REGISTRO OFICIAL
ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Dr. Gustavo Noboa Bejarano
Presidente Constitucional de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año II -- Quito, Miércoles 28 de Febrero del 2001 -- Nº 274

EDMUNDO ARIZALA ANDRADE
DIRECTOR ENCARGADO

Teléfonos: Dirección: 282 - 564 --- Suscripción anual: US$ 60
Distribución (Almacén): 570 - 299 --- Impreso en la Editora Nacional
Sucursal Guayaquil: Dirección calle Chile N° 303 y Luque -- Telf. 527 - 107
4.500 ejemplares -- 32 páginas -- Valor US$ 0.25

SUMARIO:

Págs.

FUNCION EJECUTIVA

ACUERDOS:

MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS:

063 Delégase al señor doctor Edgar Acosta Grijalva, Subsecretario General Jurídico, para que represente al señor Ministro en la sesión extraordinaria de la Junta Directiva del Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias (INIAP) 2

064 Delégase al señor economista Stalin Nevárez Rivadeneira, Subsecretario General de Finanzas, encargado, para que represente al señor Ministro en la sesión de la Comisión Ejecutiva del Banco del Estado 2

MINISTERIO DE SALUD:

0009 Declárase como emergente y excepciónase de los procedimientos precontractuales, la adquisición de suero antiofídico 2

0015 Ratifícase el contenido y alcance del Acuerdo Ministerial N° 01726 del 13 de octubre de 1999 que se refiere a la Desconcentración de la Administración y Gestión de Personal a nivel nacional 3

0016 Derógase el Acuerdo Ministerial N° 00594-A de 1 de diciembre del 2000 3

0022 Créase el Programa Nacional de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia 4

Págs.

RESOLUCION:

JUNTA BANCARIA:

JB-2001-316 Modifícase la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y de la Junta Bancaria: "Normas para la constitución y funcionamiento de la Unidad de Reestructuración de Créditos - URC 4

ACUERDO DE CARTAGENA

PROCESOS:

16-AI-99 Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General contra la República de Venezuela al aplicar ésta, mediante Decreto No. 2484 del 15 de abril de 1998 aranceles nacionales distintos al Arancel Externo Común, en contravención a los artículos 90 y 98 del Acuerdo de Cartagena, 5° del Tratado de Creación de este Tribunal, así como la Decisión 370 de la Comisión de la Comunidad Andina y de la Resolución 095 de la Secretaría General 12

45-IP-98 Solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 párrafo h), 83 párrafo b) y 128 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Consejo de Estado de la República de Colombia, Consejero Ponente Dr. Manuel Urueta Ayola, formulada con motivo de la acción de nulidad ejercida por la empresa IMPRESORA COLOMBIANA S.A. IMPRECOL

Págs.

S.A., contra el registro de la marca "IMPRECOL", correspondiente al proceso interno No. 4.300; e interpretación de oficio por este Tribunal del artículo 113 y de la Disposición Final Unica, de la misma Decisión 344 18

33-IP-2000 Interpretación prejudicial de los artículos 81, 83, literales a), b), d) y e); 96, 102, 128, 146 y 147 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y del artículo 5° del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Proceso Interno No. 4954. Actor: MAX MARA FASHION GROUP S.R.L. Marca: MAXMARA 26

AVISO JUDICIAL:

- **Muerte presunta del señor Diego Hernández Niacasa (1era. publicación) 32**

No. 063

EL MINISTRO DE ECONOMIA Y FINANZAS

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 25 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control,

Acuerda:

Artículo único.- Delegar al señor Dr. Edgar Acosta Grijalva, Subsecretario General Jurídico de esta Cartera de Estado, para que me represente en la sesión extraordinaria de la Junta Directiva del Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias (INIAP), a realizarse el día jueves 8 de febrero del 2001.

Comuníquese.- Quito, 7 de febrero del 2001.

f.) Pablo Córdova Cordero, Ministro de Economía y Finanzas, Enc.

Es copia, certifico.

f.) Julio César Moscoso S., Secretario General del Ministerio de Economía y Finanzas.

No. 064

EL MINISTRO DE ECONOMIA Y FINANZAS

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 25 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control,

Acuerda:

Artículo único.- Delegar al señor Econ. Stalin Nevárez Rivadeneira, Subsecretario General de Finanzas, encargado, para que me represente, en la sesión de la Comisión Ejecutiva del Banco del Estado, a realizarse el día jueves 8 de febrero del 2001.

Comuníquese.- Quito, 8 de febrero del 2001.

f.) Pablo Córdova Cordero, Ministro de Economía y Finanzas, Enc.

Es copia, certifico.

f.) Julio César Moscoso S., Secretario General del Ministerio de Economía y Finanzas.

No. 009

EL MINISTRO DE SALUD PUBLICA

Considerando:

Que mediante memorando No. SEP-10-1221 de 16 de noviembre del 2000, el Director Nacional de Epidemiología informa al Director General de Salud que las unidades de salud del país están totalmente desprovistas de suero antiofídico;

Que de conformidad con el artículo 42 de la Constitución de la República es deber del Estado, garantizar el derecho a la salud, su promoción y protección;

Que el Código de Salud en su artículo 96 establece la obligación del Estado de fomentar y promover la salud individual y colectiva;

Que el literal a) del artículo 6 de la Ley de Contratación Pública, artículo 4 del reglamento a dicha ley y título cuarto del Reglamento Unico de Contrataciones del Ministerio de Salud Pública, prevén la emergencia médica o sanitaria como causa de excepción a los procedimientos precontractuales; y,

En ejercicio de sus atribuciones legales,

Acuerda:

Art. 1.- Declarar como emergente y excepcionar de los procedimientos precontractuales, la adquisición de suero antiofídico, de acuerdo a lo prescrito en los literales a) y j) del artículo 6 de la Ley de Contratación Pública.

Art. 2.- De la ejecución del presente acuerdo; encárgase al Subsecretario General de Salud, Director General de Salud y Director Nacional de Epidemiología.

Art. 3.- El presente acuerdo entrará en vigencia, a partir de la fecha de su suscripción, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.
Comuníquese en Quito, a 30 de enero del 2001.

f.) Dr. Patricio Jamriska J., Ministro de Salud Pública.

Es fiel copia del documento que consta en el archivo del Departamento de Documentación y Archivo al que me remito en caso necesario.

Lo certifico.- En Quito, 7 de febrero del 2001.

f.) Jefe de Documentación y Archivo, Ministerio de Salud Pública.

No. 0015

EL MINISTRO DE SALUD PUBLICA

Considerando:

Que, el artículo 124 de la Constitución Política de la República, determina que la Administración Pública se organizará y desarrollará de manera descentralizada y desconcentrada;

Que, el literal b) del artículo 5 de la Ley de Modernización del Estado establece como principio y norma general la descentralización y desconcentración de las actividades administrativas;

Que, los artículos 26, 27 y 28 de la Ley Especial de Descentralización del Estado obliga a cada entidad y organismo del sector público a establecer e implementar programas permanentes de desconcentración de funciones y recursos, a través de la transferencia de una o más de sus atribuciones a otros órganos dependientes;

Que, el artículo 18 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, faculta a los ministros secretarios de Estado, delegar atribuciones y deberes a funcionarios y empleados de su Portafolio dentro de la esfera de su competencia cuyo efecto será el traslado de la competencia al órgano desconcentrado;

Que, mediante Acuerdo Ministerial Nro. 1726 del 13 de octubre de 1999, el señor Ministro de Salud a esa fecha emite el Instrumento Legal Unico de Desconcentración de la Gestión y Administración de los Recursos Humanos a nivel nacional; y,

En uso de las atribuciones que le confiere la ley,

Acuerda:

Art. 1.- Ratificar el contenido y alcance del Acuerdo Ministerial Nro. 01726 del 13 de octubre de 1999 que se refiere a la Desconcentración de la Administración y Gestión de Personal a Nivel Nacional.

Art. 2.- En el contexto de la Modernización del Estado, transferir al señor Subsecretario General de Salud, la facultad de actuar como Autoridad Nominadora de la Planta Central del Ministerio de Salud Pública en la administración y gestión de personal y como tal, ejercer las atribuciones previstas en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, su Reglamento de Aplicación, Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, reglamento correspondiente y leyes conexas, Código del Trabajo, Ley de Servicios Personales por Contrato, leyes escalafonarias y sus respectivos reglamentos, así como asumir las responsabilidades que dicha transferencia implica.

Art. 3.- En consecuencia el señor Subsecretario General de Salud nombrará, aceptará renuncias, contratará, trasladará provisional y definitivamente, aplicará todo tipo de sanciones, declarará la cesación definitiva de funciones, concederá licencias y permisos, y otros movimientos al personal de planta central.

Art. 4.- Se exceptúan de esta facultad: los nombramientos, remociones, aceptación de renuncias y cesación definitiva de funciones de los puestos de libre nombramiento y remoción de planta central, de los puestos de subsecretarios y directores provinciales de Salud que continuarán siendo suscritos por el titular.

Art. 5.- Para la designación de las autoridades nominadoras de las jefaturas de áreas y directores de hospitales que es competencia de los señores directores provinciales de Salud; consultarán de manera obligatoria al titular de este Portafolio.

Art. 6.- De la ejecución del presente acuerdo ministerial que entrará en vigencia a partir de la fecha de su suscripción, encárguese al señor Subsecretario General de Salud y señora Directora de Gestión de Personal. Publíquese en el Registro Oficial.

Comuníquese en Quito, a 31 de enero del 2001.

f.) Dr. Patricio Jamriska Jácome, Ministro de Salud Pública.

Es fiel copia del documento que consta en el archivo del Departamento de Documentación y Archivo, al que me remito en caso necesario.

Lo certifico.- Quito, 7 de febrero del 2001.

f.) Jefe de Documentación y Archivo, Ministerio de Salud Pública.

No. 0016

EL MINISTRO DE SALUD PUBLICA

Considerando:

Que el artículo 3 de la Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos de Uso Humano, publicada en el Registro Oficial No. 59 de 17 de abril del 2000, dispone que el Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso Humano esté integrado por el Ministro de Salud Pública, quien lo presidirá, o su delegado permanente;

Que de conformidad con el artículo 176, Capítulo 3, Título VII de la Constitución Política de la República, los ministros de Estado representarán al Presidente de la República en los asuntos propios del Ministerio a su cargo, esto en concordancia con lo dispuesto en el último inciso del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 3, publicado en el Registro

Oficial No. 3 de 26 de enero del 2000, que modifica el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva;

Que mediante Acuerdo Ministerial No. 00594-A de 1 de diciembre del 2000, se designa al doctor Diego Castillo Aguirre, como delegado permanente del ex-Ministro de Salud Pública al Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso Humano, para que presida dicho cuerpo colegiado; y,

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales,

Acuerda:

Art. 1.- Derogar expresamente el Acuerdo Ministerial No. 00594-A de 1 de diciembre del 2000, mediante el cual se designó al doctor Diego Castillo Aguirre como delegado permanente del ex-Ministro de Salud Pública al Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso Humano, para que presida dicho cuerpo colegiado.

Art. 2.- El Ministro de Salud Pública designará en forma oportuna a su delegado permanente al Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso Humano.

Art. 3.- El presente acuerdo ministerial, entrará en vigencia a partir de la fecha de su suscripción.

Dado en Quito, a 31 de enero del 2001.

f.) Dr. Fernando Patricio Jamriska Jácome, Ministro de Salud Pública.

Es fiel copia del documento que consta en el archivo del Departamento de Documentación y Archivo, al que me remito en caso necesario.

Lo certifico.- En Quito, 7 de febrero del 2001.

f.) Jefe de Documentación y Archivo, Ministerio de Salud Pública.

No. 0022

EL MINISTRO DE SALUD PUBLICA

Considerando:

Que la Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia, manda que toda mujer ecuatoriana tiene derecho a la atención de salud gratuita y de calidad durante su embarazo parto y postparto; de igual manera que se otorgue sin costo la atención de salud a los recién nacidos, menores de cinco años, como una acción de salud pública, responsabilidad del Estado;
Que el Ministerio de Salud Pública, según lo dispone la ley antes citada, es copartícipe en la ejecución de la misma;

Que se requiere reforzar la estructura administrativa del órgano del Ministerio de Salud Pública encargado de ejecutar la ley, en el ámbito de su competencia; y,

En ejercicio de sus atribuciones legales,

Acuerda:

Art. 1.- Crear el PROGRAMA NACIONAL DE MATERNIDAD GRATUITA Y ATENCION A LA INFANCIA, para que ejecute la Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia, en el ámbito de competencia del Ministerio de Salud Pública.

Art. 2.- El programa dependerá directamente del Ministro de Salud Pública y contará con un Director que optimizará la utilización de recursos, para cumplir eficientemente con el objetivo legal de atención de la salud de la mujer durante el embarazo y recién nacidos menores de cinco años.

De la ejecución de este acuerdo, que entrará en vigencia a partir de su suscripción, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, encárguese el Director del Programa, el Director General de Salud y el Director Nacional Financiero del Ministerio de Salud Pública.

Dado en la ciudad de Quito, el día de hoy 17 de enero del 2001.

f.) Dr. Fernando Bustamante Riofrío, Ministro de Salud Pública.

Es fiel copia del documento que consta en el archivo del Departamento de Documentación y Archivo, al que me remito en caso necesario.

Lo certifico.- En Quito, a 7 de febrero del 2001.

f.) Jefe de Documentación y Archivo, Ministerio de Salud Pública.

No. JB-2001-316

LA JUNTA BANCARIA

Considerando:

Que mediante Decreto Ejecutivo No 1168, publicado en el Registro Oficial No. 257 del 1 de febrero del 2001, el Presidente de la República expidió el “Reglamento de reestructuración de créditos del sector productivo con las instituciones financieras”;
Que en el artículo 4 del mencionado decreto, se establece que para coadyuvar a la reestructuración de créditos se deberá conformar en la Superintendencia de Bancos, la “Unidad de Reestructuración de Créditos”, la cual actuará como órgano facilitador de los procesos de negociación existentes dentro de la reestructuración de créditos;

Que en concordancia con lo dispuesto en el decreto ejecutivo invocado y de conformidad con lo previsto en la letra b) del artículo 175 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la Junta Bancaria, en sesión celebrada el 1 de febrero del 2001, aprobó la presente resolución; y,

En ejercicio de sus atribuciones legales,

Resuelve:

ARTICULO 1.- Incorporar en el subtítulo VIII "Disposiciones generales a otras normas", del título XIV "Disposiciones generales" de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y de la Junta Bancaria, el siguiente capítulo:

"CAPITULO XIV.- NORMAS PARA LA CONSTITUCION Y FUNCIONAMIENTO DE LA UNIDAD DE REESTRUCTURACION DE CREDITOS - URC

SECCION I.- ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LA UNIDAD DE REESTRUCTURACION DE CREDITOS

ARTICULO 1.- Confórmase, dentro de la Superintendencia de Bancos, la Unidad de Reestructuración de Créditos, la cual velará por el cumplimiento de las normas que regulan el programa de reestructuración de créditos; supervisará el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los participantes; y, actuará como facilitadora en los procesos de reestructuración.

ARTICULO 2.- La Unidad de Reestructuración de Créditos tendrá ámbito de acción nacional, y estará administrada por: un Director General designado por la Junta Bancaria y el personal de apoyo necesario para su funcionamiento, que será contratado por el Superintendente de Bancos a pedido del Director General.

El Director General informará por lo menos mensualmente sobre el desarrollo de los programas, bajo absoluta confidencialidad, al Superintendente de Bancos y por medio de él a la Junta Bancaria.

El honorario del Director General será determinado por la Junta Bancaria.

Se autoriza al Superintendente de Bancos para que incluya en el presupuesto especial de la institución, los costos que demandarán el funcionamiento de la Unidad de Reestructuración de Créditos y la difusión publicitaria del programa de reestructuración de créditos.

ARTICULO 3.- El Director General provendrá del sector privado y requerirá: título profesional en derecho, o en economía, o en finanzas, o en administración de empresas o en áreas afines, con grado de maestría o superior, otorgado por universidades nacionales o internacionales de reconocido prestigio; y, experiencia de por lo menos cinco años en cargos de dirección y responsabilidad. El ejercicio de tales cargos por más de 10 años podrá suplir el requerimiento de maestría.

Los responsables de administración de casos deberán ser profesionales en derecho, o en economía, o en finanzas, o en administración de empresas o en áreas afines; con títulos de especialización otorgados por universidades nacionales o internacionales de reconocido prestigio; en materias afines con las actividades de la URC; y, contar con experiencia profesional mínima de cinco años en áreas afines a la reestructuración. Una experiencia de 5 años en funciones de alta responsabilidad, podrá sustituir el requerimiento de título de especialización.

El Director General y los funcionarios de la URC deberán presentar, antes de la suscripción de prestación de servicios profesionales a la Superintendencia de Bancos, una declaración juramentada de sus bienes y que tienen absoluta independencia e imparcialidad para desempeñar tales funciones, a la vez que se obligarán a mantener aquéllas durante todo el tiempo que presten sus servicios profesionales.

El personal de la URC será contratado temporalmente mediante la modalidad de servicios profesionales por honorarios, sin embargo personal, de carrera, técnico o de apoyo de la Superintendencia de Bancos podrá participar en la URC, mediante acciones administrativas internas.

ARTICULO 4.- El Director General y demás personal que actúen en la URC, mientras presten sus servicios profesionales, no podrán ser accionistas o socios, directores, funcionarios, consultores, asesores o empleados de ninguna de las instituciones sujetas al control de la Superintendencia de Bancos, ni de la Agencia de Garantía de Depósitos, ni de las personas jurídicas o naturales que sean deudores sometidos al programa de reestructuración.

Si el cónyuge o parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, del personal de la URC fueren accionistas o socios, directores, funcionarios o empleados de algunas de las instituciones o personas mencionadas en el inciso primero de este artículo, dicho funcionario está obligado a dar a conocer, por escrito, tal circunstancia al Superintendente de Bancos de la unidad. Deberá además excusarse de intervenir en los asuntos que tengan relación con esas personas, bajo pena terminación unilateral del contrato

ARTICULO 5.- Son funciones de la Unidad de Reestructuración de Créditos las siguientes:

5.1 Intervenir activamente en los procesos de reestructuración de créditos, mediante la aplicación de estrategias que permitan obtener acuerdos entre las partes, motivando al mayor número de deudores y acreedores a participar en el programa a fin de concretar los respectivos acuerdos;

5.2 Actuar como facilitadora en los procesos de reestructuración, cuando las partes soliciten su asistencia;

5.3 Disponer en un plazo máximo de 5 días hábiles la revisión y ajuste de los aspectos negociados entre deudores y acreedores que a su juicio afecten al interés público;

5.4 Absolver consultas y dar trámite a las solicitudes que realicen los deudores o acreedores en la aplicación práctica de las normas que regulan el "Programa de reestructuración de créditos";

5.5 Receptar la notificación de cualquiera de las partes de la no conformación del comité de acreedores, o la no

concurrencia de algunos de sus miembros y disponer su conformación en los plazos establecidos;

5.6 Sugerir la lista de expertos facilitadores, mediadores o árbitros a los que podrán acudir los deudores y acreedores, para los efectos estipulados en el artículo 3 del Parágrafo II, de la Sección II, del presente capítulo;

5.7 Poner en conocimiento del Superintendente de Bancos el incumplimiento por parte de las instituciones financieras de sus obligaciones dentro de la ejecución de procesos de reestructuración de créditos, a efectos de que disponga los correctivos o sanciones a que hubiere lugar;

5.8 Recopilar, evaluar y salvaguardar la información recibida en la Unidad, en el desarrollo de los procesos de reestructuración de créditos;

5.9 Evaluar trimestralmente la ejecución de los procesos de reestructuración que llevan a cabo los comités, de acuerdo con los criterios que al efecto se adopten; y,

5.10 Las demás que establezcan la Junta Bancaria y/o el Superintendente de Bancos.

ARTICULO 6.- El personal de la URC, los acreedores y los facilitadores quedan obligados a guardar el sigilo bancario previsto en la ley y solo podrán usar la información que reciban para efectos de los respectivos procesos de reestructuración de créditos.

SECCION II.- OPERATIVIDAD Y PROCEDIMIENTOS APLICABLES A LA REESTRUCTURACION

PARAGRAFO I.- DEL COMITE DE ACREEDORES

ARTICULO 1.- En la primera sesión de acreedores se procederá a la constitución formal del comité se procederá a su constitución formal y a la determinación del porcentaje de acreencias de cada miembro, de acuerdo al procedimiento establecido en las secciones I y II del capítulo XIII, de esta Codificación.

Con el fin de determinar el nivel de endeudamiento del deudor y el porcentaje del monto consolidado de los créditos a reestructurarse que corresponde a cada acreedor, éstos presentarán al comité un desglose detallado de todas las obligaciones del deudor, incluyendo las operaciones activas y contingentes con sus respectivos intereses, comisiones devengadas y gastos legales incurridos, cuando fuere del caso. Este desglose debe venir acompañado de los soportes documentarios pertinentes, con el fin de que el resto de acreedores efectúen las comprobaciones y observaciones respectivas.

ARTICULO 2.- Los acreedores integrantes del comité no podrán abstenerse en la votación y lo harán a favor o en contra del plan de reestructuración sometido a consideración. Todo voto en contra de un plan propuesto deberá ser debidamente sustentado. Los votos de los representantes ausentes se sumarán a la mayoría.

Para asegurar que la votación del representante que acudiere a nombre de un acreedor, éstos deberán declarar que no se encuentran incursos en los casos de inhabilidad antes enunciados.

En el evento que tal declaración del representante apareciere falsa, la votación obtenida y que con el concurso de ese representante hubiere obtenido mayoría será inválida siempre que fuere determinante para haber obtenido dicha mayoría.

ARTICULO 3.- El comité de acreedores será presidido por el representante de la institución financiera de mayor acreencia, salvo que se encuentre incurso en los casos de inhabilidad antes enunciados; el presidente dirigirá las sesiones y nombrará un secretario, dentro de los miembros del comité, quien será el responsable de elaborar las actas de cada sesión, comunicar las resoluciones del comité, enviar las informaciones pertinentes a la URC, así como de cualquier otra función que el comité le asigne.

ARTICULO 4.- Basándose en el análisis de la documentación facilitada por el deudor conforme a lo requerido en el Capítulo XIII, del presente subtítulo, así como en cualquier otra información aportada por los representantes, el comité:

4.1 Determinará la elegibilidad del deudor para la reestructuración de sus deudas;

4.2 Aceptará tramitar la negociación con el deudor en los términos del acuerdo entre acreedores incluido en el anexo No. 1 del presente capítulo. En caso contrario, determinará las modificaciones necesarias para que dichos términos sean aceptables al comité. El secretario remitirá acta del acuerdo entre acreedores a la URC en un tiempo máximo de 3 días hábiles;

4.3 Analizará las limitaciones expuestas por el deudor en su solicitud relativa a los términos en que suscribirá el acuerdo deudor - acreedor (anexo 2) y tomará una decisión sobre la postura que mantendrá el comité con respecto a las mismas durante la primera reunión con el deudor;

4.4 Decidirá sobre la información adicional que, en su caso, sea necesaria recabar del deudor; y,

4.5 Determinará la fecha para la primera reunión con el deudor, señalándose los puntos a tratar, el lugar, fecha y hora en que ella se efectuará.

La comunicación de estos aspectos al deudor deberá efectuarse por lo menos con 5 días hábiles de anticipación a la fecha señalada.
El tiempo para la convocatoria a la primera reunión con el deudor por parte del comité de acreedores no podrá ser mayor a 10 días hábiles desde la recepción de la solicitud de reestructuración por parte del deudor.

ARTICULO 5.- Las decisiones del comité de acreedores no afectarán los derechos reales de garantía ya constituidos a favor de un acreedor, salvo aceptación expresa de éste.

ARTICULO 6.- Durante la primera reunión del comité de acreedores con el deudor, los representantes de los acreedores y el deudor firmarán el acuerdo deudor - acreedores que consta en el anexo 2 de este capítulo, introduciendo cuantas modificaciones consideren oportunas, de común acuerdo entre las partes.

Igualmente, las partes determinarán el calendario para la negociación de las condiciones de la reestructuración en el plazo original de 30 días hábiles, se aceptarán ampliaciones de plazos previo acuerdo entre las partes, debiendo reportarse esta ampliación a la URC.

El acuerdo de extensión de plazo se podrá realizar siempre y cuando el plazo original no hubiere expirado.

ARTICULO 7.- Al llegarse a un acuerdo entre el deudor y el comité de acreedores en cuanto a la reestructuración de créditos dentro el plazo previsto, el secretario del comité remitirá a la URC el acuerdo de reestructuración debidamente suscrito por las partes.

ARTICULO 8.- En caso de que el comité de acreedores o el deudor decidieren, unilateralmente o de común acuerdo, dar por finalizada la negociación para la reestructuración de créditos, notificarán dicha decisión a la URC en el tiempo máximo de 3 días hábiles desde la adopción de dicha decisión.

Si habiéndose agotado todos los plazos previstos no se hubiera alcanzado un acuerdo de reestructuración, el comité de acreedores informará a la URC en el tiempo máximo de 3 días hábiles desde la expiración del plazo, las razones por las cuales no se han solicitado la ampliación del mismo y se da por concluido el proceso de negociación directa.

No obstante lo anotado en el inciso anterior, cualquiera de las partes podrá solicitar el concurso de la URC, para acceder al proceso de negociación con intervención de ésta, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 de la Sección II, del Capítulo XIII, del presente subtítulo.

PARAGRAFO II.- DE LA INTERVENCION DE LA URC

ARTICULO 1.- Cuando la intervención de la URC sea necesaria, el Director General o su delegado presidirá las reuniones entre el deudor y el comité de acreedores que se realicen conforme a lo dispuesto en este capítulo.

La URC recabará del deudor y del secretario del comité de acreedores cuanta información considere necesaria para realizar su función facilitadora.

ARTICULO 2.- La asistencia de los miembros del comité de acreedores y del deudor a la primera reunión convocada por la URC es obligatoria. La ausencia injustificada estará sujeta a las sanciones previstas en la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y en las normas referentes a reestructuración de créditos.

La URC iniciará su intervención sobre la base del texto del acuerdo deudor - acreedores que consta en el anexo 2, incorporado de cuantas modificaciones hubieran sido ya acordadas entre las partes y las que pudiera sugerir.

Si las partes aceptan, firmarán el acuerdo deudor - acreedores se continuará con la negociación del programa de reestructuración, el cual deberá finalizarse dentro del tiempo de diez días hábiles a contarse desde la fecha de presentación de la solicitud de intervención de la URC.

En caso de que en la primera reunión o en las reuniones que hubiesen acordado celebrar no se concretare el acuerdo deudor - acreedor, o en el caso de que, formalizado dicho acuerdo, las partes no hubieren convenido en un programa de reestructuración en el tiempo de diez días hábiles mencionado en el inciso anterior, la URC comunicará a las partes que ha concluido el proceso de reestructuración.

ARTICULO 3.- Al inicio de las negociaciones con la asistencia de la URC las partes deberán decidir, si las controversias o diferencias que entre sí se presenten a lo largo de la negociación, puedan resolverse por medio del arbitraje de equidad; sin perjuicio de que tal convenio arbitral pueda ser adoptado en cualquier momento del proceso. De ser así, y salvo acuerdo expreso entre las partes, tales arbitrajes estarán sometidos a las reglas que a continuación se expresan:

3.1 En la primera reunión de acreedores, luego de formalizarse la constitución del comité, éste podrá elegir un árbitro, quien solucionará las posibles discrepancias que puedan darse entre acreedores;

3.2 En la primera reunión acreedor - deudor, el comité de acreedores y el deudor designarán un árbitro por cada uno, debiendo éstos nombrar, máximo en 3 días hábiles, a un tercero que será el dirimente. Si no hicieran este nombramiento en el tiempo indicado, cualquiera de las partes podrá pedir a la URC que por sorteo, que deberá efectuarse máximo en 3 días hábiles, seleccione a este tercer árbitro de entre una lista de árbitros designados por los centros de arbitraje legalmente establecidos. Esta lista deberá estar formulada hasta 15 días después de publicada esta resolución;

3.3 La aceptación por parte de los árbitros designados equivaldrá a su posesión en tales funciones y deberá incluir una declaración, bajo juramento, en la que indiquen estar facultados a desempeñar su cargo con independencia e imparcialidad;

3.4 Los árbitros no podrán separarse de tales funciones salvo por las causales establecidas en la Ley de Mediación y Arbitraje. En caso de separación de un árbitro, su reemplazo será nombrado por quien hubiese hecho la designación original, en el tiempo máximo de tres días hábiles. La separación de un árbitro no interrumpirá ni suspenderá el decurso de los tiempos aquí establecidos;

3.5 Los árbitros tendrán la más amplia libertad para decidir sobre los procedimientos a seguir en el arbitraje. También podrán, si lo estiman conveniente, solicitar la asistencia secretarial y más auxilios operativos a cualquier centro de arbitraje legalmente establecido, sin que ello implique que el arbitraje adquiera carácter de administrado;

3.6 Los árbitros decidirán, en el laudo, la forma y tiempo en que los costos del arbitraje deban ser suplidos por las partes, incluyendo sus propios honorarios, los cuales sumados, por todos los arbitrajes en que intervengan entre las mismas partes, no podrán ser superiores al 1% de las deudas respectivas. Sin perjuicio de lo anterior, al inicio de las actuaciones arbitrales, los árbitros podrán exigir que la parte que dio inicio al arbitraje satisfaga anticipadamente los costos, como requisito para dar inicio a tales actuaciones. Los costos en que incurra el deudor, cuando no hubieran sido satisfechos con

anterioridad, podrán ser incluidos en el plan de reestructuración, en caso de ser aprobado;

3.7 La sede del arbitraje será la del domicilio de la entidad financiera cuya acreencia sea mayor, sin perjuicio de que los árbitros puedan reunirse entre sí o con las partes en cualquier lugar;

3.8 Las partes expondrán a los árbitros sus puntos de vista sobre la materia en controversia, pudiendo éstos solicitarles las explicaciones que consideren necesarias;

3.9 El laudo será expedido en un tiempo máximo de 5 días hábiles, contado desde la presentación de la controversia;

3.10 Si el laudo no fuere expedido en el tiempo establecido en el numeral 3.8 anterior, caducarán los nombramientos de los árbitros. En ese caso, terminará el arbitraje sin acuerdo entre las partes ni laudo; y,

3.11 Todas las actuaciones arbitrales serán mantenidas bajo confidencialidad.

El sometimiento al arbitraje para resolver cualquier diferencia entre las partes no suspenderá las negociaciones entre ellas respecto de los otros asuntos materia de discusión.

ARTICULO 4.- En ningún caso el proceso de negociación realizado con la facilitación de la URC podrá durar más de 60 días hábiles, aun cuando la demora obedezca a las actuaciones arbitrales antes reguladas, salvo acuerdo expreso de las partes.

SECCION III.- DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1.- La infracción no subsanable a las normas que regulan los programas establecidos en el presente capítulo, así como a los acuerdos aquí establecidos y en el plan de reestructuración aprobado, será razón suficiente para que el acuerdo sea declarado sin efecto por la URC.

ARTICULO 2.- Las normas referentes al comité de acreedores se entenderán aplicables al acreedor único, si fuere del caso y en lo que sean pertinentes.

ARTICULO 3.- En caso de que las instituciones financieras privadas transfieran las acreencias vencidas según lo determinado en el artículo 9 del Decreto Ejecutivo No. 1168, publicado en el Registro Oficial No. 257 del 1 de febrero del 2001, a una institución pública con jurisdicción coactiva, esta transferencia deberá realizarse a través de un convenio de venta de activos.

La propiedad de estos activos será transferida a la institución pública, la que procederá a la recuperación de los créditos así adquiridos de acuerdo con las leyes y normas emitidas para el efecto. Esta transferencia será negociada en las condiciones que libremente pacten las partes.

SECCION IV.- DISPOSICION FINAL

ARTICULO 1.- Los casos de duda en cuanto a estas disposiciones, serán absueltos por la Junta Bancaria o el Superintendente de Bancos, según sea el caso.

SECCION V.- DISPOSICION TRANSITORIA

La Unidad de Reestructuración de Créditos funcionará hasta el 31 de diciembre del 2001, plazo que podrá prorrogarse, por una sola vez, por un período que no exceda de doce meses, a criterio de la Junta Bancaria.".

ARTICULO 2.- Esta 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, al primer día del mes de febrero del año dos mil uno.

f.) Alejandro Maldonado García, Presidente de la Junta Bancaria.

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

f.) Pablo Cobo Luna, Secretario de la Junta Bancaria, Ad-hoc.

Superintendencia de Bancos.

Certifico que es fiel copia del original.

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

2 de febrero del 2001.

ANEXO No. 1

ACUERDO ENTRE ACREEDORES - PLAN DE VOTOS Y PROCEDIMIENTO DE DECISIONES

Este Acuerdo se suscribe entre todas las instituciones financieras debidamente representadas, en adelante "Acreedores", quienes se someten a las siguientes estipulaciones.

Sección 1. Definiciones

(a) Marco normativo.- El Decreto Ejecutivo No. 1168, publicado en el Registro Oficial No. 257 de 1 de febrero del 2001, constituyen el marco normativo para la reestructuración de las deudas superiores a US $ 50.000;

(b) Plan propuesto.- Significa un plan para la reestructuración financiera y de negocios de un deudor; y,

(c) Plan aprobado.- Significa el plan de reestructuración aprobado por votación del comité de acreedores.

Sección 2. Aplicabilidad

Este acuerdo debe ser aceptado por todos los acreedores del deudor cuya lista consta a continuación:

.....
.....

Sección 3. Comité de acreedores

Los acreedores acuerdan establecer, en la primera reunión que sostengan, un comité de acreedores conformado por todos los asistentes, quienes elegirán un presidente y éste a un secretario, quienes se encargarán de todos los aspectos concernientes al impulso del programa.

Sección 4. Votaciones

Las decisiones para la aprobación del plan, así como todas las demás a que haya lugar se tomarán con el voto favorable de más del 50% del número de acreedores que representen al menos las 2/3 partes del monto de las obligaciones pendientes de pago.

Todos los acreedores votarán a favor o en contra de cualquier plan sometido a consideración dentro de los límites del cronograma del proceso u otros plazos establecidos por la URC. Todo voto en contra de un plan propuesto deberá ser debidamente sustentado. Las ausencias se sumarán a la mayoría.

En todos los casos en que el acreedor, o su representante, tuviere cualquier conflicto de intereses, como por ejemplo, ser socio, director, agente o empleado del deudor, será excluido de la votación respectiva.

Sección 5. Procedimientos para el comité de acreedores en el proceso de reestructuración

El procedimiento a seguir en el proceso de reestructuración respectivo será el que conste en el acuerdo deudor - acreedor, el cual se entiende incorporado al presente documento.

Sección 6. Buena fe

Los acreedores sujetos a este Acuerdo actuarán de buena fe y estarán sujetos al marco legal.

Sección 7. Comunicaciones

Las comunicaciones relacionadas con este acuerdo deben realizarse por escrito y se harán efectivas de acuerdo a la fe de recepción.

Sección 8. Ley aplicable

Este Acuerdo será dado y deberá ser interpretado y ejecutado en concordancia con las leyes ecuatorianas.

Sección 9. Término

Este acuerdo debe permanecer con efectos plenos hasta la finalización de las obligaciones adquiridas por las partes en virtud del "Acuerdo deudor - acreedor sobre el proceso de reestructuración de los créditos" y la ejecución del "Plan aprobado".

Las partes, después de haber leído y entendido todos los términos y condiciones aquí expuestos, se suscriben a este Acuerdo.

Los acreedores,

ANEXO No. 2

ACUERDO DEUDOR- ACREEDOR SOBRE EL PROCESO DE REESTRUCTURACION

Este Acuerdo se suscribe entre:

(1) El deudor, que presentó su aviso para la reestructuración voluntaria de sus créditos consolidadas con el sistema financiero ecuatoriano por un importe superior a los US $ 50.000 en los términos normados por el Decreto Ejecutivo 1168, publicado en el Registro Oficial No. 257 del 1 de febrero del 2001 y en el Capítulo XIII del presente subtítulo.

(2) Las instituciones financieras acreedoras que constan en el acuerdo entre acreedores, o cualquier otra institución financiera que en cualquier momento acepte adherirse a los términos y condiciones señaladas y recogidas en el referido acuerdo, previa aprobación del resto de acreedores.

Para promover un proceso de reestructuración eficiente las partes desean establecer procedimientos, límites de tiempo y mecanismos de resolución concernientes a la reestructuración de la obligación del deudor, se acuerda lo siguiente:

Sección 1. Definiciones

(a) Grupo económico.- Por grupo económico se entiende a los deudores a los que se refieren las letras a), b) o c) del artículo 76 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

(b) Plan de reestructuración aprobado.- Significa un plan propuesto que recibe la aprobación requerida por el comité de acreedores y por el deudor.

(c) Marco normativo para la reestructuración.- Son las normas a que se halla sujeta la reestructuración de la deuda corporativa en Ecuador, esto es, el Decreto Ejecutivo No. 1168, publicado en el Registro Oficial No. 257 del 1 de febrero del 2001, el Capítulo XIII, del presente subtítulo, y las resoluciones que le fueren aplicables.

(d) Plazo de ejecución del plan.- Significa el periodo desde la fecha de la aprobación de cada plan, hasta el cumplimiento total de las obligaciones adquiridas bajo el plan de reestructuración, y la cancelación total de la deuda reestructurada.

(e) Plan propuesto.- Significa el plan para la reestructuración financiera y del negocio de un deudor. Este plan debe al menos prever:

- Que el valor presente neto del crédito reestructurado para los acreedores en su conjunto no puede ser inferior al valor actual de realización de las garantías constituidas de comprobada existencia;

- Un trato justo para todos los acreedores en cuanto a los nuevos aportes que éstos acuerden efectuar para la viabilidad del deudor o en cualquier otro aspecto del plan;

- Su conformidad con el marco normativo para la reestructuración.

(f) Aprobación requerida del plan.- Significa aprobación del plan propuesto por votación en una reunión de acreedores, más del 50% de los acreedores que

represente por lo menos las 2/3 partes del monto del endeudamiento.

Sección 2. Convocatoria de la primera reunión de deudor - acreedores bajo este Acuerdo

El comité de acreedores (o en su caso la URC) convocará a la primera reunión de deudor - acreedores mediante comunicación al deudor, señalándole los puntos a tratar, el lugar, fecha y hora en que ella se efectuara, por lo menos con 5 días hábiles de anticipación a la fecha señalada.

Sección 3. Primera reunión de deudor - acreedores

En la primera reunión de deudor - acreedores, el presidente del comité de acreedores (o la URC en caso de haber solicitado su intervención) conducirá la reunión, y por secretaría comunicará a todos los participantes de los resultados de la primera reunión de acreedores, indicando la decisión de éstos sobre las limitaciones expuestas por el deudor en su solicitud relativa a los términos en que suscribiría el presente acuerdo, en el caso de existir, y toda información que a su juicio resulte pertinente.

En caso de no llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes puede acudir al arbitraje en los términos de la sección 6 del presente acuerdo.

Sección 4. Provisión e información confidencial

Dentro del marco para la reestructuración, el deudor debe proporcionar al comité de acreedores toda la información necesaria sobre los asuntos relevantes para el análisis de la situación financiera actual del deudor con el fin de examinar su viabilidad, o capacidad de pago si se trata de una persona natural. Esta información debe incluir pero no limitarse a los temas señalados en el anexo No. 3 del Capítulo XIII del presente subtítulo.
Todo aquel que con ocasión de la reprogramación conozca cualquier información que no sea pública, y que fuere entregada por las partes, debe guardar la debida confidencialidad y no usarla sino exclusivamente en el proceso de reestructuración de los créditos.

Sección 5. Prohibiciones

Desde la firma del presente acuerdo el deudor se compromete a no realizar ninguna de las actividades siguientes, sin el consentimiento escrito del comité de acreedores, a no ser de aquellas requeridas por el giro ordinario del negocio.

- Asumir deudas adicionales (sin aprobación del comité);
- Hacer cualquier inversión o incurrir en nuevos gastos fuera del curso ordinario de sus negocios;
- Disponer de cualquier capital fuera del curso ordinario de sus negocios;
- Prestar dinero o garantizar las obligaciones de cualquier persona;
- Entrar en cualquier transacción con cualquier persona vinculada;
- Constituir cualquier garantía, ceder cuentas por cobrar u otros activos;
- Hacer cualquier pago preferente, incluyendo a los acreedores;
- Hacer cualquier pago en forma de dividendos, garantías y préstamos a sus accionistas, directores y demás administradores, funcionarios y personas relacionadas;
- Sustraer cualquier activo de la jurisdicción de las cortes de Ecuador; y,
- Someterse a la Ley de Concurso Preventivo.

Sección 6. Arbitraje

Para solucionar los desacuerdos sobre cualquier tema entre el deudor y los acreedores sujetos a este acuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir, durante el periodo de negociación, al arbitraje al que se refiere el artículo 3 del parágrafo II de la sección II del presente capítulo.

Sección 7. Transferencia de créditos

Cualquier acreedor que durante las negociaciones del plan de reestructuración o durante su ejecución, transfiera alguno de sus créditos, debe notificar por escrito a las otras partes, y el o los que adquieran, lo sustituirán en todos los derechos y obligaciones, incluyendo los que resulten de este acuerdo.

Sección 8. Votación del plan propuesto e implementación del plan de reestructuración

Si el plan propuesto recibe aprobación, éste será de obligatorio cumplimiento para todas las partes, incluyendo los acreedores que hubieren votado en contra.

Sección 9. Renuncia a reclamaciones y acciones judiciales

Ningún acreedor podrá iniciar proceso alguno de carácter patrimonial, ni solicitar medida cautelar alguna contra el deudor desde la fecha en que se suscribe el presente acuerdo hasta el momento en que se alcance un acuerdo de reestructuración o se dé por terminado el proceso de negociación de la reestructuración, en los términos del Decreto Ejecutivo No. 1168, publicado en el Registro Oficial No. 257 del 1 de febrero del 2001, y los capítulos XIII y XIV del presente subtítulo.

Sección 10. Incumplimiento del Acuerdo

Se considerará como incumplimiento del presente acuerdo, la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:

a) Si el deudor por cualquier motivo, no cumple con cualquiera de las obligaciones derivadas del presente acuerdo, o si siendo posible remediarlo no realiza los correctivos necesarios dentro de cinco días hábiles siguientes a su ocurrencia u omisión;

b) Cuando cualquier garantía dada por el deudor, es o resulte inexistente, o que siendo susceptible de sanearse no es corregida por el deudor dentro de cinco días hábiles siguientes a que tal circunstancia se presente o evidencie;

c) Cuando el deudor inicie cualquier acción o procedimiento, ante cualquier corte o autoridad, para impedir o restringir el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del acuerdo; o,

d) Cuando en virtud de cualquier decisión de autoridad competente, el deudor pierda la custodia o control de una parte sustancial de sus propiedades o deba tomarse cualquier acción que lo prive de la administración de los mismos.

Dado el incumplimiento, y previa notificación por escrito al deudor por parte del comité de acreedores, el acuerdo se dará por terminado en forma inmediata, sin necesidad de ningún otro requerimiento.

Respecto de los acreedores que incumplan alguna de las obligaciones que se deriven del presente acuerdo, se dará aviso por el deudor, o por cualquiera de los otros acreedores, a la URC para la aplicación de las sanciones a que haya lugar.

Sección 11. Administración del deudor

Las partes acuerdan que durante la ejecución del plan de reestructuración, el deudor observará las siguientes normas:

a) Transparencia y gobernabilidad corporativa.- El deudor se obliga a garantizar el buen manejo corporativo, a ejercer su autoridad para hacer y controlar las políticas empresariales, la estrategia, el curso de acción a seguir por la empresa en áreas de fundamental importancia para su viabilidad y funcionamiento, con absoluta transparencia, y en general a sujetarse a las mejores prácticas empresariales. El deudor, específicamente, asegurará y protegerá los intereses de los accionistas minoritarios, y brindará amplia información, en particular financiera, a todos los socios y acreedores.

El deudor se compromete a presentar sus estados financieros elaborados con sujeción a los principios de contabilidad generalmente aceptados, los que serán dictaminados por auditores externos;

b) Administración del deudor.- El comité de acreedores podrá requerir los cambios en la administración del deudor conforme a lo establecido en el artículo 2 de la sección III del capítulo XIII del presente subtítulo;

c) Venta del patrimonio.- El deudor deberá vender los bienes que, según el plan aprobado, no sean necesarios para el giro normal del negocio; y,

d) Conversiones de deudas en acciones.- La decisión de convertir las acreencias en acciones corresponde exclusivamente a los acreedores. Tal conversión debe ser el último recurso en un proceso de reestructuración y estará limitada al valor que garantice la viabilidad del deudor. Los socios actuales del deudor podrán tener la primera opción para comprar las acciones mencionadas a través de su venta pública, o en la Bolsa de Valores.

Sección 12. Clasificación y provisión de las acreencias reestructuradas

Los acreedores calificarán y provisionarán las acreencias reestructuradas de acuerdo con lo dispuesto en artículo 4 de la sección II del capítulo XIII del presente subtítulo.

Sección 13. Honorarios, gastos y cargos

Los gastos y cargos deben estar desde el comienzo asumidos por el deudor, excepto pacto de las partes en contrario, y podrán ser considerados en el plan de reestructuración, en caso de resultar aprobado.

Sección 14. Notificaciones

Las comunicaciones relacionadas con este acuerdo deben realizarse por escrito y se harán efectivas de acuerdo a la fe de recepción.

Las partes, después de haber leído y entendido todos los términos y condiciones aquí expuestos, se suscriben a este acuerdo con la intención de ser legalmente obligados por todas sus provisiones.

Los acreedores, **El deudor,**

..... **.....**

PROCESO 16-AI-99

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en la acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General contra la República de Venezuela al aplicar ésta, mediante Decreto No. 2484 del 15 de abril de 1998 aranceles nacionales distintos al Arancel Externo Común, en contravención a los artículos 90 y 98 del Acuerdo de Cartagena, 5° del Tratado de Creación de este Tribunal, así como la Decisión 370 de la Comisión de la Comunidad Andina y de la Resolución 095 de la Secretaría General

Quito, 22 de marzo del 2000.

VISTOS:

EXPOSICION SUMARIA DE LOS HECHOS

El 4 de diciembre de 1998 la Secretaría General de la Comunidad Andina interpuso ante este Tribunal demanda contra la República de Venezuela, solicitando se pronuncie sobre la aplicación de aranceles nacionales distintos al Arancel Externo Común y la consecuente contravención en que ha incurrido la demandada de los artículos 5 (actual 4) del Tratado de Creación del Tribunal, 90 y 98 del Acuerdo de Cartagena, así como de la Decisión 370 de la Comisión de la Comunidad Andina y de la Resolución 095 de la Secretaría General, aportando los siguientes:

1. Antecedentes

El Gobierno de la República de Venezuela, con la expedición del Decreto No. 2484 del 15 de abril de 1998, estableció un recargo o impuesto adicional del 15% a las importaciones de las mercancías comprendidas en varios códigos arancelarios, excepto para las importaciones originarias de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena y para aquellas negociadas al amparo de Acuerdos de Alcance Parcial y Regional, suscritos en el marco del Tratado de Montevideo.

La Secretaría General de la Comunidad Andina, mediante Nota de Observaciones SG/AJF 533-98 del 29 de mayo de 1998, comunicó al Ministro de Industria y Comercio de la República de Venezuela que el referido Decreto 2484 estaría aplicando un gravamen distinto del establecido por la Decisión 370 de la Comisión, que contiene el Arancel Externo Común, en 934 subpartidas. Al considerar que esta diferencia arancelaria estaba generando un incumplimiento de las normas comunitarias, la mencionada Nota de Observaciones concedió un plazo de 10 días para que el Gobierno de Venezuela diera respuesta.

En contestación a las observaciones formuladas, el 16 de junio de 1999 la República de Venezuela señaló que el Decreto 2484 fue tomado en condiciones de extrema urgencia debido a la situación fiscal por la que atraviesa el país, lo que le impidió cumplir con los procedimientos previstos por la normativa andina para modificar el Arancel Externo Común. Afirmó también que al dictar esta medida se tomaron las debidas previsiones para no afectar las importaciones originarias de la Comunidad Andina.

El 26 de junio de 1998 la Secretaría General emitió el Dictamen de Incumplimiento 15-98, publicado en la Gaceta Oficial No. 351 del 1 de julio de 1998, que determinó que los aranceles aplicados por Venezuela constituyen un incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en particular, el Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, el artículo 5° (actual 4°) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo y la Decisión 370 de la Comisión.

En virtud de lo anterior, el Gobierno de Venezuela el 24 de noviembre de 1998 comunicó a la Secretaría General sobre la decisión de derogar el Decreto 2484.

El 9 de abril de 1999 la Secretaría General solicitó al Gobierno de Venezuela que remitiera el Decreto a través del cual se procedió a dar cumplimiento al Dictamen 15-98, para lo cual se le otorgó un plazo de cinco días, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda ese País Miembro haya dado respuesta alguna.

2. La demanda

Con la presente acción la Secretaría General pretende que este Tribunal se pronuncie sobre el incumplimiento de la República de Venezuela, determinado en el Dictamen 15-98.

La actora considera que la expedición del Decreto venezolano 2484 de 1998 incumple, en primer término, los artículos 90 y 98 del Acuerdo de Cartagena, que comprometen a los países miembros de la Comunidad a poner en aplicación un Arancel Externo Común en los plazos y modalidades que establezca la Comisión y a no alterar unilateralmente los gravámenes que se establezcan en las diversas etapas del Arancel Comunitario Andino.

Destaca la oportunidad que ha tenido el Gobierno de Venezuela para dar cumplimiento al ordenamiento jurídico andino, tomando en cuenta que ha transcurrido casi un año desde la fecha en que se iniciara el procedimiento administativo hasta la fecha del Dictamen de Incumplimiento, sin que haya procedido conforme los requerimientos de la Secretaría.

Al referirse al incumplimiento de la Decisión 370 de la Comisión, la actora señala que el artículo 5° prevé la posibilidad de diferir la aplicación del Arancel Externo Común, para atender situaciones de emergencia nacional calificadas previamente por la Secretaría General, por lo que ningún País Miembro puede, unilateralmente y sin previa autorización del referido Organismo Comunitario, establecer una medida que altere los gravámenes fijados por la Decisión 370 de la Comisión alegando una situación de este tipo.

Estima la actora que el mismo Gobierno de Venezuela ha reconocido que la medida adoptada no cumple con las exigencias de la normativa andina, con lo cual quedaría demostrado el incumplimiento, que sería flagrante y objetivo, de acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal dentro de los Procesos 2-AI-97, 3-AI-96 y 3-AI-98.

De igual modo considera la Secretaría General que el incumplimiento de la República de Venezuela implica un retroceso en el perfeccionamiento del Mercado Común Andino, por cuanto el Arancel Externo establecido mediante la Decisión 370 de la Comisión tiene por finalidad armonizar los aranceles de importación para los terceros países, con todos los efectos positivos que ello significa para el buen funcionamiento del mercado subregional.
Finalmente, alega que el incumplimiento del Gobierno de Venezuela reclamado por la Secretaría General se refiere además a la resolución 095, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 351, que contiene el Dictamen de Incumplimiento 15-98. Al respecto señala que la mencionada resolución constituye un acto administrativo que se encuentra revestido de la presunción de legalidad y que, por lo tanto, el Gobierno de Venezuela está obligado a cumplirlo.

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

3. La Contestación de la Demanda

La República de Venezuela, por intermedio del Ministro de Industria y Comercio, al contestar la demanda pretende que el Tribunal declare sin lugar la acción de incumplimiento intentada por la Secretaría General.

La demandada sostiene que el Gobierno de Venezuela fundamentó la medida de aumentar el arancel externo común, por “razones de extremada urgencia nacional, con el objeto de coadyuvar a subsanar la grave situación fiscal que atraviesa el país”.

Reconoce que antes de proceder a dictar el Decreto 2484 se abstuvo de efectuar la correspondiente consulta a la Secretaría General, pero alega que tal actitud obedece a que dicho país en ese entonces y aún en la actualidad vive una “situación de gravísima crisis y recesión económica importantes, con una alta inflación”. A juicio de la demandada, tal situación es notoria y no puede obviarse “por el sólo hecho de no haberse cumplido con una formalidad”.

Considera que la medida no afecta el comercio intrasubregional por cuanto no se aplica a mercancías originarias de los países andinos ni a aquéllos con los cuales se han suscrito Acuerdos de Alcance Parcial y Regional, en el marco del Tratado de Montevideo de 1980, tal y como lo establece el artículo 2 del Decreto 2484. Por el contrario - afirma la demandada- al aumentar el arancel externo de Venezuela en quince puntos porcentuales para terceros países distintos a los miembros de la Comunidad Andina, indirectamente se está beneficiando al resto de la subregión, ya que resultaría para cualquiera mucho más económico introducir sus mercancías en otro de los Países Andinos, antes que hacerlo en Venezuela.

Concluye la demandada que ha actuado sometida a la más estricta legalidad, ya que la Decisión 370 permite diferir la aplicación del Arancel Externo Común por razones de emergencia nacional y, además, no se está afectando el comercio dentro de la subregión.

4. Conclusiones de la Actora

Como consecuencia de la audiencia pública celebrada el 12 de agosto de 1999 la Secretaría General reitera su pretensión de declaratoria de incumplimiento por parte de la República de Venezuela, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que el Gobierno de Venezuela ha reconocido la situación de incumplimiento pues, tanto en la contestación de la demanda como durante la audiencia, se evidenció una declaración expresa, terminante y seria sobre la modificación unilateral del Arancel Externo Común.

Al referirse al argumento de la contestación a la demanda relativo a que "la medida no afecta el comercio intrasubregional", la actora indica que ella no ha demandado el incumplimiento de las disposiciones sobre la Zona de Libre Comercio, la cual no se encuentra regulada por la Decisión 370 de la Comisión.

Manifiesta la actora que la calificación previa de la situación de emergencia nacional para el diferimiento del Arancel Externo Común tiene su plena lógica, pues pretende evitar que los países miembros lo modifiquen unilateralmente. Indica que aún en el supuesto de que la modificación del arancel resulte justificada, la misma debe ajustarse en su forma y en su fondo a las normas comunitarias.

Luego de fundamentar el incumplimiento del Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena y de la Decisión 370 de la Comisión sobre el Arancel Externo Común, la actora señala que el Gobierno de Venezuela, a pesar de las oportunidades que ha tenido para el efecto, ha continuado el incumplimiento, al no expedir la disposición correspondiente que deje sin efecto el Decreto 2484 de 1998.

Concluye que la medida en cuestión constituye un evidente incumplimiento al Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, el cual es uno de los mecanismos fundamentales dentro del proceso de conformación de la Zona de Libre Comercio y de la Unión Aduanera con miras a alcanzar los objetivos de la integración subregional.

La demandada, a pesar de asistir a la audiencia, no presentó escrito de conclusiones.

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 del 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 Acción de Incumplimiento, 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. LA OBLIGACION DE CUMPLIR EL ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO

El sometimiento absoluto de los países miembros y de los órganos que conforman el Sistema Andino de Integración al ordenamiento jurídico de la Comunidad es la base fundamental para el cumplimiento, desarrollo y consolidación de los objetivos y fines que persigue el Acuerdo de Cartagena. Los compromisos, positivos o negativos, adquiridos por los países integrantes de esta "Comunidad de Derecho" y plasmados en los Tratados Constitutivos y demás normas derivadas, imponen no sólo un deber genérico de respeto en consideración a los intereses generales de la Subregión, sino, propiamente, una "obligación" revestida de la característica de exigibilidad del efectivo cumplimiento de la conducta prevista, bajo pena de la restricción o suspensión de los beneficios derivados de la integración. En este sentido, los países miembros, la Secretaría General e incluso los particulares afectados en sus derechos tienen el poder de exigir, por conducto de este Tribunal y previo el agotamiento de los respectivos procedimientos, el acatamiento de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico.

Para la efectiva observancia de las normas jurídicas comunitarias, los países miembros adquirieron la obligación de asumir comportamientos de acción, adoptando las medidas necesarias que garanticen su eficacia, así como de abstención, y entre éstos el de no expedir normas o decisiones contrarias al ordenamiento jurídico andino.

Y en efecto es uniforme el criterio que este Tribunal ha mantenido sobre la obligación que en ambos sentidos impone a los países miembros el artículo 4° (anterior 5°) del Tratado de Creación. Concretamente en la sentencia del 8 de diciembre de 1998, dictada dentro del Proceso 3-AI-97 (Gaceta Oficial No. 410 del 24 de febrero de 1999), expresó:

"En el orden comunitario la responsabilidad de los Estados se deriva del compromiso que adquiere cada país miembro de acuerdo con el artículo 5o. Del Tratado del tribunal. De acuerdo con esta norma los países miembros adquieren doble obligación: una de carácter positivo, de 'hacer'; y, otra de orden negativo, de 'no hacer'. Por la primera, los países miembros deben adoptar toda clase de medidas que garanticen el cumplimiento de la normativa andina, es decir, de las obligaciones y compromisos adquiridos en virtud del derecho originario y de las que corresponda por mandato de las normas secundarias o derivadas. Por otra parte, en virtud

de la segunda obligación, el País Miembro debe abstenerse de toda medida así sea legislativa, judicial, ejecutiva o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámense leyes, reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, decretos, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino.

"Las obligaciones anteriores tienen su fundamento precisamente en el 'objeto y fin' del proceso de integración al que están comprometidos los países andinos, cuyos objetivos se resumen en el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena codificado, particularmente en el propósito de promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social. De ahí que el Tribunal haya dicho en su interpretación prejudicial 5-IP-89 '… que la norma que se interpreta, siendo de una gran precisión jurídica, constituye fundamental soporte para la integración andina, es decir, que su cumplimiento es requisito esencial para asegurar la realización de los citados objetivos del acuerdo y su fin promordial de mejorar en forma persistente' el nivel de vida de los habitantes de la Subregión".

El incumplimiento de cualquier norma jurídica originaria o derivada, por parte de la demandada acarreará la inevitable infracción al referido artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, por lo que ahora corresponde analizar la medida adoptada por la República de Venezuela y confrontarla con las disposiciones comunitarias invocadas por la Secretaría General.

II. ANALISIS DEL DECRETO VENEZOLANO No. 2484 DEL 15 DE ABRIL DE 1998

Al expedir el Decreto No. 2484, del 15 de abril de 1998, en vigor desde el 17 de los mismos mes y año, la República de Venezuela estableció "un recargo o impuesto adicional de quince por ciento (15%)" para los códigos arancelarios que en él se indican.

Conforme lo señala el artículo 2 del Decreto, este recargo o impuesto adicional no es aplicable a las importaciones de mercancías originarias de los países miembros del Acuerdo de Cartagena, ni a aquellas negociadas al amparo de Acuerdos de Alcance Parcial (de Complementación Económica y de Naturaleza Comercial) y Regional, suscritos en el marco del Tratado de Montevideo 1980, siempre que sean originarias y vengan amparadas por su correspondiente Certificado de Origen.

Las consideraciones que el Gobierno de Venezuela tuvo para expedir el referido Decreto, según se desprende de su propio texto, fueron:

"Que la actual situación económica que atraviesa el país ha obligado al Ejecutivo Nacional a tomar medidas para corregir los principales desequilibrios fiscales," y,

"Que es necesario mantener condiciones de equilibrio en materia de comercio exterior.".

De la investigación y análisis realizado por la Secretaría General -sin que éste hubiere sido controvertido por parte de la República de Venezuela- se puede observar que el nivel arancelario de 934 subpartidas del Arancel Externo Común fue modificado por el incremento adicional del 15%, previsto en el Decreto 2484.

Durante el procedimiento previo ante la Secretaría General y en el curso de la acción de incumplimiento, la República de Venezuela puso de manifiesto que este Decreto fue tomado en condiciones de extrema urgencia nacional "lo que impidió que nos ajustáramos a los procedimientos previstos en la normativa andina para modificar el Arancel Externo Común". A decir de la demandada, la grave crisis y recesión económica, con una alta inflación, le obligó a tomar esta medida, que supuestamente no afecta el comercio intrasubregional y más bien beneficiaría al resto de países miembros de la Comunidad.

A pesar del anuncio que el Ministro de Industria y Comercio de la República de Venezuela hiciera el 24 de noviembre de 1998, sobre la intención de derogar el Decreto 2484, hasta la presente fecha mantiene plena vigencia.

III. EL ARANCEL EXTERNO COMUN

Este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la importancia y trascendencia que tiene el Arancel Externo Común para la consolidación de una Unión Aduanera, en la que no existan gravámenes ni restricciones entre los países miembros y en la que se establezca un arancel uniforme para la importación de bienes provenientes de países que no sean parte de la Comunidad. Sobre el tema, en la sentencia del 21 de julio de 1999, dictada como consecuencia de la acción propuesta por la Secretaría General contra la República de Ecuador (Proceso 07-AI-98, Gaceta Oficial No. 490 del 4 de octubre de 1999), el Tribunal manifestó:

"Es indudable que en la teoría de la integración, y particularmente, cuando se trata de construir una unión aduanera que abarque el territorio de varios países, lo esencial para que ello suceda es que cada uno de los territorios comprometidos se unifique con los otros para conformar, por una parte, un solo territorio dentro del cual las mercancías se muevan libremente sin sujeción al pago de aranceles aduaneros y por otra, un bloque unificado que en sus relaciones comerciales frente a terceros exija el pago de aranceles uniformes o comunes. Esto último, significa que, como acontece con otras medidas que deben armonizarse o integrarse, los países miembros renuncian a legislar soberanamente en materia de aranceles, pues tal facultad queda deferida, o si se quiere, delegada a los órganos competentes de la respectiva comunidad.

"En el Grupo Andino esta concepción teórica ha sido plenamente llevada a la práctica. Es así como desde su creación, con la suscripción hace treinta años del Acuerdo de Cartagena se concibió el Arancel Externo Común como uno de los mecanismos fundamentales por medio de los cuales deberían alcanzarse los objetivos de la integración descritos en los artículos 1° y 2° del referido Tratado. En efecto, en el artículo 3 ibídem se determina con toda claridad y precisión que:

'Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes: (…).

'd) Un Arancel Externo Común cuya etapa previa será la adopción de un Arancel Externo Mínimo Común'.

"El mismo Tratado que da nacimiento al proceso de integración andina, que por cierto, se edifica sobre bases teóricas y experimentales similares a las de la Comunidad Europea, al desarrollar cada uno de los mecanismos

fundamentales para el logro de los objetivos integracionistas, dedica todo uno capítulo, el VI (artículos 90 al 98), a regular lo concerniente al Arancel Externo Común; siendo de destacar en tales normas, entre otros aspectos, la obligación contraída mediante compromiso por los países miembros de poner en aplicación en determinado plazo el Arancel Común (artículo 90), el compromiso de no alterar unilateralmente los gravámenes que se establezcan de manera común en el referido Arancel Externo (artículo 98); la obligación de no adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la Subregión sin haber realizado las consultas en el seno de la Comisión para determinar si existe compatibilidad entre dichos compromisos y los adquiridos con respecto al Arancel Comunitario Andino (artículo 98); la transferencia de competencias legislativas en materia de Aranceles a la Comisión, la cual queda facultada para que, a propuesta de la Secretaría General, modifique los niveles arancelarios comunes en la medida y en la oportunidad que considere conveniente a fin de adecuarlos a los criterios y necesidades que el Tratado señala (artículo 96); y, en fin, la posibilidad excepcional de que gozan los países para introducir modificaciones al Arancel Externo Común en casos especiales y previa observancia dei procedimiento estrictamente legislado en el Tratado (artículos 94 y 97).

"No cabe duda, entonces, que el Arancel Externo Común represente en la formación de la unión económica andina uno de los mecanismos decisivos para lograr el cumplimiento de los objetivos propuestos. Sin él no puede hablarse de mercado común y, por supuesto, sin el estricto respeto por parte de los países miembros a las normas que lo conciben en el Tratado y que lo desarrollan y ponen en vigencia mediante Decisiones de la Comisión, poco o nada serio y efectivo podría considerarse dicho proceso. Constituye con el programa de liberación, el ámbito indispensable para la construcción del mercado ampliado es, en otras palabras parte sustancial de la existencia del mercado andino.
(…).

"Pues bien,. con la expedición de la Decisión 370 por parte de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y por la cual se adopta el Arancel Externo Común, empiezan a cumplirse las obligaciones que en el Tratado Constitutivo adquirieron los países respecto del mencionado mecanismo. En esta norma comunitaria, además de adoptarse el Arancel se establecen, con fundamento en las normas del Acuerdo de Cartagena, los procedimientos y las condiciones en que podrán introducirsele modificaciones al referido instrumento, siendo de destacar que, en ningún caso, tales modificaciones podrán adoptarse unilateralmente por ningún país; lo cual no significa que en situaciones de emergencia nacional no pueda permitirse el diferimmento de los aranceles comunes; pero ello, a condición de que se cumplan las previsiones normativas señaladas y los procedimientos especificados para tales eventos en la legíslacion comunitarta.

"Las anteriores apreciaciones acerca del mecanismo tan significativo como el que constituye el Arancel Externo Común, dejan muy en claro que la vulneración o el irrespeto por parte de alguno de los países miembros a las disposiciones que lo conforman y regulan se erigen en un golpe directo y de graves consecuencias al proceso integracionsta, razón por la cual deberá considerarse la conducta en tal sentido como un incumplimiento grave, mucho más cuando, como en el caso que se juzga, no se trata de modificaciones parciales a determinadas partidas del arancel sino de alteraciones generalizadas a los niveles arancelarios contemplados en el instrumento común".

En esta ocasión el Tribunal destaca, una vez más, que el Arancel Externo Común conjuntamente con el Programa de Liberación constituyen los pilares fundamentales sobre los que descansa el Acuerdo de Cartagena y advierte que el incumplimiento de las normas que rigen estos dos mecanismos, y en especial el primero de los mencionados, crea inseguridad jurídica en las inversiones de terceros países que no forman parte de la Subregión, genera condiciones inequitativas en la competencia entre los países miembros y desmerece la seriedad del proceso de integración andina hacia la Comunidad Internacional.

IV. OBLIGATORIEDAD DE LA APLICACION DEL ARANCEL EXTERNO COMUN DENTRO DE LOS PLAZOS Y MODALIDADES ESTABLECIDOS POR LA COMISION

La Decisión 370 de la Comisión, estableció la estructura concreta del Arancel Externo Común, con base en niveles arancelarios especificados para cada subpartida, y obligó a los países miembros a fijar sus aranceles nacionales según las modalidades previstas en la indicada Decisión. De esta manera el compromiso general que comporta el Acuerdo de Cartagena y concretamente el Capítulo VI sobre el Arancel Externo Común adquiere plena eficacia, aplicabilidad y obligatoriedad.

El cumplimiento de los plazos y modalidades que la Comisión prevea para la aplicación del Arancel Externo Común implica no sólo una actuación puramente formal de obedecer esa Decisión, derivada de los principios generales resumidos en la máxima jurídica "pacta sunt servanda" o de la referida previsión del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, sino también su observancia efectiva dentro de los límites de forma, modo y tiempo dispuestos por la Comisión.

Los niveles arancelarios especificados en la Decisión 370 debieron ser puestos en aplicación por los países miembros a más tardar el 31 de enero de 1995, fecha máxima que se les concedió para que adecuaran los aranceles nacionales a las diversas modalidades del Arancel Externo Común.

Para evitar en lo posible eventuales modificaciones no autorizadas al Arancel Externo Común, apartándose del procedimiento y las condiciones establecidas por la Comisión y la Secretaría General, el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena establece el compromiso de los países miembros de no alterar unilateralmente los gravámenes que se establezcan en las diversas etapas del Arancel Externo.

Se destaca que cualquier comportamiento unilateral de los países miembros que pretenda modificar los niveles arancelarios legalmente fijados y su inobservancia constituye, a juicio del Tribunal, un incumplimiento grave a la específica prohibición establecida en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena.

V. INCUMPLIMIENTO POR LA DEMANDADA DEL ARANCEL EXTERNO COMUN

La República de Venezuela, conforme se ha señalado, a través del Decreto 2484 de abril de 1998, con el incremento en un 15% adicional a los gravámenes nacionales preexistentes, alteró el nivel arancelario de 934 subpartidas del Arancel Externo Común.

Este hecho se evidencia claramente no sólo del propio Decreto 2484, cuyo texto no deja dudas sobre la modificación del arancel venezolano en un nivel superior al Arancel Externo Común en la mayoría de las subpartidas andinas, sino también de la ***admisión implícita*** por parte de la demandada tanto en la vía administrativa como en la acción ante el Tribunal, al no haber discutido que el incremento del 15% a las importaciones provenientes de países que no forman parte de la Comunidad Andina implica una alteración a las previsiones sobre el Arancel Externo Común.

De manera que el incumplimiento de la República de Venezuela de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina configuran lo que la jurisprudencia de este Tribunal y la del Europeo conciben como un "incumplimiento objetivo" y, además, "no discutido". Es "objetivo" en razón de que se determina por la simple confrontación de las normas comunitarias vulneradas y la acción u omisión del país contraventor. Es, por otra parte "no discutido", en virtud de que no existe contradicción por la demandada de los hechos alegados por la Secretaría General en lo relativo a la existencia de una alteración unilateral del Arancel Externo Común. Y se hace aún más evidente y específico dicho incumplimiento cuando se tiene en cuenta lo previsto en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena, por el cual los países miembros se han comprometido a "no alterar unilateralmente los gravámenes que se establezcan en las diversas etapas del Arancel Externo Común".

Para este Tribunal carecen de fundamento jurídico, a los efectos de desvirtuar que nos encontremos ante esa figura comunitaria del incumplimiento objetivo, las afirmaciones de la República de Venezuela sobre las razones de emergencia o urgencia nacional que dicho país habría tenido para decretar la modificación de una parte de su arancel nacional en niveles que difieren el Arancel Externo Común. Como se analizará *infra*, para que las situaciones de emergencia nacional puedan desembocar en alteraciones del Arancel Externo se requieren condiciones y un procedimiento preestablecidos, que no pueden dejarse de observar.

El Tribunal rechaza las apreciaciones de la República de Venezuela en el sentido de que la modificación del Arancel Externo Común no perjudica al comercio intrasubregional y que, por el contrario, beneficia a los restantes Países Andinos. Al respecto, observa que no puede subsistir una Comunidad de Naciones en la que cada país, por su propia cuenta, tome decisiones que a su juicio no afectan los intereses de la Subregión, a pesar de que las expresas disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario prohíben diáfanamente adoptar este tipo de comportamientos. El Arancel Externo Común persigue crear condiciones equitativas de inversión y producción en los cinco países, sin que sea admisible sostener que el incremento arancelario que un país realice no perjudica a los restantes; es la "Integración", la 'Unión' y la "Comunidad' las que se ven afectadas por la adopción de medidas que impliquen una modificación a los aranceles comunes aprobados por la Comisión.

VI. VIOLACION DEL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE ARANCEL EXTERNO COMUN

La República de Venezuela también ha ***admitido***, ahora sí de manera explícita e inequívoca, que previo a adoptar niveles arancelarios distintos al Arancel Externo Común no ha cumplido con el procedimiento previsto en la Decisión 370 de la Comisión. En efecto, en la contestación que diera a la Nota de Observaciones formulada por la Secretaria General expresó: **"...debo manifestarle que el Decreto No. 2484 fue dictado en condiciones de extrema urgencia, lo que impidió que nos ajustáramos a los procedimientos previstos en la normativa andina para modificar el Arancel Externo Común".** Del mismo modo, la contestación de la demanda señala que: **"...no puede obviarse una terrible crisis económica nacional, por el sólo hecho de no haberse cumplido con una formalidad, ya que la situación subsiste, con o sin consulta a la Secretaría".**

La Decisión 370 de la Comisión prevé la posibilidad de diferir la aplicación del Arancel Externo Común para atender situaciones de emergencia nacional, para lo cual el Artículo Transitorio 4 delegó a la Junta del Acuerdo de Cartagena, hoy Secretaría General de la Comunidad Andina, el establecimiento de los criterios y procedimientos para calificar las situaciones de emergencia nacional a las que se refiere la propia Decisión 370 en el artículo 5. En virtud de esta disposición transitoria, la Secretaría General el 24 de febrero de 1998 expidió la Resolución No. 060, modificada parcialmente por la Resolución 214 de 1999. De acuerdo con estas normas, las condiciones para que proceda el diferimiento de la aplicación del Arancel Externo Común, por situaciones de emergencia nacional son:

- Que exista una situación de emergencia nacional, en los términos previstos en la Resolución No. 60 del 24 de febrero de 1998, que resumidos son: a) Los desastres y situaciones de grave perturbación nacional ocasionados por fenómenos naturales; b) Las situaciones de grave perturbación del orden público interno en el territorio nacional de un País Miembro; c) Las situaciones de grave perturbación de la paz de la nación ocasionados por estados de guerra, conflictos armados y similares, con países fuera de la Subregión; y, d) Las situaciones de naturaleza económica, no comprendidas en los literales anteriores, que afecten gravemente a un País Miembro, que se deban al caso fortuito o la fuerza mayor, que tengan carácter extraordinario e imprevisible y que sean ajenas a la voluntad y control de las autoridades nacionales.

- Que la situación de emergencia nacional alegada por el País Miembro sea sometida a la Secretaría General para su calificación, Organo Comunitario que deberá aprobar, modificar o denegar el diferimiento en un plazo de 15 días, luego de que haya informado a los demás países de la Comunidad sobre la medida solicitada. En ausencia de un pronunciamiento dentro de este plazo, el país solicitante quedaría autorizado para modificar el Arancel Externo Común de los productos cuyo diferimiento haya sido solicitado, hasta tanto se pronuncie la Secretaría General.

- Que la solicitud de calificación de emergencia contenga los requisitos previstos en la Resolución 060 de la Secretaría General; entre los cuales merecen destacarse la obligación de que el País Miembro señale: la vinculación entre la causal de emergencia alegada y los productos cuyo arancel se solicita diferir [literal d) del artículo 3]; y la contribución de la medida a la solución de la emergencia [literal f) del artículo 3].

- El diferimiento del Arancel Externo no puede durar más de tres meses, prorrogables a juicio de la Secretaría General, pero sin que opere la prórroga tácita.

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

La medida adoptada por la República de Venezuela no sólo que fue tomada unilateralmente, sin sometimiento al ineludible procedimiento exigido por el artículo 5 de la Decisión 370 y regulado por la Resolución 060 de 1998, la cual, a juicio del Tribunal, también resulta incumplida, sino que se ha mantenido vigente por un tiempo excesivamente mayor a los tres meses que la norma comunitaria fija como tope para el diferimiento del Arancel Externo Común; hechos que restan valor a cualquier argumentación de la demandada que pretenda justificar su grave incumplimiento al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

VII. EL DICTAMEN DE INCUMPLIMIENTO N° 15-98

Ante la pretensión de la Secretaría General para que este Tribunal se pronuncie sobre el alegado incumplimiento del Dictamen 15-98 amparado por la Resolución No. 095, se observa:

La acción de incumplimiento está precedida de una fase administrativa previa que se inicia formalmente con el envío al País Miembro de una Nota de Observaciones preparada por la Secretaría General, en la que se exponen los motivos que conducirían a concluir en la posible existencia de una contravención al ordenamiento jurídico comunitario. Con la contestación a la Nota de observaciones o si no se diere respuesta a las mismas en el plazo concedido para el efecto, la Secretaría General debe emitir un dictamen motivado, que contenga las razones que le hayan llevado a la convicción de que un País Miembro ha quebrantado las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico andino.

El dictamen motivado resulta, pues, un presupuesto procesal de la acción de incumplimiento, y las razones en él contenidas constituyen la materia sobre la cual debe pronunciarse el Tribunal, instancia judicial en la que el país demandado podrá discutir, refutar y oponerse al juzgamiento que la Secretaría General hubiere realizado del comportamiento asumido por el respectivo País Miembro.

El cuestionamiento de la conducta de un País Miembro a través de la nota de observaciones y posteriormente del dictamen motivado que emita la Secretaría General debe poner en alerta a dicho país, para que adopte *motu proprio* las medidas destinadas a hacer cesar el incumplimiento. Gracias a esta fase previa el país contraventor tendrá conocimiento de las posibles infracciones cometidas y podrá corregir su conducta sin ser sometido a la jurisdicción del Tribunal. Sin embargo, si persiste la acción u omisión ilegítima, la Secretaría General, los restantes países miembros o los particulares afectados en sus derechos pueden acudir a este Organo Judicial, con el objeto de que verifique el alegado incumplimiento y obligue, por los medios coactivos de los cuales se lo ha dotado, a restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico. Al respecto, la doctrina comunitaria europea ha expresado lo siguiente, en relación con los Tratados que conforman la Comunidad Europea:

"La fase prejudicial prevista por los dos tratados tiende a evitar, o cuando menos atenuar, las controversias ante el Tribunal de Justicia. La toma de posición de la Comisión [Organo equivalente a la Secretaría General de la Comunidad Andina], 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. El mismo hecho de que competa no a la Comisión, sino al Tribunal, la constatación de las eventuales infracciones a las prescripciones de los dos tratados, bajo acción no sólo de la Comisión, sino de todo Estado miembro, hace más fácil y más frecuente el control jurisdiccional, que sin embargo, según el sistema deltratado C.E.C.A., se subordina a una acción o a una ausencia de acción por parte del la Alta Autoridad.

En definitiva, el sistema adoptado por los tratados de Roma ofrece una doble ventaja: eliminar, sin inconvenientes, las controversias que por su naturaleza pueden resolverse en la fase preliminar del debate; y, al mismo tiempo, la ventaja de hacer en la práctica más fácil y directa -en cuanto confiada a la iniciativa no sólo de la Comisión sino de cualquier Estado interesado- la acción ante el Tribunal de Justicia" (CATALANO, Nicola y RICCARDO, Scarpa, Principios de Derecho Comunitario).

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 Venezuela ha incurrido en grave incumplimiento del artículo 52 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (actualmente 4° del Tratado de Creación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina); de la Decisión 370 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; y, de la Resolución 060 de la Secretaría General.

SEGUNDO: Que en consecuencia, el Gobierno de la República de Venezuela debe cesar en la conducta contraventora de las normas comunitarias mencionadas en el numeral anterior, derogando las medidas de orden interno que

significaren alteraciones a los niveles del Arancel Externo Común, restableciendo de esta manera la plena vigencia de la Decisión 370 de la Comisión.

TERCERO: Condenar a la República de Venezuela 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, conforme a lo dispuesto por el artículo 57 deI 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.

Luis Henrique Farías Mata
PRESIDENTE

Juan José Calle y Calle
MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García
MAGISTRADO

Rubén Herdoíza Mera
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

INTERPRETACION PREJUDICIAL No. 45-IP-98

Solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 párrafo h), 83 párrafo b) y 128 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Consejo de Estado de la República de Colombia, Consejero Ponente Dr. Manuel Urueta Ayola, formulada con motivo de la acción de nulidad ejercida por la empresa IMPRESORA COLOMBIANA S.A. IMPRECOL S.A., contra el registro de la marca "IMPRECOL", correspondiente al proceso interno No. 4.300; e interpretación de oficio por este Tribunal del artículo 113 y de la Disposición Final Unica, de la misma Decisión 344

Quito, 31 de mayo del año 2000.

MAGISTRADO-PONENTE: Luis Henrique Farías Mata.
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

VISTOS:

Que el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, por intermedio del Consejero doctor Manuel S. Urueta Ayola, ha requerido la interpretación prejudicial de los artículos 81, 82 párrafo h), 83 párrafo b) y 128 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena;

Se plantea la interpretación en vista de la demanda de nulidad del registro marcario correspondiente al signo distintivo "IMPRECOL", intentada por la sociedad IMPRESORA COLOMBIANA S.A. IMPRECOL S.A. ante la alta jurisdicción consultante.

Con vista de lo cual procede este Tribunal a absolver la consulta formulada, previo resumen tanto de los hechos como de las pretensiones de las partes ante el juez nacional, y al respecto observa:

a) Acto demandado

Es la Resolución No. 49474 de fecha 12 de diciembre de 1994 emanada de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia que concede el registro del signo "IMPRECOL", destinado a proteger los productos comprendidos en la Clase Internacional No. 16, acto que a criterio del demandante contraviene lo dispuesto en los artículos 81, 83 párrafo b), 82 párrafo h) y 128 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

b) Hechos

1. IMPRESORA COLOMBIANA S.A., IMPRECOL S.A., se constituyó inicialmente como sociedad de responsabilidad limitada, bajo la denominación de IMPRESORA COLOMBIA LIMITADA, IMPRECOL LTDA., con domicilio en la Ceja, Antioquia, inscripción realizada el 19 de diciembre de 1979 ante la Notaría 13ª. de Medellín, y también en fecha 28 de diciembre del mismo año ante la Cámara de Comercio de Medellín, habiendo quedado aquí asentada en el libro 9°, folio 409, bajo el No. 7243, y con el objeto social de "producir, comprar, vender y comercializar todo tipo de productos de la industria editorial, afines y asimiladas, es decir, los productos comprendidos en la clase 16 de la Clasificación Internacional de Niza".

   Posteriormente fue reformado el instrumento constitutivo de la Sociedad, mediante escritura No. 6687 del 29 de setiembre de 1994, transformándose en sociedad anónima y con la denominación social IMPRESORA COLOMBIANA SA., IMPRECOL S.A.

   Además, también presentó en fecha 2 de setiembre de 1987 solicitud de depósito del nombre comercial **"IMPRESORA COLOMBIANA LIMITADA IMPRECOL LTDA.",** el que le fue concedido con fecha 6 de junio de 1989.
2. Por su parte, la sociedad de comercio IMPRESORES COLOMBIANOS S.A. (actualmente FORMAS Y VALORES S.A. -FORVAL S.A.-) presentó el día 15 de

marzo de 1989 (dos años después de la solicitud de depósito de Nombre Comercial formulada por la demandante, acota el juez consultante) solicitud de registro de la marca "IMPRECOL" para distinguir los productos comprendidos en la clase 16 de la Clasificación Internacional de Niza, la que le fue concedida el 12 de diciembre de 1994 por Resolución No. 49474.

3. Accediendo a la solicitud del 2 de setiembre de 1987 reseñada *supra*, la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia expidió el 6 de junio de 1989 resolución 4313, concediendo certificado de Depósito de Nombre Comercial para la expresión IMPRESORA COLOMBIANA LIMITADA IMPRECOL LTDA.", a favor de la sociedad IMPRESORA COLOMBIANA LIMITADA IMPRECOL LTDA. (hoy IMPRESORA COLOMBIANA IMPRECOL C.A), destinada según el demandante a "distinguir al empresario dedicado a la elaboración, producción y distribución de papel, cartón, y artículos de estas materias no comprendidos en otras clases; productos de imprenta; artículos de encuadernación; fotografías; papelería; adhesivos (pegamentos) para la papelería de la casa; material para artistas; pinceles; máquinas de escribir y artículos de oficina (excepto muebles); material de instrucción o de enseñanza (excepto aparatos), materias plásticas para embalaje (no comprendidas en otras clases); naipes; caracteres de imprenta; clisés. Productos estos que corresponden a la clase 16 de la taxonomía Internacional de Niza".

4. La resolución demandada es la ya identificada en el precedente párrafo "2", emanada de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, que quedó firme en la vía administrativa por no haber sido interpuestos contra ella los recursos de que se disponía conforme al Derecho interno, y que en su propio texto le fueron señalados.

c) Contestación de la demanda

La demandada, Superintendencia de Industria y Comercio, alega:

1. Que "…el acto administrativo impugnado ante el Honorable Consejo de Estado fue expedido por la división de signos distintivos con plena competencia para conceder los registros de las marcas solicitadas previamente con el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas vigentes en materia marcaria en especial la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; asimismo, es de reiterar que el registro de las marcas comerciales ante la Oficina Nacional Competente se rige por lo dispuesto en las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena".

   Que como consta del expediente administrativo No. 299710, la "demandante no se opuso a la solicitud de registro de la marca **IMPRECOL**. para distinguir los productos de la clase 16 presentada por IMPRESORES COLOMBIANOS S.A., (hoy FORMAS y VALORES S.A. FORVAL S.A.), dentro del término legal establecido para las oposiciones...". (El resaltado corresponde al original).

2. Que además: "Es inequívoco que a la fecha de la expedición de la resolución acusada la parte demandante no era titular de un registro marcario anterior sobre la marca **IMPRECOL** para amparar productos de la clase 16 o de una solicitud presentada con anterioridad a la de la sociedad IMPRESORES COLOMBIANOS S.A. (hoy FORMAS y VALORES S.A. FORVAL S.A.)".

3. Que "... la parte demandante no interpuso los recursos procedentes en la vía gubernativa contra el acto administrativo acusado. Es decir, como parte interesada no agotó la vía gubernativa", no habiendo por tanto causado estado el acto impugnado.

3.1. Que, según expresa, es jurisprudencia del Consejo de Estado, (sentencia emitida el 29 de julio de 1993, dentro del proceso interno No. 305) que: "...si el interesado no hace uso del derecho de formular oposición. la administración no incurre en ilegalidad al concederlo …".

3.2. Que así mismo considera: "como ha sido reiterativo por parte del Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Primera '...el titular, dueño o propietario de una marca, a la luz de las transcritas disposiciones es únicamente el que ha adquirido tal derecho de conformidad con las pautas o exigencias de las normas pertinentes, lo cual se traduce en el registro de la misma ante la oficina nacional competente...'. (Sentencia proferida el 7 de noviembre de 1990. Expediente No. 305)".

Por su parte, la sociedad FORMAS Y VALORES S.A. FORVAL S.A. alegando la calidad de tercero interesado y coadyuvante de la demandada, afirma:

1. Que la actora omite mencionar cómo, en fecha 11 de febrero de 1994 y por medio de un acto de voluntad propio de las sociedades, decidió cambiar o modificar el nombre comercial de la sociedad por el de "URIBE IMPRESORES LIMITADA", nombre que se mantuvo vigente hasta el 1 de marzo de 1995, cuando retorna a su anterior denominación "IMPRECOL S.A."

2. Que a través de tal cambio de denominación, el nombre comercial "...perdió vigencia y notoriedad por espacio de algo más de un año, lo que hace presumir que el uso del mismo empieza a regir con efectos jurídicos desde el primero de marzo de 1995, en adelante".

3. Agrega la sociedad FORVAL S.A. que los derechos sobre las marcas "no son consecuencia de la existencia física de una persona, o la creación de una persona jurídica; dependen para su nacimiento y mantenimiento de actos formales, como el registro de la marca...".

4. Y además, que la naturaleza jurídica del nombre comercial y la de la marca son distintas. ya que mientras el primero pretende "básicamente individualizar una actividad, un establecimiento de comercio en la totalidad que lo conforma, independientemente del producto final, la Marca tiene por objeto determinar los resultados del ente productor, es decir, protege el producto final que lleva una marca".

5. Que la División de Signos Distintivos aplicó correctamente el procedimiento de registro, al publicar en su debido momento la solicitud de la marca **"IMPRECOL"** para distinguir los productos comprendidos en la Clase Internacional No. 16; y vencido el lapso legal previsto para la presentación de observaciones, éstas no fueron formuladas por lo que el expediente administrativo correspondiente a esta denominación siguió el trámite normal, que concluyó con la concesión del registro mediante la resolución recurrida, y ". . que es requisito *sine qua non* para que pueda haber pronunciamiento de fondo, que el acto que se acuse sea el resultado de la oposición u observación o de la solicitud de cancelación del registro de marca, lo que en el evento *sub lite* no se produjo".

6. Señala asimismo la sociedad FORVAL S.A. que "...los Nombres Comerciales no tienen la posibilidad de registro como tal y lo único que la División hace es el Depósito, ... que no puede ser controvertible pues el elemento de la publicidad del signo no se da, [y] el control del registro y el del depósito son... distintos".

Con vista de todo lo anterior, este órgano judicial andino,

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 también con competencia para actuar como juez comunitario -tal el caso de la alta jurisdicción consultante-, y en tanto esas normas resulten pertinentes para la resolución del proceso interno; y,

Que igualmente se encuentra conforme la solicitud con las prescripciones contenidas en los artículos 28 y 29 del Tratado de Creación del Tribunal, así como con los requisitos establecidos en el artículo 61 del respectivo Estatuto (Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena) promulgado en desarrollo del Tratado.

II. NORMAS OBJETO DE LA PRESENTE INTERPRETACION

Las normas cuya interpretación ha sido requerida por la alta jurisdicción consultante son:

DECISION 344

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

"Se entenderá por marca todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona.".
"Artículo 82. No podrán registrarse como marcas los signos que:
(...)

"h) Puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia, la naturaleza, el modo de fabricación, las características o cualidades o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate;"

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

"b) Sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, de acuerdo con las legislaciones internas de los países miembros, siempre que dadas las circunstancias pudiere inducirse al público a error
(...)

"Artículo 128. El nombre comercial será protegido por los países miembros sin obligación de depósito o de registro. En caso de que la legislación interna contemple un sistema de registro se aplicarán las normas pertinentes del capítulo sobre marcas de la presente decisión, así como la reglamentación que para tal efecto establezca el respectivo País Miembro.".

Adicionalmente, este Tribunal considera pertinente la interpretación *de oficio* del artículo 113 y de la Disposición Final UNICA de la Decisión 344:

"Artículo 113. La autoridad nacional competente podrá decretar, de oficio o a petición de parte interesada, la nulidad del registro de una marca, previa audiencia de las partes interesadas, cuando:

"a) El registro se haya concedido en contravención de cualquiera de las disposiciones de la presente decisión;
(...)

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

Disposición Final

"UNICA. Para los efectos de la presente decisión, entiéndase como Oficina Nacional Competente, al órgano administrativo encargado del registro de la Propiedad Industrial.

"Asimismo, entiéndase como Autoridad Nacional Competente, al órgano designado al efecto por la legislación nacional sobre la materia.".

III. LA ACCION DE NULIDAD

La Decisión 344 sobre Régimen Común Andino de Propiedad Industrial establece dos vías procedimentales diferentes para la cesación de los derechos conferidos por el registro marcario. La primera es la "cancelación", establecida en el artículo 108 conforme al cual:

"La oficina nacional competente cancelará el registro de una marca a solicitud de cualquier persona interesada, cuando sin motivo justificado, la marca no se hubiese utilizado en al menos uno de los países miembros, por su titular o por el licenciatario de éste, durante los tres 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 observación o de nulidad interpuestos con base en la marca no usada".
''(...)

"Asimismo, la oficina nacional competente cancelará el registro de una marca, a petición del titular legítimo, cuando ésta sea idéntica o similar a una marca que hubiese sido

notoriamente conocida, de acuerdo con la legislación vigente, al momento de solicitarse el registro".

y la segunda fue consagrada bajo el nombre de "nulidad" en el artículo 113, transcrito *supra.*

Se trata en efecto de dos vías procedimentales distintas, no sólo por la denominación que el propio texto legal les asigna, "cancelación" en el primer caso y "nulidad" en el segundo, sino diferentes también por el fundamento, contenido, justificación, finalidad y consecuente legitimación para interponer cada una de ellas, como expresamente lo ha diferenciado la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Andino. Porque a menudo se las confunde, interesa también resaltar la diferencia que entre ellas existe, con ocasión del caso sometido al conocimiento de la alta jurisdicción consultante, y que se encuentra en el origen de la presente consulta.

Sin duda contribuye a esa confusión el hecho de que, en ocasiones, a la facultad que tiene la oficina nacional competente para cancelar una marca, que es siempre de la exclusiva incumbencia del órgano administrativo encargado del Registro de la Propiedad Industrial, se le acompaña también la de conocer del recurso de anulación contra resoluciones administrativas que conceden una marca, todo en virtud de lo establecido al respecto por las legislaciones internas de los países miembros, con fundamento en la Decisión 344, párrafos primero y segundo de su Disposición Final Unica. Respecto de la distinción entre los recursos establecidos en los artículos 108 y 113, la jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado con prolijidad el tema. Al respecto podría revisarse las sentencias producidas en las interpretaciones prejudiciales 28-IP-95, de fecha 13 de febrero de 1998, marca "CANALI". Publicada en G.O.A.C. N° 332, del 30 de marzo de 1998; 03-IP-99, del 14 de mayo de 1999, correspondiente a la marca "LELLI". Publicada en G.O.A.C. N° 461, del 22 de julio de 1999; y, finalmente, el Tribunal ha sintetizado el tema en la sentencia No. 15-IP-99, del 27 de octubre de 1997, correspondiente a la marca "BELMONT (II)", expediente interno No. 3448.

En cuanto a la acción contenida en el artículo 113 de la Decisión 344, en términos generales, ha establecido la jurisprudencia del Tribunal:

El referido artículo 113, en concordancia con el 144 de la Decisión 344, le otorga a los países miembros, a través de sus legislaciones, la facultad de establecer el procedimiento, así como los requisitos y demás aspectos para regular la acción de nulidad en materia marcaria, excepto lo que tiene que ver con la prescriptibilidad de la misma, y esto último por encontrarse ya establecido por la propia norma comunitaria andina. Así lo ha dejado sentado este Tribunal en el fallo producido con motivo de la interpretación prejudicial 28-IP-95, caso "CANALI", sentencia de fecha 13 de febrero de 1998, en la que se pronunció al respecto, en los siguientes términos:

"por sus características ... **tiene la naturaleza de una revisión judicial distinta del contencioso administrativo**, normalmente **procedente contra los actos que hubieren agotado la vía gubernativa, presupuesto** este último **indispensable para que dicho recurso avance hacia la vía judicial**,... ya que constituye una consecuencia normal de la revisión efectuada por la administración a instancia sólo del legítimo titular de una marca…; …Obviamente, el ejercicio de esos recursos -el administrativo y el subsiguiente judicial-, incluido el trámite del 'agotamiento de la vía administrativo' **estará sometido a las regulaciones de cada ordenamiento nacional".** (G.O.A.C. N° 332 del 30 de marzo de 1998. Resaltado de la presente sentencia).

Observa el Tribunal que dentro del proceso interno, el acto recurrido ante el consultante es la resolución N° 49474 del 12 de diciembre de 1994, que concedió el registro de la marca "IMPRECOL" a favor de la sociedad IMPRESORES COLOMBIANOS S.A. (actualmente FORMAS Y VALORES S.A. -FORVAL S.A.-), resolución en la que por lo demás se previene al interesado, de que *"contra ella proceden los recursos de reposición ante el Jefe de la División de Signos Distintivos y el de apelación para ante el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial, interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación"* (folio 78). Pero del expediente remitido a este Tribunal no se desprende indicio alguno de que aquella hubiere sido recurrida a los fines de agotar la vía gubernativa o jerárquica ni, por tanto, que haya "causado estado", requisito normalmente indispensable para acceder al contencioso administrativo judicial. (Criterio sostenido en algunas de las sentencias del Tribunal; al respecto ver sentencia producida dentro del caso 20-IP-99, del 20 de octubre de 1999, correspondiente al caso: "SUMMER JUICE", proceso interno colombiano No. 4933).

Por tanto, en esta ocasión el Tribunal reitera su jurisprudencia, en el sentido de que el juez consultante, antes de proceder a adoptar su decisión sobre el fondo del asunto, deberá decidir si la acción de nulidad interpuesta, ejercida a tenor de lo establecido en el artículo 113 de la Decisión 344 (folio 34, correspondiente a la demanda contencioso-administrativa), ha cumplido con los requisitos establecidos por el derecho colombiano para el ingreso y conocimiento de aquella por la jurisdicción contencioso-administrativa. Criterio que, como se ha dejado expuesto, ahora se reitera, y que había sido previamente sostenido en la sentencia de interpretación prejudicial 11-IP-99 del 19 de mayo de 1999, correspondiente al caso "LELLI (II)".

IV. EL CONCEPTO DE MARCA Y SUS CARACTERISTICAS

El inciso segundo del artículo 81 de la Decisión 344, al definir lo que es marca, establece:

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

Refiriéndose la doctrina al concepto de "marca", señala:
"Se entiende generalmente que una marca es un signo visible que permite distinguir los bienes o servicios de una empresa, de los bienes o servicios de otras empresas. Es un bien incorporal cuyo principal valor reside en el prestigio y la reputación que determinada marca representa." (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI: "El papel de la Propiedad Industrial en la Protección de los Consumidores", Ginebra 1983, Pág. 13).

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por su parte, CONSIDERA, en el presente caso:

Que de las definiciones anteriores se desprende cómo la marca es un bien inmaterial destinado a distinguir un producto

o servicio de otros, representado por un signo, el 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, no tendría la capacidad necesaria para ser distintivo. Así lo ha sentado el Tribunal en reiterada jurisprudencia que más adelante se detalla.

Que de lo anterior se colige igualmente cómo para que un signo pueda ser inscrito en el registro marcario debe reunir tres requisitos intrínsecos: ser *perceptible, suficientemente distintivo* y *susceptible de representación gráfica.* Con la advertencia de que no por el hecho de que un signo cumpla con estos tres requisitos, quede ya necesariamente asegurado su registro, puesto que podría encuadrar aún dentro de alguna de las otras prohibiciones o causales de irregistrabilidad que la Decisión 344 establece en sus artículos 8 y 83. Así lo ha sentado constantemente este Tribunal en su jurisprudencia, y reiterado especialmente en el procedimiento de interpretación prejudicial 11-IP-98 del 03 de mayo de 1998, caso "PAVCO" (G.O.A.C. 359 del 4 de agosto de 1998); y,

Que, más en concreto,

a) En cuanto a la **distintividad,** función así mismo esencial de la marca, radica aquella en distinguir unos productos o servicios de otros, haciendo posible que el consumidor los diferencie. El signo será distintivo cuando por sí solo sirva para identificar un producto o servicio, sin que se confunda con él o con sus características esenciales o primordiales.

   Además, el que sea **distintivo** significa que es individual y singular, diferenciándose por sí mismo de cualquier signo. La distintividad exige, por tanto, que el que se pretenda registrar no se confunda con otros ya empleados para "distinguir" productos o servicios de la misma especie. Cuando el signo es incapaz de diferenciar unos productos o servicios de otros semejantes fabricados o producidos por diferentes empresarios, no puede ser registrado como marca.

b) La **perceptibilidad** tiene que ver con la necesidad de que un signo pueda ser apreciado por medio de los sentidos.

   Al respecto el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, define el vocablo "perceptible" como aquello que "se puede comprender o percibir"; y describe "percibir" como el hecho de recibir "por uno de los sentidos las imágenes, impresiones o sensaciones externas". "Percepción", dice además, es la "sensación interior que resulta de una impresión material hecha en nuestros sentidos." (Vigésima Primera Edición, Madrid 1992, Pág. 1114).

   El Tribunal Andino considera asimismo, y conforme a también reiterada jurisprudencia, que la perceptibilidad hace referencia a todo elemento, signo o indicación que pueda ser captado por los sentidos para que, por medio de éstos, penetre en la mente del público, el cual aprehende y a la vez asimila con facilidad el sonido de una palabra. Pero por cuanto para la recepción sensible o externa de los signos se utiliza en forma más general el sentido de la vista, han venido caracterizándose preferentemente aquellos referidos a una denominación, un conjunto de palabras, una figura, un dibujo, o un conjunto de dibujos.

c) Adicionalmente, la **representación gráfica** es un requisito formal pero también indispensable, que permite tanto la publicación como la posibilidad de archivo de las marcas solicitadas y registradas, en las respectivas oficinas de propiedad industrial, y se la concibe como la *"descripción que permite formarse una idea del signo objeto de la marca, valiéndose para ello de palabras, figuras o signos, o de cualquier otro mecanismo idóneo, siempre que tenga la facultad expresiva de los anteriormente señalados"*. (Marco Matías ALEMAN, "Marcas", Top Management, Bogotá, Pág. 77).

Todos los anteriores conceptos han sido elaborados, acogidos, sentados y desarrollados, como ha sido expresado *supra,* por la ya constante jurisprudencia de este Tribunal sentada al respecto. Véase asimismo la sentencia producida dentro del caso 04-IP-2000, del 29 de marzo del año en curso, correspondiente a la marca **"PIPRON",** expediente interno N° 5411.

V. LA DISTINTIVIDAD

Al respecto, el Tribunal se permite, dada la relevancia que para el caso concreto tiene el requisito de la distintividad -brevemente referido en párrafos anteriores- tratarlo in extenso de seguidas:

En efecto, como función esencial de la marca, se dirige el requisito de la distintividad a diferenciar productos o servicios pertenecientes a una persona o empresa, de otros, haciendo posible que el consumidor los distinga. El signo será distintivo cuando por sí solo sirva para identificar un producto o servicio sin que se confunda con éstos o con las características de los mismos, identificando igualmente el origen empresarial de unos y otros.

También ha sido constantemente reiterada la jurisprudencia del Tribunal Andino a este respecto, a partir de la sentencia de interpretación prejudicial en el caso 01-IP-87 del 03 de diciembre de 1987, caso "VOLVO" (G.O.A.C. 28 del 15 de febrero de 1988. *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena,* Tomo I, 1984-88. Pág. 99); expresó así mismo posteriormente, en la interpretación prejudicial 22-IP-96 del 12 de marzo de 1997 caso "EXPOMUJER" (G.O.A.C. 265 del 16 de mayo de 1997. *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,* Tomo V, 1996, Pág. 344): El artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena contiene "los tres elementos esenciales que a criterio de la norma comunitaria deben estar presentes en una marca para que sea posible su registro. Entre ellos, la distintividad o capacidad… para distinguir un producto o servicio de otro es la base fundamental para identificar un bien y diferenciarlo de los demás, hasta el punto de que la marca llega a considerarse como sinónimo de signo distintivo. La distintividad es la razón de ser del derecho a la exclusividad de la marca ya que, desde el punto de vista del empresario, le permite individualizar los productos o servicios que elabora para participar en un mercado de libre competencia. Desde el punto de vista de los consumidores, el carácter distintivo de la marca hace posible identificar el origen, procedencia y calidad del bien que desean adquirir, sin que se vean sujetos a confusión o engaño".

En la sentencia de interpretación prejudicial del 17 de agosto de 1998, correspondiente a la interpretación prejudicial 04-IP-98, caso "OPTIPAN" (G.O.A.C. 375 del 7 de octubre de 1998), el Tribunal ha dejado ratificado el señalado criterio:

VI. EL NOMBRE COMERCIAL

La Decisión 344 protege -mas no lo define- al nombre comercial. Generalmente se lo entiende como el signo que sirve para identificar a una persona natural o jurídica en el ejercicio de su actividad empresarial y que distingue su actividad de otras similares o idénticas. Se estima que bajo esa definición está comprendido tanto el nombre con el que la persona identifica su actividad empresarial en el mercado, como aquel empleado para distinguir su establecimiento comercial.

Al respecto, y en consonancia con el Convenio de París (artículo 8), la Decisión 344 establece que la protección del nombre comercial se reconoce en los países miembros sin necesidad de depósito o registro; pero, conforme al artículo 128 de ésta, si una legislación interna contemplare un sistema de registro, se aplicarán las normas pertinentes del propio texto comunitario para el régimen de marcas, así como la reglamentación que al efecto establezca el respectivo País Miembro.

Para el Tribunal existe armonía entre ambas normas, la cuales deben ser interpretadas en función del principio de la protección del nombre comercial sin necesidad del cumplimiento de formalidades registrales, de manera que cualquier registro de un nombre comercial tiene un carácter facultativo y no obligatorio, y se establece, en consecuencia, a los fines meramente declarativos.

VII. EL USO DEL NOMBRE COMERCIAL

Por tanto, la obligación de acreditar un uso efectivo del nombre comercial, se sustenta en la necesidad de fundamentar la existencia y el derecho de protección del nombre en algún hecho concreto, sin el cual no existiría ninguna seguridad jurídica para los competidores.

El artículo 128 de la Decisión 344 señala en efecto:

"El nombre comercial será protegido por los países miembros sin obligación de depósito o de registro. En caso de que la legislación interna contemple un sistema de registro se aplicarán las normas pertinentes del Capítulo sobre Marcas de la presente Decisión, así como la reglamentación que para tal efecto establezca el respectivo País Miembro".
Consecuentemente, si se alega la notoriedad del signo comercial, ella debe ser probada, conforme a los criterios establecidos en el artículo 84 de la Decisión 344.

De manera que la protección otorgada al nombre comercial se encuentra supeditada a su uso real y efectivo con relación al establecimiento o a la actividad económica que distinga, ya que es el uso lo que permite que se consolide como tal y mantenga su derecho de exclusiva. Cabe precisar adicionalmente que el hecho de que un nombre comercial se encuentre registrado no lo libera de la exigencia de uso para mantener su vigencia.

Las pruebas dirigidas a demostrar el uso del nombre comercial deben servir para acreditar la identificación efectiva de dicho nombre con las actividades económicas para las cuales se pretende el registro.

En el caso del nombre comercial -atendiendo a que es el signo que sirve para identificar a una persona natural o jurídica en el ejercicio de su actividad económica, diferenciándolo de las actividades de sus competidores- se considera que el ámbito de protección otorgado por el uso o registro de un nombre comercial se extiende al ramo o giro del comercio o industria correspondiente a las actividades económicas que distingue. El uso, y por lo tanto la protección de un nombre comercial, no se encuentra necesariamente restringido a una determinada clase en exclusiva, sino que se extiende a toda la actividad económica que distingue, concepto que trasciende del ámbito de clase.

Si bien el nombre comercial sirve para identificar a una persona natural o jurídica **en el ejercicio de su actividad económica, en tanto** que una marca es aquel signo que sirve para diferenciar en el mercado los productos o servicios de un competidor de los **productos** o **servicios** de otro competidor, puede suceder que exista similitud o conexión competitiva entre las actividades económicas que identifica el nombre comercial y los productos o servicios que distingue una marca, y de ser así la coexistencia en el mercado puede inducir a confusión en el público consumidor respecto al origen empresarial de las actividades económicas y los productos o servicios de que se trate.

Vale la pena hacer destacar las diferencias conceptuales entre la denominación social y el nombre comercial. La denominación o razón social identifica al comerciante (persona natural o jurídica) a quien son imputables las consecuencias de las relaciones jurídicas celebradas en su nombre, es decir, que lo individualiza como sujeto de derechos y obligaciones, debiendo inscribirse en el registro mercantil. El nombre comercial, en cambio, distingue a la persona en el ejercicio de su negocio o actividad comercial, diferenciándolo de las actividades idénticas o similares que desarrollan sus competidores. Sin embargo, nada obsta para que el signo que constituye un nombre comercial determinado, coincida con la denominación o razón social de la empresa.

El uso del nombre social en la publicidad y documentación comercial y en el etiquetado de los productos, aunque realizado pretendidamente en concepto de nombre social, reviste un cierto efecto distintivo publicitario que guarda estrecha analogía con el que desempeñan los signos distintivos de la empresa y muy en particular el nombre comercial. Podría decirse así que todo nombre social tiene dos significados: por un lado, uno primario y primordial, en tanto que sirve para identificar al sujeto jurídico e imputarle derechos y obligaciones; de otro lado, uno secundario, en cuanto que indica el origen empresarial de las prestaciones y servicios.

Por lo general todo nombre social utilizado en el mercado es también un nombre comercial. En esta hipótesis, el nombre social funcionará *de facto* como nombre comercial. Se trataría simplemente de un nombre comercial, a menos que su utilización se hubiere circunscrito exclusivamente al tráfico juridico-obligacional en sentido estricto.

Sin embargo, la definición de nombre comercial no debe ser interpretada en forma restrictiva a efectos de considerar que a través de el deba identificarse a una sola persona natural o jurídica en el ejercicio de su actividad económica, ya que es posible identificar con un mismo nombre comercial a un conjunto de personas naturales o jurídicas que actúan bajo un solo nombre. De manera que puede extenderse también a asociaciones o sociedades de hecho, como es el caso de los centros comerciales y de las juntas de propietarios.

En cuanto a la relación entre el nombre comercial y el cese definitivo de la empresa, este Tribunal considera conveniente acotar que, la extinción del nombre comercial va aparejada al cese definitivo de la actividad económica del establecimiento, es decir, sobreviene por el no uso del nombre comercial, pero el cese de la actividad no se refiere a la simple suspensión temporal, sino al cierre definitivo. En esta medida el nombre comercial tiene su suerte ligada al ejercicio real y efectivo del comercio. Si éste desaparece, el nombre desaparece con él y se convierte en *res nullius*, de la que terceros pueden apropiarse, siempre que se tomen precauciones y no se dé lugar a confusión, pues de ser adoptado por otro, el público razonablemente podría pensar que se trata de la reiniciación del uso del signo por su anterior propietario y no de su adopción por un nuevo usuario.

Se entiende entonces que un nombre comercial se ha extinguido si ha cesado el uso del mismo para identificar la actividad económica y viceversa. Así, el hecho de que uno de los locales a través de los cuales se desarrolla una determinada actividad económica se hubiere cerrado, no determina necesariamente la extinción del nombre comercial si es que la actividad económica que éste distingue se sigue desarrollando bajo ese mismo nombre, por medio de otros establecimientos o medios comerciales. Por lo tanto, no puede considerarse que el cierre de un local determinado -mientras no implique el cese de la actividad económica en sí-, signifique por sí mismo que el nombre comercial haya quedado extinguido. Corresponde tal determinación al juez nacional en el caso concreto.

VIII. PRIORIDAD

De los hechos ocurridos en el caso de autos, se puede observar que: en fecha 2 de setiembre de 1987 la sociedad IMPRESORA COLOMBIANA S.A., IMPRECOL S.A., solicitó el depósito del nombre comercial "IMPRESORA COLOMBIANA LIMITADA IMPRECOL LTDA.", el que fue concedido con fecha 6 de junio de 1989; y, que en fecha 15 de marzo de 1989 la sociedad IMPRESORES COLOMBIANOS S.A. (actualmente FORMAS Y VALORES S.A. -FORVAL S.A.-), presentó solicitud de registro de la marca "IMPRECOL", la que le fue concedida el 12 de diciembre de 1994, mediante Resolución No. 49474, impugnada en la vía judicial interna.

Como puede apreciarse, en el presente caso cobra importancia el tema de la **prioridad,** relacionado concretamente con la solicitud y concesión del depósito del nombre comercial de la ahora actora respecto de la solicitud de registro y concesión de la marca propiedad de la demandada.

La prioridad tiene que ver con el hecho de que "el signo primeramente registrado adquiere prioridad marcaria ante un signo requerido para registro con posterioridad, en base al principio 'primero en el tiempo primero en el derecho'".

(Sentencia producida con motivo de la interpretación prejudicial 17-IP-96, del 13 de diciembre de 1996, dentro del caso: marca "EDWIN". Publicado en 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. 281).

Por tanto, corresponderá al juez nacional consultante determinar, tomando en cuenta el derecho preferente que pudiere tener el actor sobre el signo del cual solicitó el depósito del nombre comercial, si existe la suficiente similitud entre las denominaciones confrontadas, como para producir confusión en el público respecto de los productos comercializados e identificados con la denominación "IMPRECOL", caso en el cual no procedería el registro del signo posteriormente solicitado.

IX. EL NOMBRE COMERCIAL Y LA MARCA

Si bien el nombre comercial y la marca son elementos de la Propiedad Industrial de naturaleza distinta, existe la posibilidad de que el público consumidor sea inducido a error o confusión respecto al origen empresarial de dichos signos, sí es que los mismos son idénticos o semejantes y se refieren a una actividad económica y a un producto o servicio relacionados, lo que deberá así mismo ser determinado por el juez nacional en el presente caso.

No pueden registrarse como marcas los signos que sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, siempre que dadas las circunstancias pueda inducirse al público a error, razón por la cual únicamente el titular de un nombre comercial puede utilizarlo y registrarlo como marca y correlativamente sólo el titular de una marca registrada puede utilizarla y registrarla como nombre comercial.

En la medida en que la denominación social sea a su vez distintivo empresarial, se la dotará de un derecho exclusivo de utilización y se la someterá a las limitaciones típicas de los signos distintivos.

Finalmente, y por otro lado, respecto al argumento de la administración demandada según el cual el actor no presentó, en su momento, las oposiciones a la solicitud de registro de la marca "IMPRECOL", este Tribunal comunitario ratifica lo por él sostenido incesantemente, y, además, en múltiples casos acogido por la propia administración recurrida, conforme al cual:
La facultad otorgada a la oficina nacional competente de proceder al examen de fondo sobre la registrabilidad del signo, es una obligación que precede al otorgamiento o no del registro marcario. La existencia de "observaciones" compromete más al funcionario en la realización del examen de fondo; pero, la inexistencia de ellas no lo libera de la obligación legal de proceder al mismo. En efecto, la finalidad perseguida por la norma es la de que el examen de fondo se convierta en una etapa obligatoria del proceso de concesión o denegación de marcas, y eso incluso lo expresó acertadamente la administración ahora recurrida dentro del caso correspondiente a la marca "RENTAR (nominativa)", proceso interno No. 3610 (Interpretación prejudicial 29-IP-96 del 30 de setiembre de 1998. G.O. del Acuerdo de Cartagena No. 394 del 15 de diciembre de 1998).

Resta advertir que las causales de irregistrabilidad que deben tomarse en cuenta en el examen de fondo en el presente caso, no pueden ser otras que las taxativamente establecidas en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344, y que, como reiteradamente se ha dejado expresado, el funcionario está obligado a examinarlas necesariamente, háyanse formulado o no observaciones al respecto.

Con base en las consideraciones expuestas,

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, sin entrar a analizarlos.

2. Quien se sintiere lesionado por la concesión del registro de un signo, que considere similar o idéntico a otro notoriamente conocido:

a) Si es titular legítimo de la marca notoria para el momento en que fue solicitado por otro el registro de una similar o idéntica, podrá acudir ante la Oficina Nacional que hubiere otorgado dicho registro, en procura de su cancelación; todo conforme al artículo 108 (párrafo final) de la Decisión 344.

b) O, en su caso y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 113 de la Decisión 344 ante la autoridad nacional -administrativa o judicial- competente conforme a las prescripciones del derecho interno para, acreditando su calidad de parte interesada, solicitar la declaratoria de **nulidad.**

Pero en definitiva, los señalados recursos de cancelación y de nulidad son de diferente naturaleza, en cuanto el primero sigue siendo **exclusivamente** administrativo, de revisión, y el de nulidad en cambio intrínsecamente judicial, aunque también extraordinario de revisión, y han de ser intentados contra el acto administrativo concesorio del registro.
En consecuencia, el Tribunal consultante deberá decidir previamente, si la acción de nulidad ante él intentada, la cual fue ejercida con fundamento en el artículo 113 de la Decisión 344, ha cumplido los requisitos establecidos por el derecho colombiano para que los interesados puedan tener acceso a la vía judicial contencioso-administrativa; especialmente, y si fuere del caso, el del agotamiento de la vía gubernativa.

3. Una vez más se ratifican los criterios sentados por este Tribunal, de que al funcionario administrativo competente le corresponde el examen de fondo de la registrabilidad del signo, háyanse formulado o no "observaciones" por parte de los interesados; y que dicho examen debe preceder necesariamente al otorgamiento o denegación del registro marcario. Así lo ha reconocido pacíficamente la propia Superintendencia de Industria y Comercio, como ya se ha dejado expresado.

4. Considera también el Tribunal Andino que la marca, como signo perceptible capaz de **distinguir** en el mercado los productos o servicios provenientes de, o comercializados por, una persona, en relación con los idénticos o similares producidos o comercializados por otra, postula también, y por sí misma, la concurrencia de las otras características de **perceptibilidad** y viabilidad de **representación gráfica** del signo que pretende identificar tales bienes, en razón de lo cual el signo insuficientemente distintivo no es registrable.

5. No pueden registrarse como marcas los signos que sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, siempre que dadas las circunstancias, pueda inducirse al público a error, razón por la cual únicamente el titular de un nombre comercial puede utilizarlo y registrarlo como marca y correlativamente sólo el titular de una marca registrada puede utilizarla y registrarla como nombre comercial.

6. El nombre comercial ha sido concebido para identificar a una persona natural o jurídica **en el ejercicio de su actividad económica,** en tanto que una marca es aquel signo que sirve para diferenciar en el mercado los productos o servicios de un competidor, de los **productos o servicios** de otro. Podría suceder, y de hecho sucede, que exista similitud o conexión competitiva entre las actividades económicas a las cuales identifica el nombre comercial, así como también a los productos o servicios a los que distingue una marca, y de ser así la coexistencia en el mercado puede inducir a confusión en el público consumidor respecto al origen empresarial de las actividades económicas y de los productos o servicios de que se trate.

7. La protección otorgada al nombre comercial se encuentra supeditada a su uso real y efectivo con relación al establecimiento o a la actividad económica a los que distinga, ya que es el uso el que permite que se consolide como tal y mantenga su derecho de exclusiva. Cabe precisar adicionalmente que el hecho de que un nombre comercial se encuentre registrado no lo libera de la exigencia de uso para mantener su vigencia.

8. En cuanto a la relación entre el nombre comercial y el cese definitivo de la empresa, este Tribunal considera conveniente acotar que la extinción del nombre comercial va aparejada al cese definitivo de la actividad económica del establecimiento, es decir, sobreviene por el no uso del nombre comercial, pero el cese de la actividad no se refiere a la simple suspensión temporal, sino al cierre definitivo. En esta medida el nombre comercial tiene su suerte ligada al ejercicio real y efectivo del comercio. Si éste desaparece, el nombre desaparece también con él y se convierte en una *res nullius* de la que terceros se pueden apropiar, siempre que se tomen precauciones y no se dé lugar a confusión, pues de ser adoptado por otro, el público razonablemente podría pensar que se trata de la reiniciación del uso del signo por su anterior propietario y no de su adopción por un nuevo usuario.

Por su parte el juez nacional consultante, al emitir el respectivo fallo, deberá adoptar la presente interpretación que de las señaladas normas del ordenamiento jurídico comunitario ha sido realizada por el Tribunal en la presente sentencia, la que habrá de notificársele mediante copia certificada y sellada de la misma. Remítasela 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 Henrique 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

PROCESO 33-IP-2000

Interpretación prejudicial de los artículos 81, 83, literales a), b), d) y e); 96, 102, 128, 146 y 147 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y del artículo 5° del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.
Proceso Interno No. 4954. Actor: MAX MARA FASHION GROUP S.R.L. Marca: MAXMARA

Magistrado Ponente: **GUILLERMO CHAHIN LIZCANO.**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en Quito a los treinta y un días del mes de mayo del dos mil, en la solicitud de interpretación prejudicial formulada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

VISTOS:

Que la consulta se tramita con observancia de lo dispuesto en el artículo 61 del Estatuto del Tribunal, razón por la cual previamente fue admitida a trámite mediante auto del cinco de mayo del año en curso.

1. ANTECEDENTES.

1.1. Las partes.

Son partes en el proceso interno, en calidad de demandante, la Sociedad **MAX MARA FASHION GROUP S.R.L.** y la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad ésta que se demanda por el otorgamiento a favor de la señora LUZ MARINA ACOSTA MADRID del registro de la marca MAXMARA para distinguir productos comprendidos en las clases 21 y 24 y por la concesión a favor de la misma persona del depósito de la enseña comercial para la expresión MAXMARA.

Se cita como tercero interesado en las resultas del proceso a la referida persona natural.

1.2. Actos demandados en el proceso interno:

Se pide, dentro del proceso interno, la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1.2.1. La Resolución N° 10261 de 28 de noviembre de 1990, por la cual se concede un certificado de depósito de enseña comercial para la expresión MAXMARA a favor de Luz Marina Acosta.

1.2.2. La Resolución N° 11464 del 23 de diciembre de 1991 por la cual se concede el registro de la marca MAXMARA a favor de Luz Marina Acosta para distinguir productos comprendidos en la clase 24.

1.2.3. La Resolución N° 11465 de 23 de diciembre de 1991 por la cual se concede el registro de la marca MAXMARA a favor de Luz Marina Acosta para amparar productos comprendidos en la clase 21.

1.3. La demanda.

Dice la demandante que solicita la nulidad de las resoluciones antes mencionadas en razón de que ellas concedieron indebidamente el depósito y el registro para el signo MAXMARA, que es exactamente igual a la marca notoriamente conocida MAXMARA de la cual es titular la actora y que distingue productos comprendidos en las clases 9, 14, 18 y 25 y que sirve también para denominar establecimientos de comercio dedicados a la manufactura, compra y venta de bienes pertenecientes a las clases 3, 14, 18, 25 y 24.

Expone que las solicitudes de registro de las marcas MAXMARA para distinguir productos de las clases 21 y 24, hechas por la señora Luz Marina Acosta, no cumplieron cabalmente con los requisitos previstos en las disposiciones del ordenamiento jurídico andino. Y que, en cambio, la actora solicitó y obtuvo antes del 23 de diciembre de 1991 los registros internacionales de marca para el signo MAXMARA en las clases 9ª, 14, 18, 24 y 25, registros que le otorgan prelación en el derecho marcario. Sobre esto último afirma que los registros otorgados por la Superintendencia se ven afectados por la reivindicación válida de prioridades, es decir, por el derecho que la ley otorga a un empresario para que registre en Colombia un signo como marca alegando prioridades con base en un registro anterior efectuado en otro país suscriptor de un tratado internacional ratificado por Colombia sobre protección de marcas.

1.4. Contestación de la demanda.

No hay constancia en el expediente remitido al Tribunal, ni se menciona en los hechos relevantes descritos por el Magistrado que realiza la consulta, que la Superintendencia de Industria y Comercio haya dado contestación a la demanda.

Aparece, en cambio, la contestación a la demanda realizada por la señora Luz Marina Acosta Madrid, quien aduce que los actos demandados son perfectamente válidos ya que fueron concedidos por el organismo competente con arreglo a las disposiciones comunitarias vigentes.

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

El Tribunal es competente, por razón del Tratado de su Creación, para interpretar, por la vía prejudicial, las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros, según lo dispone el artículo 32 del mismo Tratado.

3. NORMAS OBJETO DE LA INTERPRETACION PREJUDICIAL.

El Tribunal interpretará de las normas indicadas en la consulta, los artículos 81, 83 literales a), b), d) y e), 96, 102 y 128 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. No lo hará con respecto a los artículos 146 y 147 de la misma Decisión ni tampoco con respecto al artículo 5° del Tratado de Creación del Tribunal por no ser pertinentes al caso. [1].

3.1. Artículo 81.

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

---

[1] **Para una exposición detallada de las razones por las que se considera impertinente la interpretación de estas normas se pueden consultar, entre muchas, las sentencias del Tribunal proferidas el 30-Vll-97, Proceso 26-IP-96, Marca SEFRITA, Publicada en G.O.A.C. No. 308 de 28-Xl-97 y el 19-III-99, Proceso 43-IP-98, Marca FAIRBANKS, Publicada en G.O.A.C. No. 490 de 4-X-99.**

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

3.2. Artículo 83.

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

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

"b) Sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, de acuerdo con las legislaciones internas de los países miembros, siempre que dadas las circunstancia pudiere inducirse al público a error.

(…)

"d) Constituyan la reproducción, la imitación, la traducción o la transcripción, total o parcial, de un signo distintivo notoriamente conocido en el país en el que (sic) solicita el registro o en el comercio subregional, o internacional sujeto a reciprocidad, por los sectores interesados y que pertenezca a un tercero. Dicha prohibición será aplicable, con independencia de la clase, tanto en los casos en los que el uso del signo se destine a los mismos productos o servicios amparados por la marca notoriamente conocida, como en aquellos en los que el uso se destine a productos o servicios distintos.

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

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

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

3.3. Artículo 96.

"Vencido el plazo establecido en el artículo 96, sin que se hubieren presentado observaciones, la oficina nacional competente procederá a realizar el examen de registrabilidad y a otorgar o denegar el registro de la marca. Este hecho será comunicado al interesado mediante resolución debidamente motivada.".

3.4. Artículo 102.

"El derecho al uso exclusivo de la marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente".

3.5. Artículo 128.

"El nombre comercial será protegido por los países miembros sin obligación de depósito o de registro. En caso de que la legislación interna contemple un sistema de registro se aplicarán las normas pertinentes del capítulo sobre marcas de la presente decisión, así como la reglamentación que para tal efecto establezca el respectivo País Miembro.

4. CONSIDERACIONES.

Procede, en consecuencia, El Tribunal, a realizar la interpretación prejudicíal solicitada, para lo cual analizará los aspectos atinentes a los requisitos para el registro de las marcas; el riesgo de confusión; la protección al nombre comercial, la notoriedad de la marca y el examen de registrabilidad.

4.1. Los requisitos para el registro de marca. (Artículo 81. D. 344)

El artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, transcrito, contempla las características básicas que debe reunir un signo para ser registrado como marca. Ellas son: la distintividad, la perceptibilidad y la posibilidad de representación gráfica.

La distintividad es la característica que permite diferenciar o lo que es lo mismo, distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona, de aquellos idénticos o similares de otra.

El ordenamiento comunitario vigente (Art. 81 de la Decisión 344) al definir el concepto de marca hace énfasis en el aspecto de la distintividad cuando señala que marca es *"todo signo perceptible* ***capaz de distinguir*** *en el mercado, los productos o servicios producidos o comercializados por una persona, de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona".*

Un signo es registrable como marca sólo cuando cumple a cabalidad con los tres requisitos enunciados en el artículo 81 ibídem. No obstante, ello sólo no basta. Se requiere, además,

que el signo solicitado no se encuentre incurso en alguna de las precisas y taxativas causales de irregistrabilidad de las que se contemplan en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344.

Por ello, el juez nacional al aplicar las normas pertinentes del ordenamiento jurídico andino deberá analizar en el presente caso, en primer lugar, si el signo "MAXMARA" cuyo registro se impugna, cumple con los requisitos señalados en el citado artículo 81 y, en segundo lugar, determinar sí no encaja en alguno o algunos de los conceptos de irregistrabilidad a que anteriormente se hizo alusión, principalmente a los contemplados en los literales a), b), d) y e) del artículo 83.

4.2. Similitud de Signos y Riesgo de Confusión. (Artículo 83, literal a). D. 344).

Siendo la función principal de la marca la de identificar los productos o servicios de un fabricante o comerciante para diferenciarlos o distinguirlos de los de igual o semejante naturaleza, pertenecientes a otra empresa o persona, el titular del registro debe contar con la facultad de exclusión referida a la utilización del signo. Esto es, debe poseer el derecho de oponerse a que terceros no autorizados por él hagan uso de la marca.

Cuando en un mismo mercado, dos o más personas están en capacidad o pretenden utilizar marcas similares o idénticas para designar productos o servicios idénticos o de la misma naturaleza o finalidad, se genera el "riesgo de confusión" al colocarse a los consumidores en incapacidad para distinguir el origen empresarial de los bienes y servicios. Tal incapacidad es contraria al libre albedrío con el que deben ellos realizar la elección o escogencia.

Para evitar que la confusión se presente, la legislación andina ha determinado que no pueden ser objeto de registro aquellos signos que sean idénticos o similares *"a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero para los mismos productos o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error"*. (artículo 83, literal a)).

El Tribunal ha sido reiterativo en sus pronunciamientos sobre el cuidado que se debe tener al practicarse el análisis entre dos signos con el fin de dilucidar si entre ellos se presenta el riesgo de confusión. Ello por cuanto la labor de determinar si una marca es confundible con otra presenta diferentes matices y complejidades según que entre los signos en proceso de comparación exista identidad o similitud y según la clase de productos o servicios a los que cada uno de esos signos pretenda distinguir. Cuando las marcas, no sólo son idénticas sino tienen por objeto individualizar unos mismos productos o servicios, el riesgo de confusión es absoluto. Podría presumirse, incluso, la presencia de la confusión.

En los demás casos de comparación, en cambio, el análisis exige un mayor esfuerzo del juez quien deberá precisar si no obstante la identidad entre los signos confrontados el riesgo no se presenta por estar dirigidos a productos o servicios disímiles, o si, a pesar de ello, el carácter notorio de la marca preexistente se impone frente al principio de la especialidad: si los signos no son idénticos sino tan sólo similares, realizar un juicio de valor sobre si el grado de similitud existente puede o no generar error entre el público consumidor, teniendo en cuenta cuál es el público al que los bienes se encuentran dirigidos y, en fin, toda una serie de factores y elementos cuyo estudio requiere, sin duda, el mayor cuidado y la mayor objetividad posible. [2].

4.3. La protección del nombre comercial. (Artículos 83, literal b). y 128. D. 344).

A partir de la Decisión 311 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena empieza, en el derecho comunitario andino, a darse protección al nombre comercial frente a la solicitud o al registro posterior de signos marcarios que por asemejarse a aquél puedan inducir a error a los consumidores. Posteriormente, en el literal b) del artículo 73 de la Decisión 313 se dispuso, que no podían registrarse como marcas los signos que en relación con derechos de terceros "sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, de acuerdo con las legislaciones internas de los países miembros, siempre que dadas las circunstancias pudiere inducirse al público a error". Tal disposición se repite en forma textual en el literal b) del artículo 83 de la Decisión 344, que es la norma que toma ahora en consideración El Tribunal para efectos de su interpretación.

En el caso presente, la demanda contenciosa que pretende la anulación del registro marcario MAXMARA otorgado a LUZ MARINA ACOSTA MADRID, se fundamenta entre otras disposiciones comunitarias en la que se acaba de mencionar, pues se alega que esta marca no ha debido ser registrada en razón de que existía un nombre comercial, el de MAXMARA FASHION GROUP, notoria e internacionalmente conocido, que se usaba con anterioridad a la concesión del registro en referencia.

En múltiples providencias emitidas por El Tribunal, en las cuales se interpretó, bien, la disposición contenida en el literal b) del artículo 73 de la Decisión 313, ora, la establecida en el subrogatorio literal b) del artículo 83 de la Decisión 344, se ha sentado precisa jurisprudencia al respecto, en términos y con los alcances que ahora, nuevamente, se ratifican. Ha sostenido con respecto a esta norma El Tribunal:

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

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

"El sistema legal de orden comunitario, establece para el usuario o el titular de un nombre comercial, la protección en la fase de inscripción de una marca posterior para presentar

observaciones y la acción de nulidad prevista en el artículo 113 de la Decisión 344, nulidad que puede originarse de oficio por la propia autoridad nacional o a petición de parte, y en cualquiera de los dos casos previa audiencia de las partes interesadas.

---

[2] **Sobre este tópico puede consultarse la sentencia del TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA del 17-VIII-98. Proceso 4-IP-98. Caso OPTIPAN En G.O.A.C. N° 375 de 7-X-98.**

"Prueba de uso del nombre comercial

"Corresponderá a quien alegue la existencia, la prioridad, o a quien ejercita el derecho de observación o el planteamiento de la nulidad de la marca, el probar, por los medios procesales al alcance de la justicia nacional, que el nombre ha venido siendo utilizado con anterioridad al registro de la marca en el país donde solicita la protección y que ese uso reúne los caracteres y condiciones anotados. La simple alegación del uso no habilita al poseedor del nombre comercial para hacer prevaler sus derechos. La facilidad de determinar el uso puede provenir de un sistema de registro o de depósito que sin ser esenciales para la protección, proporcionan por lo menos un principio de prueba en favor del usuario"[3]

Consecuente con estas posiciones jurisprudenciales, el juez nacional, al realizar el análisis comparativo entre el nombre comercial notorio o la marca notoria, con la denominación marcaria impugnada, para definir si ésta genera problemas de confusión con respecto a los productos amparados por aquéllos, deberá, en primer lugar, determinar si en efecto, se encuentra acreditado el carácter de notorio del nombre comercial o de la marca, según el caso, ello de conformidad con lo previsto en el artículo 84 de la Decisión 344, para que, si hubiere lugar, y como segundo paso, aplicar al cotejo las mismas reglas y criterios de comparación que se utilizan para la comparación de signos marcarios.

4.4. Notoriedad de la marca. (Artículo 83, literales d) y e). D. 344).

Las reglas contenidas en el artículo 83, literales d) y e), de la Decisión 344 de la Comisión, contemplan una amplia y especial protección para los signos distintivos que reúnan el requisito de la notoriedad.

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

La notoriedad de la marca es un hecho que debe probarse. Así lo estipula el artículo 84 de la Decisión 344 cuando señala los elementos que sirven para medir tal circunstancia. Ello porque la marca común, para elevarse al estadio de la marca notoria, debe contar con una serie de factores tales como: calidad del producto, difusión de la marca, imagen en el mercado, comercialización del producto, etc.. La carga de la prueba corresponde al titular de la marca, pues ésta puede ser desconocida inclusive por la autoridad administrativa o judicial y la prueba precisamente pretende convencer al juzgador de que la marca alegada como notoria reúne características especiales que no poseen las marcas comunes.[4]

Corresponde, entonces, a la Autoridad Nacional Competente o al Juez, en su caso, establecer, con base en las probanzas aportadas por quien desea el reconocimiento de marca notoria y por ende la protección especial que de ello se deriva, si una marca tiene o no los atributos de la notoriedad, para lo cual el ordenamiento comunitario establece, en forma no taxativa, los criterios del artículo 84 citado.

Es de advertir que dentro del alcance de la protección especial que otorga la notoriedad comprobada está lo que dispone el artículo 83, literal e), cuando señala que se puede producir confusión con una marca notoriamente conocida, si existe similitud, sin tener en cuenta la clase de los productos o servicios a que ella se refiere ni tampoco aquellos para los cuales se solicita el registro.

De la lectura que hace el Tribunal de los dos incisos objeto de la interpretación se puede colegir que la protección de la marca notoria no se encuentra limitada por los principios de "especialidad" y de "territorialidad" generalmente aplicables con relación a las marcas comunes.[5]

4.5. Trámite de las observaciones. (Artículo 96.D. 344).

Se contempla en la legislación comunitaria andina en materia de propiedad industrial la posibilidad de que cualquier persona, que tenga legítimo interés, pueda presentar observaciones al registro de una marca solicitada.

Según ella, se considera que tiene legítimo interés para presentar las observaciones tanto el titular de una marca registrada ante el intento de registrar otra idéntica o similar, así como quien solicitó primero el registro de la marca.

Las observaciones deben ser tramitadas y resueltas por la Oficina Nacional Competente, la cual podrá rechazar las extemporáneas; las que se fundamenten en solicitud posterior a la petición de registro de la marca que se observa; las que se fundamenten en tratados no vigentes para el País Miembro en el que se solicita la marca o aquellas en que los interesados no hubieran pagado las tasas de tramitación correspondientes.

Según los artículos 94, 95 y 96 de la Decisión 344, una vez admitida a trámite la observación que no incurra en las causales de rechazo mencionadas en el primero de los citados, la Oficina Nacional Competente deberá notificar al peticionario para que dentro de los treinta días haga valer sus alegatos.

Vencido el mencionado plazo la Oficina Nacional Competente debe decidir las observaciones y luego efectuar indefectiblemente el examen de registrabilidad para concluir pronunciándose expresamente sobre la concesión o denegación del registro de la marca, pronunciamiento que, independientemente de su contenido, favorable o desfavorable, deberá plasmarse en resolución debidamente motivada, la que debe ser notificada al peticionario.

---

[3] **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA Sentencia de 11-III-98 Proceso 3-IP-98. Caso "BELLAMUJER". En G.O.A.C. N° 338 de 11-V-98.**

[4] **Véase al respecto lo dicho en la Sentencia de 21-IV-98. Proceso 23-IP-96. Marca VODKA BALALAIKA. Publicado en G.O.A.C. N° 354 de 13-VII-98.**

[5] **En similar sentido se pronunció el Tribunal en Sentencia de 8-X-99. Dentro del Proceso 36-IP-99. Marca FRISKIES. Publicado en G.O.A.C. N° 504 de 9-XI-99.**

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

El concepto plasmado en la resolución o acto administrativo por el cual se califica la semejanza o no de los signos enfrentados y se determina la concesión o la denegación del registro debe estar respaldado en un estudio prolijo, técnico y pormenorizado de todos los elementos y reglas que le sirvieron de base para tomar su decisión. El funcionario no goza de discrecionalidad en la adopción de su criterio puesto que debe adoptar las reglas que la doctrina y jurisprudencia han establecido. La aplicación que de éstas se realice en el examen comparativo, dependerá en cada caso de las circunstancias y hechos que rodeen a las marcas en conflicto. Este parámetro se halla ordenado en el artículo 95 de la Decisión 344, al exigir que "*…la oficina nacional competente decidirá sobre las observaciones y la concesión o denegación del registro de marca, lo cual notificará al peticionario mediante resolución debidamente motivada"*.

La Decisión 344 exige reiterativamente (Arts. 95 y 96) que los pronunciamientos de las autoridades nacionales respecto de las solicitudes de registro de marcas sean debidamente motivados, es decir, expresen los fundamentos en los que se basan para emitirlos.[6]

4.6. Adquisición del derecho al uso exclusivo de la marca. (Artículo 102.D. 344).

Ha dicho El Tribunal que la única forma de adquirir el derecho exclusivo y preferente sobre una marca es mediante el registro, acto que, según el sistema comunitario andino, es constitutivo y no declarativo de tal derecho.

Una vez registrada la marca, su titular adquiere el derecho al uso exclusivo el cual comporta la posibilidad de ejercerlo en forma positiva y la facultad de prohibir que otros lo utilicen sin su consentimiento o autorización **(ius prohibendi).**

El artículo 104 de la Decisión 344 dispone que: *"el registro de la marca confiere a su titular el derecho de actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento realice, con relación a productos o servicios idénticos o similares para los cuales haya sido registrada la marca"*, alguno de los actos que se enlistan en dicha disposición.

Tres facultades específicas en cabeza del titular de una marca, se han identificado por la jurisprudencia y la doctrina como derivadas del derecho exclusivo conferido por el registro de la misma; ellas son:

- La de usarla en el producto o servicio para la que fue concedida, o sobre su envase o envoltorio; y además, la de interponer acciones judiciales o administrativas a fin de impedir que esos mismos usos puedan realizarse o ejecutarse por terceros sobre productos similares que ostentan signos iguales o semejantes a los suyos.
- La capacidad de comerciar los productos o servicios con identificación de su marca, que se complementa con la prohibición que puede lograr el titular para que terceros vendan productos o suministren servicios, bajo el amparo de un signo igual o similar.
- La posibilidad de que el titular utilice la marca en avisos publicitarios, impidiendo que terceros hagan lo propio con esa misma marca.[7]

En resumen, conforme al sistema andino, la única forma de adquirir el derecho al uso exclusivo de la marca es por medio del registro, el cual le permite a su titular ejercer el **ius prohibendi** para impedir que terceros utilicen su marca, sin su expreso consentimiento, en bienes o servicios idénticos o similares, a tal extremo que pueda causar confusión al consumidor que es a quien protege, en esencia, el derecho marcario. El registro marcario confiere al titular de la marca, en el país de inscripción el derecho al uso exclusivo de la misma y el ejercicio del ***ius prohibendi*** *con* las limitaciones y excepciones establecidas por la ley comunitaria.

Con fundamento en las consideraciones anteriores,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

Primero: Un signo puede registrarse como marca únicamente si reúne los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica a que se refiere el artículo 81 de la Decisión 344 y además, no encaja en ninguna de las causales de irregistrabilidad a que se refieren los artículos 82 y 83 de la Decisión 344.

Segundo: La existencia del riesgo de confusión es un aspecto de hecho que deberá ser analizado por el administrador o el juez nacional, sujetándose en todo caso, a las reglas de comparación de signos establecidas por la doctrina y la jurisprudencia.

Tercero: El examen de registrabilidad que debe practicar la oficina correspondiente comprende el análisis de todas las exigencias que la Decisión 344 impone para que un signo pueda ser registrado

[6] **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 30-X-98, Proceso 35-IP-98, marca "GLEN SIMON", publicada en la G.O.A.C. N° 422 del 30-III-99.**

[7] **En abundamiento de los anteriores conceptos sobre forma de adquisición del derecho al uso exclusivo y preferente de la marca, se citan a continuación algunas de las sentencias que forman parte de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Comunitario en las que se interpretaron las normas que**

ahora se examinan: Sentencia de 18-IX-95, Proceso 12-IP-95, Marca: VERDADERO ARRANCA GRASA. G.O.A.C. No. 199 del 26-I-96. Sentencia de 19-IX-95, Proceso 2-IP-95, Marca: LAURA & LAURA ASHLEY. G.O.A.C. 199, del 26-I-96. Sentencia de 7-VIII-95. Proceso 7-IP-95, G.O.A.C. 189, del 15-IX-95. Sentencia del 7-VIII-95, Proceso 4-IP.94, Marca: EDEN FOR MAN. G.O.A.C. No. 189 de 15-IX-95. Sentencia del 30-VIII-96, Proceso 8-IP-95, Marca LISTER. G.O.A.C. No. 231 del 17-X-96, entre otras.

como marca, partiendo de los requisitos establecidos en su artículo 81 y tomando en consideración las prohibiciones que señalan los artículos 82 y 83 de la misma Decisión. Debe producirse en todos los casos, aún en aquéllos en que no se hayan presentado observaciones a la solicitud de registro y la conclusión, sea cual fuere, debe plasmarse en una resolución motivada.

Cuarto: La protección a la marca notoria, reconoce al titular de la misma otros derechos que no poseen las marcas comunes, pero esto no significa que la notoriedad surge de la marca por sí sola, o que para su reconocimiento legal no tengan que probarse las circunstancias que han dado lugar a la presencia de esa característica especial. Alegada la notoriedad de una marca como obstáculo para el registro de una nueva marca, la prueba de tal notoriedad corresponde a quien la alega, quien dispondrá, para ese objeto, de los medios procesales que la legislación interna haya previsto. Téngase en cuenta que la protección que confiere la marca notoria, de acuerdo a lo establecido en las normas andinas interpretadas, es independiente de la clase de productos o servicios a que ella se refiere o de aquellos para los cuales se solicita el registro.

Quinto: La legislación andina protege el nombre comercial sin necesidad de registro o depósito. Para efectos de determinar la similitud entre un nombre comercial y una marca, se aplican las mismas reglas que para el cotejo entre marcas.

El Consejo de Estado de la República de Colombia deberá adoptar la presente interpretación al dictar la sentencia dentro del proceso interno N° 4954, de conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Notifíquese al Consejo de Estado de la República de Colombia, mediante copia certificada. Remítase copia a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación oficial.

Luis Henrique 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 sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. Certifico.

Dr. Eduardo Almeida Jaramillo
SECRETARIO

JUZGADO DECIMO DE LO CIVIL DE PICHINCHA

CITACION JUDICIAL

A: Diego Hernández Niacasa.

JUICIO: Muerte Presunta Nro. 34-2001 L.A.

ACTORA: Carmen Rosario Hernández Tipán.

DEMANDADO: Diego Hernández Niacasa.

OBJETO: Obtener que se declara la presunción de muerte por desaparición al señor Diego Hernández Niacasa, al amparo de lo dispuesto en el Art. 66 y siguientes del Código Civil.

TRAMITE: Especial.

CUANTIA: Indeterminada.

Providencia dictada:

JUZGADO DECIMO DE LO CIVIL DE PICHINCHA.- Quito, 2 de febrero del 2001.- Las 16h30.

VISTOS: La demanda que antecede es clara y reúne los requisitos de ley.- En consecuencia, se la acepta al trámite previsto en los Arts. 66 y siguientes del Código Civil.- En mérito a la información sumaria que acompaña, con la cual justifica que se ignora el paradero del demandado, señor Diego Hernández Niacasa, se dispone que se le cite por tres veces en el Registro Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación de esta ciudad de Quito, con intervalo de un mes entre cada dos citaciones, conforme lo dispone el numeral 2do. del Art. 67 del código antes indicado.- Cuéntese en la presente causa, con uno de los señores Agente Fiscal de lo Penal de Pichincha. Téngase en cuenta el casillero judicial señalado para sus notificaciones.- Cítese y notifíquese.

f.) Dr. Vicente Sylva Vizcarra, Juez.

Lo que llevo a su conocimiento para los fines de ley, y le cito previniéndole de la obligación que tiene de señalar casillero judicial para sus notificaciones.

f.) Braulio Pérez Peñafiel, Secretario, Juzgado Décimo Civil de Pichincha.