales acuerdos, las partes deberán adoptar las previsiones necesarias para evitar la confusión del público respecto del origen de las mercancías o servicios de que se trate, incluyendo lo relativo a la identificación del origen de los productos o servicios en cuestión con caracteres destacados y proporcionales a los mismos para la debida información al público consumidor. Esos acuerdos deberán inscribirse en las oficinas nacionales competentes y respetar las normas sobre prácticas comerciales y promoción de la competencia.

En cualquier caso, no se prohibirá la importación de un producto o servicio que se encuentre en la situación descrita en el primer párrafo de este artículo, cuando la marca no esté siendo utilizada en el territorio del país importador, según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 110, salvo que el titular de dicha marca demuestre ante la oficina nacional competente, que la no utilización de la marca obedece a causas justificadas”.

I. LA MARCA Y SUS REQUISITOS

En base al concepto de marca que contiene el artículo 81 de la Decisión 344 el Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha definido la marca como un bien inmaterial constituido por un signo conformado por una o más letras, números, palabras, dibujos, colores y otros elementos de soporte, individual o conjuntamente estructurados que, perceptible a través de medios sensoriales y susceptible de representación gráfica, sirve para identificar y distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de otros idénticos o similares, 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.

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

De la anterior definición, se desprenden los siguientes requisitos para el registro de un signo como marca:

La perceptibilidad

Es la cualidad que tiene un signo de expresarse y materializarse para ser apprehendido por los consumidores o

usuarios a través de los sentidos y asimilado por la inteligencia.

Siendo la marca un bien inmaterial, para que pueda ser captada y apreciada, es necesario que lo abstracto pase a ser una impresión material identificable, soportado en una o más letras, números, palabras, dibujos u otros elementos individual o conjuntamente estructurados a fin de que, al ser aprehendidos por medios sensoriales y asimilado por la inteligencia, penetre en la mente de los consumidores o usuarios del producto o servicio que pretende amparar dicha marca y, de esta manera, pueda ser identificada con facilidad.

En atención a que la percepción se realiza generalmente por el sentido de la vista, se consideran signos perceptibles aquéllos referidos a una o varias palabras, o a uno o varios dibujos o imágenes, individual o conjuntamente estructurados.

La distintividad

Es la capacidad que tiene un signo para distinguir en el mercado unos productos o servicios de otros, haciendo posible que el consumidor o usuario los diferencie para su elección. Es considerada como característica primigenia y esencial que debe reunir todo signo para ser registrado como marca y constituye el presupuesto indispensable para que cumpla su función principal de identificar e indicar el origen empresarial y la calidad del producto o servicio.

Sobre el carácter distintivo de la marca, el tratadista Jorge Otamendi sostiene que: *“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 ese 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”. LexisNexis. Abeledo Perrot, Cuarta Edición, 2001, p. 27).

Sobre este aspecto el Tribunal ha manifestado en reiteradas ocasiones que: *“El signo distintivo es aquel individual y singular frente a los demás y que no es confundible con otros de la misma especie en el mercado de servicios y de productos”*.

El signo que no tenga estas características, carecería del objeto o función esencial de la marca, cual es el de distinguir unos productos de otros”. (Proceso 19-IP-2000, marca: LOS ALPES, publicado en la G.O.A.C. N° 585 de 20 de julio de 2000).

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. Este requisito guarda correspondencia con lo dispuesto en el artículo 88 literal d) de la Decisión 344, en el cual se exige que la solicitud de registro sea acompañada por la reproducción de la marca cuando ésta contenga elementos gráficos.

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 prevista en el artículo 92 de la Decisión 344. Está constituida por la descripción que permite la publicación y el archivo de la denominación solicitada”*. (Proceso 2-IP-2003, marca: MISS SUCRE, publicado en G.O.A.C. N° 912 del 25 de marzo del 2003).

De lo expuesto se concluye que un signo es registrable como marca cuando cumple plena y acumulativamente con los tres requisitos característicos contenidos en el artículo 81 interpretado y siempre que no se encuentre comprendido en ninguna de las causales de irregistrabilidad señaladas en los artículos 82 y 83 de la misma Decisión 344, resultando que, si bien los requisitos establecidos por el referido artículo 81 son necesarios, no son suficientes, toda vez que el signo no debe estar incurso en las prohibiciones previstas por los artículos precedentemente indicados.

En consecuencia, el Juez consultante debe analizar en el presente caso, si la marca WEGA cumple con los requisitos del artículo 81, y si no se encuentra dentro de las causales de irregistrabilidad previstas en los literales pertinentes de los artículos 82 y 83, de la referida Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

II. MARCAS DENOMINATIVAS, GRAFICAS Y MIXTAS

El Tribunal, considera que resulta también necesario para el Juez consultante examinar lo relacionado a los diferentes tipos de marcas: denominativas, gráficas y mixtas.

Las marcas denominativas llamadas también nominales o verbales, utilizan expresiones acústicas o fonéticas formadas por una o varias letras, palabras o números, individual o conjuntamente estructurados, que integran un conjunto o un todo pronunciable, que puede o no tener significado conceptual. Este tipo de marcas se subdividen en: sugestivas que son las que tienen una connotación conceptual referente a que evoca las cualidades o funciones del producto identificado por la marca o el nombre comercial; y arbitrarias que no manifiestan conexión alguna entre su significado y la naturaleza, cualidades y funciones respecto del producto que va a identificar.

Las marcas gráficas llamadas también visuales porque se aprecian a través del sentido de la vista, son figuras o imágenes que se caracterizan por la forma en que están expresadas. La jurisprudencia del Tribunal ha precisado que dentro del señalado tipo de marcas se encuentran las puramente gráficas, que evocan en el consumidor únicamente la imagen del signo y que se representa a través de un conjunto de líneas, dibujos, colores, etc.; y las figurativas, que evocan en el consumidor un concepto concreto, el nombre que representa este concepto y que es también el nombre con el que se solicita el producto o servicio que va a distinguir. (Proceso 09-IP-94, marca: “DIDA”, publicado en la G.O.A.C. N° 180 de 10 de mayo de 1995).

Las marcas mixtas se componen por un elemento denominativo (una o varias palabras) y un elemento gráfico (una o varias imágenes). La combinación de estos elementos al ser percibidos en su conjunto produce en el consumidor una idea sobre la marca que le permite diferenciarla de las demás existentes en el mercado. Al efectuar el cotejo de estas marcas 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” (Fernández- Novoa, Carlos: “Fundamentos de Derecho de Marcas”, editorial Montecorvo S.A., Madrid, p. 237 a 239).

Al respecto la jurisprudencia dice: “La marca mixta es una unidad, en la cual se ha solicitado el registro del elemento nominativo como del 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 VIDEO 2000). Igualmente el Tribunal ha sostenido: “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)). “Identificada la dimensión característica de cada una de las marcas mixtas que se comparan, puede resultar que en una predomine el factor gráfico y en otra el denominativo o viceversa y en tales casos la conclusión lógica será la de que no existe confusión. Si por el contrario, el elemento predominante en ambas marcas es del mismo tipo denominativo o gráfico corresponderá el respectivo cotejo entre las palabras o los dibujos.” (Proceso 86-IP-2000, publicado en la G.O.A.C. N° 633 de 17 de enero del 2001, marca: SIXLETS).

III. IRREGISTRABILIDAD POR IDENTIDAD O SIMILITUD DE SIGNOS y RIESGO DE CONFUSION

Las prohibiciones contenidas en el artículo 83 de la Decisión 344 buscan, fundamentalmente, precautelar el interés de terceros al prohibir que se registren como marcas los signos que sean idénticos o semejantes a otro ya registrado o ya solicitado para registro, perteneciente a diferente persona.

Conforme a lo previsto en el literal a) del referido artículo 83 de la Decisión 344, no son registrables como marcas los signos que, en relación con derechos de terceros, sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente

solicitada para registro o registrada para los mismos servicios o productos, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error. En consecuencia, no es necesario que el signo solicitado para registro induzca a error a los consumidores, sino que es suficiente la existencia del riesgo de confusión para que se configure la prohibición de irregistrabilidad.

La doctrina y la jurisprudencia afirman que la función principal de la marca es la de identificar los productos o servicios de un fabricante o comerciante para diferenciarlos y distinguirlos de los de igual o semejante naturaleza, pertenecientes a otra persona así como para diferenciar y distinguir productos o servicios de diferente calidad, que pertenecen a la misma persona. Hay riesgo de confusión cuando el consumidor o usuario medio no distinga en el mercado el origen empresarial del producto o servicio identificado por un signo de modo que pudiera atribuir, por la falsa apreciación de la realidad, a dos productos o servicios que se le ofrecen un origen empresarial común al extremo que, si existe identidad o semejanza entre el signo pendiente de registro y la marca registrada o un signo previamente solicitado para registro, surgiría el riesgo de que el consumidor o usuario relacione y confunda aquel signo con esta marca o con el signo previamente solicitado.

Para determinar la existencia del riesgo de confusión será necesario verificar si existe identidad o semejanza entre los signos en disputa, tanto entre sí como en relación con los productos o servicios distinguidos por ellos, y considerar la situación de los consumidores o usuarios, la cual variará en función de los productos o servicios de que se trate.

El Tribunal ha sostenido que: “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”. (Proceso 109-IP-2002, marca: CHILIS y diseño, publicado en la G.O.A.C. N° 914 de 1 de abril del 2003).

Los supuestos que pueden dar lugar al riesgo de confusión entre varios signos y los productos o servicios que cada una de ellos ampara, serían los siguientes: (i) que exista identidad entre los signos en disputa y también entre los productos o servicios distinguidos por ellos; (ii) o identidad entre los signos y semejanza entre los productos o servicios; (iii) o semejanza entre los signos e identidad entre los productos y servicios; (iv) o semejanza entre aquellos y también semejanza entre éstos. (Proceso 82-IP-2002, publicado en la G.O.A.C. 891 del 29 de enero del 2003, marca: CHIP’S).

El Tribunal ha diferenciado entre: “la ‘semejanza’ y la ‘identidad’, ya que la simple semejanza presupone que entre los objetos que se comparan existen elementos comunes pero coexistiendo con otros aparentemente diferenciadores, produciéndose por tanto la confundibilidad. En cambio, entre marcas o signos idénticos, se supone que nos encontramos ante lo mismo, sin diferencia alguna entre los signos”. (Proceso 82-IP-2002, ya citado).

Es importante señalar que la valoración de los signos, deberá realizarse en base al conjunto de elementos que los integran, donde el todo prevalezca sobre las partes y no descomponiendo la unidad de cada uno.

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

Asimismo, el Tribunal observa que la determinación del riesgo de confusión corresponde a una decisión unilateral del funcionario administrativo o, en su caso, del juzgador, quien con cierta discrecionalidad pero alejándose de toda arbitrariedad ha de determinarla, con base a principios y reglas que la doctrina y la jurisprudencia han sugerido a los efectos de precisar el grado de confundibilidad, la que va del extremo de identidad al de semejanza.

La jurisprudencia de este órgano jurisdiccional comunitario, basándose en la doctrina, ha señalado que para valorar la similitud marcaria y el riesgo de confusión es necesario considerar, los siguientes tipos de similitud.

La similitud ortográfica emerge de la coincidencia de letras entre los segmentos a compararse, en los cuales la secuencia de vocales, la longitud de la o las palabras, el número de sílabas, las raíces, o las terminaciones comunes, pueden inducir en mayor grado a que la confusión sea más palpable u obvia.

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

La similitud ideológica se produce entre signos que evocan la misma o similares ideas, que deriva del mismo contenido o parecido conceptual de los signos. Por tanto, cuando los signos representan o evocan una misma cosa, característica o idea, se estaría impidiendo al consumidor distinguir una de otra.

Reglas para efectuar el cotejo marcario

A objeto de facilitar a la Autoridad Nacional Competente el estudio sobre la posible confusión entre los signos en conflicto, es necesario tomar en cuenta los criterios elaborados por el tratadista Pedro Breuer Moreno que han sido recogidos de manera reiterada por la jurisprudencia de este Tribunal y que, aplicados al caso objeto de la presente interpretación, son:

1. La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por los signos, es decir que debe examinarse la totalidad de los elementos que integran a cada uno de ellos, sin descomponer, y menos aún alterar, su unidad fonética y gráfica, ya que *“debe evitarse por todos los medios la disección de las denominaciones comparadas, en sus diversos elementos integrantes”* (Fernández-Novoa, Carlos, op. cit. p. 215).
2. El examen de fondo sobre la registrabilidad debe, así mismo, ser realizado en forma sucesiva y no simultánea, de tal manera que en la comparación de las denominaciones confrontadas debe predominar el método de cotejo sucesivo, excluyendo el análisis simultáneo, en atención a que este último no lo realiza el consumidor o usuario común.
3. Deben ser tenidas en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existan entre los signos, ya que la similitud general entre ellos se desprende de los elementos semejantes o de la semejante disposición de ellos, y no de los elementos distintos que en las mismas aparezcan.
4. Quien aprecie la semejanza deberá colocarse en el lugar del consumidor presunto, tomando en cuenta la naturaleza de los productos o servicios identificados por los signos en disputa (Breuer Moreno, Pedro, *“Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio”*, Buenos Aires, Editorial Robis, pp. 351 y s.s.).

Para el cotejo que haga el Juez consultante, es necesario determinar los diferentes grados en que pueden asemejarse los signos en disputa e identificar si la posible similitud, entre WEGA mixta y VEGA, es ideológica, ortográfica o fonética.

La conexión competitiva

Además de los criterios referidos a la comparación entre signos, es necesario tener en cuenta los productos que distinguen dichos signos a efecto de establecer la posible conexión competitiva y en su caso aplicar los criterios relacionados con la misma. En el presente caso, al referirse los signos en cuestión a la misma clase, aunque a diferentes productos, el consultante deberá analizar si se trata en efecto de un caso de conexión competitiva.

Con relación a las consideraciones relativas a la conexión competitiva entre productos o servicios, la orientación jurisprudencial de este Tribunal, señala: *“La doctrina ha planteado o elaborado algunas pautas o criterios que pueden conducir a establecer o fijar la similitud o la conexión competitiva entre los productos (Jorge Otamendi, Carlos Fernández-Novoa y Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas), que se sintetizan: (i) La inclusión de los productos en una misma clase del nomenclátor; (ii) Canales de comercialización; (iii) Mismos medios de publicidad; (iv) Relación o vinculación entre los productos; (v) Uso conjunto o complementario de productos; (vi) Partes y accesorios; (vii) Mismo género de los productos; (viii) Misma finalidad; (ix) Intercambiabilidad de los productos”*. (Proceso 08-IP-1995, marca: LISTER, publicado en la G.O.A.C. N° 231 de 17 de octubre de 1996).

El Tribunal ha sostenido que: *“en este supuesto, y a fin de verificar la semejanza entre los productos en comparación, el consultante habrá de tomar en cuenta, en razón de la regla de la especialidad, la identificación de dichos productos en las solicitudes correspondientes y su ubicación en el nomenclátor; además podrá hacer uso de los criterios elaborados por la doctrina para establecer si existe o no conexión competitiva entre el producto identificado en la solicitud de registro del signo como marca y el amparado por la marca ya registrada o ya solicitada para registro. A objeto de precisar que se trata de productos semejantes, respecto de los cuales el uso del signo pueda inducir al público a error, será necesario que los criterios de conexión, de ser aplicables al caso, concurren en forma clara y en grado suficiente, toda vez que ninguno de ellos bastará, por sí solo, para la consecución del citado propósito”*. (Proceso 67- IP-2002, marca: “GOODNITES”, publicado en la G.O.A.C. N° 871 del 11 de diciembre del 2002).

Debe considerar que, si bien el derecho que se constituye con el registro de un signo como marca, por virtud de la regla de la especialidad, en principio cubre únicamente los productos o servicios identificados en la solicitud y ubicados en una de las clases de la Clasificación Internacional de Niza, 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.

También considerar la intercambiabilidad, en el sentido de que los consumidores estimen que los productos son sustituibles entre sí para las mismas finalidades, y la complementariedad, relativo al hecho de que los consumidores juzguen que los productos deben utilizarse en conjunto, o que el uso de uno de ellos presupone el del otro, o que uno no puede utilizarse sin el otro.

Asimismo analizar si la conexión competitiva podría surgir en el ámbito de los canales de comercialización o distribución de los productos, provenientes de la identidad o similitud en la utilización de medios de difusión o publicidad. En tal sentido, si ambos productos se difunden a través de los medios generales de publicidad (radio, televisión o prensa), cabe presumir que la conexión entre ellos será mayor, mientras que si la difusión se realiza a través de revistas especializadas, comunicación directa, boletines o mensajes telefónicos, es de presumir que la conexión será menor.

Sobre este particular, el Tribunal ha señalado que: *“serán competitivamente conexos todos los productos vendidos en establecimientos especializados o en pequeños lugares de expendio donde signos similares pueden ser confundidos cuando los productos guardan también relación, ya que en grandes almacenes en los que se venden al público una amplia gama de productos dispares, para evaluar la conexión se hace necesario subdividirlos en las diversas secciones que los integran, e involucrar en el análisis aspectos tales como la identidad o disparidad de los canales de publicidad”*. (Proceso 50-IP-2001, publicado en la G.O.A.C. N° 739 de 4 de diciembre del 2001, marca: ALLEGRA)

Finalmente, deberá tomarse en cuenta la clase de consumidor o usuario y su grado de atención al momento de identificar, diferenciar y seleccionar el producto o servicio.

A juicio del Tribunal, *“el consumidor al que debe tenerse en cuenta para establecer el posible riesgo de confusión entre dos marcas, es el llamado ‘consumidor medio’ o sea el consumidor común y corriente de determinada clase de productos, en quien debe suponerse un conocimiento y una capacidad de percepción corrientes...”* (Proceso 09-IP-94, publicado en la G.O.A.C. N° 180 de 10 de mayo de 1995, marca: DIDA).

En consecuencia el consultante deberá tener en cuenta en el presente caso que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 83 literal a) de la Decisión 344, 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. Asimismo debe considerar que, cuando se dan los criterios de conexión competitiva, los mismos deberán aplicarse cuando concurren en forma clara y en grado suficiente y no en forma aislada.

IV. COEXISTENCIA MARCARIA

El artículo 107 de la Decisión 344 prohíbe la comercialización de mercancías o servicios dentro de la subregión cuando existan registros sobre una marca idéntica o similar, a nombre de titulares diferentes y distingan los mismos productos o servicios, pero permite la suscripción de acuerdos de coexistencia de marcas para que puedan comercializarse. Sin embargo, la misma norma establece que las partes deberán adoptar las previsiones necesarias para evitar confusión del público sobre el origen empresarial de las mercancías o servicios.

Al efecto, para que pueda darse la coexistencia marcaria es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: (i) la existencia en la subregión de registros de marcas idénticas; (ii) la existencia de un acuerdo entre las partes; (iii) la adopción por parte de éstas de las previsiones necesarias para evitar la confusión del público, así como proporcionar la debida información sobre el origen de los productos o servicios; (iv) la inscripción del acuerdo en la oficina nacional competente; y, (v) el respeto de las normas sobre prácticas comerciales y promoción de la competencia.

Sin embargo, dicha prohibición no se podrá invocar en el caso de que la marca que ampara el producto o servicio no esté siendo utilizada en el país importador, salvo que el titular de la marca demuestre ante la oficina nacional competente que la no utilización de la marca obedece a causas justificadas.

El Tribunal ha señalado al respecto que *“No obstante estos acuerdos entre partes, la autoridad nacional competente deberá salvaguardar el interés general evitando que el consumidor se vea inducido a error ... En este sentido la suscripción de acuerdos no es un presupuesto automático para que opere la coexistencia marcaria, puesto que siempre habrá de predominar el bien común sobre el interés particular”*. (Proceso 50- IP-2001, publicado en la G.O.A.C. N° 739 de 3 de diciembre del 2001, marca: ALLEGRA), de donde se desprende que la autoridad nacional competente debe hacer la evaluación correspondiente, toda vez que la marca protege por igual a sus titulares y en especial al público consumidor, teniendo

en cuenta que en la marca existe una verdadera complementariedad donde además de considerarse los elementos del signo y del producto o servicio que a través de la marca se interrelacionan, se debe tener presente fundamentalmente al destinatario final que es el público consumidor.

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 cumplir con los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica, de conformidad con los criterios sentados en la presente sentencia y no debe estar incurrido en ninguna de las causales de irregistrabilidad establecidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

SEGUNDO: Las marcas mixtas se componen por un elemento denominativo (una o varias palabras) y un elemento gráfico (una o varias imágenes). La combinación de estos elementos al ser percibidos en su conjunto produce en el consumidor una idea sobre la marca que le permite diferenciarla de las demás existentes en el mercado. Al efectuar el cotejo de estas marcas se debe identificar cuál de estos elementos prevalece y tiene mayor influencia en la mente del consumidor, si el denominativo o el gráfico y proceder conforme a los criterios contenidos en la presente sentencia.

TERCERO: No son registrables como marcas los signos que, en relación con derechos de terceros, sean idénticos o se asemejen a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada para los mismos servicios o productos, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, de donde resulta que, no es necesario que el signo solicitado para registro induzca a error o confusión a los consumidores sino que es suficiente la existencia del riesgo de confusión para que se configure la prohibición de irregistrabilidad.

CUARTO: Consistiendo el riesgo de confusión en la dificultad del consumidor o usuario medio de distinguir en el mercado el origen empresarial del producto o servicio identificado por un signo de modo que pudiera atribuir, por falsa apreciación de la realidad, a dos productos o servicios que se le ofrecen un origen empresarial común, corresponde determinar este riesgo de confusión a la administración o, en su caso, al juzgador, no exentos de discrecionalidad pero necesariamente alejados de toda arbitrariedad, de modo que su decisión ha de ser adoptada en base a principios y reglas elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, recogidos en la presente interpretación prejudicial y que se refieren básicamente a la identidad o semejanza que puede existir entre los signos derivadas de las similitudes ortográfica, fonética e ideológica que pudieran darse.

QUINTO: Además de los criterios referidos a la comparación entre signos, es necesario tener en cuenta los criterios relacionados con la conexión competitiva entre los productos. En el presente caso, al referirse los signos en cuestión a productos de la misma clase, aunque diferentes

entre sí, el consultante deberá analizar si se trata en efecto de un caso de conexión competitiva.

SEXTO: La coexistencia marcaría prevista en el artículo 107 debe cumplir con siguientes requisitos: (i) la existencia en la subregión de registros de marcas idénticas; (ii) la existencia de un acuerdo entre las partes; (iii) la adopción por parte de éstas de las previsiones necesarias para evitar la confusión del público, así como proporcionar la debida información sobre el origen de los productos o servicios; (iv) la inscripción del acuerdo en la oficina nacional competente; y, (v) el respeto de las normas sobre prácticas comerciales y promoción de la competencia.

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° 6903, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de justicia de la Comunidad Andina, así como dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 128, inciso tercero, del estatuto del Tribunal.

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

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Claudio Sosa Voysest
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

ACUERDO DE CARTAGENA

PROCESO N° 84-IP-2003

Interpretación prejudicial de los artículos 81 y 82 literales a) y b), de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Actor: PFIZER PRODUCTS INC. Marca: “consistente en una

figura geométrica, notándose que tiene cuatro lados cuyos bordes aparecen redondeados, para distinguir preparaciones y sustancias farmacéuticas y veterinarias, productos comprendidos en la clase 5ª de la clasificación internacional". Proceso Interno N° 7386.

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

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

VISTOS:

Que la solicitud en referencia se ajusta a los requisitos establecidos por el Tratado de Creación del Tribunal y por su estatuto, razón por la cual fue admitida a trámite por auto emitido el 24 de de septiembre del año 2003.

ANTECEDENTES:

1. PARTES.

Actúa como demandante la firma **PFIZER PRODUCTS INC.**, siendo demandada la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** de la República de Colombia.

2. ACTOS DEMANDADOS Y FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Pretende la accionante que mediante sentencia se declare nula la Resolución N° 6580 de 25 de marzo del 2000 proferida por la División de Signos Distintivos, por medio de la cual se negó al demandante el registro de la marca figurativa, descrita en la referencia, por carecer de fuerza distintiva.

Pide, además que se declare la nulidad de la Resolución No. 12893 de junio 16 del 2000, proferida por la División de Signos Distintivos de la misma Superintendencia, por la cual confirma la resolución atrás citada; y, también, que se declare nula la Resolución No. 7776 de febrero 28 del 2001, proferida por el Superintendente delegado para la Propiedad Industrial, confirmatoria de las dos anteriores.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la entidad demandada el registro de la marca figurativa descrita.

Manifiesta la demandante que los actos administrativos citados deben anularse porque su expedición viola el artículo 82 literal a), en concordancia con los artículos 81 y 82, literal b) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en la medida en que la Superintendencia consideró que "la marca solicitada carece de la fuerza distintiva necesaria para poder ser registrada, por consistir en una figura de una simplicidad tal que no podría distinguir notablemente los productos que se pretenden amparar de los que compiten dentro del mercado". Asegura que esta consideración no guarda concordancia con la

causal de irregistrabilidad establecida en los artículos mencionados, lo que determina su violación por aplicación indebida.

Estima que la marca solicitada no está comprendida en ninguna de las causales de irregistrabilidad contempladas en la ley y que por el contrario, ella está constituida por una novedosa forma dotada de características especiales, que corresponden a la forma del producto sildenafil y que semeja la forma de un diamante, la cual es perceptible, susceptible de representación gráfica y capaz de distinguir el producto de otras tabletas, pastillas, cápsulas o grageas que se ofrecen en el mercado.

Agrega que presentó ante la Superintendencia copias auténticas de dos de los registros obtenidos en la Unión Europea para la marca "tridimensional" que ahora pide registrar en Colombia.

Culmina sus alegaciones afirmando que la marca solicitada no constituye una forma básica, común o usual y que por tanto, "el hecho de otorgarse un derecho de exclusividad sobre la misma mediante su registro, no impide el acceso al mercado de otros competidores que siempre tendrán la posibilidad de ofrecer sus productos con las formas básicas de pastillas, tabletas o grageas, o bien con formas características que resulten de su propio ingenio y creación".

3. CONTESTACION A LA DEMANDA

LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO argumenta que se ajustó plenamente al trámite administrativo previsto en materia marcaria, garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa. Alega que "la marca no es distintiva de los productos para los cuales fue solicitada, teniendo en cuenta que reviste la forma usual que varios empresarios les han dado a los mismos dentro del mercado".

Frente a los documentos aducidos como prueba de la marca solicitada, especialmente los referentes a los registros obtenidos en la Unión Europea, aduce que "**es menester señalar que la figura que se adjuntó a la solicitud de registro en Colombia es diferente al diseño tridimensional presentado para el registro en Europa**". (Subrayados en el memorial). Alega que la solicitud hecha en Colombia es para una marca **FIGURATIVA**, en tanto que el registro obtenido en Europa es para una marca **TRIDIMENSIONAL**, y realiza un análisis comparativo entre los dos signos para especificar las diferencias entre los dos tipos de marcas.

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

Considerando:

4. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal es competente para interpretar, en vía prejudicial, las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, siempre que la solicitud provenga de un Juez nacional competente, como lo es en este caso la jurisdicción nacional que plantea la consulta, conforme lo establecen los artículos 32 y 33 de su Tratado Constitutivo.

5. NORMAS A SER INTERPRETADAS

La interpretación recaerá sobre los artículos 81 y 82 literales a) y b) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Considera el Tribunal que no debe interpretarse el artículo 135 de la Decisión 486, también solicitado, por su manifiesta impertinencia con relación al aspecto temporal de la aplicación de la norma. El texto de las normas a interpretarse es:

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

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

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

- a) *No puedan constituir marca conforme al artículo anterior;*
- b) *Consistan en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza de la función de dicho producto o del servicio de que se trate”.*

Con fundamento en las normas transcritas el Tribunal abocará el tratamiento de los aspectos concernientes a los requisitos para el registro de marca; las clases de marcas, especialmente en lo relativo a marcas figurativas y marcas tridimensionales; y, la irregistrabilidad por falta de distintividad y por razón de consistir el signo a registrarse, en la forma usual de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza de la función de dicho producto o del servicio de que se trate.

6. CONCEPTO DE MARCA Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

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

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

a) Perceptibilidad

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

La perceptibilidad, precisamente, hace referencia a todo elemento, signo o indicación que pueda ser captado por los sentidos para que, por medio de éstos, la marca penetre en la mente del usuario o consumidor, el cual la aprehende y asimila con facilidad. Por cuanto para la recepción sensible

o externa de los signos se utiliza en forma más general el sentido de la vista, han venido caracterizándose preferentemente aquellos elementos que hagan referencia a una denominación, a un conjunto de palabras, a una figura, un dibujo, o a un conjunto de dibujos, sin que ello obste para que otros tipos de signos perceptibles por órganos de los sentidos distintos (tacto, oído, gusto, olfato) puedan cumplir la función de la marca;

b) Distintividad

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

Será entonces distintivo el signo cuando por sí solo sirva para identificar un producto o un servicio, toda vez que la función esencial de la marca es identificar los productos o servicios de una persona natural o jurídica respecto de los productos o servicios idénticos o similares de otra en el mercado, posibilitando la elección por parte del público consumidor.

La marca es, por tanto, el medio o el modo externo y necesario de que se valen los empresarios para asignar a sus productos y servicios un distintivo que les permita diferenciar en el mercado sus productos o servicios de los de la misma clase, o que guarden identidad o similitud con los de sus competidores. De esta forma el consumidor asocia una clase o categoría de bienes y productos con un signo determinado, produciéndose una relación directa entre la marca como signo externo de diferenciación, y los productos como objeto de protección de la marca; característica ésta que ha llevado a Fernández Novoa a decir que *“...la marca en sentido propio es la unión entre el signo y producto en cuanto que tal unión es aprehendida por los consumidores... Pero esta unión no desemboca en una auténtica marca hasta el momento en que los consumidores captan y retienen en su memoria tal unión”*; y,¹

c) Susceptibilidad de representación gráfica

La susceptibilidad de representación gráfica consiste en expresiones realizadas a través de palabras, gráficos, signos mixtos, colores, figuras etc., de tal manera que sus componentes puedan ser apreciados en el mercado de productos. El signo tiene que ser descrito en forma material para que el consumidor, a través de los sentidos, lo perciba, lo conozca y lo solicite.

7. CLASES DE MARCAS

La doctrina, tomando en consideración la estructura de los signos, clasifica las marcas en DENOMINATIVAS, llamadas también nominales o verbales, cuando utilizan un elemento acústico o fonético y están formadas por una o varias letras que integran un conjunto o un todo pronunciable, que puede o no poseer significado conceptual; GRAFICAS o visuales, cuando están dirigidas a

¹ Fernández Novoa, Carlos. “El Sistema Comunitario de Marcas”, Madrid 1995, p. 23.

la vista con el fin de evocar una figura que se caracterice por su estructura o forma externa; y MIXTAS, cuando se componen por un elemento denominativo (una o varias palabras) y un elemento gráfico (una o varias imágenes).

En cuanto a las marcas gráficas debe agregarse que son expresiones plásticas que pueden estar constituidas por imágenes, por dibujos, por figuras alegóricas (emblemas), por imágenes de un objeto específico o concreto o por la expresión pictórica de una idea. Ellas, según la Doctrina, generan en la mente de los consumidores distintas impresiones o reacciones que permiten clasificarlas, a su vez, en tres categorías: Las marcas **puramente gráficas**, constituidas por signos de forma caprichosa o de fantasía, que el consumidor en su proceso cognoscitivo no logra asociar con un objeto concreto ni con una idea abstracta; las marcas **figurativas** que son aquellas que se pueden definir o expresarse en el lenguaje corriente, por ejemplo: una casa, un perro, una botella, un utensilio de cocina, las cuales suscitan en la mente del consumidor la impresión de un objeto determinado, concreto y conocido por éste o familiar a éste y que además evocan en él un concepto determinado; y, por último, las marcas **evocativas** que son las que transmiten a la mente del público una idea a través de un proceso escalonado en el que el consumidor medio se forma la idea de *“un concepto concreto del que se asciende, a través de una generalización a un concepto abstracto y superior”*.²

Cabe destacar que la marca figurativa, y en general las de tipo visual, difiere de la marca denominativa, en el hecho de que la primera no es pronunciable, puesto que el signo que la expresa o representa no tiene vocalización, sino es una figura o distintivo al que simplemente se le da un nombre o se le atribuye el de la figura que evoca.

El Tribunal ha expresado con respecto a la marca figurativa que su análisis para determinar si posee suficiente distintividad a fin de que pueda ser objeto de registro, *“requiere de un proceso de cognición más elaborado ya que la marca figurativa debe protegerse no solamente por su aspecto gráfico propiamente dicho, sino también por el concepto que la figura puede producir en la mente de los consumidores. De esta suerte, el análisis de la marca deberá hacerse por la comparación gráfica aplicando las reglas de cotejo entre marcas puramente gráficas por una parte y además realizando la comparación conceptual, toda vez que la posibilidad o riesgo de confusión en esta clase de marcas puede generarse no solamente en la identidad de los trazos del dibujo o similitud de ellos, sino también por la semejanza conceptual de la idea que la marca gráfica suscite”*; agregando a renglón seguido que *“...la regla para definir la confundibilidad entre esta clase de marcas se dirige a recomendar que entre los dos elementos de la marca gráfica figurativa -el trazado por una parte y el concepto que suscita por la otra la parte conceptual o ideológica suele prevalecer. Así, a pesar de que pueda haber diferenciación en los rasgos de figuras que al compararse tienen trazos y delineaciones diferentes, en su conjunto pueden suscitar comparativamente una misma idea o concepto e incurrir en el riesgo de confusión. Podría traerse como ejemplo el de dos recipientes con un cuello en su parte superior, cuyos trazados difieren porque uno es cilíndrico y el otro es cuadrado; a pesar de tener distintos trazos desde el punto de vista gráfico, el consumidor necesariamente llega a la conclusión de que se trata en ambos casos de la idea o concepto “botella”; si*

además el examen de comparación lleva a la conclusión de que tanto los trazos como los conceptos que suscita el gráfico son semejantes, la conclusión de confundibilidad e irregistrabilidad no ofrece lugar a duda”.³

Así mismo y atendiendo al criterio de su presentación externa, pertenecen a este grupo de marcas visuales las llamadas marcas **tridimensionales**, las cuales en concepto del Tribunal,

“...son aquellas que poseen volumen, es decir que ocupan por sí mismas un espacio determinado, conforme lo explica el propio término tridimensional, que da la idea de la ocupación de las tres dimensiones del espacio (alto, ancho y profundidad). Debe dejarse en claro, desde luego, que para constituirse como marcas, deben esos signos ser necesariamente perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.

“Si el signo de que se trate no ocupa un espacio, sino que está contenido en un elemento físico que es el que tiene volumen, no podrá calificarse como tridimensional. Así, la marca tridimensional ha de ser perceptible por la vista y por el tacto, como es el caso, entre otros productos, de los envoltorios, envases y relieves”.⁴

El Tribunal entiende, de acuerdo con la Doctrina, que marca tridimensional es aquella constituida por formas particulares de los envases, recipientes, embalajes, u otro acondicionamiento de los productos o por la forma de los mismos.⁵

Los signos tridimensionales, al igual que las demás categorías mencionadas, cuentan con respaldo legal para ser registradas como marcas, siempre que cumplan con los requisitos exigidos aludidos y que no se encuentren contemplados en las prohibiciones establecidas por el legislador comunitario.

8. PROHIBICIONES PARA EL REGISTRO DE MARCAS

El artículo 82 de la Decisión 344, contiene disposiciones precisas para excluir del registro a los signos consistentes en formas que no pueden constituir una marca. Es así como en el literal b) se prohíbe el registro de los signos que consistan exclusivamente en las formas usuales de los productos o de sus envases o en formas impuestas por la naturaleza de la función de los productos.

² **Fernández Novoa, Carlos**, “Fundamentos de Derechos de Marcas”, Editorial Montecorvo, 1984, pág. 225.

³ **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE COMUNIDAD ANDINA. Proceso 14-IP-97**, Sentencia de Abril 17 de 1998. En G.O.A.C. No. 354 de 13 Julio de 1998.

⁴ **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**. Sentencia del 18 de junio del 2003. **Proceso 31-IP-03**. En G.O.A.C. No. 960 de agosto 1 de 2003.

⁵ **Fernández Novoa, Carlos**. Fundamentos de Derecho de Marcas. Ibídem. p. 31.

Por lo tanto, las formas tridimensionales de los productos pueden ser objeto de registro en tanto no se encuentren dentro de alguno de estos supuestos y sean capaces de identificar al correspondiente producto en atención a su origen empresarial, posibilitando la elección del público consumidor, sin necesidad de otro elemento denominativo o figurativo.

La expresión “formas usuales de los productos” se refiere a los tipos de presentación habitual de los productos, y no comprende representaciones peculiares y arbitrarias de los mismos. Debe precisarse, no obstante, que en el caso de estas últimas el ius prohibendi tendría un ámbito muy restringido: se reduciría a la facultad de prohibir a los terceros no autorizados la producción exacta o cuasixacta de la representación peculiar registrada como marca.⁶

El fundamento de la prohibición radica en que de otorgarse un derecho de exclusiva sobre las formas usuales de los productos se limitaría a los competidores la posibilidad de usar formas necesarias e indispensables de presentación o de envase de los mismos, con lo cual se bloquearía el acceso al mercado de competidores de esta clase de productos.

Al respecto cabe precisar que la forma tridimensional no deja de ser usual solamente por el hecho de presentar diferencias secundarias con respecto a otras formas que se encuentran en el mercado. Para determinar si la forma tridimensional solicitada como marca, constituye una forma usual, deberá compararse la impresión en conjunto del signo solicitado con otros ya conocidos. En este examen deberá apreciarse como usual no sólo si las formas de los envases son idénticos, sino también si resultan sustancialmente iguales, es decir, si difieren tan sólo en características secundarias o no sustanciales.

En otras palabras, las formas tridimensionales pueden llegar a ser distintivas en la medida en que cuenten con elementos diferenciadores que permitan identificar el producto en el mercado, distinguiéndolo de sus similares. Es decir, la forma tridimensional debe ser tan peculiar que sirva por sí misma para distinguir un producto de los equivalentes en el mercado e indicar su procedencia empresarial.

En el presente caso, para determinar la viabilidad del registro, el examinador deberá considerar si la impresión en conjunto del signo solicitado reviste alguna característica peculiar que pueda ser susceptible en sí misma de despertar en el público consumidor una asociación respecto de un origen empresarial determinado o si, por el contrario, constituye una forma usual para las preparaciones y sustancias farmacéuticas de la clase 5 de la Nomenclatura Internacional.

Con fundamento en las consideraciones anteriores,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

Primero: Para que un signo sea registrable como marca, además de cumplir 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, no debe encontrarse

comprendido en ninguna de las causales de irreregistrabilidad establecidas en los artículos 82 y 83.

Segundo: A los signos gráficos les son aplicables las mismas reglas que rigen el examen de registrabilidad de cualquier otro tipo de marcas, para determinar su grado de distintividad y de confundibilidad; no siendo registrables como marcas los signos figurativos que por su composición gráfica o por la idea o concepto que transmiten, sean iguales o similares a marcas ya registradas o solicitadas en registro o se identifiquen visual o conceptualmente con los bienes a los que se aplican.

Tercero: La protección de las marcas figurativas y su examen de registrabilidad, debe referirse no sólo a su aspecto gráfico propiamente dicho, sino al concepto que la figura pueda producir en la mente de los consumidores.

Cuarto: Si bien la forma tridimensional de un producto puede constituir un signo distintivo, la misma debe presentar características que la diferencien suficientemente de la usual o necesaria, de modo que el consumidor la perciba como indicadora del origen del producto, y no como la simple representación de éste.

Quinto: Las formas usuales de los productos o las impuestas por la función de aquéllos, no pueden ser susceptibles de registro por carecer de distintividad. No obstante, si se les adiciona elementos que les permita adquirir la distintividad de que carecen por sí mismas, pueden ser registradas como parte integrante de una marca.

El Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial al dictar sentencia en el proceso interno N° 7386, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 127 del Estatuto del Tribunal. Deberá tomar en cuenta, además, lo previsto en el último inciso del artículo 128 del mencionado instrumento.

Notifíquese esta sentencia al Consejo de Estado y remítase copia a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Rubén Herdoíza Mera
PRESIDENTE

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Moisés Troconis Villarreal
MAGISTRADO

⁶ En el mismo sentido se expresa Carlos Fernández Novoa, en El Sistema Comunitario de Marcas Madrid 1995, p. 137.

Walter Kaune Arteaga
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

**EL CONCEJO MUNICIPAL DEL
CANTON EL PANGUI**

En uso de las atribuciones que le concede la Ley de Régimen Municipal,

Expede:

La siguiente Ordenanza reformatoria a la ordenanza que reglamenta el proceso de escrituración masiva.

Art. 1.- El Art. 15 dirá:

Los poseionarios sean estas personas naturales o jurídicas presentarán en carpetas los siguientes documentos:

- a) Solicitud dirigida al señor Alcalde;
- b) Certificado de solvencia municipal;
- c) Certificado del Registrador de la Propiedad que el poseionario no posee bienes raíces adjudicados por el Gobierno Municipal, en la parroquia donde se adjudicará el predio;
- d) Información sumaria de que se encuentra en posesión del lote de terreno de propiedad municipal desde hace más de tres años;
- e) Croquis de ubicación del lote;
- f) Copias de cédula de ciudadanía y certificado de votación del interesado y su cónyuge; y,
- g) Escritura de constitución, estatutos, copias del nombramiento y posesión de sus representantes legales, en el caso de ser persona jurídica.

Art. 2.- La presente ordenanza reformativa entrará en vigencia a partir de su aprobación por el Concejo Municipal, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado y firmado en la sala de sesiones del Gobierno Municipal del Cantón El Panguí, a los veinte y ocho días del mes de enero del año dos mil cuatro.

f.) Dr. Luis Lojano T., Vicealcalde.

f.) Lcdo. Carlos Beltrán M., Secretario.

Razón: Certifico que la presente ordenanza reformativa, ha sido discutida y aprobada en las sesiones ordinaria y extraordinaria de veinte y seis y veinte y ocho de enero del dos mil cuatro, respectivamente.

f.) Lcdo. Carlos Beltrán M., Secretario del Gobierno Municipal del Cantón El Panguí.

El Panguí, 29 de enero del 2004.

El Panguí, 29 de enero del 2004, a las 09h00, conforme lo dispone el Art. 128 de la Ley de Régimen Municipal, pasese la presente ordenanza reformativa al señor Alcalde del Gobierno Municipal del Cantón El Panguí, para su sanción, puesto que se ha cumplido todas las exigencias del artículo indicado.

f.) Dr. Luis Lojano T., Vicealcalde del Gobierno Municipal del Cantón El Panguí.

Proveyó y firmó el decreto que antecede el Vicealcalde del Gobierno Municipal del Cantón El Panguí Dr. Luis Humberto Lojano Tenemea, a los veinte y nueve días del mes de enero del dos mil cuatro, a las nueve horas.

f.) Lcdo. Carlos Beltrán M., Secretario del Gobierno Municipal del Cantón El Panguí.

El Panguí, 29 de enero del 2004; a las 11h00, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 72 y Art. 129 de la Ley de Régimen Municipal, habiéndose observado el trámite legal pertinente sanciono la presente ordenanza reformativa para su aprobación y publicación en el Registro Oficial.

f.) Luis Portilla A., Alcalde del Gobierno Municipal del Cantón El Panguí.

Sancionó y firmó la presente ordenanza reformativa conforme el decreto que antecede, el Alcalde del Gobierno Municipal del Cantón El Panguí, Sr. Luis Mauro Portilla Andrade, a los veinte y nueve días del mes de enero del dos mil cuatro, a las once horas.

f.) Lcdo. Carlos Beltrán M., Secretario del Gobierno Municipal del Cantón El Panguí.

**EL H. CONSEJO PROVINCIAL
DE MANABI**

Considerando:

Que, el 15 de junio de 1987 se expide la ordenanza provincial que instituye el 25 de junio como fecha de provincialización de Manabí;

Que, el artículo 4 de esta ordenanza institucionaliza además la Condecoración General "Eloy Alfaro Delgado" en homenaje al luchador manabita que puso de relieve el sacrificio y el valor por la libertad y cuyo natalicio se conmemora en esta fecha;

Que, el artículo 5 de la mencionada ordenanza señala que con ocasión del 25 de junio el Consejo Provincial de Manabí celebrará sesión solemne en homenaje a la creación de la provincia y reconocerá los méritos a personas e instituciones, que a su criterio se hubieren hecho acreedoras a tal reconocimiento;

Que, con fecha 28 de mayo del 2003 se expide la ordenanza provincial que declara a junio como mes del manabismo; y,

En uso de las atribuciones que le confiere la Ley de Régimen Provincial,

Expide:

La siguiente:

Ordenanza que reglamenta la entrega de méritos y reconocimientos por parte del Gobierno de la provincia de Manabí.

Art. 1.- Establézcase la entrega de los siguientes méritos y reconocimientos: **CONDECORACION “ELOY ALFARO DELGADO”.- MERITO CIVICO:** será conferida al ciudadano manabita cuya trayectoria hubiere sobresalido a nivel provincial, nacional o internacional, en el campo de su actividad profesional, del ejercicio de sus funciones públicas y/o privadas, brindando excepcionales servicios a la comunidad manabita.

MERITO CULTURAL.- Como un reconocimiento a la persona o institución que se hubiere destacado en el ámbito cultural, en la literatura, música, artes escénicas, pintura, u otra manifestación artística.

MERITO EDUCATIVO.- Que será entregado a un maestro, estudiante, establecimiento educativo primario secundario o superior, cuya trayectoria en este ámbito sea ejemplo para la comunidad.

MERITO A LA LABOR COMUNITARIA.- Se otorgará a la persona o institución que se hubiere destacado por sus servicios y labor social comunitaria.

MERITO EDUCATIVO.- Reconocimiento a entregarse al deportista, institución o dirigente cuyo accionar haya sido relevante, en esta actividad.

MERITO EMPRESARIAL.- Como un estímulo al desempeño de la actividad comercial, industrial, agrícola, turística, ambiental, contribuyendo con su esfuerzo al desarrollo y progreso de la provincia.

Art. 2.- Los méritos y reconocimientos podrán ser entregados a personas naturales o jurídicas, que en cada actividad se hubieren destacado, especialmente en el último año calendario.

Art. 3.- La Comisión de Asuntos Culturales analizará los justificativos que se presentaren junto a las nominaciones y elevará su informe al seno de la corporación quien emitirá la resolución final.

Art. 4.- Los méritos y reconocimientos establecidos en esta ordenanza, serán entregados el 25 de junio de cada año, en la sesión solemne conmemorativa por la fecha de provincialización.

Art. 5.- Cada uno de estos reconocimientos irá acompañado de una medalla de oro con el escudo de Manabí, de 3 cm de diámetro, a excepción de la Condecoración “Eloy Alfaro”, cuyo tamaño será significativamente superior.

Dado en el salón de sesiones del Consejo Provincial de Manabí, el día 10 de marzo del 2004.

f.) Dr. Humberto Guillén Murillo, Prefecto Provincial de Manabí.

f.) Lizardo Mendoza Dueñas, Secretario General.

Certifico: Que la Ordenanza que reglamenta la entrega de méritos y reconocimientos por parte del Gobierno de la provincia de Manabí fue discutida y aprobada por el Consejo Provincial de Manabí, en sesiones ordinarias de febrero 25 y marzo 10 del 2004, en primera y segunda discusión, respectivamente.

Portoviejo, marzo 11 del 2004.

f.) Lizardo Mendoza Dueñas, Secretario General.

Certifico: Que la presente ordenanza fue recibida en la Secretaría de la Gobernación de la provincia de Manabí, el día 16 de marzo del 2004, a las 10h50 en 7 fojas útiles. Original y copias.

f.) Ab. Nevardo Alvarado Macías, Secretario General, Gobernación de Manabí.

GOBERNACION DE LA PROVINCIA DE MANABI.

Ejecútese.- La ordenanza dictada por el Consejo Provincial de Manabí, que reglamenta la entrega de méritos y reconocimientos que en aplicación a la ordenanza provincial, que declara el 25 de junio, fecha de la provincialización de Manabí, se otorgarán a personas e instituciones destacadas en distintos ámbitos a nivel provincial; por cuanto se ha observado el trámite legal establecido para estos casos y por encontrarse de acuerdo a la Constitución y leyes de la República del Ecuador. Devuélvase original y una copia al Consejo Provincial de Manabí, dejando una copia en esta Gobernación para que se dé cumplimiento con la publicación en el Registro Oficial para su vigencia.

Portoviejo, abril 13 del 2004.

f.) Ab. Vicente Izurieta Gaviria, Gobernador de Manabí.

GOBERNACION DE MANABI

Firmó el ejecútese de ley en el lugar y fechas indicadas, el Ab. Vicente Izurieta Gaviria, Gobernador de la provincia de Manabí.

Lo certifico.- Ab. Nevardo Alvarado Macías, Secretario General de la Gobernación de Manabí.

f.) Ab. Naverdo Alvarado Macías, Secretario General, Gobernación de Manabí.