



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CUADERNO JUDICIAL 005-2024

Sesión 14-J-TJCA-2024

Criterios jurídicos interpretativos relevantes emitidos por el TJCA el 10 de julio de 2024
(Sesión Judicial 14-J-TJCA-2024)

La excepción a los derechos de autor de obras situadas en espacios públicos

La protección de antologías y compilaciones de obras

No hay uso a título de marca cuando los ciudadanos se refieren a ella en ejercicio de su libertad de expresión o derecho a la protesta

Concepto de marca y requisitos para su registro en la Decisión 344

El control aduanero y la valoración de mercancías provenientes de zonas francas

Quito, julio de 2024

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Criterios jurídicos interpretativos relevantes emitidos por el TJCA el 10 de julio de 2024 (Sesión Judicial 14-J-TJCA-2024)*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, julio, 2024.

© **Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**

Diagramación, edición de portada y elaboración de contenido:

Mario Mateo Santos Pérez

Fotografía y edición de fotografía de portada:

Mateo Bonilla Basantes y Mario Mateo Santos Pérez

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Magistrados

Íñigo Salvador Crespo (Presidente)
Sandra Catalina Charris Rebellón
Hugo R. Gómez Apac
Rogelio Mayta Mayta

Secretaria General

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Jefa Administrativa y Financiera

Germania Achig Castellanos

Abogados Asesores

Alejandra Muñoz Torres
Carlos Sebastián Garcés Vásquez
Carlos Gonzalo Vaca Dueñas
John Alexander García Rodríguez
Mariohr Pacheco Sotillo

Auxiliar Judicial

Mario Mateo Santos Pérez

Consultora legal

Lupe Helena Núñez del Arco Viteri

Índice:

- La excepción a los derechos de autor de obras arquitectónicas, de bellas artes, fotográficas y de artes aplicadas que se encuentran situadas permanentemente en un lugar abierto al público.....5
- La protección de antologías y compilaciones de obras diversas.....12
- Si la utilización no comercial de un signo distintivo por parte de un tercero no autorizado por el titular puede constituir una infracción marcaria.....17
- Concepto de marca. Requisitos para el registro de las marcas. Marcas Evocativas [en la Decisión 344].....22
- La valoración de mercancías en casos especiales por aplicación de un determinado régimen o destino aduanero. Los controles aduaneros en territorio aduanero comunitario en los casos de mercancías provenientes de zonas francas.....26

1. La excepción a los derechos de autor de obras arquitectónicas, de bellas artes, fotográficas y de artes aplicadas que se encuentran situadas permanentemente en un lugar abierto al público

Mediante Sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 256-IP-2021 del 10 de julio de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5512 del 17 de julio de 2024, el TJCA interpretó la excepción a los derechos de autor de obras arquitectónicas, de bellas artes, fotográficas y de artes aplicadas que se encuentran situadas permanentemente en un lugar abierto al público en los siguientes términos:

«La excepción a los derechos de autor de obras arquitectónicas, de bellas artes, fotográficas y de artes aplicadas que se encuentran situadas permanentemente en un lugar abierto al público

...El literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 dispone lo siguiente:

“**Artículo 22.-** Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

(...)

h) Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público;

(...)”

...El régimen andino de derecho de autor permite la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable de las imágenes obtenidas de obras arquitectónicas, de bellas artes, fotográficas o de artes aplicadas, sin autorización del titular de los derechos de autor, y sin pago de remuneración alguna, siempre que la obra en cuestión esté situada permanentemente en un lugar público.

...La *ratio legis* del literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 radica en el carácter común del espacio público en donde se encuentra la obra. En este sentido:

“En opinión de BERCOVITZ⁸, dicha limitación se justificaría por la introducción [de la obra] en la vida pública; **por una noción social del espacio público, al que todos podemos referirnos, incluso en nuestras obras.**

⁸ *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia 2003, pág. 108.”⁶

(Texto entre corchetes agregado, negrita propia del texto).

...Esta excepción se fundamenta en la facultad de las personas de referirse u utilizar el espacio público, así como de desarrollar actividades creativas sobre y en el espacio público. Asimismo, la norma está enfocada a evitar que el régimen de derecho de autor derive en absurdos que limiten la utilización legítima del espacio público o limiten nuevas creaciones intelectuales llevadas a cabo en dichos lugares. Sería impensable prohibir a los usuarios realizarse fotografías en espacios urbanos, transmitir en vivo sucesos acontecidos en las calles, realizar una videollamada desde sus oficinas o viviendas con vistas a la calle, entre otros, en razón de que en dicho espacio público se expone permanente una obra arquitectónica, de bellas artes, fotográfica o de artes aplicadas. Cualquier persona puede ser fotografiada junto a una estatua ubicada en una plaza o parque público y subir la fotografía en sus redes sociales.

...Por “lugar abierto al público” debe entenderse cualquier locación espacial y física cuyo acceso sea libre y sin restricción alguna, sea cubierta (en interiores) o no cubierta (en exteriores). Realizar una obra destinada a exponerse permanentemente en un lugar abierto al público tiene como consecuencia lógica el fácil acceso que terceros poseerán a la misma, lo que permite inferir la intención del autor de que esta sea utilizada por el público.⁷

...Ahora bien, existen lugares cuyo acceso posee restricciones pero que, por su naturaleza, son públicos y pueden permitir la aplicación de la excepción (*v.g.*, las instalaciones de transporte público). En este sentido, el análisis que realice la autoridad competente deberá considerar las particularidades de cada caso concreto, de conformidad con las reglas de la sana crítica y la naturaleza misma del espacio que se analiza.

...Así, el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 limita los derechos patrimoniales sobre obras que se encuentran expuestas a la sociedad al situarse permanentemente en lugares públicos. Piénsese el caso de catedrales o fachadas de edificios (obras arquitectónicas), esculturas en las plazas urbanas (obras de bellas artes), exposiciones fotográficas en bulevares (obras fotográficas) o juegos infantiles con contenido artístico en parques municipales (obras de arte aplicado).

...La excepción en cuestión permite a las personas hacer uso de las imágenes de las obras situadas permanentemente en lugares públicos, sin autorización ni pago de regalías al titular, y reproducirlas, radiodifundirlas o transmitir las públicamente por cable para su uso personal o, incluso, en un nuevo ejercicio creativo. La excepción prevista en el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 recae sobre la “imagen” que se realice de las obras situadas en espacios públicos; es decir, la excepción en cuestión no aplica sobre otros usos de dichas obras que no califiquen como imágenes (*v.g.*, reproducciones en miniatura).

...De esta manera, un productor puede grabar una película (una obra audiovisual) teniendo como escenario el entorno urbano de una ciudad ubicada en algún País Miembro. El literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 le permite grabar, fotografiar, realizar bosquejos, entre otros, de locaciones en las cuales aparezcan edificios, estatuas, murales y otras obras, por cuanto estas se encuentran en sitios públicos (calles, avenidas, plazas, parques, etc.). El hecho de que en la película aparezcan estatuas o edificios situados en espacios públicos no otorga derechos a ningún tercero para reproducir o comunicar públicamente la película. Para mayor información al respecto, se puede consultar los criterios jurídicos interpretativos que el TJCA ha emitido sobre la obra fotográfica en la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 191-IP-2021 del 21 de septiembre de 2022⁸, y sobre la obra audiovisual, en la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 142-IP-2020 del 25 de agosto de 2021^{9,10}.

...Otro ejemplo de lo mencionado en el párrafo anterior sería un pintor que grafique en una obra de arte un paisaje en el cual aparezca un monumento situado en una plaza. El hecho que el pintor contemple en su pintura este monumento no implica que su obra sea pública y, por tanto, que una reproducción de su pintura esté amparada en el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351.

...Así, se deberá distinguir entre las obras situadas en el lugar público, que son objeto de la excepción (*v.g.*, el monumento pintado o el edificio videograbado), de las nuevas obras realizadas que contemplen las imágenes de estas obras (*v.g.*, la pintura, la película o la fotografía); siendo que estas últimas no estarán *per se* sometidas a la excepción prevista en el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351.

...En ningún caso la imagen que se realice de la obra arquitectónica, de una obra de bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas situadas en el espacio público otorgará derechos exclusivos al autor de la imagen sobre la obra situada en el espacio público que fue retratada. En este sentido, a modo de ejemplo, el fotógrafo que ha retratado una ciudad en la que aparecen varios edificios no podrá impedir que otra persona realice otra fotografía retratando el mismo paisaje¹¹.

...Para que la excepción de la que venimos hablando prospere, la obra debe estar situada permanentemente en un lugar de acceso público. De esta forma:

“[E]l carácter permanente de su ubicación implica no una duración determinada, sino un destino vinculado a ese emplazamiento. Por el contrario, habría que excluir cualquier obra que se halle en un lugar público con un carácter puramente ocasional como sería el caso, por ejemplo, de una escultura situada en una calle o plaza con ocasión de una exposición o certamen.”¹²

...Al analizar el carácter permanente de la ubicación, se deberá tomar en cuenta la naturaleza y el objeto de creación de la obra.

...En el caso de que una obra que permanece en un espacio público se retire del mismo, desaparecerá la motivación de la excepción¹³, dejando a salvo las imágenes realizadas mientras esta estuvo situada en un espacio disponible al público.

...Finalmente, el TJCA estima pertinente recalcar que la aplicación del literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 para cada caso concreto debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de dicha norma andina¹⁴. En este sentido, la libre reproducción, radiodifusión o transmisión por cable de imágenes de obras de arquitectura, bellas artes o de arte aplicado y fotográficas situadas en un lugar público no debe atentar contra la normal

explotación de estas obras ni implicar una afectación a los legítimos intereses del titular de derechos de autor.

...El análisis que realice la autoridad competente dependerá de las particularidades de cada caso concreto, de conformidad con las reglas de la sana crítica. Para su decisión, la autoridad competente podrá considerar criterios tales como si la finalidad del uso es lucrativa o no, y si la imagen de la obra situada en el espacio público es un elemento principal o accesorio dentro de la nueva creación.

...La utilización lucrativa de la imagen que exponga como elemento central y principal a la obra situada en el lugar público es un indicio de afectación a la normal explotación de dicha obra. *Contrario sensu*, el uso lucrativo de una imagen en la que aparezcan obras situadas en el espacio público no constituiría una afectación a la normal explotación de estas si las obras retratadas ocupan un lugar secundario dentro de la totalidad de la imagen nueva. Por otro lado, una imagen en la que la obra situada en el lugar público ocupe un lugar principal sí podría afectar su normal explotación, incluso cuando su uso no es lucrativo, si, por ejemplo, la reproducción de esta haya generado daños por lucro cesante.

...De esta forma, la fotografía de un monumento (obra escultórica) realizada por un turista, su reproducción y carga o subida a redes sociales no constituiría una infracción a los derechos de autor porque no se realiza con ánimo de lucro. Por el contrario, sí podría constituir una infracción si esta persona tomase una fotografía cuyo contenido principal es la imagen de una escultura situada en un espacio público, y comience a utilizarla comercialmente en la venta de mercancías¹⁵.

...Como se mencionó previamente, la excepción prevista en el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 operará siempre que no atente contra la normal explotación de las obras retratadas ni afectaste los legítimos intereses de su titular, lo cual deberá ser analizado por la autoridad competente en cada caso concreto.

⁶ María Serrano Fernández, *Obras situadas permanentemente en vías públicas. La falta de ánimo de lucro como posible restricción a la libre utilización del art. 35.2 TRLPI*, en AA.VV., Carlos Rogel Vide (coordinador), *Los límites del derecho de autor*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2006, p. 222.

⁷ *Ibidem*, pp. 225 a 227.

⁸ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5047 del 30 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205047.pdf>

⁹ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4314 del 25 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204314.pdf>

¹⁰ Asimismo, para profundizar sobre el objeto de protección del derecho de autor y sobre el requisito de originalidad de la obra, se puede consultar los criterios jurídicos interpretativos contenidos en la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 197-IP-2020 del 23 de febrero de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5439 del 28 del mismo mes. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205439.pdf>

¹¹ Considerando que lo que protege el derecho de autor respecto de las obras fotográficas es la originalidad reflejada en la singularidad del autor plasmada en su propuesta artística contenida en la imagen, sea a través del encuadre o ángulo, la iluminación y los contrastes, los retoques y efectos, entre otros. Para mayor profundidad sobre la naturaleza de la obra fotográfica, ver la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 191-IP-2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5047 del 30 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205047.pdf>

¹² María Serrano Fernández, *óp. cit.*, p. 226.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ **Decisión 351. -**

“**Artículo 21.-** Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.”

¹⁵ En este sentido, Natalia Tobón Franco menciona:

“El uso de la imagen de la fachada de una obra arquitectónica protegida por el derecho de autor, ubicada en la vía pública, en una campaña publicitaria masiva con fines lucrativos, requiere la autorización previa del titular de los derechos de autor y el pago de una contraprestación.”

Natalia Tobón Franco, *El derecho a la imagen de personas comunes, personajes públicos y edificios*, en AA.VV. (Hugo R. Gómez Apac, et al., directores), *La propiedad industrial y el derecho de autor en Iberoamérica: tendencias para la tercera década del Siglo XXI*, tomo I, primera edición, impresión Quito-Ecuador, Universidad Internacional del Ecuador – Universidad Hemisferios –

Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual, Quito, 2021, p. 197.
Disponible en:
<https://www.tribunalandino.org.ec/libros/PropiedadIndustrialDerechoAutorIberoamerica.pdf>

(...)

¿La reproducción y publicación en internet de una fotografía que contiene imágenes de un bien de interés cultural de carácter nacional se encuentra dentro de la hipótesis prevista en el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351?

El alcance del literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 no está relacionado con el interés cultural que una obra pudiese poseer, sino con la ubicación física de dicha obra en un espacio público...»

El criterio jurídico interpretativo se encuentra disponible en el siguiente enlace:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205512.pdf>

2. La protección de antologías y compilaciones de obras diversas

Mediante Sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 292-IP-2021 del 10 de julio de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5513 del 17 de julio de 2024, el TJCA interpretó lo siguiente sobre la protección de antologías y compilaciones de obras:

«La protección de antologías y compilaciones de obras diversas

...El literal ll) del artículo 4 de la Decisión 351 dispone lo siguiente:

“**Artículo 4.-** La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:
(...)”

ll) **Las antologías o compilaciones de obras diversas** y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales”.

(Énfasis agregado)

...La parte destacada de la norma anterior hace eco de lo establecido en el numeral 5 del artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas:

“5) Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones”.

...Como puede observarse, la norma comunitaria andina referida distingue dos grupos particulares de obras compilatorias. Por un lado, están las antologías, compilaciones y colecciones de obras diversas. Por el otro, contempla las bases de datos y otras obras que reúnen datos e información que, en sí mismos, no revisten la originalidad propia de las obras protegidas por el derecho de autor.

...El TJCA ha desarrollado un criterio armónico sobre el segundo grupo, especialmente con relación a la base de datos⁶. Asimismo, en su jurisprudencia reciente, se ha referido a bases de datos particulares como los estudios de audiencia (*rating*)⁷. En ambos casos, el Tribunal insistió en que la protección de este tipo de obras no recae en la originalidad del contenido que reúne, sino en la selección y disposición de los datos, los cuales podrían incluso carecer de toda originalidad en sí mismos.

...Lo mismo aplica en el caso de las antologías, compilaciones y colecciones de obras de distinta naturaleza, con la diferencia de que aquellas sí reúnen obras susceptibles de protección por derechos de autor, lo que demandará consideraciones adicionales.

...El TJCA ha señalado que: “[c]uando la compilación constituye una colección de obras preexistentes (...) se afirma que son obras ‘relativamente originales’, pues la originalidad radica únicamente en la composición”⁸. Así también, Natalia Tobón explica que: “una compilación puede ser protegida mediante derechos de autor si y sólo si la recopilación, selección y organización de lo que se compila tiene un mínimo de originalidad o una chispa de creatividad personal”⁹. En ese orden de ideas, para analizar la originalidad de una compilación deberá considerarse que la selección y disposición de sus componentes efectivamente refleje el ingenio y originalidad del autor.

...Ahora bien, como explica Ricardo Antequera, tratándose de compilaciones que agrupan obras primigenias, sea mediante su reproducción íntegra o a través de su adaptación o modificación, estas serán lícitas siempre y cuando respeten los derechos de los autores de las obras originarias¹⁰.

...Lo anterior es sumamente relevante ya que, por medio de antologías, compilaciones y colecciones de obras, pueden vulnerarse los derechos de autor de terceros. Así, por ejemplo, pueden vulnerarse derechos morales si se omite la referencia a los autores de las obras compiladas o si se las deforma, mutila o modifica indecorosamente o contra la reputación de sus autores. También pueden lesionar derechos patrimoniales si reproducen, comunican públicamente, distribuyen, traducen o adaptan las obras primigenias compiladas sin previa autorización de sus autores, con o sin el pago de sus correspondientes regalías.

...Mal haría el ordenamiento jurídico comunitario andino en proteger obras compilatorias que vulneren los derechos autorales de las obras que reúnen. Por eso, sin perjuicio de la presunción de buena fe, la autoridad que las analice deberá verificar que no se infrinjan otros derechos de autor por medio de ellas.

Lo anterior no altera el criterio general según el cual en una obra puede haber múltiples derechos involucrados, algunos originales y otros no, y cada uno de ellos merecerá protección en tanto cuenten con esa característica de originalidad, siempre sobre la base de que el principio general es que la ilicitud no genera derechos.

...En el caso de las compilaciones, antologías o similares puede darse el caso de un coordinador, director o compilador cuyo trabajo no esté publicado y no haya pedido la autorización (para la reproducción y publicación de las obras individuales objeto de la compilación), pero desee mantener su trabajo en la “ineditud” (de inédito). En este caso, es claro que para publicar su obra tendrá que buscar las autorizaciones (de los autores individuales de las obras objeto de compilación) correspondientes, pero ello es diferente a que no haya tenido protección sobre su obra (la compilación) desde que la creó. Mientras la obra está en “ineditud”, es plenamente legal y el ordenamiento jurídico la protege, solo le quita su égida cuando se divulga vulnerando los derechos de terceros. En otros términos, una cosa es el derecho de autor sobre la compilación en tanto la selección de las obras ostente originalidad, y otra distinta es carecer de las autorizaciones de los autores individuales. De darse esto, habrá obra (la compilación), pero esta no podrá ser publicada, debido a la falta de autorización otorgada por los autores de las obras individuales objeto de la compilación.

También debemos diferenciar el escenario de la infracción en la que toda la obra está viciada por involucrar múltiples infracciones, de aquellas en que se dan simples conflictos contractuales entre el compilador, director de la publicación o de la antología con los llamados “colaboradores” que impliquen un indebido licenciamiento de las obras incorporadas en la obra compilatoria, o la inexistencia de cesión. En ese caso, las controversias son en el plano contractual pero no resultan de tal magnitud que privan de absoluta protección a la compilación, la antología o colección de obras.

...Ahora bien, existirán antologías, compilaciones y colecciones que reúnan obras que no sean susceptibles de protección por el derecho de autor (como en algunas jurisdicciones son las leyes y los fallos

judiciales) o que las reúnan en el marco de las limitaciones y excepciones al derecho de autor (según lo dispuesto en los artículos 21 y 22 de la Decisión 351). En estos casos, el análisis de la autoridad que las conozca podrá ser tanto más flexible. Sin embargo, deberá, aun así, verificar que la selección y distribución de los componentes de la obra compilatoria goce de originalidad para otorgarle la protección correspondiente por el derecho de autor.

...En el caso de colecciones o compilaciones de jurisprudencia (fallos judiciales), la tarea de selección debe tener un componente creativo. Si, por ejemplo, se tratara de una mera recopilación de sentencias en orden cronológico, es difícil sostener la existencia de creatividad. Distinto es el caso en que el compilador realice tareas de síntesis, resumen, presentación, correlación o disenso con otros fallos, lo que obviamente expresa un esfuerzo creativo merecedor de protección jurídica por el derecho de autor.¹¹

⁶ Ver la Interpretación Prejudicial 10-IP-99 del 11 de junio de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 468 del 12 de agosto de 1999.

⁷ Ver la Interpretación Prejudicial 197-IP-2020 del 23 de febrero de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5439 del 28 de febrero de 2024.

⁸ Ver la Interpretación Prejudicial 10-IP-99, *Op. Cit.*

⁹ Natalia Tobón Franco, *Los derechos de autor en las compilaciones legales. El caso de las compilaciones de normas jurídicas en Colombia y Estados Unidos*, En: *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 5, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 124.

¹⁰ Ricardo Antequera Parilli, *El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela*, Venezuela, Autoralex, 1994, p. 181.

¹¹ Para más información sobre el requisito de originalidad de la obra, ver la Interpretación prejudicial 197-IP-2020, *óp. cit.*

(...)

¿En qué supuestos corresponde la nulidad del registro de obras literarias?

El registro de obras literarias, artísticas y científicas constituye la emisión de actos administrativos. Sobre el particular, este Tribunal no es competente para pronunciarse sobre las causales de nulidad de actos administrativos que prevea la normativa interna de cada uno de

los Países Miembros. No obstante, al ser correlativo el registro de la obra, una declaración de las oficinas nacionales competentes, a la protección que la normativa comunitaria le otorga, la autoridad consultante deberá remitirse al criterio consignado en el Tema 1 del Acápite F de la presente interpretación prejudicial. Sin perjuicio de que la obra puede no haber sido registrada, el derecho subsiste desde la creación de la obra.»

El criterio jurídico interpretativo se encuentra disponible en el siguiente enlace:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205513.pdf>

3. Si la utilización no comercial de un signo distintivo por parte de un tercero no autorizado por el titular puede constituir una infracción marcara

Mediante Sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 237-IP-2021 del 10 de julio de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5512 del 17 de julio de 2024, el TJCA estableció que no hay uso a título de marca cuando los ciudadanos se refieren a ella en ejercicio de su libertad de expresión o derecho a la protesta pacífica:

«...ANÁLISIS

...En este caso se aborda la cuestión de si la utilización no comercial de un signo distintivo por parte de un tercero no autorizado por el titular puede constituir una infracción marcara.

...La protección a la marca en general y a la marca notoriamente conocida en particular, está referida a su uso y aprovechamiento comercial, por lo que el uso no comercial por parte de un tercero no constituye una infracción marcara.

Esta regla tiene una excepción, en el caso de la marca notoriamente conocida, prevista en literal f) del artículo 155 de la Decisión 486, para situaciones en que el uso no comercial pudiese causar una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o un aprovechamiento injusto de su prestigio. La aplicación de esta excepción es posible en el proceso interno de referencia por lo que a continuación pasamos a realizar precisiones necesarias.

...Inicialmente tenemos que la Sentencia de Interpretación Prejudicial del proceso 243-IP-2022, al analizar el artículo 155 de la Decisión 486, establece que las expresiones públicas de un usuario o consumidor respecto de una marca notoriamente conocida sin autorización del titular de la marca no constituyen por sí solas una infracción marcara. La sentencia expresa:

“...Los consumidores, destinatarios finales de los bienes y servicios, tienen el derecho a formular quejas o reclamos respecto de la calidad de los productos adquiridos, o respecto de la idoneidad de la prestación de los servicios referidos. Estas quejas o reclamos, en algunos casos pueden conducirse a través de cauces formales, como por ejemplo a través de los

procedimientos de protección al consumidor, pero también pueden conducirse a través de situaciones más informales, como sería el manifestar su disconformidad en su entorno familiar, social o laboral.

...Precisamente, en ejercicio de su libertad de expresión, los consumidores pueden manifestar su disconformidad o insatisfacción respecto de bienes y servicios contratados, utilizando diversos canales informales, como la conversación entre amigos o vecinos, reuniones familiares, las redes sociales, etc.

...Y es que no constituye un supuesto de infracción marcaria el hecho de que un consumidor final manifieste su disconformidad o insatisfacción respecto de un bien o servicio contratado. El consumidor final no es un operador económico, no es un competidor del titular de la marca.”⁵

...Este razonamiento relativo a los consumidores o usuarios es aplicable también como regla general para cualquier tercero, por lo que el uso público de una marca de forma no comercial y sin autorización del titular de la marca, no constituye una infracción marcaria.

Esto se debe a que el uso por fuera del comercio no implica la utilización del signo a título de marca (*v.g.* para identificar productos o servicios ofertados). Esta regla se relativiza para las marcas notorias (o renombradas), porque la norma considera que estas requieren mayor protección frente a acciones ilegítimas (no amparadas en derecho), que afecten la fuerza distintiva del signo o su valor comercial o publicitario, porque se entiende que este valor es la característica esencial de la notoriedad de la marca.

...Así, excepcionalmente, de acuerdo con el literal f) del artículo 155 de la Decisión 486, el uso público no comercial de una marca notoria podría constituir una infracción marcaria si se verifican las condiciones definidas por la norma.

El literal f) del referido artículo expresa:

“El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos:

(...)

f) Usar públicamente un signo idéntico o similar a una marca

notoriamente conocida, aun para fines no comerciales, cuando ello pudiese causar una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o un aprovechamiento injusto de su prestigio”.

De esta forma, el titular de registro de una marca notoriamente conocida (o renombrada) tiene el derecho de impedir el uso público sin consentimiento por parte de un tercero cuando este uso, incluso no comercial, pudiera causar una dilución de la fuerza distintiva, del valor comercial o publicitario de la marca notoria, o un aprovechamiento injusto de su prestigio. Entendiéndose, en la hipótesis de la norma, que quien usa públicamente la marca incurriere en una infracción.

Pero el ejercicio de ese derecho y la posibilidad de pedir tutela jurídica ante una eventual infracción y que esta fuera otorgada, está condicionada a que se verifiquen determinadas condiciones expresamente previstas en el artículo 226 de la Decisión 486; así la norma del literal f) del artículo 155 debe interpretarse sistemáticamente en relación con el artículo 226, concretamente en relación con su literal b).

Para aplicar el literal f) del artículo 155 se debe verificar alguna de las hipótesis planteadas por el literal b) del artículo 226, o sea que exista o pueda existir un daño económico o comercial injusto, asociándose este a una posible dilución de la fuerza distintiva, el valor comercial o publicitario de la marca⁶.

Para que el titular de una marca notoria tenga el derecho de prohibir el uso público de su marca por parte de un tercero, que realice ese uso fuera del comercio, se deben dar cuatro condiciones esenciales:

- Primero, un tercero debe realizar actos de uso público de la marca notoria, que sean ajenos al uso comercial de la marca notoria.
- Segundo, ese uso público debe ocasionar un daño a la marca notoria, que se concrete en la dilución de su fuerza distintiva, de su valor comercial o publicitario.

Esta afectación debe estar referida a la distintividad (intrínseca o extrínseca), o notoriedad, de la marca en el comercio, que no es lo mismo que la imagen.

- Tercero, ese daño debe ser real, objetivo, concreto, no una percepción subjetiva. Sin daño no existe infracción. El daño debe acreditarse, no se presume.
- Cuarto, el daño que pudiera darse debe ser injusto, o sea que las acciones de uso público de la marca notoria por parte del tercero deben ser contrarias a la norma jurídica. Si el tercero usa la marca, se refiere a ella públicamente, en un acto o actos que implican el ejercicio de un derecho no existe un daño injusto, aunque objetivamente exista alguna dilución de su fuerza distintiva, de su valor comercial o publicitario.

Por ejemplo, si el tercero en ejercicio de su derecho a la tutela jurídica inicia un proceso judicial que tiene trascendencia noticiosa, y en ese contexto se usa, se refiere, públicamente a la marca notoria, y producto de esa situación se advierte alguna dilución de su fuerza distintiva, de su valor comercial o publicitario, esa situación no constituiría una infracción de marca, por lo que su titular no podría reclamarla como tal. Tampoco hay daño injusto si el tercero usa, se refiere, públicamente a la marca notoria en el ejercicio del derecho a la libre expresión, pues las marcas no están exentas de ser criticadas o elogiadas, que las personas expresen mensajes positivos o negativos respecto de ellas⁷.

En resumen, no hay uso a título de marca, y menos infracción marcaria, cuando los ciudadanos se refieren a ella, o a un nombre comercial, en ejercicio de su libertad de expresión, su derecho de petición, su derecho a la protesta (pacífica), su derecho al reclamo, etc.

⁵ Ver párrafos 4.9.5. a 4.9.10. de las páginas 32 y 33 de la Interpretación Prejudicial 243-IP-2022 del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 51 y 52 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5187 del 22 del mismo mes. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205187.pdf>

⁶ Ver, asimismo, el documento denominado *Cuestiones más Actuales del Derecho de Marcas. La problemática de las marcas no registradas; la protección de las marcas notorias y la problemática del uso de las marcas en internet*, preparado por Marco Matías Alemán, Director Adjunto de la División de Legislación, Política Pública General y Desarrollo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual — OMPI, en el marco del Quinto Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina, coorganizado por la OMPI, la Oficina Europea de Patentes, la Oficina Española de Patentes y Marcas, y la Agencia Española de

Cooperación Internacional, con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial de España, en Cartagena de Indias (Colombia), del 20 al 24 de noviembre de 2006. Disponible en:

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_oepm_oepr_pi_ju_ctg_06/ompi_oepm_oepr_pi_ju_ctg_06_2.pdf

- ⁷ Ver de manera referencial Manuel Bernet Paéz, *Los usos permitidos de las marcas ajenas: Una propuesta para el derecho chileno de acuerdo con la experiencia comparada*, en Revista chilena de derecho y tecnología, vol. 11 no. 2, Santiago de Chile, diciembre de 2022. Disponible en:

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842022000200087»

El criterio jurídico interpretativo se encuentra disponible en el siguiente enlace:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205512.pdf>

4. Concepto de marca. Requisitos para el registro de las marcas. Marcas Evocativas [en la Decisión 344]

Mediante Sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 374-IP-2021 del 10 de julio de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5513 del 17 de julio de 2024, el TJCA interpretó lo siguiente sobre el concepto de marca y los requisitos para su registro de conformidad con la Decisión 344 (sustituida por la Decisión 486):

«Concepto de marca. Requisitos para el registro de las marcas.

Concepto de marca

...El artículo 81 de la Decisión 344 establece lo siguiente:

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

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

...De conformidad con la anterior definición normativa, se podría concluir que la marca es un bien inmaterial que permite identificar o distinguir los diversos productos o servicios que se ofertan en el mercado.

...La marca cumple diversas funciones en el mercado, a saber:

- a. Diferenciar los productos o servicios que se ofertan.
- b. Indicar la procedencia u origen empresarial del producto o servicio que distingue.
- c. Informar sobre la calidad del producto o servicio que identifica.
- d. Concentrar el prestigio o *goodwill* del titular de la marca.

- e. Servir de medio para publicitar los productos o servicios que distingue.

...Entre las funciones que cumple la marca como medio de protección al consumidor, se destaca la función distintiva que permite a esta identificar los productos o servicios ofrecidos en el mercado y diferenciarlos de otros. Las demás funciones se encuentran subordinadas a la capacidad distintiva del signo, pues sin esta no sería posible registrarlo como marca, condicionándolo a que este debe ser *suficientemente distintivo*.

...Sobre la base de estas precisiones, es posible aseverar que la marca cumple, además, un papel informativo esencial respecto de la procedencia u origen empresarial del producto o servicio al que distingue. Esta función informativa es percibida por el público y los canales comerciales, entre otros, a través de medios publicitarios.

Requisitos para el registro de las marcas

...Según el Régimen Común de Propiedad Industrial contenido en la citada Decisión, los requisitos para el registro de marcas son: perceptibilidad, suficiente distintividad y susceptibilidad de representación gráfica.

...En relación con los requisitos previstos en la norma, se tiene:

- a. La **perceptibilidad**, precisamente, hace referencia a todo elemento, signo o indicación que pueda ser captado por los sentidos para que, por medio de estos, la marca genere mayor influencia en la mente del público consumidor, el cual la asimila con facilidad. Por cuanto para la percepción sensorial o externa de los signos se utiliza generalmente el sentido de la vista, han venido caracterizándose preferentemente aquellos elementos relacionados con una denominación, un conjunto de palabras, una figura, un dibujo, o un conjunto de dibujos.
- b. La **distintividad** es la capacidad intrínseca que debe tener el signo para identificar por sí mismo un producto o servicio; y, la capacidad extrínseca para distinguir unos productos o servicios de otros en el mercado. El carácter distintivo del signo debe ser suficiente, esto es, que le permita al consumidor realizar la elección de los productos y servicios que desea adquirir. Del

mismo modo, le permite a su titular diferenciar sus productos y servicios de otros similares que se ofertan en el mercado.

- c. La **susceptibilidad de representación gráfica** es la posibilidad de que el signo solicitado a registro como marca sea descrito mediante palabras, gráficos, signos, colores, figuras etc., de tal manera que sus componentes puedan ser percibidos por quien lo aprecia. Esta característica es importante para la publicación de las solicitudes de registro en los medios oficiales.

...Ahora bien, este Tribunal ha interpretado de una manera amplia lo que se entiende por representación gráfica, la cual debe ser clara, precisa, completa en sí misma, inteligible, duradera y objetiva. El requisito de representación gráfica permite una definición precisa del signo, de tal manera que el titular de la marca, los consumidores y competidores puedan comprobar el alcance de la protección otorgada a la marca mediante su registro, o el alcance de la protección que se solicita, mediante su publicación.³

...En conclusión, para que un signo sea registrado como marca debe ser perceptible, suficientemente distintivo y susceptible de ser representado gráficamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 de la Decisión 344.

...Es importante advertir que el literal a) del artículo 82 de la Decisión 344 eleva a causal absoluta de irregistrabilidad la falta de alguno de los requisitos que se desprenden del artículo 81 de la misma normativa; es decir, que un signo es absolutamente irregistrable si carece de suficiente distintividad, de susceptibilidad de representación gráfica o de perceptibilidad.

...Asimismo, se debe tener en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 113, se podrá obtener mediante decisión de la autoridad nacional competente la nulidad del registro de una marca (en cualquier tiempo), siempre que se haya concedido el registro en contravención de cualquiera de las disposiciones relacionadas con las marcas, como sus requisitos o procedimiento.

...En consecuencia, se deberá analizar, en primer lugar, si el signo a registrar cumple con los requisitos mencionados, para luego determinar si la concesión del signo contravino las disposiciones de la Decisión 344, siendo el deber de la autoridad nacional competente realizar dicho análisis poniéndose en el papel de la oficina que otorgó el registro en el momento en el que dicha concesión ocurrió.

Marcas evocativas

...Un signo posee capacidad evocativa si tiene la aptitud de sugerir indirectamente en el consumidor cierta relación con el producto o servicio que ampara, sin que ello se produzca de manera obvia; es decir, las marcas evocativas no se refieren de manera directa a una especial característica o cualidad del producto o servicio, pues es necesario que el consumidor haga uso de la imaginación para llegar a relacionarlo con aquel a través de un proceso deductivo⁴.

...Los signos evocativos cumplen la función distintiva de la marca y, por tanto, son registrables. No obstante, entre mayor sea la proximidad del signo evocativo con el producto o servicio que se pretende registrar, podrá ser considerado como un signo marcadamente débil y, en consecuencia, su titular tendría que soportar el registro de signos que en algún grado se asemejen a su signo distintivo. Esto se da en el caso de signos evocativos que contengan elementos genéricos, descriptivos o de uso común, ya que su titular no puede impedir que terceros utilicen dichos elementos.⁵

...Un supuesto diferente ocurre cuando no hay una fuerte proximidad del signo con el producto o servicio que se pretende distinguir. En este caso el consumidor tendrá que hacer una deducción no evidente y, por lo tanto, la capacidad distintiva del signo es marcadamente fuerte.⁶

³ Ver interpretación prejudicial 242-IP-2015 de fecha 24 de agosto de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 2579 del 4 de septiembre de 2015.

⁴ Ver Interpretación Prejudicial 630-IP-2015 de fecha 25 de julio de 2016, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 2805 del 13 de septiembre de 2016.

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.»*

El criterio jurídico interpretativo se encuentra disponible en el siguiente enlace:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205513.pdf>

5. La valoración de mercancías en casos especiales por aplicación de un determinado régimen o destino aduanero. Los controles aduaneros en territorio aduanero comunitario en los casos de mercancías provenientes de zonas francas

Mediante Sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 153-IP-2020 del 10 de julio de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5512 del 17 de julio de 2024, el TJCA interpretó lo siguiente sobre la valoración de mercancías en casos especiales y el control aduanero en los casos de mercancías provenientes de zonas francas:

«La valoración de mercancías en casos especiales por aplicación de un determinado régimen o destino aduanero

...En el proceso interno se debate si la autoridad aduanera debió aplicar o no el correspondiente método de valoración aduanera, considerando que las mercancías importadas provendrían de una zona franca ubicada en un país no miembro de la Comunidad Andina.

...La valoración de mercancías que se introducen desde una zona franca al territorio comunitario constituye un caso especial de valoración aduanera. En efecto, el artículo 47¹¹ del Reglamento Comunitario de la Decisión 571, contenido en la Resolución 846, establece un listado enunciativo de los casos especiales de valoración, tomando en consideración: 1) el estado o la naturaleza de las mercancías importadas; 2) las circunstancias de las operaciones determinantes de la importación; y, 3) la aplicación de un determinado régimen o destino aduanero.

...Este último, es decir el relativo a la aplicación de un determinado régimen o destino aduanero, incluye las mercancías procedentes de zonas francas, las cuales a su vez comprenden: i) las mercancías elaboradas o transformadas en zona franca; y, ii) las mercancías de origen extranjero almacenadas en las zonas francas.

...Por su parte el artículo 46¹² del Reglamento Comunitario de la Decisión 571, dispone que cuando no sea posible aplicar el método principal del valor de transacción ni los secundarios, ni aun considerando la flexibilidad contemplada en el método del “Último

Recurso”, debido a la particular naturaleza de las mercancías que se han de valorar, o por las circunstancias de las operaciones determinantes de la importación, o porque se presenta un cambio de régimen o destino aduanero, **se determinará el valor en aduana conforme a las disposiciones que se adopten para regular los casos especiales de valoración**, sin perjuicio de la utilización de precios de referencia, los cuales, conforme al numeral 5 del artículo 53 de dicho Reglamento, “...podrán ser tomados como base de partida para la valoración, únicamente cuando se hayan agotado en su orden los métodos señalados en los numerales 1 a 5 del artículo 3 de la Decisión 571, y se precise la utilización de un criterio razonable en aplicación del método del ‘Último Recurso’”.

...Este artículo 46 de la Resolución 846 señala entonces una regla general: siempre que sea posible se debe mantener el orden en la aplicación de los métodos de valoración aduanera, y si ello no es posible por la particular naturaleza de las mercancías que se han de valorar, o por las circunstancias de las operaciones determinantes de la importación, o porque se presenta un cambio de régimen o destino aduanero, se determinará el valor en aduana conforme a las disposiciones que se adopten para regular los casos especiales de valoración.

Incluso en lo referente a regímenes especiales, la autoridad aduanera estará facultada para recurrir a un método en particular solamente cuando la aplicación del anterior (según el orden establecido) no sea posible. En este sentido:

- En primer lugar, se debe aplicar el método principal del valor de transacción.
- Si no es posible aplicar el método principal, se deberán aplicar en el orden sucesivo los métodos secundarios (valor de transacción de mercancías idénticas, valor de transacción de mercancías similares, método del valor deductivo, método del valor reconstruido, método del “último recurso”).
- Si lo anterior no es posible, se aplicarán disposiciones destinadas a regular casos especiales de valoración, sin perjuicio de la utilización de precios de referencia.

...La norma andina mantiene el mismo principio establecido en la Decisión 571 por cuanto los métodos de valoración se aplican siguiendo su orden preestablecido, tal y como se deja en claro en el artículo 4 de la Decisión 571:

“Según lo dispuesto en la Nota General del Anexo I del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, los métodos señalados en el artículo anterior deben aplicarse en el orden allí indicado.

El valor de transacción de las mercancías importadas es la primera base para la determinación del valor en aduana y su aplicación debe privilegiarse siempre que se cumplan los requisitos para ello...”

(Subrayado agregado).

...En cumplimiento de lo previsto en el artículo 46 del Reglamento de la Decisión 571, la Secretaría General emitió la Resolución 961, mediante la cual estableció el **procedimiento para ciertos casos especiales de valoración**. Esta Resolución contempla, entre otras, disposiciones en relación con la aplicación de un determinado régimen o destino aduanero, en cuanto a los siguientes casos:

- i) Mercancías reimportadas después de un perfeccionamiento pasivo;
- ii) Mercancías importadas temporalmente;
- iii) Mercancías importadas temporalmente para perfeccionamiento activo con suspensión del pago de los Derechos e Impuestos a la importación, que posteriormente son sometidas al consumo; y,
- iv) Mercancías importadas para el consumo que fueron destinadas a una zona aduanera de régimen especial, con suspensión o liberación total o parcial de los Derechos e Impuestos a la importación y son posteriormente sometidas al pago de estos.

...Como se observa, la Resolución 961 no siguió exactamente la misma clasificación que contiene la disposición de la cual se origina, esto es, el artículo 47 del Reglamento Comunitario de la Decisión 571. Sin embargo, lo que puede destacarse de los artículos 11 a 14, es que la norma andina mantiene el orden previsto en la Decisión 571, esto es, primero se debe tratar de obtener el valor de la transacción; y, si ello no es posible, se debe recurrir a los demás métodos.

...En los mencionados artículos 11 a 14 de la Resolución 961, se hacen precisiones sobre, entre otros, la forma en que se deben aplicar ciertos criterios en el caso del “Último recurso” como, por ejemplo, qué comprende el valor en aduana¹³ y qué precios se podrían tomar en consideración¹⁴. También contienen disposiciones sobre los tipos de precios de referencia que se podrían usar¹⁵, o incluso, la forma de calcular los impuestos a la importación¹⁶.

...Finalmente, la propia Resolución 961 en el artículo 15 dispuso que el orden previsto en el artículo 46 se debe aplicar en los casos especiales de valoración no previstos en dicho reglamento:

“**Artículo 15.-** Los casos especiales de valoración no previstos en el presente Reglamento, se sujetarán a las disposiciones contenidas en el artículo 46 del Reglamento Comunitario.”

...Todo este análisis ha servido para mostrar que en la Comunidad Andina, que sigue el sistema multilateral de la Organización Mundial del Comercio, mantiene como una constante el orden en el que se deben usar los métodos de valoración en aduana; lo cual se observa no solamente en la Decisión 571, sino en las normas derivadas como son las Resoluciones 846 y 961.

Los controles aduaneros en territorio aduanero comunitario en los casos de mercancías provenientes de zonas francas

...El numeral 3 del artículo 46 del Reglamento comunitario de la Decisión 571, dispone que **en todos los casos especiales de valoración** se deben ejercer los controles aduaneros previstos en el Título III de ese reglamento (artículo 48 y siguientes de la Resolución 846).

...El artículo 48 dispone que el control aduanero en materia de valoración, en el momento del despacho, comprenderá la comprobación de la declaración en aduana de las mercancías importadas además de los datos contenidos en la Declaración Andina del Valor y en sus documentos justificativos. Asimismo, cuando se requiera, la administración aduanera podrá solicitar mayores pruebas o justificaciones. De igual forma, en el control posterior, se deben comprobar los datos comerciales de los interesados registrados en los libros y sistemas, así como solicitar la presentación posterior de mayores pruebas o justificaciones, teniendo en cuenta los artículos 13 (literal c), 16, 17 y 18 de la Decisión 571.

...Esos controles deben ser selectivos por factores de riesgo. Como consecuencia de los controles y comprobaciones efectuadas por la autoridad aduanera, pueden surgir discrepancias respecto de varios aspectos señalados de manera no taxativa en el artículo 49 de la Resolución 846; entre ellos:

- Valores declarados para mercancías provenientes de una **zona franca** o una zona aduanera especial, iguales o menores al valor de ingreso a dichas zonas de las mismas mercancías o de otra idéntica o similar del mismo país de origen.
- Mercancías provenientes de una **zona franca** o una zona aduanera especial.

...Así, cuando las mercancías procedan de zonas francas para ser importadas al territorio aduanero comunitario, de conformidad con el Reglamento Comunitario de la Decisión 571, en sus artículos 48 y 49¹⁷, en caso de que las mercancías provengan de una zona franca o de una zona aduanera especial, si se hubiere detectado una duda razonable, se dará inicio a la investigación pertinente del valor, dándole la oportunidad al importador para que pueda aportar las pruebas requeridas teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 16, 17 y 18 de la Decisión 571.

...Por lo tanto, conforme a las normas analizadas para la época de los hechos, en los casos especiales de valoración aduanera, como sería por ejemplo el hecho de que una mercancía provenga de una zona franca, se aplicarán los métodos para determinar el valor en aduana de las mercancías importadas en el orden previsto conforme a los artículos 1, 2, 3, 4 (referentes a la determinación del valor en aduana y su orden); y, los artículos 17 y 18 (referentes a la duda razonable) de la Decisión 571; así como en los artículos 5, 8, 10 a 14, 16, 31 (referentes al primer método); 32 a 45 (referentes a métodos secundarios); y, 49 y 51 (referentes a la duda razonable) del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 contenido en la Resolución 846¹⁸, vigente para la época de los hechos.

¹¹ **“Artículo 47. Listado enunciativo de los Casos Especiales de Valoración.**

A efecto de lo dispuesto en el artículo anterior se entenderá por casos especiales de valoración, entre otros, los siguientes:

1. De acuerdo con el estado o la naturaleza de las mercancías importadas
 - a) Mercancías usadas.
 - b) Mercancías averiadas, dañadas o deterioradas.
 - c) Mercancías transportadas a granel, que sufren variaciones (mermas) en cantidad o peso durante su transporte.
2. Por las circunstancias de las operaciones determinantes de la importación
 - a) Tráfico postal y mensajería internacional.
 - b) Mercancías importadas sin valor comercial.
 - c) Mercancías importadas sin fines comerciales: Equipajes, menajes, entre otros.
 - d) Mercancías importadas en alquiler o en arrendamiento financiero

- con o sin opción de compra.
3. Por la aplicación de un determinado régimen o destino aduanero
 - a) Mercancías procedentes de zonas francas.
 - i. Mercancías elaboradas o transformadas en zona franca.
 - ii. Mercancías de origen extranjero almacenadas en las zonas francas.
 - b) Mercancías reimportadas después de un perfeccionamiento pasivo.
 - i. Elaboradas o fabricadas.
 - ii. Reparadas, transformadas, reacondicionadas o reconstruidas.
 - c) Mercancías Admitidas Temporalmente para Perfeccionamiento Activo con suspensión del pago de los Impuestos Aduaneros que posteriormente son sometidas al consumo.
 - i. Cuando se declaran bajo el régimen de Admisión Temporal para Perfeccionamiento Activo.
 - ii. Cuando se declaran bajo el régimen de importación para el consumo.”

¹²

“Artículo 46. Consideraciones generales.

1. Cuando no sea posible aplicar el método principal del Valor de Transacción ni los secundarios de que tratan los Capítulos I y II de este Título, ni aún considerando la flexibilidad contemplada en el método del “Último Recurso”, debido a la particular naturaleza de las mercancías que se han de valorar, o por las circunstancias de las operaciones determinantes de la importación, o porque se presenta un cambio de régimen o destino aduanero, se determinará el valor en aduana conforme a las disposiciones que se adopten para regular los casos especiales de valoración, sin perjuicio de la utilización de precios de referencia según lo establecido en el numeral 5 del artículo 53 de este Reglamento.

En tales supuestos, será preciso recurrir a las disposiciones de los artículos 44 y 45 de este Reglamento, utilizando criterios razonables, compatibles con los principios y disposiciones generales del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

2. El procedimiento a seguir para cada uno de los casos especiales, es el establecido en las Secciones I, II y III del presente Capítulo, teniendo en cuenta los ajustes pertinentes señalados en la Sección II del Capítulo I del presente Título.

La Secretaría General, mediante Resolución, establecerá los casos especiales que resulten posteriormente de la práctica de las Administraciones Aduaneras o, en su defecto, se regularán en la legislación interna de cada uno de los Países Miembros.

3. En todos los casos se ejercerán los controles de que trata el Título III de este Reglamento.”

¹³

Por ejemplo, el artículo 11 de la Resolución 961, sobre **mercancías reimportadas después de un perfeccionamiento pasivo**, indica que:

“(…) El valor en aduana de las mercancías reimportadas después de su perfeccionamiento pasivo en el exterior, se determinará conforme al método del Valor de Transacción si se cumple lo señalado en el artículo 5 del Reglamento Comunitario. Cuando no sea posible se recurrirá a los

métodos secundarios según lo establecido en los artículos 3 y 4 de la Decisión 571.

Cuando deba acudir al método del Último Recurso, el valor en aduana estará constituido por el valor agregado en el exterior y los gastos de transporte y de seguro ocasionados por el envío y devolución de la mercancía.

El valor agregado en el exterior comprende, entre otros, el precio pagado o por pagar por concepto del perfeccionamiento incluido el valor de los materiales, la mano de obra y el beneficio de quien efectuó el trabajo en el extranjero.”

¹⁴ De igual forma el artículo 12 de la Resolución 961 sobre **mercancías importadas temporalmente**, establece que:

“El valor en aduana de las mercancías importadas temporalmente se determinará aplicando los métodos establecidos por el Acuerdo sobre Valoración de la OMC. Si no puede valorarse conforme al Método del Valor de Transacción, se recurrirá a los métodos secundarios, según se prevé en los artículos 3 y 4 de la Decisión 571. Si es necesario aplicar el método del “Último Recurso”, puede partirse de los precios obtenidos de una de las siguientes alternativas:

- a) Cuando la mercancía haya sido objeto de una compraventa, se tomará del precio de factura, teniendo en cuenta el estado de las mercancías al momento de la valoración.
- b) Los precios de referencia, conforme a lo establecido en el Reglamento Comunitario. Si la mercancía se presenta en estado usada, se tomará en consideración lo previsto en los artículos 3 y 4 de la presente Resolución.
- c) El monto asegurado, registrado en el documento de seguro.
- d) El precio estimado por un perito, independiente del comprador y vendedor, siendo el costo asumido por el importador.”

¹⁵ Por su parte el artículo 13 de la Resolución 961, relativo a las **mercancías importadas temporalmente para perfeccionamiento activo con suspensión del pago de los Derechos e Impuestos a la importación**, que **posteriormente son sometidas al consumo**, indica que:

- “1. El valor en aduana se determinará en el momento de la aceptación de la Declaración en aduana de las mercancías importadas, para el régimen de admisión temporal.
2. Si en este momento no se cumplen los requisitos establecidos por el Acuerdo sobre Valoración de la OMC señalados en el artículo 5 del Reglamento Comunitario, en especial los referidos en los literales a), b) y c), no podrá aplicarse el Método del Valor de Transacción. En consecuencia, se debe recurrir a los métodos de valoración subsiguientes según se prevé en los artículos 3 y 4 de la Decisión 571. Si es necesario aplicar el método del “Último Recurso”, pueden utilizarse los precios de referencia tal como están definidos en el literal g) del artículo 2 del Reglamento Comunitario y según lo indicado en el artículo 53 del mismo.
3. Si estas mercancías son declaradas posteriormente bajo el régimen de importación para el consumo, para el pago de los Derechos e Impuestos a la importación, se tomará en cuenta el valor en aduana

inicialmente calculado y los derechos e impuestos originalmente liquidados al momento de la valoración para las mercancías extranjeras.”

- ¹⁶ Finalmente, el artículo 14 sobre las **mercancías importadas para el consumo que fueron destinadas a una zona aduanera de régimen especial, con suspensión o liberación total o parcial de los Derechos e Impuestos a la importación y son posteriormente sometidas al pago de estos**, dispone que el valor en aduana se determinará en el momento de la aceptación de la Declaración en aduana de las mercancías importadas destinadas para su importación al consumo. Si en este momento se cumplen los requisitos establecidos por el Acuerdo sobre Valoración de la OMC señalados en el artículo 5 del Reglamento Comunitario, podrá aplicarse el Método del Valor de Transacción. En caso contrario, se recurrirá a los métodos de valoración subsiguientes según se prevé en los artículos 3 y 4 de la Decisión 571. Si estas mercancías son destinadas posteriormente al resto del Territorio Aduanero de la Comunidad Andina, fuera de la zona aduanera especial, para el pago de los Derechos e Impuestos a la importación se tomará en cuenta el valor en aduana inicialmente calculado y los Derechos e Impuestos a la importación originalmente liquidados al momento de la valoración. El valor en aduana inicialmente calculado y los Derechos e Impuestos a la importación originalmente liquidados, se acreditarán con la Declaración en aduana de las mercancías aceptada al momento de su importación, sin perjuicio de los demás documentos justificativos que puedan ser requeridos por la autoridad aduanera a efectos de las debidas verificaciones.
- ¹⁷ Actuales artículos 50 y 51 de la Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571.
- ¹⁸ Actuales artículos 5, 8, 9, 11 a 15, 18, 33, 36, 37 a 49, 51 y 53 de la Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571.»

El criterio jurídico interpretativo se encuentra disponible en el siguiente enlace:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205512.pdf>

