

DICTAMEN JURÍDICO SOLICITADO POR LA
EMPRESA PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. PARA SU
PRESENTACIÓN ANTE LA CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA (SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO), EN EL MARCO DEL
RECURSO DE CASACIÓN N° 347-2006 AB

Autor:

Alejandro Daniel Perotti: Máster en Derecho Comunitario por la Universidad Complutense de Madrid, profesor de Derecho de la Integración por la Universidad Austral, Consultor Jurídico de la Secretaría del MERCOSUR.

SEÑORES MINISTROS
DE SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

I. INTRODUCCIÓN

1. En mi carácter de profesor de Derecho de la integración y experto en Derecho comunitario¹, y ante las consultas de la empresa Philip Morris Products S.A. (en adelante, PMP), vinculadas a determinadas cuestiones suscitadas en el marco del recurso de casación N° 347-2006 AB, el cual tramita por ante vuestros estrados, creo conveniente, con la venia de este Órgano jurisdiccional, hacer algunas consideraciones que dada su innegable importancia para el presente trámite, podrían llevar a la estimación del recurso.

¹ Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de quien suscribe el presente informe, y no representan más que a su autor.

2. El recurso de casación tiene por fin atacar la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal N° 1 de lo Contencioso administrativo del Distrito de Quito (en adelante, TCAD-1 o Tribunal Distrital), del 1 de marzo de 2005, por la cual se declaró la ilegalidad de la Resolución N° 0959905 del Director Nacional de Propiedad Industrial, del 15 de julio de 1997 (en adelante, Resolución N° 0959905/97), la que fuera oportunamente confirmada por el Oficio N° DGAJ-1973295-MICIP del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, del 30 de septiembre de 1997 (en adelante, Oficio N° 1973295/97).
3. A manera de antecedentes conviene destacar: i) que la empresa Philip Morris Incorporated (en adelante, PMI) registró la marca "BELMONT" EN Ecuador (bajo el N° 532/63, del 12/12/63). ii) Asimismo, en 1976, Tabacalera Andina S.A. (en adelante, TANASA), filial de aquella empresa, registró (también en Ecuador) la marca "EL EXTRA SUAVE" (registro N° 1034/76, del 05/04/76; no obstante, posteriormente –el 31 de enero de 2000–, TANASA renunció al registro de la marca "EL EXTRA SUAVE", cancelándose el mismo por resolución del Director Nacional de propiedad Industrial del 1 de febrero de 2000. iii) En 1976, la compañía C.A. Cigarrera Bigott Sucesores (en adelante, CBS) (accionista única de la firma Inversiones Plurimarcas S.A. –en adelante, IPSA–, de quien, a su vez, la empresa British American Tobacacco Company –en adelante, BATC– es la principal accionista) firmó un acuerdo con PMI por el cual reconoció no tener derecho alguno sobre la marca "BELMONT" en Ecuador, iv) A pesar de la existencia de dicho pacto, el 12 de febrero de 1993, IPSA requirió el registro de la marca "BELMONT EXTRA SUAVE", siendo ello denegado por la Resolución N° 0959905/97 del Director Nacional de Propiedad Industrial, del 15 de julio de 1997 (confirmada a su vez por el referido Oficio N° 1973295/97); para así decidir la resolución mencionada hizo lugar a las oposiciones oportunamente presentadas por PMI y TANASA. v) Dicha denegatoria fue atada por BATC e IPSA, el 10 de octubre de 1997, por ante el TCDA-1 (proceso N° 4250 CSA), tribunal que -como se señaló precedentemente– acogió el recurso, declarando así la invalidez de la citada resolución N° 0959905/97.
4. En el carácter que antes he invocado, PMP me ha solicitado dictamen jurídico acerca de los siguientes extremos: A) ¿Cuál es el

contenido de la interpretación prejudicial dado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA o Tribunal de Justicia), en el proceso 44-IP-2002², sobre posibilidad de confusión de marcas y términos descriptivos y genéricos?; B) ¿El TCAD-1, a través de su sentencia del 1 de marzo de 2005, ha dado acabada aplicación a los principios que surgen de la interpretación prejudicial del TJCA en el proceso 44-IP-2002?; C) En caso de ser negativa la respuesta a la Consulta B), ¿la sentencia del TDCA-1 ha violado el Derecho comunitario andino, en especial el artículo 35 del Tratado Constitutivo del TJCA (en adelante), TCTJCA)?; y D) ¿La Corte Nacional de Justicia a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, como órgano del Estado de Ecuador, tienen la obligación de suprimir dicha violación, dejando sin efecto la sentencia impugnada y dictando una nueva en la que se aplique la interpretación prejudicial?.

- II. CONSULTA A): ¿Cuál es el contenido de la interpretación prejudicial dado por el TJCA, en el proceso 44-IP-2002, sobre posibilidad de confusión de marcas términos descriptivos y genéricos?.
1. Para comenzar, debe señalarse que la correcta comprensión de lo establecido por el TJCA en el proceso 44-IP-2002 resulta de vital importancia dado que dicha interpretación prejudicial le fue solicitada, precisamente, en el marco de la presente causa (hoy en estado de recurso de casación).
 2. a) El riesgo de confusión marcaria –como causal de imposibilidad de registración de una marca por identidad o similitud de signos– fue condesada por el TJCA en sus conclusiones Quinta y Sexta, a cuyo tenor <<[n] o son registrables los signos que en relación con derechos de terceros sean idénticos o que se asemejen de tal manera a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, destinada a amparar productos idénticos o semejantes, de modo que puedan inducir a los consumidores a error>>– y <<[I] a determinación del riesgo de confusión entre los signos confrontados en el presente caso, derivará de la realización del correspondiente

² TJCA, sentencia de 30 de abril de 2003, marca: Belmont Extra Suave, proceso 44-IP-2002, gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en adelante, GOAC) N° 945, 14/07/03.

examen comparativo, en el que se deberán considerar los criterios aportados por la doctrina y la jurisprudencia y que han sido señalados en la parte considerativa de esta sentencia>>, respectivamente.

3. La justificación de ambos extremos interpretativos fue elaborada por el Tribunal de Justicia en el considerando IV de su resolución, por cierto el acápite más extenso de la misma, lo cual es demostrativo de la importancia de dicho órgano judicial asigna a la imposibilidad de registración de una marca por identidad o similitud de signos. Importancia que por cierto, también el legislador comunitario ha dejado acreditado si se repara que la disposición que inhibe el registro por dicha causal, como bien destacó el Tribunal de Justicia, figuraba, con el mismo tenor, tanto en el literal a) del artículo 73 de la Decisión 313, como en el literal a) del artículo 83 de la Decisión 344³, ambas invocadas en el sub lite.
4. En este sentido, fue enfático el TJCA al señalar que las citadas normas prevén <<como prohibición el registro de aquellos signos que sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error>> Y ello es así, continuó el Tribunal de Justicia, dado que <<...“la función principal de la marca es la de identificar los productos o servicios de un fabricante o comerciante de los de igual o semejante naturaleza, que pertenezcan al competidor; por ello es fundamental que el signo en proceso de registro, no genere confusión respecto de los bienes o servicios distinguidos por otro solicitado previamente o por una marca que se encuentre inscrita, puesto que éstos gozan de la protección legal que les otorga el derecho de prioridad o el registro, respectivamente”...>>⁴. Lo

³ Ambas decisiones fueron publicadas en las GOAC N° 101, 14/02/92 y N°142, 29/19/93, respectivamente.

⁴ TJCA, proceso 44-IP-2002, cit., considerando IV, párrafo 1°, con cita de su precedente marca: Cola Real + gráfica, proceso 101-IP-2002 (el destacado es de la sentencia, mientras que la negrita fue agregada). En igual sentido, más recientemente, sentencias de 16 de

mencionado por el Tribunal de Justicia viene a significar que la marca debe tener entidad suficiente para distinguir o diferenciar al producto o servicio al cual ampara del resto.

5. La cualidad de identificación de la marca con el producto o servicio, y a la vez de distinción con relación a otros productos o servicios de un tercero, que debe contener el signo que se pretende registrar –a los fines de ser ello permitido por la normativa andina– debe ser claramente perceptible, aprehensible, por los consumidores. En efecto, si el signo cuyo registro se pretende, desde la perspectiva de los consumidores, no identifica los productos o servicios a los que corresponde con la entidad suficiente para distinguirlos de aquellos cobijados por una marca ya registrada o en proceso de registro, inducirá al público a error, lo cual es penalizado por el derecho andino con la irregistrabilidad de dicho signo.
6. En esta dirección, el Tribunal de Justicia resaltó –en la sentencia en comento– que esta causal de no registro por identidad o similitud de signos, denominada <<confusión en materia marcaria>>, hace relación <<a la falta de claridad al elegir una cosa por otra, a la que pueden ser inducidos los consumidores por no existir la capacidad suficiente para ser distintivo>>. La protección del bien jurídico en este aspecto es absoluto, si se tiene en cuenta que <<[a] fin de evitar esta situación de confusión, la prohibición contenida en el literal a) del artículo 83 no exige que el signo pendiente de registro induzca a error a los consumidores o usuarios, sino que basta la existencia de este riesgo para que se configure aquella prohibición>>⁵.

junio de 2004, marca: Mundo Aventura (mixta), proceso 54-IP-2004, GOAC N° 1096, 26/07/04, considerando 4.2.1, con cita de marca: Campo Verde, proceso 46-IP-2000; de 13 de julio de 2005, marca: Herbax, proceso 85-IP-2005, GOAC N° 1238, 06/09/05, considerando 2, y de 7 de mayo de 2009, marca: Kenlac (mixta), proceso 50-IP-2009, GOAC N° 1734, 22/07/09, considerando 3.4.

⁵ TJCA, proceso 44-IP-2002, cit., considerando IV, párrafo 3°. A mayor abundamiento, el tribunal de Justicia enumeró <<los supuestos que pueden dar lugar al riesgo de confusión entre varias denominaciones y los productos o servicios que cada una de ellas ampara>>, a saber, <."...que exista identidad entre los signos en disputa y también entre los productos o servicios distinguidos por ellos; o identidad entre los signos y semejanza entre los productos o servicios: o semejanza entre los signos e identidad entre los productos y servicios; o semejanza entre aquellos y también semejanza entre estos">> (con cita de su

7. La identidad o semejanza entre las marcas en conflicto, o lo que es lo mismo la falta de aptitud distintiva, según el TJCA, puede generar dos tipos de confusiones en el consumidor: la “directa”, que <<conduce al comprador a adquirir un producto determinado en la creencia de que está comprando otro>>, y la “indirecta”, que induce al consumidor a que <<atribuya, en contra de la realidad de los hechos, a dos productos o servicios que se le ofrecen, un origen, un origen empresarial común>>. Visto ello, el Tribunal de Justicia señaló que, [BELMONT EXTRA SUAVE (*)] y las marcas previamente registradas [BELMONT y EL EXTRA SUAVE (*)], cuya comparación habrá de hacerse desde sus elementos fonético, gráfico y conceptual>>. En resumen, para el referido tribunal, <<la confusión puede manifestarse cuando, al percibir la marca, el consumidor supone que se trata de la misma a que está habituado, o cuando, si bien encuentra cierta diferencia entre las marcas en conflicto, cree, por su similitud, que provienen del mismo producto o fabricante>>⁶.
8. Para el tribunal comunitario, la autoridad nacional examinadora de marcas, en oportunidad de analizar el riesgo de confusión, <<deberá tomar en cuenta>> los siguientes criterios doctrinados (Breuer Moreno) aceptados e su pacífica jurisprudencia⁷, a saber:

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

precedente marca: Águila dorada, proceso 68-IP-2002). El resaltado es del Tribunal y la negrita adicionada.

*En términos precisos, la comparación radica entre “BELMONT” y “BELMONT”, ya que, como se verá más adelante [Infra punto III.1.c.1)], la denominación “EXTRA SUAVE” carece de aptitud registral marcaria, visto su carácter de término “descriptivo”, “genérico” y de “uso común”.

⁶ TJCA, proceso 44-IP-2002, cit., considerando IV, párrafos 4°, 5° y 9°. La negrita fue agregada.

⁷ TJCA, sentencias de 11 de octubre de 2006, marca: Jolie de Vogue & Logotipo (mixta), proceso 125-IP-2006, GOAC N° 1439, 07/12/06, considerando C; de 15 de agosto de 2007, marca: denominada Laka, proceso 98_IP-2007, GOAC N°1555, 23/10/07, considerando 3; de 4 de febrero de 2009, marca: Galápagos + gráfica, proceso 103-IP-2008, GOAC N° 1710, 30/03/09, considerando 3.7, párrafo 2° y de 1 de abril de 2009, marca: Chance Estrella (mixta), proceso 23-IP-2009, GOAC N° 1730, 09/07/09, considerando 3.6, párrafo 2°, entre muchas otras.

- Las marcas deben ser examinadas en forma sucesiva y no simultánea.
 - Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existan entre las marcas.
 - 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>>⁸
9. En definitiva, de la sentencia del TJCA se desprende que la característica distintiva de la marca constituye un elemento básico a los fines de su registrabilidad, debiendo la misma ser examinada a partir del criterio del consumidor medio, y reparándose, no en las diferencias que la separan de otra, sino en sus elementos de semejanzas, pues aquí radica el mayor peligro de confusión para aquel consumidor. Finalmente, la infracción de la normativa andina tienen lugar, no sólo ante la efectiva confusión marcaria, sino también frente al o peligro de su ocurrencia.
10. b) Uno de los corolarios de la distintividad de la marca –entendida como una de las exigencias cuyo cumplimiento habilitan la registración– se vincula –en lo pertinente al sub examine– a la imposibilidad de registración de determinados signos por ausencia de entidad distintiva suficiente. En tal sentido, el juez supranacional señaló que, visto el artículo 82, inciso d), de la Decisión 344, <<no podrán registrarse como marco los signos genéricos y descriptivos, es decir, aquellos que de manera exclusiva se refieran a la calidad, la especie, la cantidad, el valor, el lugar de origen, la época de producción, o que comprendan características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales han de usarse>> atento a la débil caracterización diferenciadora que tales signos presentan⁹.
11. En cuanto a los signos genéricos, el Tribunal de Justicia, resultó que la manera precisa para detectarlos es mediante la utilización de la

⁸ TJCA, proceso 44-IP-2002, cit., considerando IV, párrafo 10°. La negrita no es del original.

⁹ TJCA, proceso 44IP2002, cit., considerando II párrafo 1°. La negrita no es del original

pregunta <<¿Qué es?>> en relación al signo cuyo registro se pretende¹⁰. Si la respuesta que daría un consumidor medio coincide con la denominación del signo (ejemplo, "bicicleta"), el mismo resulta imposible de ser registrado. Se advierte fácilmente la falta absoluta de distintividad del signo en cuestión, al punto tal de no ser posible diferenciarlo en relación a la categoría colectiva de productos a la cual pertenece. Además, según el Tribunal de Justicia, denegar el registro de signos genéricos tiene por finalidad <<evitar la apropiación exclusiva del uso de la lengua>>, impidiendo que se prohíba, sin justa causa, el uso de un término común, lo cual >>es indispensable para que los agentes económicos puedan desarrollar normalmente sus actividades mercantiles>>¹¹.

12. Por su parte, los signos descriptivos, en la conceptualización dada por el TJCA, << hacen referencia de manera directa y exclusiva a las características, cualidades, cantidades, funciones, usos, modo de empleo, ingredientes, composición, efectos y otras propiedades de los productos a los cuales se aplica>>¹². La razón que justifica su irregistrabilidad viene dada por el hecho de que, antes que identificar y distinguir al producto al cual se asigna, el signo descriptivo nomina una característica, cualidad, función, etc., del producto, y por lo demás, dicha característica, cualidad, función, etc. No es propia o exclusiva del mismo, sino que puede predicarse respecto del resto de los productos de la categoría. Se observa así, la carencia de capacidad identificatoria de este tipo de denominaciones.

Para determinar si el signo en cuestión es descriptivo, el Tribunal de Justicia aconsejó -siguiendo a la doctrina en la materia- <<formular[...] la pregunta de "cómo" es el producto que se pretende registrar, de tal manera que si la respuesta espontáneamente suministrada -por ejemplo por un consumidor medio- es

¹⁰ TJCA, proceso 44-IP-2002, cit., considerando II, párrafo 4°, con cita del proceso 07-IP-2001. En igual sentido, sentencia de 25 de octubre de 1996, marca: Exclusiva, proceso 27-IP-95, GOAC N° 257., 14/04/97.

¹¹ TJCA, proceso 44-IP-2002, cit., considerando II párrafo 5°.

¹² TJCA, proceso 44-IP-2002, cit., considerando II, párrafo 6°.

igual a la de la designación de ese producto, habrá lugar a establecer la naturaleza descriptiva de la denominación>>¹³.

13. Finalmente, ambos tipos de signos, genéricos y descriptivos, no resultan automáticamente irregistrables por el sólo hecho de serlo, sino que para que así ocurra (imposibilidad de registración) deben funcionar en tal carácter (genérico y/o descriptivo) en relación a los productos para los cuales se solicita el registro. En otras palabras, carecen de entidad registrable << los signos genéricos y descriptivos de productos, cuando se refieran exclusivamente a la cualidad del bien que se pretende registrar>>¹⁴.

III. CONSULTA B): *¿EL TCAD-1, a través de su sentencia del 1 de marzo de 2005, ha dado acabada aplicación a los principios que surgen de la interpretación prejudicial del TJCA en el proceso 44-IP-2002?*

Para responder la presente consulta de forma ordenada, se contrastará cada una de las conclusiones a las que arribó el Tribunal de Justicia en el proceso 44-IP-2002 con las resoluciones contenidas en la sentencia del Tribunal Distrital

1. a) En su primera conclusión el TJCA señaló – en lo que aquí interesa – que <<[I] a marca es definida como todo signo visible, capaz de distinguir los bienes o servicios producidos o comercializados en el mercado por una persona, de los bienes o servicios producidos o comercializados en el mercado por una persona, de los bienes o servicios idénticos o similares de otra... la Decisión 313 y ...la Decisión 344...establecen los requisitos que debe reunir un signo para que sea registrable...: ser perceptible, ser distintivo y ser susceptible de representación gráfica. Además no deberá hallarse incurso en ninguna de las causales de irregistrabilidad que señalan las decisiones citadas>>.

¹³ TJCA, proceso 44-IP-2002, cit., considerando II, párrafo 10°, con cita del proceso 27-IP-2001 (el destacado es de la sentencia). Así también, sentencia marca: Exclusiva, proceso 27-IP-95, cit.

¹⁴ TJCA, proceso-IP-2002, cit., conclusión Segunda.

En su parte considerativa, la interpretación prejudicial explica que la distintividad es <<la función primigenia que debe reunir todo signo para ser susceptible de registro como marca, es la razón de ser de la marca, es la característica que permite diferenciar o distinguir en el mercado los productos o servicios comercializados por una persona de los idénticos o similares de otra, para así impedir que se origine una confusión>>¹⁵.

b) En el contexto de la presente causa judicial, como se recordará, las marcas originalmente involucradas eran tres, a saber: (i) "BELMONT", marca registrada en Ecuador, con el N°532/63, del 12/12/63, hoy propiedad de PMP; (ii) "EL EXTRA SUAVE", marca registrada en Ecuador, con el N° 1034/76, del 05/04/76, en su momento propiedad de TANASA –filial de PMP– quien, con fecha 31/01/00, renunció a la misma aduciendo que dicha denominación ha pasado a ser un signo descriptivo de uso común, lo cual fue aceptado por resolución del 1 de febrero de 2000 del Director Nacional de Propiedad Industrial de Ecuador; y (iii) "2BELMONT EXTRA SUAVE" (etiqueta), marca registrada en Venezuela, bajo el N° 79.508-F, del 14/07/75, cuya propiedad es IPSA, quien pretende registrarla a su vez en Ecuador.

c) Tal como se ha trabado la litis, dos son las hipótesis de cortejo marcarío:

c.1) Para la primera hipótesis debe rememorarse que tanto en el caso de la actora (IPASA), como en el de las observantes (PMP/TANASA), las pretensiones giran en derredor de la denominación "EXTRA SUAVE" (con el agregado del artículo "EL" en el supuesto de las observantes) como parte de la marca. Sin embargo, ambas partes –IPSA y PMP/TANASA–, como así también el Director nacional de propiedad Industrial, y aún el propio Tribunal Distrital, han aceptado que dicha denominación constituye un signo de imposible registro.

En efecto, IPSA ha manifestado que ella misma y terceros suelen utilizarlo como término genérico, que es una denominación

¹⁵ TJCA, proceso 44-IP-2002, cit., considerando I, párrafo 6°.

descriptiva para una clase de producto y cualquier particular puede usarla, y finalmente que "constituye[...] una forma de describir un tipo o calidad de cigarrillos"¹⁶. PMP/TANASA, por su parte, han sostenido a lo largo del proceso que la denominación en comento es un término genérico y de uso común en la industria de cigarrillos, y que describe una característica de dicho producto¹⁷. A su vez, el Director Nacional de Propiedad Industrial, por resolución del 1 de febrero de 2000¹⁸, aceptó la renuncia al registro de la marca "EL EXTRA SUAVE" presentada por TANASA, dado que el mencionado giro se había convertido en un signo que en el mercado de cigarrillos sirve para describir una de las características del producto, por lo que se trataba de un término de uso común. Finalmente, el TCAD-1, en su sentencia ahora en recurso, convalidó la determinación contenida en la mencionada resolución del 1 de febrero de 2000, sosteniendo que la misma << ya no permite a la sala pronunciarse sobre la acción de cancelación de esa marca, por haber desaparecido >>¹⁹.

De lo anterior se deriva que la denominación "EXTRA SUAVE", dado su carácter declarado y determinado de signo descriptivo, genérico y de uso común, carece de entidad marcaría registrable.

Ello tiene por resultado que las marcas que deben ser incluidas en el cortejo marcarío son "BELMONT" (marca ecuatoriana, propiedad de PMP) y "BELMONT" (marca venezolana, propiedad de IPSA).

Desde esta perspectiva, no puede dudarse que la marca "BELMONT" cuyo registro pretende IPSA carece absolutamente de

¹⁶ Ver escrito de demanda de IPSA presentado ante el Tribunal Distrital, acápites "En relación al considerando SEGUNDO", "En relación al considerando TERCERO" y "En relación al considerando QUINTO", respectivamente.

¹⁷ Ver, entre muchos, recurso de casación incoado por PMP/TANASA ante el Tribunal Distrital, puntos IV.A, B y D, V, VI.A y VII, y escrito de alegatos presentado por las mismas empresas ante el Corte Nacional de Justicia, puntos II.7, III.5 y IV.4 y 6 a 9, entre otros.

¹⁸ Citada a lo largo de varios escritos presentados en el marco de la causa.

¹⁹ Tribunal Distrital

la distintividad imprescindible, y de hacerse lugar al mismo, provocaría sin dudas una completa confusión al consumidor, al ser idéntica a una marca ya registrada en Ecuador. En tales condiciones, la registración de la mencionada marca conllevaría una violación a la interpretación prejudicial dada por el TJCA.

c.2) La segunda opción de la comparación marcaria, la cual sólo se acepta *in arguendo*, dado que tal como se acaba de señalar el giro "EXTRA SUAVE" no es pasible de registración, involucraría, por un lado, la marca "BELMONT" (ya registrada en Ecuador, No. 532/63) y, por el otro, la marca "BELMONT" más la denominación descriptiva y genérica "extra suave" (registrada en Venezuela, N° 79.508-F), o más en resumen:

"BELMONT"	Y	"BELMONT" (+ la denominación descriptiva y genérica "extra suave")
-----------	---	---

En este supuesto, una simple –pero básica– pregunta ayuda a desentrañar si la segunda marca mencionada cumple con la "distintividad" exigida por el Tribunal de Justicia, es decir, si <<permite diferenciar o distinguir en el mercado los productos... comercializados por una persona de los idénticos o similares de otra, para así impedir que se origine una confusión>>. En tal sentido, ¿puede concluirse, sin lugar a duda (riesgo), que un consumidor no se verá inducido (confundido) a creer –erróneamente– que la segunda marca es propiedad de la empresa que tiene registrado la primera?. Si la respuesta es negativa –esto es, que el registro originará una confusión en el consumidor (o el riesgo que ello suceda)–, para ser respetada la determinación del TJCA, no podrá aceptarse el registro solicitado por IPSA.

d) Hasta aquí, en uno u otro caso, el registro pretendido por IPSA implica la violación de la interpretación prejudicial dada por el Tribunal de Justicia.

2. a) En su segunda conclusión el TJCA estableció –en lo ahora pertinente– que <<[n] o son registrables como marcas los signos

genéricos y descriptivos de productos, cuando se refieran exclusivamente a la cualidad del bien que se pretende registrar>>.

b) Tal como se acaba de demostrar (punto III.1.c.1), tanto las empresas involucradas, como la autoridad nacional marcaria y el Tribunal Distrital, han coincidido en el hecho de que el giro “EXTRA SUAVE” constituye una conjunción terminología genérica y descriptiva del producto sobre el cual se le pretende aplicar, esto es los cigarrillos, y más aún, lo son en referencia a una cualidad de dichos productos (su características de tener un sabor menos intenso que los cigarrillos normales).

No puede dejar de recordarse que , en el caso de los signos descriptivos, su irregistrabilidad, según el Tribunal de Justicia, se halla prevista en el artículo 82, literal d), de la Decisión 344, el cual <<contiene la prohibición encaminada al registro de signos descriptivos>>²⁰; dicha norma, por lo demás, repite el tenor del artículo 72, inciso d), de la Decisión 313.

c) Lo anterior lleva a concluir –tal como se señaló en el último párrafo del punto III.1.c.1– que la registración de la marca “BELMONT” pretendida por IPSA resulta incompatible con la normativa andina, por carecer de la entidad distintiva suficiente en relación a la marca “BELMONT” propiedad de PMP, una solución contraria implicaría irrespetar el fallo prejudicial del TJCA.

3. La tercera conclusión a la que arribó el Tribunal de Justicia, según la cual <<[l]os signos evocativos pueden ser objeto de registro siempre que incorporen un elemento de fantasía que transmita indirectamente al consumidor, una idea o un concepto que le permita relacionar el signo con el producto amparado o distinguido por aquél>>, no resulta pertinente para el presente recurso ya que ninguna de las marcas en conflicto puede ser considerada evocativa.

En efecto, en la interpretación prejudicial que se analiza, el tribunal supranacional consideró que este tipo de signos se distingue de los

²⁰ TJCA, sentencia de 27 de junio de 2001, marca: Diseño Sánduche, proceso 19-IP-2001, GOAC N°696, 09/0801, considerando IV, párrafo 9°.

descriptivos atento a que <<no se refieren directamente a las aplicaciones o cualidades del productos... en cuestión>>, sino que <<dan una idea sobre sus componentes o características [...],... sugieren o evocan las cualidades funciones o características de los productos... a los cuales identifican [...] no introducen [n] directamente el concepto del producto.... Y es el consumidor el que puede llegar a comprender a qué productos se refiere, con base en un proceso deductivo, muchas veces complicado y difícil>>²¹. En una oportunidad anterior el TJCA destacó –con cita de Rangel Medina y Otamendi – que ejemplos de signos evocativos pueden ser <<...NESCAFE para café, Choco Milk para una bebida con sabor a chocolate...”...>>²²

4. a) En cuarto lugar, el TJCA concluyó que <<[l]os nombres usuales o comunes de los productos que se utilizan en el comercio no pueden ser objeto de registro, por ser de uso público>>.

Para llegar a tal afirmación recordó que el inciso e) del artículo 82 de la Decisión 344 – que, a su vez, recoge el texto del artículo 72, inciso e), de la Decisión 313 – dispone que este tipo de signos no podrán registrarse como marcas. Y la razón, según el mismo juzgador, radica en el hecho de que <<las palabras que componen los signos usuales o comunes pertenecen a la colectividad>>, por ello es legítimo << que el registrarlas como marca esté vedado, puesto que si uso pertenece a todos no posee ninguna aptitud diferenciadora>>²³.

b) visto lo anterior, no cabe dudas que la denominación “EXTRA SUAVE” constituye un signo de uso común o usual tanto en el lenguaje corriente como en la práctica comercial.

c) Asimismo, tal como se demostró *ut supra* (punto III.1.c.1), las empresas involucradas, la autoridad nacional marcaría y el Tribunal Distrital, han coincidido en que el “EXTRA SUAVE” constituye una

²¹ TJCA, proceso 44-IP-2002, cit., considerando II, “Signos Evocativos”.

²² TJCA, sentencia marca: Diseño Sánduche, proceso 19-IP-2001, cit., considerando IV, párrafo 12°.

²³ TJCA, proceso 44-IP-2002, cit., considerando III.

denominación de uso común o usual en el comercio, y por ello carece de la imprescindible distintividad para su registración.

d) De esta manera, una vez más, el cortejo marcario queda reducido a la comparación entre “BELMONT” (marca ecuatoriana, propiedad de PMP) y “BELMONT” (marca venezolana, propiedad de IPSA).

e) Tal cuadro de situación hace concluir –como ocurrió en el último párrafo del punto III.1.c.1– que la registración de la marca “BELMONT” peticionada por IPSA no deviene compatible con el Derecho comunitario andino, por no tener distintividad suficiente en su cotejo con la marca “BELMONT” propiedad de PMP; de hacerse lugar al registro solicitado, ello conllevaría una violación a la interpretación prejudicial elaborada por el tribunal de Justicia.

5. a) El TJCA concluyó a continuación (Quinto), que <<[n]o son registrables los signos que en relación con derechos de terceros sean idénticos o que se asemejen de tal manera a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, destinada a amparar productos idénticos o semejantes, de modo que puedan inducir a los consumidores a error>>, y seguidamente (Sexto, que conviene analizar de forma conjunta) que <<[I] a determinación del riesgo de confusión entre los signos confrontados en el presente caso, derivará de la realización del correspondiente examen comparativo, en el que se deberán considerar los criterios aportados por la doctrina y la jurisprudencia y que han sido señalados en la parte considerativa de esta sentencia>>²⁴.

b) y ase analizó detalladamente el contenido de ambas conclusiones al responderse *ut supra* la Consulta A), a cuyos términos se remite *brevitatis causae*.

c) Adicionalmente debe señalarse que, tal como ha quedado acreditado en los párrafos anteriores, el giro “EXTRA SUAVE” resulta imposible de ser registrado, dado que carece de las condiciones mínimas indispensables exigidas por la normativa andina y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

²⁴ La negrita fue agregada.

De esta manera, el examen comparativo que deberá llevarse a cabo se dará entre “BELMONT” (marca ecuatoriana, propiedad de PMP) y “BELMONT” (marca venezolana, propiedad de IPSA). Desde esta perspectiva, no hay duda que ambas marcas son idénticas, lo que provoca que resulte incompatible con la normativa y la doctrina judicial andinas el registro pretendido por IPSA.

Y aún en el no consentido supuesto en el que –irrazonablemente– se considere que “BELMONT” (PMP) y “BELMONT” (IPSA) no son marcas idénticas sino semejantes, ambas están destinadas a cubrir productos idénticos o semejantes (cigarrillos), es decir productos de la clase internacional N° 34, para los que justamente PMP ha registrado debidamente su marca “BELMONT” en Ecuador. En una u otra hipótesis, la consecuencia final será la confusión del consumidor, este último, bien jurídico al cual la normativa andina intenta proteger.

d) Por ello, el registro de la marca “BELMONT” solicitado por IPSA implicaría, decididamente, una infracción clara a la interpretación prejudicial dado por el TJCA en el marco del presente expediente.

6. a) En su séptima conclusión, el tribunal regional andino destacó que <<[e]l derecho de exclusividad sobre un signo se adquiere con su registro, generándose dos facultades para su titular: uso exclusivo y la posibilidad de impedir a otros el uso del mismo>>.

En la parte considerativa apuntó que el mencionado derecho <<se obtiene cuando el signo accede al registro marcario>>, es decir cuando se inscribe; que este sistema <<protege que el consumidor no caiga en el riesgo de confundirse, y [también] la creación del titular de la marca>>; y que el <<registro...indica que se ha seguido un procedimiento riguroso,..., lo cual asegura que la marca registrada no vulnere derecho alguno>>²⁵.

b) Ha quedado acreditado a lo largo de este expediente contencioso administrativo que PMP ha registrado su marca “BELMONT” en Ecuador bajo el N° 532/63, y la ha mantenido así desde 1963.

²⁵ TJCA, proceso 44-IP-2002, cit., considerando V.

Además, en el marco del presente proceso judicial, PMP, precisamente, viene a hacer valer las dos facultades que el registro de su marca "BELMONT" en Ecuador le confiere: *i)* la de utilizar en forma exclusiva dicha marca, y *ii)* la de oponerse (impedir) a que un tercero, en este caso IPSA, haga uso (registro) de la misma.

PMP ha reivindicado también su derecho de creación de la marca y el hecho cierto de que, de procederse al registro querido por IPSA, ello provocará inexorablemente la confusión (o al menos, el riesgo seguro de ello) del consumidor de cigarrillos.

Finalmente, a lo largo de este trámite no se ha puesto en causa, en ningún momento, la invalidez o ilegalidad del procedimiento administrativo por el cual la autoridad nacional ecuatoriana competente hizo lugar, en 1963, al registro de la marca "BELMONT" en Ecuador.

c) Así los hechos y el derecho, de hacerse lugar a la pretensión de IPSA, las autoridades de Ecuador, en este caso el Poder Judicial, estarían violando la sentencia interpretativa del TJCA.

7. a) En octavo lugar, el Tribunal de Justicia concluyó –en lo pertinente– que <<[I] a falta de uso es un requisito indispensable para solicitar la cancelación del registro de una marca tiene la obligación de usar la marca, y de llegar el caso en que se ha pedido su cancelación también tiene la obligación de probar que ha hecho uso de ella>>.

b) Primeramente conviene recordar que TANASA, como propietaria de la marca "EL EXTRA SUAVE", renunció en su momento al registro de la misma y dicha renuncia –como antes se destacó– fue aceptada por el Director Nacional de Propiedad Industrial en el año 2000 y convalidada en la sentencia del Tribunal Distrital ahora bajo examen. Dado que no existe registro de dicha denominación, tampoco será posible, jurídicamente, su cancelación.

c) Pero además, como también ha quedado demostrado en los párrafos precedentes, la denominación "EXTRA SUAVE", cuyo registro es pretendido por IPSA, resulta de registración, atento a su carácter de signo genérico, descriptivo y de uso común (como la propia demandante lo ha sostenido).

d) Visto lo apuntado, la cancelación referida no es pasible de ser efectivizada por la sencilla razón de que no existe registro a ser cancelado. A su vez, en el negado supuesto en el que tal cancelación sea efectuada –lo cual no es entendible que pudiera ocurrir-, la misma no daría derecho alguno a IPSA a registrar la denominación “EXTRA SUAVE” en virtud de que –como ya se dijo– carece de las condiciones esenciales que permiten la registración marcaria.

e) Proceder de manera contraria, en cualquiera de los supuestos mencionados, conllevaría una decisión infractora de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia.

De allí que la prueba del uso de la denominación en cuestión, o la ausencia de la misma, no agregaría ningún elemento que pudiera beneficiar a IPSA en su pretensión.

8. Acto seguido (novena conclusión), el TJCA determinó que <<[c]on relación a la normativa aplicable al presente caso, deberá tomarse en consideración la aplicación de las decisiones 313 y 344 en el tiempo, aspecto que el juez consultante deberá tener en cuenta para determinar el periodo en que estuvieron vigentes y tuvieron efectos jurídico respecto de los actos administrativos correspondientes>>.

Entre las consideraciones pertinentes, dicho tribunal señaló que IPSA solicitó la registración de marras estando en vigor la Decisión 313 y que la resolución desestimatoria del Director Nacional de Propiedad Industrial ocurrió durante la vigencia de la Decisión 344. Agregó, con cita del proceso 4-IP-95, que la normativa andina que rige la legalidad del acto que finaliza un procedimiento administrativo en materia de marca, será aquella vigente a la fecha en la que tal acto ha sido adoptado; y, con cita del proceso 32-IP-2002, que el cumplimiento de los requisito de concesión de un registro debe examinarse a la luz de la norma andina vigente al momento de la presentación de la solicitud de registro, aún cuando la misma hubiera sido derogada a la fecha en la que se evalúa dicha solicitud, y que esta última regla resulta aplicable asimismo para los supuestos en los que se impugne posteriormente un registro marcario.

8. a) En su décima conclusión, el Tribunal de Justicia sentenció que <<[e]l uso de la marca conlleva de manera indispensable la concurrencia,

entre otros, del principio de la buena fe, en el sentido que el uso por terceros, que no son titulares de la marca, se haga con el consentimiento del titular, y que su utilización en el mercado no induzca a error al público consumidor>>.

En la sentencia, el TJCA explicó que el citado principio <<se refiere primordialmente a que el uso por terceros que no son titulares de la marca, se haga con el consentimiento del titular, y en su la utilización en el mercado, no se induzca a confusión o error al público consumidor y se le indique que es para identificar o informar de ese producto o servicios>> y que dicho uso, en las condiciones referidas, viene autorizado por el artículo 96 de la decisión 313 (luego reiterado por el artículo 105 de la decisión 344).

b) Ahora bien, la pretensión de IPSA a lo largo de este proceso no ha sido utilizar la marca en litigio como “tercero”, ni tampoco con consentimiento del legítimo titular de la misma (PMP), ni aún utilizarla para informar o identificar productos de otra empresa. En efecto, las acciones de IPSA se encuentran encaminadas a registrar para si la marca tantas veces mencionadas a registrar para si la marca tantas veces mencionada. Por ello, las defensas presentadas por PMP no son incompatibles, ni se hallan en contravención, con los artículos 96 de la decisión 313 y 105 de la decisión 344.

c) Por otro lado, como lo ha hecho valer PMP e todo este proceso, la empresa CBS, único accionista de IPSA, suscribió en agosto de 1987 una transacción con PMI (antecesora en el derecho sobre la marca “BELMONT”), en virtud de la cual Cigarrera Biggot Sucesores reconoció que *ningún derecho tenía sobre la marca “BELMONT” en Ecuador*, dicha transacción fue celebrada por las partes, en oportunidad en que la última empresa mencionada aceptó allanarse a la demanda de nulidad del registro por ella obtenido en Ecuador en 1976²⁶.

²⁶ Ver, entre muchos, escrito de contestación de demanda de PMP, punto I.3, y escrito de alegatos de PMP presentado ante la Corte Nacional de Justicia, punto II.3. Ver también, Vistos de la sentencia del Tribunal Distrital –ahora objeto del presente recurso de casación–, y escrito de presentación de la Acción de Incumplimiento contra ecuator

d) Por todo lo mencionado, no resulta ajustado a la interpretación prejudicial dada por el Tribunal de Justicia, considerar que IPSA ha obrado de buena fe al petitionar el registro de la marca en cuestión.

10. a) En su última conclusión (Décimoprimer), el Tribunal de Justicia consideró que <<[e]l derecho de prioridad de una marca, se ejerce solo dentro del ámbito territorial de País Miembro donde se solicitó el registro, sin embargo según lo establecía la Disposición Quinta Transitoria de la Decisión 313, también gozará del derecho preferente de registro en todo el territorio comunitario, el titular de una marca registrada, siempre que ésta tenga una antigüedad superior a diez años y que no exista una marca idéntica previamente registrada en el País en el que se quiera registrar la misma marca>>.

En su sentencia, el Tribunal supranacional argumentó que el derecho de prioridad al cual la norma <<es el reconocimiento jurídico que se otorga a quien con anterioridad solicitó el registro de una marca o quién ha sido titular del registro de una marca similar o idéntica a la nueva que pretende registrarse. En la práctica resulta un criterio dirimente en caso de existir conflicto en las pretensiones de registro marcario>>; que la finalidad de aquel <<está orientada a recompensar el empeño y esfuerzo del empresario al mantener su marca más de diez años en el mercado>>; y que la razón fundente de la negativa de registro, para el caso de existencia de una marca idéntica en el País miembro en el cual se pretende, <<es evitar la confusión entre los consumidores>>.

b) En cualquier supuesto, el derecho de preferencia tiene su origen en situaciones en las que concurren dos o más derechos que, en principio, tienen el mismo alcance, pero que por tasados legalmente, a uno de ellos se le otorga prevalencia en relación al otro.

En el caso del derecho marcario andino dicho motivo legal, según surge de la interpretación de la norma, tiene una raíz temporal, es decir se trata de una preferencia vinculada a la antigüedad de la marca.

elevado por PMP ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, del 17 de septiembre de 2008, punto II.3.

Como es universalmente aceptado, los derechos no son absolutos en el sentido de poder afectar con su ejercicio los derechos de terceros; así, también el derecho preferente debe considerarse acotado. En orden a ello, el límite de este derecho en el contexto de la Disposición Transitoria Quinta de la decisión 313 está dado por la antigüedad del registro de la marca en el primer País miembro; en otras palabras, el alcance máximo del derecho de preferencia está dado por la fecha en la cual fue concedido el primer registro de la marca en un país de la Comunidad Andina.

Por tal razón, frente a un conflicto en torno al registro de diferente marcas, el derecho de preferencia al que alude la referida Disposición Transitoria Quinta, y que beneficia a una marca registrada ("A") en un País miembro que se pretende registrar en otro País miembro, cede en el caso que la marca competidora ("B") ya registrada en este último País miembro (en el cual se petitiona el registro) sea de mayor antigüedad. En tal supuesto, será la marca ya registrada ("B") en el País miembro de acogida la que tendrá el derecho prevalente.

c) En el presente caso, es oportuno recordar que PMP tiene registrada su marca en Ecuador desde el 12/12/63 (N°532/63), mientras IPSA tiene su marca registrada en Venezuela desde el 14/07/75 (N°79.508-F). El pretendido derecho preferente invocado por IPSA, como se observa, no tiene entidad suficiente para lograr imponerse al derecho marcario más antiguo que posee PMP.

d) Además, en el no consentido supuesto en el que se pretenda –a pesar de lo expresado – conferir a IPSA un derecho preferente sobre una marca, registrada con mayor antigüedad, como lo es la de propiedad de PMP, existe un argumento que impediría tal resultado.

La recordada Disposición Transitoria Quinta coloca como límite infranqueable al derecho de preferencia, y en definitiva a la pretensión de registro de una marca, que no exista en el País miembro de acogida (en el cual se pretende el registro) una marca idéntica ya registrada que cubra los mismos productos, o productos similares de forma tal que pueda incluir al consumidor al error.

Como ya fue señalado, todas las partes y autoridades (administrativas y judiciales) que han intervenido a lo largo del proceso han concordado en la irregistrabilidad del giro "EXTRA SUAVE". La consecuencia directa de ello es que las denominaciones que deberán confrontarse a los fines del cotejo marcario son "BELMONT" (propiedad de PMP) y "BELMONT" (propiedad de IPSA). Y de tal comparación no se extrae sino la certeza de que ninguna diferencia existe entre ambas, a lo que es lo mismo, las dos marcas son idénticas. Más aún, ambas marcas amparan los mismos productos: cigarrillos (clase internacional N°34).

e) Por las razones apuntadas, el registro de la marca "BELMONT" peticionario por IPSA sobre la base de la Disposición Transitoria Quinta de la Decisión 313 violenta la propia norma y la interpretación prejudicial dada por el Tribunal de Justicia. Precisamente, la sentencia del Tribunal Distrital incurre en dicha violación al emitir su fallo en base a una interpretación de la Disposición Transitoria Quinta que no resulta acorde con la ofrecida por el Tribunal de Justicia, ni con aquella que resulta de dicha norma.

11. En virtud de las anteriores consideraciones debe responderse la presente Consulta (B) en el sentido de que el TCDA-1, a través de su sentencia del 1 de marzo de 2005, no ha dado acabada aplicación a los principios que surgen de la interpretación prejudicial del TJCA en el proceso 44-IP-2002.
- IV. CONSULTA C): En caso de ser negativa la respuesta a la CONSULTA B), ¿la sentencia del TDCA-1 ha violado el Derecho comunitario andino, en especial el artículo 35 del TCTJCA?
1. a) En la parte considerativa del TCTJCA, los Países miembros se declararon "SEGUROS" de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel..., con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente".

Por su parte, el artículo 4 del mismo Tratado prescribe que "[l]os Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean

necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

b) El Capítulo tercero, Sección Tercera, del Tratado se denomina “De la Interpretación Prejudicial”, y está conformada por los artículos 32 a 36.

El primer artículo de la citada Sección dispone que “[c]orresponderá al Tribunal interpretar por 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”.

En particular, es relevante para sub lite el artículo 35 del TCTJCA, el cual terminantemente establece que “[e]l juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal [de Justicia]”. Dicha norma es copia casi textual de la disposición análogo del instrumento que antecedió al Tratado referido²⁷

El artículo que le sigue agrega que “[l]os Países Miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en particular de la observación por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección”.

c) Para culminar, el mismo Tratado, en su artículo 41, prevé que “[p]ara su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal y los Laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátur en ninguno de los Países Miembros”.

²⁷ Tratado Constitutivo del tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (28/05/79), reemplazado luego por el TCTJCA), artículo 31: “El juez que conozca del proceso deberá adoptar la interpretación del Tribunal [de Justicia]”.

2. Por su parte, el Estatuto del TJCA (en adelante, ETJCA)²⁸, en su artículo 127, titulado “Obligación especial del juez consultante”, dispone que “[e]l juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal [de Justicia].

El artículo que le sigue –“Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial”– ordena que “[l]os Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial. Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el tribunal [de Justicia]”²⁹.

El ETJCA también estipula que “[l]a sentencia [del Tribunal de Justicia] tendrá fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada a partir del día siguiente al de su notificación y es aplicable en el territorio de los Países Miembros sin necesidad de homologación a *exequátur*” (artículo 91 “Fuerza obligatoria y cosa juzgada”).

3. La propia sentencia del Tribunal de Justicia en el proceso 44-IP-2002 (que se recordará, fue peticionada en el presente expediente) dispuso en su parte final <<[l]a *Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, de la República de Ecuador, deberá adoptar la presente interpretación prejudicial, cuando dicte sentencia dentro del proceso interno No. 4250-C.S.A., de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del tratado de Creación del tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*>>³⁰.

²⁸ Aprobado por Decisión N° 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, del 22/06/01, GOAC N° 680, 22/06/01.

²⁹ Todas las negritas de los párrafos precedentes fueron agregadas.

³⁰ El destacado no figura en el original.

4. Como surge claramente del mencionado cuadro normativo, como así también de la misma sentencia del Tribunal de Justicia, el derecho comunitario andino impone la obligatoriedad de la interpretación dada por dicho órgano judicial.

Del artículo 35 del TCTJCA y de las demás normas concordantes se desprende, sin lugar a dudas, el mandato dirigido a los jueces de acatar y aplicar en sus fallos la sentencia interpretativa que emita el Tribunal de Justicia.

La consecuencia directa y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación de aceptar la interpretación prejudicial es el incumplimiento del Derecho comunitario por parte del juez nacional. En otras palabras, siendo obligatorio para el juez interno acatar la interpretación dada por el Tribunal de la comunidad, y teniendo dicho mandato su base en el propio ordenamiento regional, la no observancia de la misma conlleva un incumplimiento del Derecho comunitario atribuible al País miembro al cual el Juez pertenece, en el presente caso al Estado ecuatoriano.

Siendo un deber del juez nacional aplicar en su sentencia la interpretación prejudicial que elabora el TJCA, la decisión judicial que así no lo hace implica, para el País miembro del juez en cuestión, una medida incompatible con el Derecho comunitario andino, y por ello pasible de ser objeto de una acción de incumplimiento contra dicho Estado, en virtud de Sección Segunda, Capítulo III, del TCTJCA. Las normas previstas en la referida Sección habilitan a la Secretaría General³¹, a otro País miembro³² y a los particulares afectados^{33a}

³¹ TCTJCA, artículo 23 "Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumpliendo de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado. Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la

demandar ante el Tribunal de Justicia cualquier medida o acto de un País miembro, incluyendo los atribuibles a su Poder Judicial, que sea reñido con el Derecho comunitario, pudiendo dicho tribunal, llegado el caso, declara su incumplimiento, no ponga fin al mismo (artículo 27 del TCTJCA)-.

5. La jurisprudencia del TJCA no ha hecho sino confirmar, pacíficamente, el entendimiento según el cual la interpretación prejudicial por él ofrecida resulta de obligatorio acatamiento para el juez nacional consultante, so pena de hacer incurrir al País miembro al cual pertenece en una causal de incumplimiento del Derecho comunitario andino.

En tal sentido, desde su primera interpretación prejudicial (*Aktiebolaget Volvo*³⁴), el Tribunal de Justicia coloca invariablemente

brevidad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado, podrá adherirse a la acción de la Secretaría General”.

³² TCTJCA, artículo 24 “Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General de conformidad con reglamento y dentro de los quince días siguientes emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado. Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitirlo el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal. Si la Secretaría General no emitiere su dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal”.

³³ TCTJCA, artículo 25 “Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de una País Miembro, podrán acudir a la Secretaría general y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24. La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa.

³⁴ TJCA, sentencia de 3 de diciembre de 1987, *Aktiebolaget Volvo*, proceso 1IP-87, GOAC N°28, 15/02/88

en sus sentencias una nota de estilo, relativa al deber que tiene el juez consultante de aplicar en su sentencia la respuesta del Tribunal de Justicia³⁵.

Dicho órgano judicial supranacional ha sentado una jurisprudencia específica, ya consolidada, acerca de la obligación que tiene el tribunal interno de acatar en su decisión final la interpretación prejudicial.

Al respecto pueden citarse numerosas sentencias del TJCA³⁶, y entre las principales:

³⁵ <<Conforme a lo dispuesto por el artículo 31 del Tratado [hoy artículo 35], el ...[tribunal nacional consultante] deberá tener en cuenta la presente interpretación para la sentencia que dicte...>>

³⁶ TJCA sentencias Aktiebolaget Volvo, proceso 1-IP-87, cit., considerando 3.3. y Conclusiones 5°; de 20 de septiembre de 1990, Cavelier y Vernot, proceso 2-IP-90, GOAC N°69, 11/10/90, considerando 10; de 25 de septiembre de 1990, Nike International, proceso 3-IP-90, GOAC N°70, 15/10/90, Decisión 3ª; de 16 de junio de 1999, marca: Hollywood Lights, proceso 6-IP-99, GOAC N°468, 12/08/99, considerando 3°, párrafos 3° y 4°; de 27 de octubre de 1999, Cigarrera Bigott, proceso 15-IP-99, GOAC N°528, 26/01/00, considerando V.5.1; de 10 de abril de 2002, marca: Johann María Farina, proceso 1-IP-2002, GOAC N°786, 25/04/02, considerando I, párrafos 2° y 3°; de 16 de julio de 2003, Novartis, proceso 53-IP-2003, GOAC N°970, 21/08/03, considerando V; de 5 de noviembre de 2003, marca: Harina Flor etiqueta, proceso 103-IP-2003, considerando VIII, párrafo 3°, y marca: Hard Rider, proceso 101-IP-2003, considerando VI, párrafo 3°, ambas en GOAC N°1019, 05/12/03; de 12 de noviembre de 2003, Pfizer, proceso 110-IP-2003, GOAC N°1020, 12/12/03, considerando IV, párrafo 3, y Gaseosas Posada Tobon, proceso 113-IP-2003, GOAC N°1028, 14/01/04, considerando 10, párrafos 3°; de 19 de noviembre de 2003, The Standard Oil Company, proceso 106-IP-2003, considerando 2.7, párrafo 3°, y marca: Ebel Internacional, proceso 114-IP-2003, considerando 6, párrafo 3°, ambas en GOAC N°1028, 14/01/04, y TANASA, proceso 108-IP-2003, GOAC N°1029, 16/01/04, considerando VI; de 26 de noviembre de 2003, Popcorn Chicken, proceso 109-IP-2003, GOAC N°1029, 16/01/04, considerando VI, párrafo 3°, y marca: Andin, proceso 107-IP-2003, GOAC N°1033, 10/02/04, considerando IV, párrafo 3°; de 3 de diciembre de 2003, marca: Isdin Pediatrics, proceso 122-IP-2003, considerando 9, y Torrecafé Águila Roja, proceso 129-IP-2003, considerando 7, ambas en GOAC N°1033, 10/02/04; de 10 de diciembre de 2003, Confiteca, proceso 112-IP-2003, considerando VII, marca: BB2, proceso 123-IP-2003, considerando VI, párrafo 3°, y Société des Produits Nestlé, proceso 130-IP-2003, considerando VI, párrafo 3°, todas en GOAC N°1034, 12/02/04, y marca: Pan Integral Familiar, proceso 125-IP-2003, GOAC N° 1035, 18/02/04, considerando VII, párrafo 3°; de 28 de enero de 2004, marca: Mimosin, proceso 115-IP-2003, GOAC N°1035,

18/02/04, considerando 7, párrafo 3°, y marca: Smart Game, proceso 126- IP-2003, considerando V, párrafo 3° y marca: Paletin Ricolino, proceso 127-IP-2003, considerando 5, párrafo 3°, ambas en GOAC N°1040, 03/03/04; de 4 de febrero de 2004, marca: Super Choo, proceso 141-IP-2003, GOAC N°1041, 04/03/04, considerando I.VI, párrafo 3°; de 11 de febrero de 2004, marca: Nuttelini, proceso 135-IP-2003, GOAC N°1047, 31/03/04, considerando 8, párrafo 3°; de 18 de febrero de 2004, Sanofi Synthelabo, proceso 145-IP-2003, considerando V, párrafo 3°, y marca: Ibis, proceso 147-IP-2003, considerando 4.4., párrafo 3°, ambas en GOAC N° 1047, 31/03/04, Serman, proceso 138-IP-2003, considerando VIII, párrafo 3°, marca: El Molino, proceso 142-IP-2003, considerando 4.1., párrafo 10°, y marca: Biobit, proceso 146-IP-2003, considerando 7, párrafo 3°, todas en GOAC N°1050, 07/04/04, y marca: Zacapa, proceso 136-IP-2003, GOAC N°1054, 15/04/04/considerando VIII, párrafo 3°; de 10 de marzo de 2004, Tangarife, proceso 137-IP-2003, GOAC N°1054 15/04/04, considerando VI, párrafo 3°; de 17 de marzo de 2004, marca: Pegaroc, proceso 143-IP-2003, considerando X, párrafo 3°, y marca: Pgaloc, proceso 144-IP-2003, ambas en GOAC N°1059, 26/04/04, considerando I; de 31 de marzo de 2004, Plastigama, proceso 140-IP-2003, GOAC N°1061, 29/04/04, considerando VIII, párrafo 3°; de 26 de mayo de 2004, marca: One Zipac, proceso 37-IP-2004, GOAC N° 1083, 21/06/04, considerando I, párrafo 3°; de 2 de febrero de 2005, marca: Ebel International, proceso 157-IP-2004, GOAC N°1175, 15/03/05, considerando I, párrafos 14° y 15°; de 18 de marzo de 2005, marca: Polytex, proceso 23-IP-2005, GOAC N° 1192, 06/05/05, considerando 1, Requisitos de la solicitud de interpretación prejudicial, párrafo 2°; de 30 de marzo de 2005, marca: Victoria's Secret, proceso 31-IP-2005, GOAC N°1192, 06/05/05, considerando 1, Requisitos de la solicitud de interpretación prejudicial, párrafo 2°; de 6 de abril de 2005, Peñaherrera Astudillo, proceso 165-IP-2004, GOAC N°1195, 11/05/05, considerando III, párrafo 5°, marca: Kryztal Plus, proceso 21-IP-2005, GOAC N° 1198, 22/05/05, considerando I, párrafo 1°; de 6 de abril de 2005, Corte Suprema de Justicia del Perú, proceso 30_IP-2005, GOAC N°1195, 11/05/05, considerandos, párrafo 7°; de 20 de abril de 2005, marca: Zahra, proceso 20-IP-2005, GOAC N° 1023, 31/05/05, considerando 4.1; de 28 de abril de 2005, marca: Norteño Graneadito, proceso 26-IP-2005, considerando 4.1, y Tejidos Santa Catalina, proceso 22-IP-2005, ambas en GOAC N°1027, 16/06/05, considerando 4.1, párrafo 2°; de 11 de mayo de 2005, marca: Polytex, proceso 25-IP-2005, GOAC N° 1217, 11/07/05, considerando I; de 18 de mayo de 2005, Expreso Internacional Ormeño, proceso 16-IP-2005, GOAC N° 1218, 13/07/05, considerando I; de 25 de mayo de 2005, marca: Andercol, proceso 59_IP-2005, considerando I.VI, y marca: Trico, proceso 66-IP-2005, considerando 2.4, párrafo 2°, ambas en GOAC N° 1224, 02/08/05; de 6 de junio de 2005, Flodelva, proceso 77-IP-2005, GOAC N°1235, 23/08/05, considerando 1, párrafo 2°, y Compañía Curtiembre Renaciente, proceso 75-IP-2005, GOAC N° 1233, 18/08/05, considerando 4, párrafo 2°; de 27 de julio de 2005, Curtiembre Renaciente, proceso 76-IP-2005, GOAC N° 1242, 12/09/05, considerando 4.1., párrafo 2°; de 10 de agosto de 2005, GOAC N°1233, 18/08/05, considerando 4, párrafo 2°; de 27 de julio de 2005, Curtiembre Renaciente, proceso 76-IP-2005, GOAC N° 1242, 12/09/05, considerando 4.1, párrafo 2°; de 10 de agosto de 2005, Senatinos, proceso 58-IP-2005, considerando I, párrafo 1°, y marca: Gian Pier's, proceso 68-IP-2005, considerando I,

<<Queda en consecuencia claro, que la interpretación prejudicial no es, ni puede equipararse a una prueba sino que constituye una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, la que deberá, por otra parte, adoptar dicha interpretación>>³⁷.

<<La competencia de que goza el Tribunal de Justicia de interpretación legal por vía prejudicial emana del tratado de Creación del mismo y de la capacidad que a éste le otorga de declarar el derecho comunitario, no como medio procesal de prueba, sino como intérprete con autoridad para precisar el contenido y alcances del ordenamiento jurídico del acuerdo de Cartagena. La interpretación del tribunal, debe ser adoptada obligatoriamente por el juez nacional que conozca del proceso interno, conforme al artículo [35] del mismo Tratado>>³⁸.

<<La interpretación prejudicial no es una prueba en el derecho andino, no es la simple absolución de un cuestionario, no está llamada a constituirse como un informe de expertos o como una opinión jurídica de tipo doctrinal. Su fuerza vinculante para el juez nacional se deriva de la atribución fundamental de este Tribunal supranacional “con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”, como reza el preámbulo de su tratado de Creación que es instrumento orientador para la hermenéutica de

párrafo 1°, ambas en GOAC N°1302, 02/03/06; de 28 de septiembre de 2005, marca: Twist, proceso 111-IP-2005, GOAC N° 1262, considerando I.VI.; de diciembre de 2005, Enaca, proceso 112-IP-2005, GOAC N°1301, 28/02/06, considerando III, párrafo 3°; 18 de enero de 2006, Compañía Flores Bemani, proceso 170-IP-2005, GOAC N° 1314, 28/03/06, considerando 4, párrafo 2°; de 14 de febrero de 2006, Encana Seafood, proceso 188-IP-2005, GOAC N° 1331, 24/04/06, considerando IV, párrafo3°; de 24 de mayo de 2006, Curtiembre Renaciente, proceso 49-IP-2006, GOAC N°1369, 12/07/06, considerando IV, párrafo 3°, y de 13 de septiembre de 2006, Kikko Corporation, proceso 88-IP-2006, GOAC N°1417, 25/10/06, considerando I, párrafo 1°, y auto del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1989, Shering Cor, GOAC N° 44, 07/06/89, considerandos párrafo 4°.

³⁷ TJCA, sentencia de 17 de marzo de 1995, Nombres de publicaciones periódicas, programas de radio y televisión y estaciones de radio difusión, proceso 10-IP-94, GOAC N°177, 20/04/95, considerando 5, ver también Conclusiones 1 y 9.

³⁸ TJCA, sentencia de 9 de diciembre de 1996, Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, proceso 1-IP-96, GOAC N° 257, 14/04/97, considerando I y Conclusión 1ª.

su ordenamiento básico primario. La interpretación prejudicial es un incidente procesal para determinar el contenido y alcance de una norma comunitaria por el juez supranacional que debe aplicar el juez nacional para decidir el fondo del asunto. Ha dicho el Tribunal comunitario que es ésta “una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia” y se desenvuelve dentro del principio de cooperación y colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario en la administración de justicia ya que ambos con jurisdicción y competencia propias efectúan su aporte a la vigencia del derecho de integración”>>³⁹.

<< La interpretación prejudicial es la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la interpretación y aplicación del derecho comunitario, en cuya virtud los Tribunales de cada uno de los países Miembros actúan como jueces comunitarios al aplicar el Derecho Comunitario, con base a la interpretación del contenido, sentido y alcance de la norma comunitaria que le corresponde realizar, en forma privativa, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con el objeto de lograr su aplicación uniforme en los Países Miembros. [...] La interpretación prejudicial emitida por el Tribunal es de carácter obligatorio para el Juez Nacional, la misma resuelve la cuestión referente al contenido, sentido y alcance de la norma comunitaria a aplicarse, correspondiendo al Juez Nacional la responsabilidad de dictar la sentencia que corresponde>>⁴⁰.

Consecuente con ello, el TJCA también ha señalado que la inobservancia de la interpretación prejudicial por parte del juez nacional implicará un incumplimiento del derecho comunitario andino atribuible al país Miembro al cual dicho juez pertenece. En esta dirección, el tribunal de Justicia ha resaltado que:

<<[d]ictada la providencia interpretativa y transmitida al órgano jurisdiccional consultante, éste deberá acogerla en la sentencia que pronuncie,

³⁹ TJCA, sentencia de 29 de agosto de 1997, marca: Belmont, proceso 11-IP-96, GOAC N° 299, 17/10/97, considerando II, párrafos 4° y 5°. La negrita está en el original.

⁴⁰ TJCA, sentencia de 10 de diciembre de 2003, Basf, proceso 104-IP-2003, GOAC N°1034, 12/02/04, considerando IV. La negrita fue agregada.

toda vez que se trata de una obligación prevista en un tratado integrante del ordenamiento jurídico fundamental de la Comunidad Andina, cual es el Tratado de creación de su Tribunal de Justicia. Y puesto que los órganos jurisdiccionales nacional constituyen parte orgánica y funcional de los Estados Miembros, el incumplimiento de la obligación citada constituiría una infracción del ordenamiento comunitario imputable al respectivo Estado Miembro>>⁴¹.

En su “Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de Interpretación Prejudicial por los Órganos Judiciales Nacionales”, el Tribunal de Justicia señaló que, luego de respondida, “[u]na vez notificada la interpretación prejudicial al juez nacional, éste continuará la tramitación del proceso interno y en su sentencia deberá adoptar el pronunciamiento del Tribunal Andino”⁴².

6. Por su parte, también la Secretaría General de la Comunidad andina (en adelante, SG) ha mantenido el carácter obligatorio de la

⁴¹ TJCA, sentencias ,arca: Harina Flor etiqueta, proceso 103-IP-2003, cit., considerando VIII, párrafo 3°; Pfizer, proceso 110-IP-2003, cit., considerando IV, párrafo 3; The Standard Oil Company, proceso 106-IP-2003, cit., considerando 2.7 párrafo 3°; marca:Ebel Internacional, proceso 114-IP-2003, cit., considerando 6, párrafo 3°; Popcorn Chicken, proceso 109-IP-2003, cit., considerando VI, párrafo 3°; marca: Andin , proceso 107-IP-2003, cit., considerando IV, párrafo 3°; marca: BB2, proceso 123-IP-2003, cit., considerando VI, párrafo 3°; Societé des Produits Nestlé, proceso 130-IP-2003, cit., considerando VI, párrafo 3°; marca: Pan Integral Familiar, proceso 125-IP-2003, cit., considerando VII, párrafo 3°, marca: Mimosin, proceso 115-IP-2003, cit., considerando 7, párrafo 3°; marca: Smart Game, proceso 126-IP-2003, cit., considerando V, párrafo 3°; marca: Paletin Ricolino, proceso 127-IP-2003, cit., considerando 5, párrafo 3°; marca: Super Choo, proceso 141-IP-2003, cit., considerando I.VI., párrafo 3°; marca: Ibis, proceso 147-IP-2003, cit., considerando 4.4, párrafo 3°; Sanofi Synthelabo, proceso 145-IP-2003, cit., considerando V, párrafo 3°; marca: Zacapa, proceso 136-IP-2003, cit., considerando VIII, párrafo 3°; Tangerife, proceso 137-IP-2003, cit., considerando VI, párrafo 3°; marca: Pegaroc, proceso 143-IP-2003, cit., considerando X, párrafo 3°: One Zipac, proceso 37-IP-2004, cit., considerando I, párrafo 3°; Peñaherrera Astudillo, proceso 165-IP-2004, cit., considerando III, párrafo 5°; Enaca, proceso 112-IP-2005, cit., considerando III, párrafo 3°; Encana Seafood, proceso 188-IP-2005, cit., considerando IV, párrafo 3°, y Curtiembre Renaciente, proceso 49-IP-2006, cit., considerando IV, párrafo 3°.

Con cita del artículo 35 del TCTJCA. La negrita no figura en el original. La Nota fue publicada en la GOAC N° 694, 03/08/02.

respuesta del Tribunal de Justicia a la interpretación prejudicial solicitada por los jueces de los Países miembros⁴³.

La misma Secretaría ha llegado a emitir dictámenes de incumplimiento contra los Países miembros en los supuestos en los que ha considerado que un tribunal nacional ha inobservado una interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia. Así ocurrió precisamente con el Dictamen de Incumplimiento N°23/95, dirigido contra Ecuador, en el cual el órgano comunitario acusó a dicho país, entre otros, por el hecho de que el Poder Judicial nacional, a través de una sentencia del tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito, había infringido la sentencia del tribunal de Justicia emitida en el proceso 06-IP-94⁴⁴ al no darle cabal acatamiento⁴⁵.

La SG, refiriéndose a la interpretación prejudicial, también ha considerado que “[l]a sentencia que dicte el Tribunal [de Justicia] tiene carácter obligatorio, de acuerdo a lo establecido en el Tratado y el Estatuto del Tribunal, y el juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal {con cita del proceso 157-IP-2004}... Además el tribunal [de Justicia] ha manifestado que la sentencia vincula al juez nacional que solicitó la interpretación y a los demás jueces que conozcan del proceso por cualquiera de los recursos que llegue a su conocimiento y decisión. Los jueces nacionales deberán

⁴³ Ver resoluciones N° 177, Dictamen 51-98 de Incumplimiento por parte del Ecuador, a través de la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil, de los artículos 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena, y de los artículos 5°, 28, 29 y 31 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 17/12/98, GOAC N° 399, 22/1298, literal 11, y N° 210, Por la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración presentando por el Gobierno del Ecuador contra la Resolución 171, 31/03/99, GOAC N° 424, 06/04/99, considerando 4.

⁴⁴ TJCA, sentencia de 9 de diciembre de 1994, Roemers, GOAC N° 170, 23/01/95

⁴⁵ Como se recordará, dicho dictamen culminó en la sentencia del TJCA de 30 de octubre de 1996, proceso 1-AI-96 (GOAC N°238, 04/12/96), en la cual el tribunal señaló que <<[e]fectivamente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo acogió en la parte considerativa del fallo, la posición contenida en la interpretación prejudicial 6-IP-94. Empero al resolver sobre la legalidad del Decreto 1344-A demandado internamente en aquella oportunidad, la justicia nacional tuvo una posición divergente>> (considerando XIV).

enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial”⁴⁶.

7. A su vez, los autores también apoyan la vinculatoriedad de la respuesta del tribunal de Justicia para el juez nacional.

Bueno Martínez, ex magistrado del TJCA, señala que “[e]l pronunciamiento contenido en la interpretación prejudicial no puede asimilarse a una opinión doctrinaria o a un dictamen que quede al simple arbitrio del juez nacional”; y agrega –con cita de otro ex magistrado del Tribunal de Justicia, Uribe Restrepo– que la respuesta del tribunal en la interpretación prejudicial “es ‘una verdadera sentencia, aunque *sui generis*, que tiene la fuerza propia de la cosa juzgada, aunque con un efecto relativo, inter-partes, circunscrito al proceso de que se trate y que habrá de ser tenida en cuenta por el a-quo para la sentencia definitiva, junto con los elementos fáctico y derecho nacional que vengan al caso’. Por lo tanto la sentencia de interpretación prejudicial tiene la fuerza vinculante propia de toda sentencia. Así lo estatuye el artículo 35 del Tratado”⁴⁷.

Por su parte, Vigil Toledo –actual magistrado del TJCA– mantiene que, en el marco de la interpretación prejudicial, “[l]a sentencia que dicte el tribunal tiene carácter obligatorio.[...] Lo que significa que la sentencia que contiene la interpelación, resuelve la cuestión referente al Derecho Comunitario, correspondiendo al juez nacional la responsabilidad de dictar el fallo final apreciando los hechos con relación a dicha interpretación, es decir, que da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada, no se trata pues de una mera directiva o sugerencia, sino que es vinculante para el juez nacional que hizo el reenvío, en lo que se refiere a la interpretación de la norma comunitaria. La sentencia vincula al juez nacional que solicitó la interpretación y a los demás jueces que co-

⁴⁶ SECRETARÍA GENERAL, “Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias”, ed. Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, 2008, pág.28.

⁴⁷ BUENO MARTÍNEZ, Patricio, “La interpretación prejudicial, obligatoriedad, alcances y limitaciones”, charla mensual organizada por el Estudio Quevedo & Ponce, Quito, Ecuador, 29 de marzo de 2001 (copia mimeográfica suministrada por el autor con autorización para su cita), pág. 7.

nozcan del proceso por cualquiera de los recursos que llegue a su conocimiento y decisión... En todos los casos deberán recoger la interpretación de la normativa comunitaria decidida por el Tribunal”⁴⁸.

Sánchez Miralles sostiene al respecto que “[l]a interpretación del tribunal supranacional tiene fuerza obligatoria, es decir que da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada, no se trata pues de una mera directiva o sugerencia, sino que vincula al juez nacional que hizo el reenvío y a los demás tribunales que deben conocer la por vía de recurso. Tiene autoridad de cosa juzgada, y así lo establece expresamente el artículo 31 [hoy artículo 35] del tratado que crea el TJCA [...]. Esto quiere decir que en la materia objeto de interpretación del juez comunitario es absolutamente vinculante para el juez nacional⁴⁹.

8. En el presente caso, el propio Tribunal Distrital reconoció la obligatoriedad de la interpretación prejudicial dada por el Tribunal de Justicia. En efecto, en el considerando Sexto de su sentencia, el citado tribunal ecuatoriano destacó que <<la interpretación prejudicial solicitada, ... es un requisito previo a la expedición de la sentencia en causa, tanto más que el pronunciamiento del Órgano Comunitario es de aplicación obligatoria por parte de los órganos judiciales nacionales>>⁵⁰.
9. Como se desprende de todo lo anterior, el juez nacional está obligado a aplicar en su sentencia la interpretación prejudicial que emita el Tribunal de Justicia. Si el juez de la causa no acta la interpretación del TJCA, tal actitud conlleva la violación de varias

⁴⁸ VIGIL TOLEDO, Ricardo, “La cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: La Consulta Prejudicial”, conferencia en el marco del Seminario sobre “La Consulta Prejudicial”, Granada, Nicaragua, 9 y 10 de octubre de 2006, disponible en <http://ccj.org.ni/CCJsite/presseminarios/granada-oct-06/La%20coop%20organos%20jurisdiccionales%20nacionales%20y%20el%20Tribunal%20de%20Just%20de%20la%20com%20Andina.pdf>, pág 8.

⁴⁹ SÁNCHEZ MIRALLES, Samantha, “Interpretación del Derecho comunitario: La interpretación Prejudicial por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, revista de la Fundación Procuraduría N°22, 1999, ed. Procuraduría General de la república, Caracas, Venezuela, punto 7, disponible en <http://www.zur2.com/fp/22/samantha.htm>.

⁵⁰ La negrita no es de la sentencia.

normas y principios del derecho comunitario andino, en particular el artículo 35 del TCTJCA, lo cual, a su vez, puede dar lugar a que el País miembro al cual pertenece puede ser demandado ante el Tribunal de Justicia en el marco de una acción de incumplimiento.

10. Cabe responder a la presente Consulta (C) que, atento a lo concluido en la Consulta (B), el TDCA-1, a través de su sentencia del 1 de marzo de 2005 –ahora recurrida en casación– ha violado el Derecho comunitario andino, en especial el artículo 35 del TCTJCA.

V: CONSULTA D): *¿La Corte Nacional de Justicia a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, como órgano del estado de Ecuador, tienen la obligación de suprimir dicha violación, dejando sin efecto la sentencia impugnada y dictando una nueva en la que se aplique la interpretación prejudicial?*

1. Para comenzar conviene resaltar que las obligaciones *de hacer* (obligación de “adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”) y *no hacer* (obligación de “no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”), claramente previstas en el artículo 4 del TCTJCA, antes citado, son impuestas a los Países miembros, conceptualizados éstos como una entidad jurídica global que responde por los actos, medidas, inacciones u omisiones, atribuibles a cualquiera de sus autoridades legalmente constituidas.

En este sentido, tal como lo ha sostenido el TJCA, la responsabilidad que puede generarse para el país en virtud de la adopción de un acto contrario al Derecho comunitario andino, o de una abstención frente al deber de obrar que en ocasiones impone dicho ordenamiento regional, puede tener su origen en acciones u omisiones de un órgano del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o del Poder Judicial⁵¹; siendo irrelevante, a su vez, el argumento de la estructura

⁵¹ TJCA, sentencias de 20 de octubre de 1999, Secretaría General/Bolivia, proceso 8-AI-98, GOAC N°512, 26/11/99, considerando 2.4, párrafo 3°; de 2 de julio de 2000, Colombia/Secretaría General (caso SUDAMTEX), proceso 2-AN-98, GOAC N°588,

federal del Estado, esto es que la autoridad en cuestión pertenezca a la esfera nacional, provincial (o regional) o municipal⁵².

El Estado, como entidad jurídica, es uno sólo, y a él se atribuyen las acciones o inacciones de sus órganos, con independencia de la distribución vertical u horizontal del poder prevista en la Constitución nacional.

Las disposiciones contenidas en las Cartas magnas de los Estados que suelen otorgar al Poder Ejecutivo Nacional la representatividad internacional del país, en modo alguno, modifican esta conclusión pues, precisamente, lo que tales normas regulan es –únicamente– el órgano estatal que tendrá el mandato de representar al Estado en la esfera internacional. Pero tales disposiciones no implican que sólo los actos u omisiones del Poder Ejecutivo puedan provocar la responsabilidad del País miembro en el marco de la Comunidad Andina por el incumplimiento del Derecho comunitario.

Y lo mismo sucede en el caso del cumplimiento del ordenamiento regional. En efecto, la adopción de una norma interna (ley, decreto, resolución, disposición, sentencia, circular, edicto, etc.) que cumpla el Derecho comunitario andino puede provenir de cualquier autoridad del Estado.

02/08/00, considerandos II y IV, y de 24 de noviembre de 2000, Secretaría General /Ecuador /Transporte Internacional de mercaderías por carreteras), proceso 15-AI-2000, considerando 2.4, y Secretaría General/Colombia (Transporte Internacional de mercaderías por carreteras), proceso 16-AI_2000, considerando 6.2, ambas en GOAC N°639, 09/02/01.

⁵² TJCA, sentencias de 28 de enero de 1999, Secretaría General/Colombia, proceso 3-AI-97, GOAC N° 410, 24/02/99, considerandos III, VII y VIII y Conclusión 2ª; de 21 de julio de 1999, Secretaría General/Ecuador, proceso 7-AI-98, GOAC N°490, 04/10/99, considerando 2.3, párrafo 4º; Secretaría General/Bolivia, proceso 8-AI-98, cit., considerando 2.4, párrafo 3º; de 22 de marzo de 2000, Secretaría General/Venezuela, proceso 16-AI-99, GOAC N°581, 12/07/00, considerando I; Secretaría General/Ecuador proceso 15-AI-2000, cit., considerando 2.4, y Secretaría General/Colombia, proceso 16-AI-2000, cit., considerando 6.3, y de 24 de octubre de 2001, Secretaría General/Colombia (AEC), proceso 26-AI-2001, GOAC N° 736, 27/11/01, considerando III, párrafo 1º.

Por ello en lo que aquí resulta pertinente, el artículo 4 del TCTJCA implica que *los Países Miembros, a través de sus jueces y tribunales, están obligados a adoptar las sentencias y resoluciones judiciales que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Al mismo tiempo, y como necesario anverso de aquel mandato, los Países Miembros, a través de sus jueces y tribunales, se comprometen a no adoptar ni emitir sentencia o resolución judicial alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.*

2. Más aún. En el caso particular del mecanismo de la interpretación prejudicial, el TCTJCA enfatizó, con precisa identificación, los órganos del Estado especialmente obligados a acatar las decisiones que el Tribunal de Justicia adopte en este ámbito.

No es otro –como ya se observó– el sentido que surge palmariamente del antes mencionado artículo 35 del TCTJCA (“[e]l juez que conozco el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal [de Justicia]”. Reforzado ello por el artículo que le sigue, a cuyo tenor, “[l]os Países Miembros de la Comunidad andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección [interpretación prejudicial]”).

De esta manera, el Derecho comunitario andino originario –el de más alto rango– coloca en cabeza de los órganos del Poder Judicial nacional el mandato especialísimo de respetar las interpretaciones dada por el Tribunal de Justicia. La razón, por cierto, se explica fácilmente si se comprende que el juez nacional es la última instancia de aplicación (o inaplicación) del Derecho comunitario; de allí que sea imprescindible que sus sentencias y decisiones sean acordes y compatibles con la normativa de la Comunidad Andina, con especial consideración al sentirlo y alcance hermenéutico dado por el Tribunal de Justicia.

3. En relación al deber de los jueces de hacer cumplir el Derecho comunitario andino, lo cual incluye acatar la interpretación prejudicial (cf. Artículo 127 del ETJCA), el Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de establecer:

<<los Países Miembros adquieren el compromiso de adoptar toda clase de medidas –sean de tipo legislativo, judicial, ejecutivo, administrativo o de cualquier otro orden– que contengan manifestaciones de voluntad del estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. [Además]. Deben abstenerse de adoptar toda medida, de la misma índole o naturaleza, que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento>>⁵³.

<<Por otra parte, en virtud de la segunda obligación, el País Miembro debe abstenerse de toda medida así sea legislativa, judicial, ejecutiva o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámense leyes, reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, decretos, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino>>⁵⁴.

<<La causa de un hecho provocado por un País Miembro o por intermedio de uno de sus órganos internos –bien se refieran a la función ejecutiva, legislativa o judicial– tiene un efecto inmediato en ese ordenamiento, cual es el presumirse el incumplimiento>>⁵⁵.

<< Los EM están obligados a cumplir con el ordenamiento jurídico comunitario...; ejerciendo un control judicial efectivo dentro de los respectivos territorios y, de ser el caso, imponiendo sanciones a los particulares o a las autoridades que no respeten tales disposiciones...>>⁵⁶.

⁵³ TJCA, sentencias Secretaría General/Ecuador, proceso 7-AI-98, cit., considerando 2.3, párrafo 4º, y Secretaría General/Bolivia, proceso 8-AI-98, cit., considerando 2.4, párrafo 3º. La negrita fue agregada.

⁵⁴ TJCA, sentencias Secretaría General/Colombia, proceso 3-AI-97, cit., considerando III, párrafo 1º; Secretaría General/Venezuela, proceso 16-AI-99, cit., considerando I, párrafo 4º, y Secretaría General /Colombia (AEC), proceso 26-AI-2001, cit., considerando III, párrafo 1º. La negrita no es del original.

⁵⁵ TJCA, sentencias Secretaría General/Ecuador proceso 5-AI-2000, cit., considerando 2.4. y Secretaría General/Colombia, proceso 16-AI-2000, cit., considerando 6.2. La negrita fue adicionada.

⁵⁶ TJCA, sentencia de 2 de junio de 2000, Secretaría General/Ecuador, proceso 19-AI_99, GOAC N° 588, 02/08/00, considerando II. El resaltado fue agregado.

Por lo demás, debe recordarse *in totum* la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia –ya referida *ut supra*– en la que señaló, sin resquicio para la duda, que el incumplimiento de una interpretación prejudicial por él elaborada, por parte del juez nacional a la hora de dictar su sentencia, conlleva un supuesto de incumplimiento del Derecho comunitario atribuible al País miembro al cual pertenece. Incumplimiento que puede ser a su vez llevado a sus estrados para su análisis y resolución.

4. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia declara viciada la sentencia del juez nacional que se aparta de la interpretación prejudicial.

Así en la sentencia *Nike International* destacó que <<[l]a interpretación [prejudicial] de que se trata está llamada a formar parte de la sentencia que dicte el juez nacional y ha de constituirse en su sustentación jurídica, en cuanto a las normas comunes se refiere. Es una motivación del fallo, en derecho>>⁵⁷.

En el proceso 10-IP-94 fue aún más categórico al afirmar que <<[q]ueda en consecuencia claro, que la interpretación prejudicial no es, ni puede equipararse a una prueba, sino que constituye una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, la que deberá, por otra parte, adoptar dicha interpretación. Esto consolida el principio de cooperación y colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario en la administración de justicia, ya que ambos con jurisdicción y competencia propias efectúan su aporte a la vigencia del derecho de integración. [...] de lo cual resulta claro que la interpretación no es ni puede asimilarse a la prueba y sí constituye una solemnidad inexcusable que el juez nacional debe observar>>⁵⁸. Criterio éste invariablemente ratificado a la fecha por el órgano judicial de la Comunidad Andina⁵⁹.

⁵⁷ TJCA, sentencia *Nike International Ltda.*, proceso 3-IP-90, cit., considerando 3. La negrita fue agregada.

⁵⁸ TJCA, sentencia *Nombres de publicaciones periódicas, programas de radio y televisión y estaciones de radio difusión*, cit., considerando 5, párrafos 5°, 6° y 8°. Los resultados no son del original.

⁵⁹ TJCA, sentencias *Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial*, proceso 1-IP-96, cit., considerando I; *marca Belmont*, proceso 11-IP-96, cit., considerando

5. No puede dejar de mencionarse que la propia jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia de Ecuador (en adelante, CSJ) (hoy Corte Nacional de Justicia) ha tenido oportunidad de reconocer la obligatoriedad de la interpretación prejudicial para el juez nacional.

Así por ejemplo, en la causa *New Yorker*, en oportunidad de hacer lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil que desestimó el reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia⁶⁰, la CSJ sostuvo –refiriéndose al TCTJCA– que <<...>>...*como en el ordenamiento jurídico andino tiene asignadas potestades jurisdiccionales al Tribunal Andino de Justicia, entre ellas la interpretación prejudicial, ha dispuesto mecanismos obligatorios y excluyentes para asegurar la legalidad de las actuaciones de los organismos comunitarios; está entre tales mecanismos el de darle una interpretación auténtica por vía de su tribunal de Justicia, que es, por lo tanto, de aceptación forzada para los jueces nacionales de los países miembros, con el fin de que tenga una aplicación uniforme, lo cual está acorde con la esencia del compromiso jurídico comunitario que, como dicen los estudiosos de la materia, “reside en la obligación activa de los países miembros de adoptar*

II, párrafo 5°; marca: Hollywood Lights, proceso 6-IP-99, cit., considerando 3, párrafo 3°; de 3 de septiembre de 1999, marca: Denim, proceso 30-IP-99, GOAC N° 497, 18/10/99, vistos párrafo 4°; marca: Johann María Farina, proceso 1-IP-2002, cit., considerando I, párrafo 3°; de 19 de julio de 2002, marca: Solysol, proceso 20-IP-2002, GOAC N° 817, 18/07/02, considerando I, párrafo 3°; de 31 de julio de 2002, patente: Composición Fungicida Sinérgica, proceso 28-IP-2002, GOAC N° 827, 21/08/02, considerando I, párrafo 3°; de 15 de noviembre de 2002, marca: Goodnites, proceso 67-IP-2002, GOAC N° 871, 11/12/02, considerando I, párrafo 3°; marca: Super Choo, proceso 141-IP-2003, cit., considerando I; marca: Nuttelini, proceso 135-IP-2003, cit., considerando 8; Serman, proceso 138-IP-2003, cit., considerando 12; marca: El Molino, proceso 142-IP-2003, cit., considerando 4.1; marca: Biobit, proceso 146-IP-2003, cit., considerando 7; Tangarife, proceso 137-IP-2003, cit., considerando I; marca: Pgaloc, proceso 144-IP-2003, cit., I; Plastigame, proceso 140-IP-2003, cit., considerando I; Ebel International, proceso 157-IP-2004, cit., considerando I, párrafo 27°; marca: Trico. Proceso 66-IP-2005, cit., considerando 2.4, párrafo 2° y de 8 de octubre de 2008, INAEXPO C.A., proceso 93-IP-2008, GOAC N° 1674, 27/1108, considerando C, párrafo 2°. Ver también, TJCA, “Nota informativa...”, punto 4.

⁶⁰ Ver, PEROTTI, Alejandro D. “Interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino. Incumplimiento. Consecuencias. El expediente *New Yorker/Procter & Gamble*”, revista *Pioner de Doctrina “Normas Legales”*.: Derecho público y Derecho Privado N° 6, 2007, ed. Gaceta Jurídica, Lima Perú, págs. 199 a 216.

las medidas necesarias para el cumplimiento del ordenamiento supranacional y la pasiva de no tomar decisiones contrarias a ese ordenamiento o que obstaculice su ejecución; esta es la clave del éxito del proceso en su aspecto jurídico, de lo cual se deduce que la ejecución del mismo es compartida por los órganos comunitarios y los nacionales, así como la aplicación del Derecho andino corre tanto por cuenta del Tribunal del acuerdo como de los jueces nacionales”...>>⁶¹.

Por su parte, más en general, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), al hacer referencia a la decisión emitida por el TJCA en el proceso 2-I-97, Secretaría General/Ecuador⁶² –por la cual se declaró el incumplimiento de País miembro demandado–, señaló que dicha <<sentencia ...,tiene fuerza obligatoria>>⁶³.

Ello se menciona sin olvidar los varios fallos en los cuales los tribunales supremos de la República de Ecuador han mantenido la prevalencia de la normativa andina sobre el derecho interno⁶⁴.

6. Para culminar, no puede dejar de señalarse que la reciente Constitución de 2008⁶⁵ –cuyo artículo 424 la reconoce como “la norma suprema [que] prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico” por lo que “[l]as normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica” –dedica el Capítulo tercero del Título VIII (“Relaciones Interna-

⁶¹ CSJ, Tercera Sala de Casación Civil y Mercantil, “New Yorker S.A./Procter & Gamble Interamericas, Inc.”, causa N° 13/99, 05/10/99, considerando V, literal B (*inédita*).

⁶² TJCAS, sentencia de 24 de septiembre de 1998, GOAC N° 391, 11/12/98.

⁶³ TC, Segunda Sala, “Eximquito Cia. Ltda.” Y “AM Bruning del Ecuador Cia. Ltda.”, caso N° 1021-99-AA, 09/02/00, RO (en adelante, Registro oficial) N° 29, 02/03/00, pág. 1, considerando Cuarto.

⁶⁴ Ver, entre muchos, TC, “Eximquito y “AM Bruning del Ecuador Cia. Ltda.”, caso N° 1021-99-AA. 09/02/00, RO(en adelante, Administrativo, “Constante Gavilanes/Junta Monetaria”, 15/05/98, gaceta Judicial N°11, año XCVIII, enero – abril, 1998, pág. 2973, y Primera sala Civil y Mercantil, “Winthrop/Director Nacional de Propiedad Industrial”, resolución N° 295-99, juicio N° 635-94, 13/05/99, Gaceta Judicial XVI-XVII, 15/7,1999.

⁶⁵ RO N° 449, 20/10/09.

cionales”) a la “Integración latinoamericana”, prescribiendo el artículo 42– en lo que aquí es pertinente -:

“La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a:

1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.

[...]

3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laborales, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad.

[...]

6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región.

7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América latina y del caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales e integración regional”⁶⁶.

Por ello, puede considerarse que la violación del derecho comunitario andino, incluyendo la interpretación que él realice el TJCA, conculca el mandato constitucional de consolidar la integración regional.

⁶⁶ La negrita fue adicionada.

7. *Atento a las consideraciones hasta aquí vertidas, se impone responder a la Consulta D, en el sentido de que la Corte Nacional de Justicia a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, como órgano del Estado de Ecuador, tiene la obligación de suprimir violación en la que ha incurrido el TDCA-1 –al apartarse de la interpretación prejudicial dada por el TJCA en el proceso 44-IP-2002–, dejarlo sin efecto la sentencia impugnada y dictando una nueva en la que se aplique íntegramente la interpretación prejudicial del tribunal de Justicia.*

8. CONCLUSIÓN:

En atención a todo lo expresado, debe concluirse en la aceptación del recurso de casación y consecuentemente revocación de la sentencia del TDCA-1.

Dicho resultado teniendo en cuenta que:

1. El TCAD-1, a través de su sentencia del 1 de marzo de 2005, no ha dado acabada aplicación a los principios que surgen de la interpretación prejudicial del TJCA en el proceso 44-IP-2002.
2. Por la razón, el TDCA-1, a través de su sentencia del 1 de marzo de 2005, ha violado el Derecho comunitario andino, en especial el artículo 35 del TCTJCA.
3. La Corte Nacional de Justicia a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, como órgano del Estado de Ecuador, tiene la obligación de suprimir violación en la que ha incurrido el TDCA-1 –al apartarse de la interpretación prejudicial dada por el TJCA en el proceso 44-IP-2002–, dejando sin efecto la sentencia impugnada y dictada una nueva en la que se aplique íntegramente la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia.