



SUMARIO

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Pág.

Proceso 155-IP-2007.- Interpretación Prejudicial de los artículos 81 y 83 literales a) y d) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y, de oficio, de los artículos 82 literal e), 83 literales b) y e), y 84 de la misma normativa, con fundamento en la consulta formulada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Expediente Interno N° 1786-2006. Actor: Sociedad INTEL CORPORATION. Marca denominativa "INTELBRAS"	1
Proceso 190-IP-2007.- Interpretación Prejudicial del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y, de oficio, de los artículos 72, 73, 75, 76, 77 y 82 de la misma normativa; así como, los artículos 2, 7, 8, 12, 14 y 15 de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina, con fundamento en la consulta solicitada por el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla, Departamento del Atlántico de la República de Colombia. Expediente Interno N° 2004-00169-00. Actor: Sociedad DISWAFER LTDA. Caso: "Pago Arancel"	22
Proceso 192-IP-2007.- Interpretación Prejudicial del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y, de oficio, de los artículos 72, 73, 75, 76, 77 y 82 de la misma normativa; así como, los artículos 2, 7, 8, 12, 14 y 15 de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina, con fundamento en la consulta solicitada por el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla, Departamento del Atlántico de la República de Colombia. Expediente Interno N° 2004-00215-00. Actor: Sociedad DISWAFER LTDA. Caso: "Pago Arancel"	37

PROCESO 155-IP-2007

Interpretación prejudicial de los artículos 81 y 83 literales a) y d) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y, de oficio, de los artículos 82 literal e), 83 literales b) y e), y 84 de la misma normativa; con fundamento en la consulta formulada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Expediente Interno N° 1786-2006. Actor: Sociedad INTEL CORPORATION. Marca denominativa "INTELBRAS".

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en Quito, a los diez y nueve días del mes de febrero del año dos mil ocho, procede a resolver la solicitud de Interpretación Prejudicial formulada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

VISTOS:

Que la solicitud de interpretación prejudicial y sus anexos cumplen con los requisitos comprendidos en el artículo 125 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como con las exigencias del artículo 33 del

Tratado de Creación, por lo que su admisión a trámite fue considerada procedente en el auto emitido el 10 de enero de 2008.

II. LAS PARTES.

Demandante: Sociedad INTEL CORPORATION.

Demandados: - INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI.

- PROCURADOR PÚBLICO A CARGO DE LOS ASUNTOS DEL MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO, INTEGRACIÓN Y NEGOCIOS COMERCIALES INTERNACIONALES.

Tercero interesado: Sociedad INTELBRAS S.A.

II. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para interpretar por la vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

III. DATOS RELEVANTES.

A. HECHOS

Entre los principales hechos, algunos recogidos de los narrados en la demanda y otros de la solicitud de interpretación prejudicial y de los antecedentes administrativos de los actos acusados, se encuentran los siguientes:

1. La sociedad **INTELBRAS S.A.**, el 29 de mayo de 1996 solicitó ante la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI, el registro como marca del signo denominativo **INTELBRAS**. El trámite se surtió bajo el expediente N° 9611810.
2. La sociedad **INTEL CORPORATION** formuló observaciones a la solicitud de registro del signo denominativo **INTELBRAS**, con base en los siguientes signos distintivos:

- Marca mixta **INTEL INSIDE**, registrada en Perú bajo el Certificado N° 95791, para amparar productos de la clase 9 de la Clasificación Internacional de Niza. La representación gráfica del signo es la siguiente:



- Marca mixta **INTEL PROSHARE**, registrada en Perú bajo el Certificado N° 19917, para amparar productos de la clase 9 de la Clasificación Internacional de Niza. La representación gráfica del signo es la siguiente:



- Marca mixta **INTEL LANDESK TECHNOLOGY**, registrada en Perú bajo el Certificado N° 22285, para amparar productos de la clase 9 de la Clasificación Internacional de Niza. La representación gráfica del signo es la siguiente:





- Nombre comercial **INTEL** en cabeza de la sociedad **INTEL CORPORATION**.

3. Mediante Resolución N° 16608-96/INDECOPI/OSD, de 19 de diciembre de 1996, la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI declaró infundada la observación formulada y otorgó el registro del signo solicitado.
4. La sociedad **INTEL CORPORATION**, el 10 de febrero de 1997, interpuso recurso de reconsideración contra el anterior acto administrativo.
5. Mediante Resolución N° 14499-97/TPI-INDECOPI/OSD, de 23 de octubre de 1997, la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI declaró improcedente el recurso interpuesto.
6. La sociedad **INTEL CORPORATION**, el 19 de noviembre de 1997 interpuso recurso de apelación contra el anterior acto administrativo.
7. Mediante Resolución N° 1253-2000/TPI-INDECOPI, de 27 de octubre de 2000, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI resolvió el recurso de apelación, confirmando la Resolución recurrida.
8. La sociedad **INTEL CORPORATION**, ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Perú, presentó demanda contencioso administrativa contra el anterior acto administrativo.
9. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, mediante sentencia de 23 de marzo de 2006, declaró fundada la demanda interpuesta.
10. El **INDECOPI** interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO CONTENIDOS EN LA DEMANDA.

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

1. El signo solicitado reproduce la partícula **INTEL**, pudiendo generar así en el público consumidor error en cuanto al origen empresarial de los productos identificados por los signos en conflicto.

2. El signo solicitado es confundible con el nombre comercial **INTEL CORPORATION**.

3. La marca denominativa **INTEL** es notoriamente conocida a nivel internacional.

C. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1. Por parte del INDECOPI

- a. Los signos en conflicto no son confundibles entre sí. La relevancia de los elementos figurativos de los signos registrados hacen que no se de dicha confundibilidad. Además, el aspecto denominativo difiere en el nivel gráfico y fonético.
- b. La partícula **INTE** es de uso común dentro de la clase 9 de la Clasificación Internacional de Niza.
- c. La sociedad actora confunde la denominación social con el nombre comercial.
- d. Las pruebas aportadas no demuestran que la marca **INTEL** sea notoriamente conocida en Perú.

2. Por parte de la sociedad INTELBRAS S.A., tercera interesada en las resultas del proceso

- a. Los signos en conflicto no son confundibles en su parte denominativa.
- b. No se puede proteger un nombre comercial que no se usa en el Perú. Lo anterior de conformidad con el artículo 8 del Convenio de París.
- c. La partícula **INTEL** es comúnmente utilizada en la clase 9 de la Clasificación Internacional de Niza.
- d. Las pruebas aportadas no demuestran que la marca **INTEL** sea notoriamente conocida en Perú.

IV. NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO A SER INTERPRETADAS.

Las normas cuya interpretación se solicita y que serán objeto de interpretación son los artículos 81 y 83 literales a) y d) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.



De oficio se interpretarán los artículos 82 literal e), 83 literales b) y e) y, 84 de la mencionada Decisión.

A continuación se inserta el texto de las normas a ser interpretadas:

DECISIÓN 344

(...)

Artículo 81

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

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

Artículo 82

“No podrán registrarse como marcas los signos que:

(...)

e) Consistan exclusivamente en un signo o indicación que, en el lenguaje corriente o en el uso comercial del país, sea una designación común o usual de los productos o servicios de que se trate”;

(...)

Artículo 83

“Asimismo, no podrán registrarse como marcas aquellos signos que, en relación con derechos de terceros, presenten algunos de los siguientes impedimentos:

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

b) Sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, de acuerdo con las legislaciones internas de los Países Miembros, siempre que dadas las circunstancias pudiere inducirse al público a error:

(...)

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

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

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

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

(...)

Artículo 84

“Para determinar si una marca es notoriamente conocida, se tendrá en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

a) La extensión de su conocimiento entre el público consumidor como signo distintivo de los productos o servicios para los que fue acordada;

b) La intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción de la marca;

c) La antigüedad de la marca y su uso constante;



d) *El análisis de producción y mercadeo de los productos que distingue la marca*".

(...)

VI. CONSIDERACIONES.

Procede el Tribunal a realizar la interpretación prejudicial solicitada, para lo cual se analizarán los siguientes aspectos:

- A. Requisitos para el registro de las marcas. La irregistrabilidad de signos por identidad o similitud y las reglas para el cotejo marcario.
- B. Confusión directa e indirecta.
- C. Comparación entre marcas denominativas.
- D. Comparación entre marcas denominativas y mixtas.
- E. Ámbito de aplicación del nombre comercial. Su diferencia con la denominación social.
- F. Comparación entre una marca denominativa y un nombre comercial denominativo.
- G. La marca notoriamente conocida y la prueba de su notoriedad. La marca notoriamente conocida en un País diferente de aquel en que se solicita la protección.
- H. Partículas de uso común en la conformación de signos marcarios.
- I. Familia de marcas.
- J. Prevalencia de la norma comunitaria andina.

A. REQUISITOS PARA EL REGISTRO DE LAS MARCAS. LA IRREGISTRABILIDAD DE SIGNOS POR IDENTIDAD O SIMILITUD Y LAS REGLAS PARA EL COTEJO MARCARIO.

En el proceso interno se discute la irregistrabilidad del signo denominativo **INTELBRAS**, ya que se afirma que es confundible con las marcas mixtas **INTEL INSIDE**, **INTEL LANDESK TECHNOLOGY** e **INTEL PROSHARE**, así como con la marca denominativa **INTEL**. Por tal motivo, es pertinente referirse a los requisitos para el registro de marcas, la irregistrabilidad de signos por identidad o similitud y las reglas para el cotejo marcario.

Antes de establecer los requisitos para el registro de las marcas, es pertinente referirse al concepto de marca y sus funciones.

La Normativa Comunitaria Andina protege el interés del titular marcario, otorgándole un derecho de uso exclusivo sobre el signo distintivo y a la vez precautela el derecho de los consumidores, evitando que sean engañados o que incurran en confusión sobre el origen empresarial, la calidad, condiciones, etc., de los productos o servicios.

La marca se define como un bien inmaterial que permite identificar o distinguir los diversos productos y servicios que se ofertan en el mercado. Marco Matías Alemán expresa que las marcas son:

"(...) signos utilizados por los empresarios en la identificación de sus productos o servicios, a través de los cuales busca su diferenciación e individualización de los restantes empresarios que se dediquen a actividades afines".¹

El tema de las funciones que cumple la marca ha sido propuesto por la doctrina así:

*"La primera función de las marcas y la más importante es la **función indicadora de la procedencia empresarial** de los productos que la incorporan (...).*

(...)

*La segunda función que cumplen las marcas es la **función indicadora de la calidad** (...).*

(...)

*La tercera función de las marcas es la **función condensadora del goodwill** (...).*

(...)

*La cuarta y más controvertida función de las marcas es la **función publicitaria**, la cual presenta dos vertientes: información de los consumidores y persuasión. En relación con*

¹ **ALEMAN Marco Matías.** "NORMATIVIDAD SUBREGIONAL SOBRE MARCAS DE PRODUCTOS Y SERVICIOS". Editado por Top Management International. Colombia. Pág. 73.



la primera de ellas, los empresarios utilizan las marcas con el fin de que los consumidores las asocien con una información lo más completa y precisa posible sobre los precios, el origen, la calidad y las características de sus respectivos productos. Por esta vía los empresarios consiguen atraer a los consumidores a través de una publicidad informativa y sugestiva (...).²

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha tratado el tema de las funciones de la marca en varias de sus providencias, así:

“Las marcas como medio de protección al consumidor, cumplen varias funciones (distintiva, de identificación de origen de los bienes y servicios, de garantía de calidad, función publicitaria, competitiva, etc.). De ellas y, para el tema a que se refiere este punto, la destacable es la función distintiva, que permite al consumidor identificar los productos o servicios de una empresa de los de otras. Las restantes funciones, se ha dicho, se encuentran subordinadas a la capacidad distintiva del signo, pues sin ésta no existiría el signo marcario”. (Proceso N° 04-IP-95. Interpretación Prejudicial de 15 de diciembre de 1996, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 253, de 07 de marzo de 1997).

Respecto de la función publicitaria ha dicho lo siguiente:

“Estas precisiones permiten determinar que la marca cumple un papel esencial como es el de ser informativa, respecto a la procedencia del producto o del servicio al que representa, función publicitaria que es percibida por el público y los medios comerciales, pudiéndose no obstante causar engaño o confusión por falsas apreciaciones respecto de los productos o servicios protegidos”. (Proceso 63-IP-2004. Interpretación Prejudicial de 28 de julio de 2004, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1112, de 06 de septiembre de 2004).

Todo lo anterior, el Tribunal lo ha integrado de la siguiente forma:

“(...) función de identificación: (...) la verdadera y única función esencial de la marca es distinguir un producto o servicio, de otros. Si bien el saber quién es el fabricante del producto será para muchos un factor esencial para efectuar su elección, este dato lo encontrará fuera de la marca que distingue el producto. La marca permite la distinción entre productos o servicios de una misma especie. Si el signo en cuestión no es apto para distinguir un producto o un servicio de otros, entonces no podrá ser marca en los términos señalados. (OTAMENDI, Jorge. ‘DERECHO DE MARCAS’. Cuarta Edición. Ed. Lexis Nexis. Abeledo - Perrot. Buenos Aires. 2002).

A la marca se le atribuye también la función de indicar el origen de las mercancías, y una función de garantía; a través de la primera, la marca permite al consumidor atribuirle un mismo origen empresarial al producto, y por medio de la segunda, la marca le ‘garantiza’ al consumidor que todos los productos que él adquiere con la marca tienen calidad uniforme, esto significa que quien vuelve a adquirir un producto o a solicitar la prestación de un servicio lo hace porque desea encontrar la misma o mejor calidad, que el producto o que el servicio tenía cuando lo adquirió con anterioridad.

Por último la marca cumple una función de publicidad, a través de la cual el titular de la marca promociona el producto que la identifica”. (Proceso 15-IP-2003. Interpretación Prejudicial de 12 de marzo de 2003, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 916, de 2 de abril de 2003).

El artículo 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena establece que los requisitos para el registro de marcas son: La distintividad, la perceptibilidad y la susceptibilidad de representación gráfica.

1. La distintividad.

La distintividad es la capacidad intrínseca y extrínseca que debe tener el signo a fin de que pueda diferenciar unos productos o servicios de otros. Es el requisito principal que debe reunir todo signo para ser registrado como marca y hace posible identificar unos productos o servicios de otros que se encuentran en el mercado;

² LLOBREGAT HURTADO, María Luisa, “TEMAS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL”, Ediciones La Ley. Págs. 48, 49 y 50. Madrid, España, 2002.



el carácter distintivo de la marca le permite al consumidor realizar la elección de los bienes que desea adquirir, pues el signo marcario le da a la mercadería su individualidad y posibilita que un producto sea reconocido de entre otros similares que se ofertan en el mercado por sus competidores.

En este sentido se precisa que el carácter distintivo:

“(...) viene impuesto por la propia naturaleza y función esencial de la marca. Así, si la marca es un signo que tiene como función distinguir los propios productos y servicios de los de la competencia, un signo que no fuera capaz de cumplir esta misión, nunca podría constituirse en marca, ya que no es apto para cumplir la función esencial que el ordenamiento jurídico prevé para las marcas”.³

La marca sirve como medio de diferenciación de los productos o servicios para los que se ha registrado, haciendo viable que el consumidor los distinga e individualice; esto le ayuda a realizar una adecuada e informada elección de los bienes y servicios que desea adquirir, y tal elección depende de ciertas características que se encuentran en productos o servicios identificados con determinadas marcas, lo que motiva a que el consumidor prefiera cierta marca y reitere la elección de los bienes identificados con ella.

2. La perceptibilidad.

La marca es un bien de naturaleza inmaterial y para poder ser captado por alguno de los sentidos debe necesariamente exteriorizarse o adquirir forma material por medio del empleo de toda clase de elementos que transformen lo inmaterial o abstracto en algo identificable por los sentidos.

Únicamente un signo que es perceptible es apto para constituir marca, ya que deja en quien lo observa una imagen o impresión que permite distinguir o identificar a un determinado producto.

La Jurisprudencia del Tribunal al respecto ha expresado que:

³ **BARRERO CHECA, José Luis y otros**, “COMENTARIOS A LA LEY Y AL REGLAMENTO DE MARCAS”. Thomson Civitas. Pág. 136. Madrid, España. 2003.

“La perceptibilidad, precisamente, hace referencia a todo elemento, signo o indicación que pueda ser captado por los sentidos para que, por medio de éstos, la marca penetre en la mente del público, el cual la asimila con facilidad. Por cuanto para la percepción sensorial o externa de los signos se utiliza en forma más general el sentido de la vista, han venido caracterizándose preferentemente aquellos elementos que hagan referencia a una denominación, a un conjunto de palabras, a una figura, a un dibujo, o a un conjunto de dibujos”. (Proceso N° 132-IP-2004. Interpretación Prejudicial de 27 de octubre de 2004, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1146, de 1 de diciembre de 2004).

Carlos Fernández Novoa respecto de la perceptibilidad expone la siguiente idea:

“El signo marcario es una realidad intangible; para que los demás perciban el signo, es preciso que éste adquiera forma sensible: que se materialice en un envase o en el propio producto, o bien en las correspondientes expresiones publicitarias”.⁴

3. La susceptibilidad de representación gráfica.

Este requisito exige que un signo para ser registrable debe tener la posibilidad de ser expresado o descrito mediante palabras, gráficos, signos, colores, figuras etc., de tal manera que sus componentes puedan ser apreciados por quien lo observe. Esta característica es importante a efectos de la publicación de las solicitudes de registro en los medios oficiales o Gacetas de Propiedad Industrial.

En conclusión, para acceder al registro marcario, el signo solicitado debe cumplir con los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica exigido por el artículo 81 de la Decisión 344. La ley comunitaria exige además que el signo solicitado no se encuadre en ninguna de las causales de irregistrabilidad contempladas en los artículos 82 y 83 de la mencionada Decisión.

⁴ **FERNANDEZ Novoa Carlos**. “FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE MARCAS”. Editorial Montecorvo S.A. 1984. Págs. 21 y SS.



El Juez Consultante debe proceder a analizar, en primer lugar, si el signo registrado cumple con los requisitos del referido artículo 81, y determinar luego, si el signo encaja o no dentro de alguna de las causales de irregistrabilidad señaladas en la normativa comunitaria.

Irregistrabilidad de signos por identidad o similitud.

En relación con los tres requisitos enunciados, el requisito de distintividad es fundamental, ya que dentro de las causales de irregistrabilidad alegadas por la demandante se encuentra una relacionada específicamente con dicho requisito, tal como sucede con el literal a) del artículo 83 de la Decisión 344.

Dicha causal consiste en que no son susceptibles de ser registrados como marcas los signos que en relación con el derecho de terceros sean idénticos o similares a otros antes registrados o previamente solicitados, que identifique los mismos productos o servicios, o productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error.

Los signos que aspiren a ser registrados como marcas deben ser suficientemente distintivos y, en consecuencia, no deben generar confusión con otras marcas debidamente inscritas que gozan de la protección legal concedida a través del registro y del derecho que de él se desprende, consistente en hacer uso de ellas con exclusividad.

Según la Normativa Comunitaria Andina no es registrable un signo confundible ya que no posee fuerza distintiva y de permitirse su registro se atentaría contra el interés del titular de la marca anteriormente registrada y el de los consumidores. La prohibición de registro de signos confundibles contribuye a que el mercado de productos y servicios se desarrolle con transparencia, para que el consumidor no sea objeto de ser inducido en error al realizar la elección de los productos que desea adquirir.

Cabe destacar que tanto la identidad como la semejanza de los signos constituyen el fundamento de la prohibición de registro, en la medida en que sean de tal naturaleza que determinen la posibilidad del riesgo de confusión.

Es importante advertir que es de competencia del examinador observar y establecer de acuer-

do a criterios doctrinarios y jurisprudenciales, si entre los signos que se confrontan y los productos o servicios que ampara existe identidad o semejanza, para 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 la calificación de distintivo o de no distintivo que merezca el signo examinado y, por consiguiente, su aptitud o ineptitud para el registro.

Reglas para el cotejo marcario.

Por lo anteriormente expuesto, para establecer la similitud entre dos signos marcarios la Autoridad Nacional que corresponda deberá proceder al cotejo de los signos en conflicto, para luego determinar si existe o no riesgo de confusión, considerando para ello las reglas doctrinarias establecidas a ese propósito.

En reiteradas sentencias este Tribunal ha manifestado que al momento de realizar la comparación entre dos signos el examinador debe tomar en cuenta los criterios que, elaborados por la doctrina⁵, han sido acogidos por la jurisprudencia de este Órgano, y que son del siguiente tenor:

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

Las reglas recomendadas por la doctrina para el cotejo de todo tipo de marcas sugieren que la comparación debe efectuarse sin descomponer los elementos que conforman el conjunto marcario, es decir, que se debe hacer una visión de conjunto de los signos en conflicto con la finalidad de no destruir su unidad ortográfica, auditiva e ideológica.

⁵ **BREUER MORENO, Pedro.** “TRATADO DE MARCAS DE FABRICA Y DE COMERCIO”; Buenos Aires, Editorial Robis, pp. 351 y ss.



En la comparación marcaria debe emplearse el método del cotejo sucesivo, ya que no es procedente realizar un análisis simultáneo dado que el consumidor no observa al mismo tiempo las marcas sino que lo hace en una forma individualizada. A efectos de determinar la similitud general entre dos marcas no se observan los elementos diferentes existentes en ellas, sino que se debe enfatizar en señalar cuáles son sus semejanzas, pues es allí donde mayormente se percibe el riesgo de que se genere confusión.

B. CONFUSIÓN DIRECTA E INDIRECTA.

Una vez abordado el tema de la irregistrabilidad de signos por identidad o similitud, es conveniente complementarlo ahondando en las formas en que puede presentarse la confusión entre signos.

La confusión puede darse de dos maneras:

1. **De forma directa:** se presenta cuando el consumidor adquiere un producto asumiendo que está comprando otro.
2. **De forma indirecta:** se presenta cuando de manera errada el consumidor le otorga al producto o servicio que adquiere un origen empresarial distinto al que tiene en realidad.

Esta segunda forma de confusión requiere de un análisis minucioso por parte de la oficina de registro marcario y del juez nacional, en su caso, ya que puede provocar distorsión en el posicionamiento de un producto determinado en el mercado.

C. COMPARACIÓN ENTRE MARCAS DENOMINATIVAS.

Como quiera que en el proceso interno se realice la comparación entre los signos denominativos **INTELBRAS** e **INTEL**, es necesario abordar el tema de la comparación entre marcas denominativas.

Las marcas denominativas se conforman por una o más letras, números, palabras que forman un todo pronunciable, dotado o no de significado conceptual; las palabras pueden provenir del idioma español o de uno extranjero, como de la inventiva de su creador, es decir, de la fantasía; cabe indicar que la denominación permite al consumidor solicitar el producto o servicio a

través de la palabra, que impacta y permanece en la mente del consumidor.

Fernández Novoa ofrece al respecto los siguientes criterios, elaborados en torno a la comparación de marcas denominativas:

“(...) ha de ser realizada una visión de conjunto o sintética, operando con la totalidad de los elementos integrantes, sin descomponer su unidad fonética y gráfica en fonemas o voces parciales, teniendo en cuenta, por lo tanto, en el juicio comparativo la totalidad de las sílabas y letras que forman los vocablos de las marcas en pugna, sin perjuicio de destacar aquellos elementos dotados de especial eficacia caracterizante, atribuyendo menos valor a los que ofrezcan atenuada función diferenciadora.

(...) han de considerarse semejantes las marcas comparadas cuando la sílaba tónica de las mismas ocupa la misma posición y es idéntica o muy difícil de distinguir.

(...) la sucesión de las vocales en el mismo orden habla a favor de la semejanza de las marcas comparadas porque la sucesión de vocales asume una importancia decisiva para fijar la sonoridad de una denominación.

(...) en el análisis de las marcas denominativas hay que tratar de encontrar la dimensión más característica de las denominaciones confrontadas: la dimensión que con mayor fuerza y profundidad penetra en la mente del consumidor y determina, por lo mismo, la impresión general que la denominación va a suscitar en los consumidores”.⁶

De conformidad con lo anterior, la Oficina de Registro Marcario o el Juez Nacional Competente, en su caso, deben establecer el riesgo de confusión que pudiera existir entre los signos denominativos **INTELBRAS** e **INTEL**, aplicando los criterios desarrollados por la doctrina y adoptados por este Tribunal.

D. COMPARACIÓN ENTRE MARCAS DENOMINATIVAS Y MIXTAS.

En atención a que en el proceso interno se hace una comparación entre el signo denominativo

⁶ FERNANDEZ Novoa, Carlos. Ob. Cit. Págs. 199 y SS.



INTELBRAS y las marcas mixtas **INTEL INSIDE**, **INTEL LANDESK TECHNOLOGY** e **INTEL PROSHARE**, se hace necesario abordar el tema de la comparación entre marcas denominativas y mixtas.

La marca mixta se conforma por un elemento denominativo y uno gráfico; el primero se compone de una o más palabras, letras, números que forman un todo pronunciable dotado o no de un significado conceptual y el segundo contiene trazos definidos o dibujos que son percibidos a través de la vista. Los dibujos pueden adoptar gran cantidad de variantes y llamarse de diferentes formas: emblemas⁷, logotipos⁸, íconos, etc.

Al tratar el tema de la marca mixta la doctrina y la jurisprudencia han manifestado que, por lo general, el elemento denominativo de la marca mixta suele ser el preponderante, ya que las palabras causan gran impacto en la mente del consumidor, quien por lo general solicita el producto o servicio a través de la palabra o denominación contenida en el conjunto marcario. Sin embargo, cada caso tiene sus particularidades debido a las características propias del conjunto marcario, por ello puede ocurrir que el elemento predominante sea el elemento gráfico, que por su tamaño, color, diseño y otras características puede causar mayor impacto en el consumidor.

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha hecho las siguientes consideraciones en el tema:

“La marca mixta es una unidad, en la cual se ha solicitado el registro del elemento nominativo como el gráfico, como uno solo. Cuando se otorga el registro de la marca mixta se la protege en su integridad y no a sus elementos por separado. (Proceso 55-IP-2002, pu-

blicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 821 del 1 de agosto de 2002, diseño industrial: BURBUJA videos 2000). Igualmente el Tribunal ha reiterado: ‘La doctrina se ha inclinado a considerar que, en general, el elemento denominativo de la marca mixta suele ser el más característico o determinante, teniendo en cuenta la fuerza expresiva propia de las palabras, las que por definición son pronunciables, lo que no obsta para que en algunos casos se le reconozca prioridad al elemento gráfico, teniendo en cuenta su tamaño, color y colocación, que en un momento dado pueden ser definitivos. El elemento gráfico suele ser de mayor importancia cuando es figurativo o evocador de conceptos, que cuando consiste simplemente en un dibujo abstracto. (Proceso 26-IP-98, Interpretación prejudicial publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 410 de 24 de febrero de 1999)”. (Proceso N° 129-IP-2004. Interpretación Prejudicial de 17 de noviembre de 2004, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1158, de 17 de enero de 2005).

Al comparar una marca mixta y una denominativa se debe distinguir el elemento característico o determinante de la primera que, por lo general, es la parte denominativa, aunque en muchas ocasiones el elemento gráfico es el predominante.

De manera que si el elemento predominante es el denominativo, el cotejo entre signos deberá realizarse siguiendo las reglas de la comparación entre signos denominativos.

Pero si resultare que el elemento característico de la marca mixta es el gráfico, en principio, no existirá riesgo de confusión con la marca denominativa.

En este orden de ideas, la Oficina de Registro Marcario o el Juez Nacional Competente, aplicando el anterior criterio, debe establecer el riesgo de confusión que pudiera existir entre el signo denominativo **INTELBRAS** y las marcas mixtas **INTEL INSIDE**, **INTEL LANDESK TECHNOLOGY** e **INTEL PROSHARE**, analizando si existen semejanzas suficientes capaces de inducir al público a error, o si resultan tan disímiles que pueden coexistir en el mercado sin generar perjuicio a los consumidores y al titular de la marca; asimismo, debe verificar si existe se-

⁷ “El emblema es una variante, una especie de dibujo, El emblema representa gráficamente cualquier ser u objeto, y desde luego puede ser registrado como marca”. **OTAMENDI, Jorge**. “DERECHO DE MARCAS”, Editorial Lexis Nexis, Abeledo – Perrot, pág. 33, Buenos Aires Argentina, 2002.

⁸ Por logotipo en el mundo del mercadeo y de los negocios se entiende lo siguiente; “El **logotipo** es un gráfico que le sirve a una entidad o un grupo de personas para representarse. Los logotipos suelen encerrar indicios y símbolos acerca de quienes representan”. Wikipedia, la enciclopedia libre. <http://es.wikipedia.org/wiki/Logotipo>.



mejanza o identidad entre los servicios que ampara.

E. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL NOMBRE COMERCIAL. SU DIFERENCIA CON LA DENOMINACIÓN SOCIAL.

La sociedad demandante en su escrito de demanda argumentó que el signo solicitado es confundible con su nombre comercial. Por tal motivo se hace necesario abordar la protección del nombre comercial en el régimen de la Decisión 344.

La Decisión 344 no define qué es el nombre comercial. De todas maneras las siguientes características delimitaran en concepto de nombre comercial:

- El objetivo del nombre comercial es diferenciar la actividad empresarial de un comerciante determinado.
- Un comerciante puede utilizar más de un nombre comercial, es decir, identificar sus diferentes actividades comerciales con diferentes nombres comerciales.
- El nombre comercial es independiente de la razón social de la persona jurídica, pudiendo coincidir con ella. La razón o denominación social es única, mientras que un comerciante puede tener un nombre comercial o muchos, pudiendo coincidir o no con la razón o denominación social. La razón social da cuenta de la naturaleza y la existencia del comerciante en virtud a la inscripción en los diferentes libros o registros mercantiles, mientras que el nombre comercial, como se verá más adelante se adquiere con su primer uso.

La Decisión 344 consagra un sistema de protección del nombre comercial soportado en el literal b) del artículo 83 y en el artículo 128.

De conformidad con estas normas, la protección del nombre comercial bajo el régimen de la Decisión 344 goza de las siguientes características:

1. El derecho sobre el nombre comercial se genera con su uso. Lo anterior quiere decir que el depósito del nombre comercial en la oficina nacional competente no es constitutivo de derechos sobre el mismo.

2. De lo anterior se deriva que quien alegue derechos sobre un nombre comercial deberá probar su uso real y efectivo. El Tribunal de Justicia en anteriores Interpretaciones Prejudiciales ha determinado qué se entiende por el uso real y efectivo de un nombre comercial, así como los parámetros de su prueba, de la siguiente manera:

“El Tribunal se ha pronunciado, sobre la protección del nombre comercial que cabe derivar de su uso previo, en los términos siguientes: Por tanto, la obligación de acreditar un uso efectivo del nombre comercial, se sustenta en la necesidad de fundamentar la existencia y el derecho de protección del nombre en algún hecho concreto, sin el cual no existiría ninguna seguridad jurídica para los competidores (...) de manera que la protección otorgada al nombre comercial se encuentra supeditada a su uso real y efectivo con relación al establecimiento o a la actividad económica que distinga, ya que es el uso lo que permite que se consolide como tal y mantenga su derecho de exclusividad. Cabe precisar adicionalmente que el hecho de que un nombre comercial se encuentre registrado no lo libera de la exigencia de uso para mantener su vigencia (...) las pruebas dirigidas a demostrar el uso del nombre comercial deben servir para acreditar la identificación efectiva de dicho nombre con las actividades económicas para las cuales se pretende el registro”. (Proceso 45-IP-98. Interpretación Prejudicial de 31 de mayo de 2000, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 581, de 12 de julio de 2000).

“Y en relación con la prueba del citado uso previo, el Tribunal ha precisado que corresponderá a quien alegue la existencia, la prioridad, o a quien ejercite el derecho de observación o el planteamiento de la nulidad de la marca, el probar, por los medios procesales al alcance de la justicia nacional, que el nombre ha venido siendo utilizado con anterioridad al registro de la marca en el País donde solicita la protección y que ese uso reúne los caracteres y condiciones anotados. La simple alegación del uso no habilita al poseedor del nombre comercial para hacer prevalecer sus derechos. La facilidad de determinar el



uso puede provenir de un sistema de registro o de depósito que sin ser esenciales para la protección, proporcionan por lo menos un principio de prueba en favor del usuario (...) para ser oponible exitosamente ante una marca solicitada o registrada como lo dispone el artículo 83, literal b), [el nombre comercial] debe haber sido usado con anterioridad a la solicitud de la marca, en aplicación del principio de la prioridad que rigurosamente debe regir. Si la utilización personal, continua, real, efectiva y pública del nombre comercial ha sido posterior a la concesión de los derechos marcarios, éstos tendrán prevalencia sobre el uso del nombre comercial'. (Sentencia dictada en el expediente N° 03-IP-98, de fecha 11 de marzo de 1998, publicada en la G.O.A.C. N° 338, de 11 de 1998)". (Proceso 226-IP-2005. Interpretación Prejudicial de 6 de febrero de 2006, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1330, de 21 de abril de 2006).

3. Que quien alegue y pruebe el uso real y efectivo de un nombre comercial con anterioridad a la solicitud de registro de un signo idéntico o similar, podrá oponerse a dicha solicitud si su registro pudiera inducir al público consumidor a error.
4. Si la legislación nacional contempla un sistema de registro de nombres comerciales se aplicarán las normas pertinentes del Capítulo de Marcas de la Decisión 344.

Se advierte que no todas las Secciones contenidas en el capítulo 5 de la Decisión 344, "De las marcas", están relacionadas con el sistema de registro y, en consecuencia, no son aplicables al registro de nombres comerciales. Es decir, las Secciones denominadas "De las licencias y transferencias de las marcas", "De los lemas comerciales" y "De las marcas colectivas", no están relacionados con el sistema de registro y, en consecuencia, no son aplicables al sistema de registro de un nombre comercial.

Las otras Secciones, aunque estén relacionadas con el sistema de registro, contienen normas que no son aplicables al registro de nombres comerciales, tal y como es el caso de los artículos 102 y 103 contenidos en la

Sección "De los derechos conferidos por la marca", y de las normas contenidas en la Sección "De la cancelación del registro marcario".

Por tal motivo la Oficina Nacional o el Juez Competente, en su caso, deberán establecer si las normas contenidas en las otras Secciones, de conformidad con la naturaleza del nombre comercial, son aplicables al sistema de registro de nombres comerciales.

Una de las principales características anotadas es que quien alegue derechos sobre un nombre comercial deberá probar el uso real y efectivo del mismo. Lo anterior se soporta en el sistema declarativo en que se fundamenta el nacimiento del derecho sobre el nombre comercial. A diferencia de lo que sucede con el sistema atributivo del registro marcario, donde el derecho surge del registro, el sistema de protección del nombre comercial se basa en un sistema declarativo de derechos.

Lo anterior quiere decir que si un País Miembro implanta un sistema de registro de nombres comerciales no implica que el derecho sobre éstos proceda de la inscripción o depósito en el registro, sino que seguirá generándose el nacimiento del derecho con el uso real y efectivo del nombre comercial.

Es por esta razón que si bien puede existir un sistema de registro de nombres comerciales, el uso real y efectivo de dicho signo distintivo es lo que delimita el ámbito de protección del derecho, teniendo esto como consecuencia que el solicitante del registro de un nombre comercial debe acreditar su uso real y efectivo y, en consecuencia, continuar con dicho uso para que el derecho subsista.

Un nombre comercial registrado de una manera y usado de otra no tendría ninguna clase de derecho en relación con el registro. Es decir, al producirse una contradicción entre el nombre comercial registrado con el real y efectivamente usado en el mercado, prevalecerá este último. Por lo tanto, el Juez Consultante deberá establecer el uso real y efectivo del nombre comercial para determinar cuál signo es el que realmente tiene relación con el público consumidor y, en consecuencia, cuál es el objeto del derecho del titular.



F. COMPARACIÓN ENTRE UNA MARCA DENOMINATIVA Y UN NOMBRE COMERCIAL DENOMINATIVO.

Las reglas propuestas en la comparación de los signos marcarios son aplicables en la comparación de un nombre comercial con una marca y, en consecuencia, los criterios acogidos por el Tribunal se tomarán en el presente caso.

En consecuencia con lo anterior, el Juez Consultante al establecer el riesgo de confusión que pudiera existir entre la marca denominativa **INTELBRAS** y el nombre comercial denominativo **INTEL CORPORATION**, deberá aplicar los criterios acogidos en la comparación entre marcas denominativas, ya referenciados en el literal C), de la presente interpretación.

G. LA MARCA NOTORIAMENTE CONOCIDA Y LA PRUEBA DE SU NOTORIEDAD. LA MARCA NOTORIAMENTE CONOCIDA EN UN PAÍS DIFERENTE DE AQUEL EN QUE SE SOLICITA LA PROTECCIÓN.

La sociedad demandante afirma que su marca **INTEL** es notoriamente conocida a nivel internacional. Igualmente, la sociedad tercera interesada en las resultas del proceso argumenta que las pruebas aportadas no demuestran que la marca **INTEL** sea notoriamente conocida en el Perú. En consecuencia, es pertinente abordar el tema de la marca notoriamente conocida y a la prueba de su notoriedad, haciendo énfasis a la protección de la marca notoriamente conocida en un país diferente de aquel en que se solicita la protección.

1. La marca notoria.

a. Concepto.

La marca notoriamente conocida, o simplemente marca notoria, es aquella conocida y difundida en una colectividad de individuos pertenecientes a un grupo determinado de consumidores de cierto tipo de bienes o servicios.

Al respecto el Tribunal ha manifestado lo siguiente:

“La marca notoria es la que goza de difusión, es decir que es conocida por los consumidores o usuarios del tipo de productos o servicios que la marca ampara, la marca no es

notoria desde su nacimiento y alcanzar esta calidad dependerá de circunstancias de desarrollo comercial, de tal modo que con el transcurso del tiempo y el cumplimiento de ciertas condiciones una marca común puede llegar a convertirse en notoria”. (Proceso N° 114-IP-2003. Interpretación Prejudicial de 19 de noviembre de 2003, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1028, de 14 de enero de 2004).

Sobre la marca notoria Jorge Otamendi expresa:

*“La marca notoria que nació única y se mantuvo así debe ser protegida, ese vínculo marca – producto no puede ser manchado, no puede ser diluido. No significa esto el crear un monopolio, como señala Schechter, todo lo que el demandante pide en esos casos es la preservación de un valioso aunque posiblemente invisible eslabón entre él y su consumidor, que ha sido creado por su ingenio y el mérito de sus productos o servicios”.*⁹

Una marca no es notoria desde su aparición en el mercado y tal condición constituye un estatus superior al que han llegado ciertas marcas en virtud de la calidad de los productos que distingue, permanencia en el mercado, aceptación y conocimiento entre los consumidores, entre otros factores.

La doctrina hace las siguientes consideraciones sobre el tema:

*“(…) la marca notoria es la que goza de difusión - o lo que es lo mismo – es conocida por los consumidores de la clase de productos a los que se aplica la marca”.*¹⁰

*“(…) la que es conocida por la mayor parte de los consumidores que usualmente adquieren o contratan la clase de productos o servicios en relación con los cuales la marca es usada (...)”.*¹¹

⁹ **OTAMENDI, Jorge.** “DERECHO DE MARCAS”, Editorial Lexis Nexis, Abeledo – Perrot, Buenos Aires Argentina, 2002. Pág.255.

¹⁰ **FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos.** Ob. Cit. Pág. 32.

¹¹ **AREAN LALIN Manuel,** “LA PROTECCIÓN DE LA MARCA POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA” Consejo General del Poder Judicial. ANDEMA. Madrid, 1993, Pág. 268.



La notoriedad de la marca se construye a través del esfuerzo, trabajo, e inversión de su titular, que la ha difundido en el mercado y ha establecido ciertos parámetros de calidad en sus productos, por esto requiere una protección especial a fin de evitar que terceros pretendan aprovechar maliciosamente el prestigio ajeno.

Señala Zuccherino dentro del tema:

*“Las llamadas marcas notorias han merecido tradicionalmente, una protección especial, en la medida en que respecto de ellas resulta factible el aprovechamiento del prestigio ajeno. La notoriedad debe beneficiar a quien la ha obtenido con su esfuerzo o ingenio, pero no a quienes la utilizan parasitariamente en productos o servicios que no pertenecen al mismo fabricante o prestador que consiguió la notoriedad”.*¹²

b. Protección.

La protección de la marca notoriamente conocida se puede abordar de dos maneras: en relación con los principios que gobiernan el derecho marcario y en relación con los diferentes tipos de riesgos a los que se exponen los signos distintivos en el mercado.

La Normativa Comunitaria protege a la marca notoriamente conocida; este tipo de marca goza de protección especial, que va más allá de los principios de territorialidad y especialidad, al punto de establecer que no pueden ser registrados como marcas los signos que sean una imitación o reproducción de una marca notoriamente conocida, (literal d, del artículo 83), *“en el país en que solicita el registro o en el comercio subregional, o internacional sujeto a reciprocidad (...). Dicha prohibición será aplicable, con independencia de la clase tanto en los casos en los que el uso del signo se destine a los mismos productos o servicios amparados por la marca notoriamente conocida, como aquellos en los que el uso del signo se destine a productos o servicios distintos”*; o que tengan semejanzas o similitudes que conlleve a confusión con marcas notoriamente conocidas, (literal e) del mismo artículo, de la Decisión 344), *“inde-*

pendientemente de la clase de los productos o servicios para los cuales se solicite el registro”.

En relación con el principio de territorialidad se deben hacer las siguientes precisiones, ya que esto determina la protección de la marca notoriamente conocida en el país donde se solicita la protección:

El literal d) del artículo 83 de la Decisión 344 establece una protección de los signos notoriamente conocidos en el País en el que se solicita el registro o en el comercio subregional, o internacional sujeto a reciprocidad. De lo anterior se desprende que, a pesar de que el signo no sea notorio en el país en el que se intenta proteger, gozará de tal calidad, si es notorio en el comercio subregional, es decir, por lo menos en uno de los Países Miembros para que goce de especial protección.

Además, se protegerán las marcas notorias siempre y cuando sean notorios en el comercio internacional sujeto a reciprocidad con los Países Miembros de la Comunidad Andina. Es decir, que el signo sea notorio en un país o grupo de países no pertenecientes a la Comunidad Andina, pero que otorguen igual protección a los signos notoriamente conocidos de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

Y en relación con los diferentes tipos de riesgos a los que se exponen las marcas en el mercado, la Decisión 344, a diferencia de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, no consagra una protección de la marca notoria de forma tan específica y diferenciada en relación con dichos riesgos. Es decir, no califica la protección de los tipos de marcas en relación con los diversos tipos de riesgos.

Con el objeto de proteger los signos distintivos según su grado de notoriedad, se han clasificado y diferenciado diversos tipos de riesgos. Generalmente la doctrina se ha referido a cuatro, a saber: riesgo de confusión, de asociación, de dilución y de uso parasitario.

El riesgo de confusión es la posibilidad de que el consumidor al adquirir un producto piense que está adquiriendo otro (confusión directa), o que piense que dicho producto tiene un origen empresarial diferente al que realmente posee (confusión indirecta).

¹² ZUCCHERINO Daniel. “MARCAS Y PATENTES EN EL GATT” Editado por Abeledo Perrot. 1997. Págs. 130 y 131.



El riesgo de asociación es la posibilidad de que el consumidor, que aunque diferencie las marcas en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo piense que el productor de dicho producto y otra empresa tienen una relación o vinculación económica.

El riesgo de dilución es la posibilidad de que el uso de otros signos idénticos o similares cause el debilitamiento de la altísima capacidad distintiva que el signo notoriamente conocido ha ganado en el mercado, aunque se use para productos que no tengan ningún grado de conexidad con los que ampara el signo notoriamente conocido.

Y, por último, el riesgo de uso parasitario es la posibilidad de que un competidor parasitario se aproveche injustamente del prestigio de los signos notoriamente conocidos, aunque la acción se realice sobre productos o servicios que no tengan ningún grado de conexidad con los que ampara el signo notoriamente conocido.

No obstante lo anterior, en el ámbito de la Decisión 344 el signo notoriamente conocido tanto en el mercado como tal, como en el ámbito registral, se encuentra protegido contra el riesgo de confusión, asociación y dilución. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre este punto ha manifestado lo siguiente:

“En efecto, al diferenciar las causales de irregistrabilidad de las marcas, no dispone, como lo hace la Decisión 486, la protección de las marcas comunes en relación con los riesgos de confusión y asociación, sino se limita a decir en el literal a) del artículo 83, que no se pueden registrar como marcas signos que sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error.

(...)

En efecto, con la anterior disposición se otorga protección ampliada al signo notoriamente conocido, que como ya se ha dicho, exce- de el principio de especialidad y territorialidad. Dicha norma no hace referencia a la

protección de los signos notoriamente conocidos respecto de ciertos riesgos determinados, pero se debe entender que la norma trata de salvaguardar los signos notoriamente conocidos del riesgo de confusión en que puede incurrir el público consumidor, como lo hace expresamente en relación con la marca general.

Por otro lado, el literal e) del artículo 83 de la Decisión 344, es una disposición de carácter especial en relación con protección de la marca notoria, al disponer que no se pueden registrar como marcas signos ‘que sean similares hasta el punto de producir confusión con una marca notoriamente conocida, independientemente de la clase de los productos o servicios para los cuales se solicite el registro (...)’.

Con esta última disposición se protege a la marca notoria más allá del principio de especialidad, pero únicamente refiriéndose al riesgo de confusión. No se refiere a la protección en relación con otros riesgos como uso parasitario y dilución.

La Decisión 344 sólo se refiere a los riesgos a que están expuestas las marcas en el mercado, al establecer los derechos conferidos por el registro de un signo como marca. Es así como en el artículo 104, literal d), establece que el titular de una marca registrada puede actuar contra un tercero que use en el comercio ‘un signo idéntico o similar a la marca registrada, con relación a productos o servicios distintos de aquellos para los cuales se ha registrado la misma, cuando el uso de ese signo respecto a tales productos o servicios pudiese inducir al público a error o confusión, pudiese causar a su titular un daño económico o comercial injusto, o produzca una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial de dicha marca’ (subrayado por fuera del texto).

De manera que en dicha norma se protege no sólo a la marca notoriamente conocida, sino a las marcas comunes de los riesgos de confusión y de dilución que pudiese causar el uso indebido de un signo distintivo en el mercado. Se advierte que no se está hablando de las causales de irregistrabilidad, sino de las conductas lesivas contra una marca registrada, que el titular de la misma puede atacar.



(...)

De conformidad con la figura de la marca notoriamente conocida y la finalidad de su protección, en materia de causales de irregistrabilidad sí es procedente su protección contra el riesgo de dilución. Lo anterior por lo siguiente:

o La protección de la marca notoriamente conocida se instaure para salvaguardar la gran capacidad distintiva que han adquirido dichas marcas en el mercado.

o Uno de los principios que gobiernan del derecho marcario es el del uso real y efectivo de la marca en el mercado y, en consecuencia, de permitirse que se registre una marca que al ser usada en el mercado genere dilución de una marca notoria, no habría consonancia con el objetivo perseguido al instaurar la figura de la marca notoria y su protección en el régimen comunitario andino.

o Además de lo anterior, no habría concordancia entre que se proteja a las marcas registradas contra el uso de signos idénticos y similares que generen riesgo de dilución (art. 104, literal d), con la falta de protección contra dicho riesgo respecto las marcas notoriamente conocidas en el ámbito registral. Es decir, no es consecuente que se prevea protección en este ámbito contra el uso indebido, si por otro lado, en cuestión de marcas notorias, se permitiera el registro de signos idénticos o similares que al ser usados en el mercado puedan causar riesgo de dilución de su capacidad distintiva.

Lo anteriormente expuesto quiere decir, que debe hacerse una interpretación conjunta de los literales d) y e) del artículo 83 con el objetivo perseguido al proteger a la marca notoriamente conocida, que en relación con el registro de un signo idéntico o similar a un signo notoriamente conocido, de manera que el Juez Nacional o la Oficina Nacional Competente, en su caso, deberán tener en cuenta la protección ampliada que establece la normativa comunitaria en el artículo 83, literales d) y e), siempre y cuando la solicitud de registro como marca de un signo idéntico o similar a un signo notoriamente conocido pueda generar riesgo de confusión, asociación o dilución de su capacidad distintiva.

A pesar de que el riesgo de dilución ha ido aparejado con la protección de los signos notoriamente conocidos, como se vio, el artículo 104, literal d), lo ha extendido también a todo tipo de marca registrada cuando se presente su uso no autorizado. Haciendo una adecuación del concepto con la norma comentada, la protección contra dicho riesgo tiene como objetivo salvaguardar a las marcas en relación con cualquier uso de otros signos idénticos o similares que cause el debilitamiento de su capacidad distintiva, aunque se use para productos que no sean idénticos, similares o que no tengan ningún grado de conexidad con los que ampara la marca registrada". (Proceso 145-IP-2006, Interpretación Prejudicial de 16 de noviembre de 2006. Marca: "CAPITAN Z", publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1452, de 10 de enero de 2007).

Se advierte, además, que si bien la norma comunitaria, objeto de la interpretación, no contempla la diferenciación que existe entre las figuras de la marca renombrada y la marca notoria, este Tribunal considera, con base a los criterios de la doctrina y los hechos del mercado, que la noción de marca renombrada debe ampliarse a aquél signo que, en razón de su elevada dosis de prestigio en el mercado, más amplio y globalizado, merecería ser protegido más allá del principio de especialidad frente a cualquier uso posterior de un signo idéntico o similar que pueda generar dilución del valor atractivo de la marca o que pueda suponer un aprovechamiento indebido por parte de un tercero del prestigio y renombre de la marca en cuestión, mientras que a la marca notoria propiamente dicha, debería aplicarse, con base a los criterios antes referidos, una flexibilización menos absoluta que aquella que corresponde a la marca renombrada; sin embargo, más allá del simple criterio de conexión competitiva, como ya se advirtió.

c. La prueba de la notoriedad.

La notoriedad de la marca es un hecho que debe ser probado por quien lo alega, mediante prueba hábil ante el Juez o el Administrador, según sea el caso. El reconocimiento de dicha notoriedad corresponde al Juez Competente con base en las pruebas presentadas. Es importante advertir que la notoriedad de una marca es un hecho que se prueba, bien sea ante el Organismo Adminis-



trativo o ante el Juez Competente, según sea el caso, tal y como se expresó anteriormente.

Según el artículo 84 de la Decisión 344, para que se pueda determinar si una marca es notoriamente conocida se debe tener en cuenta, entre otros:

- a) *La extensión de su conocimiento entre el público consumidor como signo distintivo de los productos o servicios para los que fue acordada;*
- b) *La intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción de la marca;*
- c) *La antigüedad de la marca y su uso constante;*
- d) *El análisis de producción y mercadeo de los productos que distingue la marca”.*

H. PARTÍCULAS DE USO COMÚN EN LA CONFORMACIÓN DE SIGNOS MARCARIOS.

En atención a que en el proceso interno tanto el INDECOPI como la sociedad tercera interesada en las resultas del proceso argumentaron que las partículas **INTE** e **INTEL** son de uso común en la clase 9 de la Clasificación Internacional de Niza, se abordará el tema de las palabras o partículas de uso común en la conformación de signos marcarios.

Al conformar una marca su creador puede valerse de toda clase de elementos como: palabras, prefijos o sufijos, raíces o terminaciones, que individualmente consideradas pueden estimarse como expresiones de uso común, por lo que no pueden ser objeto de monopolio o dominio absoluto por persona alguna.

Sin embargo, las palabras o partículas de uso común al estar combinadas con otras pueden generar signos completamente distintivos, caso en el cual se puede proceder a su registro.

Es claro que el titular de una marca que lleve incluida una expresión de tal naturaleza no tiene un dominio exclusivo sobre ella y, en consecuencia, no está facultado por la ley para impedir que terceros puedan utilizar dicha expresión en combinación de otros elementos en la conformación de signos marcarios, siempre que el

resultado sea suficientemente distintivo a fin de no crear riesgo de confusión.

El Tribunal ha reiterado esta posición de la siguiente manera:

“Una marca puede incluir en su conjunto palabras que individualmente consideradas pueden estimarse como expresiones de uso común, y que por ser tales no pueden ser objeto de monopolio por persona alguna. Por ello el titular de una marca que lleve incluida una expresión de tal naturaleza no está legalmente facultado para oponerse a que terceros puedan utilizar dicha expresión, en combinación de otros elementos en la conformación de signos marcarios, siempre que el resultado sea original y lo suficientemente distintivo a fin de no crear confusión.” (Proceso 70-IP-2005. Interpretación Prejudicial de 21 de junio de 2005, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1231, de 16 de agosto de 2005).

Al realizar el examen comparativo de signos que se encuentran conformados por palabras o partículas de uso común, estas no deben ser consideradas a efecto de determinar si existe confusión, siendo ésta una circunstancia de excepción a la regla de que el cotejo de las marcas debe realizarse atendiendo a una simple visión de conjunto de los signos que se enfrentan, donde el todo prevalece sobre sus componentes.

El derecho de uso exclusivo del que goza el titular de la marca, descarta que palabras necesarias o usuales pertenecientes al dominio público, o partículas que ostenten tal calidad, puedan ser utilizadas únicamente por un titular marcario, ya que al ser esos vocablos usuales, no se puede impedir que el público en general los siga utilizando.

Dentro del tema Jorge Otamendi señala que:

“El titular de una marca con un elemento de uso común sabe que tendrá que coexistir con las marcas anteriores, y con las que se han de solicitar en el futuro. Y sabe también que siempre existirá entre las marcas así configuradas el parecido que se deriva, necesariamente, de las partículas coparticipadas insusceptibles de privilegio marcario. Esto necesariamente tendrá efectos sobre el criterio



que se aplique en el cotejo. Y por ello se ha dicho que esos elementos de uso común son marcarriamente débiles.”¹³

I. FAMILIA DE MARCAS.

En vista que la sociedad tercera interesada en las resultas del proceso argumentó que la demandante no es propietaria de la familia de marcas conformadas por el término **INTEL**, es necesario en la presente providencia tratar el tema de la familia de marcas.

Una familia de marcas es un conjunto de marcas que pertenecen a un mismo titular y que poseen un rasgo distintivo común, mediante el cual el público consumidor las asocia entre sí y las relaciona con un mismo origen empresarial.

El Tribunal se ha pronunciado sobre la figura de la familia de marcas, de la siguiente manera:

“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 figura el citado elemento común constituye objeto de una marca que pertenece a determinada familia de marcas, por lo que el registro de aquélla, caso de corresponder a distinto titular, podría inducir a confusión”. (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).

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 usen esa partícula en la conformación de otro signo distintivo, a contrario de lo que 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 de la familia de marcas, y genera en el consumidor la impresión de que tienen un origen común.

En relación con lo anterior, la Oficina Nacional Competente o el Juez Competente, en su caso, deberá determinar si se está en frente de una familia de marcas o de una partícula de uso común, para así determinar el riesgo de confusión en el público consumidor.

J. PREVALENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO ANDINO.

Como quiera que la sociedad tercera interesada en las resultas del proceso argumentara que es aplicable al caso en cuestión el artículo 8 del Convenio de París, es pertinente abordar el tema de la prevalencia del Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino.

El Tribunal ha consolidado como principio fundamental del Ordenamiento Comunitario Andino el de “Supremacía del Derecho Comunitario Andino”, soportándolo en otros principios: el de “Eficacia Directa del Ordenamiento Jurídico Andino”, el de “Aplicabilidad Inmediata del Ordenamiento Jurídico Andino”, y el de “Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino”.

Haciendo un análisis de la posición o jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino, ha manifestado que dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las Normas de Derecho Internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. 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 ente el Derecho Comunitario y las normas de derecho internacional.

¹³ **OTAMENDI Jorge.** “DERECHO DE MARCAS”, Editorial LexisNexis, Abeledo – Perrot, Buenos Aires Argentina, 2002. Pág. 191.



Dicha posición ha sido reiterada en suficiente jurisprudencia del Tribunal: Proceso 118-AI-2003. Sentencia de 14 de abril de 2005, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1206, de 13 de junio de 2005; Proceso 117-AI-2003. Sentencia de 14 de abril de 2005, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1156, de 10 de mayo de 2005; Proceso 43-AI-2000. Sentencia de 10 de marzo de 2004, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1079, de 7 de junio de 2004; Proceso 34-AI-2001. Sentencia de 21 de agosto de 2002, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 839, de 25 de septiembre de 2002; Proceso 7-AI-98. Sentencia de 21 de julio de 1999, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 490, de 4 de octubre de 1999; Proceso 2-IP-90. Interpretación Prejudicial de 20 de septiembre de 1990, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 69, de 11 de octubre de 1990; Proceso 2-IP-88. Interpretación Prejudicial de 25 de mayo de 1988, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 33, de 26 de junio de 1998; Proceso 02-AN-86. Sentencia de 16 de abril de 1986, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 21, de 15 de julio de 1987, entre otras.

Un punto fundamental al analizar el tema de la Supremacía del Derecho Comunitario Andino, como se dijo anteriormente, es el principio de "Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino", que lo desarrolla 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 derivarlas de ningún otro ordenamiento jurídico.

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 inter-

no, 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 de 27 de junio de 2002, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 818, de 23 de julio de 2002).

Por lo anterior, corresponde al Juez Consultante en lo que se relaciona con el tema de la prescripción atender a los criterios que se esbozan en esta Interpretación Prejudicial.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

C O N C L U Y E:

PRIMERO: Un signo puede registrarse como marca si reúne los requisitos de distintividad, perceptibilidad y susceptibilidad de representación gráfica, establecidos por el artículo 81 de la Decisión 344 y, además, si el signo no está incurrido en ninguna de las causales de irregistrabilidad señaladas en los artículos 82 y 83 de la norma comunitaria citada.

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

La Autoridad Nacional Competente habrá de determinar si existe o no



riesgo de confusión, teniendo en cuenta las orientaciones referidas en esta interpretación para el cotejo de las marcas, y de acuerdo a la naturaleza de los signos en conflicto.

SEGUNDO: Para determinar si existe confusión indirecta se requiere de un análisis minucioso por parte de la oficina de registro marcario o del Juez Nacional, en su caso, ya que ésta puede provocar distorsión en el posicionamiento de un producto determinado en el mercado.

TERCERO: La Oficina de Registro Marcario o el Juez Nacional Competente, en su caso, deben establecer el riesgo de confusión que pudiera existir entre los signos denominativos **INTELBRAS** e **INTEL**, aplicando los criterios desarrollados por la doctrina y adoptados por este Tribunal.

CUARTO: La Oficina de Registro Marcario o el Juez Nacional Competente, aplicando el anterior criterio, debe establecer el riesgo de confusión que pudiera existir entre el signo denominativo **INTELBRAS** y las marcas mixtas **INTEL INSIDE**, **INTEL LANDESK TECHNOLOGY** e **INTEL PROSHARE**, analizando si existen semejanzas suficientes capaces de inducir al público a error, o si resultan tan disímiles que pueden coexistir en el mercado sin generar perjuicio a los consumidores y al titular de la marca; asimismo, debe verificar si existe semejanza o identidad entre los servicios que ampara.

QUINTO: La protección del nombre comercial en el Régimen de la Decisión 344 tiene las siguientes características:

1. El derecho sobre el nombre comercial se genera con su uso. Lo anterior quiere decir que el depósito del nombre comercial en la Oficina Nacional Competente no es constitutivo de derechos sobre el mismo.

2. De lo anterior se deriva que quien alegue derechos sobre un nombre comercial deberá probar su uso real y efectivo.

3. Que quien alegue y pruebe el uso real y efectivo de un nombre comercial con anterioridad a la solicitud de registro de un signo idéntico o similar, podrá oponerse a dicha solicitud si su uso pudiera inducir al público consumidor a error.

4. Si la legislación nacional contempla un sistema de registro de nombres comerciales se aplicarán en lo que corresponda las normas pertinentes de capítulo de marcas de la Decisión 344, de conformidad con lo establecido en la presente Interpretación Prejudicial.

Cuando un nombre comercial se ha registrado de una manera y se use de otra no tiene ninguna clase de derecho en relación con el registro. Es decir, al producirse una contradicción entre el nombre comercial registrado con el real y efectivamente usado en el mercado, prevalecerá este último. Por lo tanto, el Juez Consultante deberá establecer el uso real y efectivo del nombre comercial para determinar cuál signo es el que realmente tiene relación con los productos o servicios y con el público consumidor y, en consecuencia, cuál es el objeto del derecho del titular.

SEXTO: El Juez Consultante al establecer el riesgo de confusión que pudiera existir entre el signo denominativo **INTELBRAS** y el nombre comercial denominativo **INTEL CORPORATION**, deberá aplicar los criterios acogidos en la comparación entre marcas denominativas, ya referenciados en el literal C de la presente interpretación.

SÉPTIMO: La Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena establece una



protección ampliada de las marcas notoriamente conocidas, que implica, por un lado, el rompimiento de los principios de especialidad y territorialidad y, por otro, la protección contra los riesgos de confusión, asociación y dilución, de conformidad con lo expresado en la presente Interpretación Prejudicial.

A pesar de que el signo no sea notorio en el País en el que se intenta proteger, gozará de tal calidad, si es notorio en el comercio subregional, es decir, que basta por lo menos que lo sea en uno de los Países Miembros para que goce de especial protección.

Además, tal protección puede darse siempre y cuando sean notorios en el comercio internacional sujeto a reciprocidad con los Países Miembros de la Comunidad Andina. Es decir, que el signo sea notorio en un país o grupo de Países no pertenecientes a la Comunidad Andina, pero que otorguen igual protección a los signos notoriamente conocidos de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

Alegada la notoriedad de una marca como obstáculo para el registro de un signo, la prueba de tal circunstancia corresponde a quien la alega. Este dispondrá, para ese objeto, de los medios probatorios previstos en la legislación interna y el reconocimiento corresponde otorgarlo, según el caso, a la Oficina Nacional Competente o a la Autoridad Nacional Competente, con base en las pruebas presentadas.

Es importante advertir que la notoriedad de una marca es un hecho que se prueba, bien sea ante el Organismo Administrativo o ante el Juez Competente, según sea el caso.

OCTAVO: El titular de una marca que lleve incluida una partícula de uso común no tiene un dominio exclusivo sobre ella y, en consecuencia, no

está facultado por la ley para impedir que terceros puedan utilizar dicha expresión en combinación de otros elementos en la conformación de signos marcarios, siempre que el resultado sea suficientemente distintivo a fin de no crear riesgo de confusión.

NOVENO: Una familia de marcas es un conjunto de marcas que pertenecen a un mismo titular y que poseen un rasgo distintivo común, mediante el cual el público consumidor las asocia entre sí y las relaciona con un mismo origen empresarial.

DÉCIMO: 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 demás normas de derecho internacional; lo anterior tiene como efecto inmediato la inaplicabilidad de la norma contraria al Derecho Comunitario Andino.

De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Juez Nacional Consultante, al emitir el fallo en el proceso interno N° 1786-2006, deberá adoptar la presente interpretación. Asimismo deberá dar cumplimiento a las prescripciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 128 del Estatuto vigente.

Notifíquese al Juez Consultante mediante copia certificada y remítase copia a la Secretaría General de la Comunidad Andina, para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Oswaldo Salgado Espinoza
PRESIDENTE

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Olga Inés Navarrete Barrero
MAGISTRADA

Carlos Jaime Villarroel Ferrer
MAGISTRADO



Isabel Palacios Leguizamón
SECRETARIA

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD
ANDINA.-** La sentencia que antecede es fiel co-

*pia del original que reposa en el expediente de
esta Secretaría. CERTIFICO.-*

Isabel Palacios L.
SECRETARIA

PROCESO 190-IP-2007

Interpretación prejudicial del artículos 74 del Acuerdo de Cartagena y, de oficio, de los artículos 72, 73, 75, 76 77 y 82 de la misma normativa; así como, los artículos 2, 7, 8, 12, 14 y 15 de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina, con fundamento en la consulta solicitada por el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla, Departamento del Atlántico de la República de Colombia. Expediente Interno Nº 2004-00169-00. Actor: Sociedad DISWAFER LTDA. Caso: “Pago Arancel”.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en Quito, a los diez y nueve días del mes de febrero del año dos mil ocho, procede a resolver la solicitud de Interpretación Prejudicial formulada por el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla, Departamento del Atlántico de la República de Colombia.

VISTOS:

Que la solicitud de interpretación prejudicial y sus anexos cumplen con los requisitos comprendidos en el artículo 125 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como con las exigencias del artículo 33 del Tratado de Creación, por lo que su admisión a trámite fue considerada procedente en el auto emitido el 23 de enero de 2008.

I. ANTECEDENTES.

El Tribunal, con fundamento en la documentación allegada estima procedente destacar como antecedentes del proceso interno que dio lugar a la presente solicitud, lo siguiente:

A. LAS PARTES.

Demandante: Sociedad DISWAFER LTDA.

Demandada: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, LOCAL BARRANQUILLA, REPÚBLICA DE COLOMBIA.

B. DATOS RELEVANTES

1. HECHOS

Entre los principales hechos, algunos recogidos de los narrados en la demanda y otros de la solicitud de interpretación prejudicial y de los antecedentes administrativos de los actos acusados, se encuentran los siguientes:

- a. La Administración Especial- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- Local Barranquilla de la República de Colombia inició investigación para adelantar el control posterior sobre importaciones y exportaciones de y para la Zona Franca de Barranquilla realizadas por la empresa DISWAFER LIMITADA a fin de establecer si declaró correctamente la base gravable.
- b. La mencionada sociedad realizó una importación ordinaria con la Declaración de Importación 2381003051257-2, el 23 de noviembre de 2000, precedida de exportaciones definitivas de materia prima nacional.
- c. Se discute si en tal razón debía cancelar tributos aduaneros por las materias primas nacionales incorporadas como mercancía extranjera, de acuerdo a lo establecido en el Decreto nacional 2685 de 1999.
- d. Se culminó la investigación con la expedición de los actos administrativos Resoluciones Nº



1078, de mayo 2 de 2003, 1657, de julio 31 de 2003 y 2179, de 21 de noviembre de 2003, expedidas por la División de Liquidación Aduanera de la Administración de Aduanas Nacionales Local Barranquilla y por la División Jurídica Aduanera de la misma Administración, respectivamente, mediante las cuales se decidió que el importador no incluyó en la base gravable el valor de las materias primas nacionales, precedidas de exportación definitiva, que no se consideran valor agregado nacional, y que deberán pagar el valor en aduanas correspondiente a la subpartida del bien final.

2. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA.

La demanda se soporta en los siguientes argumentos:

- a. La sociedad demandante considera que en la expedición de los actos demandados hubo falta de aplicación del artículo 402 del Decreto nacional 2685 de 1999, dado que importó al territorio aduanero nacional, como usuario de la Zona Industrial de Bienes y Servicios de la Zona Franca de Barraquilla, cumpliendo correctamente con la liquidación del valor en aduana ya que tomó como base el cuadro de integración certificado por la Zona Franca, del que se desprende que todos los materiales utilizados son nacionales y, por lo tanto, su certificado de origen es colombiano.
- b. En el proceso productivo tampoco se utilizaron insumos provenientes de terceros países.
- c. Para hacer la liquidación la norma exige la obligación de tomar el valor en aduana que se establece en los insumos extranjeros; dichos valores son consignados en el Certificado que expide la Zona Franca.
- d. El cuadro de Integración fue autorizado por la Zona franca, y este documento fue el soporte que tomó el inspector de la DIAN para otorgar el levante respectivo.
- e. El artículo 401 del Decreto 2685 de 1999 establece que el Certificado de Integración será expedido por el Usuario Operador (en este caso Zona Franca) de las materias primas e insumos nacionales y extranjeros utilizados en el proceso de producción y será el soporte de la Declaración de Importación.

- f. La interpretación otorgada por los funcionarios de la DIAN desconocen que Colombia pertenece a la Comunidad Andina de Naciones y que los productos elaborados en el territorio aduanero nacional, Zona Franca, tiene Origen colombiano certificado por el Ministerio de Comercio Exterior.
- g. No tendría fundamento que un producto ingresado desde un País de la Comunidad Andina goce de preferencias arancelarias mientras que uno de origen colombiano no las tenga. Por esa razón es que considera que se ha desconocido el Acuerdo de Cartagena.
- h. Como consecuencia de la adopción de la nomenclatura arancelaria NABANDINA es que Colombia estableció un Programa de Liberación, pero la DIAN ha desconocido que las mercancías que provengan de la Comunidad Andina deben ingresar sin pago de arancel.

3. FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

En el informe del Juez Consultante se agregó la contestación de la demanda, que señala:

- a. Las normas nacionales prevén que la base gravable sobre la cual se liquida el impuesto sobre las ventas en el caso de mercancías importadas, será la misma que se tiene en cuenta para liquidar los derechos de aduana, adicionados con el valor de este gravamen.
- b. Las materias procesadas en la Zona Franca importada al resto del territorio nacional, precedida de una exportación definitiva, no pueden considerarse nacionales sino una materia prima e insumo extranjero, lo que se demuestra con los documentos que prueban que la sociedad demandante ingresó a sus instalaciones materia prima nacional desde el resto del territorio aduanero mediante la modalidad de exportación definitiva, materias que luego fueron transformadas mediante un proceso productivo para la obtención del bien final.
- c. El producto, por lo tanto, fue importado al resto del territorio aduanero nacional sin el pago de tributos aduaneros; es decir, del arancel correspondiente a terceros países.
- d. El importador debió tomar como base gravable para determinar el valor en Aduana, además



de la materia prima de origen extranjero la materia prima nacional introducida a la Zona franca.

II. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para interpretar por la vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

III. NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO A SER INTERPRETADAS.

Las normas cuya interpretación se solicita son las siguientes: artículos 74, 75, 76, 77, 79, 82 y 84 del Acuerdo de Cartagena.

Una vez analizado la transcripción que el Juez Consultante hace de las normas solicitadas, la Sala encuentra que dichas normas pertenecen a la versión del Acuerdo de Cartagena sin las modificaciones introducidas por posteriores Protocolos, salvo el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena.

De conformidad con lo anterior, se interpretará el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y, de oficio, los artículos 72, 75, 73, 76, 77 y 81 de la misma normativa, así como los artículos 2, 7, 8, 12, 14 y 15 de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina, normativa vigente al momento en que la mercancía fue reimportada por la empresa **DISWAFER LTDA.**

A continuación se inserta el texto de las normas a ser interpretadas:

ACUERDO DE CARTAGENA

(...)

Artículo 72

“El Programa de Liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro”.

Artículo 73

“Se entenderá por ‘gravámenes’ los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de

efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. No quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados.

Se entenderá por “restricciones de todo orden” cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral. No quedarán comprendidas en este concepto la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a) Protección de la moralidad pública;*
- b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;*
- c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los Países Miembros;*
- d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;*
- e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;*
- f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y*
- g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.”*

Artículo 74

“Para los efectos de los artículos anteriores, la Secretaría General, de oficio o a petición de parte, determinará, en los casos en que sea necesario, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye ‘gravamen’ o ‘restricción’.”

**Artículo 75**

“En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales”.

Artículo 76

“El Programa de Liberación será automático e irrevocable y comprenderá la universalidad de los productos, salvo las disposiciones de excepción establecidas en el presente Acuerdo, para llegar a su liberación total en los plazos y modalidades que señala este Acuerdo.

Este Programa se aplicará, en sus diferentes modalidades:

- a) *A los productos que sean objeto de Programas de Integración Industrial;*
- b) *A los productos incluidos en la Lista Común señalada en el Artículo 4 del Tratado de Montevideo de 1960;*
- c) *A los productos que no se producen en ningún país de la Subregión, incluidos en la nómina correspondiente; y*
- d) *A los productos no comprendidos en los literales anteriores.”*

Artículo 77

“Los Países Miembros se abstendrán de aplicar gravámenes y de introducir restricciones de todo orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión.”

(...)

Artículo 81

Los Países Miembros se comprometen a poner en aplicación un Arancel Externo Común en los plazos y modalidades que establezca la Comisión”.

(...)

DECISIÓN 416

(...)

Artículo 2

“Para los efectos del Programa de Liberación previsto en el Acuerdo de Cartagena y conforme a lo dispuesto en la presente Decisión, serán consideradas originarias del territorio de cualquier País Miembro, las mercancías:

- a) *Integramente producidas de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la presente Decisión.*
- b) *Elaboradas en su totalidad con materiales originarios del territorio de los Países Miembros.*
- c) *Que cumplan con los requisitos específicos de origen fijados de conformidad con lo establecido en el Artículo 113 del Acuerdo de Cartagena, los que prevalecerán sobre los demás criterios de la presente Decisión.*

Los requisitos específicos de origen se fijarán de conformidad con los criterios y procedimientos que establezca la Comisión;

- d) *Las que no se les han fijado requisitos específicos de origen, cuando resulten de un proceso de ensamblaje o montaje siempre que en su elaboración se utilicen materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no exceda el 50 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Colombia, Perú y Venezuela, y el 60 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Bolivia y Ecuador.*
- e) *Las no comprendidas en el literal anterior, que no se les han fijado requisitos específicos de origen y en cuya elaboración se utilicen materiales no originarios cuando cumplan con las siguientes condiciones:*
 - i) *Que resulten de un proceso de producción o transformación realizado en el territorio de un País Miembro; y*
 - ii) *Que dicho proceso les confiera una nueva individualidad caracterizada por el hecho de estar clasificadas en la NANDINA en partida diferente a la de los materiales no originarios;*



f) A las que no se les han fijado requisitos específicos de origen y que no cumplan con lo señalado en el inciso ii) del literal anterior, siempre que en su proceso de producción o transformación se utilicen materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no exceda el 50 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Colombia, Perú y Venezuela, y el 60 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Bolivia y Ecuador.

g) Los juegos o surtidos de mercancías, siempre que cada una de las mercancías en ellos contenida, cumplan con las normas establecidas en la presente Decisión.

Los valores CIF y FOB a que se refieren los literales d) y f) del presente artículo, podrán corresponder a su valor equivalente según el medio de transporte utilizado. En el caso de Bolivia se entiende por valor equivalente el valor CIF-Puerto, cuando se trate de importaciones por vía marítima o CIF-Frontera cuando se trate de importaciones por otras vías".

(...)

Artículo 7

"Para la determinación del origen de los productos se considerarán como originarios del territorio de un País Miembro los materiales importados originarios de los demás Países Miembros".

Artículo 8

"Las mercancías reexportadas entre los países de la Subregión que sean originarias conforme a las normas especiales para la calificación y certificación del origen y a las Resoluciones sobre Requisitos Específicos de Origen, gozarán del Programa de Liberación".

(...)

Artículo 12

"El cumplimiento de las normas y de los requisitos específicos de origen deberá comprobarse con un certificado de origen emitido

por las autoridades gubernamentales competentes o las entidades habilitadas para tal efecto por el País Miembro exportador.

Para la certificación del origen, las autoridades gubernamentales competentes o las entidades habilitadas deberán contar con una declaración jurada suministrada por el productor, en el formato a que hace referencia la Disposición Transitoria Primera de la presente Decisión.

El certificado de origen deberá llevar la firma autógrafa del funcionario habilitado por los Países Miembros para tal efecto.

Cuando el productor sea diferente del exportador, éste deberá suministrar la declaración jurada de origen a las autoridades gubernamentales competentes o las entidades habilitadas, en el formato a que hace referencia la Disposición Transitoria Primera de la presente Decisión.

La declaración del productor tendrá una validez no superior a dos años, a menos que antes de dicho plazo se modifiquen las condiciones de producción.

La fecha de certificación deberá ser coincidente o posterior a la fecha de emisión de la factura comercial. A los fines de la certificación del origen, en todos los casos, la factura comercial deberá presentarse conjuntamente con el certificado de origen.

Parágrafo: Cuando las mercancías objeto del intercambio sean facturadas desde un tercer país, miembro o no de la subregión, el productor o exportador del país de origen deberá declarar que las mismas serán comercializadas por un tercero, indicando el nombre y demás datos de la empresa que en definitiva sea la que factura la operación de destino".

(...)

Artículo 14

"Para la declaración y certificación del origen de los productos se utilizará el formulario adoptado por la Asociación Latinoamericana de Integración, hasta tanto se apruebe un nuevo formulario de acuerdo con lo previsto en la Disposición Transitoria Primera de la



presente Decisión. El certificado de origen tendrá una validez de 180 días calendario, contados a partir de la fecha de su emisión.

En caso que la mercancía sea internada o almacenada temporalmente bajo control aduanero en el país de destino, el certificado de origen se mantendrá vigente por el tiempo adicional que la administración aduanera haya autorizado dichas operaciones o regímenes”.

Artículo 15

“Las autoridades aduaneras del País Miembro importador no podrán impedir el desaduanamiento de las mercancías en casos de duda acerca de la autenticidad de la certificación, presunción de incumplimiento de las normas establecidas en esta Decisión, cuando la mercancía se encuentre en la nómina de bienes no-producidos en la subregión, o cuando el certificado de origen no se presente, contenga errores, o esté incompleto. En tales situaciones se podrá exigir la constitución de una garantía por el valor de los gravámenes aplicables a terceros países, de conformidad con las legislaciones nacionales de los Países Miembros.

Cuando el certificado de origen no se presente, las autoridades aduaneras del País Miembro importador otorgarán un plazo de quince días calendario a partir de la fecha de despacho a consumo o levante de la mercancía, para la debida presentación de dicho documento. Vencido el plazo, se harán efectivas las garantías o se cobrarán los gravámenes correspondientes”.

(...)

VI. CONSIDERACIONES.

Procede el Tribunal a realizar la interpretación prejudicial solicitada, para lo cual se analizarán los siguientes aspectos:

- A. El programa de liberación de mercados en la Comunidad Andina. El Comercio Intracomunitario.
- B. El régimen de zona franca y la calificación de origen de las mercancías.
- C. El Certificado de Origen Andino de las mercancías. Aplicación de la Decisión 416 al mer-

cado interno de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

- D. Prevalencia del ordenamiento comunitario andino en relación con las normas de carácter interno de los Países Miembros.

A. EL PROGRAMA DE LIBERACIÓN DE MERCADOS EN LA COMUNIDAD ANDINA. EL COMERCIO INTRACOMUNITARIO.

Como quiera que la parte demandante argumentara que las Resoluciones acusadas violaron el programa de liberación que opera dentro de la Comunidad Andina, es pertinente referirse a qué es el programa de liberación, sus características y finalidad.

El Programa de Liberación es uno de los instrumentos o mecanismos fundamentales para alcanzar los objetivos del Acuerdo de Cartagena tal como lo manifiesta la propia norma constitutiva en su artículo 3, literal d). Es una herramienta base, que junto con otras, busca realizar los objetivos que el propio Acuerdo determina en su artículo 1, a saber:

1. Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad.
2. Acelerar el crecimiento de los Países Miembros y disminuir su nivel de desempleo.
3. Facilitar la participación de los Países Miembros en el proceso de integración regional con la finalidad de consagrar un mercado común latinoamericano.
4. Fortalecer la posición de los Países Miembros en el concierto económico internacional.
5. Generar lazos de solidaridad subregional y reducir las asimetrías existentes entre los Países Miembros.
6. Lograr como fin último la calidad de vida de los habitantes de la subregión.

El Tribunal oportunamente se ha referido a lo anterior. En la sentencia del 14 de abril de 2005, publicada en la Gaceta Oficial 1206 del 13 de junio de 2005, y proferida dentro del proceso 118-AI-2003, manifestó lo siguiente:



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

El Programa de Liberación tiene las siguientes características:

- a. Se soporta en el principio básico y fundamental de la libre circulación de mercancías. Dicho principio se consagra normativamente en el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, estableciendo que *“el programa de liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro”*. El artículo 77 desarrolla dicho principio, colocando ya en cabeza de los Países Miembros la obligación de no aplicar los gravámenes y restricciones mencionadas en relación con las importaciones de bienes originarios de la Subregión.

Los conceptos de “gravámenes” y “restricciones de todo orden” tienen definición normativa en el artículo 73 de la misma normativa, cuyo texto es el siguiente:

“Se entenderá por ‘gravámenes’ los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. (...)”

Se entenderá por ‘restricciones de todo orden’ cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral (...)”

El Tribunal al interpretar este artículo ha manifestado lo siguiente en relación con el concepto de “restricciones de todo orden”:

“Estas restricciones de todo orden que pueden constituir cualesquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, deben fundamentalmente ir contra la filosofía del Programa de Liberación, en el entendido de que restringir (...) es la limitación o modificación que se hace de algo, disminuyéndolo. El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, indica que RESTRICCIÓN es la ‘Disminución de facultades o derechos’ y que ‘Restrictivo’ es ‘Lo que restringe, limitativo, que reduce o coarta’, concluyendo el mismo autor en identificar el ‘restringir’ al hecho de ‘Circunscribir, reducir, limitar. Acortar el gasto de consumo. Regatear licencias, permisos, privilegios’ (...) En todo caso, queda claro que restringir significa disminuir una capacidad existente de hacer algo y ‘Restricciones de todo orden’, supone una globalización general, de cualquier actitud que disminuye facultades o derechos existentes anteriormente, de cualquier forma o manera, que signifiquen una situación menos favorable a la existente antes de dictarse la nueva restricción.

Esto nos lleva a la conclusión de que una medida de cualesquier orden que disminuya, limitando y modificando una situación actual en detrimento del comercio interandino, salvo los casos de excepción previstos, constituye una restricción al Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena (...) concepto que fuera ratificado dentro del Proceso 3-AI-96 ya citado: ‘Por medida restrictiva se entiende cualquier acto imputable a una autoridad pública con efecto limitativo sobre las importaciones o en hacerlas más

¹ En relación con lo anterior se pueden consultar las siguientes sentencias proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: Proceso 5-IP-90. Interpretación Prejudicial publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 162 del 9 de septiembre de 1994; Proceso 3-AI-98. Sentencia del 11 de febrero de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 423, de 31 de marzo de 1999. Proceso 117-AI-2004. Sentencia de 19 de abril de 2006, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1347, de 25 de mayo de 2006.



*difíciles, o más costosas que los bienes de producción nacional. Las medidas administrativas pueden incluir desde la imposición de precios fijos mínimos o máximos menos favorables para los productos importados, de manera que creen obstáculos a los flujos de importaciones, hasta las limitaciones directas a las importaciones”.*²

Ya en el ámbito de control de la actividad de los Países Miembros, el artículo 74 de Acuerdo de Cartagena pone en cabeza de la Secretaría General de la Comunidad Andina, de oficio o a petición de parte, la función de determinar en qué casos una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye graven o restricción.

- b. Es automático. (artículo 76 del Acuerdo de Cartagena). Esto quiere decir que entrará a regir inmediatamente, sin que dependa de la voluntad momentánea de los Países Miembros. Lo anterior también quiere decir que los Países Miembros no pueden abstenerse de cumplir con el programa de liberación argumentando justificaciones y excepciones no contempladas en las propias normas comunitarias.
- c. Es irrevocable. (artículo 76 del Acuerdo de Cartagena). Una vez en marcha el Programa de liberación, los Países Miembros entienden que es un proceso hacia el futuro que no tiene reverso por circunstancias particulares y unilaterales. Por la voluntad individual no se puede pretender revocarlo o desconocerlo, ya que más allá de los intereses subjetivos y particulares el programa de liberación como atrás se indicó es un instrumento para conseguir en últimas el desarrollo de los Países Miembros y la mejora de la calidad de vida de sus habitantes. Lo anterior se concreta y soporta en los principios de buena fe y de cooperación leal que marcan la pauta de actuación de los Países Miembros de la Comunidad Andina. En relación con la actitud de los Países Miembros frente al Programa de Liberación el Tribunal ha sostenido:

Así, el Acuerdo de Cartagena señala que la Comunidad Andina se crea por la decisión

de “(...) alcanzar tales fines mediante la conformación de un sistema de integración y cooperación que propenda al desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de los países”. Resulta por eso, esencial para la buena marcha de la cooperación subregional que los países se comprometan a mantener reglas de juego compatibles con la operación del intercambio comercial dentro de esquemas de libre competencia e igualdad en las relaciones entre ellos, de modo que se cumpla el propósito de la integración económica, cual es el de aglutinar los diversos mercados de los países integrantes reduciendo o eliminando los obstáculos al intercambio comercial recíproco, a fin de que el mercado ampliado cumpla las funciones de expansión comercial y mejore las condiciones de competitividad en la región. (...)”. (Proceso 117-AI-2004. Sentencia de 19 de abril de 2006, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1347, de 23 de mayo de 2005).

- d. Es universal. (artículo 76 del Acuerdo de Cartagena). El programa de liberación cubre la totalidad de los productos sin distinción alguna, salvo las excepciones que consagre la propia normativa comunitaria, tal como podría ser el tratamiento especial de los Países Miembros con menos desarrollo relativo.

El artículo 76 establece la calidad de automático e irrevocable del Programa de Liberación, salvo el caso de las excepciones previstas en el mismo Acuerdo y finalmente el artículo 84 dispone de manera preceptiva que “(...) los Países Miembros se abstendrán de modificar los niveles de gravámenes o de introducir nuevas restricciones de todo orden a las importaciones de productos originarios de la Subregión, de modo que signifique una situación menos favorable que la existente a la entrada en vigor del Acuerdo”. (Sentencia 3-AI-98, de 11 de febrero de 1999, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 423, de 31 de marzo de 1999).

El programa de liberación, tal como está concebido, es bastión fundamental en el desempeño del comercio intracomunitario, el cual se complementa con el principio de la no discriminación y sus dos vertientes: los principios de trato nacional y de nación más favorecida. Sobre estos principios el Tribunal en varias de sus

² Proceso 5-IP-90. Interpretación Prejudicial de 22 de julio de 1994, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 162, de 9 de septiembre de 1994.



providencias se ha manifestado de la siguiente manera:

Al respecto cabe afirmar que, en términos generales, el referido principio enseña que los bienes originarios y provenientes de los Países Miembros, una vez internados al mercado nacional de otro País Miembro, no deben ser tratados de una manera diferente a los bienes de origen nacional.

Este principio se encuentra consagrado en la mayoría de acuerdos de libre comercio clásicos y, prácticamente en todos los modernos: Así, lo encontramos contemplado en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), en el Tratado de Montevideo de 1980, mediante el cual se constituyó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y en el Acuerdo de Marrakech de 1994, a través del cual se constituyó la Organización Mundial del Comercio (OMC), entre otros.

Encontrándose la norma de Trato Nacional contenida en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, formando parte del Capítulo VI, referente al Programa de Liberación, es conveniente tomar en consideración que éste tiene por objeto “eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios de cualquier País Miembro” (artículo 72 del Acuerdo de Cartagena). Tal norma guarda concordancia con el artículo 75 del mismo Acuerdo, que dispone que “los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos nacionales similares”, en materias relacionadas con “impuestos, tasas y otros gravámenes internos”. Aprecia, pues, el Tribunal que dentro del contexto del referido Capítulo VI, constituye uno de los mecanismos principales a utilizarse para alcanzar los objetivos propios del proceso integracionista y en especial para obtener la formación gradual de un mercado común.

En consecuencia, cualquier obstáculo o impedimento a la libre importación de mercancías que vaya contra los objetivos y postulados consagrados en el Acuerdo de Cartagena constituye una traba al libre comercio, mucho más si la misma tiene carácter discriminatorio con respecto a los bienes importados

de la subregión frente a los de producción nacional. De donde resulta que en lo referente al principio de Trato Nacional éste se configura como un derecho esencial, inmanente y consubstanciado con la naturaleza y los objetivos de la propia integración”. (Proceso 134-AI-2003. Sentencia de 22 de septiembre de 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1133, de 27 de agosto de 2004).³

Sobre el principio de no discriminación ha establecido:

“El tratamiento de la Nación Más Favorecida consiste, de manera elemental, en que cualquier concesión arancelaria dada por un país a otro, debe ser automáticamente aplicada a todos los demás que puedan invocarlo por razón de tenerlo vigente en sus relaciones comerciales bilaterales o multilaterales con el país otorgante de las ventajas.

Con similares características, objetivos y consecuencias, el artículo 155 del Acuerdo de Cartagena consagra de un modo general y lo inserta de esta manera en el Ordenamiento Jurídico Andino, la cláusula igualmente llamada de la “Nación Más Favorecida” en beneficio de todos los Países Miembros. Establece la norma comunitaria que “cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que se aplique por un País Miembro en relación con un producto originario de o destinado a cualquier otro país, será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de los demás Países Miembros.

El hecho de que un país de la Comunidad no extienda a las importaciones de bienes originarios de los otros Países Miembros, el tratamiento que con características más favora-

³ Este principio ha sido tratado por el Tribunal en las siguientes providencias: Proceso 3-AI-97. Sentencia del 21 de julio de 1999, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 422, de 30 de marzo de 1999; Proceso 52-AI-2002. Sentencia de 27 de agosto de 2003, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 990, de 1 de octubre de 2003; Proceso 3-AI-97. Sentencia de 7 de diciembre de 1998, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 422, de 30 de marzo de 1999; Proceso 132-AI-2003. Sentencia de 13 de enero de 2005, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1171, de 3 de marzo de 2005.



bles aplique a terceros países, constituye, en principio, un rompimiento del compromiso de trato igualitario y equitativo establecido en el Artículo 155 del Acuerdo de Cartagena. En todo caso, deberá siempre analizarse si la no extensión de las ventajas aludidas se encuentra jurídicamente justificada por corresponder o encontrarse cubierta por alguna de las excepciones previstas para la no extensividad del beneficio.

(...)

La cláusula de más favor es pues un mecanismo incorporado al Acuerdo de Cartagena desde la fecha misma de su suscripción, cuyo efecto es el de establecer un trato igualitario, automáticamente ajustable para hacerse equivalente a cualquier ventaja o privilegio que un País Miembro reconozca o conceda a un tercero, para restablecer, de esa manera, la igualdad de trato respecto de los Socios Comunitarios.

Las características fundamentales de esta figura convertida en ley para los Países Andinos, son aquellas de ser inmediatamente aplicada cuando se constituye la ventaja a favor de un tercero, también en beneficio de los demás Países Miembros; que esa extensión dispuesta como consagración del principio de equidad, debe ser incondicional y, consecuentemente, no sujeta a compensaciones de clase alguna, menos aún sometida a exigencias en materia de reciprocidad.

A partir del análisis de los orígenes andinos relativos al establecimiento de la cláusula de la Nación más Favorecida y, de las características jurídicas y técnicas de la misma, fijadas por la doctrina y recogidas también en jurisprudencia de este Tribunal, puede concluirse que se trata de un mecanismo incorporado al Ordenamiento Jurídico Comunitario, que no determina otras excepciones que las taxativamente establecidas en el propio artículo 155 del Acuerdo de Cartagena y que, en consecuencia, tiene el carácter de disposición de respeto obligatorio y automático para todos los Países Miembros, no siendo por lo tanto oponibles a ese compromiso, argumentos o justificaciones que no se enmarquen, fehacientemente, en los dispositivos que la constituyen y consagran (...)". (Proceso 32-AI-2001. Sentencia de 22 de noviembre de 2001, publicada en Gaceta Oficial

del Acuerdo de Cartagena N° 760, de 8 de febrero de 2002).⁴

Todo el comercio intrasubregional se encuentra complementado con una política exterior común en materia arancelaria sustentada en la instauración de un Arancel Externo Común (AEC), que no es más que la fijación de una política común sobre el nivel arancelario aplicable a las importaciones originarias de países no miembros de la Comunidad Andina de Naciones. La obligación de poner en aplicación un Arancel Externo Común se encuentra consagrada en el artículo 81 del Acuerdo de Cartagena y regulada por la Decisión 370 de la Comisión de la Comunidad Andina, pero es importante tener en cuenta que dicha aplicación, mediante la Decisión 679 de la Comisión de la Comunidad Andina, quedó aplazada hasta el 20 de julio de 2008.

El Juez Consultante deberá determinar en el proceso interno si de conformidad con la situación de hecho descrita, es aplicable la normativa sobre el programa de liberación de conformidad con lo expresado en la presente providencia.

B. EL RÉGIMEN DE ZONA FRANCA Y EL CERTIFICADO DE ORIGEN DE LAS MERCANCIAS.

En atención a que en el proceso interno se discute si las mercancías ingresadas a la zona franca de Barranquilla bajo el régimen de exportación definitiva y posteriormente reimportadas al territorio aduanero colombiano deben ser consideradas como de origen comunitario para el pago de aranceles, es pertinente referirse brevemente a qué es una zona franca y su implicancia en relación con el origen andino de los productos que ingresan a dichas zonas y posteriormente son reimportadas al territorio aduanero comunitario.

La zona franca es una figura jurídica que se soporta sobre una ficción territorial, por medio de la cual una parte debidamente delimitada del territorio de un país se considera, para efectos del pago de impuestos, recargos y demás ero-

⁴ Sobre este principio se puede consultar igualmente la siguiente providencia: Proceso 53-AI-2000. Sentencia de 14 de marzo de 2001, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 673, de 29 de mayo de 2001



gaciones en relación con las mercancías allí introducidas, como si no fuera parte de dicho territorio.

En estos momentos no hay normativa comunitaria que regule la figura de la zona franca. La Decisión 671 de la Comisión de la Comunidad Andina⁵, normativa aún no vigente, define la zona franca pero no regula la figura; establece que esto le corresponde a la legislación nacional de cada País Miembro.

De conformidad con lo anterior y atendiendo al principio de complementariedad, lo no regulado absolutamente por la normativa comunitaria puede ser regulado por la normativa interna de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

Desde y hacia zonas francas se pueden exportar o importar mercancías provenientes de la Comunidad Andina de Naciones bajo los distintos regímenes de exportación o importación y, por lo tanto, la pregunta obligada para el Juez Consultante en relación con el asunto bajo examen es: ¿las mercancías exportadas bajo el régimen de exportación definitiva a una zona franca en Colombia y posteriormente transformadas en ésta, al ser reimportadas al territorio aduanero colombiano son consideradas como de origen comunitario en relación con su tratamiento arancelario?

Para responder a esta pregunta deberá analizarse tres situaciones: la primera en relación con la zona franca y la calificación de origen de las mercancías que salen de dichas zonas francas; la segunda en relación con los diferentes regímenes de exportación y su incidencia en el pago de aranceles; y la tercera, en relación con la calificación del origen andino de las mercancías y su incidencia en el pago de aranceles.

En relación con la primera situación, advierte la Sala que una mercancía por el sólo hecho de entrar a una zona franca no pierde su origen. La calificación del origen de las mercancías que ingresen al territorio aduanero de cada País Miembro, deben hacerse, de conformidad con los criterios de calificación de origen que más adelante se tratarán.

⁵ La Decisión 671 fue expedida el 13 de junio de 2007, pero su entrada en vigencia, por disposición expresa, se encuentra aplazada para el 1 de junio de 2009.

En relación con las otras dos situaciones, lo primero que advierte la Sala es que son dos figuras diferentes. Una cosa es el régimen de exportación que se utilice para sacar las mercancías del territorio comunitario andino hacia el exterior o hacia una zona franca, y la otra es la calificación del origen andino de las mercancías en relación con el programa de liberación anteriormente comentado. Lo anterior por cuanto el régimen de exportación que se utilice no incide en la calificación de origen que se da a la mercancía que reingrese al territorio aduanero. Que se exporte una mercancía bajo el régimen de exportación definitiva o bajo el régimen de exportación temporal para el perfeccionamiento pasivo, no le da ni le quita a la calificación de origen de las mercancías reimportadas al territorio aduanero. Estos regímenes de importación tienen efectos en relación con la liberación, compensación o suspensión del pago de aranceles, tributos y demás derechos que se causan con la importación de una mercancía.

Por otro lado, la calificación de origen debe hacerse independiente del régimen por medio del cual se haya exportado la mercancía que se reimporte al territorio aduanero comunitario. Para lo anterior se deben seguir ciertas reglas. En el caso del ordenamiento comunitario andino dichas reglas se encuentran plasmadas en la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina, mediante la cual se expiden las normas especiales para la calificación y certificación del origen de las mercancías.

Lo primero que hace la normativa comunitaria es definir en el artículo 1 qué se entiende por mercancía originaria: "*Todo producto, material o mercancía que cumpla con los criterios para la calificación del origen, establecidos en el Capítulo II de la presente Decisión.*"

El capítulo II de la Decisión 416, teniendo como marco los efectos del programa de liberación antes comentado, determina los criterios para la calificación de origen, a saber:

Una mercancía será considerada como originaria de cualquier País Miembro de la Comunidad Andina en los siguientes eventos:

1. Que sean íntegramente producidas. El artículo 1 determina cuales mercancías son íntegramente producidas:



- "a) Los productos de los reinos mineral, vegetal y animal incluyendo los de caza y pesca, extraídos, cosechados o recolectados, nacidos o capturados en su territorio o en sus aguas territoriales, patrimoniales y zonas económicas exclusivas;
- b) Los productos del mar extraídos fuera de sus aguas territoriales, patrimoniales y zonas económicas exclusivas por barcos propios de empresas establecidas en el territorio de cualquier País Miembro, fletados o arrendados, siempre que tales barcos estén registrados matriculados de acuerdo con su legislación interna.
- c) Las mercancías producidas a bordo de barcos fábrica a partir de peces, crustáceos, y otras especies marinas, obtenidos del mar por barcos propios de empresas establecidas en el territorio de cualquier País Miembro, o fletados, o arrendados, siempre que tales barcos estén registrados o matriculados de acuerdo con su legislación interna.
- d) Los desechos y desperdicios que resulten de la utilización, o consumo, o de procesos industriales realizados en el territorio de cualquier País Miembro del Acuerdo de Cartagena, que sean utilizables únicamente para recuperación de materias primas.
- e) Mercancías elaboradas en el territorio de cualquier País Miembro del Acuerdo de Cartagena exclusivamente a partir de productos contenidos en los literales precedentes".

2. Mercancía elaboradas en su totalidad con materiales originarios del territorio de los Países Miembros. Para caso bajo examen este punto es muy importante, ya que la sociedad demandante argumenta que la mercancía importada fue elaborada con materia prima totalmente colombiana.

También es importante en este punto tener en cuenta lo establecido en el artículo 7 de dicha Decisión, ya que se prevé que los materiales importados y originarios de un País Miembro no afectarán la calificación de origen de los productos que se elaboren en otro País Miembro con dichos materiales, ya que se considerara como originarios de dicho País

Miembro. Es decir, un producto elaborado en un País Miembro con materiales importados de otro País Miembro no pierde por ese hecho su calificación de origen.

Igualmente, se debe tener en cuenta lo consagrado en el artículo 8 de la misma normativa, ya que se prevé que las reexportaciones que se hagan entre los Países Miembros en relación con productos originarios de los mismos, gozarán igualmente del programa de liberación. Lo anterior quiere decir que un producto originario de un País Miembro que se exporte a otro País Miembro puede ser reexportado por este País Miembro y, por este sólo hecho, no perderá los beneficios que otorga el programa de liberación para dichos productos.

3. Que la mercancía cumpla con los requisitos específicos fijados por la Secretaría General, de conformidad con el artículo 101 del Acuerdo de Cartagena. Hay productos que por sus características particulares requieren unos criterios de calificación de origen diferentes de los ordinarios y, por lo tanto, la Secretaría General mediante Resolución fija dichos requisitos para cada producto en particular. Los anteriores requisitos al ser específicos prevalecen sobre los criterios ordinarios que establece la normativa comunitaria.
4. Siempre y cuando no se hayan fijado requisitos específicos de origen, las mercancías resultantes de un proceso de ensamblaje o montaje siempre que se cumplan las siguientes condiciones:
 - Si en su elaboración se utilizan materiales originarios del territorio de los Países Miembros.
 - Y si el valor CIF de los materiales no originarios no excede del 50 % del valor FOB de exportación en relación con Colombia y Perú. Para Bolivia y Ecuador del 60%.⁶

⁶ En relación con los valores CIF y FOB la norma comunitaria establece en el último párrafo del artículo 2 lo siguiente: "Los valores CIF y FOB a que se refieren los literales d) y f) del presente artículo, podrán corresponder a su valor equivalente según el medio de transporte utilizado. En el caso de Bolivia se entiende por valor equivalente el valor CIF-Puerto, cuando se trate de importaciones por vía marítima o CIF-Frontera cuando se trate de importaciones por otras vías".



5. Siempre y cuando no se hayan fijado requisitos específicos de origen, las mercancías que en su transformación o elaboración se utilicen materiales no originarios siempre que cumplan con las siguientes condiciones:

- Que resulten de un proceso de producción o transformación realizado en el territorio de un País Miembro.
- Y que de dicho proceso se obtenga una mercancía nueva con características individuales y por lo cual se pueda clasificar en la NANDINA en partida diferente a la de los materiales no originarios.

6. Las mercancías transformadas o elaboradas y que por sus características no se pueda clasificar en la NANDINA en partida diferente a la de los materiales originarios, siempre que se utilicen en su elaboración o transformación materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no excede del 50 % del valor FOB de exportación del producto en relación con Colombia y Perú. Para Bolivia y Ecuador del 60%.

7. Las mercancías que se componen de unidades separables y diferenciables (juegos y surtidos de mercancías), siempre que cada una de dichas unidades cumpla con las normas de origen establecidas en la norma comunitaria.

El Juez Consultante al analizar el caso en particular, deberá determinar la procedencia de la calificación de origen de las mercancías importadas al territorio aduanero comunitario y, determinar si conforme a la situación dichas mercancías se encontrarían o no cobijadas dentro del Programa de Liberación que consagra el Acuerdo de Cartagena, atendiendo a los criterios plasmados en la presente providencia.

C. EI CERTIFICADO DE ORIGEN ANDINO DE LAS MERCANCÍAS. APLICACIÓN DE LA DECISIÓN 416 AL MERCADO INTERNO DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ANDINA.

Como quiera que en el asunto bajo examen se discute sobre el origen andino de las mercancías reimportadas al territorio aduanero por la empresa DISWAFER LTDA., es pertinente determinar qué es el certificado de origen andino

de las mercancías y la aplicación de la Decisión 416 al mercado interno de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

La Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina regula la figura del certificado de origen andino de las mercancías. Dicho certificado es un documento que da fe de si las mercancías introducidas al territorio de cualquiera de los Países Miembros tienen origen andino.

El artículo 12 de la mencionada Decisión prevé que el cumplimiento de las normas sobre calificación de origen deberá comprobarse con el respectivo certificado de origen expedido por las respectivas entidades o autoridades que para el efecto señale el País Miembro Exportador.

Para que el certificado de origen tenga plenos efectos se deberá cumplir con los siguientes requisitos, de conformidad con lo estipulado en el mencionado artículo 12:

1. Para expedir el respectivo certificado, las autoridades competentes o habilitadas deberán solicitar al productor si es el mismo exportador de la mercancía, una declaración jurada. Si el producto no es el mismo exportador, este último deberá suministrar la declaración jurada.
2. Que la anterior declaración jurada esté vigente. El párrafo 5 del artículo 12 de la Decisión 416 establece como plazo de vigencia dos años, a menos que antes de dicho plazo se modifiquen las condiciones de producción, razón por la cual se deberá expedir otra declaración jurada.
3. El certificado de origen deberá contar con la firma autógrafa del funcionario competente para el efecto.
4. Junto con el certificado se debe presentar la respectiva factura comercial, cuya fecha no podrá ser posterior a la de la certificación.
5. Si las mercancías van a ser facturadas en un tercer País Miembro o no, el productor o exportador del País de Origen deberá declarar que las mercancías serán comercializadas por un tercero, indicando el nombre y los demás datos que dé la empresa que facturara la operación de destino.



6. De conformidad con el artículo 14 de la Decisión 416, tanto la declaración jurada como el certificado de origen deberá expedirse en el formulario adoptado por la Asociación Latinoamericana de Integración, hasta tanto entre a regir el nuevo formulario adoptado por la Comisión de la Comunidad Andina, a propuesta de la Secretaría General de la Comunidad Andina, de conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 416.
7. Que el certificado de origen se encuentre vigente. El segundo párrafo de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina, determina que el certificado de origen tendrá una vigencia de 180 días calendario, contados a partir de la fecha de emisión, salvo que se trate de mercancía almacenada temporalmente bajo control aduanero en el país de destino, en cuyo evento el certificado de origen se mantendrá vigente por el tiempo adicional que la administración aduanera haya autorizado dichas operaciones o regímenes.

Es importante tener en cuenta lo consagrado en el artículo 15 de la Decisión 416, ya que prevé cuatro hipótesis en donde la Autoridad Aduanera no puede impedir el desaduanamiento de las mercancías cuando haya problemas con el Certificado de Origen de las mercancías, pero si puede exigir la constitución de una garantía por el valor de los gravámenes que se aplicarían a importaciones de Terceros Países, con base en las normas nacionales internas que para el efecto estén consagradas. Estas hipótesis son:

- 1) Que exista duda sobre la autenticidad de la certificación;
- 2) Que se presuma el incumplimiento de las normas establecidas en la Decisión 416;
- 3) Que la mercancía se encuentre en la nómina de bienes no producidos en la subregión y;
- 4) Que el certificado de origen no se presente, contenga errores o esté incompleto. En el primer evento la autoridad aduanera dará un plazo de quince días calendario contado a partir de la fecha de despacho a consumo o del levante de la mercancía, para que el certificado sea presentado, so pena de hacer exigible la garantía o cobrar los gravámenes correspondientes si no se cumple.

La Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina al ser una norma de carácter comunitario, en virtud del principio de aplicación directa e inmediata, entra a regir en los Países Miembros una vez en vigor de manera inmediata y automática sin que para ello se requiera proceso de incorporación al orden interno y sin que se requiera ningún tipo de reglamentación para el efecto.

De conformidad con lo anterior, el Juez Consultante deberá determinar si se han cumplido con los requisitos que la Decisión 416 consagra en relación con el certificado de origen andino, de conformidad con lo expresado en la presente providencia.

D. PREVALENCIA DEL ORDENAMIENTO COMUNITARIO ANDINO EN RELACIÓN CON LAS NORMAS DE CARÁCTER INTERNO DE LOS PAÍSES MIEMBROS.

El Tribunal ha consolidado como principio fundamental del Ordenamiento Comunitario Andino el de "Supremacía del Derecho Comunitario Andino", soportándolo en otros principios: el de "Eficacia Directa del Ordenamiento Jurídico Andino", el de "Aplicabilidad Inmediata del Ordenamiento Jurídico Andino", y el de "Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino".

Haciendo un análisis de la posición o jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino, ha manifestado que dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las Normas de Derecho Internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. 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.

Dicha posición ha sido reiterada en suficiente jurisprudencia del Tribunal: Proceso 118-AI-2003. Sentencia de 14 de abril de 2005, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1206, de 13 de junio de 2005; Proceso 117-AI-2003. Sentencia de 14 de abril de 2005, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1156, de 10 de mayo de 2005; Proceso 43-AI-2000. Sentencia de 10 de marzo de 2004,



publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1079, de 7 de junio de 2004; Proceso 34-AI-2001. Sentencia de 21 de agosto de 2002, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 839, de 25 de septiembre de 2002; Proceso 7-AI-98. Sentencia de 21 de julio de 1999, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 490, de 4 de octubre de 1999; Proceso 2-IP-90. Interpretación Prejudicial de 20 de septiembre de 1990, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 69, de 11 de octubre de 1990; Proceso 2-IP-88. Interpretación Prejudicial de 25 de mayo de 1988, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 33, de 26 de junio de 1998; Proceso 02-AN-86. Sentencia de 16 de abril de 1986, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 21, de 15 de julio de 1987, entre otras.

Un punto fundamental al analizar el tema de la Supremacía del Derecho Comunitario Andino, como se dijo anteriormente, es el principio de "Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino", que lo desarrolla 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 derivarlas de ningún otro ordenamiento jurídico.

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 de 27 de junio de 2002, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 818, de 23 de julio de 2002).

Lo anterior sin perjuicio, de que los Países Miembros habilitados por la norma comunitaria, regulen determinados aspectos con base en la facultad denominada "Completamente indispensable".

En virtud de lo anteriormente expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

C O N C L U Y E:

PRIMERO: El Juez Consultante deberá determinar en el proceso interno si de conformidad con la situación de hecho descrita que originó la expedición de los actos demandados, es aplicable la normativa comunitaria andina sobre el programa de liberación previsto en el Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo expresado en la presente providencia.

SEGUNDO: El Juez Consultante al estudiar el caso particular deberá analizar si es necesario determinar el origen andino de las mercancías importadas al territorio aduanero.

TERCERO: En caso de que el Juez Consultante señale que para el efecto era necesario determinar el origen andino de las mercancías, deberá proceder a estudiar si se han cumplido con los requisitos que la Decisión 416 consagra en relación con el certificado de origen andino, de conformidad con lo expresado en la presente providencia.

CUARTO: 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 demás normas de derecho internacional; lo anterior tiene como efecto inmediato la inaplicabilidad



de la norma contraria al Derecho Comunitario Andino.

De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Juez Nacional consultante, al emitir el fallo en el proceso interno N° 2004-00169-00, deberá adoptar la presente interpretación. Así mismo deberá dar cumplimiento a las prescripciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 128 del Estatuto vigente.

Notifíquese al Juez Consultante mediante copia certificada y remítase copia a la Secretaría General de la Comunidad Andina, para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Oswaldo Salgado Espinoza
PRESIDENTE

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Olga Inés Navarrete Barrero
MAGISTRADA

Carlos Jaime Villarroel Ferrer
MAGISTRADO

Isabel Palacios Leguizamón
SECRETARIA

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

Isabel Palacios L.
SECRETARIA

PROCESO 192-IP-2007

Interpretación prejudicial del artículos 74 del Acuerdo de Cartagena y, de oficio, de los artículos 72, 73, 75, 76 77 y 82 de la misma normativa; así como, los artículos 2, 7, 8, 12, 14 y 15 de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina, con fundamento en la consulta solicitada por el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla, Departamento del Atlántico de la República de Colombia. Expediente Interno N° 2004-00215-00. Actor: Sociedad DISWAFER LTDA. Caso: “Pago Arancel”.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en Quito, a los diez y nueve días del mes de febrero del año dos mil ocho, procede a resolver la solicitud de Interpretación Prejudicial formulada por el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla, Departamento del Atlántico de la República de Colombia.

VISTOS:

Que la solicitud de interpretación prejudicial y sus anexos cumplen con los requisitos comprendidos en el artículo 125 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como con las exigencias del artículo 33 del Tratado de Creación, por lo que su admisión a

trámite fue considerada procedente en el auto emitido el 23 de enero de 2008.

I. ANTECEDENTES.

El Tribunal, con fundamento en la documentación allegada estima procedente destacar como antecedentes del proceso interno que dio lugar a la presente solicitud, lo siguiente:

A. LAS PARTES.

Demandante: Sociedad DISWAFER LTDA.

Demandada: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, LOCAL BARRANQUILLA, REPÚBLICA DE COLOMBIA.



B. DATOS RELEVANTES

1. HECHOS

Entre los principales hechos, algunos recogidos de los narrados en la demanda y otros de la solicitud de interpretación prejudicial y de los antecedentes administrativos de los actos acusados, se encuentran los siguientes:

- a. La Administración Especial- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- Local Barranquilla de la República de Colombia inició investigación para adelantar el control posterior sobre importaciones y exportaciones de y para la Zona Franca de Barranquilla realizadas por la empresa DISWAFER LTDA. a fin de establecer si declaró correctamente la base gravable.
- b. La mencionada sociedad realizó una importación ordinaria con la Declaración de Importación N° 2381003051393-6, el 14 de diciembre de 2000, precedida de exportación definitiva de materia prima nacional.
- c. Se discute si en tal razón debía cancelar tributos aduaneros por las materias primas nacionales incorporadas como mercancía extranjera, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Nacional 2685, de 1999.
- d. Se culminó la investigación con la expedición de los actos administrativos Resoluciones N° 0999, de 30 de abril de 2003; 1669, de 04 de agosto de 2003 y; 2848, de 04 de diciembre de 2003, expedidas por la División de Liquidación Aduanera de la Administración de Aduanas Nacionales, Local Barranquilla y por la División Jurídica Aduanera de la misma Administración, respectivamente, mediante las cuales se decidió que el importador no incluyó en la base gravable el valor de las materias primas nacionales, precedidas de exportación definitiva, que no se consideran valor agregado nacional, y que deberán pagar el valor en aduanas correspondiente a la subpartida del bien final.

2. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA.

La demanda se soporta en los siguientes argumentos:

- a. La sociedad demandante considera que en la expedición de los actos demandados hubo

falta de aplicación del artículo 402 del Decreto Nacional 2685 de 1999, dado que importó al territorio aduanero nacional, como usuario de la Zona Industrial de Bienes y Servicios de la Zona Franca de Barraquilla, cumpliendo correctamente con la liquidación del valor en aduana ya que tomó como base el cuadro de integración certificado por la Zona Franca, del que se desprende que todos los materiales utilizados son nacionales y, por lo tanto, su certificado de origen es colombiano.

- b. En el proceso productivo tampoco se utilizaron insumos provenientes de terceros países.
- c. Para hacer la liquidación la norma exige la obligación de tomar el valor en aduana que se establece en los insumos extranjeros; dichos valores son consignados en el Certificado que expide la Zona Franca.
- d. El cuadro de Integración fue autorizado por la Zona Franca, y este documento fue el soporte que tomó el inspector de la DIAN para otorgar el levante respectivo.
- e. El artículo 400 del Decreto 2685 de 1999 establece que el Certificado de Integración será expedido por el Usuario Operador (en este caso Zona Franca) de las materias primas e insumos nacionales y extranjeros utilizados en el proceso de producción y será el soporte de la Declaración de Importación.
- f. La interpretación otorgada por los funcionarios de la DIAN desconocen que Colombia pertenece a la Comunidad Andina de Naciones y que los productos elaborados en el territorio aduanero nacional, Zona Franca, tiene Origen colombiano certificado por el Ministerio de Comercio Exterior.
- g. No tendría fundamento que un producto ingresado desde un País de la Comunidad Andina goce de preferencias arancelarias mientras que uno de origen colombiano no las tenga. Por esa razón es que considera que se ha desconocido el Acuerdo de Cartagena.
- h. Como consecuencia de la adopción de la nomenclatura arancelaria NANDINA es que Colombia estableció un Programa de Liberación, pero la DIAN ha desconocido que las mercancías que provengan de la Comunidad Andina deben ingresar sin pago de arancel.



4. FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

En el informe del Juez Consultante se agregó la contestación de la demanda, que señala:

- a. Las normas nacionales prevén que la base gravable sobre la cual se liquida el impuesto sobre las ventas en el caso de mercancías importadas, será la misma que se tiene en cuenta para liquidar los derechos de aduana, adicionados con el valor de este gravamen.
- b. Las materias procesadas en la Zona Franca importadas al resto del territorio nacional, precedida de una exportación definitiva, no pueden considerarse nacionales sino una materia prima e insumo extranjero, lo que se demuestra con los documentos que prueban que la sociedad demandante ingresó a sus instalaciones materia prima nacional desde el resto del territorio aduanero mediante la modalidad de exportación definitiva, materias que luego fueron transformadas mediante un proceso productivo para la obtención del bien final.
- c. El producto, por lo tanto, fue importado al resto del territorio aduanero nacional sin el pago de tributos aduaneros; es decir, del arancel correspondiente a terceros países.
- d. El importador debió tomar como base gravable para determinar el valor en Aduana, además de la materia prima de origen extranjero la materia prima nacional introducida a la Zona franca.

II. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es competente para interpretar por la vía prejudicial las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

III. NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO A SER INTERPRETADAS.

Las normas cuya interpretación se solicita son las siguientes: artículos 74, 75, 76, 77, 79, 82 y 84 del Acuerdo de Cartagena.

Una vez analizado la transcripción que el Juez Consultante hace de las normas solicitadas, la

Sala encuentra que dichas normas pertenecen a la versión del Acuerdo de Cartagena sin las modificaciones introducidas por posteriores Protocolos, salvo el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena.

De conformidad con lo anterior, se interpretará el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y, de oficio, los artículos 72, 75, 73, 76, 77 y 81 de la misma normativa, así como los artículos 2, 7, 8, 12, 14 y 15 de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina, normativa vigente al momento en que la mercancía fue reimportada por la empresa **DISWAFFER LTDA.**

A continuación se inserta el texto de las normas a ser interpretadas:

ACUERDO DE CARTAGENA

(...)

Artículo 72

“El Programa de Liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro”.

Artículo 73

“Se entenderá por ‘gravámenes’ los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. No quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados.

Se entenderá por “restricciones de todo orden” cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral. No quedarán comprendidas en este concepto la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

a) *Protección de la moralidad pública;*

b) *Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;*



- c) *Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los Países Miembros;*
- d) *Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;*
- e) *Importación y exportación de oro y plata metálicos;*
- f) *Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y*
- g) *Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.”*

Artículo 74

“Para los efectos de los artículos anteriores, la Secretaría General, de oficio o a petición de parte, determinará, en los casos en que sea necesario, si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye “gravamen” o “restricción”.”

Artículo 75

“En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales”.

Artículo 76

“El Programa de Liberación será automático e irrevocable y comprenderá la universalidad de los productos, salvo las disposiciones de excepción establecidas en el presente Acuerdo, para llegar a su liberación total en los plazos y modalidades que señala este Acuerdo.

Este Programa se aplicará, en sus diferentes modalidades:

- a) *A los productos que sean objeto de Programas de Integración Industrial;*

- b) *A los productos incluidos en la Lista Común señalada en el Artículo 4 del Tratado de Montevideo de 1960;*

- c) *A los productos que no se producen en ningún país de la Subregión, incluidos en la nómina correspondiente; y*

- d) *A los productos no comprendidos en los literales anteriores.”*

Artículo 77

“Los Países Miembros se abstendrán de aplicar gravámenes y de introducir restricciones de todo orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión.”

(...)

Artículo 81

Los Países Miembros se comprometen a poner en aplicación un Arancel Externo Común en los plazos y modalidades que establezca la Comisión”.

(...)

DECISIÓN 416

(...)

Artículo 2

“Para los efectos del Programa de Liberación previsto en el Acuerdo de Cartagena y conforme a lo dispuesto en la presente Decisión, serán consideradas originarias del territorio de cualquier País Miembro, las mercancías:

- a) *Integramente producidas de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la presente Decisión.*

- b) *Elaboradas en su totalidad con materiales originarios del territorio de los Países Miembros.*

- c) *Que cumplan con los requisitos específicos de origen fijados de conformidad con lo establecido en el Artículo 113 del Acuerdo de Cartagena, los que prevalecerán sobre los demás criterios de la presente Decisión.*



Los requisitos específicos de origen se fijarán de conformidad con los criterios y procedimientos que establezca la Comisión;

- d) Las que no se les han fijado requisitos específicos de origen, cuando resulten de un proceso de ensamblaje o montaje siempre que en su elaboración se utilicen materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no exceda el 50 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Colombia, Perú y Venezuela, y el 60 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Bolivia y Ecuador.
- e) Las no comprendidas en el literal anterior, que no se les han fijado requisitos específicos de origen y en cuya elaboración se utilicen materiales no originarios cuando cumplan con las siguientes condiciones:
- i) Que resulten de un proceso de producción o transformación realizado en el territorio de un País Miembro; y
- ii) Que dicho proceso les confiera una nueva individualidad caracterizada por el hecho de estar clasificadas en la NANDINA en partida diferente a la de los materiales no originarios;
- f) A las que no se les han fijado requisitos específicos de origen y que no cumplan con lo señalado en el inciso ii) del literal anterior, siempre que en su proceso de producción o transformación se utilicen materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no exceda el 50 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Colombia, Perú y Venezuela, y el 60 por ciento del valor FOB de exportación del producto en el caso de Bolivia y Ecuador.
- g) Los juegos o surtidos de mercancías, siempre que cada una de las mercancías en ellos contenida, cumplan con las normas establecidas en la presente Decisión.

Los valores CIF y FOB a que se refieren los literales d) y f) del presente artículo, podrán corresponder a su valor equivalente según el medio de transporte utilizado. En el caso de

Bolivia se entiende por valor equivalente el valor CIF-Puerto, cuando se trate de importaciones por vía marítima o CIF-Frontera cuando se trate de importaciones por otras vías”.

(...)

Artículo 7

“Para la determinación del origen de los productos se considerarán como originarios del territorio de un País Miembro los materiales importados originarios de los demás Países Miembros”.

Artículo 8

“Las mercancías reexportadas entre los países de la Subregión que sean originarias conforme a las normas especiales para la calificación y certificación del origen y a las Resoluciones sobre Requisitos Específicos de Origen, gozarán del Programa de Liberación”.

(...)

Artículo 12

“El cumplimiento de las normas y de los requisitos específicos de origen deberá comprobarse con un certificado de origen emitido por las autoridades gubernamentales competentes o las entidades habilitadas para tal efecto por el País Miembro exportador.

Para la certificación del origen, las autoridades gubernamentales competentes o las entidades habilitadas deberán contar con una declaración jurada suministrada por el productor, en el formato a que hace referencia la Disposición Transitoria Primera de la presente Decisión.

El certificado de origen deberá llevar la firma autógrafa del funcionario habilitado por los Países Miembros para tal efecto.

Cuando el productor sea diferente del exportador, éste deberá suministrar la declaración jurada de origen a las autoridades gubernamentales competentes o las entidades habilitadas, en el formato a que hace referencia la Disposición Transitoria Primera de la presente Decisión.



La declaración del productor tendrá una validez no superior a dos años, a menos que antes de dicho plazo se modifiquen las condiciones de producción.

La fecha de certificación deberá ser coincidente o posterior a la fecha de emisión de la factura comercial. A los fines de la certificación del origen, en todos los casos, la factura comercial deberá presentarse conjuntamente con el certificado de origen.

Parágrafo: Cuando las mercancías objeto del intercambio sean facturadas desde un tercer país, miembro o no de la subregión, el productor o exportador del país de origen deberá declarar que las mismas serán comercializadas por un tercero, indicando el nombre y demás datos de la empresa que en definitiva sea la que factura la operación de destino”.

(...)

Artículo 14

“Para la declaración y certificación del origen de los productos se utilizará el formulario adoptado por la Asociación Latinoamericana de Integración, hasta tanto se apruebe un nuevo formulario de acuerdo con lo previsto en la Disposición Transitoria Primera de la presente Decisión. El certificado de origen tendrá una validez de 180 días calendario, contados a partir de la fecha de su emisión.

En caso que la mercancía sea internada o almacenada temporalmente bajo control aduanero en el país de destino, el certificado de origen se mantendrá vigente por el tiempo adicional que la administración aduanera haya autorizado dichas operaciones o regímenes”.

Artículo 15

“Las autoridades aduaneras del País Miembro importador no podrán impedir el desaduanamiento de las mercancías en casos de duda acerca de la autenticidad de la certificación, presunción de incumplimiento de las normas establecidas en esta Decisión, cuando la mercancía se encuentre en la nómina de bienes no-producidos en la subregión, o cuando el certificado de origen no se presen-

te, contenga errores, o esté incompleto. En tales situaciones se podrá exigir la constitución de una garantía por el valor de los gravámenes aplicables a terceros países, de conformidad con las legislaciones nacionales de los Países Miembros.

Cuando el certificado de origen no se presente, las autoridades aduaneras del País Miembro importador otorgarán un plazo de quince días calendario a partir de la fecha de despacho a consumo o levante de la mercancía, para la debida presentación de dicho documento. Vencido el plazo, se harán efectivas las garantías o se cobrarán los gravámenes correspondientes”.

(...)

VI. CONSIDERACIONES.

Procede el Tribunal a realizar la interpretación prejudicial solicitada, para lo cual se analizarán los siguientes aspectos:

- A. El programa de liberación de mercados en la Comunidad Andina. El Comercio Intracomunitario.
- B. El régimen de zona franca y la calificación de origen de las mercancías.
- C. El Certificado de Origen Andino de las mercancías. Aplicación de la Decisión 416 al mercado interno de los Países Miembros de la Comunidad Andina.
- D. Prevalencia del ordenamiento comunitario andino en relación con las normas de carácter interno de los Países Miembros.

A. EL PROGRAMA DE LIBERACIÓN DE MERCADOS EN LA COMUNIDAD ANDINA. EL COMERCIO INTRACOMUNITARIO.

Como quiera que la parte demandante argumentara que las Resoluciones acusadas violaron el programa de liberación que opera dentro de la Comunidad Andina, es pertinente referirse a qué es el programa de liberación, sus características y finalidad.

El Programa de Liberación es uno de los instrumentos o mecanismos fundamentales para al-



canzar los objetivos del Acuerdo de Cartagena tal como lo manifiesta la propia norma constitutiva en su artículo 3, literal d). Es una herramienta base, que junto con otras, busca realizar los objetivos que el propio Acuerdo determina en su artículo 1, a saber:

1. Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad.
2. Acelerar el crecimiento de los Países Miembros y disminuir su nivel de desempleo.
3. Facilitar la participación de los Países Miembros en el proceso de integración regional con la finalidad de consagrar un mercado común latinoamericano.
4. Fortalecer la posición de los Países Miembros en el concierto económico internacional.
5. Generar lazos de solidaridad subregional y reducir las asimetrías existentes entre los Países Miembros.
6. Lograr como fin último la calidad de vida de los habitantes de la subregión.

El Tribunal oportunamente se ha referido a lo anterior. En la sentencia del 14 de abril de 2005, publicada en la Gaceta Oficial 1206 del 13 de junio de 2005, y proferida dentro del proceso 118-AI-2003, manifestó lo siguiente:

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

*obligaciones jurídicas internacionales de los países que la conforman”.*¹

El Programa de Liberación tiene las siguientes características:

- a. Se soporta en el principio básico y fundamental de la libre circulación de mercancías. Dicho principio se consagra normativamente en el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, estableciendo que *“el programa de liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro”*. El artículo 77 desarrolla dicho principio, colocando ya en cabeza de los Países Miembros la obligación de no aplicar los gravámenes y restricciones mencionadas en relación con las importaciones de bienes originarios de la Subregión.

Los conceptos de “gravámenes” y “restricciones de todo orden” tienen definición normativa en el artículo 73 de la misma normativa, cuyo texto es el siguiente:

“Se entenderá por ‘gravámenes’ los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. (...)”

Se entenderá por ‘restricciones de todo orden’ cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral (...)”

El Tribunal al interpretar este artículo ha manifestado lo siguiente en relación con el concepto de “restricciones de todo orden”:

¹ En relación con lo anterior se pueden consultar las siguientes sentencias proferidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: Proceso 5-IP-90. Interpretación Prejudicial publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 162 del 9 de septiembre de 1994; Proceso 3-AI-98. Sentencia del 11 de febrero de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 423, de 31 de marzo de 1999. Proceso 117-AI-2004. Sentencia de 19 de abril de 2006, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1347, de 25 de mayo de 2006.



“Estas restricciones de todo orden que pueden constituir cualesquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, deben fundamentalmente ir contra la filosofía del Programa de Liberación, en el entendido de que restringir (...) es la limitación o modificación que se hace de algo, disminuyéndolo. El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, indica que RESTRICCIÓN es la ‘Disminución de facultades o derechos’ y que ‘Restrictivo’ es ‘Lo que restringe, limitativo, que reduce o coarta’, concluyendo el mismo autor en identificar el ‘restringir’ al hecho de ‘Circunscribir, reducir, limitar. Acortar el gasto de consumo. Regatear licencias, permisos, privilegios’ (...) En todo caso, queda claro que restringir significa disminuir una capacidad existente de hacer algo y ‘Restricciones de todo orden’, supone una globalización general, de cualquier actitud que disminuye facultades o derechos existentes anteriormente, de cualquier forma o manera, que signifiquen una situación menos favorable a la existente antes de dictarse la nueva restricción.

Esto nos lleva a la conclusión de que una medida de cualesquier orden que disminuya, limitando y modificando una situación actual en detrimento del comercio interandino, salvo los casos de excepción previstos, constituye una restricción al Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena (...) concepto que fuera ratificado dentro del Proceso 3-AI-96 ya citado: ‘Por medida restrictiva se entiende cualquier acto imputable a una autoridad pública con efecto limitativo sobre las importaciones o en hacerlas más difíciles, o más costosas que los bienes de producción nacional. Las medidas administrativas pueden incluir desde la imposición de precios fijos mínimos o máximos menos favorables para los productos importados, de manera que creen obstáculos a los flujos de importaciones, hasta las limitaciones directas a las importaciones’.²

Ya en el ámbito de control de la actividad de los Países Miembros, el artículo 74 de Acuerdo de Cartagena pone en cabeza de la Secretaría General de la Comunidad Andina, de oficio o a petición de parte, la función de

determinar en qué casos una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye graven o restricción.

- b. Es automático. (artículo 76 del Acuerdo de Cartagena). Esto quiere decir que entrará a regir inmediatamente, sin que dependa de la voluntad momentánea de los Países Miembros. Lo anterior también quiere decir que los Países Miembros no pueden abstenerse de cumplir con el programa de liberación argumentando justificaciones y excepciones no contempladas en las propias normas comunitarias.
- c. Es irrevocable. (artículo 76 del Acuerdo de Cartagena). Una vez en marcha el Programa de liberación, los Países Miembros entienden que es un proceso hacia el futuro que no tiene reverso por circunstancias particulares y unilaterales. Por la voluntad individual no se puede pretender revocarlo o desconocerlo, ya que más allá de los intereses subjetivos y particulares el programa de liberación como atrás se indicó es un instrumento para conseguir en últimas el desarrollo de los Países Miembros y la mejora de la calidad de vida de sus habitantes. Lo anterior se concreta y soporta en los principios de buena fe y de cooperación leal que marcan la pauta de actuación de los Países Miembros de la Comunidad Andina. En relación con la actitud de los Países Miembros frente al Programa de Liberación el Tribunal ha sostenido:

Así, el Acuerdo de Cartagena señala que la Comunidad Andina se crea por la decisión de “(...) alcanzar tales fines mediante la conformación de un sistema de integración y cooperación que propenda al desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de los países”. Resulta por eso, esencial para la buena marcha de la cooperación subregional que los países se comprometan a mantener reglas de juego compatibles con la operación del intercambio comercial dentro de esquemas de libre competencia e igualdad en las relaciones entre ellos, de modo que se cumpla el propósito de la integración económica, cual es el de aglutinar los diversos mercados de los países integrantes reduciendo o eliminando los obstáculos al intercambio comercial recíproco, a fin de que el mercado ampliado cumpla las funciones de expansión comercial y mejore las condiciones de competitividad en la

² Proceso 5-IP-90. Interpretación Prejudicial de 22 de julio de 1994, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 162, de 9 de septiembre de 1994.



región. (...)" (Proceso 117-AI-2004. Sentencia de 19 de abril de 2006, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1347, de 23 de mayo de 2005).

- d. Es universal. (artículo 76 del Acuerdo de Cartagena). El programa de liberación cubre la totalidad de los productos sin distinción alguna, salvo las excepciones que consagre la propia normativa comunitaria, tal como podría ser el tratamiento especial de los Países Miembros con menos desarrollo relativo.

El artículo 76 establece la calidad de automático e irrevocable del Programa de Liberación, salvo el caso de las excepciones previstas en el mismo Acuerdo y finalmente el artículo 84 dispone de manera preceptiva que "(...) los Países Miembros se abstendrán de modificar los niveles de gravámenes o de introducir nuevas restricciones de todo orden a las importaciones de productos originarios de la Subregión, de modo que signifique una situación menos favorable que la existente a la entrada en vigor del Acuerdo". (Sentencia 3-AI-98, de 11 de febrero de 1999, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 423, de 31 de marzo de 1999).

El programa de liberación, tal como está concebido, es bastión fundamental en el desempeño del comercio intracomunitario, el cual se complementa con el principio de la no discriminación y sus dos vertientes: los principios de trato nacional y de nación más favorecida. Sobre estos principios el Tribunal en varias de sus providencias se ha manifestado de la siguiente manera:

Al respecto cabe afirmar que, en términos generales, el referido principio enseña que los bienes originarios y provenientes de los Países Miembros, una vez internados al mercado nacional de otro País Miembro, no deben ser tratados de una manera diferente a los bienes de origen nacional.

Este principio se encuentra consagrado en la mayoría de acuerdos de libre comercio clásicos y, prácticamente en todos los modernos: Así, lo encontramos contemplado en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), en el Tratado de Montevideo de 1980, mediante el cual se constituyó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y en el Acuerdo de Marrakech de 1994, a través del cual se constituyó la Organización Mundial del Comercio (OMC), entre otros.

Encontrándose la norma de Trato Nacional contenida en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, formando parte del Capítulo VI, referente al Programa de Liberación, es conveniente tomar en consideración que éste tiene por objeto "eliminar los gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios de cualquier País Miembro" (artículo 72 del Acuerdo de Cartagena). Tal norma guarda concordancia con el artículo 75 del mismo Acuerdo, que dispone que "los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos nacionales similares", en materias relacionadas con "impuestos, tasas y otros gravámenes internos". Aprecia, pues, el Tribunal que dentro del contexto del referido Capítulo VI, constituye uno de los mecanismos principales a utilizarse para alcanzar los objetivos propios del proceso integracionista y en especial para obtener la formación gradual de un mercado común.

En consecuencia, cualquier obstáculo o impedimento a la libre importación de mercancías que vaya contra los objetivos y postulados consagrados en el Acuerdo de Cartagena constituye una traba al libre comercio, mucho más si la misma tiene carácter discriminatorio con respecto a los bienes importados de la subregión frente a los de producción nacional. De donde resulta que en lo referente al principio de Trato Nacional éste se configura como un derecho esencial, inmanente y consubstanciado con la naturaleza y los objetivos de la propia integración". (Proceso 134-AI-2003. Sentencia de 22 de septiembre de 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1133, de 27 de agosto de 2004).³

³ Este principio ha sido tratado por el Tribunal en las siguientes providencias: Proceso 3-AI-97. Sentencia del 21 de julio de 1999, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 422, de 30 de marzo de 1999; Proceso 52-AI-2002. Sentencia de 27 de agosto de 2003, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 990, de 1 de octubre de 2003; Proceso 3-AI-97. Sentencia de 7 de diciembre de 1998, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 422, de 30 de marzo de 1999; Proceso 132-AI-2003. Sentencia de 13 de enero de 2005, publicado en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1171, de 3 de marzo de 2005.



Sobre el principio de no discriminación ha establecido:

“El tratamiento de la Nación Más Favorecida consiste, de manera elemental, en que cualquier concesión arancelaria dada por un país a otro, debe ser automáticamente aplicada a todos los demás que puedan invocarlo por razón de tenerlo vigente en sus relaciones comerciales bilaterales o multilaterales con el país otorgante de las ventajas.

Con similares características, objetivos y consecuencias, el artículo 155 del Acuerdo de Cartagena consagra de un modo general y lo inserta de esta manera en el Ordenamiento Jurídico Andino, la cláusula igualmente llamada de la “Nación Más Favorecida” en beneficio de todos los Países Miembros. Establece la norma comunitaria que “cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que se aplique por un País Miembro en relación con un producto originario de o destinado a cualquier otro país, será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de los demás Países Miembros.

El hecho de que un país de la Comunidad no extienda a las importaciones de bienes originarios de los otros Países Miembros, el tratamiento que con características más favorables aplique a terceros países, constituye, en principio, un rompimiento del compromiso de trato igualitario y equitativo establecido en el Artículo 155 del Acuerdo de Cartagena. En todo caso, deberá siempre analizarse si la no extensión de las ventajas aludidas se encuentra jurídicamente justificada por corresponder o encontrarse cubierta por alguna de las excepciones previstas para la no extensión del beneficio.

(...)

La cláusula de más favor es pues un mecanismo incorporado al Acuerdo de Cartagena desde la fecha misma de su suscripción, cuyo efecto es el de establecer un trato igualitario, automáticamente ajustable para hacerse equivalente a cualquier ventaja o privilegio que un País Miembro reconozca o conceda a un tercero, para restablecer, de esa manera, la igualdad de trato respecto de los Socios Comunitarios.

Las características fundamentales de esta figura convertida en ley para los Países Andinos, son aquellas de ser inmediatamente aplicada cuando se constituye la ventaja a favor de un tercero, también en beneficio de los demás Países Miembros; que esa extensión dispuesta como consagración del principio de equidad, debe ser incondicional y, consecuentemente, no sujeta a compensaciones de clase alguna, menos aún sometida a exigencias en materia de reciprocidad.

A partir del análisis de los orígenes andinos relativos al establecimiento de la cláusula de la Nación más Favorecida y, de las características jurídicas y técnicas de la misma, fijadas por la doctrina y recogidas también en jurisprudencia de este Tribunal, puede concluirse que se trata de un mecanismo incorporado al Ordenamiento Jurídico Comunitario, que no determina otras excepciones que las taxativamente establecidas en el propio artículo 155 del Acuerdo de Cartagena y que, en consecuencia, tiene el carácter de disposición de respeto obligatorio y automático para todos los Países Miembros, no siendo por lo tanto oponibles a ese compromiso, argumentos o justificaciones que no se enmarquen, fehacientemente, en los dispositivos que la constituyen y consagran (...).” (Proceso 32-AI-2001. Sentencia de 22 de noviembre de 2001, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 760, de 8 de febrero de 2002).⁴

Todo el comercio intrasubregional se encuentra complementado con una política exterior común en materia arancelaria sustentada en la instauración de un Arancel Externo Común (AEC), que no es más que la fijación de una política común sobre el nivel arancelario aplicable a las importaciones originarias de países no miembros de la Comunidad Andina de Naciones. La obligación de poner en aplicación un Arancel Externo Común se encuentra consagrada en el artículo 81 del Acuerdo de Cartagena y regulada por la Decisión 370 de la Comisión de la Comunidad Andina, pero es importante tener en cuenta que dicha aplicación, mediante la Decisión

⁴ Sobre este principio se puede consultar igualmente la siguiente providencia: Proceso 53-AI-2000. Sentencia de 14 de marzo de 2001, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 673, de 29 de mayo de 2001



679 de la Comisión de la Comunidad Andina, quedó aplazada hasta el 20 de julio de 2008.

El Juez Consultante deberá determinar en el proceso interno si de conformidad con la situación de hecho descrita, es aplicable la normativa sobre el programa de liberación de conformidad con lo expresado en la presente providencia.

B. EL RÉGIMEN DE ZONA FRANCA Y EL CERTIFICADO DE ORIGEN DE LAS MERCANCIAS.

En atención a que en el proceso interno se discute si las mercancías ingresadas a la zona franca de Barranquilla bajo el régimen de exportación definitiva y posteriormente reimportadas al territorio aduanero colombiano deben ser consideradas como de origen comunitario para el pago de aranceles, es pertinente referirse brevemente a qué es una zona franca y su implicancia en relación con el origen andino de los productos que ingresan a dichas zonas y posteriormente son reimportadas al territorio aduanero comunitario.

La zona franca es una figura jurídica que se soporta sobre una ficción territorial, por medio de la cual una parte debidamente delimitada del territorio de un país se considera, para efectos del pago de impuestos, recargos y demás erogaciones en relación con las mercancías allí introducidas, como si no fuera parte de dicho territorio.

En estos momentos no hay normativa comunitaria que regule la figura de la zona franca. La Decisión 671 de la Comisión de la Comunidad Andina⁵, normativa aún no vigente, define la zona franca pero no regula la figura; establece que esto le corresponde a la legislación nacional de cada País Miembro.

De conformidad con lo anterior y atendiendo al principio de complementariedad, lo no regulado absolutamente por la normativa comunitaria puede ser regulado por la normativa interna de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

Desde y hacia zonas francas se pueden exportar o importar mercancías provenientes de la Comunidad Andina de Naciones bajo los distintos regímenes de exportación o importación y, por lo tanto, la pregunta obligada para el Juez Consultante en relación con el asunto bajo examen es: ¿las mercancías exportadas bajo el régimen de exportación definitiva a una zona franca en Colombia y posteriormente transformadas en ésta, al ser reimportadas al territorio aduanero colombiano son consideradas como de origen comunitario en relación con su tratamiento arancelario?

Para responder a esta pregunta deberá analizarse tres situaciones: la primera en relación con la zona franca y la calificación de origen de las mercancías que salen de dichas zonas francas; la segunda en relación con los diferentes regímenes de exportación y su incidencia en el pago de aranceles; y la tercera, en relación con la calificación del origen andino de las mercancías y su incidencia en el pago de aranceles.

En relación con la primera situación, advierte la Sala que una mercancía por el sólo hecho de entrar a una zona franca no pierde su origen. La calificación del origen de las mercancías que ingresen al territorio aduanero de cada País Miembro, deben hacerse, de conformidad con los criterios de calificación de origen que más adelante se tratarán.

En relación con las otras dos situaciones, lo primero que advierte la Sala es que son dos figuras diferentes. Una cosa es el régimen de exportación que se utilice para sacar las mercancías del territorio comunitario andino hacia el exterior o hacia una zona franca, y la otra es la calificación del origen andino de las mercancías en relación con el programa de liberación anteriormente comentado. Lo anterior por cuanto el régimen de exportación que se utilice no incide en la calificación de origen que se da a la mercancía que reingrese al territorio aduanero. Que se exporte una mercancía bajo el régimen de exportación definitiva o bajo el régimen de exportación temporal para el perfeccionamiento pasivo, no le da ni le quita a la calificación de origen de las mercancías reimportadas al territorio aduanero. Estos regímenes de importación tienen efectos en relación con la liberación, compensación o suspensión del pago de aranceles, tributos y demás derechos que se causan con la importación de una mercancía.

⁵ La Decisión 671 fue expedida el 13 de junio de 2007, pero su entrada en vigencia, por disposición expresa, se encuentra aplazada para el 1 de junio de 2009.



Por otro lado, la calificación de origen debe hacerse independiente del régimen por medio del cual se haya exportado la mercancía que se reimporte al territorio aduanero comunitario. Para lo anterior se deben seguir ciertas reglas. En el caso del ordenamiento comunitario andino dichas reglas se encuentran plasmadas en la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina, mediante la cual se expiden las normas especiales para la calificación y certificación del origen de las mercancías.

Lo primero que hace la normativa comunitaria es definir en el artículo 1 qué se entiende por mercancía originaria: *“Todo producto, material o mercancía que cumpla con los criterios para la calificación del origen, establecidos en el Capítulo II de la presente Decisión.”*

El capítulo II de la Decisión 416, teniendo como marco los efectos del programa de liberación antes comentado, determina los criterios para la calificación de origen, a saber:

Una mercancía será considerada como originaria de cualquier País Miembro de la Comunidad Andina en los siguientes eventos:

1. Que sean íntegramente producidas. El artículo 1 determina cuales mercancías son íntegramente producidas:

“a) Los productos de los reinos mineral, vegetal y animal incluyendo los de caza y pesca, extraídos, cosechados o recolectados, nacidos o capturados en su territorio o en sus aguas territoriales, patrimoniales y zonas económicas exclusivas;

b) Los productos del mar extraídos fuera de sus aguas territoriales, patrimoniales y zonas económicas exclusivas por barcos propios de empresas establecidas en el territorio de cualquier País Miembro, fletados o arrendados, siempre que tales barcos estén registrados matriculados de acuerdo con su legislación interna.

c) Las mercancías producidas a bordo de barcos fábrica a partir de peces, crustáceos, y otras especies marinas, obtenidos del mar por barcos propios de empresas establecidas en el territorio de cualquier País Miembro, o fletados, o arrendados, siempre que tales barcos estén re-

gistrados o matriculados de acuerdo con su legislación interna.

d) Los desechos y desperdicios que resulten de la utilización, o consumo, o de procesos industriales realizados en el territorio de cualquier País Miembro del Acuerdo de Cartagena, que sean utilizables únicamente para recuperación de materias primas.

e) Mercancías elaboradas en el territorio de cualquier País Miembro del Acuerdo de Cartagena exclusivamente a partir de productos contenidos en los literales precedentes”.

2. Mercancía elaboradas en su totalidad con materiales originarios del territorio de los Países Miembros. Para caso bajo examen este punto es muy importante, ya que la sociedad demandante argumenta que la mercancía importada fue elaborada con materia prima totalmente colombiana.

También es importante en este punto tener en cuenta lo establecido en el artículo 7 de dicha Decisión, ya que se prevé que los materiales importados y originarios de un País Miembro no afectarán la calificación de origen de los productos que se elaboren en otro País Miembro con dichos materiales, ya que se considerara como originarios de dicho País Miembro. Es decir, un producto elaborado en un País Miembro con materiales importados de otro País Miembro no pierde por ese hecho su calificación de origen.

Igualmente, se debe tener en cuenta lo consagrado en el artículo 8 de la misma normativa, ya que se prevé que las reexportaciones que se hagan entre los Países Miembros en relación con productos originarios de los mismos, gozarán igualmente del programa de liberación. Lo anterior quiere decir que un producto originario de un País Miembro que se exporte a otro País Miembro puede ser reexportado por este País Miembro y, por este sólo hecho, no perderá los beneficios que otorga el programa de liberación para dichos productos.

3. Que la mercancía cumpla con los requisitos específicos fijados por la Secretaría General, de conformidad con el artículo 101 del Acuer-



do de Cartagena. Hay productos que por sus características particulares requieren unos criterios de calificación de origen diferentes de los ordinarios y, por lo tanto, la Secretaría General mediante Resolución fija dichos requisitos para cada producto en particular. Los anteriores requisitos al ser específicos prevalecen sobre los criterios ordinarios que establece la normativa comunitaria.

4. Siempre y cuando no se hayan fijado requisitos específicos de origen, las mercancías resultantes de un proceso de ensamblaje o montaje siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- Si en su elaboración se utilizan materiales originarios del territorio de los Países Miembros.
- Y si el valor CIF de los materiales no originarios no excede del 50 % del valor FOB de exportación en relación con Colombia y Perú. Para Bolivia y Ecuador del 60%.⁶

5. Siempre y cuando no se hayan fijado requisitos específicos de origen, las mercancías que en su transformación o elaboración se utilicen materiales no originarios siempre que cumplan con las siguientes condiciones:

- Que resulten de un proceso de producción o transformación realizado en el territorio de un País Miembro.
- Y que de dicho proceso se obtenga una mercancía nueva con características individuales y por lo cual se pueda clasificar en la NANDINA en partida diferente a la de los materiales no originarios.

6. Las mercancías transformadas o elaboradas y que por sus características no se pueda clasificar en la NANDINA en partida diferente a la de los materiales originarios, siempre

que se utilicen en su elaboración o transformación materiales originarios del territorio de los Países Miembros y el valor CIF de los materiales no originarios no excede del 50 % del valor FOB de exportación del producto en relación con Colombia y Perú. Para Bolivia y Ecuador del 60%.

7. Las mercancías que se componen de unidades separables y diferenciables (juegos y surtidos de mercancías), siempre que cada una de dichas unidades cumpla con las normas de origen establecidas en la norma comunitaria.

El Juez Consultante al analizar el caso en particular, deberá determinar la procedencia de la calificación de origen de las mercancías importadas al territorio aduanero comunitario y, determinar si conforme a la situación dichas mercancías se encontrarían o no cobijadas dentro del Programa de Liberación que consagra el Acuerdo de Cartagena, atendiendo a los criterios plasmados en la presente providencia.

C. EI CERTIFICADO DE ORIGEN ANDINO DE LAS MERCANCÍAS. APLICACIÓN DE LA DECISIÓN 416 AL MERCADO INTERNO DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ANDINA.

Como quiera que en el asunto bajo examen se discute sobre el origen andino de las mercancías reimportadas al territorio aduanero por la empresa DISWAFER LTDA., es pertinente determinar qué es el certificado de origen andino de las mercancías y la aplicación de la Decisión 416 al mercado interno de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

La Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina regula la figura del certificado de origen andino de las mercancías. Dicho certificado es un documento que da fe de si las mercancías introducidas al territorio de cualquiera de los Países Miembros tienen origen andino.

El artículo 12 de la mencionada Decisión prevé que el cumplimiento de las normas sobre calificación de origen deberá comprobarse con el respectivo certificado de origen expedido por las respectivas entidades o autoridades que para el efecto señale el País Miembro Exportador.

⁶ En relación con los valores CIF y FOB la norma comunitaria establece en el último párrafo del artículo 2 lo siguiente: "Los valores CIF y FOB a que se refieren los literales d) y f) del presente artículo, podrán corresponder a su valor equivalente según el medio de transporte utilizado. En el caso de Bolivia se entiende por valor equivalente el valor CIF-Puerto, cuando se trate de importaciones por vía marítima o CIF-Frontera cuando se trate de importaciones por otras vías".



Para que el certificado de origen tenga plenos efectos se deberá cumplir con los siguientes requisitos, de conformidad con lo estipulado en el mencionado artículo 12:

1. Para expedir el respectivo certificado, las autoridades competentes o habilitadas deberán solicitar al productor si es el mismo exportador de la mercancía, una declaración jurada. Si el producto no es el mismo exportador, este último deberá suministrar la declaración jurada.
2. Que la anterior declaración jurada esté vigente. El párrafo 5 del artículo 12 de la Decisión 416 establece como plazo de vigencia dos años, a menos que antes de dicho plazo se modifiquen las condiciones de producción, razón por la cual se deberá expedir otra declaración jurada.
3. El certificado de origen deberá contar con la firma autógrafa del funcionario competente para el efecto.
4. Junto con el certificado se debe presentar la respectiva factura comercial, cuya fecha no podrá ser posterior a la de la certificación.
5. Si las mercancías van a ser facturadas en un tercer País Miembro o no, el productor o exportador del País de Origen deberá declarar que las mercancías serán comercializadas por un tercero, indicando el nombre y los demás datos que dé la empresa que facturará la operación de destino.
6. De conformidad con el artículo 14 de la Decisión 416, tanto la declaración jurada como el certificado de origen deberá expedirse en el formulario adoptado por la Asociación Latinoamericana de Integración, hasta tanto entre a regir el nuevo formulario adoptado por la Comisión de la Comunidad Andina, a propuesta de la Secretaría General de la Comunidad Andina, de conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 416.
7. Que el certificado de origen se encuentre vigente. El segundo párrafo de la Disposición Transitoria Primera de la Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina, determina que el certificado de origen tendrá una vigencia de 180 días calendario, contados a

partir de la fecha de emisión, salvo que se trate de mercancía almacenada temporalmente bajo control aduanero en el país de destino, en cuyo evento el certificado de origen se mantendrá vigente por el tiempo adicional que la administración aduanera haya autorizado dichas operaciones o regímenes.

Es importante tener en cuenta lo consagrado en el artículo 15 de la Decisión 416, ya que prevé cuatro hipótesis en donde la Autoridad Aduanera no puede impedir el desaduanamiento de las mercancías cuando haya problemas con el Certificado de Origen de las mercancías, pero si puede exigir la constitución de una garantía por el valor de los gravámenes que se aplicarían a importaciones de Terceros Países, con base en las normas nacionales internas que para el efecto estén consagradas. Estas hipótesis son:

- 1) Que exista duda sobre la autenticidad de la certificación;
- 2) Que se presuma el incumplimiento de las normas establecidas en la Decisión 416;
- 3) Que la mercancía se encuentre en la nómina de bienes no producidos en la subregión y;
- 4) Que el certificado de origen no se presente, contenga errores o esté incompleto. En el primer evento la autoridad aduanera dará un plazo de quince días calendario contado a partir de la fecha de despacho a consumo o del levante de la mercancía, para que el certificado sea presentado, so pena de hacer exigible la garantía o cobrar los gravámenes correspondientes si no se cumple.

La Decisión 416 de la Comisión de la Comunidad Andina al ser una norma de carácter comunitario, en virtud del principio de aplicación directa e inmediata, entra a regir en los Países Miembros una vez en vigor de manera inmediata y automática sin que para ello se requiera proceso de incorporación al orden interno y sin que se requiera ningún tipo de reglamentación para el efecto.

De conformidad con lo anterior, el Juez Consultante deberá determinar si se han cumplido con los requisitos que la Decisión 416 consagra en relación con el certificado de origen andino, de conformidad con lo expresado en la presente providencia.



D. PREVALENCIA DEL ORDENAMIENTO COMUNITARIO ANDINO EN RELACIÓN CON LAS NORMAS DE CARÁCTER INTERNO DE LOS PAÍSES MIEMBROS.

El Tribunal ha consolidado como principio fundamental del Ordenamiento Comunitario Andino el de “Supremacía del Derecho Comunitario Andino”, soportándolo en otros principios: el de “Eficacia Directa del Ordenamiento Jurídico Andino”, el de “Aplicabilidad Inmediata del Ordenamiento Jurídico Andino”, y el de “Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino”.

Haciendo un análisis de la posición o jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino, ha manifestado que dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las Normas de Derecho Internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. 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.

Dicha posición ha sido reiterada en suficiente jurisprudencia del Tribunal: Proceso 118-AI-2003. Sentencia de 14 de abril de 2005, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1206, de 13 de junio de 2005; Proceso 117-AI-2003. Sentencia de 14 de abril de 2005, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1156, de 10 de mayo de 2005; Proceso 43-AI-2000. Sentencia de 10 de marzo de 2004, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1079, de 7 de junio de 2004; Proceso 34-AI-2001. Sentencia de 21 de agosto de 2002, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 839, de 25 de septiembre de 2002; Proceso 7-AI-98. Sentencia de 21 de julio de 1999, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 490, de 4 de octubre de 1999; Proceso 2-IP-90. Interpretación Prejudicial de 20 de septiembre de 1990, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 69, de 11 de octubre de 1990; Proceso 2-IP-88. Interpretación Prejudicial de 25 de mayo de 1988, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 33, de 26 de junio de 1998; Proceso 02-AN-86. Sentencia de 16 de abril de 1986,

publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 21, de 15 de julio de 1987, entre otras.

Un punto fundamental al analizar el tema de la Supremacía del Derecho Comunitario Andino, como se dijo anteriormente, es el principio de “Autonomía del Ordenamiento Jurídico Andino”, que lo desarrolla 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 derivarlas de ningún otro ordenamiento jurídico.

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 de 27 de junio de 2002, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 818, de 23 de julio de 2002).

Lo anterior sin perjuicio, de que los Países Miembros habilitados por la norma comunitaria, regulen determinados aspectos con base en la facultad denominada “Completamente indispensable”.

En virtud de lo anteriormente expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

**CONCLUYE:**

PRIMERO: El Juez Consultante deberá determinar en el proceso interno si de conformidad con la situación de hecho descrita que originó la expedición de los actos demandados, es aplicable la normativa comunitaria andina sobre el programa de liberación previsto en el Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo expresado en la presente providencia.

SEGUNDO: El Juez Consultante al estudiar el caso particular deberá analizar si es necesario determinar el origen andino de las mercancías importadas al territorio aduanero.

TERCERO: En caso de que el Juez Consultante señale que para el efecto era necesario determinar el origen andino de las mercancías, deberá proceder a estudiar si se han cumplido con los requisitos que la Decisión 416 consagra en relación con el certificado de origen andino, de conformidad con lo expresado en la presente providencia.

CUARTO: 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 demás normas de derecho internacional; lo anterior tiene como efecto inmediato la inaplicabilidad

de la norma contraria al Derecho Comunitario Andino.

De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Juez Nacional consultante, al emitir el fallo en el proceso interno N° 2004-00215-00, deberá adoptar la presente interpretación. Así mismo deberá dar cumplimiento a las prescripciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 128 del Estatuto vigente.

Notifíquese al Juez Consultante mediante copia certificada y remítase copia a la Secretaría General de la Comunidad Andina, para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Oswaldo Salgado Espinoza
PRESIDENTE

Ricardo Vigil Toledo
MAGISTRADO

Olga Inés Navarrete Barrero
MAGISTRADA

Carlos Jaime Villarroel Ferrer
MAGISTRADO

Isabel Palacios Leguizamón
SECRETARIA

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

Isabel Palacios L.
SECRETARIA