

12-IP-97 Interpretación prejudicial de los artículos 56, 58 párrafos f) y g), 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 311 emanada de la misma Comisión, solicitada por el Dr. Augusto Maldonado Vásquez, Presidente de la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito, en el juicio intentado por el INSTITUTO FARMACOLOGICO COLOMBIANO, SOCIEDAD LIMITADA, contra la Resolución No. 386 de fecha 5 de agosto de 1992, emitida por el Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca del Ecuador (Expediente No. 6064, correspondiente al Tribunal consultante); e interpretación de oficio de los artículos 98 y Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 313 22

N° 1240

**Gustavo Noboa Bejarano
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA
REPUBLICA**

Considerando:

Que el Directorio del Banco del Estado, mediante Resolución 2000-DIR-079 de 25 de octubre del 2000, aprobó la concesión de un préstamo a favor del Estado ecuatoriano, hasta por dos millones ochocientos quince mil ochocientos cincuenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ 2'815.850), destinado a cubrir la primera etapa del desfinanciamiento del Plan Maestro de Alcantarillado Sanitario y Pluvial de la ciudad de Portoviejo;

Que la Procuraduría General del Estado, mediante oficios Nos. 15365 y 15512 de 28 de noviembre y 12 de diciembre del 2000, respectivamente, emitió dictamen favorable al proyecto de contrato de préstamo puesto a su consideración, a suscribirse entre el Banco del Estado, como prestamista, el Estado ecuatoriano, como prestatario y, el Banco Central del Ecuador, como Agente Fiduciario;

Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley No. 72, publicada en el Registro Oficial No. 441 de 21 de mayo de 1990, el contrato de préstamo al que se refiere esta resolución, no requiere de dictamen del Directorio del Banco Central del Ecuador;

Que el Ministro de Economía y Finanzas, ha expedido la Resolución No. STyCP-008 de 2 de febrero del 2001; y,

En ejercicio de la facultad que le confieren los artículos 47 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y 171, numeral 18 de la Constitución Política de la República,

Decreta:

Art. 1.- Autorízase al Ministro de Economía y Finanzas, para que personalmente o mediante delegación, a nombre y en representación del Estado ecuatoriano, que intervendrá como prestatario, suscriba un contrato de préstamo y fideicomiso con el Banco del Estado, en calidad de prestamista y con el Banco Central del Ecuador como Agente Fiduciario, hasta por

la cantidad de dos millones ochocientos quince mil ochocientos cincuenta dólares americanos (US\$ 2'815.850), con aplicación al Fondo Ordinario, Sector Saneamiento Ambiental, destinado a cubrir la primera etapa del desfinanciamiento del Plan Maestro de Alcantarillado Sanitario y Pluvial de la ciudad de Portoviejo.

Art. 2.- Los términos y condiciones financieras del contrato de crédito que se autoriza celebrar por el artículo precedente, son las siguientes:

PRESTAMISTA: Banco del Estado.
PRESTATARIO: Estado ecuatoriano.
BENEFICIARIO: Municipio de Portoviejo.
MONTO: Hasta US\$ 2'815.850.

INTERES: La tasa de interés será fijada de acuerdo con la resolución del Directorio del Banco del Estado, No. 2000-DIR-006 de 10 de enero del 2000, reajutable trimestral-mente a partir de la fecha de entrega del primer desembolso (15% a la fecha de aprobación del crédito).

INTERES POR MORA: 1.1 veces la tasa de interés vigente en el Banco del Estado, durante la semana en que se haga exigible el pago del dividendo.

COMISION DE COMPROMISO: 1 por ciento anual sobre los saldos no desembolsados, de acuerdo con la resolución del Directorio del Banco del Estado No. 93-BdE-26, de 18 de marzo de 1993.

PLAZO: Diez (10) años, contados a partir de la fecha de entrega del primer desembolso.

FORMA DE PAGO: Trimestral (cada 90 días), mediante cuotas fijas, conforme a la tabla de amortización respectiva.

Art. 3.- El servicio de amortización, intereses y demás costos financieros del préstamo que se autoriza celebrar por el Art. 1 de esta resolución, lo realizará el Estado ecuatoriano con cargo a las partidas Nos. 1991-0000-F900-000-13-02-960202-111-0, y 1990-0000-F900-13-12-560202-111-0 del Presupuesto General del Estado para el presente año; y en los años subsiguientes con aplicación al Presupuesto del Gobierno Central, Capítulo Deuda Pública Interna, para lo cual el Ministerio de Economía y Finanzas señalará las partidas correspondientes que permitan el pago total y oportuno de las obligaciones que contrae. Para tal servicio, el Ministerio de Economía y Finanzas suscribirá el respectivo contrato de fideicomiso con el Banco Central del Ecuador, comprometiendo los recursos que fueren necesarios de la Cuenta Corriente Unica del Tesoro Nacional.

Art. 4.- De la ejecución del presente decreto, que entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial, encárguese el Ministro de Economía y Finanzas.

Dado en el Palacio de Gobierno, en Quito, a 15 de febrero del

2001.

f.) Gustavo Noboa Bejarano, Presidente Constitucional de la República.

f.) Jorge Gallardo, Ministro de Economía y Finanzas.

Es fiel copia del original.- Lo certifico.

f.) Marcelo Santos Vera, Secretario General de la Administración Pública.

No. 119

EL MINISTRO DE ENERGIA Y MINAS

Considerando:

Que el Art. 179, numeral 6 de la Constitución Política de la República del Ecuador preceptúa que corresponde a los ministros de Estado expedir las normas, acuerdos y resoluciones que requiera la gestión ministerial;

Que el Art. 56 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece que las atribuciones propias de las diversas autoridades de la administración serán delegables en los órganos de inferior jerarquía, excepto las que se encuentren prohibidas por ley o por decreto y que la delegación será publicada en el Registro Oficial;

Que mediante Acuerdo Ministerial No. 110, publicado en el Registro Oficial No. 240 de 9 de enero del 2001, esta Secretaría de Estado expidió el Estatuto Orgánico del Ministerio de Energía y Minas;

Que para facilitar la aplicación de dicho estatuto orgánico y consolidar el control y fiscalización de las operaciones hidrocarburíferas, se requiere desconcentrar las funciones de la Dirección Nacional de Hidrocarburos;

Que para el cumplimiento del fin expresado en el considerando precedente es necesario delegar al Director Nacional de Hidrocarburos la facultad de asignar procesos y subprocesos a las direcciones regionales de hidrocarburos; y,

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el Art. 179, numeral 6 de la Constitución Política de la República del Ecuador, y los Arts. 16, último inciso y 56 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva,

Acuerda:

Art. 1.- Delegar al Director Nacional de Hidrocarburos la atribución para que pueda organizar los procesos o subprocesos asignados a las direcciones regionales de hidrocarburos, que constan en el Art. 4 del Estatuto Orgánico del Ministerio de Energía y Minas, publicado en el Registro Oficial No. 240 de 9 de enero del 2001, de acuerdo con las necesidades de las actividades de control a cargo de la Dirección Nacional de Hidrocarburos.

Art. 2.- La organización de los procesos o subprocesos se establecerá en los instructivos que para el efecto expida el Director Nacional de Hidrocarburos, de cuya expedición se informará al Ministro de Energía y Minas.

Art. 3.- Este acuerdo ministerial entrará en vigencia desde la fecha de su expedición sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Art. 4.- De la ejecución del presente acuerdo ministerial se encarga al señor Director Nacional de Hidrocarburos.

Comuníquese y publíquese.- Dado, en el Distrito Metropolitano de Quito, a 29 de enero del 2001.

f.) Ing. Pablo Terán Ribadeneira.

Es fiel copia del original.- Lo certifico.- Quito, a 31 de enero del 2001.

f.) Director General Administrativo.

N° 122

Ab. Martín Insua Chang
MINISTRO DE TRABAJO Y RECURSOS HUMANOS

Considerando:

Que, por la falta de una reglamentación adecuada, se han presentado inconvenientes en el ejercicio de la jurisdicción coactiva otorgada por el artículo 628 del Código del Trabajo, a este Ministerio;

Que, se hace necesario establecer reglas claras de procedimiento a fin de que la implementación coactiva pueda desarrollarse sin obstáculos y sea controlada eficientemente;

Que, es importante impulsar la descentralización administrativa reforzando las áreas jurídicas internas, y modernizando la integración de los juzgados de coactiva; y,

En uso de las atribuciones constantes en el artículo 179, numeral 6 de la Constitución Política del Estado,

Acuerda:

Expedir el siguiente: "REGLAMENTO PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCION COACTIVA".

Artículo 1.- La jurisdicción coactiva señalada por la ley al Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, se aplicará para la recaudación de las multas impuestas por las direcciones regionales e inspecciones provinciales del trabajo del país.

La recaudación judicial de la coactiva, será ejercida por el Ministro de Trabajo y Recursos Humanos, a través de la Dirección de Asesoría Jurídica y los departamentos legales a nivel nacional.

Artículo 2.- El Director de Asesoría Jurídica o los abogados que realicen las funciones de asesores legales en el Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, tendrán la calidad de jueces de coactiva, y ejercerán su jurisdicción y competencia en el mismo ámbito territorial que los directores regionales del trabajo.

Artículo 3.- Para efectos de la coactiva, los directores regionales, los subdirectores o los inspectores del trabajo,

emitirán directamente las órdenes de cobro y las enviarán a los funcionarios facultados para ejercerla, quienes iniciarán sin más trámite los juicios respectivos, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil.

Toda orden de cobro, expedida por las autoridades anotadas, serán refrendadas por el Director Financiero del Ministerio. Dicha orden se considerará como suficiente título de crédito.

Recibidos los títulos de crédito, los funcionarios facultados para ejercer la coactiva, emitirán el auto de pago, concediéndole al deudor 3 días para que cumpla o proponga las excepciones de que se crea asistido.

Artículo 4.- El depósito de los valores se realizará en una cuenta especial que se abrirá a nombre del Juzgado y cuyos titulares serán el Juez y Secretario del mismo.

Los valores recaudados por la vía coactiva en concepto de multas, serán entregados al Secretario del Juzgado, quien remitirá dentro de un término máximo de 48 horas al Director Financiero del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos.

Previamente se deducirán los rubros correspondientes a intereses, honorarios y costas procesales.

Artículo 5.- Iniciado el proceso coactivo, al dictarse el auto de pago, el Juez de Coactiva, ordenará que el deudor cancele el capital, los intereses, la mora, el valor de las citaciones, los honorarios, las costas procesales, peritajes y los demás rubros establecidos en la ley.

El auto de pago irá firmado por el Juez de Coactiva, el Secretario y el abogado del Juzgado.

Artículo 6.- En cada razón de citación se hará constar el lugar, nombre de la persona que recibe el auto de pago, la fecha y la hora, así como el nombre del citador y su firma.

En caso de no ser la citación en persona, se seguirán para el efecto, las reglas del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 7.- Todos los juzgados, se integrarán con el siguiente personal: a) Juez de Coactiva; b) Secretario; c) Depositario Judicial; d) Alguacil; e) Abogados; f) Citador.

Las personas detalladas en los literales b), c), d), e) y f) podrán ser contratados por el Juez de Coactiva, mediante la celebración de convenios de prestación de servicios civiles. La suscripción de los respectivos contratos no generará relación de dependencia con la institución.

En los juzgados de coactiva, donde por el bajo flujo de juicios coactivos, no sea necesaria la contratación de un citador, será el Secretario quien realice las correspondientes citaciones o notificaciones.

Artículo 8.- Cada Juzgado contará con un Secretario quien será caucionado, y será nombrado por el Juez de Coactiva. La contratación deberá realizarse necesariamente en la persona de un doctor en jurisprudencia o abogado.

El Secretario, a más de sustanciar el proceso, se halla facultado para emitir certificaciones, citar a los deudores, impulsar el juicio, intervenir en los embargos, secuestros o retenciones, recibir la consignación o pago de los valores establecidos por la ley, y las demás que le asigne el Juez de Coactiva.

Artículo 9.- Para los casos de apremio o embargo, se nombrará un Alguacil y un Depositario Judicial, los cuales

percibirán sus derechos de acuerdo con la ley, y el segundo, será caucionado.

Artículo 10.- Los montos de los honorarios y las costas procesales por cada juicio, serán fijados por el Juez de Coactiva, según la siguiente tabla:

- a) Si la deuda se recupera una vez dictado el auto de pago o el auto de embargo, el Secretario del Juzgado y el abogado externo, recibirán cada uno la suma de 20 dólares de los Estados Unidos de América;
- b) Si la deuda se recaudare al ejecutarse o luego de ejecutado el embargo, o como resultado del remate de bienes, se ordenará que se pague el valor de 30 dólares al Secretario del Juzgado, 40 dólares al abogado externo, y 10 dólares para el Alguacil, quien recibirá el mismo una vez ejecutado el embargo;
- c) El Depositario presentará una planilla al Juez de Coactiva, por el bodegaje y la custodia de los bienes embargados para su aprobación;
- d) Si el producto del remate, no cubriere la obligación total, y hasta que el deudor cancele la misma, el Juez de Coactiva ordenará que se pague al personal contratado el 50% de los honorarios que les correspondería mientras se ordenan las medidas cautelares que fueren necesarias para cubrir el monto total de la deuda; y,
- e) El citador percibirá como honorarios la suma de 2 dólares por cada citación que realice, valor que se pagará después de concluidas dichas diligencias.

Para el efecto, se nombrará un perito, el cual presentará su informe en el término máximo de 48 horas, quien si solamente se tratara de un informe de liquidación, recibirá como honorarios el valor de 5 dólares. Si se tratase de otro tipo de informe pericial, el Juez de Coactiva, regulará los honorarios de los peritos que deban nombrarse dentro del proceso coactivo, según los aranceles fijados de acuerdo a la especialización o en su defecto de acuerdo al tipo de bienes y cuantía del juicio.

Cuando se hubieren deducido y tramitado excepciones ante la justicia ordinaria, y el coactivado litigante fuere condenado en costas, éste pagará tales costas, al igual que las generadas en el juicio coactivo, así como los honorarios correspondientes.

Artículo 11.- El Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos asignará a cada Juzgado los bienes necesarios para el ejercicio de su función. El valor recaudado por las costas judiciales será destinado a garantizar el funcionamiento del Juzgado.

DISPOSICION TRANSITORIA: Derógase el Acuerdo Ministerial N° 080, publicado en el R.O. 898 del 20 de marzo de 1992.

El presente reglamento entrará en vigencia a partir de su suscripción, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en Quito, a 8 de febrero del 2001.

f.) Ab. Martín Insua Chang, Ministro de Trabajo y Recursos Humanos.

No. SB-INSIF-2001-0071

Jorge Molina Noboa
INTENDENTE NACIONAL DE SUPERVISION DE
INSTITUCIONES FINANCIERAS, ENCARGADO

Considerando:

Que según lo dispuesto en el artículo 84 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, corresponde a la Superintendencia de Bancos calificar la idoneidad y experiencia del auditor interno;

Que en el Subtítulo III "Auditorías", del Título VIII "De la contabilidad, información y publicidad" de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y de la Junta Bancaria, consta el Capítulo II "Normas para la calificación de los auditores internos de las entidades sujetas al control de la Superintendencia de Bancos";

Que el señor Julio César Navas Vaca, ha presentado la solicitud y documentación respectivas para su calificación como auditor interno, el que reúne los requisitos exigidos en las normas reglamentarias pertinentes;

Que con memorando No. IT-DEP-2000-979 de 21 de diciembre del 2000, el Director de Estadística y Productos de esta Superintendencia, informa que revisadas las bases de datos de la central de riesgos, cuentas corrientes cerradas y cheques protestados, el señor Julio César Navas Vaca, no ha sido reportado con hechos negativos por las instituciones del sistema financiero;

Que con memorando No. DN-2001-0061, la Dirección de Normatividad presentó el informe favorable para la calificación del señor Julio César Navas Vaca;

Que con resolución No. ADM-2001-5277 de 17 de enero del 2001, se encarga las funciones de Intendente Nacional de Supervisión de Instituciones Financieras, al señor licenciado Jorge Washington Molina Noboa; y,

En ejercicio de las atribuciones legales,

Resuelve:

ARTICULO UNICO.- Calificar al señor Julio César Navas Vaca, portador de la cédula de ciudadanía No. 050125277-9, para que pueda ejercer el cargo de auditor interno en las instituciones sujetas al control de la Superintendencia de Bancos.

Comuníquese y publíquese en el Registro Oficial.- Dada en la Superintendencia de Bancos, en Quito, Distrito Metropolitano, al primer día del mes de febrero del año dos mil uno.

f.) Jorge Molina Noboa, Intendente Nacional de Supervisión de Instituciones Financieras, encargado.

Lo certifico.- Quito, Distrito Metropolitano, al primer día del mes de febrero del año dos mil uno.

f.) Julio Maya Rivadeneira, Secretario General.

Superintendencia de Bancos.- Certifico que es fiel copia del original.

f.) Dr. Julio Maya Rivadeneira, Secretario General.

6 de febrero del 2001.

No. SB-INSIF-2001-0072

Jorge Molina Noboa
INTENDENTE NACIONAL DE SUPERVISION DE
INSTITUCIONES FINANCIERAS, ENCARGADO

Considerando:

Que según lo dispuesto en el artículo 84 de la Codificación de la Ley General de Instituciones de Sistema Financiero, corresponde a la Superintendencia de Bancos calificar la idoneidad y experiencia del auditor interno;

Que en el Subtítulo III "Auditorías", del Título VIII "De la contabilidad, información y publicidad" de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y de la Junta Bancaria, consta el Capítulo II "Normas para la calificación de los auditores internos de las entidades sujetas al control de la Superintendencia de Bancos";

Que la señorita Raquel Paulina Betancourt Ortiz, ha presentado la solicitud y documentación respectivas para su calificación como auditora interna, la que reúne los requisitos exigidos en las normas reglamentarias pertinentes;

Que con memorando No. IT-DEP-2000-892 de 14 de noviembre del 2000, el Director de Estadística y Productos de esta Superintendencia, informa que revisadas las bases de datos de la central de riesgos, cuentas corrientes cerradas y cheques protestados, la señorita Raquel Paulina Betancourt Ortiz, no ha sido reportada por las instituciones del sistema financiero;

Que con memorando No. DN-2001-0058, la Dirección de Normatividad presentó el informe favorable para la calificación de la señorita Raquel Paulina Betancourt Ortiz;

Que con Resolución No. ADM-2001-5277 de 17 de enero del 2001, se encarga las funciones de Intendente Nacional de Supervisión de Instituciones Financieras, al señor licenciado Jorge Washington Molina Noboa; y,

En ejercicio las atribuciones legales,

Resuelve:

ARTICULO UNICO.- Calificar a la señorita Raquel Paulina Betancourt Ortiz, portadora de la cédula de ciudadanía No. 060235483-9, para que pueda ejercer el cargo de auditora interna en las mutualistas y cooperativas de ahorro y crédito sujetas al control de la Superintendencia de Bancos.

Comuníquese y publíquese en el Registro Oficial.- Dada en la Superintendencia de Bancos, en Quito, Distrito Metropolitano, el primer día del mes de febrero del año dos mil uno.

f.) Jorge Molina Noboa, Intendente Nacional de Supervisión de Instituciones Financieras, encargado.

Lo certifico.- Quito, Distrito Metropolitano, al primer día del mes de febrero del año dos mil uno.

f.) Julio Maya Rivadeneira, Secretario General.

Superintendencia de Bancos.- Certifico que es fiel copia del original.

f.) Dr. Julio Maya Rivadeneira, Secretario General.

6 de febrero del 2001.

No. SB-INSIF-2001-0073

Jorge Molina Noboa
INTENDENTE NACIONAL DE SUPERVISION DE
INSTITUCIONES FINANCIERAS, ENCARGADO

Considerando:

Que según lo dispuesto en el artículo 84 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, corresponde a la Superintendencia de Bancos calificar la idoneidad y experiencia del auditor interno;

Que en el Subtítulo III "Auditorías", del Título VIII "De la contabilidad, información y publicidad" de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y de la Junta Bancaria, consta el Capítulo II "Normas para la calificación de los auditores internos de las entidades sujetas al control de la Superintendencia de Bancos";

Que el señor Aquiles Nemesio Alvarado Supo, ha presentado la solicitud y documentación respectivas para su calificación como auditor interno, el que reúne los requisitos exigidos en las normas reglamentarias pertinentes;

Que con memorando No. IT-DEP-2000-978 de 21 de diciembre del 2000, el Director de Estadística y Productos de esta Superintendencia, informa que revisadas las bases de datos de la central de riesgos, cuentas corrientes cerradas y cheques protestados, el señor Aquiles Nemesio Alvarado Supo, no ha sido reportado por las instituciones del sistema financiero;

Que con memorando No. DN-2001-0062, la Dirección de Normatividad presentó el informe favorable para la calificación del señor Aquiles Nemesio Alvarado Supo;

Que con Resolución. No. ADM-2001-5277 de 17 de enero del 2001, se encarga las funciones de Intendente Nacional de Supervisión de Instituciones Financieras, al señor licenciado Jorge Washington Molina Noboa; y,

En ejercicio las atribuciones legales,

Resuelve:

ARTICULO UNICO.- Calificar al señor Aquiles Nemesio Alvarado Supo, portador de la cédula de ciudadanía No. 090257225-4, para que pueda ejercer el cargo de auditor interno en los bancos privados sujetos al control de la Superintendencia de Bancos.

Comuníquese y publíquese en el Registro Oficial.- Dada en la Superintendencia de Bancos, en Quito, Distrito Metropolitano, al primer día del mes de febrero del año dos mil uno.

f.) Jorge Molina Noboa, Intendente Nacional de Supervisión de Instituciones Financieras, encargado.

Lo certifico.- Quito, Distrito Metropolitano, al primer día del mes de febrero del año dos mil uno.

f.) Julio Maya Rivadeneira, Secretario General.

Superintendencia de Bancos.- Certifico que es fiel copia del original.

f.) Dr. Julio Maya Rivadeneira, Secretario General.

6 de febrero del 2001.

No. SB-2001-081

Alejandro Maldonado García
SUPERINTENDENTE DE BANCOS, SUBROGANTE

Considerando:

Que en la expedición de la Resolución N° JB-2000-269 de 4 de diciembre del 2000, se ha deslizado un error de numeración en el Capítulo XIII del Subtítulo VIII "Disposiciones Generales a otras leyes" del Título XIV "Disposiciones Generales" de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y de la Junta Bancaria;

Que es necesario regularizar la referida numeración; y,

En ejercicio de sus atribuciones legales,

Resuelve:

ARTICULO 1.- Sustituir en el artículo 1 de la Resolución N° JB-2000-0269 de 4 de diciembre del 2000, la frase "Capítulo XIII" por "Capítulo XVII".

ARTICULO 2.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Comuníquese y publíquese en el Registro Oficial.- Dada en la Superintendencia de Bancos, en Quito, Distrito Metropolitano, a los cinco días del mes de febrero del dos mil uno.

f.) Alejandro Maldonado García, Superintendente de Bancos, subrogante.

Lo certifico.- Quito, Distrito Metropolitano, a los cinco días del mes de febrero del año dos mil uno.

f.) Julio Maya Rivadeneira, Secretario General.

Superintendencia de Bancos.- Certifico que es fiel copia del original.

f.) Dr. Julio Maya Rivadeneira, Secretario General.

7 de febrero del 2001.

N° 19-AI-99

Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Ecuador, por aplicar una medida calificada como "gravamen" a las importaciones de la Subregión

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en la acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General contra la República del Ecuador, al considerar que ésta ha aplicado una medida calificada como gravamen a las importaciones, contraviniendo el artículo 5 (actual 4) del Tratado de Creación del Tribunal, del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena sobre el Programa de Liberación, y las Resoluciones 139, 179 y 212 de la Secretaría General.

Quito, a los 2 días del mes de junio del año 2000.

VISTOS:

El escrito SG/2.3/081-99 del 12 de mayo de 1999, mediante el cual la Secretaría General de la Comunidad Andina interpone acción de incumplimiento contra la República de Ecuador por supuesta inobservancia del artículo 5 (actual 4) del Tratado de Creación del Tribunal, del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena sobre el Programa de Liberación, así como de las Resoluciones 139, 179 y 212 de la Secretaría General.

La contestación de la demanda presentada tanto por el Procurador General del Estado como por el Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca de Ecuador el 4 y el 17 de junio de 1999, respectivamente.

Las pruebas aportadas por las partes; el acta de audiencia pública celebrada el 9 de septiembre de 1999; los escritos de conclusiones; y demás documentos que cursan en el expediente.

Con vista de todo lo cual este Tribunal pasa a realizar un resumen, tal como aparece de los autos, de los hechos y de las argumentaciones de las partes, así como de los pedimentos formulados por las mismas, tanto en el libelo de demanda como en las conclusiones.

a) Antecedentes

El 9 de junio de 1997 el Gobierno de la República del Ecuador publicó en el Registro Oficial No. 82 la Ley N° 12 de Comercio Exterior e Inversiones "LEXI", parcialmente reformada luego por la Ley 24, publicada a su vez en el Registro Oficial N° 165 del 2 de octubre de 1997. Esta Ley Reformativa creó en su artículo 1° una cuota del "0.25 por mil sobre el valor FOB de toda importación", destinada a la provisión de recursos para el funcionamiento de la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones CORPEI.

La Secretaría General de la Comunidad Andina, mediante comunicación SG/AJ/F913-98 dirigida al Gobierno del Ecuador, hizo conocer a éste la apertura de una investigación

a efectos de determinar la existencia de un gravamen, consistente en la aplicación de una cuota redimible del 0.25 por mil sobre el valor FOB de toda importación, incluyendo las provenientes de los demás países de la Comunidad Andina. En la fecha indicada se puso también en conocimiento de los demás países miembros el inicio de la investigación.

Los gobiernos de Perú y Colombia remitieron sus comentarios sobre la medida adoptada por Ecuador, manifestando que la misma constituye un gravamen a las importaciones y que resulta contraria a los objetivos y mecanismos del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena.

Una vez que el Gobierno de Ecuador expuso sus argumentos, la Secretaría General emitió la Resolución N° 139 del 14 de octubre de 1998, mediante la cual fue calificada como un "gravamen" al comercio subregional, para efectos del Programa de Liberación, la cuota redimible aplicada por ese país.

Contra la citada resolución, el Gobierno del Ecuador interpuso recurso de reconsideración, que fue resuelto mediante otra, N° 179 del 14 de enero de 1999, confirmatoria de la precedente y que el plazo máximo de un mes calendario para que cesara el señalado cobro del gravamen a las importaciones.

Al considerar que la cuota redimible estaba generando un incumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, la Secretaría General emitió la Nota de Observaciones SG.F/2.1/321-99 del 18 de marzo de 1999 por la que se confirió un plazo de diez días para que el Gobierno de Ecuador diera respuesta.

En contestación a las observaciones formuladas, el 5 de abril de 1999 el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca del Ecuador informó a la Secretaría General que "al no estar conforme con las resoluciones 139 y 179 de la Secretaría General, ha presentado la pertinente demanda de nulidad ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina".

El 9 de abril de 1999 la Secretaría General expidió el Dictamen de Incumplimiento 10-99, amparado por la Resolución 212 y publicado en la Gaceta Oficial N° 425, mediante el cual se determinó que la inobservancia por el Gobierno del Ecuador de la Resolución 139, confirmada por la 179, constituye un incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en particular del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena, del artículo 5 (actual 4) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo y de las propias resoluciones 139 y 179. El señalado Dictamen 10-99 concedió a la República del Ecuador un plazo de diez días para que pusiera fin al incumplimiento.

b) La demanda

Con la presente acción, la Secretaría General pretende que este Tribunal se pronuncie sobre el incumplimiento de la República del Ecuador, en los términos del Dictamen 10-99, al no levantar la aplicación de un "gravamen" a las importaciones, calificado como tal previamente por ese Organismo Comunitario, gravamen consistente en el cobro de la cuota redimible del 0,25 por mil sobre el valor FOB de las importaciones, establecida para la provisión de recursos destinados a la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones del Ecuador (CORPEI).

La actora considera asimismo que la medida adoptada por la República del Ecuador, supuestamente originada en la expedición de la Ley 12 de 1997, reformada por la Ley 24 del mismo año, incumple, en primer término, el Capítulo V del Acuerdo de Cartagena sobre el Programa de Liberación destinado a eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro (Artículo 71).

Señala que la Resolución 139 analizó y expuso, a la luz del Programa de Liberación, una serie de elementos que sirvieron de base para determinar la verdadera naturaleza jurídica de la cuota redimible exigida por la República de Ecuador a todas las importaciones. Esta cuota obligatoria constituiría un recargo de efecto equivalente a un derecho aduanero y por lo tanto se ubicaría dentro de lo que el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena define como "gravamen".

Destaca la oportunidad que ha tenido el Gobierno del Ecuador para dar cumplimiento al ordenamiento jurídico andino, tomando en cuenta que han transcurrido casi ocho meses a partir de la fecha en la cual se abrió la correspondiente investigación, que dio lugar a la Resolución 139.

Al referirse al incumplimiento de las resoluciones 139 y 179, la actora indica que tales actos forman parte del ordenamiento de la Comunidad Andina y que disfrutan de una presunción de legalidad, mientras no sean válidamente impugnados. De tal manera que el Gobierno ecuatoriano quedó obligado a no seguir aplicando la medida calificada como "gravamen" a las importaciones provenientes de los demás países miembros.

Finalmente, alega que el incumplimiento del Gobierno del Ecuador reclamado por la Secretaría General se refiere además a la Resolución 212, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 425, que contiene el Dictamen de Incumplimiento 10-99.

La Secretaría General solicita, además, expresamente la condenatoria en costas a la demandada.

c) La Contestación de la Demanda por el Procurador General del Estado

La República del Ecuador, por intermedio del Director Nacional de Patrocinio del Estado (encargado), al contestar la demanda como delegado del Procurador General del Estado, realiza un análisis de los artículos 71 al 75 del Acuerdo de Cartagena y se refiere a algunas nociones interpretativas sobre el concepto de "gravamen" emitidas por este Tribunal.

Considera que la norma comunitaria (Art. 72 del Acuerdo de Cartagena) en forma expresa restringe el concepto de "gravamen" a la noción de "derechos aduaneros" y, por remisión de este último a la idea de "impuesto". Afirma que la "cuota redimible" creada por la Ley de Comercio Exterior e Inversiones no es un "tributo impuesto por el fisco" y, por lo tanto, tampoco un derecho aduanero ni un gravamen.

Alega además que "la norma ecuatoriana prevé la reducción de la cuota por decisión simplemente administrativa y no por ley", de manera que no cabría insistir en que se trata de un tributo.

Concluye expresando que es evidente que el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena debe ser interpretado en forma restrictiva por cuanto los derechos aduaneros o cualesquier otros recargos con efecto equivalente de carácter fiscal, monetario o cambiario son los únicos que pueden sancionarse

como restricciones al comercio subregional, y en tal sentido, si la cuota redimible de la CORPEI no califica como una medida de este tipo, no puede ser sancionada bajo los alcances del Programa de Liberación.

d) Conclusiones de la Actora

Como consecuencia de la audiencia pública celebrada el 9 de septiembre de 1999, la Secretaría General presentó su escrito de conclusiones en el que ratifica los alegatos constantes en la demanda y reitera su pretensión de declaratoria de incumplimiento por parte de la República del Ecuador.

Plantea como cuestión previa -y solicita al respecto el correspondiente pronunciamiento del Tribunal- la existencia de una doble representación judicial de la República del Ecuador: la primera, en cabeza del Director Nacional de Patrocinio del Estado y delegado del Procurador General del Estado, a quien se señaló como parte demandada en el presente proceso; y, la segunda, en cabeza del Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca del Ecuador, quien procedió a presentar un escrito de contestación a la demanda y estuvo presente en la audiencia del 9 de septiembre de 1999.

En cuanto a los asuntos de derecho debatidos en el proceso, la Secretaría General afirma que la medida ecuatoriana correspondería a una contribución parafiscal, la que según la clasificación más ortodoxa consiste en exacciones recabadas por ciertos entes públicos para asegurar su funcionamiento autónomo; contribuciones que se caracterizan por el hecho de que no se incluya su producto en los presupuestos nacionales, que no sean recaudadas por organismos específicamente fiscales del Estado, que no ingresen a las tesorerías estatales sino a los entes recaudadores de los fondos y no sean administradas por el Estado sino por estas entidades. Por ello la actora no considera admisible el argumento de la demandada de que la Secretaría General calificó como "impuesto o tributo", la cuota redimible a favor de la CORPEI.

Señala que la demandada informó acerca de la modificación a la Ley de Comercio Exterior e Inversiones LEXI, a través de la Ley 22, publicada en el Registro Oficial 156 de 25 de marzo de 1999. De esta modificación se desprende que el Ecuador, lejos de acatar las resoluciones 139, 179 y 212, reiteró la vigencia de la medida. Sobre este asunto la actora expresa que la nueva reforma a la Ley de Comercio Exterior e Inversiones pudo haber señalado que la cuota no es aplicable a las importaciones provenientes de los países miembros de la Comunidad Andina y no lo hizo; por lo que solicita que el Tribunal se refiera a la configuración de la "flagrancia" a que se refiere el artículo 57 de la Decisión 425.

Acerca de los argumentos de la parte demandada que atacan la legalidad de las resoluciones 139 y 179, la actora estima que dichos planteamientos no deben ser considerados por el Tribunal en esta causa.

e) Intervención oral de la demandada en la audiencia

La República del Ecuador en la audiencia celebrada el 9 de septiembre de 1999 insistió en los argumentos expuestos al contestar la demanda, con especial énfasis en los siguientes:

La demandada hubiera deseado de la Secretaría General un procedimiento y una actitud más objetiva dado el papel *sui generis* que cumple en este y cualquier otro proceso, al ser a un mismo tiempo parte procesal y un órgano comunitario que

administra, en cierta forma, justicia al dictar Resoluciones o pronunciarse sobre conflictos concretos.

La República de Ecuador admite que la cuota redimible, en la acepción más amplia y elemental del concepto, es un "gravamen", pero no de aquellos gravámenes a los que se refiere el Capítulo V del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena. La referida cuota no es una medida fiscal, monetaria ni cambiaria, siendo estas características las únicas que interesan para la calificación de un "gravamen". Si se quiere incluir de alguna manera a esta cuota redimible en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 72 del Acuerdo, estaría más próxima al de una tasa o "recargo análogo" que se correspondería con el costo aproximado de los servicios prestados por la CORPEI, al igual que sucedería, por ejemplo, con la obligatoria afiliación, que existe en efecto, a las Cámaras de la Producción.

Los servicios que presta la CORPEI, previstos en la Ley de Comercio Exterior e Inversiones, tales como asesoría, oportunidades de ganar mercado, reuniones empresariales, en beneficio del sector productivo, no son confundibles con los fines del Estado ecuatoriano, los cuales están consagrados en la Constitución Política.

La cuota redimible no afecta solamente a las importaciones sino también a las exportaciones, con todos los países del mundo y no únicamente con los países del área andina.

Luego de admitir la vigencia y el obligatorio cumplimiento que merecen las resoluciones 139 y 179, al igual que todo el ordenamiento jurídico andino, alega que las mismas están siendo impugnadas ante este Tribunal, por lo que solicita que se resuelva previamente el proceso 12-AN-99 dentro del cual "el Estado ecuatoriano" ha planteado la acción de nulidad de las mencionadas resoluciones, proceso que incluso es cronológicamente anterior al actual.

El Procurador General del Estado, a pesar de haber estado representado en la audiencia, no ratificó el escrito de conclusiones presentado por el abogado patrocinador del Ministro.

Considerando:

Que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de la presente controversia en virtud de las previsiones de los artículos 23 y 24 de su Tratado de Creación, en concordancia con las normas del Capítulo I, Título 2°, de su Estatuto (Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena) y del Título II de su Reglamento Interno, en las que se regula lo pertinente a la Acción de Incumplimiento.

Que se han observado las formalidades inherentes a la misma, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado.

Que el estado de la causa es el de dictar sentencia, previo el riguroso cumplimiento de las formalidades establecidas en los artículos 74 al 79 del Reglamento Interno del Tribunal, para lo cual estima necesario referirse a los siguientes aspectos:

I. CUESTIONES PREVIAS

En el curso del proceso las partes han puesto de relieve las siguientes cuestiones que requieren un pronunciamiento previo a la decisión de fondo de la presente acción de incumplimiento.

PRIMERA: *Representación de la República del Ecuador.*

En la audiencia pública y en su escrito de conclusiones la Secretaría General solicita del Tribunal que aborde como una cuestión previa la situación planteada con la contestación a la demanda y en el trámite de audiencia, de que existiría una doble representación judicial de la República del Ecuador: por una parte, el delegado del Procurador General del Estado; y, por otra, el Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca del Ecuador.

El representante del Ministro de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca en la audiencia pública manifestó que, si bien de acuerdo con el ordenamiento jurídico ecuatoriano el Procurador General del Estado es el representante judicial de la República del Ecuador, el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca es el órgano competente para todo lo relativo a la estructura de la Comunidad Andina, razón por la cual la Secretaría General solicitó que la notificación de la demanda se haga extensiva a dicho Ministerio.

El Tribunal observa:

De acuerdo con el artículo 83 del Estatuto que lo rige, los países miembros se comprometieron a designar y comunicar al Tribunal, antes del treintuno de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, las autoridades nacionales que les representarán en las acciones y los procedimientos previstos por el Tratado y el Estatuto.

En acatamiento de esta disposición la República del Ecuador, el 22 de febrero de 1984 y mediante oficio N° 22-84 DICR del Ministerio de Relaciones Exteriores, acreditó su representación en los siguientes términos: "...De conformidad con el Art. 83, de la Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aprobatoria del Estatuto de ese Tribunal de Justicia, cúpleme informar... que los señores Procurador General de la Nación y Subprocurador General respectivamente, serán las Autoridades Nacionales competentes que representarán al Estado ecuatoriano en las acciones y procedimientos previstos por el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y su Estatuto, como Principal y Alterno... Los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Industrias, Comercio e Integración intervendrán como organismos de asesoramiento en las acciones y procedimientos mencionados..."

No obstante, de autos se desprende que los abogados concurrentes a la audiencia pública, aduciendo representar a la demandada, carecían, en los términos referidos en el párrafo anterior, de facultad suficiente para representar a la República de Ecuador. Sin embargo, al haberse producido temporáneamente y en la forma pautada por la legislación ecuatoriana la ratificación por autoridad competente, de las intervenciones de aquellos en la señalada diligencia, quedó salvada entonces la legitimidad de dicha representación a los fines de intervenir en la señalada audiencia; así se declara expresamente.

SEGUNDA: Solicitud de resolución previa de la acción de nulidad (12-AN-99) interpuesta por la CORPEI contra actos emanados de la Secretaría General.

En la audiencia pública el representante de la República Ecuador solicitó que el Tribunal, antes de la decisión del fondo del asunto en sentencia definitiva, resolviera el proceso 12-AN-99 dentro del cual "el Estado ecuatoriano" ha planteado la acción de nulidad de las mencionadas Resoluciones, el mismo que incluso es cronológicamente

anterior al de autos.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 68 del Reglamento Interno, este órgano judicial es el único llamado a resolver el orden de decisión definitiva de los procesos, en razón de lo cual el pedimento formulado por la demandada resulta improcedente, así la acción de nulidad haya sido interpuesta en fecha anterior a la demanda presentada en incumplimiento por la Secretaría General.

Por otra parte, los procesos de incumplimiento y de nulidad, no obstante su complementariedad, se distinguen plenamente en cuanto a su naturaleza y finalidades, por lo que el ejercicio de la primera no puede estar supeditado a la resolución de la segunda. A partir de la sentencia dictada el 30 de octubre de 1996 (Proceso 1-AI-96: Secretaría General contra la República del Ecuador; sentencia publicada en la Gaceta Oficial N° 423 del 31 de marzo de 1999) este Tribunal ha considerado que la naturaleza de la acción de incumplimiento es esencialmente contenciosa y la sentencia que de ella se derive no sólo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera declaración de la existencia de un derecho o de una obligación, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer. A diferencia de la acción de incumplimiento, el proceso de nulidad en el contencioso comunitario andino tiene una naturaleza esencialmente objetiva (Proceso 1-AN-96; Junta del Acuerdo de Cartagena contra el artículo 2 de la Decisión 387 de la Comisión; fallo publicado en G.O.A.C. N° 520 del 20 de diciembre de 1999); es, por tanto, una acción en la que no se discuten derechos u obligaciones de las partes, sino la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de rango inferior.

En resumen:

La acción de incumplimiento, de carácter autónomo, independiente y *sui generis* (Proceso 3-AI-96; Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República de Venezuela; sentencia publicada en G.O.A.C. N° 261 del 29 de abril de 1997) persigue asegurar la ejecución del Tratado de Integración Económica y el cumplimiento por parte de los países miembros de las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Por su parte, la acción de nulidad tiene por finalidad controlar la legalidad de los actos de los órganos del Acuerdo de Cartagena y restablecer el imperio de la jerarquía normativa, característica de todo ordenamiento jurídico.

Por otra parte, sin dejar de lado la existencia de una conexidad jurídica entre la presente acción y la tramitada en el Proceso 12-AN-99, estima el Tribunal que la sentencia dictada en una correlativa acción de nulidad no produce efectos de cosa juzgada respecto del presente caso, que es independiente de aquel otro tanto por la ausencia de una identidad subjetiva (Secretaría General contra la República de Ecuador, en la acción de incumplimiento; y, Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones, "CORPEI" contra la Secretaría General, en la acción de nulidad), cuanto porque las dos acciones tienen distintos propósitos y objeto.

TERCERA: *Denunciada actuación de la Secretaría General como juez y parte.*

En la audiencia pública la República de Ecuador destacó esa aparente duplicidad de actuación de la Secretaría General.

El Tribunal no puede dejar pasar inadvertido este punto, y al respecto considera que el ejercicio de funciones de índole jurisdiccional por parte de la Secretaría General en la vía previa a la iniciación por ella misma de la acción de incumplimiento, es una consecuencia de su natural actuación administrativa que, por lo demás, es regulada en la misma forma por todos los ordenamientos jurídicos internos de los países que se han inspirado en el modelo contencioso administrativo de corte francés. En efecto, eso mismo ocurre cuando la Administración crea un acto administrativo, lo revisa ella misma en la vía interna a través de los recursos de reconsideración, también llamado de reposición, y el de alzada, de apelación o jerárquico, y luego lo defiende en la vía judicial contencioso-administrativa.

En un sentido amplio la actividad o función jurisdiccional es la que tiene por objeto decidir cuestiones controvertidas, a través de pronunciamientos que adquieren fuerza de verdad definitiva (SAYAGUES, JEZE, DUG UIT, BONNARD), pudiendo distinguirse entre la función materialmente jurisdiccional de la Administración, y la función formalmente jurisdiccional ejercida por los jueces, distinción que descansa en ciertas características de esta última, como la *independencia* (no sometimiento a instrucciones jerárquicas), *imparcialidad o neutralidad* (en las controversias que se suscitan ante la Administración, ella actúa, por lo general, como juzgadora de sus propias decisiones) y *fuerza de cosa juzgada definitiva de las sentencias* (las resoluciones que se dictan en el seno de la Administración se encuentran amparadas en cambio por una presunción de legalidad *iuris tantum*, siempre sujetas a una posterior revisión judicial).

En efecto, los actos decisorios de apariencia jurisdiccional que dicta la Secretaría General no dejan, en todo caso, de ser actos administrativos comunitarios sometidos al control judicial *a posteriori*, mediante una acción de nulidad en la cual las partes que debaten en el proceso obtienen una tutela efectiva y definitiva de sus pretensiones. De igual manera, los *dictámenes de incumplimiento* emitidos por la Secretaría General, sin constituir materialmente una resolución, pueden ser controvertidos ante el Tribunal de Justicia, pero dentro de la correspondiente acción de incumplimiento.

Es natural que la Secretaría General, como autora de los actos que ella emite, normalmente se vea comprometida a defenderlos, especialmente cuando sus razones, su proceder y su legalidad están siendo debatidos ante un órgano independiente, autónomo, neutral, y que declara el derecho con autoridad de cosa juzgada. Pensar de otra manera podría conducirnos a conjeturas que impliquen la falta de congruencia y objetividad en la toma de decisiones o dictámenes, que son trascendentales para la defensa de los intereses de la integración.

La Secretaría General tiene a su disposición varias facultades que le permiten lograr su primordial función de velar por la aplicación y cumplimiento del orden jurídico comunitario, entre las cuales están las de «calificar» y «dictaminar» sobre las medidas y conductas adoptadas por los países miembros, «reconsiderar» sus propios actos y «demandar» ante el Tribunal su efectivo cumplimiento. Estas facultades se encuentran específicamente regladas por los tratados constitutivos de la Comunidad y por las normas derivadas que los ejecutan, cuya inobservancia o desviación pueden ser verificadas por el Tribunal a efectos de garantizar a los países miembros y a los particulares la intangibilidad de la ley.

Es de suma importancia que la Secretaría General, que encuentra su equivalente en la Comisión de la Unión Europea,

antes de proceder a la iniciación de una acción de incumplimiento, haya adoptado una posición y tenga un criterio coherente respecto de la conducta del respectivo país. En este sentido, la doctrina comunitaria europea señala:

"La toma de posición de la Comisión, bien cuando ella misma provoque el debate, bien en las hipótesis en que la controversia haya surgido entre dos o más Estados miembros, permite una discusión razonable antes de que se inicie la fase propiamente contenciosa. Sobre todo es interesante la intervención obligatoria de la Comisión en toda controversia entre Estados miembros, porque esto permite al ejecutivo de la Comunidad, que tiene por misión especial velar por el respeto de las disposiciones de cada tratado, tomar posición y dar a conocer su propio punto de vista imparcial. Tal toma de posición es ciertamente importante por razón del peculiar alcance de los dos tratados y facilita, sin duda, el juicio del Tribunal, sin atribuir por otro lado al ejecutivo (como en cambio prevé el art. 88 del tratado C.E.C.A.) la entera responsabilidad en orden a la cuestión controvertida". (CATALANO, Nicola y RICCARDO, Scarpa, *Principios de Derecho Comunitario*).

El cuestionamiento que ha hecho la República del Ecuador acerca de la falta de objetividad e imparcialidad en las actuaciones de la Secretaría General que dieron origen a las resoluciones 139 y 179 fue abordado ya en la sentencia emitida con ocasión del proceso de nulidad iniciado contra esta última institución comunitaria por la CORPEI (Proceso 12-AN-99; G.O.A.C. N° 520 del 20 de diciembre de 1999), con argumentos semejantes a los esgrimidos en esta controversia, en cuanto tienen que ver con el carácter de juez y parte que hoy la actora asume en el procedimiento previo al judicial. En esta ocasión corresponde analizar la procedencia del Dictamen de Incumplimiento 10-99 y, consecuentemente, de la presente acción.

CUARTA: *Naturaleza jurídica de la CORPEI.*

La demandada, con el propósito de argumentar durante el desarrollo de la audiencia pública que no podría considerarse la "cuota redimible" como una obligación tributaria impuesta por la República de Ecuador, se refirió a la naturaleza jurídico-privada de la CORPEI y las finalidades distintas que ella cumple con respecto a las asumidas por el Estado ecuatoriano. Al respecto señaló que los servicios que presta la CORPEI se relacionan con la asesoría de oportunidades de ganar mercado de reuniones empresariales, en beneficio del sector productivo, la promoción de las exportaciones y la atracción de inversiones al Ecuador, etc.

Si bien la conclusión que se obtenga del análisis de las finalidades y naturaleza de la CORPEI resulta relativamente secundario para la solución del presente caso, en tanto que lo que importa es determinar si se ha producido o no un incumplimiento a las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Tribunal estima oportuno referirse a estas alegaciones como una cuestión previa, vinculada sin embargo con el fondo del asunto judicial.

A juicio del Tribunal, las funciones tal como han sido desempeñadas por la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones, y conforme se encuentran reguladas por la Ley de Comercio Exterior e Inversiones ("LEXI"), aparecen estrechamente relacionadas con las actividades y funciones que cumple el Estado en lo que se refiere al comercio exterior, promoción de inversiones, fomento de las exportaciones, etc. En efecto, según se puede

observar del artículo 3 de la referida Ley, el Gobierno del Ecuador **"considera de prioridad nacional al comercio exterior y en especial al fomento de las exportaciones e inversiones"**.

Esta disposición interna establece cuáles son las «políticas de Estado» en dicha materia, entre las cuales señala: «Aprovechar las oportunidades que brinde el comercio mundial de tecnología y servicios para beneficio de la producción exportable del País» [Art. 3, literal c)]; «Promover el crecimiento y diversificación de las exportaciones de bienes, servicios y tecnología» [Art. 3, literal e)]; «Impulsar el fortalecimiento y desarrollo de los mecanismos de fomento de las exportaciones e inversiones» [Art. 3, literal g)]; «Promover mediante estímulos e incentivos la inversión directa, nacional y extranjera....» [Art. 3, literal h)].

Varios de los lineamientos fijados por la República del Ecuador para ejecutar sus «políticas de Estado» en materia de comercio exterior y fomento de las exportaciones e inversiones, coinciden precisamente con las atribuciones que la Ley de Comercio Exterior e Inversiones ("LEXI") ha asignado a la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI). Así, el artículo 21 de la Ley establece que las primordiales funciones de la CORPEI son: "Ejecutar la promoción no financiera de las exportaciones en el País y en el exterior [literal a)]; Apoyar los esfuerzos de las personas naturales o jurídicas exportadoras en el desarrollo de procesos, tales como: - Diversificación de mercados, productos y exportadores [literal b)]; Orientar y dirigir la promoción de la inversión directa en el País, entendiéndose como tal, entre otros aspectos, el cumplimiento de programas de difusión de oportunidades de inversión [literal c)]; Organizar y dirigir una red externa para la promoción de las exportaciones y la atracción de inversiones directas al País" [literal d)]; entre otras.

De lo expuesto resulta entonces concluyente que las "políticas" del Estado ecuatoriano en materia de promoción de inversiones y comercio exterior son ejecutadas, en buena parte, por la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI); organismo éste que, a pesar de estar regido parcialmente por el Derecho Privado, estaría cumpliendo un cometido o actividad estatal, por expresa atribución de una ley.

II. PARAMETROS DEL INCUMPLIMIENTO FIJADOS POR EL ARTICULO 4 DEL TRATADO DE CREACION DEL TRIBUNAL EN CONCORDANCIA CON EL CAPITULO V DEL ACUERDO DE CARTAGENA

Los países miembros están obligados a cumplir con el ordenamiento jurídico comunitario adoptando las medidas políticas, administrativas o normativas apropiadas para asegurar el alcance y efecto útil de los tratados fundacionales de la Comunidad y de las normas emanadas de las instituciones comunitarias; ejerciendo un control judicial efectivo dentro de los respectivos territorios y, de ser el caso, imponiendo sanciones a los particulares o a las autoridades que no respeten tales disposiciones; absteniéndose de tomar medidas, expedir o aplicar normas internas que contravengan o que de algún modo obstaculicen la aplicación de las normas comunitarias; o, en fin, evitando cualquier conducta positiva o negativa que ponga en peligro los fines de la integración subregional.

El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal impone a los Estados miembros de la Comunidad la obligación de asumir los comportamientos de acción y de abstención que garanticen la eficacia y aplicación de este ordenamiento jurídico de fuente comunitaria, caracterizado por la primacía, aplicación inmediata y efecto directo. En virtud de estos principios, una norma interna, llámese ley, reglamento, decreto, ordenanza, acuerdo, etc., que contravenga una norma comunitaria queda «desplazada» por esta última y, por lo tanto, no podrá ser aplicada y debe ser considerada por los ciudadanos y por las autoridades como inexistente, sin perjuicio de que los países miembros, para garantizar la seguridad jurídica, deban derogarla.

El Programa de Liberación establecido en el Capítulo V del Acuerdo de Cartagena tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro (Artículo 71). La ejecución del Programa de Liberación, en términos generales, llevaría consigo dos tipos de compromisos para los países de la Comunidad: dejar de aplicar y derogar todas las normas que establezcan gravámenes o restricciones de todo orden y abstenerse de imponer nuevos gravámenes o restricciones a las importaciones provenientes de la Subregión, salvo las disposiciones de excepción previstas en el propio Acuerdo.

La demanda interpuesta por la Secretaría General se encuentra planteada en los términos de un incumplimiento del artículo 4 (correspondiente al 5 del Tratado originario, vigente para el momento en que se inició la acción), en concordancia con el Capítulo V del Acuerdo de Cartagena, al haber aplicado el Gobierno del Ecuador una medida calificada previamente como "gravamen a las importaciones", consistente en el cobro de una cuota redimible del 0.25 por mil sobre el valor FOB de toda importación, establecida para provisión de recursos destinados a la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI), medida que la demandante concibe como gravamen en los términos del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.

A continuación analizaremos la medida adoptada por la República de Ecuador a efectos de verificar su conformidad o inconformidad con el ordenamiento jurídico comunitario y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Artículo 4 del Tratado del Tribunal y el Capítulo V del Acuerdo de Cartagena.

III. ANALISIS DE LA MEDIDA ECUATORIANA DENUNCIADA COMO CONTRAVENTORA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Al expedir la Ley N° 24 del 29 de septiembre de 1997, publicada en el Registro Oficial N° 165 del 2 de octubre de 1997, Reformatoria a la Ley de Comercio Exterior e Inversiones, la República de Ecuador estableció una cuota redimible del 0.25 por mil (cero punto veinticinco por mil) sobre el valor FOB de toda importación, incluidas las provenientes de los países de la Comunidad Andina. El destino de esta cuota es financiar las actividades desarrolladas por la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI), creada por la Ley No. 12 de Comercio Exterior e Inversiones (LEXI) del 22 de mayo de mil novecientos noventa y siete, publicada en el Registro Oficial N° 82 del 8 de junio de 1997.

El artículo 1° de la Ley Reformatoria a la Ley de Comercio

Exterior e Inversiones añadió un literal [e)] al artículo 22 de la LEXI, cuyo texto se reproduce parcialmente a continuación:

"Art. 22.- Para el cumplimiento de sus funciones, la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones CORPEI, contará con los siguientes recursos:

(...)

"e) Las cuotas redimibles del 1.5 por mil (uno punto cinco por mil) sobre el valor FOB de las exportaciones del sector privado; del 0.50 por mil (cero punto cincuenta por mil) del valor FOB de las exportaciones de petróleo y sus derivados, y del 0.25 por mil (cero punto veinticinco por mil) sobre el valor de toda importación. Estas cuotas redimibles serán entregadas por los exportadores de bienes y servicios al momento de la venta de las divisas y por los importadores de mercaderías y servicios a la presentación del documento único de importación en los bancos y entidades financieras del país en que se instrumenten las referidas transacciones, quienes acreditarán diariamente los valores correspondientes en las cuentas, que para tal efecto abrirá en dichas instituciones financieras la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones, CORPEI".

La Secretaría General de la Comunidad Andina, mediante la Resolución N° 139 del 14 de octubre de 1998, calificó como un "gravamen" al comercio subregional para efectos del Programa de Liberación la cuota redimible impuesta por la Ley ecuatoriana; actuación confirmada luego por la Resolución N° 179 del 14 de enero de 1999. Este Tribunal mediante sentencia del 24 de septiembre de 1999, finalmente, verificó la legalidad de las Resoluciones dentro de la acción de nulidad interpuesta por la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI), y denegó las pretensiones de anulación. En conclusión el Tribunal consideró:

"De todo lo anterior se concluye que la calificación de gravamen dada por la Secretaría General mediante las Resoluciones acusadas a la medida unilateralmente adoptada por el Estado ecuatoriano a través de su órgano legislativo, por la que se dispuso cobrar a los importadores una cuota redimible del 0.25 por mil del valor FOB, en cuanto se exige a las importaciones de la Subregión, está ceñida a la legalidad y por lo tanto, al no haberse demostrado por el demandante que se hubiera incurrido ni formal ni materialmente en violación de norma alguna del ordenamiento jurídico comunitario, el Tribunal emite sentencia negando las súplicas de la demanda y condenando en costas a la parte actora".

IV. INCUMPLIMIENTO DEL PROGRAMA DE LIBERACION POR PARTE DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

El establecimiento de un gravamen a las importaciones provenientes de la Subregión vulnera, de una manera objetiva, las disposiciones del Acuerdo de Cartagena que regulan el Programa de Liberación, en virtud del cual los países de la Comunidad Andina están obligados a eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro.

La jurisprudencia de este Tribunal se ha referido en varias ocasiones a la importancia del programa de liberación como uno de los primordiales mecanismos para lograr los objetivos que persigue un mercado común. En esta oportunidad

reafirma los criterios expuestos en la sentencia del 24 de marzo de 1997, dictada en la acción de incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República de Venezuela (Proceso 3-AI-96; publicada en la Gaceta Oficial 261 del 29 de abril de 1997), en la que se consideró:

"El programa de liberación es considerado como uno de los instrumentos fundamentales para alcanzar los objetivos del Acuerdo. En efecto, el objetivo final del proceso de integración subregional, orientado a la formación de un mercado común latinoamericano, a que se refiere el artículo 1° del Acuerdo de Cartagena, presupone la adopción de medidas que apunten hacia la liberalización del intercambio comercial. Solamente de esta forma podrá pensarse en lograr que mediante la cooperación internacional alrededor de la liberación del comercio se propenda al desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de los países miembros. Podría decirse que en este sentido el Tratado de Integración Subregional Andino propugna por la solidaridad económica como fuente de las obligaciones internacionales de los países que se asocian.

"Es esencial para la buena marcha de la cooperación subregional que los países se comprometan a mantener reglas de juego compatibles con la operación de intercambio comercial dentro de esquemas de libre competencia e igualdad en las relaciones entre ellos, de modo que se cumpla el propósito de la integración económica, cual es el de aglutinar los diversos mercados de los países integrantes reduciendo o eliminando los obstáculos al intercambio comercial recíproco, a fin de que el mercado ampliado cumpla las funciones de expansión comercial y mejore las condiciones de competitividad en la región".

La Comunidad Andina, como una estructura independiente de los Estados miembros, con personalidad y competencias propias, pretende consolidarse como un «mercado común», en el que exista no sólo una libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales, y una misma tarifa aduanera para las importaciones provenientes de terceros países, sino también reglas comunes aplicables a todos los ciudadanos de la Subregión, garantizadas por un ordenamiento jurídico autónomo pero integrado en los sistemas jurídicos internos y por instituciones con poderes administrativos, normativos y jurisdiccionales, que permiten asegurar la eficacia de los derechos y obligaciones tanto de los países miembros como de los individuos.

No es concebible para este Tribunal que en la etapa de integración en la que se encuentra la Comunidad Andina, los países miembros impongan obstáculos a las importaciones o sencillamente gravámenes que aumentan el costo de las mercancías por el simple hecho de ingresar a un territorio que forma parte de una «zona de libre comercio». Debe considerarse que en materia de imposición de gravámenes, el Programa de Liberación únicamente admite que los países miembros directamente, o a través de entidades públicas o privadas, exijan el pago de una tasa por concepto de una retribución proporcional al costo de los servicios prestados al importador, como lo son las operaciones de descargue, estiba y desestiba, utilización de puertos y hangares, bodegajes, transporte y demás operaciones usuales dentro del comercio internacional de bienes.

El cobro indiscriminado del 0.25 por mil sobre el valor FOB de toda importación no puede significar una contraprestación por los servicios que presta o por las actividades que

desempeña la CORPEI, en razón de que no ha sido demostrado en el proceso que dicha cuota sea proporcional, ni que se aproxime al costo de los servicios que esa entidad presta; servicios que, por lo demás, en muchos de los casos no serán requeridos por el importador. La circunstancia de que esta exacción no sea percibida directamente por el Estado, sino por una entidad creada por él, a juicio del Tribunal, resulta irrelevante para que la medida no esté comprendida en el amplio concepto de "gravamen" que establece el Acuerdo de Cartagena, dentro del cual deben considerarse todas las imposiciones de efectos equivalentes a los derechos aduaneros, es decir todos los pagos (diversos a las cargas pecuniarias que correspondan a un servicio no obligatorio) que se exijan como consecuencia del hecho de que una mercancía atraviese la frontera de un país miembro, sin que interese que dicha exacción sea percibida por una entidad pública o privada. Por lo mismo, están incluidos dentro del concepto de gravamen, todos los recargos calculados sobre la base del valor CIF o FOB de una importación.

En aplicación del principio general de la libre circulación de mercancías en el comercio subregional, que consagra el Acuerdo de Cartagena, no es acertado sostener, como lo ha hecho la parte demandada, que el concepto de "gravamen" debe ser interpretado restrictivamente, cuando la norma comunitaria tiene por objeto consolidar el compromiso de los países miembros de eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden e imponer una libertad de intercambio comercial. Son, por el contrario, las excepciones o limitaciones a la libertad de circulación de bienes y servicios, las que deben ser interpretadas en forma estricta.

Podría decirse que el concepto de gravamen es de carácter residual, en el sentido de que todos los recargos que encarezcan las importaciones y no configurables dentro del concepto de "tasas", han de ser consideradas como "gravámenes". Conforme lo precisó este Tribunal en la sentencia dictada el 24 de septiembre de 1999, en la acción de nulidad interpuesta por la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI) contra las resoluciones Nos. 139 del 14 de octubre de 1998 y 179 del 14 de enero de 1999, expedidas por la Secretaría General, la definición de "gravamen" no está restringida al concepto de derechos aduaneros o impuestos aduaneros, ni tampoco al carácter fiscal monetario o cambiario de la medida:

"Nótese cómo la definición legal no restringe el concepto de gravámenes a los derechos aduaneros sino que lo amplía, de una manera bien generosa, a "cualesquier otros recargos de efectos equivalentes", sin importar que tales recargos tengan tal o cual denominación, ni tampoco su naturaleza, que bien puede ser de carácter fiscal, de carácter monetario o de carácter cambiario y cuyo único condicionante es que incidan sobre las importaciones encareciéndolas o dificultándolas".

"No encuentra, por ende, El Tribunal, ajustada a la realidad jurídica, la pretensión de asimilar el concepto de "gravamen", utilizado por el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, al de "impuesto aduanero", tal como se define en el campo meramente tributario. Y ello no es correcto por cuanto el legislador hizo una definición especial, de carácter legal, que, en consecuencia y con seguimiento de las reglas que dicta la hermenéutica, no puede ser interpretada con un sentido o con un alcance distinto al de la definición dada por el Tratado".

"Así las cosas, entiende El Tribunal, en términos

generales, que cualquier suma que cobre unilateralmente un país miembro, por el hecho de importaciones que se efectúen a su territorio, provenientes y originarias de otro país miembro, sin que se pueda amparar bajo el concepto de "tasas" o de "recargos análogos", que correspondan al costo aproximado de los servicios prestados, muy probablemente sería calificado como gravamen en los términos del artículo 72".

"Es perfectamente entendible para El Tribunal el empeño del legislador andino en prevenir cualquier intento de desviación, que utilizando la vía de los recargos monetarios, cualquiera fuere su naturaleza, su propósito y su destinación, pudieran realizar los países miembros, desnaturalizando con ello el programa de liberación que es, por cierto, la esencia del mercado común y uno de los fines propios del Acuerdo de Integración Subregional".

La imposición por parte de la República del Ecuador del pago obligatorio de una cuota fijada en proporción al valor FOB de las importaciones -y no en contraprestación a un servicio prestado- constituye un "gravamen" a los efectos del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena, tal como lo ha determinado la Secretaría General en sus resoluciones 139 y 179; medida que configura un incumplimiento objetivo de las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico andino.

V. INCUMPLIMIENTO DE LA REPUBLICA DE ECUADOR DE LAS RESOLUCIONES 139 Y 179 DE LA SECRETARIA GENERAL

De conformidad con el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, la Secretaría General tiene la atribución de determinar, de oficio o a petición de parte, si una medida adoptada unilateralmente por un país miembro constituye "gravamen" o "restricción". Previo a la iniciación de esta acción de incumplimiento, la Secretaría General agotó los procedimientos requeridos para demandar ante el Tribunal de Justicia el incumplimiento de la obligación que ha asumido la República del Ecuador, al igual que los demás países miembros, de abstenerse de imponer gravámenes o restricciones a la libre circulación de mercancías en el territorio de la Comunidad Andina.

La Resolución 139 del 14 de octubre de 1998 fue expedida como consecuencia del procedimiento de investigación iniciado por la Secretaría General a los efectos de determinar la existencia de un gravamen a las importaciones procedentes de los demás países miembros. Esta resolución, confirmada por la 179, calificó la cuota redimible destinada a la provisión de recursos para la CORPEI como un gravamen a las importaciones, en los términos del artículo 72 del Acuerdo de Cartagena.

Tanto la Resolución 139 como la 179, emitidas por la Secretaría General, forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, según lo establece el artículo 1° literal d), del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y consecuentemente la República del Ecuador se encuentra obligada a acatarlas desde la fecha en que fueron publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo, obligación que no estaba eximida de cumplir ni aún cuando las mismas hubieren sido impugnadas en la vía administrativa y judicial.

A tenor del artículo 21 del Tratado de Creación del Tribunal "la interposición de la acción de nulidad no afectará la

eficacia o vigencia de la norma o convenio impugnados». Los efectos que producen las resoluciones son inmediatos y vinculantes para sus destinatarios, sin que pueda ser suspendida su ejecución, sino por orden del Tribunal, previo afianzamiento si lo considera necesario, siempre que la ejecución del acto impugnado «cause o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva».

Por tanto, no encuentra excusa este Tribunal en la conducta que ha incurrido la República del Ecuador al no haber cumplido o, al menos, adoptado las medidas necesarias para ejecutar lo resuelto por la Secretaría General, con el argumento de que las resoluciones 139 y 179 habían sido impugnadas en la acción de nulidad propuesta por la CORPEI.

El hecho de que la derogación de la cuota redimible impuesta por la República del Ecuador deba hacerse mediante ley y que por lo mismo se requiere de un procedimiento constitucional complejo, resulta irrelevante para que dicho país pudiera evadir su obligación de cumplir con el ordenamiento jurídico andino. Como ya se ha señalado en la presente sentencia, de acuerdo con los principios de primacía y efecto directo de las normas comunitarias los ciudadanos y autoridades de los países miembros deben abstenerse de aplicar las normas nacionales que contravengan al Derecho Comunitario, las cuales quedan «desplazadas» en su aplicación y observancia, sin necesidad de que sean expresamente derogadas; aunque elementales principios de seguridad jurídica aconsejan que el Gobierno ecuatoriano tome las medidas necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento del orden jurídico comunitario.

Sin embargo, del caso de autos, parece desprenderse que aparte de la alegación de la República de Ecuador sobre la complejidad del procedimiento que se debe seguir para modificar o derogar una ley, no existe prueba alguna que demuestre su intención de acatar las resoluciones de la Secretaría General.

Con respecto a la pretensión de la demandante para que este Tribunal se pronuncie sobre el incumplimiento de la Resolución N° 212, se observa que el contenido de la misma es el Dictamen de Incumplimiento N° 10-99, que constituye el presupuesto para la acción de incumplimiento, y las razones en él contenidas son la materia sobre la cual este órgano judicial se ha pronunciado en la presente sentencia.

Por lo expuesto:

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

Declara:

PRIMERO: Que la República de Ecuador ha incurrido en incumplimiento del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena; y, de las resoluciones 139 y 179 de la Secretaría General.

SEGUNDO: Que, en consecuencia, el Gobierno de la República del Ecuador debe adoptar las medidas necesarias para cesar en la conducta contraventora de las normas comunitarias mencionadas en el numeral anterior, absteniéndose de aplicar y derogando la norma que exige el cobro del 0.25 por mil sobre el valor FOB de las importaciones provenientes de los demás países miembros de

la Comunidad Andina.

TERCERO: Condenar a la República de Ecuador al pago de las costas causadas con ocasión de la presente acción de incumplimiento, la cual el Tribunal declara fundada, de conformidad con el artículo 81 de su Reglamento Interno.

Léase la presente sentencia en audiencia pública, previa convocatoria de las partes, según lo dispuesto por el artículo 57 del Estatuto del Tribunal y remítase posteriormente a la Secretaría General de la Comunidad Andina copia certificada para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, en atención a lo previsto en el artículo 34 del Tratado del Tribunal.

El Presidente,
Luis Enrique Farías Mata

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Juan José Calle y Calle
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
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.

Dr. Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

N° 35-AI-99

Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina, en contra de la República del Perú, por incumplimiento de los artículos 5° (actualmente 4°) del Tratado de Creación del Tribunal, 2 de la Decisión 414 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y de las Resoluciones 161 y 196 de la Secretaría General

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en San Francisco de Quito, a los catorce días del mes de junio del año dos mil, en la acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina en contra de la República del Perú.

VISTOS:

El escrito SG-C/2.3/1375-99 de 9 de julio de 1999, recibido en este órgano judicial el 21 de los mismos mes y año, mediante el cual el Secretario General de la Comunidad Andina, solicita el pronunciamiento de este Tribunal sobre el incumplimiento por parte del Gobierno del Perú consistente, según se afirma en la negativa de dicho país miembro de aplicar el tratamiento arancelario establecido en el artículo 2

de la Decisión 414 de la Comisión sobre Perfeccionamiento de la Integración Andina, en lo referente a las importaciones de gas licuado de petróleo a granel procedentes de Bolivia, clasificadas en la subpartida NANDINA 2711.19.00.00, contraviniendo con ello el artículo 5° (actualmente 4°) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el artículo 2 de la Decisión 414, la Resolución 161 de la Secretaría General en la cual se dictamina el referido incumplimiento por parte del Gobierno del Perú, y la Resolución 196, del mismo órgano comunitario, por la que se deniega el recurso de Reconsideración interpuesto por las autoridades peruanas.

1. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

Es presentada por la Secretaría General de la Comunidad Andina por medio de su Secretario General, el doctor Sebastián Alegrett, en desarrollo de lo previsto en el párrafo final del artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En ella se solicita al órgano jurisdiccional comunitario su pronunciamiento, mediante sentencia, en torno al incumplimiento de que se acusa al Gobierno del Perú, según los hechos y fundamentos de derecho que se resumen a continuación:

Como hechos de la demanda señala la Secretaría General que:

Con fecha 25 de agosto de 1992 fue promulgada la Decisión 321, por medio de la cual se suspendió al Gobierno peruano de sus obligaciones respecto de los compromisos arancelarios del Programa de Liberación hasta el 31 de diciembre de 1993. Dicha Decisión señalaba que el Gobierno del Perú podía suscribir acuerdos comerciales bilaterales con los demás países miembros del Acuerdo de Cartagena. En desarrollo de esto último, el 12 de noviembre de 1992 se suscribió un acuerdo bilateral entre los gobiernos de Perú y Bolivia, en el cual se incluyó, libre de gravámenes, la subpartida NANDINA 2711.19.00.00.

El 17 de diciembre de 1993 se aprobó la Decisión 347, por la cual se prorrogó la suspensión de las obligaciones del Perú en el Programa de Liberación hasta el 30 de abril de 1994, quedando automáticamente prorrogado, hasta esa fecha, el Acuerdo Comercial Bilateral celebrado entre Perú y Bolivia.

Posteriormente se aprobó la Decisión 353 la cual dispuso en su artículo 2o. que *"a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión, el Perú incorporará a la Zona de Libre Comercio, las subpartidas NANDINA que, en la propuesta de Arancel Externo Común elaborada por la Junta (...) Anexos I y III) vigente al momento de la aprobación de la Decisión 335 se encontraban con niveles arancelarios de 0% y 5%".* Del mismo modo, el artículo 4 de la referida Decisión estableció que *"los Acuerdos Comerciales Bilaterales celebrados por el Perú con los demás Países Miembros, al amparo del artículo 3 de la Decisión 321 y prorrogados por la Decisión 347, se mantendrán vigentes mientras se concluye el proceso de incorporación de las subpartidas NANDINA no incluidas en los artículos anteriores, a la Zona de Libre Comercio".*

Luego, la Decisión 356, dispuso en su artículo 1 que *"las subpartidas NANDINA a que se refieren los artículos 2 y 3 de la Decisión 353, son las que figuran en el Anexo de la presente Decisión".* Debiéndose precisar que en el referido Anexo consta o se incluye a la subpartida NANDINA 2711.19.00.00 lo que implica que dicha subpartida fue incorporada a la Zona de Libre Comercio.

El 19 de junio de 1995 se expidió la Decisión 377. Con ella se derogó la Decisión 353 y se estableció que el Perú decidiría a más tardar el 31 de enero de 1996, su incorporación plena a la Zona de Libre Comercio (artículo 2) y que, entre tanto, los acuerdos bilaterales celebrados por ese país con los demás países miembros se mantendrían vigentes. El artículo 5 de esta Decisión es del siguiente tenor: *"los acuerdos comerciales bilaterales celebrados por el Perú con los demás Países Miembros, al amparo del artículo 3 de la Decisión 321, se mantendrán vigentes mientras se concluye el proceso de incorporación al que se refiere el artículo 2"*.

Con fecha 13 de diciembre de 1995 se aprobó la Decisión 387 que derogó la Decisión 377 y con la cual se decidió "avanzaren el perfeccionamiento del libre comercio mediante la ampliación de los Acuerdos Bilaterales suscritos por el Perú y los demás países andinos. Para tal fin, se emprenderá (sic) negociaciones bilaterales a partir del primer trimestre de 1996, con los objetivos de incorporar al libre comercio las corrientes actuales de comercio, procurar la homogeneización de los avances en los acuerdos y privilegiar su multilateralización. Estas negociaciones lograrán profundizaciones anuales de los mencionados acuerdos, tendientes a la efectiva liberalización de la totalidad del comercio. (...)".

El 30 de julio de 1997 se promulgó la Decisión 414 que reglamentó la liberación arancelaria del Perú con los demás países miembros de la Comunidad Andina. En su artículo 1° estableció los plazos de desgravación de los productos contenidos en los 8 anexos que forman parte de la misma. El literal g) del referido artículo dispuso que *"A más tardar el 31 de diciembre del 2005 quedarán libres de gravámenes las subpartidas NANDINA que figuran como Anexo VII de la presente Decisión, de acuerdo al siguiente cronograma: 20 por ciento de margen de preferencia al 31 de julio de 1997; y 100 por ciento al 31 de diciembre del 2005"*. En este Anexo VII se encuentra la subpartida NANDINA 2711.19.00.00. Esto significó un nuevo retroceso del Programa de Liberación alcanzado hasta esos momentos, pues dicha subpartida ya había sido incorporada a la Zona de Libre Comercio en virtud de las Decisiones 353 y 356.

El Gobierno del Perú expidió el Decreto Supremo 014-97 ITINCI y dispuso en su artículo 1 que las liberaciones efectuadas en el marco de la Zona de Libre Comercio Andina y en los Acuerdos Bilaterales de Comercio al amparo de la Decisión 321 se mantendrían vigentes en la medida en que otorguen tratamientos arancelarios más favorables que los establecidos en la Decisión 414, salvo el tratamiento previsto para los bienes incluidos en los anexos VII y VIII del referido decreto, entre los cuales se encuentra la partida 2711.19.00.00 correspondiente al gas licuado de petróleo a granel. En el artículo 2 dispuso que la liberación de gravámenes de las subpartidas NANDINA que figuran en el Anexo VII, se efectuará al 20% de margen de preferencia para el 31 de julio de 1997 y al 100% para el 31 de diciembre del 2005 y que la aplicación de dichos márgenes de desgravación deberá hacerse en forma recíproca.

El 3 de agosto de 1998, la Empresa Envasadora ULI-ROD Arequipa S.C.R.L. presentó a despacho ante la aduana del Perú una solicitud de importación de gas licuado a granel originario de Bolivia, al cual no se aplicó la desgravación que le correspondía. De estos hechos se dio informe a la Secretaría General, insistiendo las empresas afectadas en el hecho de que su producto está sujeto a una rebaja del 100% de los gravámenes de importación.

Ante lo sucedido, la Secretaría General emitió nota de observaciones al Gobierno del Perú señalándole 30 días de plazo para que informara sobre el particular. La respuesta fue extemporánea y en ella se pretende justificar la conducta observada, afirmando que el cronograma de desgravación de los productos comprendidos en los Anexos VII y VIII de la Decisión 414, es el establecido en los literales g) y h) por haber sido expresamente excluidos de la Zona de Libre Comercio.

Por lo anterior, la Secretaría General emitió dictamen de incumplimiento, que lo plasmó en la Resolución 161, la cual fue objeto de recurso de reconsideración, para ser finalmente confirmada mediante la Resolución 196.

Hasta la fecha de interposición de la demanda, el Perú mantiene su posición de no aplicar la desgravación negociada a favor de Bolivia y contenida en la Decisión 414.

Alega la actora que la demanda tiene por objeto que se declare por el Tribunal el incumplimiento por parte del Gobierno del Perú, al negarse a aplicar el tratamiento más favorable a Bolivia, establecido en el Acuerdo Comercial suscrito entre los dos países miembros el 12 de noviembre de 1992, consistente en una desgravación total a los productos comprendidos en la subpartida NANDINA 2711.19.00.00, de conformidad con lo previsto por el artículo 2 de la Decisión 414.

1.2. La contestación de la demanda.

La contestación de la demanda se dirige a negar y contradecir la demanda en todos sus extremos afirmando que el Gobierno de Perú no ha incurrido en el incumplimiento que se le atribuye. Sostiene que el Gobierno del Perú al aplicar el cronograma de desgravación y la preferencia arancelaria establecida en el literal g) del artículo 1 de la Decisión 414 a las importaciones de gas licuado de petróleo de la subpartida 2711.19.00.00, procedente de Bolivia (o de cualquier otro país miembro), no incumple la normatividad andina por cuanto dicho producto, a la fecha de aprobación de la Decisión 414, no formaba parte de las preferencias alcanzadas otorgadas en el Acuerdo Comercial Bilateral suscrito entre Perú y Bolivia.

Aduce el Gobierno del Perú que al incorporarse, mediante las Decisiones 353 y 356, un número importante de productos a la Zona de Libre Comercio, entre los que se encontraba el gas licuado de petróleo a granel, tales productos dejaron de regirse por el régimen bilateral y pasaron a formar parte del ámbito multilateral.

Dice que debe tenerse en cuenta que el régimen bilateral tenía un carácter temporal y que al incorporarse los productos regidos por convenios al régimen multilateral, se les confirió un tratamiento permanente tanto desde el punto de vista arancelario como desde el normativo.

Manifiesta que al aprobarse la Decisión 414, mediante la cual se estableció el Programa de Liberación para el comercio entre el Perú y los demás países miembros se retrotrajo, en algunos casos, entre los que se cuenta el referente a la posición 2711.19.00.00, la desgravación de que gozaban por estar incluidos en la Zona de Libre Comercio desde la entrada en vigencia de la Decisión 353 y se sujetaron a uno de los ocho cronogramas de desgravación previstos en la primera de las normas andinas citadas.

Argumenta que el Gobierno de Bolivia reconoció que ello era

así al solicitar la suscripción de un acuerdo específico donde se diera un régimen de excepción respecto de productos del Anexo VIII. El 31 de julio de 1997 se suscribió un acuerdo bilateral entre la República del Perú y la de Bolivia, en el cual quedó determinado que los bienes del Anexo VIII de la Decisión 414 mantendrían la liberación establecida en el Acuerdo Comercial Bilateral de 1992.

Por ello, en el Decreto Supremo 014-97 ITINCI, se incluyó la expresión "**salvo el tratamiento previsto para los bienes incluidos en los anexos VII y VIII del presente Decreto Supremo**" como una aclaración de lo negociado con los socios andinos, en virtud de que dichos productos ya no estaban sujetos al trato bilateral.

En resumen, dice, el régimen aplicable a las subpartidas de los anexos VII y VIII de la Decisión 414, incluida la subpartida NANDINA 2711.19.00.00, es el establecido en los cronogramas de desgravación de los incisos g) y h) de la misma, en todos los casos, ya que se trata de productos que fueron expresamente excluidos de los acuerdos comerciales bilaterales, con anterioridad a la fecha de promulgación de la Decisión 414, es decir, que se encontraban en la Zona de Libre Comercio desde la vigencia de la Decisión 353.

Finalmente se argumenta que se trata de un conflicto de aplicación de la norma en el tiempo, donde se destaca el principio jurídico que establece que las normas son esencialmente irretroactivas. La Secretaría General pretende conferirle un carácter retroactivo al artículo 9° de la Decisión 414, introduciendo un elemento de inseguridad jurídica en las relaciones comerciales entre los países miembros.

Concluye argumentando que se puede determinar que si una partida arancelaria se encontraba incluida en la Zona de Libre Comercio, gozaba de una preferencia en virtud de la misma y no por efectos de un acuerdo bilateral, por lo que respecto de dicha partida no se configuraría la condición de vigencia de la preferencia bilateral al momento de la adopción de la Decisión 414.

Solicita al Tribunal que declare expresamente que el Gobierno del Perú, al aplicar la preferencia arancelaria establecida en el literal g) del artículo 10 de la Decisión 414, a las importaciones de gas licuado de petróleo (NANDINA 2711.19.00.00) procedentes de Bolivia, no ha incurrido en incumplimiento alguno de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

1.3 La Audiencia Pública.

El Tribunal convocó la audiencia pública estatutaria cumpliéndose ésta el 27 de abril del 2000, con la asistencia de representante de la Secretaría General, en calidad de demandante y de representante de la República del Perú, como parte demandada.

1.3.1. Alegato de conclusiones de la parte actora.

En sus conclusiones sostiene la parte demandante, que al momento de adoptarse la Decisión 414, se partió del hecho de que un número significativo de liberaciones arancelarias alcanzadas para las subpartidas negociadas por Perú, en el marco de los acuerdos comerciales bilaterales suscritos con los demás países miembros, ... se habían multilateralizado a través de la Decisión 353 y que no obstante dicha multilateralización, (que significó un avance en el proceso de consolidación y perfeccionamiento de la Zona de Libre Comercio Andina), el programa de liberación sufrió un fuerte

retroceso con la adopción del cronograma al que hace referencia el artículo 1° de la Decisión 414.

Alega que muchas de esas subpartidas retrocedidas, habían sido negociadas por el Perú a través de los convenios bilaterales suscritos con los demás países miembros, y que un número importante de dichas subpartidas habían ingresado a la Zona de Libre Comercio Andina, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4° de la Decisión 353.

Sostiene que las importaciones efectuadas por el Perú de los productos clasificados en la subpartida NANDINA 2711.19.00.00, originarios y procedentes de Bolivia, están amparadas por el artículo 2 de la Decisión 414 y que prima la liberación de gravámenes del 100% pactada en el convenio bilateral, sobre el porcentaje de desgravación previsto para los bienes comprendidos en el Anexo VII de la Decisión 414, de lo que se deriva que, en el presente caso, el Gobierno del Perú incumple el artículo 2 de la Decisión 414 de la Comisión.

Señala que la interpretación que el Perú ha hecho del referido artículo 2° de la Decisión 414 es contraria al ordenamiento jurídico andino, al considerar que el ingreso de la subpartida NANDINA 2711.19.00.00 a la Zona de Libre Comercio implicó su retiro expreso del acuerdo comercial bilateral suscrito con Bolivia, pretendiendo justificar de esa manera el mantenimiento de su situación de incumplimiento.

Con respecto al acuerdo bilateral suscrito entre Perú y Bolivia el 31 de Julio de 1997, afirma que no es exacto señalar que "si no se incluyó a los bienes del Anexo VII de la referida Decisión, éstos se encuentran dentro del tratamiento arancelario del artículo 1 de la misma, hecho expresamente reconocido por el Gobierno de Bolivia". En efecto, dice, no hay ningún reconocimiento "expreso" de Bolivia sobre tal situación que permita respaldar lo afirmado por el Perú.

Luego de ratificar las argumentaciones de su demanda, solicita la declaratoria del incumplimiento.

1.3.2. Alegato de conclusiones de la parte demandada.

El alegato de conclusiones de la República del Perú se dirige a demostrar que la subpartida NANDINA 2711.19.00.00 se encontraba excluida del Acuerdo Bilateral celebrado entre Bolivia y Perú, al momento de la negociación de la Decisión 414, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° de la Decisión 353 y que, por lo tanto, le corresponde a dicha subpartida la preferencia prevista en el literal g) del artículo 1° de la Decisión 414

Se afirma por parte del Perú que al incorporarse productos a la Zona de Libre Comercio Andina, en virtud de lo dispuesto en la Decisión 353, ninguna decisión posterior podía haberlos retirado de ella para que volvieran a ser parte de un acuerdo bilateral.

Debe el Tribunal, según el memorialista, determinar que los productos de la subpartida NANDINA 2711.19.00.00 se encontraban sujetos al régimen comunitario andino, tanto normativamente como en lo referente a las preferencias, es decir, que pertenecían a la Zona Libre de Comercio Andina, a la fecha de negociación de la Decisión 414 de la Comisión y por lo tanto el tratamiento arancelario correspondiente a los productos de dicha subpartida provenientes de Bolivia es el del artículo 1°, literal g), Anexo VII, de la Decisión 414 y no el régimen del acuerdo bilateral.

Insiste en el argumento de que Bolivia ha aceptado expresamente tal situación al suscribir otro convenio con relación a productos del Anexo VIII, sin incluir ninguno de los correspondientes al Anexo VII.

2. CUESTION PREVIA: Representación de la parte demandada.

Por cuanto en la audiencia pública respectiva la demandante objetó la legitimidad de la representación en dicho acto de la parte demandada, es del caso que previamente a proferir su sentencia el Tribunal se refiera a las objeciones formuladas y decida lo correspondiente.

Sobre el particular observa el Tribunal que en el expediente figura debidamente acreditada en los términos de los artículos 83 del Estatuto y 25 y 27 del Reglamento Interno, la representación del Perú, comunicada al organismo con oficio No. 0375-99 del Ministerio de Industrias, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, en el que se faculta a la abogada Sara Rosadio Colán para que cumpla dicha actuación.

De esta manera, la objeción se declara impróspera.

3. CONSIDERACIONES.

3.1. Competencia del Tribunal.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para conocer de la acción planteada en virtud de lo previsto en los artículos 23 y 24 del Tratado que rige su funcionamiento, en concordancia con las normas del Título Segundo del Capítulo 1, del Estatuto del Tribunal (Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena).

Como se observa que no ha ocurrido ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede El Tribunal a proferir la sentencia de mérito.

3.2. Análisis sobre la compatibilidad del Decreto Supremo N° 014-ITINCI del Gobierno del Perú con la normatividad comunitaria aplicable al caso.

Como se ha descrito, el Gobierno peruano dispuso, por medio del decreto citado, aplicar a los productos importados de Bolivia, de la subpartida 2711.19.00.00, el cronograma de liberación señalado en el artículo 1° de la Decisión 414, desconociendo, a juicio de la demandante, lo dispuesto en el artículo 2° de la misma Decisión que lo obligaría a aplicarles una desgravación total, en virtud de lo convenido entre los dos países miembros en el Acuerdo Bilateral de Comercio suscrito el 12 de noviembre de 1992.

El país miembro demandado justifica la expedición de la referida norma interna, manifestando que ella no vulnera disposiciones del ordenamiento andino sino que se limita a plasmar lo que en ellas se ha decidido puesto que, a su juicio, los productos incorporados en la Zona de Libre Comercio, dejaron de regirse por el régimen bilateral y pasaron a formar parte del ámbito multilateral y que, por tanto, estaban ya excluidos de los acuerdos comerciales bilaterales, al momento de negociarse la promulgación de la Decisión 414.

La controversia que debe zanjar el Tribunal radica, entonces, en determinar si, como lo afirma el Perú, la subpartida NANDINA 2711.19.00.00 se encontraba fuera de los alcances del Acuerdo Bilateral celebrado entre Bolivia y Perú, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° de la Decisión 353 y

regida en consecuencia por la preferencia señalada en el literal g) del artículo 1° de la Decisión 414 o si, por el contrario, como es el decir de la Secretaría General, ella sigue amparada por el referido Acuerdo Bilateral y gozando de una desgravación total.

Con el propósito de desentrañar la cuestión planteada se hace necesario tener como punto de referencia las diversas decisiones de la comisión aplicables al asunto controvertido, especialmente las distinguidas con los números 321, 347, 353, 356, 377, 387 y 414, de las cuales el Tribunal se permite destacar algunos aspectos relevantes y efectuar las siguientes puntualizaciones:

3.2.1. La Decisión 321. Por medio de la cual se dispuso que "El Perú suspenderá sus obligaciones con respecto al Programa de Liberación y el Arancel Externo mínimo Común hasta el 31 de diciembre de 1993". En ella se consagra la posibilidad de suscripción de acuerdos comerciales en los términos del artículo 3° al regularse que "No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, el Perú podrá celebrar acuerdos comerciales con cualesquiera de los Países Miembros en el marco del ordenamiento jurídico vigente en el Grupo Andino". De esta manera, el Acuerdo Bilateral suscrito entre Perú y Bolivia el 12 de noviembre de 1992, constituye un desarrollo de esta Decisión y debía, según ella, ceñirse a las normas comunitarias vigentes.

3.2.2. La Decisión 347. Modifica el plazo de suspensión en el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere la Decisión 321, prorrogándolo hasta el 30 de abril de 1994. Es de hacer notar que el artículo 2° enfatiza en que "la vigencia de los acuerdos comerciales celebrados al amparo de la Decisión 321, queda prorrogada automáticamente hasta la fecha señalada en el artículo 1 de la presente Decisión". (subraya el Tribunal)

3.2.3. La Decisión 353. Proferida para disponer la incorporación por parte del Perú, a la Zona de Libre Comercio de un número importante de partidas arancelarias entre las que por cierto, se encontraba el gas licuado de la posición 2711.19.00. En el Artículo 4° se enfatizó en el hecho de que "Los Acuerdos Comerciales Bilaterales celebrados por el Perú con los demás Países Miembros, al amparo del artículo 3 de la Decisión 321 y prorrogados por la Decisión 347, se mantendrán vigentes mientras se concluye el proceso de incorporación de las subpartidas NANDINA no incluidas en los artículos anteriores, a la Zona de Libre Comercio". (se subraya). Ello significa, a juicio del Tribunal, que los acuerdos bilaterales que suscribió el Perú en el marco de la Decisión 321, continúan vigentes, hasta que la totalidad de las subpartidas del universo arancelario queden comprendidas en la Zona de Libre Comercio.

3.2.4. La Decisión 356. Tiene por objeto, simplemente, definir las partidas que ingresan a la Zona de Libre Comercio en los términos de la Decisión 353.

3.2.5. La Decisión 377. Por ella se derogó la Decisión 353 y se estableció (artículo 2°) que el Perú decidiría a más tardar el 31 de enero de 1996 su incorporación plena a la Zona de Libre Comercio. Incluyó en el Artículo 5° la disposición acerca de que "Los acuerdos comerciales bilaterales celebrados por el Perú con los demás países miembros, al amparo del artículo 3 de la Decisión 321, se mantendrán vigentes mientras se concluye el proceso de incorporación al que se refiere el artículo 2" (subraya el Tribunal).

3.2.6. La Decisión 387. Por medio de la cual se derogó la 377 y se decidió "avanzar en el perfeccionamiento del libre comercio mediante la ampliación de los Acuerdos Bilaterales suscritos por el Perú y los demás Países Andinos". Para tal fin, se emprenderán negociaciones bilaterales a partir del primer trimestre de 1996, con los objetivos de incorporar al libre comercio las corrientes actuales de comercio, procurar la homogenización de los avances en los acuerdos y privilegiar su multilateralización" agregando que; "Estas negociaciones lograrán profundizaciones anuales de los mencionados acuerdos, tendientes a la efectiva liberalización de la totalidad del comercio". (El subrayado es del Tribunal).

3.2.7. La Decisión 414. Por la cual la comisión reglamentó la liberación arancelaria general o comunitaria del Perú con respecto a los demás países miembros de la Comunidad Andina, disponiendo que a más tardar el 31 de diciembre del 2005 debía hallarse totalmente consolidada la Zona de Libre Comercio entre los cinco países miembros. En el artículo 1° se establecieron los plazos de desgravación de los productos incluidos en los 8 anexos de la Decisión y, específicamente en el anexo VII que comprendió a la subpartida 2711.19.00.00 dentro del cronograma de desgravación que culmina el 31 de diciembre del 2005 y que señala un margen de preferencia de 20% al 31 de julio de 1997 y de 100% al 31 de diciembre del 2005.

El artículo 2° establece que "Las liberaciones alcanzadas otorgadas en los Acuerdos Comerciales Bilaterales suscritos entre el Perú y los demás Países Miembros, continuarán vigentes en la medida que otorguen un tratamiento más favorable que el previsto en el artículo anterior". (se subraya en la sentencia), lo cual equivale, en sentir del Tribunal, a afirmar que al haberse suscrito un acuerdo comercial bilateral entre Perú y cualquiera de los demás países miembros, con un tratamiento arancelario más favorable al estipulado en los cronogramas de desgravación del artículo 1 de la Decisión 414, debía prevalecer inexorablemente el más favorable otorgado en el acuerdo comercial bilateral. En consecuencia, los cronogramas de desgravación de que trata el referido artículo 1° sólo son aplicables con respecto a las importaciones de la correspondiente subpartida cuando el producto provenga de algún país miembro con el que no haya sido negociado tratamiento de mayor preferencia a través de un acuerdo bilateral.

El pormenorizado recuento que hace el Tribunal de las normas andinas aplicables al caso y las puntualizaciones efectuadas permiten concluir, contrariamente a lo sostenido por la parte demandada, que el acuerdo bilateral suscrito entre Perú y Bolivia el 12 de noviembre de 1992 no ha perdido su vigencia hasta el momento presente, por lo menos en cuanto respecta a la desgravación atinente a la subpartida 2711.19.00.00, materia de la controversia. Es absolutamente claro el hecho de que, sin solución de continuidad, las sucesivas Decisiones que se dictaron para manejar la suspensión de obligaciones del Perú en materia del Programa de Liberación, siempre tuvieron la precaución de dejar a salvo las desgravaciones convenidas en los acuerdos bilaterales celebrados al amparo de la Decisión 321. Es más, los aludidos acuerdos no fueron nunca reformados o declarados sin vigencia, ni por las partes que los suscribieron ni por disposición alguna de orden comunitario. Por el contrario, expresamente se prorrogó su vigencia y duración, como lo dispuso la Decisión 353, hasta tanto se concluya "el proceso de incorporación de las subpartidas NANDINA no incluidas en los artículos anteriores, a la Zona de Libre Comercio".

En otras palabras, no por el hecho de haberse multilateralizado, incluyéndola en la Zona de Libre Comercio, una preferencia otorgada en un acuerdo bilateral, como sucedió con el gas licuado de petróleo procedente de Bolivia, quedaba retirada del respectivo acuerdo. Lo que dijo la norma es que dicho acuerdo se mantendría vigente hasta tanto se incorporaran a dicha zona todas las subpartidas del universo arancelario; vale decir todas las demás no incluidas en el anexo de la Decisión 356.

De esta manera no resulta cierta la afirmación del Gobierno del Perú, hecha en el sentido de que al producirse su incorporación a la Zona de Libre Comercio, como consecuencia de la expedición de las Decisiones 353 y 356, la subpartida 2711.19.00.00 hubiera salido del acuerdo bilateral suscrito con Bolivia. En consecuencia, tampoco es exacto afirmar que al establecerse la norma del artículo 2° de la Decisión 414 se le estuviera confiriendo a lo dispuesto en el un efecto retroactivo, contrario a derecho, ya que como está demostrado, el tantas veces mencionado acuerdo bilateral siempre estuvo vigente y así se mantuvo, sin solución de continuidad, por expresa definición de las normas comunitarias analizadas.

Resulta pues claro para el Tribunal, que cuando el Perú dispuso aplicar a los productos importados de Bolivia, de la subpartida 2711.19.00.00, el cronograma de liberación señalado en el literal g) del artículo 1° de la Decisión 414, cuando ha debido aplicar, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 2° de la misma Decisión, la desgravación pactada en el acuerdo bilateral, incurrió en violación de las normas comunitarias previamente mencionadas en esta sentencia.

Finalmente, encuentra censurable el Tribunal la conducta asumida por el país miembro demandado, al expedir un Decreto Supremo para interpretar o, peor aún, modificar lo resuelto en una Decisión de la Comisión. Los países miembros no tienen tal facultad y si alguno se la arroga, es claro que vulnera el ordenamiento jurídico comunitario, como ha sucedido en el presente caso.

Es más, aún en la hipótesis ya descartada en la presente sentencia, de que el Gobierno peruano tuviera la razón y que lo decidido por la comisión en la Decisión 414 hubiera sido, como se afirma, contra legem, no era la vía adecuada la expedición de una norma de derecho interno que corrigiera el pretendido entuerto, toda vez que la Comunidad cuenta con instrumentos idóneos (la acción de nulidad, por ejemplo) para excluir de su ordenamiento las normas irregularmente expedidas o violatorias de la normatividad superior¹.

Por ello, y en conclusión, no es aceptable para este Tribunal la justificación que ha pretendido sostener la demandada, cuando en la contestación de la demanda afirma que se incluyó en el Decreto Supremo 014-97 ITINCI la expresión **"salvo el tratamiento previsto para los bienes incluidos en los anexos VII y VIII del presente Decreto Supremo"** como una aclaración de lo negociado con los socios andinos en virtud de que dichos productos ya no estaban sujetos a tratamiento bilateral. Y no es de recibo tal justificación, por cuanto no está dentro de las funciones del Estado peruano, ni de ninguno otro de los países miembros, introducir "aclaraciones" a las normas comunitarias; menos aún cuando las presuntas aclaraciones significan, como ha quedado demostrado en el presente caso, una alteración evidente de la voluntad del legislador andino.

Por lo expuesto,

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia que se le atribuye en su Tratado de Creación (codificado por la Decisión 472 de la Comisión),

Decide:

PRIMERO: Declarar que la República del Perú ha incurrido en incumplimiento del artículo 5° (hoy 4°), del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como del artículo 2 de la Decisión 414 de la Comisión y de las Resoluciones 161 y 196 de la Secretaría General de esa Comunidad.

SEGUNDO: Exhortar a la República del Perú para que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 27 del Tratado de Creación de este Tribunal, adopte las medidas necesarias que hagan cesar su conducta contraventora de las normas comunitarias mencionadas en el ordinal precedente, de manera que se restablezca el equilibrio y armonía de la normativa nacional con la andina, dando aplicación plena a la Decisión 414 y al Acuerdo Bilateral de Comercio suscrito con la República de Bolivia el 12 de noviembre de 1992, respecto de la subpartida NANDINA 2711.19.00.00, correspondiente a gas licuado de petróleo a granel.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandada.

Léase la presente sentencia en audiencia pública, previa convocatoria a las partes según lo dispuesto por el artículo 57 del Estatuto.

Remítase a la Secretaría General copia certificada de esta sentencia para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal.

Luis Enrique Farías Mata
PRESIDENTE

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Juan José Calle y Calle
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

¹ Sobre el particular puede consultarse la sentencia proferida por el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA dentro del Proceso 7-AI-97, sentencia de 12-XI-99, publicada en G.O.A.C. N° 520 de 20-XII-99.

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.

Dr. Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

**SOLICITUD DE AMPLIACION Y ENMIENDA
DE LA SENTENCIA PROFERIDA EN EL PROCESO
9-AI-98**

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

VISTOS:

La solicitud de ampliación y enmienda de la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso 9-AI-98, referente a la acción de incumplimiento instaurada por la Secretaría General en contra del Gobierno de la República del Perú, y contenida en oficio N° 52-2000-MITINCI/VMINCI de fecha 2 de marzo del 2000, suscrito por el señor Viceministro de Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales de ese país miembro; y,

La comunicación SG-C/2.1/00783/2000, de fecha 29 de mayo del año 2000, por medio de la cual la Secretaría General de la Comunidad Andina, por intermedio de la Asesoría Jurídica de la misma, da respuesta al traslado que respecto del oficio referido en el párrafo anterior fuera dispuesto por este Tribunal en auto de 19 de mayo del año 2000.

Considerando:

Que el Gobierno de la República del Perú, mediante el aludido oficio 052-2000 de 2 de mayo 2000, solicita la ampliación y enmienda de la mencionada sentencia, con apoyo en los fundamentos del escrito de contestación a la demanda en el cual expresa que fueron referidos los esfuerzos realizados por ese Gobierno, para "implementar en el plazo mas corto el Acuerdo del Valor del GATT de 1994, dando cumplimiento a las Decisiones 378 y 379"; en el hecho de no haber sido considerado en la sentencia, el facsímil de fecha 18 de abril 2000, mediante el cual el Gobierno peruano informa al Tribunal, que a partir del 1 de abril de 2000, "cumple plenamente el Acuerdo del Valor de la OMC y las Decisiones 378 y 379", por lo que manifiesta que a la fecha de la lectura de la sentencia el Perú no incumplía ninguna de las normas andinas; y que, por otro lado, la decidida "aplicación de costas no resulta procedente".

Que la Secretaría General, al contestar el traslado de la solicitud de enmienda y ampliación presentada por la República del Perú, refiere los antecedentes de la impugnada sentencia, principalmente el facsímil de 18 de abril 2000, en el que el Gobierno del Perú "habría acreditado de que a partir de 1 de abril 2000 está dando cumplimiento pleno del Acuerdo del Valor de la OMC", y que, a su juicio, ese País desde entonces ya no estaría incurriendo en incumplimiento de las respectivas normas andinas, siendo no obstante lo anterior, necesario de que el Tribunal "se pronuncie acerca del hecho de que el cumplimiento de la normativa andina se dio en exceso de los plazos señalados en las Decisiones 378 y 379 de la Comisión, bajo el pretexto de estar cumpliendo plazos de la OMC, circunstancia que como lo ha dicho ese Tribunal, no justifica el incumplimiento subsanado del ordenamiento jurídico andino".

Que sin embargo de lo manifestado por la Secretaría General de la Comunidad Andina, ésta, en la comunicación antes aludida y de manera contradictoria, ha expresado que, a su

juicio, "la solicitud del Gobierno peruano sería procedente, en vista del cumplimiento de las normas anteriormente citadas", extremo que este Tribunal lo considera jurídicamente inviable, toda vez que hasta la fecha de expedición de la respectiva sentencia, tal situación de cumplimiento no había sido acreditada ante este órgano jurisdiccional.

Que, este Tribunal observa que las solicitudes y planteamientos formulados por las partes en esta controversia se han referido, exclusivamente, a las posibilidades jurídicas contempladas por el artículo 59 de su Estatuto.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA:

Decide:

No ha lugar la ampliación ni la enmienda de sentencia solicitadas en esta causa.

Notifíquese a las partes mediante copias certificadas y selladas de esta providencia. Remítase copia igualmente certificada a la Secretaría General de la Comunidad Andina para fines de su publicación en la Gaceta Oficial.

Luis Enrique Farías Mata
PRESIDENTE

Rubén Herdoíza Mera
MAGISTRADO

Juan José Calle y Calle
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
MAGISTRADO

Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

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

Dr. Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO
N° 12-IP-97

Interpretación prejudicial de los artículos 56, 58 párrafos f) y g), 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 311 emanada de la misma Comisión, solicitada por el Dr. Augusto Maldonado Vásconez, Presidente de la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito, en el juicio intentado por el INSTITUTO FARMACOLOGICO COLOMBIANO, SOCIEDAD LIMITADA, contra la resolución No. 386 de fecha 05 de agosto de 1992, emitida por el Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca del Ecuador (Expediente No. 6064, correspondiente al Tribunal consultante); e interpretación de oficio de los artículos 98 y Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 313

MAGISTRADO PONENTE: Luis Enrique Farías Mata.

Quito, 7 de julio del año 2000.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS:

Que el Tribunal Distrital No.1 de lo Contencioso Administrativo de Quito, por intermedio del Presidente de la Segunda Sala Dr. Augusto Maldonado Vásconez, ha requerido la interpretación prejudicial de los artículos 56, 58, párrafos f) y g), 76 de la Decisión 85 y Disposición Transitoria Cuarta, de la Decisión 311, emanadas de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Que, en efecto, el 24 de junio de 1997 se recibe en el Tribunal Andino la consulta solicitada por la administración demandada el 19 de setiembre de 1996, proveída por el Juez consultante el 13 de junio de 1997, y relativa al proceso interno suscitado por el INSTITUTO FARMACO BIOLOGICO COLOMBIANO SOCIEDAD LIMITADA el 22 de octubre de 1992, aceptado al trámite respectivo el 27 de los mismos mes y año, demanda introducida ante la jurisdicción consultante en solicitud de que se pronuncie la declaratoria de nulidad de la resolución N° 386 del 5 de agosto de 1992, por la cual fue cancelada -en atención al pedimento proveniente de la sociedad C.H. BOEHRINGER SOHN- la marca "BUSCAP", propiedad del demandante.

Que este Tribunal Andino, antes de absolver la consulta formulada, pasa a referirse a los siguientes puntos:

A) El juez consultante considera como hechos relevantes para la presente interpretación los que a continuación se exponen, complementados por el Tribunal Andino sobre la base de los que aparecen originariamente en el expediente y de otros nuevos requeridos por esta jurisdicción comunitaria y posteriormente aportados, tanto por el consultante como por una de las partes (el 14 de octubre de 1999), estos últimos a solicitud del propio juez de la causa:

1. La parte actora, el Instituto Farmacológico Colombiano, mediante apoderado y diciendo proceder por la vía del recurso contencioso administrativo "de plena jurisdicción", demanda específicamente al Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca, autor del acto recurrido, y también al Procurador General del Estado de la República del Ecuador, para que el Tribunal consultante declare mediante sentencia la ilegalidad del acto administrativo contenido en la ya identificada resolución de ese Ministerio, concesoria de la señalada marca "BUSCAP".

2. El Instituto demandante alega que había obtenido el registro de la marca "BUSCAP" en Ecuador, la cual quedó protegida por el título No. 1588 del 6 de octubre de 1978, renovado por primera vez bajo el título No. 756 del 8 de febrero de 1984 y aún por segunda vez, habiéndole correspondido el No. 2744 de fecha 3 de mayo de 1989;

3. Por su parte, el 26 de octubre de 1987, es decir, entre la primera y segunda renovación del registro de la marca "BUSCAP" por el instituto actor, la sociedad C.H. BOEHRINGER SOHN solicitó la cancelación del registro de la misma, entonces vigente (título 756 del 02.11.84), alegando ser propietaria de la marca "BUSCAPINA", cuyo registro

inicial lo había obtenido, a su vez, también en Ecuador, a partir del 1ro. de febrero de 1954, con una primera renovación el 21 de marzo de 1974 (o sea, con anterioridad al primer registro correspondiente a la marca "BUSCAP"), que le fue renovado asimismo en una segunda oportunidad, el 19 de mayo de 1989.

Destaca el Tribunal consultante que la sociedad C.H. Boehringer Sohn solicitó la cancelación de la marca "BUSCAP" "... a los nueve años de haberse obtenido el registro original y a los tres... de.. la primera renovación";

4. El Director Nacional de Propiedad Industrial desestimó el pedido de cancelación de la marca "BUSCAP", formulado por C.H. BOEHRINGER SOHN, desestimación que se produjo mediante providencia administrativa No. 890917 del 06 de setiembre de 1989, según quedó aclarado por actuación del Tribunal consultante realizada a solicitud del Tribunal Andino contenida en auto para mejor proveer de fecha 25 de agosto de 1999 emitido por éste;

5. En su momento, el 13 de octubre de 1989, la Sociedad C.H. Boehringer Sohn interpuso ante el Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca, recurso contra la mencionada providencia denegatoria No. 890917, de fecha 06.09.89, notificada el 15.09.89, insistiendo una vez más la recurrente en la cancelación de la marca de fábrica "BUSCAP".

Advierte el Tribunal Andino que el referido escrito, tal como se verá más adelante, tiene especial relevancia en el proceso interno que se debate ante la jurisdicción consultante y también a los fines de la emisión de la presente consulta interpretatoria, razón por lo cual se solicitó al consultante dicho escrito, mediante el mencionado auto para mejor proveer de fecha 25 de agosto de 1999, y fue en efecto remitida, a esta jurisdicción comunitaria, el 8 de setiembre de 1999, folios 34 al 36 del expediente que cursa ante esta jurisdicción comunitaria.

Destaca así mismo de los hechos del proceso interno, tal como surgen del propio expediente, que:

6. Por resolución No. 528 del 16 de noviembre de 1989 -notificada el 28.11.89-, al resolver el señalado recurso jerárquico, el Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca canceló la marca "BUSCAP", hasta entonces propiedad del Instituto Farmacológico Colombiano, revocando de esta manera el acto que había sido emitido por la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, denegatorio en cambio de la solicitud de cancelación formulada por C.H. BOEHRINGER SOHN.

Dicha solicitud versaba sobre la referida providencia No. 800917, y había sido formulada exactamente en los siguientes términos: "Solicito a usted, señor Ministro, de la manera más comedida, se sirva rever esa providencia, revocarla y disponer la cancelación de la marca BUSCAP, considerando los conceptos y argumentos de esta reclamación y las disposiciones legales que rigen la materia";

7. Fue contra dicha resolución interna, cancelatoria de la marca "BUSCAP", que el instituto ahora demandante interpuso recurso "de plena jurisdicción" ante la Sala Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la que, en sentencia de fecha 10 de junio de 1992, declaró la nulidad del ya identificado Acuerdo Ministerial No. 528 de fecha 16 de

noviembre de 1989, cancelatorio de la marca, pero por motivos exclusivamente formales, fundamentándola en la "incompetencia del funcionario que aparece suscribiéndolo", y disponiendo "la reposición del trámite administrativo al estado de dictar por el titular de la cartera de Industrias, Comercio, Integración y Pesca la resolución que corresponda a la apelación interpuesta por C.H. BOEHRINGER SOHN, respecto a la resolución 890917 del Director Nacional de la Propiedad Industrial, fechada el 06 de setiembre de ese año (resaltados de este Tribunal Andino).

8. Devuelto por la Sala sentenciadora el expediente a la Administración, ésta en la persona del Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca, se avocó al conocimiento del asunto, emitiendo finalmente la cuestionada resolución No. 386 del 5 de agosto del mismo año 1992, mediante la cual declaró, ahora por segunda vez, la cancelación de la marca "BUSCAP", haciendo descansar la revocatoria asimismo -tal como la anterior- en los artículos 56, 58, párrafos f) y g), y 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, "por carecer de novedad y confundible con otra ya registrada y conocida", según dejó expresado.

Esta segunda resolución cancelatoria -la impugnada en el proceso judicial interno-, que ha dado origen a la presente consulta, se emite, observa este Tribunal Andino, ya en vigencia de la Decisión 313, fundamentada sin embargo en motivos idénticos a los contenidos en la resolución 528, anulada por la jurisdicción contencioso-administrativa; fundamento que será examinado más adelante en el capítulo "V" de la presente sentencia, correspondiente al tema de la "motivación de los actos administrativos".

B) Que por su parte, además de lo previamente transcrito, narrado y acotado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, éste considera necesario referirse finalmente a hechos, algunos no mencionados hasta el presente, contenidos también en piezas procesales correspondientes al expediente que ha sido remitido por el consultante; a saber:

9. Que la consulta recibida en este Tribunal fue requerida al Juez de la causa por el Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca del Ecuador;

10. Que advierte este Tribunal, cómo la resolución cancelatoria impugnada en vía contencioso-administrativa, que es la No. 386 de fecha 5 de agosto de 1992 se produjo -a diferencia de la 528, del 16 de noviembre de 1989 emitida en vigencia de la Decisión 85- cuando, como se ha expresado, se encontraba ya vigente una nueva Decisión, la 313, sustitutiva de la 311, pero aparece sin embargo fundamentada igualmente en la Decisión 85. El razonamiento que la sustenta es el siguiente:

"Que el Art. 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena señala cómo el registro de una marca será cancelado, de oficio o a petición de parte, por la oficina nacional competente cuando se verifique que...se ha expedido contraviniendo las disposiciones de los artículos 56 y 58 de la citada Decisión"; por lo que "ACUERDA": la cancelación de "la marca BUSCAP, de propiedad del Instituto Farmacológico Colombiano Ltda., registrada con No. 1588 de 6 de octubre de 1978 y renovada con el No. 756 de 8 de febrero de 1984, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 56 y 58 literales

f) y g); y, 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por carecer de novedad y ser confundible con otra ya registrada y conocida." (Lo resaltado corresponde a la presente sentencia).

11. Que, a su vez, la demanda presentada ante el juez consultante por el Instituto Farmacológico Colombiano mediante la cual se solicita la declaración de ilegalidad del acto administrativo contenido en dicha resolución No. 386 del 5 agosto de 1992, parcialmente transcrita en el párrafo anterior, demanda que dio origen a la presente consulta, ha sido planteada en los siguientes términos:

a) La administración demandada, "sin reformar ni revocar la resolución del Director de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, sin expresar razones de ningún tipo, ni de hecho ni de derecho, sin indicar siquiera los motivos por los cuales él, en su calidad de Ministro de Industrias, Comercio, Integración, se consideraba competente para dictar la resolución, y sin pronunciamiento alguno sobre la alegación fundamental de mi representada de que había transcurrido el tiempo previsto en la ley para poder presentar la solicitud de cancelación, decidió cancelar la marca BUSCAP de propiedad del INSTITUTO FARMACO BIOLOGICO LTDA."

Argumenta además la actora:

b) "...desde que entró en vigencia en el Ecuador la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, promulgada en el Registro Oficial No. 893 de 13 de marzo de 1992, ...el Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca... perdió toda competencia para conocer de cancelaciones de marcas de fábrica, salvo en el evento previsto en el Art. 98 de dicha Decisión, caso en el cual dicho Ministerio a través de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial como oficina nacional competente, puede cancelar una marca de fábrica que no ha sido utilizada en cualquiera de los Países de la Subregión por cinco años consecutivos."

Añade:

c) "En cambio no se prevé, ni se da competencia a la oficina nacional competente para cancelar marcas de fábrica, por razones distintas a las señaladas por el artículo 98 de la Decisión 313. Al contrario el Art. 102 permite que se declare la nulidad del registro de marcas de fábrica por 'la autoridad nacional competente' siguiendo el procedimiento previsto en las disposiciones internas de cada País Miembro" (subrayado del Tribunal). De lo anterior -aclara este Tribunal Andino- deduce el demandante lo siguiente:

d) "Por consiguiente, desde el 13 de marzo de 1992 -fecha de entrada en vigencia de la Decisión 313, aclara el Tribunal- *desapareció* de la legislación ecuatoriana el concepto de cancelación administrativa de marcas de fábrica, salvo en el caso de falta de uso, y unificó la posibilidad de demandar la nulidad ante la autoridad designada por las legislaciones nacionales. Concretamente, en el caso del Ecuador, la nulidad del registro de marcas de fábrica, tiene que ser planteada, conocida y resuelta por el Juez de lo Civil, tal como lo prevé el Art. 22 de la Ley de Marcas de Fábrica." (Subrayados, en el original; cursivas del Tribunal).

De lo anterior concluye asimismo el demandante que:

e) "...al haberse declarado nulo el Acuerdo No. 528 y al haberse dispuesto, en la sentencia de la Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, la reposición del trámite al estado de dictar resolución, el Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca, debió haber remitido todo el expediente a la jurisdicción ordinaria, con el fin de que ésta, de acuerdo con el Art. 22 de la Ley de Marcas de Fábrica, resolviera la controversia. Como lo establece el Art. 7, regla vigésima del Código Civil, 'las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores, desde el momento en que deben comenzar a regir'. Por consiguiente -insiste la demandante-, siendo la competencia parte de la ritualidad de los juicios, el Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca la perdió, en virtud de lo dispuesto en el Art. 103 de la Decisión 313, en concordancia con el Art. 22 de la Ley de Marcas de Fábrica".

Continúa argumentando la actora:

f) "De otro lado, aún en el supuesto de que el Ministro hubiera conservado la competencia para conocer de peticiones de cancelación basadas en causas distintas de la referida en el Art. 98 de la Decisión 313, es indudable que su competencia se regía por las normas anteriores a la vigencia de la Decisión 313, y en el caso concreto, en virtud de la reclamación presentada por C.H. Boehringer Sohn, dicha competencia se reducía a confirmar, revocar o reformar la resolución del Director Nacional de Propiedad Industrial, mas no, en ningún caso, a cancelar la marca de fábrica BUSCAP;

Reafirma que:

g) "...De conformidad con la legislación, antes y ahora vigente, a la fecha en que se presentó la solicitud de cancelación, se encontraba prescrito y caducado cualquier derecho de C.H. Boehringer Sohn para intentar la cancelación del registro de la marca BUSCAP y se encontraba también, en consecuencia, caducado y prescrito el derecho de la administración para cancelar dicha marca. En....la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, el registro de una marca sólo podía cancelarse por la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, cuando ésta hubiere verificado que el registro se hubiera expedido en contravención de las disposiciones de los Arts. 56 y 58 de dicha Decisión. En consecuencia, sólo podía pedirse administrativamente la cancelación de un registro durante el plazo de duración del registro original, esto es cinco años, puesto que si el registro se había renovado, la inscripción original ya no podía ser cancelada. Además, de conformidad con el Art. 84, los asuntos sobre propiedad industrial no comprendidos en la Decisión 85, eran regulados por la legislación interna del respectivo País Miembro, y como la cancelación era una petición administrativa de naturaleza similar a la de nulidad, el plazo de prescripción de esta última, previsto en la Ley de Marcas de Fábrica, se había de aplicar también a la petición de cancelación. No puede sostenerse jurídicamente, que ya renovada una marca pueda plantearse administrativamente su cancelación, ya que la Decisión 85 se refiere expresamente a la cancelación del registro. Además, la Ley de Marcas de Fábrica establece plazo de prescripción para la acción de nulidad, de cinco años. El Ministro en su escueta resolución, ni siquiera

toma en cuenta este aspecto que fue expresamente alegado por mi mandante."

h) Insiste el demandante en que: "... La facultad de cancelar el registro de una marca de fábrica fue otorgada a la administración, única y exclusivamente como consecuencia del Art. 76 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena. De no habersele conferido esa facultad, la Administración no podía, en ningún caso, cancelar el registro de una marca de fábrica, aun si determinara que un registro hubiere sido expedido en violación de la ley, pues en tal evento la administración sólo hubiera tenido la posibilidad de recurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a través de la acción de lesividad. Por ello, esa facultad excepcional sólo podía ser ejercida durante el período expreso al cual se refería el Art. 76 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, esto es, durante el período de vigencia del registro de la marca, es decir, cinco años. Por consiguiente, estuvo caducada la facultad de la Administración para cancelar el registro de la marca BUSCAP, desde el 6 de octubre de 1983, a las doce de la noche, ya que ese día y a esas horas expiraba el plazo de registro de la marca BUSCAP, registrada con el No. 1588 el 6 de octubre de 1978. Esa facultad, en modo alguno, podía revivir con cada renovación. Sostener lo contrario, significaría admitir que la facultad de invalidar un acto administrativo, por parte de la propia administración, es perenne."

C) También destaca de los hechos contenidos en el expediente judicial:

12. Que la administración demandada, representada por el Ing. Mauricio Pinto Mancheno, Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca del Ecuador, asistida por el Dr. Fabián Rodríguez M., al contestar la demanda opuso por vía de "excepciones": de una parte, la legalidad y validez de la resolución impugnada, argumentando que es legal y válida por haber emanado de su autor guardando conformidad con la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y su reglamento general de aplicación; y, por la otra, negando pura, simple, llana y absolutamente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, al considerar "que los mismos no están de acuerdo con la realidad ni con la legislación aplicable al caso". Consideró que: "Entre las marcas BUSCAP y BUSCAPINA existe similitud gráfica, fonética, visual y auditiva, se nota claramente la supresión de la desinencia INA," e "incluso protegen productos de igual clase. Además la marca BUSCAPINA es notoria y ha sido registrada con anterioridad en el exterior y en el Ecuador."

13. Que mediante escrito presentado el 2 de diciembre de 1992 el Procurador General del Estado compareció ante el Tribunal consultante para "...dar contestación a la demanda", oponiendo "las excepciones" cuyo contenido seguidamente se resume, y solicitando que: "en mérito a las excepciones propuestas se servirán desechar la demanda".

Consideró el Procurador como excepciones las siguientes:

"PRIMERA: Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y [de] derecho de la acción propuesta.

"SEGUNDA: Manifiesto mi plena conformidad con todas y cada una de las excepciones planteadas [por la Administración recurrida] haciéndolas mías, punto este que deberá tenerse en cuenta al momento de dictar sentencia.

Alego [la] plena validez de la Resolución No. 386 de 15 de agosto de 1992, por tener su fundamento en los Arts. 56, 58 literales f) y g) y 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, vigentes a la fecha en que se solicitó la cancelación de la marca BUSCAP.

"TERCERA: Las disposiciones legales invocadas en el numeral anterior se aplicaron debidamente ya que la Resolución No. 386, tuvo su fundamento en la disposición transitoria cuarta de la Resolución (sic) No. 311 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, vigente a la fecha, que disponía que en 'lo relativo a su uso, goce y obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas se aplicarán las normas contenidas en la presente Decisión...'; de ahí que la cancelación de la marca es legítima y ajustada a derecho.

"CUARTA: La similitud entre una y otra marca, que constituye la razón fundamental para la cancelación de la llamada BUSCAP, es evidente, por lo que la actuación del señor Ministro de Industrias, como máxima autoridad en propiedad industrial, es válida."

"QUINTA: Me opongo a la pretendida reclamación de daños y perjuicios toda vez que la resolución impugnada es legítima y no afecta intereses del Instituto Farmacológico Colombiano, ya que la marca no está siendo utilizada ni ampara ciertos productos; y como el propio actor sostiene en otro libelo de demanda 'la marca debe, necesariamente, ser usada para que la misma pueda surtir el efecto de impedir que un tercero registre o use una marca similar'."

Al respecto observa el Tribunal Andino:

Como se desprende de la precedente excepción "TERCERA" opuesta por la Procuraduría General del Estado en alegato coincidente con el esgrimido por el Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca, consideran los excepcionantes que el acto recurrido se encuentra fundamentado en la Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 311, tema que más adelante es esclarecido por el Tribunal Andino.

14. Que la sociedad C.H. Boehringer Sohn, por vía de coadyuvancia al demandado Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca, defiende el acto administrativo recurrido alegando, de una parte, que "el mismo cumple con todos los requisitos de fondo y forma que aseguran su total legitimidad...; y de otra, por reconocer los derechos que asisten a...[su] representada la sociedad C.H. BOEHRINGER SOHN, dueña de la marca 'BUSCAPINA', que protege productos como: 'medicamentos, productos químicos para la medicina e higiene, drogas farmacéuticas, emplastos, vendajes, productos para la extinción de animales y plantas, productos desinfectantes, productos para la conservación de comestibles', pertenecientes a la clase internacional No. 5 de la Clasificación Internacional de Marcas de Fábrica, y cuyo registro se encuentra vigente". Además, considera, que "es evidente, de toda evidencia, que la confusión indicada salta a la vista cuando la denominación 'BUSCAP' utiliza las seis primeras letras de la denominación 'BUSCAPINA', hecho que vuelve confundible a las marcas en cuestión y genera, indudablemente, competencia desleal por parte del INSTITUTO FARMACOLOGICO COLOMBIANO LTDA...".

Con vista de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pasa a examinar el caso de autos,

Considerando:

I. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Que este Tribunal es competente para interpretar en vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, siempre que la solicitud provenga de un juez nacional actuando en función de juez comunitario, como lo es en el caso la jurisdicción consultante, y en la medida en que dichas normas resulten pertinentes -a juicio del Tribunal Andino- para la resolución del litigio interno; y,

Que la solicitud se adapta a las prescripciones contenidas en los artículos 28 y 29 de su Tratado de Creación, e igualmente cumple con los requisitos exigidos por el 61 del Estatuto que rige este organismo judicial.

II. TEMAS QUE VAN A SER EXAMINADOS

Con vista de los autos conformatorios del proceso que nos han sido remitidos y de la propia consulta formulada, considera el Tribunal Andino que en ejercicio de su competencia, ya definida previamente, le corresponde proceder al examen de los siguientes temas a los fines de emitir su interpretación prejudicial:

- * *Norma comunitaria aplicable al caso concreto*
- * *Motivación de los actos administrativos*
- * *Cancelación y anulación*
- * *Concesión de marcas en la Decisión 85*

III. NORMAS CUYA INTERPRETACION VA A SER REALIZADA

Los artículos del ordenamiento jurídico comunitario sometidos por el consultante a este Tribunal Andino como materia de interpretación fueron el 56, 58 párrafos f) y g), 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y la Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 311 emanada de la misma Comisión, pero considera el Tribunal que, conforme a la materia ya delimitada *supra*, y a los hechos expuestos y a las razones que más adelante se explanan en el texto de la presente sentencia, no resulta procedente la interpretación de la Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 311.

En cambio estima pertinente la interpretación de oficio de los artículos 98 y Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 313.

Consecuentemente, para el tratamiento de los temas señalados, considera en definitiva el Tribunal que las normas que van a ser materia de interpretación son las que a continuación se transcriben:

DECISION 85

"**Artículo 56.** Podrá registrarse como marcas de fábrica o de servicios, los signos que sean novedosos, visibles y suficientemente distintivos.

"**Artículo 58.** No podrán ser objeto de registro como marcas: (...)

"f) Las que sean confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitada posteriormente con reivindicación válida de una prioridad para productos o servicios comprendidos en una misma clase;

"g) Las que sean confundibles con otras notoriamente conocidas y registradas en el país o en el exterior para productos o servicios idénticos o similares; (...)

"**Artículo 76.** El registro de una marca será cancelado, de oficio o a petición de parte, por la oficina nacional competente cuando verifique que el registro se ha expedido contraviniendo las disposiciones de los artículos 56 y 58 del presente Reglamento."

DECISION 313

"**Artículo 98.** La oficina nacional competente cancelará el registro de una marca, a solicitud de cualquier persona interesada y previa audiencia del titular de la misma, cuando después de efectuado éste, y sin motivo justificado, la marca no se hubiese utilizado en la Subregión, por su titular o por el licenciario de éste, durante los cinco años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación. La cancelación de un registro por falta de uso de la marca también podrá solicitarse como defensa en un procedimiento de infracción, de oposición o de nulidad interpuestos con base en la marca no usada.

"El uso de la marca se acreditará mediante la prueba que cada País Miembro establezca y ésta corresponderá al titular del registro.

"Serán considerados como motivos justificados de la falta de uso de una marca, los que se sustenten en el caso fortuito o la fuerza mayor."

Disposiciones Transitorias

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

IV. NORMATIVA COMUNITARIA APLICABLE AL CASO CONCRETO

Como ya ha sido reseñado *supra*, considera la demandante en el proceso interno, refiriéndose a las atribuciones del Ministro autor de la resolución impugnada, que la competencia de éste "se regía por las normas anteriores a la vigencia de la Decisión 313, y en el caso concreto, en virtud de la reclamación presentada por C.H. BOEHRINGER SOHN, dicha competencia se reducía a confirmar, revocar o reformar la resolución del Director Nacional de Propiedad Industrial mas no, en ningún caso, a cancelar la marca de fábrica BUSCAP" (destacados del Tribunal); por lo expuesto, y en atención también a las consideraciones que más adelante se formulan en la presente sentencia, y especialmente las relativas a la motivación de los actos administrativos, considera este Tribunal Andino que resulta imperativo determinar la ley aplicable para el momento en el cual fue emitido el acto recurrido ante el contencioso administrativo.

En efecto, si bien se observan dudas iniciales en la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional comunitario acerca de cuándo entran en vigencia Decisiones emitidas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en materia de propiedad industrial sustitutivas de la Decisión 85, a tales vacilaciones vino a poner fin el fallo de este Tribunal emitido el 11 de octubre de 1994, en la interpretación prejudicial 01-IP-94, que acoge en definitiva la sentencia del 25 de febrero de 1994, correspondiente a la interpretación prejudicial 06-IP-93, confortado por la sentencia del 4 de julio de 1994, relativo a la interpretación prejudicial 02-IP-94. Los anteriores fallos han sido publicados en la *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Tomo III, 1992-94, páginas 115, 97 y 145, respectivamente todos los cuales han sido más recientemente resumidos, respecto del tema que nos ocupa, en la decisión de fecha 27 de octubre de 1999 (interpretación prejudicial 15-IP-99, marca "BELMONT (II)", publicada en la G.O.A.C. No. 528, de 26 de enero del año 2000. Conforme a esta última:

"..., el problema se encuentra conectado con la vigencia de la ley en el tiempo, tema prolijamente examinado por la doctrina, y que el Tribunal ha recogido en su jurisprudencia:

" 'Supervivencia de los efectos de la ley antigua', 'ultra-actividad de la ley', principio de 'no retroactividad de la ley', son sólo aspectos parciales del más general de los 'conflictos de leyes en el tiempo', al que también se lo conoce como problema de la 'aplicación de la ley en el tiempo'..., todas ellas coincidentemente destinadas a identificar lo que también en doctrina es denominado 'límite temporal de la vigencia de la ley'; y referentes al hecho real y específico de que, como lo ha reseñado la doctrina:

"A pesar del peligro que entrañan en el terreno jurídico las analogías, las cuales, las más de las veces, confunden en mayor medida que aclaran, podemos afirmar que las leyes, al igual que las personas, tienen una existencia temporal. Nacen y mueren y, además, en el momento del nacimiento y de la muerte, suscitan problemas específicos, ya que su personalidad tiende a veces a rebasar el instante preciso en que se verifican esos dos acontecimientos.

"El estudio de la vigencia temporal de la ley es, por consiguiente, la determinación del período de tiempo durante el cual tiene la ley carácter obligatorio..., cuándo entra en vigor una ley, cuándo cesa de estarlo y en virtud de qué circunstancias rige a veces relaciones jurídicas nacidas fuera de su período de vigencia o, a la inversa, no rige relaciones jurídicas que nacieron en el período mencionado. (SANCHEZ-COVISA HERNANDO, Joaquín, 'La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano'. Ediciones de la Contraloría General de la República. Caracas, 1976, páginas 95, 118 y siguientes).

"Pero en el fondo, lo que interesa respecto de la ley aplicable al caso concreto radica en la necesidad de determinar si se han consolidado *derechos adquiridos* con fundamento en la ley derogada, por cuanto de haber sido así, éstos resultan intangibles para la ley nueva. Es decir, en casos como el presente, tales derechos, de haberse consolidado válidamente, tendrían que ser respetados, situación de intangibilidad que, por el contrario, no se extiende a las meras expectativas.

"El tránsito legislativo de una Decisión a otra podría plantear la duda respecto de situaciones jurídicas surgidas con anterioridad a la vigencia de la nueva Decisión. Para el caso

de los derechos adquiridos, éstos, como se ha dicho, de haberse consolidado válidamente, tendrán que ser respetados hasta el vencimiento del término de su vigencia, mandato que elimina toda posibilidad de que les sea aplicable la nueva normativa, de cuyo régimen y subsiguiente reconocimiento si quedan excluidas las meras expectativas". (Citado caso "BELMONT II").

De los hechos, previamente resumidos, se puede concluir sin la menor duda que la resolución impugnada en el proceso que cursa ante el juez consultante, al haber sido emitida el 5 de agosto de 1992 y notificada el 17 de los mismos mes y año, se produce dentro de la vigencia de la Decisión 313, que tuvo lugar del 14 de febrero de 1992 al 1 de enero de 1994, no estando por tanto en vigor la Decisión 311, como lo expresaran en su momento, y por cierto en coincidencia también con los argumentos de la parte actora, tanto la Procuraduría General del Estado y el Ministerio de Industrias Comercio, Integración y Pesca de la República del Ecuador, dentro del proceso que dio origen a la presente consulta. Sobre el mismo tema la citada sentencia de fecha 27 de octubre de 1999, continúa esclareciendo el punto en los siguientes términos:

"Lo práctico y recomendable resulta ser entonces que la ley nueva resuelva el asunto, normalmente a través de las clásicas Disposiciones Transitorias, las que en efecto también aparecen tanto en la Decisión 313 como en la 344, cuyo texto idéntico y arriba transcrito, es el siguiente: *'Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de conformidad con la legislación existente con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión, subsistirá por el tiempo en que fue concedido. En lo relativo a su uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas, se aplicarán las normas contenidas en la presente Decisión.'*

"Conforme a ellas los derechos de propiedad industrial válidamente concedidos con arreglo a la legislación anterior subsistirán por el tiempo señalado en ésta, pero en cambio lo relativo al uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas de los mismos quedan sometidos al régimen de la nueva Decisión." (Citado caso "BELMONT II").

Y asimismo, lo había expresado previa y categóricamente este Tribunal: "las normas del ordenamiento jurídico comunitario andino que se encontraran vigentes al momento de adoptarse las resoluciones internas que pongan fin a un procedimiento administrativo, son aplicables para juzgar la legalidad del acto final producido durante la vigencia de aquellas." (Los anteriores criterios se encuentran también recogidos, sintetizados y desarrollados, a más de las citadas, en la sentencia del 22 de junio de 1998, emitida en el caso 27-IP-97, marca TENNIS". G.O.A.C. N° 369, del 3 de setiembre de 1998).

Respecto de lo expuesto y en relación con el caso sometido a su consulta, observa el Tribunal Andino:

Por mandato del fallo pronunciado el 10 de junio de 1992, emanado de la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ésta dispuso "...LA REPOSICION DEL TRAMITE ADMINISTRATIVO AL ESTADO DE DICTAR, POR EL TITULAR DE LA CARTERA DE INDUSTRIAS, COMERCIO, INTEGRACION Y PESCA, LA RESOLUCION QUE CORRESPONDA A LA APELACION INTERPUESTA POR C.H. BOEHRINGER SOHN...".

Y así tenía que hacerlo en efecto el titular de esa cartera al emitir la impugnada resolución No. 386 del 5 de agosto de 1992, debiendo ceñirse por tanto: de una parte a las prescripciones contenidas en la normativa comunitaria vigente para esa fecha, que era la Decisión 313, y, de la otra, a los pedimentos contenidos en la apelación interpuesta por BOEHRINGER SOHN.

En relación con las primeras, dispone expresamente la Disposición Transitoria Cuarta de dicha Decisión, que los derechos **válidamente adquiridos** con arreglo a las Decisiones comunitarias anteriores, a saber, la 85 y la 311, no podían ser objeto de revocación; con lo cual se opera en el caso concreto que se debate ante el juez consultante y por virtud de dicha Disposición Transitoria, una remisión en bloque, o reenvío, al propio Derecho comunitario anterior, es decir, a las normas de la Decisión 85 vigentes cuando fue concedido el registro de la marca "BUSCAP", que habrían de ser por tanto las aplicables por el titular de la referida cartera ministerial para el momento en que emitió la resolución impugnada, todo conforme a esa norma comunitaria transitoria y en ejecución del mandato del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de fecha 10 de junio de 1992, que ordenó la reposición del procedimiento administrativo al estado de emitir nueva resolución sustitutiva de la anulada por ese Tribunal.

Pero en cambio la Decisión 85 nada dispone respecto al pretendido derecho de la sociedad INSTITUTO FARMACOLOGICO COLOMBIANO LTDA., conforme al cual, producida la renovación de un registro marcario, desaparece para la Administración la facultad de revocarlo aun cuando hubiere sido adquirido en contravención con la ley comunitaria que le dio origen. Al respecto, y además, este Tribunal Andino considera, que la renovación del registro marcario tiene por objeto prolongar la vigencia del derecho concedido a través del acto concesorio originario, no resultando admisible sostener que la renovación además convalide irregularidades congénitas del acto administrativo que otorgó el registro.

Establece también expresamente la señalada Disposición Transitoria que al *uso, goce, obligaciones, licencias, renovaciones y prórrogas* de los derechos válidamente adquiridos con anterioridad a la Decisión 313, le es enteramente aplicable el régimen de ésta.

Por lo que toca al otro parámetro del fallo judicial que ordenó la reposición, en cumplimiento de la cual el funcionario debía emitir la nueva resolución correspondiente a la apelación interpuesta por C.H. BOEHRINGER SOHN, el punto tiene que ver con el análisis y decisión del fondo del asunto que haya de hacer el juez consultante, respecto del cual el Tribunal comunitario sin entrar al análisis de los hechos, tendrá que realizar más adelante en esta sentencia la interpretación que le corresponda, de las respectivas normas supranacionales.

Aclarado el punto de la Decisión Andina aplicable al caso que va a ser juzgado por el Tribunal consultante, surge la necesidad de examinar el siguiente, complementario, relativo a la,

V. MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Considera el Tribunal que también resulta pertinente en el presente caso hacer breve referencia al tema relativo a la

motivación de los actos administrativos, que si bien no se encontraba expresamente consagrado en la Decisión 85, constituye un principio general aplicable a la expedición de todo acto administrativo en razón de su conexidad con el necesario derecho de defensa que debe ser garantizado por el autor de aquel, a los particulares.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal ha expresado al respecto:

"La motivación de los actos administrativos refleja las razones que inclinaron al órgano emisor a pronunciarse en uno u otro sentido, tomando como antecedente las normas legales y los hechos materiales o situaciones fácticas que precedieron a la expedición de un acto y que lo justificarían; constituyen su causa y su razón de ser. La motivación se contrae en definitiva a explicar el por qué de la Resolución o Decisión, erigiéndose por ello en un elemento sustancial del mismo -y hasta en una formalidad esencial de impremitible expresión en el propio acto si una norma expresa así lo impone- y cuya insuficiencia, error o falsedad puede conducir a la nulidad del acto. La plena correlación entre los argumentos esgrimidos por el administrador respecto del derecho y los hechos, por una parte, y de otra, la declaración final por él adoptada frente a los efectos que dicho acto va a producir, constituye la ecuación jurídica necesaria para que pueda hablarse de una verdadera, necesaria, sustancial, inequívoca y concordante motivación." (Sentencia producida con motivo del proceso 04-AN-97, del 17 de agosto de 1998. Publicada en G.O.A.C. No. 361, del 07 de agosto de 1998).

De esta manera, todo acto administrativo a través del cual se pretenda cancelar el registro de un signo, deberá encontrar fundamento en las razones de hecho y de derecho que estuvieron en el origen de su adopción, lo que permite al que se sienta afectado por los efectos del acto, debatirlas, una vez que hayan sido conocidas por él:

"...la motivación tanto jurídica como de hecho, vendría a constituir de esta manera la causa del acto, expresada por el sujeto del mismo, quien emite su voluntad con el objeto de producir efectos jurídicos concretos, encaminados a alcanzar una finalidad necesariamente vinculada con el interés general o colectivo." (Sentencia emitida en el citado proceso 04-AN-97).

No obstante, "la motivación de un acto dependerá muchas veces de su propia naturaleza y de los efectos que el acto pueda producir, por lo que en unos..., tal motivación puede tener una extensión mayor que en otros, pero en todo caso deberá contener los antecedentes necesarios mínimos para la adopción del acto en concreto, lo que en otras palabras significa que en la motivación deben aparecer de manera clara y no equívoca las razones sobre las cuales se basa el acto." (Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas 9.7.1969, Italia c/Comisión, as 1/69. Rec. 277, citado en el caso 04-AN-97 decidido por el Tribunal Andino).

En razón de lo expuesto, es el juez nacional quien debe determinar si la resolución que se impugna se encuentra debidamente fundamentada, con arreglo a los términos de la normativa aplicable, que era en el caso la Decisión 85, por remisión de la Cuarta Disposición Transitoria de la 313, vigente al momento de expedición de aquella.

VI. CANCELACION Y ANULACION

De los hechos previamente resumidos, surge igualmente la necesidad de establecer las diferencias entre las figuras de la **cancelación** y de la **anulación** de un registro marcario, distinción que puede responder a dos criterios diferentes:

Desde un punto de vista exclusivamente *orgánico*, la **cancelación** atendiendo al órgano emisor de la misma, en cuanto procede exclusivamente de la administración del poder ejecutivo, en tanto que la nulidad provendría necesariamente de un órgano del poder judicial.

En cambio, con arreglo a un *criterio material* la **cancelación** obedece a exclusivas razones de *oportunidad* o de *conveniencia*, materia ajena al juez y sí de la exclusiva competencia de la Administración; en tanto que la **anulación o nulidad** responde exclusivamente a criterios de *ilegalidad*, y puede en consecuencia ser confiada por la norma tanto al poder judicial como a la Administración.

Obviamente la Decisión 85 optó por un criterio orgánico, al denominar "cancelación" la facultad (que con arreglo a un criterio material se concibe como "nulidad") de extinguir el acto administrativo concesorio de un registro, por razones de "ilegalidad" previstas en la respectiva norma comunitaria.

Por su parte, a partir de la Decisión 311, y concretamente en la 313, vigente para el momento en el cual fue expedida la resolución impugnada, se empleó la más cónsona denominación de "nulidad" para la misma facultad de hacer desaparecer por razones de "ilegalidad" un acto concedido en contravención con la ley, facultad denominada por la Decisión 85, "cancelación"; a la par que siguió confiándose a la Administración.

Los anteriores criterios aparecen consignados en la jurisprudencia del Tribunal, especialmente con motivo de las sentencias producidas en las interpretaciones prejudiciales 28-IP-95, del 13 de febrero de 1998, caso "CANALI" (G.O.A.C. N° 332, del 30 de marzo de 1998), y en la más reciente No. 03-IP-99 del 14 de mayo de 1999, caso "LELLI (I)" (G.O.A.C. N° 461, del 22 de julio de 1999). Y, más recientemente, recogidos en la sentencia producida con motivo de la interpretación 15-IP-99, caso "BELMONT (II)", del 27 de octubre de 1999.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, el juez nacional consultante deberá tener en cuenta, que el recurso de "cancelación" intentado bajo la vigencia de la Decisión 85, se corresponde exactamente -dada, como ya se dijo, la identidad de las razones de ilegalidad por las que opera- con la "nulidad" prevista en la Decisión 313.

VII. CONCESION DE MARCAS EN LA DECISION 85

En consonancia con lo desarrollado en el capítulo anterior, corresponde ahora al Tribunal Andino referirse a las previsiones de los artículos 56 y 58, párrafos f) y g), de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, normas que han sido solicitadas en interpretación prejudicial, y que además sirvieron de fundamento a la solicitud de cancelación que contra la resolución 890917 (emitida por el Director Nacional de Propiedad Industrial el 6 de setiembre de 1989) interpuso la sociedad C.H. BOEHRINGER SOHN.

Adicionalmente observa el Tribunal, que es sobre la referida solicitud de cancelación que el funcionario administrativo estaba obligado a pronunciarse, en virtud de lo dispuesto por la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de fecha 10 de junio de 1992, según la cual "se dispone la reposición del trámite administrativo al estado de dictar, por el titular de la cartera de Industrias, Comercio, Integración y Pesca, la resolución que corresponda a la apelación interpuesta por C.H. BOEHRINGER SOHN respecto de la resolución N° 890917...".

Por tanto, corresponde ahora al juez consultante determinar, con base en lo que de seguidas expone este Tribunal Andino respecto de las normas cuya interpretación se solicita, si la autoridad administrativa referida emitió la resolución impugnada con arreglo a derecho y conforme a los parámetros que le fueron fijados en la tantas veces señalada sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito. Procede finalmente este Tribunal a hacer referencia a los siguientes puntos, en relación con las normas comunitarias cuya interpretación ha sido solicitada y que tienen que ver con la solución del fondo del asunto controvertido ante el consultante:

a) El concepto de marca

La marca es un bien inmaterial destinado a distinguir un producto o servicio de otros, representada aquella por un signo que, siendo intangible, requiere de medios sensibles o de la perceptibilidad para que el consumidor pueda apreciarlo, distinguirlo y diferenciarlo. Un signo que no pueda influir en el público consumidor para que éste sea capaz de diferenciar un producto o servicio de otro, carecería de la capacidad necesaria para ser distintivo. (Criterio sentado en abundante jurisprudencia, y, últimamente recogido, en la sentencia 04-IP-2000, del 29 de marzo del año 2000, correspondiente a la marca "PIPRON". Publicada en G.O.A.C. No. 563, del 10 de mayo del 2000).

Del anterior concepto, que emana de los requisitos exigidos por el artículo 56 de la derogada Decisión 85 para el registro de marcas, se desprenden ya en concreto las siguientes exigencias:

b) Suficiente distintividad

Considerada característica y función primigenia que debe reunir todo signo en el mercado para ser admitido a 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 distintivo entonces el signo cuando por sí solo sirva para identificar un producto o servicio, sin que se confunda con él o con las características esenciales o primordiales de los mismos.

c) Novedad y visibilidad

La marca necesita de elementos externos sensibles que permitan diferenciarla. Es por ello que el artículo 56 exige que los signos sean visibles, calidad que es la única que normalmente permite la identificación. Es esencial, en resumen, que el signo que ha de constituir una marca, tenga fuerza distintiva suficiente respecto a productos o servicios

que puedan ser objeto de confusión. Esta fuerza distintiva del signo, más aún que su novedad u originalidad -que siempre serán relativas-, constituye el requisito indispensable para que la marca exista jurídicamente hablando. (Ver sentencia de interpretación prejudicial producida en el caso 17-IP-96, del 13 de diciembre de 1996, correspondiente a la marca "EDWIN". Publicada en la G.O.A.C. No. 253 del 7 de marzo de 1997 y en *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Tomo V, 1996, p. 271).

d) Prohibición de registro de signos que sean confundibles con otros ya registrados o solicitados en registro

El artículo 58 literal f) de la Decisión 85, prohíbe en efecto el registro de marcas que sean confundibles con otras ya registradas, o cuyo registro haya sido debidamente solicitado o reivindicado para productos o servicios comprendidos en una misma clase. En tales términos la referida norma pretende amparar la marca del llamado "riesgo de confusión" o de la "similitud confusionista" respecto de otras que puedan generarlo; además hay que tener presente que la referida prohibición de registro opera siempre que las marcas confrontadas se encuentren destinadas a proteger productos o servicios comprendidos en la misma clase del nomenclator, lo que, observa el Tribunal Andino, sucede en el presente caso.

La confusión, en términos generales, se origina en la semejanza entre los signos distintivos y la mayor o menor similitud de los productos o servicios que esas marcas protegen, factores que llevan a los consumidores a error o confusión en cuanto al origen de los bienes y servicios vendidos con la marca similar, sin advertir que tales productos y servicios pueden provenir de empresas diferentes. (Ver sentencia producida con motivo de la interpretación prejudicial 09-IP-94, del 24 de marzo de 1995, correspondiente a la marca "DIDA". Publicada en la G.O.A.C. 180 del 10 de mayo de 1995 y en *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Tomo IV, 1994-95, p. 79).

e) La notoriedad

Al respecto, pasa el Tribunal a realizar un extracto de la jurisprudencia que ha sentado en materia de *marca notoria*, la que ha quedado sintetizada de manera clara en algunas de sus sentencias, y especialmente en la producida con motivo de la interpretación prejudicial 07-IP-97, marca "EBEL SPA", sentencia de fecha 7 de julio de 1998 (G.O.A.C. 412, del 26 de febrero de 1999), jurisprudencia conforme a la cual:

La marca notoria "es aquella que reúne la calidad de ser conocida por una colectividad de individuos pertenecientes a un determinado grupo de consumidores o usuarios del tipo de bienes o de servicios a los que les es aplicable, por que ha sido ampliamente difundida entre dicho grupo". (Sentencia del 29 de agosto de 1997, emitida en la interpretación prejudicial No. 07-IP-96, caso "REMAVENCA").

En cuanto a la protección especial de que, como tal, goza la marca notoria, el Tribunal ha dejado sentado:

"En la concepción proteccionista de la marca notoria, ésta tiene esa clasificación para efectos de otorgarle otros derechos que no los tienen las marcas comunes, pero eso no significa que la notoriedad surge de la marca por si sola, o que para su reconocimiento legal no tengan que probarse las

circunstancias que precisamente han dado a la marca ese *status*.

"El signo marcario que ampara la notoriedad, como anota PACHON, sirve de base para un derecho, cual es el de convertir a un signo en notorio y cómo revestirlo de protección judicial especial.

"La calificación de la notoriedad será la base jurídica para que esa marca tenga un reconocimiento especial dentro del derecho marcario, notoriedad, que como se expresa, tiene antecedentes probatorios que dan origen a una situación jurídica." (Identificada sentencia producida en el caso 07-IP-97).

También la marca notoria tiene que haber obtenido ese carácter con anterioridad "a la nueva marca por registrarse y al decirse notoria no ha de ser únicamente como marca sino como tal y además como notoria", lo que presupone en consecuencia que la notoriedad debe preceder como requisito esencial para impugnar el registro de una marca posterior y, a fin de que surta así los efectos que la ley comunitaria consagra al otorgar una protección especial a las mismas. Por lo demás, y como se desprende de lo expuesto, tal notoriedad debe ser probada por quien la alega.

En consecuencia, y con vista de todo lo expuesto en este capítulo, corresponde al juez nacional consultante, como ya se dijo, establecer si al momento de concederse la marca "BUSCAP" -concedida a través de la resolución ahora impugnada- la oficina nacional competente violó alguna de las normas vigentes al momento de conceder el referido registro marcario. Al respecto, en el caso el juez consultante deberá acudir a los siguientes criterios generales que esta jurisdicción comunitaria se ha esmerado en definir, a los fines de que al momento de resolver pueda orientarse certeramente en la solución del caso concreto:

En efecto, la referida jurisprudencia ha establecido que "el signo que se confunda con otro u otros, no tiene acceso al registro tanto porque carece de la fuerza distintiva requerida (condición *sine qua non* para que sea considerado como marca) como por que, de permitirse el registro, se violentaría el interés del titular de un signo solicitado o registrado y así mismo el de los consumidores." (Sentencia producida con motivo del caso 33-IP-99, de fecha 22 de marzo del año 2000, correspondiente al caso "PACIFIC").

La determinación de la confundibilidad responde a una decisión unilateral de la administración o, en su caso, del juzgador los que, alejándose de un criterio arbitrario, han de determinarla con base a reglas y principios que doctrina y jurisprudencia de consuno han sugerido a los efectos de precisar el grado de confundibilidad, la que va del extremo de la identidad a la semejanza, y que es "...un concepto jurídico indeterminado en cuya ponderación o apreciación ocupa un lugar preferente el criterio que propugna una visión de conjunto, sintética, desde los elementos integrantes de cada una de las denominaciones confrontadas, sin descomponer su afinidad fonética y, en su caso, gráfica donde la estructura prevalezca sobre sus integrantes parciales, en una perspectiva especialmente adecuada a cuestiones cuyo aspecto más importante es el filológico." ("Sección de Derecho de la Propiedad Industrial Intelectual", dirigida por José Massager Fuentes, N° 648, Valencia - España 1998, Pág. 11161). Adicionalmente, observa el Tribunal, al lado de la

comparación entre signos, que puede darse en el plano visual, fonético o auditivo e ideológico, es preciso tomar en cuenta los bienes que se pretende distinguir con los signos en conflicto, toda vez que si se trata de unos entre los cuales no exista conexión competitiva, el riesgo de confusión desaparece; mientras que si la comparación se establece entre signos destinados a distinguir idénticos productos, ese riesgo podría incrementarse. Situación la descrita, que también en el presente caso toca determinar al consultante.

En tal sentido, este Tribunal considera que, en el caso objeto de la consulta, resulta conveniente considerar y enfrentar la:

1. Similitud ideológica

Que se da entre signos que evocan la misma o similares ideas. Señala OTAMENDI al respecto que:

"Es la que deriva del mismo parecido conceptual de las marcas. Es la representación o evocación [de] una misma cosa, característica o idea la que impide al consumidor distinguir una de otra. Así se han declarado confundibles 'Van haus' y 'Van Heusen' porque suscitan la idea de apellidos de origen holandés; 'Danmark' y 'la Danesa' por cuanto ambas evocan la idea de una común procedencia; 'Paño mágico' y 'Mágico de Odol' que tienen identidad ideológica dando lugar a la evocación de algo fantástico, irreal, encantador, fascinador, asombroso, hechicero, etc. ...". (Derecho de Marcas. Ob. cit., pág. 152).

De modo que pueden ser considerados confundibles signos que aunque visual o fonéticamente no sean similares, pueden inducir a error al público consumidor en cuanto a su procedencia empresarial, si es que evocan la misma o similar idea.

2. Similitud ortográfica

Se presenta por la coincidencia de letras entre los segmentos a compararse, en los cuales la secuencia de vocales, la longitud, el número de sílabas, las raíces, o las terminaciones comunes, pueden inducir en mayor grado a que la confusión sea más palpable y notoria.

3. Similitud fonética

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

Para el caso concreto, el examinador -en este caso, juez consultante- al revisar la fonética de las marcas en conflicto tomará en cuenta, tal como se ha venido diciendo, la totalidad de las sílabas que conforman las marcas "BUSCAPINA" y "BUSCAP".

Todo lo anterior también se encuentra ligado con las reglas para realizar el cotejo marcario, reglas que el Tribunal ha venido en efecto acogiendo en reiterada jurisprudencia, y que han sido expuestas por la doctrina (BREUER MORENO, "Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio", Edit. Robis, Buenos Aires, pág. 351 y ss.):

- La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas;

- Las marcas deben ser examinadas en forma sucesiva y no simultánea;
- Quien aprecie la semejanza deberá colocarse en el lugar del comprador presunto, tomando en cuenta la naturaleza del producto;
- Deben tenerse así mismo en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existan entre las marcas.

Aún más, en relación con dichos criterios, el Tribunal ha distinguido:

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.

Así mismo, en la comparación marcaria debe emplearse el método de cotejo sucesivo entre las marcas, esto es, no cabe el análisis simultáneo, en razón de que el consumidor tampoco analiza simultáneamente las marcas, sino que lo hace en forma individualizada.

Y, por lo que corresponde a la cuarta regla, el mencionado tratadista Breuer ha expresado que "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"; respecto de las reglas para la determinación del riesgo de confusión, pueden verse, entre otras, las sentencias de interpretación prejudicial -entre las primeras que tratan del tema- la No. 01-IP-87, publicada en la G.O.A.C. N° 28, del 15 de febrero de 1987, marca "VOLVO"; y, entre las recientes, la No. 40-IP-99, aprobada el 26 de noviembre de 1999, marca "LAUREL".

Finalmente el Tribunal, dados los hechos y argumentos expuestos por las partes, también considera del caso referirse al tema de,

f) La coexistencia de marcas

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal ha expresado:

"Una coexistencia pacífica, extensa en número de años y sin reclamaciones por parte del primer titular, puede significar una autorización tácita de aquél para que el segundo titular pueda continuar utilizando su marca, pues, constituyendo la causal de irregistrabilidad de confusión, una causal que doctrinariamente ha sido considerada como susceptible de acarrear sólo nulidad relativa, bien podría subsanarse con esa autorización -expresa o tácita- o con la desaparición de la confusión. La actitud pasiva del primer titular sin que obre en defensa de su marca en tiempo oportuno, revela una señal de aceptación de los hechos así como la presunta diferenciación de los dos signos. Si no ha existido confusión por muchos años, la nulidad por esa causal no tendría el objetivo y fines que la norma persiguió: defender a los consumidores y al titular marcario. En ese caso, la causal de confusión más bien se ha revertido en favor del segundo titular. En efecto el uso permanente de dos signos registrados semejantes habría logrado con el transcurrir del tiempo, eliminar la confusión y crear, más bien, la inconfundibilidad y la diferenciación entre ellos. En suma, la coexistencia pacífica puede llegar a eliminar la confundibilidad entre dos signos, y habiéndose eliminado ésta, desaparece también la causal de nulidad que a lo mejor existió en un primer momento." (Sentencia

producida con motivo de la interpretación prejudicial 18-IP-98, del 30 de marzo de 1998, correspondiente a la marca "US TOP").

En consecuencia, le corresponde también al juez nacional consultante verificar si la coexistencia de las marcas en el mercado es, en la práctica, efectiva, teniendo en cuenta que no resulta suficiente la coexistencia de ambas solamente a nivel del registro de los mismos sino que se requiere además que haya habido una coexistencia real y efectiva en el mercado respectivo, de las marcas confrontadas, sin que *se* corra el riesgo de confusión.

Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,

Concluye:

1° De manera constante ha reiterado este Tribunal que el señalamiento de las normas andinas cuya interpretación es solicitada por el juez nacional comunitario, en modo alguno imita la competencia del juez supranacional para proceder a la interpretación, sólo o adicionalmente, de las que considere relevantes a los fines de la solución del caso concreto en debate ante el juez nacional, aunque siempre con vista de los hechos del proceso aportados por éste; ello en los términos previstos por el artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal.

2° En materia de propiedad industrial, las normas del ordenamiento jurídico comunitario andino que se encontraran vigentes al momento de adoptarse las resoluciones internas que pongan fin a un procedimiento administrativo, son las aplicables para juzgar la legalidad del acto final producido durante la vigencia de aquellas.

Sin embargo, la Disposición Transitoria Cuarta de la Decisión 313, vigente al momento de expedirse al acto administrativo recurrido, dispone expresamente, que los derechos **válidamente adquiridos** con arreglo a las Decisiones comunitarias anteriores, a saber, la 85 y la 311, no podían ser objeto de revocación; con lo cual se opera en el caso concreto que se debate ante el juez consultante y por virtud de dicha Disposición Transitoria, una remisión en bloque al propio Derecho comunitario anterior, es decir, a las normas de la Decisión 85 vigentes cuando fue concedido el registro de la marca "BUSCAP".

3° Todo acto administrativo a través del cual se pretenda cancelar el registro de un signo, deberá encontrar fundamento en las razones de hecho y de derecho que estuvieron en el origen de su adopción, lo que permite al que se sienta afectado por los efectos del acto, debatirlas una vez que hayan sido conocidas por él. No obstante, la motivación de un acto dependerá muchas veces de su propia naturaleza y de los efectos que el acto pueda producir, por lo que en unos, tal motivación puede tener una extensión mayor que en otros, pero en todo caso deberá contener los antecedentes necesarios mínimos para la adopción del acto en concreto, lo que en otras palabras significa que en la motivación deben aparecer de manera clara y no equívoca las razones en las cuales se fundamenta el acto.

4° La Decisión 85 optó por un criterio orgánico, al denominar "cancelación" la facultad (que con arreglo a un criterio material se concibe como "nulidad") de extinguir el acto administrativo concesorio de un registro, por razones de "ilegalidad" previstas en la respectiva norma comunitaria,

sistema que más tarde con la vigencia de las siguientes Decisiones pasó a llamarse "anulación".

5° En materia de renovación del registro marcario, la Decisión 85 nada estableció al respecto, sin embargo este Tribunal Andino considera, que la renovación del registro marcario tiene por único objeto prolongar la vigencia del derecho concedido a través del acto concesorio originario, no resultando por tanto admisible sostener que la renovación además convalide irregularidades originariamente contenidas en el acto administrativo que otorgó el registro.

6° La determinación del riesgo de confusión entre las denominaciones confrontadas en el presente caso, surgirá de la realización del correspondiente examen comparativo, en el que necesariamente se deben tener en cuenta los criterios aportados por la doctrina y la jurisprudencia, ya señalados en la parte considerativa de la presente providencia.

7° La notoriedad de la marca es materia que, si se alega o se controvierte, debe probarse por quien corresponda, conforme a las reglas de la carga de la prueba y ante la autoridad administrativa o judicial que esté conociendo de una solicitud de "cancelación" como sucede en el presente caso. Le corresponde entonces a la autoridad competente la valoración de las pruebas presentadas, de acuerdo con los principios de la sana crítica, siempre sometida esa revisión administrativa a la posibilidad del control posterior, también jurisdiccional, de la alta autoridad judicial consultante.

8° Respecto de la coexistencia de marcas, es necesario que ella sea efectiva en la práctica, teniendo en cuenta que no resulta suficiente la coexistencia sólo a nivel de registro de las mismas, sino que se requiere además que haya habido una coexistencia real en el mercado respectivo, de las marcas confrontadas. Por tanto, la permisibilidad por parte del primer titular de una marca, del uso que de un segundo signo registrado hiciera su respectiva titular durante un período considerable de tiempo, podría entenderse como la aceptación implícita por aquél de la utilización simultánea de los dos signos.

Por su parte el juez nacional consultante, al emitir el respectivo fallo, deberá adoptar la presente interpretación que, con fundamento en las señaladas normas del ordenamiento jurídico comunitario, ha sido realizada por el Tribunal en esta sentencia, la cual se ordena notificarle mediante copia certificada y sellada de la misma. Remítasele también a la Secretaría General de la Comunidad Andina, a los fines de su correspondiente publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

El Presidente,
Luis Enrique Fariás Mata

Juan José Calle y Calle
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Guillermo Chahín Lizcano
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.

Dr. Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO