



### SUMARIO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

	Pág.
PROCESO 158-IP-2015 Interpretación Prejudicial Consultante: Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia Expediente interno del Consultante: 25000-23-27-000-2010-00290-01 (19195) Referencia: Impuesto al Patrimonio.....	2
PROCESO 393-IP-2015 Interpretación Prejudicial Consultante: Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, República de Colombia Expediente interno del Consultante: 2009-00137 Referencia: Transporte internacional de mercancías por carretera.....	18
PROCESO 428-IP-2015 Interpretación Prejudicial Consultante: LaQuinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, República del Perú. Expediente interno del Consultante: 06718-2013 Referencia: Signos involucrados: MÁS WONG y logotipo y nombre comercial MASS y logotipo.....	38



## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 14 de julio del 2016

**Proceso:** 158-IP-2015  
**Asunto:** Interpretación Prejudicial  
**Consultante:** Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia

**Expediente interno del Consultante:** 25000-23-27-000-2010-00290-01 (19195)

**Referencia:** Impuesto al Patrimonio

**Magistrado Ponente:** Dr. Hernán Romero Zambrano

### VISTOS

El Oficio 0635, recibido el 10 de abril del 2015, mediante el cual la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, solicita Interpretación Prejudicial del Artículo 17 de la Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina, a fin de resolver el Proceso Interno 25000-23-27-000-2010-00290-01 (19195); y,

El auto de 7 de diciembre de 2015, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente interpretación prejudicial.

### A. ANTECEDENTES

#### 1. Partes en el Proceso Interno:

**Demandante:** RAYOVAC-VARTA S. A.



**Demandado:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, REPÚBLICA DE COLOMBIA.

## **2. Hechos Relevantes**

- 2.1. El 27 de mayo de 2007, la sociedad RAYOVAC-VARTA S. A. presentó su declaración de impuesto al patrimonio correspondiente al año gravable 2007, por la suma de \$ 455.887.000 pesos colombianos. En la declaración excluyó la suma de \$ 3.640.758.000 pesos colombianos, correspondiente a cuentas por cobrar en los países de Ecuador y Perú.
- 2.2. El 9 de diciembre de 2008, la División de Gestión de Fiscalización Tributaria expidió el Requerimiento Especial 312382008000007, a través del cual se propuso modificar la declaración del impuesto al patrimonio, determinando la imposibilidad de realizar dicha exclusión y propuso imponer una sanción de inexactitud.
- 2.3. El 10 de agosto de 2009, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuesto de Grandes Contribuyentes, emitió la Liquidación Oficial de Revisión 312412009000032, mediante la cual determinó un mayor impuesto al patrimonio por \$ 43.689.000 y una sanción por inexactitud de \$ 69.902.000.
- 2.4. La sociedad RAYOVAC-VARTA S. A. interpuso recurso de reconsideración en contra del acto anterior, el cual fue resuelto por la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN, a través de la Resolución 900120 de 10 de agosto de 2010 mediante la cual confirmó lo resuelto anteriormente.
- 2.5. El 10 de diciembre de 2010, la sociedad RAYOVAC-VARTA S. A. interpuso ante la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, República de Colombia, acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Liquidación Oficial de Revisión y la Resolución 900120.
- 2.6. El 11 de mayo de 2011, la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
- 2.7. El 15 de septiembre de 2011, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Sub Sección B, resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho declarando la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión 312412009000032 y de la Resolución 900120.
- 2.8. El 14 de octubre de 2011, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, interpone recurso de

6



apelación contra la sentencia del 15 de septiembre expedida anteriormente.

2.9. Mediante auto de 23 de febrero de 2015, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, decidió suspender el proceso y solicitó Interpretación Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

**3. Argumentos contenidos en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

La sociedad RAYOVAC-VARTA S. A. en su escrito de demanda expresa, en lo principal, los siguientes argumentos:

3.1. En la declaración del impuesto al patrimonio presentada por la sociedad por el año gravable 2007, se excluyó del patrimonio bruto al 1 de enero de 2007, la suma de \$ 3.640.758.000,00 correspondiente a cuentas por cobrar ubicadas en países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (Ecuador y Perú).

3.2. En materia tributaria la asignación de la potestad tributaria para gravar el patrimonio en los países miembros de la Comunidad Andina, se rige por lo dispuesto en la Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina.

3.3. El método elegido por la Comunidad Andina para efectos de impuestos que gravan el patrimonio es precisamente el de la exoneración integral, toda vez que al país de la fuente se atribuye el derecho a ejercer la potestad tributaria y que, en consecuencia, el país de la residencia no está legitimado para hacerlo, pues la decisión comunitaria es de obligatoria aplicación y habilita al beneficiario, VARTA, para exigir de la jurisdicción su efectividad directa.

3.4. Siendo así, el método de exoneración supone la renuncia de la potestad tributaria por parte del Estado de la residencia, por la cual no podría éste gravar el patrimonio que no se encuentre ubicado en su jurisdicción de esta manera se entiende que Colombia renunció a su potestad tributaria para gravar el patrimonio porque las cuentas por cobrar se discuten y se entienden poseídas en Ecuador y Perú, por esta razón la autoridad colombiana no puede pretender el pago del impuesto al patrimonio sobre los derechos mencionados, aun cuando los países legitimados para ello por la norma supranacional no hayan establecido un gravamen sobre el mismo.

3.5. En ese sentido, es procedente la exclusión que la sociedad realizó toda vez que las cuentas por cobrar se entienden poseídas en el domicilio del deudor y, por otro lado, la potestad para gravar dicho patrimonio



correspondía exclusivamente a las autoridades fiscales de Ecuador y Perú sin que Colombia esté legitimada para exigir a la sociedad accionante un impuesto sobre dichos patrimonios.

- 3.6. A través de lo dispuesto en la Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina, los países miembros de la Comunidad Andina convinieron en trasladar la potestad tributaria en materia de patrimonio a aquellos en los cuales éste se encontrara ubicado con el objeto de evitar la doble imposición tributaria. En ese sentido toda vez que las cuentas por cobrar objeto de discusión no se encuentran en Colombia, sino en Ecuador y Perú, países de residencia de los deudores de la sociedad, son éstas jurisdicciones quienes tienen la potestad tributaria para gravar a la sociedad.
  - 3.7. En consecuencia la norma supranacional, establece claramente en qué país se gravará el patrimonio, resulta indispensable que se reconozca que a Colombia no le asiste la potestad tributaria respecto de las cuentas por cobrar objeto de controversia toda vez que de conformidad con el método de exoneración Colombia ha renunciado a gravar el patrimonio ubicado en otros estados miembros de la Comunidad Andina.
  - 3.8. Existió una falta o indebida motivación de las actuaciones administrativas por cuanto la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN, confunde los hechos generadores del impuesto sobre la renta y el impuesto al patrimonio, omitiendo que en virtud de la Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina, las cuentas por cobrar como partidas patrimoniales, deben excluirse de la base impositiva en razón a la exoneración de que gozan en Colombia como país de residencia.
- 4. Argumentos de la contestación a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN en su escrito de contestación a la acción de nulidad expresa, en lo principal, los siguientes argumentos:

- 4.1. La suma de \$ 3.640.758.000 corresponde al rubro contable de cuentas por cobrar que representa un derecho a favor de la sociedad y que en consecuencia, forma parte de su patrimonio bruto como representación de un activo que le pertenece traducidas en recursos económicos de propiedad de la empresa que le generan un beneficio en el futuro.
- 4.2. Respecto del artículo 261 del Estatuto Tributario, el patrimonio bruto está constituido por el total de los bienes y derechos apreciables en dinero poseídos por el contribuyente en el último día del año o periodo gravable, para los contribuyentes con domicilio en Colombia excepto



sucursales de sociedades extranjeras, el patrimonio incluye los bienes poseídos en el exterior.

- 4.3. En consecuencia a pesar que el deudor de la cuenta por cobrar que forma parte del patrimonio de la sociedad contribuyente se encuentra en Perú, tal situación no es óbice para entender que deba ser gravado en el país miembro por cuanto al corresponder a un pasivo para la sociedad extranjera, contrario a lo planteado por el demandante el efecto es la disminución del patrimonio de la primera.
- 4.4. Por expresa disposición de la Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina, su aplicación e interpretación debe obedecer a un propósito fundamental de evitar la doble tributación y servir de control fiscal a la evasión, por lo cual el artículo 17 resulta aplicable únicamente ante la existencia de un patrimonio en dos países miembros en los que exista riesgo de presentarse doble tributación sobre un mismo hecho.
- 4.5. En ese sentido sobre el caso en particular, éste no tiene asidero toda vez que contablemente para la sociedad en el exterior el rubro cuestionado constituye una cuenta por pagar a la sociedad demandante, de tal manera que forma parte del pasivo de la sociedad extranjera, es decir que las cuentas por cobrar constituye un activo de la sociedad contribuyente que integra su patrimonio, no existiendo ni la más remota posibilidad que por su carácter de obligación a cargo puedan resultar gravados con impuesto alguno, haciendo inaplicable la Decisión reclamada.
- 4.6. La exclusión realizada por el contribuyente, transgredió lo dispuesto en las normas vigentes regulatorias del impuesto al patrimonio y desatendió lo dispuesto en el artículo 20 de la Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina, en lo que se refiere a su aplicación e interpretación porque el contribuyente excluyó de la base gravable del impuesto al patrimonio (año 2007), conceptos no previstos en la ley como disminuciones de la base gravable del impuesto, hecho que derivó en un menor valor a pagar por concepto de impuesto y que constituye inexactitud sancionable.
- 4.7. Las actuaciones realizadas por la administración se ajustan a derecho, ya que las normas invocadas como fundamento de la actuación administrativa corresponden al impuesto al patrimonio y a la obligación de declarar.

## 5. Sentencia de Primera Instancia

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Sub Sección B, República de Colombia, declaró la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión 312412009000032 y de la Resolución



900120, asimismo declaró la firmeza de la liquidación privada del impuesto al patrimonio correspondiente a la vigencia fiscal 2007 y manifestó, en lo principal, lo siguiente:

- 5.1. La Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina contiene mandatos que gozan de preferencia, aplicación directa y de efecto inmediato en el territorio de los países miembros, de manera que la legislación expedida por un organismo supranacional goza de un efecto y prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia.
- 5.2. De conformidad con lo previsto en el Artículo 17 de la Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina, el patrimonio situado en el territorio de un país miembro será gravable únicamente por éste, es decir, le permite la cesión de la potestad tributaria para gravar los bienes o derechos patrimoniales de los países de residencia de un contribuyente al país de la fuente o de la ubicación de dichos bienes.
- 5.3. La potestad tributaria radica en el país donde tiene lugar la fuente objeto del gravamen, por lo que es necesario determinar la ubicación del derecho patrimonial. De esta manera, el país de residencia del contribuyente tiene la facultad y el deber de declarar exentas las cuentas por cobrar generadas en el exterior, cediendo la potestad impositiva a favor del país de la fuente de la renta y/o ubicación del patrimonio, sin que sea relevante determinar si en ese país se ha gravado el impuesto o no.
- 5.4. Por ese motivo se desprende que las cuentas por cobrar a favor de RAYOVAC-VARTA S. A. por concepto de ventas de productos a las sociedades ubicadas en Ecuador y Perú, están exentas para determinar la base gravable del impuesto al patrimonio del año 2007 a cargo de la demandante.

#### **6. Argumentos contenidos en el Recurso de Apelación**

La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN en su recurso de apelación manifiesta, en lo principal, lo siguiente:

- 6.1. No es posible aceptar el fallo proferido por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuando evidencia que los deudores tienen su domicilio fuera del país y por tanto dichas cuentas se entienden como un crédito poseído en el exterior, generándose la facultad de declararlas exentas en el otro país miembro de la Comunidad Andina, apreciación contraria a derecho que precisamente es la que lo lleva a concluir que las cuentas por cobrar de la sociedad demandante están exentas para determinar la base gravable del



impuesto al patrimonio del año 2007 de conformidad con lo previsto en la Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina.

- 6.2. Las cuentas por cobrar a pesar de entenderse poseldas en el exterior en razón del domicilio del deudor, en virtud del Artículo 261 del Estatuto Tributario hacen parte del patrimonio bruto del contribuyente.
- 6.3. La palabra "situado" consagrada en el Artículo 17 de la Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina, debe entenderse con relación a la ubicación del titular del derecho o bien y no al bien o derecho propiamente dicho, caso en el cual en este litigio se toma la ubicación de la sociedad colombiana que ostenta la calidad del acreedor frente a la sociedad deudora ubicada en el exterior.
- 6.4. Si bien el Artículo 17 de la Decisión 578 establece que el patrimonio situado en el territorio de un País Miembro, será gravable únicamente por éste, es de aclarar que el mismo se debe aplicar con respecto a un patrimonio ubicado en dos países miembros susceptibles de ser gravados por estos, situación fáctica que no se presenta en el caso *sub-judice*, pues como se señaló, las cuentas por cobrar, de la sociedad demandante a las sociedades en Perú y Ecuador, se trata de unos activos, que de ninguna manera configura un traslado de patrimonio, del contribuyente al exterior.

## B. NORMAS A SER INTERPRETADAS

El Corte Consultante solicita la Interpretación Prejudicial del Artículo 17 de la Decisión 578 de 2004 de la Comisión de la Comunidad Andina<sup>1</sup>. Norma que se interpretará por ser pertinente su análisis para la resolución del proceso interno<sup>2</sup>.

De oficio se interpretarán los Artículos 2 literal e), 3, 6 último inciso y 20 de la Decisión 578 de 2004 de la Comisión de la Comunidad Andina<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> RÉGIMEN PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN Y PREVENIR LA EVASIÓN FISCAL, establecido por la Comisión de la Comunidad Andina en la ciudad de Lima, Perú, el 4 de mayo del 2004.

<sup>2</sup> "Art. 17.- Impuestos sobre el Patrimonio.- El patrimonio situado en el territorio de un País Miembro, será gravable únicamente por éste".

<sup>3</sup> "Art. 2.- Definiciones Generales.- Para los efectos de la presente Decisión y a menos que en el texto se indique otra cosa:

( . )

e) Una persona física o natural será considerada domiciliada en el País Miembro en que tenga su residencia habitual. Se entiende que una empresa está domiciliada en el País que señala su instrumento de constitución. Si no existe instrumento de constitución o éste no señala domicilio, la empresa se considerará domiciliada en el lugar donde se encuentre su administración efectiva. Cuando, no obstante estas normas, no sea posible determinar el domicilio, las autoridades competentes de los Países Miembros interesados resolverán el caso de común acuerdo.

Art 3.- Jurisdicción Tributaria.- Independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas, las rentas de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren, sólo serán gravables en el País Miembro en el que tales rentas

6



**C. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN:**

1. La primacía del Derecho Comunitario Andino sobre el Derecho Interno del País Miembro. El principio del complemento indispensable.
2. Ámbito de aplicación y finalidad de la Decisión 578.
3. Impuestos sobre el patrimonio. Las cuentas por cobrar en otros Países Miembros de la Comunidad Andina.

**D. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN:**

1. **La primacía del Derecho Comunitario Andino sobre el Derecho Interno del País Miembro. El principio del complemento indispensable.**
  - 1.1. El Tribunal procede a interpretar el presente tema en virtud a que en el proceso interno se hace referencia a que las "(...) *cuentas por cobrar a pesar de entenderse poseídas en el exterior en razón al domicilio del deudor, en virtud del artículo 261 del Estatuto Tributario hacen parte del patrimonio bruto del contribuyente*", en otras palabras la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN en su argumentación se fundamenta en la normativa tributaria interna del País Miembro, por lo que resulta pertinente abordar el tema de la primacía de la norma comunitaria.
  - 1.2. Con relación al tema el Tribunal de Justicia reiteradamente ha manifestado que se "(...) *estableció así un régimen común y uniforme (sic), de especial significación dentro del proyecto integracionista, cuyas características principales, en cuanto ordenamiento comunitario, son las de constituir una regulación autónoma, coercitiva, de efecto directo y que*

---

*tengan su fuente productora, salvo los casos de excepción previstos en esta Decisión. Por tanto, los demás Países Miembros que, de conformidad con su legislación interna, se atribuyen potestad de gravar las referidas rentas, deberán considerarla como exoneradas, para los efectos de la correspondiente determinación del impuesto a la renta o sobre el patrimonio.*

**Art. 6.- Beneficios de las empresas.-** Los beneficios resultantes de las actividades empresariales sólo serán gravables por el País Miembro donde éstas se hubieren efectuado.

(...)

*Cuando una empresa efectúe actividades en dos o más Países Miembros, cada uno de ellos podrá gravar las rentas que se generen en su territorio, aplicando para ello cada País sus disposiciones internas en cuanto a la determinación de la base gravable como si se tratara de una empresa distinta, independiente y separada, pero evitando la causación de doble tributación de acuerdo con las reglas de esta Decisión. Si las actividades se realizaran por medio de representantes o utilizando instalaciones como las indicadas en el párrafo anterior, se atribuirán a dichas personas o instalaciones los beneficios que hubieren obtenido si fueren totalmente independientes de la empresa.*

**Art. 20.- Interpretación y Aplicación.-** La interpretación y aplicación de lo dispuesto en esta Decisión se hará siempre de tal manera que se tenga en cuenta que su propósito fundamental es el de evitar doble tributación de unas mismas rentas o patrimonios a nivel comunitario. No serán válidas aquellas interpretaciones o aplicaciones que permitan como resultado la evasión fiscal correspondiente a rentas o patrimonios sujetos a impuestos de acuerdo con la legislación de los Países Miembros. Nada de lo dispuesto en esta Decisión impedirá la aplicación de las legislaciones de los Países Miembros para evitar el fraude y la evasión fiscal".

f



*constituye un derecho único para toda la Subregión, que ha de aplicarse en toda ella de manera homogénea y que ha de prevalecer por lo tanto, en todo caso, sobre el derecho nacional. Resulta entonces que la norma interna, anterior o posterior (...) que de algún modo resulte contraria o incompatible con el régimen común, que lo transgreda, desvirtúe o desnaturalice o que simplemente obstaculice su cabal aplicación, deviene inaplicable”.*<sup>4</sup>

- 1.3. En apoyo del pronunciamiento anterior, el Tribunal realizó las siguientes consideraciones: *“En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en el caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria (...). No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas (...).”* En definitiva, frente a la norma comunitaria, los Estados Miembros “(...) no pueden formular reservas ni desistir unilateralmente de aplicarla, ni pueden tampoco escudarse en disposiciones vigentes o en prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumplimiento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario. No debe olvidarse que en la integración regida por las normas del ordenamiento jurídico andino, los Países Miembros están comprendidos (sic) ‘a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación, como de modo expreso preceptúa el artículo 5, segunda parte, del Tratado de 26 de mayo de 1979, constitutivo de este Tribunal”.<sup>5</sup>
- 1.4. De esta manera, cabe reiterar que la posición del ordenamiento jurídico de la Comunidad se sustenta en los principios de primacía y aplicación inmediata.
- 1.5. En relación al primer principio, el Tribunal ha señalado que: *“El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros (...). En los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del*

<sup>4</sup> Proceso 34-AI-2001, publicado en la G.O.A.C. N° 839, de 25 de septiembre de 2002, Secretaría General c/ República del Ecuador, caso: Patentes de segundo uso.

<sup>5</sup> Ibidem.

€



*ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La Comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo el derecho interno. El legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común (...). El derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: tan sólo hace que sean inaplicables las que le resulten contrarias. Ello no obsta, por supuesto, para que dentro del ordenamiento interno se considere inconstitucional o inexecutable toda norma que sea incompatible con el derecho común (...)."*<sup>6</sup>

- 1.6. Posteriormente, los principios antes citados fueron objeto de las siguientes consideraciones por parte de este Tribunal: *"Dos principios fundamentales del derecho comunitario están llamados a ser tutelados por el Artículo 5° (actual artículo 4) del Tratado de Creación del Tribunal, la aplicación directa y la preeminencia del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Por el primero se entiende la capacidad jurídica de la norma comunitaria para generar derechos y obligaciones que los ciudadanos de cada país puedan exigir ante sus tribunales nacionales (...). La preeminencia que se deriva de la aplicación directa conlleva la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de ser imperativo y de primar sobre una norma de derecho interno, de manera que allí donde se trate de aplicar normas legales en actos jurídicos contemplados en el derecho de integración deberá acudir al ordenamiento jurídico comunitario, con prevalencia sobre el derecho interno (...). Tales características se cumplen en su integridad y se materializan cuando el artículo 5° del Tratado impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario contenido en el artículo 1°; y la obligación de no hacer consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación (...). Las obligaciones previstas en el artículo 5° del Tratado de Creación del Tribunal, señaladas atrás, hacen referencia al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente contenido en el artículo 1° del mismo, trátase de derecho primario o derivado que, por igual, debe ser respetado y acatado por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones según el mismo ordenamiento y*

<sup>6</sup> Proceso 1-AI-2001, publicado en la G.O.A.C. N° 818, de 23 de julio de 2002, Secretaría General c/ República Bolivariana de Venezuela, caso: Patentes de segundo uso, citando al Proceso 2-IP-90 publicado en la G.O.A.C. N° 69, de 11 de octubre de 1990.

E



*naturalmente por los Países Miembros y por las autoridades que en el ámbito interno están llamadas a aplicarlo*".<sup>7</sup>

- 1.7. En la Comunidad Andina los principios observados derivan de las propias normas positivas de carácter constitutivo u originario, específicamente de los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, en tal sentido este Organismo ha sostenido que: "*(...) las normas del ordenamiento jurídico comunitario rigen, por lo general, en todo el territorio de la comunidad, que es, por supuesto, el de todos y cada uno de los Países Miembros, de manera inmediata y directa, luego de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. No es necesario ni conveniente, y podría presentar una violación al ordenamiento jurídico andino, que cada uno de los Países incorpore la norma comunitaria mediatizándola en un instrumento jurídico interno (...)*".<sup>8</sup>
- 1.8. De lo expuesto, el Tribunal concluye que la Corte consultante debe examinar si la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN debe aplicar los principios rectores del ordenamiento jurídico comunitario que son el de primacía y efecto directo.

#### **Principio del complemento indispensable.**

- 1.9. El principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria consagra lo que algunos tratadistas denominan "*norma de clausura*", según la cual se deja a la legislación de los Países Miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la Ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.
- 1.10. Por lo tanto, este principio implica que los Países Miembros tienen la facultad para fortalecer o complementar la normativa del ordenamiento comunitario andino, pero, en la aplicación de esta figura, las legislaciones internas de cada país no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él.
- 1.11. El Tribunal ha manifestado que "*la norma comunitaria, la doctrina y la jurisprudencia recomiendan aplicar criterios restrictivos, como el principio del 'complemento indispensable' para medir hasta donde pueden llegar las innovaciones normativas de derecho interno,*

<sup>7</sup> Proceso 1-AI-2001, ya citado, refiriéndose al Proceso 6-IP-93, publicado en la G.O.A.C. N° 150, de 25 de marzo de 1994.

<sup>8</sup> Proceso 7-AI-99, publicado en la G.O.A.C. N° 520, de 20 de diciembre de 1999, Secretaría General c/ República del Perú, caso: Emisión y aplicación de normativa nacional contraria a la normativa andina en materia de propiedad industrial.



*anotando que sólo serían legítimas aquellas complementarias que resulten ser 'estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entrapen o desvirtúen' (...) advirtió la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario al ordenamiento jurídico comunitario, debiendo quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria. De esta manera, 'la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior (subrayamos) o posterior a la norma integracionista'.<sup>9</sup>*

1.12. Por lo tanto, en el caso concreto, la Corte consultante, deberá aplicar los criterios sobre el principio del complemento indispensable en el caso de que la norma comunitaria no se refiera al tema de análisis y resolución en el proceso interno, siempre y cuando la norma interna no restrinja aspectos esenciales regulados por la Decisión 578.

## **2. Ámbito de aplicación y finalidad de la Decisión 578**

2.1. En el marco de la interpretación prejudicial solicitada, dado que las partes han controvertido la aplicación de esta Decisión, es importante ante todo hacer referencia al ámbito de aplicación y finalidad de la misma.

2.2. Al respecto en anteriores interpretaciones<sup>10</sup> hemos precisado que la Decisión 578 tiene como finalidad básica evitar la doble tributación sobre una misma renta o patrimonio en la subregión andina, generando así un mecanismo para prevenir la evasión fiscal, un incentivo para la inversión extranjera y el comercio fluido entre los Países Miembros. Es importante considerar que cualquier interpretación o aplicación que se haga de la mencionada Decisión debe tener en cuenta dicho objetivo esencial (Artículo 20 de la Decisión 578).

Las características de la aplicación de la Decisión 578 son las siguientes:

**1. Sujetos sobre los que recae:** personas naturales o jurídicas domiciliadas en cualquiera de los Países Miembros.

**2. Objeto sobre el que recae:** se aplica a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. El artículo primero determina el tipo de impuesto en relación con cada País Miembro:

<sup>9</sup> Proceso 121-IP-2004, publicado en la G.O.A.C. N° 1139, de 12 de noviembre de 2004, marca FRUCOLAC, citando al Proceso 02-IP-96, publicado en la G.O.A.C. N° 257, de 14 de abril de 1997, marca: MARTA.

<sup>10</sup> Revisar a modo de referencia la Interpretación Prejudicial de 27 de abril de 2011, Proceso 125-IP-2010.



En Bolivia, Impuesto a la renta.  
En Colombia, Impuesto a la renta.  
En el Ecuador, Impuesto a la renta.  
En el Perú, Impuesto a la renta.

El inciso final del mismo artículo, prevé que la Decisión también se aplicará a otros impuestos esencial y económicamente análogos a los citados, y que fueran establecidos en los Países Miembros con posterioridad a la publicación de la Decisión en la Gaceta Oficial.

- 2.3. En el supuesto planteado la Corte consultante debe examinar si el asunto controvertido puede derivar en un caso de doble tributación o de evasión fiscal, ante lo cual deberá tener en cuenta que para que opere la doble tributación debe existir identidad de los sujetos, de objeto, del impuesto y del período tributario en los dos países. Asimismo, deberá observar lo dispuesto en el Artículo 20 de la Decisión 578, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“Artículo 20.- Interpretación y aplicación. La interpretación y aplicación de lo dispuesto en esta Decisión se hará siempre de tal manera que se tenga en cuenta que su propósito fundamental es el de evitar la doble tributación de unas mismas rentas o patrimonios a nivel comunitario.”*

*No serán válidas aquellas interpretaciones o aplicaciones que permitan como resultado la evasión fiscal correspondiente a rentas o patrimonios sujetos a impuestos de acuerdo con la legislación de los Países Miembros.*

*Nada de lo dispuesto en esta Decisión impedirá la aplicación de las legislaciones de los Países Miembros para evitar el fraude y la evasión fiscal”.*

- 2.4. Esto es muy importante, puesto que el objeto y finalidad de la referida Decisión radica, precisamente, en evitar la doble tributación de unas mismas rentas o patrimonios a nivel comunitario andino y de evitar la evasión fiscal, eludiendo el pago de las obligaciones tributarias.
3. **Impuesto sobre el patrimonio. Las cuentas por cobrar en otros Países Miembros de la Comunidad Andina.**
- 3.1. La Corte consultante ha solicitado expresamente que nos pronunciemos sobre si conforme a la Decisión 578 de 2004 “(...) es **procedente que una sociedad excluya de la base del cálculo del impuesto al patrimonio del año gravable 2007, el valor de las cuentas por cobrar en Ecuador y Perú**”, en consecuencia, es pertinente analizar el Artículo 17 de la referida Decisión, cuyo tenor literal es el siguiente:

6



*“Artículo 17.- Impuestos sobre el Patrimonio*

*El patrimonio situado en el territorio de un País Miembro, será gravable únicamente por éste”.*<sup>11</sup>

- 3.2. En primer lugar debe tenerse en cuenta que el impuesto al patrimonio es un impuesto anual que grava el patrimonio neto del contribuyente ubicado en el país, a la fecha de cierre del ejercicio económico o del año civil. Este impuesto grava, en consecuencia, la riqueza de una persona, conformada por los bienes y derechos valorables económicamente<sup>12</sup>.
- 3.3. Por otra parte, al patrimonio se lo define como aquel conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica.<sup>13</sup>
- 3.4. Son contribuyentes del impuesto al patrimonio las personas naturales o jurídicas, sucesiones, indivisas, los titulares de explotaciones agropecuarias, las cuentas bancarias con denominación unipersonal, etc.
- 3.5. En segundo lugar, es importante precisar que la Decisión 578 no define las “cuentas por cobrar”; sin embargo, la doctrina ha sido unánime al considerar que éstas representan derechos a reclamar, apreciables en dinero, bienes o servicios, en virtud de préstamos y otras operaciones de crédito. A saber:

*“Cuentas por cobrar: Son acreencias a favor de la empresa que provienen de las actividades que la empresa desarrolla, originadas de las ventas a crédito si es una empresa comercial-industrial o de las prestaciones de servicios a crédito en las empresas de servicio. Dichas cuentas están amparadas en facturas, son de naturaleza real y como tal pertenecen al Balance General”*<sup>14</sup>.

- 3.6. De conformidad con lo manifestado, para concretar la respuesta a la consulta realizada, el Tribunal ha precisado que el Artículo 17 de la Decisión 578 es aplicable siempre y cuando exista impuesto al patrimonio en el País Miembro respectivo. Es decir, que el patrimonio será gravado únicamente por el País Miembro donde esté situado

<sup>11</sup> Decisión 578 de 2004 de la Comisión de la Comunidad Andina.

<sup>12</sup> Revisar a manera de referencia la Interpretación Prejudicial de 31 de octubre de 2013, expedida en el marco del Proceso 171-IP-2013.

<sup>13</sup> Definición de patrimonio tomada del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española y la Asociación de Academias de la Lengua Española (<http://dle.rae.es/?id=SBOxisN>).

<sup>14</sup> Escuela de Administración y Contaduría. Contabilidad General. Disponible en internet: [http://asset.soup.io/asset/1691/3322\\_0cda.pdf](http://asset.soup.io/asset/1691/3322_0cda.pdf).

6



dicho patrimonio, siempre y cuando la legislación nacional prevea el mencionado impuesto. Si no lo hace, puede ser gravado en otro País Miembro en donde se ubique el sujeto pasivo y se prevea dicho impuesto. En consecuencia, la Corte consultante deberá establecer si en Ecuador y en Perú existe la figura del impuesto al patrimonio.

- 3.7. No obstante lo anterior, el Tribunal advierte que en todo lo que no se encuentre regulado por la norma comunitaria, el País Miembro, a través del principio del complemento indispensable, puede procurar la "solución legislativa a las situaciones no contempladas por la ley comunitaria"; y en tal virtud, en el presente caso, la Corte consultante ha de remitirse a la normativa interna que regule lo relacionado a las reglas de ubicación patrimonial, siempre que ésta no contradiga a la norma comunitaria, como es en el presente caso, la Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por la Corte Consultante al resolver el proceso interno 25000-23-27-000-2010-00290-01 (19195), la que deberá ser adoptada al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

La presente interpretación prejudicial se firma por los Magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal.

  
Cecilia Luisa Ayllón Quinteros  
MAGISTRADA

  
Martha Rueda Merchán  
MAGISTRADA

  
Hernán Romero Zambrano  
MAGISTRADO

De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente Interpretación Prejudicial el Presidente y el Secretario.

  
Dr. Hernán Romero Zambrano  
PRESIDENTE

  
Abg. Julio César Navarro M.  
SECRETARIO (e)





Notifíquese a la Entidad Consultante y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

**Quito, 14 de julio de 2016**

**Proceso:** 393-IP-2015

**Asunto:** Interpretación Prejudicial

**Consultante:** Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, República de Colombia

**Expediente interno del Consultante:** 2009-00137

**Referencia:** Transporte internacional de mercancías por carretera

**Magistrada Ponente:** Cecilia Luisa Ayllón Quinteros

**VISTOS:**

El Oficio 2599 recibido el 11 de agosto de 2015, mediante el cual la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia solicita interpretación prejudicial de los artículos 4, 17, 22, 169, 177 y 205 de la Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y los artículos 2, 3, 10, 54, 56, 57, 67 y 72 de la Decisión 617 de la Comisión de la Comunidad Andina, a fin de resolver el Proceso Interno 2009-00137; y,

El Auto de 7 de diciembre de 2015, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente interpretación prejudicial.

**A. ANTECEDENTES**

**1. Partes en el Proceso Interno:**

**Demandante:** COOPERATIVA SURAMERICANA DE TRANSPORTES  
– SUTRANSCOOP.

*A*  
*S. M. Q.*



**Demandados:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (U.A.E DIAN) - DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADUANAS E IMPUESTOS DE MAICAO.

## 2. Hechos Relevantes

- 2.1. El 15 de marzo de 2008, según documento de transporte SMLU CAR040A08847, Elbros International S.A., con domicilio en la Zona Libre de Colón (Panamá), remitió a Comercializadora de Productos y Materiales Import & Export C.A. CPM y/o Cooperativa Suramericana de Transporte (en adelante, SUTRANSCOOP), mercancía en tránsito internacional<sup>1</sup>, con destino final Maracaibo, Estado de Zulia, República Bolivariana de Venezuela.
- 2.2. El 17 de marzo de 2008, según Declaración 0119, la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, como Aduana de Partida, autorizó el Tránsito Aduanero Internacional, previa presentación del Manifiesto de carga Internacional (MCI) 13847 y de la Carta de Porte Internacional de Carretera (CPIC) 1104, conforme exigen los artículos 19 y 22 de la Decisión 399.
- 2.3. El 30 de marzo de 2008, la División de Fiscalización de la Administración de Aduanas de Maicao levantó acta de inspección aduanera de la mercadería contenida en la unidad de carga SMLU849991-1, transportada en vehículo habilitado, según certificación de idoneidad CI-CO.229-05 expedida por el Ministerio de Transporte, colocando la mercancía en custodia en cantidad de 1042 bultos en el Depósito Almagrario S.A.
- 2.4. El 28 de marzo de 2008, funcionarios de la División de Fiscalización Aduanera de la Administración local de Aduanas de Maicao, debidamente comisionado mediante auto 061 de 28 de marzo de 2008, con base al acta de inspección aduanera 0061 de 29 de marzo de 2008 y con el apoyo de la Policía Fiscal y Aduanera, aprehendieron mercancía consistente en calzado que ingresó bajo la modalidad de tránsito aduanero internacional, actuación realizada con base en los numerales 1.2<sup>2</sup> y 3.4<sup>3</sup> del Artículo 502 del Decreto 2685.

<sup>1</sup> Calzado.

<sup>2</sup> 1.2. Cuando el ingreso de mercancías se realice por lugares no habilitados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, salvo que se configure el arribo forzoso legítimo a que se refiere el artículo 1541 del Código de Comercio.  
(...)

<sup>3</sup> 3.4. En el régimen de tránsito.  
Cuando durante la ejecución de una operación de tránsito aduanero se encuentren mercancías que hubieren obtenido la autorización del régimen de tránsito aduanero, a pesar de estar sometida a las restricciones de que trata el Artículo 358 del presente decreto."

Handwritten signature and initials in the bottom left corner.



- 2.5. El 6 de mayo de 2008, SUTRANSCOOP presentó escrito de objeción al Acta de Aprehesión 160-FISCA.
- 2.6. El 9 de septiembre de 2008, mediante Resolución 39-070-0636-0085, la Dirección de Fiscalización Aduanera de la Administración Nacional de Maicao (República de Colombia) dispuso decomiso la mercancía aprehendida a SUTRANSCOOP, en su calidad de tenedor.
- 2.7. Dentro del término legal, SUTRANSCOOP interpuso recurso de reconsideración, ante la División de Recurso Físicos y Financieros de la Administración Local Maicao (República de Colombia) hoy División de Gestión Administrativa y Financiera, solicitando la revocatoria de la Resolución 39-070-0636-0085.
- 2.8. El 23 de diciembre de 2008, mediante Resolución 1-39-201-601-2008-0003, la Dirección Seccional I de Impuestos y Aduanas de Maicao (República de Colombia) confirmó en su integridad la Resolución 39-070-0636-0085.
- 2.9. SUTRANSCOOP interpuso ante el Tribunal Administrativo de la Guajira acción de nulidad y restablecimiento de derecho contra las Resoluciones 1-39-201-601-2008-0003 y 39-070-0636-0085, demanda que fue admitida a trámite el 14 de septiembre de 2009.
- 2.10. El 30 de noviembre de 2011, el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira declaró infundada la demanda interpuesta.
- 2.11. SUTRANSCOOP interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 30 de noviembre de 2011, recurso que fue admitido a trámite el 31 de enero de 2012.
- 2.12. El 4 de septiembre de 2014, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado de la República de Colombia resolvió suspender el proceso a efectos de solicitar ante este Tribunal la interpretación prejudicial de los Artículos 4, 17, 22, 169, 177 y 205 de la Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y los Artículos 2, 3, 10, 54, 56, 57, 67 y 72 de la Decisión 617 de la Comisión de la Comunidad Andina.

### 3. Argumentos de la Demanda

SUTRANSCOOP presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho bajo los siguientes argumentos:

- 3.1. La causal de aprehensión y posterior decomiso referida en el numeral 1.2. del Artículo 502 del Decreto 2685 se aplica exclusivamente para el Régimen de Importación, mientras que sus mercancías ingresaron bajo un Régimen de Tránsito Aduanero Internacional (comunitario).

A  
M



- 3.2. Considerando que la mercadería no iba a someterse a importación a territorio aduanero nacional, sino en calidad de tránsito aduanero internacional, el Régimen de Tránsito Aduanero Internacional se rige por normas de alcance supranacional, tales como la Decisión 399, siendo por tanto inaplicables las disposiciones contenidas en el Decreto 2685.
- 3.3. Afirma que cumplió con las exigencias determinadas en el artículo 22 de la Decisión 399, es decir, presentó ante la autoridad de aduana la Carta de Porte Internacional por Carretera (CPIC) y el Manifiesto de Carga Internacional (MCI), documentos requeridos para que una mercadería se transporte internacionalmente por carretera.
- 3.4. Cuando arribó la mercadería a puerto colombiano (Cartagena) de acuerdo con el documento de transporte (B/L) en este se consignó como destino final Maracaibo Estado de Zulia, Venezuela, por lo que la operación estaba sujeta a lo dispuesto en el Artículo 205 de la Decisión 399 que determina que: "El transporte internacional de mercancías por carretera es reconocido por los Países Miembros como un servicio de exportación".
- 3.5. La autoridad por vía de analogía aplicó el artículo 54 la Decisión 617 para considerar que el régimen a aplicar era el aduanero nacional y así poder emplear el Decreto 2685 y así sancionar a SUTRANSCOOP.
- 3.6. Respecto a la aplicación de la Decisión 617, resalta que en ningún momento el objeto de la operación era la nacionalización de la mercancía, en el lugar de arribo que sería Cartagena, como lo hace pensar la autoridad de Maicao.
- 3.7. En aplicación del artículo 3 de la Decisión 617, así Venezuela no sea parte de la Comunidad Andina, era viable realizar la operación de tránsito aduanero comunitario, ya que, si bien se retiró en el año 2006, cesan sus derechos y obligaciones derivados de su condición de País Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el programa de liberación de la subregión, por un plazo de cinco años.
- 3.8. La Administración de Aduanas de Maicao al realizar la aprehensión de su mercancía, desconoció los acuerdos y convenios internacionales y bilaterales de transporte suscritos por Colombia y Venezuela, toda vez que limitó de manera infundada la circulación de los medios de transporte y unidades de carga respectiva, creando perjuicios a la empresa.
- 3.9. La mercancía en cuestión, no se encuentra catalogada como prohibida de importación, y si bien, la República de Colombia contempla una restricción, a la presente fecha no ha comunicado a la Comunidad Andina de la misma, por lo que no se puede aplicar dicha prohibición.

AS  
SUTRANSCOOP



#### 4. Argumentos de la Contestación

La Unidad Administrativa Especial, Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Riohacha presentó contestación a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho manifestando lo siguiente:

- 4.1. Que sus actuaciones fueron plenamente sujetas al ordenamiento legal, en particular a lo determinado en la constitución y la ley nacional.
- 4.2. En cumplimiento a la Resolución 7373 artículo 2, las mercancías clasificables en los capítulos 50 al 64 del arancel de aduana y que sean procedente de la zona libre de Colón, República de Panamá, solo pueden ingresar por dos jurisdicciones, la de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá y la del local de aduanas de Barranquilla y se señala que sobre esas mismas mercancías no es procedente la autorización del régimen de tránsito aduanero.
- 4.3. Que las mercancías se aprehendieron en aplicación de las causales establecidas en el numeral 1.2 y 3.4 del Artículo 502 del Decreto 2685 toda vez que ingresaron por un lugar no habilitado.
- 4.4. Los términos y procedimientos que se siguieron fueron los exigidos por el ordenamiento legal nacional.

#### 5. Fundamentos de la sentencia de primera instancia

La sentencia de primera instancia judicial, el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira declaró infundada en parte la demanda, al considerar que:

- 5.1. "El Tribunal infiere que el conflicto se deriva del desconocimiento por parte de la demandada de las Decisiones 399 y 617 de la Comunidad Andina, a través de las cuales se regula el Tránsito Aduanero Internacional".
- 5.2. Que, respecto a este tema, ya existe un pronunciamiento en el siguiente sentido:

"(...) el orden nacional remite a la normatividad de la comunidad andina de naciones y ésta a las disposiciones internas. Y, además la República Bolivariana de Venezuela a la fecha de los hechos, no era partícipe de la CAN, razón por la cual el cargo de falsa motivación no está probado, pues, tales disposiciones implican la operación de tránsito de mercancías desde una aduana de partida de un país miembro hasta la aduana de destino de otro miembro, y, en caso bajo análisis, la aduana de partida fue Panamá, que no es país miembro, según se lee en el artículo 3º del Acuerdo 617 de 2007.

*[Handwritten signature]*



Igualmente, según el señalado Acuerdo 617, las mercancías que se declaran en tránsito Aduanero Comunitario, están sujetas en la aduana de partida para la aceptación del régimen, al establecimiento de las rutas y plazos dentro de los cuales deberán ser presentadas en la aduana de paso de frontera y de destino, y, transitar por rutas diferentes a las autoridades por las administraciones aduaneras de cada país miembro, constituye infracción que da lugar a la autoridad aduanera de cada aplique las sanciones (...)

Esto es, que los calzados que le fueron decomisados al demandante carecen de respaldo aduanero de ingreso al país conforme con el ordenamiento jurídico, aunque se haya obtenido autorización de tránsito aduanero, a pesar de estar sometidos a restricción administrativa, pues, tal permiso no enerva las funciones de control aduanero que le otorgan a la DIAN las disposiciones de la CAN, ni las del derecho interno.<sup>4</sup>

## 6. Argumentos del recurso de apelación

No se encuentra en el expediente copia del recurso de apelación interpuesto por SUTRANSCOOP.

## B. NORMAS A SER INTERPRETADAS

1. El tribunal consultante solicita la interpretación prejudicial de los Artículos 4, 17, 22, 169, 177 y 205 de la Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y los Artículos 2, 3, 10, 54, 56, 57, 67 y 72 de la Decisión 617 de la Comisión de la Comunidad Andina.
2. No procede la interpretación de los artículos 4, 17 y 205 de la Decisión 399 por no considerarse pertinentes para la resolución del caso concreto. Procede, en cambio, interpretación de los artículos 22, 169 y 177 de la citada Decisión<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira, Sentencia del 9 de junio de 2011, Expediente 44-001-23-31-002-2009-00136-0, Actor: SUTRANSCOOP VS DIAN.

<sup>5</sup> Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

*"Artículo 22.- Toda mercancía que se transporte internacionalmente por carretera deberá estar amparada por una CPIC y un MCI. Tales documentos serán presentados ante las autoridades de aduana que deban intervenir en el control de la operación, para su trámite respectivo, pudiendo hacerlo antes de la llegada del vehículo habilitado con las mercancías.*

*Cuando esté sujeta al régimen de tránsito aduanero internacional, dicha mercancía deberá estar amparada con una DTAI."*

*"Artículo 169.- Los Países Miembros conceden en sus respectivos territorios libertad para las operaciones de tránsito aduanero internacional que efectúen los transportistas autorizados en vehículos habilitados y unidades de carga, debidamente registrados."*

(...)

*"Artículo 177.- Las autoridades de aduana, en sus métodos de verificación y control, aplicarán las medidas que afecten lo menos posible la fluidez del comercio internacional."*

A  
S  
M



3. No procede la interpretación de los artículos 67 y 72 de la Decisión 617, por no ser aplicables al caso en análisis. Procede la interpretación de los artículos 2,3,10, 54, 56 y 57 de la Decisión 617 de la Comisión de la Comunidad Andina<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Decisión 617 de la Comisión de la Comunidad Andina. -

*"Artículo 2.- Las mercancías transportadas bajo el régimen de tránsito aduanero comunitario serán admitidas en el territorio aduanero nacional de los Países Miembros con suspensión del pago de los derechos e impuestos y recargos eventualmente exigibles, mientras permanezcan bajo este mismo régimen".*

*"Artículo 3.- Las disposiciones de la presente Decisión regirán para las operaciones de tránsito de mercancías, medios de transporte y unidades de carga que utilizando uno o más modos de transporte, se realicen al amparo del régimen de Tránsito Aduanero Comunitario:*

*a) Desde una aduana de partida de un País Miembro hasta una aduana de destino de otro País Miembro;*

*b) Desde una aduana de partida de un País Miembro con destino a un tercer país, en tránsito por uno o más Países Miembros distintos del de la aduana de partida;*

*c) Desde una aduana de partida hasta una aduana de destino ubicadas en el mismo País Miembro, siempre que se transite por el territorio de otro País Miembro;*

*El régimen de tránsito aduanero comunitario podrá aplicarse a los tránsitos de mercancías, medios de transporte y unidades de carga que utilicen el territorio aduanero de un país tercero cuando:*

*a) esté prevista esta posibilidad en un acuerdo bilateral o multilateral suscrito por las partes; y*

*b) el paso a través del tercer país se efectúe al amparo de un documento de transporte expedido en el territorio aduanero comunitario".*

*"Artículo 10.- No podrán ser objeto de tránsito aduanero comunitario las mercancías cuya importación esté prohibida expresamente en el ordenamiento jurídico comunitario; o cuya prohibición por razones de moralidad, seguridad o protección de la vida y salud de personas, plantas o animales u otros, esté contemplada en éste; y, las mercancías consideradas como productos sensibles de acuerdo con lo establecido mediante Resolución de la Secretaría General. Asimismo, no serán objeto de tránsito aduanero comunitario las mercancías cuya importación esté prohibida expresamente en Tratados y Convenios Internacionales o en las legislaciones de los Países Miembros compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario.*

*En el caso de las mercancías que sean de prohibida importación en un País Miembro de tránsito, pero no en el País Miembro de partida o de destino, la aduana del País Miembro de tránsito podrá autorizar el tránsito, otorgándole el tratamiento de Producto Sensible.*

*Los Países Miembros comunicarán a la Secretaría General de la Comunidad Andina la relación de mercancías de prohibida importación vigente según sus legislaciones internas y ésta a su vez las comunicará a los organismos de enlace y a las autoridades aduaneras para su correspondiente publicación. La lista de los Productos Sensibles será aprobada mediante Resolución, en la que se indicará sus mecanismos de actualización. No obstante, dicha comunicación y publicación no prejuzgarán necesariamente respecto de la compatibilidad de la prohibición con el ordenamiento jurídico andino."*

(...)

*"Artículo 54.- La autoridad aduanera de cada País Miembro conocerá y adoptará las medidas cautelares que sean necesarias; y sancionará las infracciones contra las disposiciones contenidas en esta Decisión, sus modificatorias o complementarias, cometidas en su territorio, en el curso de una operación de tránsito aduanero comunitario o con ocasión de la misma, de conformidad con las normas comunitarias correspondientes".*

(...)

*"Artículo 56.- Constituirán infracción específica al régimen de tránsito aduanero comunitario, sin perjuicio de las infracciones establecidas con carácter general en la legislación aduanera comunitaria:*

*a) Incurrir en inexactitud o error en los datos consignados en el DUA, cuando estos conlleven a variar el monto que garantice adecuadamente los derechos e impuestos, la obtención de un*

A  
S  
M





4. De oficio se interpretarán los artículos 1, 7, 8, 17 y 19 de la Decisión 617 de la Comisión de la Comunidad Andina<sup>7</sup>.

*beneficio al cual no se tiene derecho o el incumplimiento de los requisitos exigidos para el Tránsito Aduanero Comunitario.*

*b) Transitar por rutas diferentes a las autorizadas por las administraciones aduaneras de cada País Miembro.*

*c) No informar a la autoridad aduanera, de las incidencias ocurridas durante el tránsito aduanero comunitario;*

*d) No informar a la administración aduanera, de la ruptura accidental de precintos y marcas de identificación aduaneros ocurrida durante el tránsito aduanero comunitario;*

*e) No presentar las mercancías, las unidades de carga o el medio de transporte, en las aduanas de paso de frontera.*

*f) No presentar las mercancías, las unidades de carga o el medio de transporte, en la aduana de destino dentro del plazo establecido por la aduana de partida y señalado en la declaración aduanera;*

*g) Presentar diferencias injustificadas en cantidad y peso en los controles que efectúen las aduanas de paso de frontera o de destino, con respecto al contenido en la declaración aduanera;*

*h) Presentar diferencias, en los controles efectuados en las aduanas de paso de frontera y en la aduana de destino, entre la clase de mercancía verificada y la declarada;*

*i) Presentar en la aduana de destino, para efectos del ingreso de la mercancía a los lugares habilitados, documentos soportes distintos de los entregados en la aduana de partida para la aprobación del tránsito aduanero comunitario;*

*j) Presentar en la aduana de paso o de destino los medios de transporte o unidades de carga con los precintos o marcas de identificación aduanera, rotos, adulterados o violados;*

*k) Presentar un precinto o marcas de identificación aduaneras diferentes al debidamente autorizado;*

*l) Utilizar firmas y sellos de funcionarios aduaneros en el DUA, declarados como falsos por la autoridad competente de cada País Miembro; y*

*m) Utilizar medios de transporte y unidades de carga distintos a los autorizados por la aduana para el tránsito aduanero comunitario".*

*"Artículo 57.- Las sanciones administrativas que se aplicarán a las infracciones previstas en el artículo anterior, podrán ser pecuniarias, de suspensión o de cancelación de la autorización para el ejercicio del tránsito aduanero comunitario, conforme con la reglamentación que para el efecto expida la Secretaría General de la Comunidad Andina, mediante Resolución, previa consulta con el Comité Andino de Asuntos Aduaneros.*

*La autoridad aduanera de cada País Miembro aplicará las sanciones por la comisión de las infracciones previstas sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal, fiscal o cambiaria que puedan derivarse de las conductas o hechos investigados.*

*El procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones, así como las condiciones administrativas para el cobro de las mismas, se regirán por las disposiciones contempladas en la legislación interna de cada uno de los Países Miembros".*

*(...)*

7

**Decisión 617 de la Comisión de la Comunidad Andina. -**

*"Artículo 1.- Para los efectos de la presente Decisión se entiende por:*

*Aduana de Destino: La aduana de un País Miembro donde termina una operación de tránsito aduanero internacional. Aduana de Partida: La aduana de un País Miembro donde comienza una operación de tránsito aduanero internacional. Aduana de Paso de Frontera: Toda aduana de un País Miembro ubicada en una de sus fronteras, que no siendo ni la de partida ni la de destino, interviene en el control de una operación de tránsito aduanero internacional.*

*Control Aduanero: El conjunto de medidas adoptadas por una aduana para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos que ésta está en obligación de aplicar. (...)*

*Mercancía: Todo bien susceptible de ser transportado y sujeto a regímenes aduaneros. (...)"*

*(...)*

*A*  
*RAM*



## C. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Supranacionalidad de la Legislación Comunitaria y el Principio del Complemento Indispensable.
2. Ámbito de aplicación del régimen de tránsito aduanero comunitario. Operaciones de Tránsito Aduanero Comunitario (Decisión 617).

---

*“Artículo 7.- Los Países Miembros, con arreglo a los procedimientos establecidos en la presente Decisión, permitirán la circulación al amparo del régimen de tránsito aduanero comunitario de: (...)*

2. *Mercancías No Comunitarias*

- 2.1 *Desde una aduana de partida de un País Miembro hasta una aduana de destino de otro País Miembro, en tránsito por uno o más Países Miembros distintos del País Miembro de partida.*
- 2.2 *Desde una aduana de partida de un País Miembro con destino a un tercer país, en tránsito por uno o más Países Miembros distintos del País Miembro de partida. (...)*

*“Artículo 8.- Las Aduanas de los Países Miembros permitirán la libre circulación de los medios de transporte y unidades de carga, con arreglo a las disposiciones establecidas en el ordenamiento jurídico comunitario y los Convenios Internacionales y Convenios Bilaterales de transporte suscritos por los Países Miembros que sean compatibles con el primero.”*

(...)

*“Artículo 17.- Las mercancías que se declaran en Tránsito Aduanero Comunitario están sujetas, en la aduana de partida para la aceptación del régimen, al cumplimiento de los siguientes requisitos y formalidades, que deberán, en su caso, quedar establecidas en la declaración aduanera que la Decisión sobre el Documento Único Aduanero (DUA) adopte, de acuerdo con lo previsto en la presente Decisión:*

- a) *Verificar si las mercancías son o no de origen comunitario de conformidad con la documentación y declaración aduanera recibida;*
- b) *Establecer las rutas y los plazos dentro de los cuales deberán ser presentadas en la aduana de paso de frontera y de destino;*
- c) *Determinar las aduanas de paso de frontera y la aduana de destino final;*
- d) *Someterse a verificación de carga y medios de transporte de acuerdo con lo establecido en la presente Decisión y en la Decisión 574 sobre Control Aduanero, sus modificatorias o ampliatorias y demás normas que la modifiquen, complementen o sustituyan;*
- e) *Someterse al precintado o establecimiento de marcas de identificación aduanera u otras medidas de control;*
- f) *Presentación de los documentos anexos establecidos en el artículo 12 de la presente Decisión;*
- g) *Otros requisitos y formalidades de acuerdo con las características de la operación de tránsito aduanero comunitario, del medio de transporte, unidad de carga y la mercancía transportada, previstas en disposiciones comunitarias”.*

(...)

*“Artículo 19.- En caso que el transporte se inicie en un tercer país, la aduana de entrada al territorio aduanero comunitario actuará como aduana de partida y aplicará el procedimiento dispuesto en el presente Capítulo”.*

(...)



3. Conceptos de Aduana de partida, de paso de frontera y de destino.
4. Conceptos de mercancías comunitarias y mercancías no comunitarias.
5. Requisitos y formalidades para la aceptación del régimen de tránsito aduanero comunitario en la aduana de partida que inicia con el envío del "Aviso de Partida" a las aduanas de paso de frontera y de destino.
6. Preguntas del juez consultante.

#### **D. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN**

##### **1. Supranacionalidad de la Legislación Comunitaria y el Principio del Complemento Indispensable**

- 1.1. La demandante afirma que la mercancía en cuestión no se encuentra catalogada como mercancía prohibida para la importación. Si bien en Colombia existe una restricción para el ingreso de calzado por la Aduana de Cartagena, ésta no ha sido comunicada a la Comunidad Andina y por tanto no se puede aplicar tal prohibición. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales al respecto afirma que correspondía el decomiso y aprehensión de la mercancía puesto que se realizó por una aduana de ingreso no autorizada para esa mercancía.
- 1.2. Sobre dicha afirmación, debe hacerse mención al Artículo 10 de la Decisión 617, mediante el cual se prohíbe el tránsito de mercancía no autorizada. De igual modo, en lo que respecta a la mercancía no autorizada en el país de tránsito, pero sí en el de partida y destino, éste está facultado para permitir el tránsito de la mercancía como producto sensible.
- 1.3. En ese sentido, atendiendo a que la mercancía que se ha incautado no resulta prohibida en Colombia, sino que el acceso de la misma se dio por una Aduana no autorizada por la autoridad nacional, el artículo en mención no resulta aplicable. Máxime si, del argumento de la demandada se advierte que de acuerdo con la normativa nacional los ingresos de mercancías de rubro calzado tienen que ser ingresadas por la Aduana Marítima de Barranquilla y no por la de Cartagena como sucedió.
- 1.4. De lo expuesto, se colige que no existe norma comunitaria referida a la restricción o catalogación de las Aduanas en Colombia. En ese sentido, el Tribunal en el Proceso 154-IP-2013 ha emitido pronunciamiento respecto del principio de complemento indispensable. En la normativa comunitaria se consagra lo que algunos tratadistas denominan "norma de clausura"<sup>8</sup>, según la cual se deja a la legislación de los Países

<sup>8</sup> Pablo Navarro, Carlos Alchourrón, George Henrik Von Wright, entre otros, se refieren a las Normas de clausura. Pablo Navarro advierte, acerca de estas normas, que éstas "tienen por función completar un determinado sistema normativo y, en ese sentido, su impacto principal es

A  
SMM



Miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquélla no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.

- 1.5. El Tribunal en reiterada jurisprudencia ha manifestado que “la norma comunitaria, la doctrina y la jurisprudencia recomiendan aplicar criterios restrictivos, como el principio del ‘complemento indispensable’ para medir hasta dónde pueden llegar las innovaciones normativas de derecho interno, anotando que sólo serían legítimas aquellas complementarias que resulten ser ‘estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entraben o desvirtúen’ (...) advirtió la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario al ordenamiento jurídico comunitario, debiendo quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria. De esta manera, ‘la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior o posterior a la norma integracionista’.
- 1.6. En este marco, ha establecido que, en caso de presentarse antinomias entre el Derecho comunitario andino y el derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que se configurara entre el Derecho comunitario y las normas de derecho internacional.
- 1.7. Asimismo, el Tribunal, sobre el tema, ha expresado que “no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas”. (Proceso 10-1P-94. Interpretación Prejudicial de 17 de marzo de 1995, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 177 de 20 de abril de 1995).
- 1.8. Es decir, los Países Miembros no pueden expedir normas sobre asuntos regulados por las normas comunitarias, salvo que sean necesarias para su correcta ejecución y, en consecuencia, no pueden, so pretexto de reglamentar normas comunitarias, establecer nuevos derechos u obligaciones o modificar los ya existentes y previstos en las normas comunitarias.
- 1.9. No obstante lo anterior, cuando la norma comunitaria deja a la responsabilidad de los Países Miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por aquella, en aplicación del principio de complemento indispensable, les corresponde a esos países llevar a

---

*el ámbito de las lagunas de los sistemas normativos”. “NORMAS PERMISIVAS Y CLAUSURA DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS”. Disponible en Internet: <http://www.udg.edu/LinkClick.aspx?fileticket=iAxcO%2FcGINQ%3D&tabid=9724&language=ca-ES>.*

A  
B



cabo tales implementaciones, sin que éstas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el Derecho comunitario o, restrinjan aspectos esenciales por él regulados de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria.

- 1.10. El ordenamiento comunitario goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las normas de derecho internacional. En este marco ha establecido que, en caso de presentarse antinomias entre el Derecho comunitario andino y el derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que al presentarse antinomias entre el Derecho comunitario y las normas de Derecho internacional, también prevalece el Derecho comunitario andino.
- 1.11. Un punto fundamental al analizar el principio de Supremacía del Derecho comunitario andino es el principio de "Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino", que no es otra cosa que el desarrollo del principio de supremacía y que consagra como un verdadero sistema jurídico al Ordenamiento Jurídico Comunitario, es decir, unido a que dicho sistema jurídico se presenta como un todo coherente y dotado de unidad, contiene un conjunto de principios y reglas estructurales que derivan de él mismo, sin resultar de ningún otro ordenamiento jurídico.
- 1.12. El Tribunal, acerca del principio de Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino, ha manifestado lo siguiente:

"En este contexto, cabe reiterar que el ordenamiento comunitario no deriva del ordenamiento de los Países Miembros, sea éste de origen interno o internacional, sino del Tratado Constitutivo de la Comunidad. Así, y por virtud de su autonomía, se ratifica que el ordenamiento jurídico de la Comunidad –tanto el primario como el derivado– no depende ni se halla subordinado al ordenamiento interno, de origen internacional, de dichos Países. En consecuencia, los tratados internacionales que celebren los Países Miembros por propia iniciativa, como el del Acuerdo sobre los ADPIC, no vinculan a la Comunidad, ni surten efecto directo en ella, sin perjuicio de la fuerza vinculante que tales instrumentos posean en las relaciones entre los citados Países Miembros y terceros países u organizaciones internacionales." (Proceso 01-AI-2001. Sentencia del 27 de junio de 2002, publicada en la Gaceta Oficial 818, de 23 de julio de 2002).

Sin embargo, el Tribunal ratifica que la potestad de las autoridades nacionales de los Países Miembros, de regular a través de normas internas o mediante la celebración de tratados internacionales, los asuntos sobre Transporte Internacional de Mercancías no

A  
E



comprendidos en la norma comunitaria andina, no podrá ser ejercida de modo tal que signifique la introducción de restricciones adicionales al ejercicio de los derechos y facultades consagrados por la norma comunitaria. En todo caso, la norma interna o internacional que se aplique deberá ser compatible con la comunitaria.

1.13. La Sala consultante deberá establecer y verificar si la Dirección Seccional de Impuestos de Maicao al aplicar la restricción de ingreso de mercancías consistentes en calzado, violó o no la legislación comunitaria que regula expresamente el Régimen Aduanero de Tránsito Comunitario por aplicar una restricción contenida en una norma nacional. Deberá también la Sala establecer y verificar si la restricción de ingreso de zapatos por la Aduana de Barranquilla fue o no notificada a la Secretaría General de la Comunidad Andina como lo dispone el Artículo 10 de la Decisión 617 y si la Administración de Maicao consideró esta situación para dictar la Resolución de decomiso.

**2. Ámbito de aplicación del Régimen de Tránsito Aduanero Comunitario. Operaciones de Tránsito Aduanero Comunitario (Decisión 617)**

2.1. Afirma la actora que en aplicación del Artículo 3 de la Decisión 617, así Venezuela no sea parte de la Comunidad Andina, era viable realizar la operación de tránsito aduanero comunitario, ya que, si bien se retiró en el año 2006, cesan sus derechos y obligaciones derivados de su condición de País Miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el programa de liberación de la subregión, por un plazo de cinco años.

2.2. El Artículo 2 de la Decisión 617 indica que las mercancías transportadas bajo Régimen de Tránsito Aduanero Comunitario serán admitidas en el territorio aduanero nacional de los Países Miembros con suspensión del pago de los derechos e impuestos y recargos eventualmente exigibles, mientras permanezcan bajo este mismo régimen.

2.3. En el presente caso nos encontramos frente a un régimen especial aduanero en el cual, a diferencia del régimen de importación a consumo, la obligación tributaria aduanera se encuentra suspensa del pago de derechos, impuestos y recargos, por cuanto las mercancías han sido destinadas por voluntad del importador en Tránsito Aduanero Comunitario Internacional con destino a otro país, sea Miembro de la Comunidad Andina o un tercero no miembro.

2.4. Mientras dure el Tránsito Aduanero, las mercancías se hallan bajo la potestad aduanera, es decir, sujetas a todos los actos de control y vigilancia, hasta que las mismas hayan llegado a la aduana de salida, se haya cancelado la operación y hayan abandonado el País, todo con sujeción a las normas establecidas en la Decisión 617 y a las normas

A  
B  
MHC



internas complementarias que no se encuentren en contradicción con la Decisión comunitaria.

- 2.5. Por su parte el Artículo 3 de la Decisión 617, manifiesta que las disposiciones de la presente Decisión regirán para las operaciones de tránsito de mercancías, medios de transporte y unidades de carga que utilizando uno o más modos de transporte, se realicen al amparo del Régimen de Tránsito Aduanero Comunitario:
- 2.5.1. Desde una aduana de partida de un País Miembro hasta una aduana de destino de otro País Miembro;
  - 2.5.2. Desde una aduana de partida de un País Miembro con destino a un tercer país, en tránsito por uno o más Países Miembros distintos del de la aduana de partida;
  - 2.5.3. Desde una aduana de partida hasta una aduana de destino ubicadas en el mismo País Miembro, siempre que se transite por el territorio de otro País Miembro;
  - 2.5.4. En caso presente la operación de Tránsito Aduanero Comunitario aunque se inició en Panamá, la mercancía fue manifestada en Tránsito de la Aduana de Cartagena, la misma que se transformó en Aduana de salida, con destino final a Maracaibo, Venezuela, debiendo pasar por la Aduana de Maicao. Esta operación de Tránsito Aduanero Comunitario se la realizó amparada y de conformidad a la Decisión 617, motivo por el cual la Aduana de Cartagena una vez cumplidos y verificados los requisitos exigibles por la normativa comunitaria autorizó el Régimen de Tránsito.
  - 2.5.5. El hecho de que Venezuela era o no miembro de la Comunidad Andina a la fecha en que se efectuó el tránsito, es irrelevante, la operación se encontraba garantizada y amparada en los literales bien sea el a) o el b) del Artículo 3 de la Decisión 617.
- 2.6. El Artículo 9 de la Decisión 617, autoriza a los medios de transporte y carga a circular por vías y cruces o pasos de frontera habilitados de conformidad con la norma comunitaria y subsidiariamente por las que determinen las autoridades nacionales.
- 2.7. En efecto, estas normas no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el Derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria.
- 2.8. La Sala Consultante, debe determinar y verificar si la Administración de Aduanas de Maicao, para aprehender las mercancías consistentes en calzado, cumplió lo siguiente: 1) Observó o no el ámbito de aplicación

6  
A  
MMA



de la Decisión 617, para lo cual debió tomar en cuenta el hecho de si se trataba de un Régimen de Tránsito Aduanero o de un Régimen de Importación a Consumo; 2) Si además tomó en cuenta y verificó si la restricción de acceso de calzado por la Aduana de Barranquilla abarcaba a los regímenes aduaneros especiales o solo tuvo vigencia para las mercancías declaradas al Régimen de Consumo; y 3) Finalmente, en el caso de comprobarse que la restricción era también para el Régimen de Tránsito, se tomó o no en cuenta si la norma interna que estableció la restricción se encontraba o no en conformidad con la Decisión 617, para lo cual debió tomar en cuenta el principio de supremacía normativa que rige en la Comunidad Andina.

### 3. Conceptos de Aduana de partida, de paso de frontera y de destino

De los antecedentes del caso, se advierte que el hecho generador es la introducción de mercancías al País bajo el Régimen de Tránsito aduanero que realizaba la empresa colombiana SUTRANSCOOP que tiene como punto de partida Panamá y como destino la ciudad de Maracaibo en Venezuela, afirmando la autoridad que Panamá no es País Miembro de la Comunidad Andina. En razón a ello debe tomarse en cuenta que la Operación de Tránsito Aduanero Comunitario se encuentra definida en el glosario de términos de la Decisión 617 como:

"Es el transporte de mercancías, medios de transporte y unidades de carga, que se realiza en el territorio aduanero comunitario desde una aduana de partida hasta una aduana de destino en una misma operación, en el curso de la cual se cruzan una o varias fronteras de los Países Miembros, dando cumplimiento a las disposiciones contenidas en la presente Decisión, así como a las demás normas comunitarias y nacionales complementarias o conexas".

De igual modo, el glosario de términos de la Decisión 617 contiene la clasificación de los tipos de Aduanas empleadas para tal operación al amparo de la norma de Tránsito Aduanero Comunitario:

- Aduana de Partida: La aduana de un País Miembro donde comienza una operación de tránsito aduanero comunitario.
- Aduana de Paso de Frontera: La aduana de un País Miembro, ubicada en una de sus fronteras, que interviene en el trámite de una operación de tránsito aduanero comunitario por la cual las mercancías cruzan con motivo de tal operación.
- Aduana de Destino: La aduana de un País Miembro donde termina una operación de tránsito aduanero comunitario.

De modo que, según lo expuesto, se afirma que la norma andina contempla tres estadios pasivos de control aduanero de dicha operación de tránsito comunitario.

A  
6/11/16





### **3.1. Aduana de Partida**

**3.1.1.** Para el caso que es materia de análisis, el Tránsito se inicia en Cartagena como Aduana de Partida, donde se cumplieron las formalidades y requisitos aduaneros previos a conceder el Régimen de Tránsito Comunitario, debiéndose observar y aplicar la Decisión 617.

### **3.2. Aduana de paso de frontera**

**3.2.1.** Las aduanas de paso de frontera – de acuerdo con los artículos 17 y 23 de la Decisión 617- están facultadas a verificar las marcas de identificación aduanera, códigos y estado de los precintos aduaneros y asegurarse que la unidad de carga y el medio de transporte no tengan señales de haber sido forzados o violados, dejando constancia de la revisión realizada sobre la declaración aduanera. Sólo en caso de sospecha de irregularidades aduaneras se podrá realizar la verificación física de mercancías dejando la constancia correspondiente.

**3.2.2.** La normativa andina establece que las autoridades de Aduana de paso de frontera deberán remitir un "Aviso de Paso de Frontera" a las aduanas de partida y de destino, tan pronto como haya concluido su revisión. El aviso de paso de frontera deberá incluir las incidencias que hayan podido producirse y estén recogidas en el ejemplar correspondiente de la declaración aduanera que la Decisión sobre el Documento Único Aduanero (DUA) adopte.

**3.2.3.** La Sala consultante deberá verificar si la Administración de Aduanas de Maicao como Aduana de Destino, llevo a cabo o no sus actuaciones de acuerdo a la Decisión 617 para que se cumpla a cabalidad el Tránsito Aduanero Comunitario e Internacional o si por el contrario incumplió sus deberes y obligaciones.

### **3.3. Aduana de destino**

**3.3.1** Terminada la operación de tránsito aduanero la Aduana de destino dejará constancia en la declaración aduanera de las actuaciones practicadas y enviará en forma inmediata el "Aviso de fin de tránsito" a las aduanas de partida, de garantía y las aduanas de paso de frontera.

**3.3.2** De modo que, de acuerdo con los antecedentes del caso, la Sala consultante deberá considerar que sólo resultan aplicables las disposiciones de la norma andina a la operación de tránsito comunitario correspondiente al recorrido realizado por el territorio de los Países Miembros y no necesariamente respecto de la Aduana de Partida. En el caso materia de análisis, el inicio de la operación de tránsito comunitario se dio en un Tercer país (Panamá), siendo la Aduana de partida para nuestro cuerpo normativo la Aduana de Cartagena.

6  
A



**4. Conceptos de mercancías comunitarias y mercancías no comunitarias.**

4.1. En el caso expuesto, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales contestó la demanda afirmando que se ha probado que las mercancías transportadas por SUTRANSCOOP e introducidas era calzado procedente de Panamá, lo cual contraviene la prohibición contenida en el Artículo 502 del Decreto 2685/99, que sólo permite el acceso de dichas mercancías por la Aduana de Barranquilla.

4.2. El glosario de términos de la Decisión 617 define la carga o mercancía como a todos los bienes susceptibles de ser clasificados por la NANDINA y que se encuentran sujetos a control aduanero. Dicha norma contiene además una clasificación de los tipos de mercancías que transitan al amparo de la norma de Tránsito Aduanero Comunitario, como sigue:

**Mercancías Comunitarias**

- a. Las mercancías obtenidas, elaboradas, transformadas o producidas en el territorio aduanero comunitario y que cumplen con las normas de origen establecidas en la Comunidad Andina; y
- b. Las mercancías importadas para el consumo y en libre circulación en el territorio aduanero comunitario.

**Mercancías No Comunitarias**

- a. Las mercancías que no cumplen los requisitos para ser consideradas como mercancías comunitarias.
- b. Las mercancías que pierdan su condición de comunitarias al ser exportadas a título definitivo fuera del territorio aduanero comunitario.

4.3. La clasificación antes reseñada surge del origen de los productos sujetos a control aduanero con énfasis en el origen de los mismos y que están contempladas por las normas establecidas por la Comunidad Andina. Cabe precisar que, aún con dicha clasificación, el Artículo 10 de la Decisión 617 refiere que no podrán ser objeto de tránsito aduanero comunitario las mercancías cuya importación esté prohibida expresamente en el ordenamiento jurídico comunitario; o cuya prohibición por razones de moralidad, seguridad o protección de la vida y salud de personas, plantas o animales u otros, esté contemplada en éste; y, las mercancías consideradas como productos sensibles de acuerdo con lo establecido mediante Resolución de la Secretaría General. Asimismo, no serán objeto de tránsito aduanero comunitario las mercancías cuya importación esté prohibida expresamente en Tratados y Convenios Internacionales o en las legislaciones de los Países Miembros compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario.



- 4.4. La Sala Consultante deberá analizar si la Administración de Aduanas de Maicao al expedir su Resolución de decomiso, violó o no la Decisión 617 al no considerar que las mercancías en Tránsito consistentes en calzado no eran comunitarias.
5. **Requisitos y formalidades para la aceptación del régimen de tránsito aduanero comunitario en la aduana de partida que se inicia con el envío del "Aviso de Partida" a las aduanas de paso de frontera y de destino**
- 5.1. El caso que es materia de análisis es una operación de transporte de mercancías y de tránsito aduanero que se inicia en un tercer país – Panamá-, prosiguiendo por vía terrestre por la ciudad de Cartagena – Colombia con destino a la ciudad de Maracaibo – Venezuela.
- 5.2. La Decisión 617 en su Artículo 17 establece como requisitos y formalidades:
- a) Verificar si las mercancías son o no de origen comunitario de conformidad con la documentación y declaración aduanera recibida;
  - b) Establecer las rutas y los plazos dentro de los cuales deberán ser presentadas en la aduana de paso de frontera y de destino;
  - c) Determinar las aduanas de paso de frontera y la aduana de destino final;
  - d) Someterse a verificación de carga y medios de transporte de acuerdo con lo establecido en la presente Decisión y en la Decisión 574 sobre Control Aduanero, sus modificatorias o ampliatorias y demás normas que la modifiquen, complementen o sustituyan;
  - e) Someterse al precintado o establecimiento de marcas de identificación aduanera u otras medidas de control;
  - f) Presentación de los documentos anexos establecidos en el Artículo 12 de la presente Decisión; y
  - g) Otros requisitos y formalidades de acuerdo con las características de la operación de tránsito aduanero comunitario, del medio de transporte, unidad de carga y la mercancía transportada, previstas en disposiciones comunitarias.
- 5.3. Una vez verificado la concurrencia de los requisitos del régimen de tránsito aduanero previstos en el Artículo 17 antes expuesto, la aduana de partida conservará el ejemplar a ella destinado y devolverá los otros ejemplares al Transportista o al Obligado Principal, procediendo a notificar en forma inmediata la operación de tránsito aduanero comunitario que se ha iniciado, mediante el envío del "Aviso de Partida" a las aduanas de paso de frontera y de destino.



- 5.4. La Corte Consultante verificará si la Administración de Maicao, al investigar y dictar la Resolución de decomiso y una vez que verificó el cumplimiento de los requisitos y formalidades para que se cumpla el Tránsito Comunitario, violó o no la Decisión 617 al ordenar el decomiso.

**6. Preguntas del juez consultante**

1. **¿Qué pasa si hay una norma interna que no contempla la infracción y sanción de la legislación comunitaria, que pretende ser aplicada por la DIAN?**

Por el principio de supremacía de la norma comunitaria debidamente desarrollada en el punto 1 de la presente interpretación prejudicial, la norma comunitaria está por sobre la norma interna, siendo de aplicación obligatoria y directa, por lo que, si ésta contempla una infracción y sanción, la autoridad nacional deberá revisar la conducta y si se ajusta, aplicar la norma correspondiente.

2. **¿Si la Administración Aduanera pretende aplicar infracciones y sanciones que no están reguladas en la Decisión 617 de 2005 (Régimen Comunitario), se entiende que es procedente aplicar el régimen interno sancionatorio que no está contemplado en el Régimen Comunitario?**

Como ya se contestó en la primera pregunta, la norma comunitaria siempre está por sobre la norma interna, sin embargo, de acuerdo con lo determinado por el principio de complemento indispensable, todo aquello que la norma comunitaria no lo regule, lo podrá normar las leyes del ordenamiento interno.

3. **Reiterándose que el Artículo 370 del Estatuto Aduanero remite a las normas de la Comunidad Andina, es decir, a la Decisión 617 de 2005, que en el campo de infracciones corresponde a los artículos 54 y 56 de la misma, ¿qué pasa si en la norma comunitaria, que en el presente caso se aplica por remisión del Estatuto Aduanero no se contemplan las infracciones del Derecho Interno que pretende aplicar la DIAN?**

Única y exclusivamente se puede sancionar como infracción lo que está contemplado por la legislación comunitaria y en todo aquello que no lo regule, de acuerdo con la normativa nacional.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por la Corte Consultante al resolver el proceso interno 2009-00137, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en

A  
B  
M



el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

La presente interpretación prejudicial se firma por los Magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal.

Cecilia Luisa Ayllón Quinteros  
**MAGISTRADA**

Martha Rueda Merchán  
**MAGISTRADA**

Hernán Romero Zambrano  
**MAGISTRADO**

De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente Interpretación Prejudicial el Presidente y el Secretario.

Hernán Romero Zambrano  
**PRESIDENTE**

Julio Cesar Navarro  
**SECRETARIO (E)**

Notifíquese a la Corte Consultante y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA****Quito, 25 de julio de 2016**

**Proceso:** 428-IP-2015

**Asunto:** Interpretación Prejudicial

**Consultante:** La Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, República del Perú.

**Expediente interno del Consultante:** 06718-2013

**Referencia:** Signos involucrados: **MÁS WONG** y logotipo y nombre comercial **MASS** y logotipo.

**Magistrado Ponente:** Dr. Hernán Romero Zambrano

**VISTOS**

El Oficio 6718-2013-0/5<sup>ta</sup>SECA-CSJLI-PJ, recibido el 27 de agosto de 2015, mediante el cual la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima de la República del Perú, solicita Interpretación Prejudicial del Artículo 136 literal b) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, a fin de resolver el Proceso Interno 6718-2013; y,

El auto de 10 de junio del 2016, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente interpretación prejudicial.

**A. ANTECEDENTES****1. Partes en el Proceso Interno:**

**Demandante:** SUPERMERCADOS PERUANOS S. A.



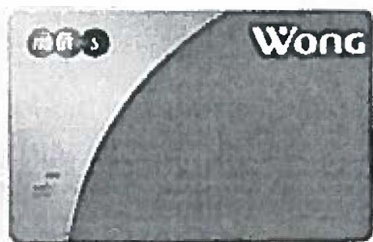
6  
A  
[Handwritten signature]

**Demandado:** INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, DE LA REPÚBLICA DE PERÚ (INDECOPI).

**Tercero Interesado:** E. WONG S. A. (Perú)

## 2. Hechos Relevantes

- 2.1. El 22 de febrero de 2011, E. WONG S. A (Perú), solicitó el registro del signo MÁS WONG y logotipo (mixto)<sup>1</sup> para distinguir seguros; negocios financieros; negocios monetarios; negocios inmobiliarios; servicios de tarjetas de crédito, de la Clase 36 del Arreglo de Niza Relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas (en adelante Clasificación Internacional de Niza).



- 2.2. El 27 de abril de 2011, SUPERMERCADOS PERUANOS S. A. (en adelante SPSA) interpuso oposición contra la mencionada solicitud de registro sobre la base de ser titular del nombre comercial no inscrito MASS y logotipo desde el año 2006, el cual distingue servicios de minimarkets<sup>2</sup> o tiendas de retail<sup>3</sup> en general, comprendidos en la Clase 35<sup>4</sup> de la Clasificación Internacional de Niza.

**Versión Mixta del Nombre Comercial no inscrito.**

- 2.3. El 18 de enero de 2012, mediante Resolución 182-2012/CSD-INDECOPI, la Comisión de Signos Distintivos del INDECOPI, declaró

<sup>1</sup> Expediente Administrativo 447264-2011.

<sup>2</sup> Mini mercados (Traductor de Google).

<sup>3</sup> Al por menor (Traductor de Google).

<sup>4</sup> Clase 35: actividades económicas relacionadas con la prestación de servicios de reagrupamiento de productos en un mismo lugar (con excepción de transporte) para ser examinados y adquiridos con comodidad por medios físicos, especialmente productos alimenticios, bebidas gaseosas, bebidas no alcohólicas y alcohólicas, productos para el cuidado personas y limpieza.

Handwritten notes in blue ink: a large 'L' shape, the number '6', the letter 'A', and a signature.



infundada la oposición formulada por SUPERMERCADOS PERUANOS S. A. y dispuso registrar el signo MÁS WONG y logotipo (mixto) a favor de E. WONG S.A. (Perú).

- 2.4. El 20 de febrero de 2012, SUPERMERCADOS PERUANOS S. A. interpuso recurso de apelación contra la resolución anterior.
- 2.5. El 10 de mayo de 2013, mediante Resolución 1552-2013/TPI-INDECOPI, la Sala de Propiedad Industrial del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI confirmó la Resolución 182-2012/CSD-INDECOPI, que otorgó el registro de marca de servicio MÁS WONG y logotipo (mixto), manifestando que no existe similitud o conexión competitiva entre los servicios y las actividades económicas que distinguen los signos en conflicto ya que si bien ambos comparten la denominación MAS/MASS la presencia de la denominación WONG, genera un impacto fonético y visual distinto.
- 2.6. El 21 de agosto de 2013, SUPERMERCADOS PERUANOS S. A. interpuso demanda contenciosa administrativa contra el INDECOPI y E. WONG S. A. (Perú), solicitando la nulidad de la Resolución 1552-2013/TPI-INDECOPI.
- 2.7. El 3 de febrero de 2014, mediante Resolución signada con el número Dos, el Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, admitió la demanda contra el INDECOPI y la empresa E. WONG S. A. (Perú).
- 2.8. El 20 de enero de 2015, mediante Resolución signada con el número Ocho, el Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte de Justicia de Lima, declaró infundada la demanda.
- 2.9. El 3 de febrero de 2015, SUPERMERCADOS PERUANOS S. A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia, reiterando los mismos argumentos que esbozó en su escrito de demanda.
- 2.10. El 3 de agosto de 2015, mediante Resolución signada con el número Tres, la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub especialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, decidió suspender el proceso y solicitó Interpretación Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

### 3. Argumentos contenidos en la demanda contenciosa administrativa

SUPERMERCADOS PERUANOS S. A. en su escrito de demanda expresa, en lo principal, los siguientes argumentos:



6





- 3.1. Señala que "(...) *si existe conexión competitiva o vinculación entre los 'servicios financieros; servicios de tarjeta de crédito' que distingue la marca 'MÁS WONG' de WONG y los servicios de supermercados que identifican el nombre comercial no inscrito 'MASS' de SPSA, en la medida que es una práctica usual o común en el mercado que los supermercados, minimarket y tiendas o demás comercios en general vinculados con las ventas retail (clase 35 de la Clasificación Internacional) cuentan con tarjetas de crédito (clase 36 de la Clasificación Internacional), figurando las marcas de tales establecimientos comerciales en las tarjetas de crédito*".
- 3.2. "(...) *existe una semejanza gráfica-fonética entre los elementos denominativos 'MASS' de SPSA y 'MÁS' de WONG, debido a que gráficamente se escriben de manera casi idéntica ("MASS"-"MAS"), mientras que fonéticamente se pronuncia de manera idéntica ("MAS")*".
- 3.3. Asimismo, el "(...) *nombre comercial no inscrito 'MASS' mantiene una evidente semejanza conceptual respecto del término 'MÁS' incluido en forma destacada en el signo 'MÁS WONG' de WONG, el mismo que cuenta con un significado en nuestro idioma y evoca el concepto de exceso, aumento, ampliación o superioridad en comparación expresa o sobreentendida*".
- 3.4. "(...) *existe una estrecha relación de competencia directa, debido a que ambas empresas operan en el mercado de supermercados.*"

*"(...) En el presente caso, WONG ha pretendido registrar como nombre para su tarjeta de crédito un signo con un contenido gráfico y fonético (...) capaz de generar confusión en el mercado"*

#### **4. Argumentos de la contestación a la demanda contenciosa administrativa**

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, en su escrito de contestación a la demanda, en lo principal, expresa los siguientes argumentos:

- 4.1. Señala "(...) *que los servicios que pretende distinguir el signo solicitado consisten en servicios crediticios, bancarios, financieros, de seguros e inmobiliarios, siendo prestados por profesionales o instituciones especializadas, tales como bancos, financieras, corredores de seguros y empresas de corretaje de inmuebles; en tanto que los servicios de reagrupamiento por cuenta de terceros que pretende distinguir el signo solicitado tienen como objetivo ofrecer al público una gran variedad de productos de todo tipo y de distintas marcas en un solo lugar, es decir, las empresas que se dedican al servicio de reagrupamiento por cuenta de terceros se encargarán de disponer locales comerciales u organizar ferias o eventos donde distintas empresas expongan sus productos y el*

*público pueda escogerlos con comodidad, siendo contratados por personas naturales o jurídicas que desarrollan actividades comerciales y prestados por empresas especialistas en brindar dichos servicios”.*

- 4.2. *“(…) no existe similitud o conexión competitiva entre los servicios y las actividades económicas que distinguen los signos, toda vez que son prestados por empresas y/o personas de diferente naturaleza, para cumplir funciones y satisfacer necesidades distintas”.*
- 4.3. *“(…) son evidentes las diferencias fonéticas y gráficas que existen entre los signos en litis, ya que desde el punto de vista fonético, si bien ambos signos comparten la denominación MAS/MASS, la presencia de la denominación WONG en el signo solicitado determina que los signos generan un impacto sonoro diferente. Desde el punto de vista gráfico, la inclusión de elementos denominativos adicionales en el signo solicitado y de elementos gráficos y cromáticos, en el signo solicitado como en el nombre comercial de la opositora, según el caso, determina que los signos confrontados produzcan un impacto visual de conjunto diferente”.*
- 4.4. *“(…) la simple coincidencia en la pronunciación de un término que compone dos signos confrontados no genera automáticamente la existencia de confusión indirecta o riesgo de asociación, sino que deberá evaluarse otros aspectos involucrados a efectos de precisar si el consumidor podrá diferenciar los signos”.*
- 4.5. *“(…) la empresa a quien le fue otorgada la marca cuestionada ya cuenta con derechos inscritos sobre la denominación MÁS, la misma que se encuentra presente en la conformación de la marca WONG MÁS (…) por lo que es fácil concluir que el registro del signo solicitado MÁS WONG y logotipo constituye una simple variación de la marca en cuestión”.*

## 5. Sentencia de primera instancia

El Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, República del Perú, en sentencia declaró infundada la demanda al considerar que:

- 5.1. *“(…) en ambos signos, tanto el elemento denominativo como el gráfico son relevantes por cuanto: i) en las transacciones comerciales es usual que se emplee las denominaciones de los respectivos signos distintivos para solicitar los servicios e identificar las actividades comerciales que distinguen sus titulares; ii) las denominaciones WONG y MASS se encuentran en una posición y en un tamaño tales que les otorga notoriedad dentro de cada signo; iii) la representación gráfica de las denominaciones WONG y MASS aunada a la combinación de*



colores que se emplean en cada signo, son característicos y coadyuvan a que los consumidores identifiquen que se trata de distintas empresas, es decir, aportan fuerza distintiva a los signos”.

- 5.2. “(...) entre los servicios que pretende distinguir E. Wong S. A. con la marca solicitada MÁS WONG y logotipo y las actividades distinguidas por el nombre comercial MASS y logotipo, no existe riesgo de confusión de ningún tipo entre los referidos signos; dado que al suscitar diferentes impresiones visuales y fonéticas, sólo tienen como semejanza el sonido de los términos MAS y MASS /mas/, sin embargo ello no resulta determinante para determinar la existencia de riesgo de confusión, debido a que MÁS es un término de uso frecuente en las clase 36 y 35 de la Nomenclatura Oficial y el vocablo dominante de la marca solicitada es WONG, el cual informa a los consumidores el origen empresarial de los servicios que pretende distinguir y difiere claramente de la denominación MASS: en consecuencia, los consumidores mediante los términos WONG y MASS con sus respectivas gráficas características, diferenciarán inequívocamente el origen empresarial de los servicios y actividades distinguidos respectivamente por los signos sub litis. Tampoco se configura riesgo de asociación puesto que el término MÁS no suscitará al consumidor el recuerdo del nombre comercial MASS y logotipo de la demandante, por los motivos expuestos, máxime si se encuentra registrada a favor de E. Wong S. A. (Certificado N° 63052) en la clase 36, de lo que se desprende que la marca solicitada es una variación de la marca mencionada. Por consiguiente, el riesgo de la marca solicitada MÁS WONG y logotipo no se encuentra incurso en la casual de prohibición contenida en el literal b) del artículo 136 de la Decisión 486”.

## 6. Argumentos contenidos en el recurso de apelación.

SUPERMERCADOS PERUANOS S. A. en su recurso de apelación manifiesta lo siguiente:

- 6.1. Existe “(...) Riesgo de Confusión entre los consumidores porque no estarán en capacidad de distinguir si el origen empresarial de la tarjeta de crédito “MÁS WONG” es de SPSA al ser titular del nombre comercial no inscrito “MASS” –el cual gráficamente es casi idéntico y fonéticamente se pronuncia idéntico que “MAS”– o si tal origen empresarial es de CENCOSUD al ser titular de la marca “WONG”. En todo caso, conforme a lo señalado, es posible que se genere un Riesgo de Asociación entre los consumidores porque asumirán erróneamente que existe vinculación económica o relación comercial entre SPSA y CENCOSUD”.
- 6.2. “(...) si bien ambos signos identifican servicios comprendidos en clases diferentes, lo cierto es que se presenta conexión competitiva entre éstos en la medida en que es práctica usual o común en el mercado





que los supermercados, minimarket y tiendas o demás comercios en general vinculados con las ventas retail (Clase 35) que cuenten con tarjetas de crédito (Clase 36), figurando las marcas de tales establecimientos comerciales en las tarjetas de crédito conjuntamente con sus socios comerciales, los cuales pueden ser otros establecimientos comerciales, entidades bancarias, operadores de tarjetas de crédito, entre otros supuestos”.

- 6.3. “(...) la existencia de una Familia de Marcas conformada por el término “MASS” y de una línea de productos MASS que se comercializan en nuestras tiendas, incrementa el Riesgo de Confusión o, en todo caso, el Riesgo de Asociación entre los consumidores por la colocación en el mercado de la tarjeta “MÁS WONG”, debido a que están dirigidos a los mismos consumidores que atiende o pretende atender CENCOSUD”.

#### A. NORMAS A SER INTERPRETADAS

La Sala consultante solicita la interpretación prejudicial del Artículo 136 literal b)<sup>5</sup> de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, la cual se interpretará por ser procedente.

De oficio se interpretarán los Artículos 190, 191, 192 y 193 de la antes aludida Decisión<sup>6</sup>.

El Tribunal consultante solicita expresamente que nos pronunciemos respecto a:

<sup>5</sup> “Artículo 136.- No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

(...)

b) sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, o, de ser el caso, a un rótulo o enseña, siempre que, dadas las circunstancias, su uso pudiera originar un riesgo de confusión o de asociación”.

<sup>6</sup> “Artículo 190.- Se entenderá por nombre comercial cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil.

Una empresa o establecimiento podrá tener más de un nombre comercial. Puede constituir nombre comercial de una empresa o establecimiento, entre otros, su denominación social, razón social u otra designación inscrita en un registro de personas o sociedades mercantiles.

Los nombres comerciales son independientes de las denominaciones o razones sociales de las personas jurídicas, pudiendo ambas coexistir.

Artículo 191 - El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso en el comercio y termina cuando cesa el uso del nombre o cesan las actividades de la empresa o del establecimiento que lo usa.

Artículo 192.- El titular de un nombre comercial podrá impedir a cualquier tercero usar en el comercio un signo distintivo idéntico o similar, cuando ello pudiere causar confusión o un riesgo de asociación con la empresa del titular o con sus productos o servicios. En el caso de nombres comerciales notoriamente conocidos, cuando asimismo pudiera causarle un daño económico o comercial injusto, o implicara un aprovechamiento injusto del prestigio del nombre o de la empresa del titular.

Será aplicable al nombre comercial lo dispuesto en los artículos 155, 156, 157 y 158 en cuanto corresponda.

Artículo 193.- Conforme a la legislación interna de cada País Miembro, el titular de un nombre comercial podrá registrarlo o depositarlo ante la oficina nacional competente. El registro o depósito tendrá carácter declarativo. El derecho a su uso exclusivo solamente se adquirirá en los términos previstos en el artículo 191”.



"(...)

1. *La vinculación competitiva entre los servicios que pretenden distinguir los signos en conflicto.*
2. *El análisis del riesgo de confusión entre signos mixtos".*

## B. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. El nombre comercial y su protección.
2. Irregistrabilidad de un signo por identidad o similitud. Similitud ortográfica, fonética, figurativa y conceptual. Riesgo de confusión directa, indirecta y de asociación. Reglas para realizar el cotejo de signos.
3. Comparación entre signos mixtos.
4. Conexión competitiva entre servicios de las Clases 35 y 36 de la Clasificación Internacional de Niza.
5. La familia de marcas.

## D. ANÁLISIS DE LOS TEMAS MATERIA DE INTERPRETACIÓN

### 1. El nombre comercial y su protección

- 1.1. SUPERMERCADOS PERUANOS S. A. interpuso oposición contra la solicitud de registro del signo mixto MÁS WONG y logotipo sobre la base de ser titular del nombre comercial no inscrito MASS y logotipo desde el año 2006 argumentó que la normativa comunitaria no establece una limitación territorial al uso de nombres comerciales, consecuentemente, el Tribunal considera pertinente desarrollar el tema del ámbito de protección del nombre comercial.
- 1.2. Previamente a desarrollar el tema propuesto y dado que en el proceso interno se debate el posible riesgo de confusión entre un signo registrado como marca (aun cuando el acto administrativo que concedió el registro no se encuentre en firme) y un nombre comercial no inscrito, resulta pertinente tener presente que conforme a lo dispuesto en el Artículo 134 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina debemos entender como marca "(...) cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado". Las marcas juegan un papel preponderante en el proceso competitivo sin que esto cambie su naturaleza esencial de distinguir productos o servicios<sup>7</sup>.
- 1.3. Por otra parte, concretamente en relación con el ámbito de protección del nombre comercial, el Tribunal ha indicado<sup>8</sup> que en el artículo 136,

<sup>7</sup> DERECHO DE MARCAS, Jorge Olamendi, editorial ABELEDO-PERROT Buenos Aires, página 1.

<sup>8</sup> Interpretación Prejudicial de 19 de junio de 2013, expedida en el marco del proceso 40-IP-2013.



literal b) y en las disposiciones contenidas en el título X de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, se encuentra regulado el depósito y la protección del nombre comercial.

- 1.4. En el artículo 190 de la Decisión 486 se define el nombre comercial y delimita su concepto, v.gr., "(...) Se entenderá por nombre comercial cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil", definición de la cual se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1.4.1. El objetivo del nombre comercial es diferenciar la actividad empresarial de un comerciante determinado.<sup>9</sup>

Si bien la norma hace referencia a los establecimientos de comercio, esto se debe a un problema conceptual. El signo distintivo que identifica los establecimientos de comercio es la enseña comercial, cuyo tratamiento se da en el título XI de la Decisión 486. En consecuencia, la norma incurre en una imprecisión.

- 1.4.2. Un comerciante puede utilizar más de un nombre comercial, es decir, identificar sus diferentes actividades empresariales con diversos nombres comerciales.

- 1.4.3. El nombre comercial es independiente de la razón social de la persona jurídica, pudiendo coincidir con ella; es decir, un comerciante puede tener una razón social y un nombre comercial idéntico a ésta, o tener una razón social y uno o muchos nombres comerciales diferentes de ella.

- 1.4.4. El nombre comercial puede ser múltiple, mientras que la razón o denominación social es única; es decir, un comerciante puede tener muchos nombres comerciales, pero sólo una razón social.

- 1.5. Es importante precisar el momento a partir del cual se genera la protección del nombre comercial, para ello pasamos a revisar los artículos 191 a 193 de la Decisión 486 en los cuales se establece el sistema de protección del nombre comercial.

*"(...) Artículo 191.- El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso en el comercio y termina cuando cesa el uso del nombre o cesan las actividades de la empresa o del establecimiento que lo usa.*

<sup>9</sup> Si bien la norma hace referencia a los establecimientos de comercio, esto se debe a un problema conceptual. El signo distintivo que identifica los establecimientos de comercio es la enseña comercial, cuyo tratamiento se da en el título XI de la Decisión 486. En consecuencia, la norma incurre en una imprecisión que será tratada en el literal F. de la presente Interpretación Prejudicial.



*Artículo 192.- El titular de un nombre comercial podrá impedir a cualquier tercero usar en el comercio un signo distintivo idéntico o similar, cuando ello pudiere causar confusión o un riesgo de asociación con la empresa del titular o con sus productos o servicios. En el caso de nombres comerciales notoriamente conocidos, cuando asimismo pudiera causarle un daño económico o comercial injusto, o implicara un aprovechamiento injusto del prestigio del nombre o de la empresa del titular.*

*Será aplicable al nombre comercial lo dispuesto en los artículos 155, 156, 157 y 158 en cuanto corresponda.*

*Artículo 193.- Conforme a la legislación interna de cada País Miembro, el titular de un nombre comercial podrá registrarlo o depositarlo ante la oficina nacional competente. El registro o depósito tendrá carácter declarativo. El derecho a su uso exclusivo solamente se adquirirá en los términos previstos en el artículo 191".*

De conformidad con estas normas, la protección del nombre comercial goza de las siguientes características:

- 1.5.1. El derecho sobre el nombre comercial se genera con su uso. Esto, quiere decir que el depósito del nombre comercial no es constitutivo de derechos sobre el mismo. El registro de un nombre comercial puede ser simplemente un indicio del uso, pero no actúa como una prueba total del mismo.
- 1.5.2. De conformidad con lo anterior, quien alegue derechos sobre un nombre comercial deberá probar su uso real, efectivo y constante.
- 1.5.3. Quien alegue y pruebe el uso real, efectivo y constante de un nombre comercial con anterioridad a la solicitud de registro de un signo idéntico o similar, podrá oponerse a la misma si dicho signo puede causar riesgo de confusión y/o de asociación en el público consumidor.
- 1.5.4. Quien alegue y pruebe el uso real y efectivo de un nombre comercial con anterioridad al uso de un signo idéntico o similar, podrá oponerse a dicho uso si éste puede causar riesgo de confusión o de asociación.

A diferencia de lo que sucede con el sistema atributivo del registro marcario, donde el derecho surge del registro, el de protección del nombre comercial se basa en un sistema declarativo de derechos. Es decir, el derecho sobre el nombre comercial no se adquiere por la inscripción o depósito, sino con su primer uso. Además, para que subsista el derecho, dicho uso debe ser real, efectivo y constante.





Un nombre comercial registrado de una manera y usado de otra, no generaría ninguna clase de derecho. Es decir, el nombre comercial registrado debe ser el mismo real y efectivamente usado en el mercado, ya que de lo contrario no cabría ningún derecho sobre el primero. Lo anterior, por cuanto dicho signo, aunque registrado, no tendría relación con el público consumidor.

La función de un sistema de registro de nombres comerciales es, por un lado, informativo en relación con el público consumidor y, por otro, una herramienta para que la Oficina de Registro Marcario haga su análisis de registrabilidad de oficio e integral. Lo anterior quiere decir, que de existir un sistema de registro de nombres comerciales, la Oficina de Registro Marcario al realizar el respectivo análisis de registrabilidad, deberá tener en cuenta los nombres comerciales registrados.

- 1.6. En conclusión, siendo el uso el elemento esencial para la protección de un nombre comercial, la Sala consultante deberá verificar si al momento en que el signo mixto **MÁS WONG** y **logotipo** fue solicitado para registro, determinó si el nombre comercial mixto no inscrito **MASS** y **logotipo** era real, efectiva y constantemente usado en el mercado, para así determinar si era protegible por el ordenamiento jurídico comunitario andino.
  - 1.7. En tal sentido, el uso del nombre comercial podrá demostrarse mediante facturas comerciales, documentos contables, o certificaciones de auditoría que demuestren la regularidad y la cantidad de la comercialización de los servicios identificados con el nombre comercial, entre otros.
  - 1.8. La Sala consultante deberá tener en cuenta que es de competencia del examinador observar y establecer de acuerdo a criterios doctrinarios y jurisprudenciales, si entre los signos que se confrontan existe identidad o semejanza, para así determinar si las identidades o semejanzas encontradas por sus características son capaces de generar confusión entre los consumidores. De la conclusión a que se arribe dependerá, entre otros requisitos, la calificación de distintivo o de no distintivo que merezca el signo examinado y, por consiguiente, su aptitud o ineptitud para el registro.
2. **Irregistrabilidad de un signo por identidad o similitud. Riesgo de confusión. Riesgo de asociación. Reglas generales para el cotejo de signos distintivos.**
    - 2.1 En el proceso interno se discute si los signos mixtos **MÁS WONG** y **logotipo** y nombre comercial **MASS** y **logotipo** son confundibles, por lo que es pertinente analizar el contenido del artículo 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, concretamente





en la causal de irregistrabilidad prevista en su literal b), cuyo tenor literal es el siguiente:

*“Artículo 136.- No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:*

*(...)*

*b) sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, o, de ser el caso, a un rótulo o enseña, siempre que, dadas las circunstancias, su uso pudiera originar un riesgo de confusión o de asociación”.*

- 2.2 Como se desprende de esta disposición, no son registrables los signos idénticos o similares con nombres comerciales, rótulos o enseñas porque en dichas condiciones carece de fuerza distintiva. Los signos no son distintivos extrínsecamente cuando pueden generar riesgo de confusión (directa o indirecta) y/o riesgo de asociación en el público consumidor.<sup>10</sup>
- 2.3 En cuanto al **riesgo de confusión**, igualmente el Tribunal ha sostenido que éste puede ser directo e indirecto. El primero frente a la posibilidad de que el consumidor al adquirir un producto crea que está adquiriendo otro, y el segundo cuando el consumidor crea que dicho producto tiene un origen empresarial diferente al que realmente posee.
- 2.4 En cuanto al **riesgo de asociación**, éste acontece cuando el consumidor, aunque diferencie los signos en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo asuma que el productor de dicho producto y otra empresa tienen una relación o vinculación económica.
- 2.5 Al resolver el recurso, se deberá examinar si se verificó si entre los signos confrontados existe identidad o semejanza, para luego determinar si esto es capaz de generar riesgo de confusión (directa o indirecta) y/o de asociación en el público consumidor, teniendo en cuenta en esta valoración que la similitud entre dos signos puede ser:
- 2.5.1. **Fonética:** Se refiere a la semejanza de los sonidos de los signos en conflicto. Puede darse en la estructura silábica, vocal, consonante o tónica de las palabras, por lo que para determinar un posible riesgo de confusión se debe tener en cuenta las particularidades de cada caso concreto.

<sup>10</sup> Interpretación Prejudicial de 24 de mayo de 2006, expedida en el marco del proceso 58-IP-2006, e Interpretación Prejudicial de 31 de mayo de 2006 expedida en el marco del proceso 62-IP-2006.

A  
mm



- 2.5.2. **Ortográfica:** Se refiere a la semejanza de las letras de los signos en conflicto desde el punto de vista de su configuración, esto es, tomando en cuenta la impresión visual de los signos en conflicto.
- 2.5.3. **Gráfica o figurativa:** Se refiere a la semejanza de elementos gráficos de los signos en conflicto, tomando en cuenta los trazos del dibujo o el concepto que evocan.
- 2.5.4. **Ideológica o conceptual:** Se configura entre signos que evocan una idea y/o valor idéntico y/o semejante. *“Es la representación o evocación a una misma cosa, característica o idea la que impide al consumidor distinguir una de otra”.*<sup>11</sup>
- 2.6. Igualmente, al proceder a cotejar los signos en conflicto se debió observar las siguientes reglas:
- 2.6.1. La comparación debe efectuarse sin descomponer los elementos que conforman el conjunto de los signos en conflicto; es decir, cada uno debe analizarse con una visión de conjunto, teniendo en cuenta su unidad fonética, ortográfica, figurativa y conceptual.
- 2.6.2. En la comparación se debe emplear el método del cotejo sucesivo; esto es, se debe analizar un signo y después el otro. No es procedente realizar un análisis simultáneo, pues el consumidor difícilmente observará los signos al mismo tiempo, sino que lo hará en momentos diferentes.
- 2.6.3. El análisis comparativo debe enfatizar las semejanzas y no las diferencias, pues es en las semejanzas en las que se puede percibir el riesgo de confusión o de asociación.
- 2.6.4. Al realizar la comparación es importante colocarse en el lugar del presunto comprador, pues de esta manera es posible advertir cómo el producto o servicio es percibido por el consumidor.
- 2.7 La Sala consultante al analizar el caso concreto deberá tomar en cuenta que el juzgado *a priori* haya determinado que las similitudes de los signos en conflicto se confrontan desde los distintos tipos de semejanza que pueden presentarse, para de esta manera establecer si el consumidor podría incurrir en riesgo de confusión y/o de asociación.
3. **Comparación entre signos mixtos**

<sup>11</sup> Jorge Otamendi, DERECHO DE MARCAS, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Pág. 153.

- 3.1. Como la controversia radica en la confusión de signos mixtos, es necesario que la Sala consultante proceda a compararlos teniendo en cuenta que los de dicha naturaleza están conformados por un elemento denominativo y uno gráfico. El primero, representado por una o más palabras pronunciables, dotadas o no de un significado conceptual. El segundo, por trazos definidos o dibujos perceptibles visualmente, los cuales pueden adoptar varias formas como emblemas, logotipos, íconos, etc.
- 3.2. Si bien el elemento denominativo del signo mixto suele ser el preponderante, dado que las palabras impactan más en la mente del consumidor, puede suceder que el elemento predominante no sea este sino el elemento gráfico, ya sea que, por su tamaño, color, diseño y otras características puedan causar un mayor impacto en el consumidor, de acuerdo con las particularidades de cada caso.
- 3.3. En consecuencia, una vez que la Sala consultante haya determinado cuál es el elemento característico del signo mixto, deberá tener en cuenta las siguientes reglas para el cotejo entre los mismos:
- 3.3.1. **Si el elemento gráfico es el preponderante en un signo y en el otro no**, en principio no habría riesgo de confusión.
- 3.3.2. **Si el elemento gráfico es preponderante en los dos signos en conflicto**, debe tener en cuenta para la comparación de los signos figurativos, que en estos se pueden distinguir dos elementos:
- **El trazado**: son los trazos del dibujo que forman el signo.
  - **El concepto**: es la idea o concepto que el dibujo suscita en la mente de quien la observa.

El cotejo de dos signos figurativos deberá atender a la distinción de los elementos mencionados, pues la confusión bien puede presentarse en los trazos del dibujo o en el concepto que evocan, teniendo en cuenta en todo caso que la parte conceptual o ideológica suele prevalecer.

- 3.3.3. **Si el elemento denominativo es preponderante en los dos signos distintivos**. El cotejo deberá realizarse de conformidad con las siguientes reglas para el cotejo de signos denominativos:
- 3.3.3.1. **Se debe analizar cada signo en su conjunto; es decir, sin descomponer su unidad fonética**. Sin embargo, es importante tener en cuenta las letras, las sílabas o las palabras que poseen una función



diferenciadora en el conjunto, debido a que esto ayudaría a entender cómo el signo es percibido en el mercado.

3.3.3.2. **Se debe tener en cuenta la sílaba tónica de los signos a comparar**, ya que, si ocupa la misma posición, es idéntica o muy difícil de distinguir, la semejanza entre los signos podría ser evidente.

3.3.3.3. **Se debe observar el orden de las vocales**, toda vez que esto indica la sonoridad de la denominación.

3.3.3.4. **Se debe determinar el elemento que impacta de una manera más fuerte en la mente del consumidor**, pues esto mostraría cómo es captada la marca en el mercado.

3.4. Como el elemento denominativo en los signos compuestos generalmente está integrado por dos o más palabras, para realizar un adecuado cotejo se debe analizar el grado de relevancia de las palabras que los componen y, sobre todo, su incidencia en la distintividad del conjunto marcario, en cuya dirección son aplicables los siguientes parámetros:

3.4.1. **Ubicación de las palabras en el signo denominativo compuesto**. La primera palabra genera más poder de recordación en el público consumidor.

3.4.2. **Impacto en la mente del consumidor de conformidad con la extensión de la palabra**. Las palabras más cortas por lo general tienen mayor impacto en la mente del consumidor.

3.4.3. **Impacto en la mente del consumidor de conformidad con la sonoridad de la palabra**. Entre más fuerte sea la sonoridad de la palabra podría tener mayor impacto en la mente del consumidor.

3.4.4. **Analizar si la palabra es evocativa y su fuerte proximidad con los productos o servicios que ampara el signo**. Entre mayor sea la proximidad del signo evocativo con los productos o servicios que ampara, tendrá un mayor grado de debilidad. En este caso, la palabra débil no tendría relevancia en el conjunto.

3.4.5. **Analizar si la palabra es genérica, descriptiva o de uso común**. Las palabras genéricas, descriptivas o de uso común se deben excluir del cotejo de marcas.

o



- 3.4.6. **Analizar el grado de distintividad de la palabra teniendo en cuenta otros signos ya registrados.** Si la palabra que compone un signo es una marca notoriamente conocida, tendrá mayor relevancia. Si la palabra que compone un signo es el elemento estable en una marca derivada, o es el elemento que conforma una familia de marcas, tendrá mayor relevancia. Se debe analizar cualquier otra situación que le otorgue mayor distintividad, para de esta manera determinar la relevancia en el conjunto.
- 3.5. Se debe tener presente que el cotejo debe realizarse de conformidad con las reglas ya expuestas, con el fin de establecer el riesgo de confusión y/o de asociación que pudiera existir entre el signo mixto **MÁS WONG y logotipo** y el nombre comercial **MASS y logotipo**. Para su análisis, también se tomarán en cuenta las palabras que poseen una función diferenciadora en el conjunto, pues esto ayudará a entender cómo el signo es percibido en el mercado. Asimismo, se deberá establecer cuál es la palabra que genera más poder de recordación en el público consumidor.
4. **Conexión competitiva entre los servicios de las Clases 35 y 36 de la Clasificación Internacional de Niza.**
- 4.1. En la controversia planteada en el presente proceso, se advierte que el signo mixto solicitado MAS WONG y logotipo distingue servicios de la Clase 36 de la Clasificación Internacional de Niza, mientras que el nombre comercial no registrado base de la oposición MASS y logotipo distingue servicios de la Clase 35 de la antes referida clasificación internacional. Por lo tanto, es necesario que la Sala consultante proceda a realizar el análisis comparativo tomando en cuenta la posibilidad de conexión competitiva entre servicios pertenecientes a distintas clases.
- 4.2. Se debe tomar en cuenta que la inclusión de servicios en una misma clase no es determinante para efectos de establecer si existe similitud entre los servicios objeto del análisis, tal y como se indica en el segundo párrafo del Artículo 151 de la Decisión 864, v.gr., "(...) *Las clases de la Clasificación Internacional referida en el párrafo anterior no determinarán la similitud ni la disimilitud de los productos o servicios indicados expresamente*".
- 4.3. Se deberá matizar la regla de la especialidad y, en consecuencia, analizar el grado de vinculación o relación competitiva de los servicios amparados por los signos en conflicto, para que de esta forma se pueda establecer la posibilidad de error en el público consumidor; es decir, debe analizar la naturaleza o uso de los productos identificados por la marca, ya que la sola pertenencia de varios productos a una





misma clase no demuestra su semejanza, así como la ubicación de los productos en clases distintas tampoco prueba que sean diferentes.<sup>12</sup>

4.4. Para apreciar la conexión competitiva, entre productos o servicios, se suelen tomar en consideración, entre otros, los siguientes criterios:

a) **Si los productos o servicios pertenecen a una misma clase de la Clasificación Internacional de Niza**<sup>13</sup>

Sin embargo, es preciso recordar que la inclusión de productos o servicios en una misma clase no resulta determinante para efectos de establecer la similitud entre los productos o servicios objeto de análisis. En efecto, podría darse el caso de que los signos comparados distingan productos o servicios pertenecientes a categorías o subcategorías disímiles, aunque pertenecientes a una misma clase de la Clasificación Internacional de Niza.

b) **Los canales de aprovisionamiento, distribución y de comercialización, así como los medios de publicidad empleados para tales fines**<sup>14</sup>, la tecnología empleada, la finalidad o función, el mismo género, la misma naturaleza de los productos o servicios, la utilización de estos, entre otros indicios o criterios

Respecto del criterio relativo a los mismos canales de distribución, los grandes distribuidores no pueden ser tomados como referencia por cuanto disponen de una oferta muy variada. Es posible considerar la venta de productos dentro de tiendas especializadas en combinación con otros criterios.

Asimismo, si los productos se dirigen a destinatarios diferentes, como regla general, no existirá conexión competitiva. De igual manera, los canales de distribución independientes o diferentes indican la existencia de un know-how de fabricación diferente y, generalmente, de ausencia de similitud.

<sup>12</sup> Ver Interpretaciones Prejudiciales recaídas en los Procesos 472-IP-2015 y 473-IP-2015 de fecha 10 de junio de 2016.

<sup>13</sup> El Tribunal ha sostenido que, a fin de verificar la semejanza entre los productos en comparación, se deberá tomar en cuenta, en razón de la regla de la especialidad, la identificación de dichos productos en las solicitudes correspondientes y su ubicación en el nomenclátor. Véase, por ejemplo, Proceso 67-IP-2002 de 15 de noviembre de 2002, p. 8; Proceso 441-IP-2015 de 4 de febrero de 2016, pp. 12-13.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, interpretación prejudicial pronunciada dentro del Proceso 441-IP-2015, ya citada, pp. 12-13.



6

A  
man



c) **El grado de sustitución (o intercambiabilidad) o complementariedad de los productos.**<sup>15</sup>

En efecto, para analizar la conexión competitiva es pertinente tener en cuenta otros criterios como la intercambiabilidad, relativo al hecho de que los consumidores consideren que los productos son sustituibles entre sí para las mismas finalidades, o la complementariedad, relativo al hecho de que los consumidores juzguen que los productos deben utilizarse en conjunto, o que el uso de uno de ellos presupone el del otro, o que uno no puede utilizarse sin el otro.<sup>16</sup>

Respecto del criterio de sustituibilidad o intercambiabilidad, se debe tener en consideración que existe conexión competitiva cuando los productos o servicios en cuestión resultan sustitutos razonables para el consumidor; es decir, que este podría decidir adquirir uno u otro sin problema alguno. La sustitución se presenta claramente cuando un ligero incremento en el precio de un producto origina una mayor demanda en el otro<sup>17</sup>. Para apreciar la conexión competitiva, o sustitución, entre productos, se deberá tener en consideración los precios de dichos bienes, sus características, su finalidad, los canales de aprovisionamiento o de distribución o de comercialización, los medios de publicidad utilizados, etc.

- 4.5. Conforme los criterios señalados, de deberá determinar la existencia de conexión competitiva entre los servicios que distingue los signos en conflicto. Sin embargo, a objeto de verificar la conexidad entre los servicios amparados, resulta necesario precisar que habrá circunstancias en las que uno o dos criterios serán suficientes para establecer la conexión competitiva, tal es el caso de los productos que son sustituibles entre sí para las mismas finalidades y/o son complementarios. Dependiendo de la naturaleza de los productos o

<sup>15</sup> Esto es, tomando en cuenta las características, finalidad, similitudes de género y el precio de los productos o servicios.

<sup>16</sup> De modo referencial ver, Proceso 68-IP-2002, p. 28 (en el que se cita a FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. Fundamentos de Derecho de Marcas. Madrid, Editorial Montecorvo, 1984, pp. 242 y ss. Citado a su vez en: AAVV. *Testimonio Comunitario. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia*. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2004, p. 400.

<sup>17</sup> En lo que concierne a la sustitución de productos o servicios, se debe tener en cuenta lo señalado por Paul Krugman y Robin Wells (en *"INTRODUCCIÓN A LA ECONOMÍA. MICROECONOMÍA"*. [Versión española traducida por Sonia Benito Muela] Editorial Reverté S.A. - Barcelona, 2007, p. 247), en el sentido de que: *"El efecto sustitución de un cambio en el precio de un bien es la variación en la cantidad consumida de dicho bien como resultado de que el consumidor sustituye el bien que ya se ha vuelto más caro en términos relativos por el bien que se ha vuelto más barato en términos relativos"*. Es decir, al aumentar el precio de un bien, el consumidor sustituirá el consumo de este por otro que sea relativamente más barato, ocurriendo por tanto un efecto sustitución.

Véase: <<https://books.google.com.ec/books?id=ld8i68bW3eoC&pg=PA247&dq=microeconomia+efecto+sustitucion&hl=es&sa=X&ved=0ahUKewiQmbyUus3MAhXIIHR4KHRxZAXcQ6AEIJTAC#v=onepage&q=microeconomia%20efecto%20sustitucion&f=false>> (visitado el 9 de mayo de 2016).



0

A  
puc



servicios, en algunos casos un criterio, aisladamente considerado, no será suficiente para establecer la conexión competitiva, como ocurre por ejemplo con los productos o servicios que únicamente comparten los mismos medios de publicidad. Bajo este último supuesto, se requerirá la concurrencia de otros criterios para la consecución del propósito de establecer la conexión competitiva.<sup>18</sup>

- 4.6. En el caso concreto, se deberá determinar si existe conexión competitiva entre los servicios de la Clase 36 de la Clasificación Internacional correspondiente al signo **MAS WONG** y logotipo que pretende distinguir servicios de *"(...) seguros, negocios financieros, negocios monetarios, negocios inmobiliarios, servicios de tarjetas de crédito"*; y, en el caso del nombre comercial opositor no inscrito MASS y logotipo de la Clase 35 que distingue servicios de *"(...) minimarkets o tiendas de retail en general"*.

## 5. La familia de marcas

- 5.1. El Tribunal abordará el tema de la familia de marcas debido a que SUPERMERCADOS PERUANOS S. A. en su escrito de apelación argumenta que *"(...) la existencia de una Familia de Marcas conformada por el término "MASS" y de una línea de productos MASS que se comercializan en nuestras tiendas, incrementa el Riesgo de Confusión o, en todo caso, el Riesgo de Asociación entre los consumidores por la colocación en el mercado de la tarjeta "MÁS WONG", debido a que están dirigidos a los mismos consumidores que atiende o pretende atender CENCOSUD"*.
- 5.2. Al respecto, es importante tener presente que una familia de marcas es un conjunto de marcas que pertenecen a un mismo titular y poseen un rasgo distintivo común, mediante el cual el público consumidor las asocia entre sí y las relaciona con un mismo origen empresarial.<sup>19</sup>
- 5.3. En el Derecho de Marcas se admite en general la existencia de una pluralidad de marcas que posean un rasgo distintivo común. Si este elemento común figura al inicio de la denominación, será, por lo general, el elemento dominante. El elemento dominante común hará que todas las marcas que lo incluyan produzcan una impresión general común, toda vez que inducirá a los consumidores a asociarlas entre sí y a pensar que los productos a que se refieren participan de un origen común. Dado que el elemento dominante común obra como un indicador de pertenencia de la marca a una familia de marcas, es probable que el consumidor medio considere que el producto donde

<sup>18</sup> Ver Interpretaciones prejudiciales recaídas en los Procesos 472-IP-2015 y 473-IP-2015 de fecha 10 de junio de 2016.

<sup>19</sup> Ver a modo de referencia la Interpretación Prejudicial emitida en el Proceso 30-IP-2011, de fecha 18 de mayo del 2011, Marca: U.S. Polo ASSN SINCE 1890 (mixta).





figura el citado elemento común constituye objeto de una marca que pertenece a determinada familia de marcas, por lo que el registro de aquella, caso de corresponder a distinto titular, podría inducir a confusión.<sup>20</sup>

- 5.4. El fenómeno de la familia de marcas, se diferencia claramente de la marcas conformadas por una partícula de uso común, ya que éstas poseen un elemento de uso general, muchas veces necesario para identificar cierta clase de productos. Por tal razón, el titular de una marca que contenga una partícula de uso común no puede impedir que otros la usen en la conformación de otro signo distintivo; caso contrario sucede con la familia de marcas, cuyo titular sí puede impedir que el rasgo distintivo común pueda ser utilizado por otra persona, ya que este elemento distintivo identifica plenamente los productos que comercializa el titular del conjunto de marcas y, además, genera en el consumidor la impresión de que tienen un origen común.
- 5.5. La Sala consultante al resolver el recurso de apelación interpuesto deberá verificar si el nombre comercial no inscrito MASS y logotipo, base de la oposición al registro solicitado, pertenece o no a una familia de marcas y en consecuencia si esto incrementa los riesgos de confusión o asociación entre los signos en conflicto.
- 5.6. En relación con lo anterior, la Sala consultante deberá observar si se está en frente de una familia de marcas o de una partícula de uso común, para así verificar si se determinó correctamente el posible riesgo de confusión en el público consumidor.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada en su integridad por la Sala consultante al resolver el proceso interno 6718-2013, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

La presente interpretación prejudicial se firma por los Magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal.



Cecilia Luisa Ayllón Quinteros  
**MAGISTRADA**



Martha Rueda Merchán  
**MAGISTRADA**

<sup>20</sup> Ver a modo de referencia el Proceso 96-IP-2002. Interpretación Prejudicial de 25 de marzo de 2003, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 912 del 25 de marzo de 2003.



Hernán Romero Zambrano  
**MAGISTRADO**



Hugo Ramiro Gómez Apac  
**MAGISTRADO**

De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente Interpretación Prejudicial el Presidente y el Secretario.



Dr. Hernán Romero Zambrano  
**PRESIDENTE**



Dr. Gustavo García Brito  
**SECRETARIO**

Notifíquese a la Entidad Consultante y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.