



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Paper Universitario

LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO COMO GARANTÍA DE LA EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO

AUTOR

Gustavo García Brito,
Área de Derecho,
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Quito, 2024

DERECHOS DE AUTOR:

El presente documento es difundido por la **Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador**, a través de su **Boletín Informativo Spondylus**, y constituye un material de discusión académica.

La reproducción del documento, sea total o parcial, es permitida siempre y cuando se cite a la fuente y el nombre del autor o autores del documento, so pena de constituir violación a las normas de derechos de autor.

El propósito de su uso será para fines docentes o de investigación y puede ser justificado en el contexto de la obra.

Se prohíbe su utilización con fines comerciales.

SUBCAPÍTULO III

LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO COMO GARANTÍA DE LA EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Gustavo García Brito

Gustavo García Brito

Abogado, especialista en Derecho de las TICs, magíster en Derecho Internacional Económico, candidato a doctor en Estudios Internacionales.

Actualmente, es docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Miembro de la Cátedra OMC – Ecuador. Profesor de la maestría en litigio y arbitraje internacional de la Universidad San Francisco de Quito y de la especialización en derecho comercial de la Universidad de Nariño, Colombia. Del mismo modo, ejerce la asesoría y consultoría jurídica en materia de integración económica, comercio exterior y negocios internacionales.

Fue magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina entre 2020 y 2023. En la gestión 2021 asumió la presidencia de esa corte internacional, y entre 2012 y 2018 ejerció las funciones de secretario de dicho órgano jurisdiccional.

Entre 2010 y 2011 fue asistente legal de la Secretaría General de la Comunidad Andina y, anteriormente, ejerció funciones en la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, en la Corte Nacional Electoral y en la Corte Departamental Electoral de Chuquisaca, en Bolivia. Del mismo modo, ejerció la profesión de abogado en prestigiosos estudios jurídicos de Bolivia, Brasil y Ecuador.

LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO COMO GARANTÍA DE LA EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Gustavo García Brito

Palabras clave

Comunidad de derecho. Ordenamiento jurídico comunitario.
Eficacia del derecho. Garantía jurisdiccional.
Reconocimiento y protección de derechos.

Keywords

Community of law. Community legal system. Effectiveness of law. Jurisdictional guarantee. Recognition and protection of rights.

Resumen

La acción de incumplimiento es la garantía jurisdiccional de la eficacia del derecho comunitario andino. En el presente capítulo se realiza un estudio empírico de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, emitidos en el marco de acciones de incumplimiento iniciadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, Países Miembros y particulares afectados en sus derechos. Así, se puede evidenciar el rol de dicho Tribunal como garante de la eficacia del derecho comunitario y se demuestra además que sus sentencias han contribuido de manera decisiva para construir y consolidar una comunidad regional de derecho, en la que ha sido posible salvaguardar los intereses comunitarios, asegurar la efectiva aplicación de las normas andinas y proteger los derechos en ellas reconocidos.

Abstract

The non-compliance action is the jurisdictional guarantee of the effectiveness of Andean community law. In this chapter, an empirical study is carried out of rulings by the Court of Justice of the Andean Community, issued within the framework of non-compliance actions initiated by the General Secretariat of the Andean Community, Member Countries and individuals whose rights were affected. Thus, the role of said Court as guarantor of the effectiveness of community law can be evidenced and it is also demonstrated that its rulings have contributed decisively to building and consolidating a regional community of law, in which it has been possible to safeguard

community interests, ensure the effective application of Andean standards and protect the rights recognized therein.

1. Introducción

La eficacia del ordenamiento jurídico comunitario es un propósito mayor en el proceso andino de integración. Así se ha reconocido en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, el **Tribunal** o el **TJCA**), especialmente con la vigencia del principio de cooperación leal y con la delegación del control jurisdiccional del cumplimiento de sus disposiciones al mencionado Tribunal. La acción de incumplimiento se constituye como un mecanismo procesal, esencialmente contencioso, por medio del cual se busca salvaguardar los intereses comunitarios, asegurar el efectivo cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de los Estados, y proteger los derechos de los Países Miembros y sus ciudadanos, reconocidos en las normas andinas.

En ese sentido, en el presente capítulo se estudiará el concepto de eficacia del derecho comunitario andino y el rol que cumple el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina como garante de dicha eficacia y de la solución pacífica de controversias en la subregión. Al efecto, se realizará un estudio empírico de algunos pronunciamientos de la Corte andina, emitidos en el marco de acciones de incumplimiento iniciadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **Secretaría General** o la **SGCA**), los Países Miembros y particulares afectados en sus derechos por el incumplimiento de un país. De manera particular, se analizarán casos relacionados con los siguientes temas: i) incumplimiento y desacato continuado en el que pueden incurrir los Países Miembros; ii) libre circulación de personas y mercancías por el espacio subregional; y, iii) aplicación de salvaguardias como excepción al Programa de Liberación.

Con base en el estudio propuesto, se concluye que la Comunidad Andina es una comunidad de derecho en la que ha sido posible garantizar la eficacia de su ordenamiento jurídico gracias a la actuación del TJCA. En efecto, más allá de la vigencia formal de normas jurídicas y de la existencia de instituciones legalizadas, ha sido gracias a la judicialización de las decisiones políticas internas de los Países Miembros, por medio de la acción de incumplimiento, que se ha confrontado el ejercicio del poder público nacional con los compromisos y obligaciones comunitarias. Así, ha sido el Tribunal el que ha delineado con claridad los límites de actuación de los poderes públicos nacionales, salvaguardando los intereses comunitarios y protegiendo los derechos que reconocen las normas andinas a los Países Miembros, a los agentes económicos que actúan en el mercado ampliado y a los ciudadanos andinos.

2. La eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino

Un ordenamiento jurídico es eficaz cuando sus disposiciones son efectivamente aplicadas, garantizando los derechos que en él se reconocen, limitando el ejercicio del poder y asegurando la prevención o la solución pacífica de conflictos intersubjetivos.

La eficacia de las normas jurídicas constituye así un propósito esencial en el marco del proceso de consolidación de una sociedad democrática que reconoce al Estado de derecho como uno de los pilares fundamentales que la sustenta. Si bien el derecho es el resultado de una negociación política, no es menos evidente que una vez que un ordenamiento jurídico está vigente, sus disposiciones establecen los márgenes de decisión política que deben observar las autoridades públicas a él sometidas.

En ese sentido, cuando un grupo de Estados decide llevar adelante un proceso de integración económica, en el marco del cual adoptan un ordenamiento jurídico propio y reconocen expresamente que es vinculante y directamente aplicable, resulta esencial también asegurar su eficacia. En efecto, la debida aplicación de sus normas, la garantía del ejercicio de derechos y la solución pacífica de controversias coadyuvan de manera directa para alcanzar los objetivos de un proceso integrador y para construir una comunidad de derecho en un espacio regional.

En el ámbito del proceso andino de integración, fue mediante la suscripción del Acuerdo de Cartagena en 1969 que se plasmó el interés común por promover el desarrollo y crecimiento equilibrado, equitativo y armónico de los Países Miembros, por medio de su participación en un proceso de integración económica. En ese mismo instrumento, se establecieron los mecanismos necesarios para alcanzar los objetivos mencionados. Con el paso del tiempo y hasta el presente, dos de esos mecanismos: la armonización gradual de políticas económicas y sociales, y la liberalización del intercambio comercial de bienes fueron los principales propulsores de la integración.

En 1979, con la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, los Países Miembros crearon un nuevo ordenamiento jurídico y otorgaron competencias administrativas y jurisdiccionales de control de sus disposiciones a la entonces denominada Junta del Acuerdo de Cartagena y al recién creado Tribunal, respectivamente. Es decir que, a partir de ese momento, se inició la legalización de la política en la integración andina, lo que posteriormente dio lugar a su judicialización¹. En ese contexto, la eficacia del derecho comunitario andino fue reconocida de manera expresa en el citado Tratado como un objetivo mayor del proceso integrador².

¹ Gustavo García Brito, *El Rol del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los 50 años de integración subregional*, en *Comentario Internacional*, Revista Del Centro Andino de Estudios Internacionales, número 20, 2021, p. 176. Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/comentario/article/view/1477/2644>

² Tanto en la parte considerativa como en su artículo 5 del Tratado original, en el que se plasmó el denominado principio de cooperación leal. El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena está disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/224102>

En 1999, se realizó la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal (denominado ya como TJCA), con sus modificaciones, por medio de Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 483 del 17 de septiembre de 1999. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace483.pdf>

El principio de cooperación leal se plasmó en el artículo 4 de la versión codificada.

Un elemento clave para comprender la importancia asignada por los Estados a la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario es el reconocimiento del denominado principio de cooperación leal. En aplicación de dicho principio, los Países Miembros asumieron de manera voluntaria y en ejercicio pleno de su soberanía, la obligación jurídica —internacional primero y comunitaria después— de «adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena»³. Esta obligación positiva “de hacer” conlleva el compromiso ineludible de que todas las instancias públicas nacionales deben observar las disposiciones comunitarias en el ejercicio de sus competencias.

Así, en aplicación del principio *pacta sunt servanda*, propio del derecho internacional público y recogido en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados; como, en virtud del *principio de legalidad*, propio del derecho comunitario y reconocido en la jurisprudencia del Tribunal andino⁴, toda la estructura institucional de los Países Miembros está obligada a cumplir las normas andinas. En efecto, corresponde que, sobre la base de los compromisos asumidos por los países en su condición de miembros de la Comunidad Andina, los gobiernos nacionales realicen esfuerzos positivos para diseñar y ejecutar políticas públicas, adoptar medidas, leyes, normas, reglamentos o cualquier otra disposición jurídica, incluidos actos administrativos, con el fin de cumplir y, cuando corresponda, instrumentalizar las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico comunitario.

En aplicación del citado principio de cooperación leal, los Países Miembros asumieron también la obligación jurídica de «no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas [del ordenamiento jurídico andino] o que de algún modo obstaculice su aplicación»⁵. Esta obligación negativa de “no hacer” complementa la primera y genera un claro escenario de prohibición, el cual establece contornos bien definidos para el ejercicio de las funciones públicas nacionales. Es evidente que fueron los propios Estados, una vez más en ejercicio pleno de su soberanía, los que, motivados por el interés común de alcanzar los objetivos del Acuerdo de Cartagena, decidieron reducir o limitar su capacidad para tomar decisiones.

De esta manera, asumieron la obligación jurídicamente exigible de no adoptar políticas públicas, normas de cualquier rango o alcance, ni medidas en general —con la amplitud que dichos términos representan— que resulten contrarias al derecho

³ Artículo 5 del Tratado (original) de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena; y en el mismo sentido, artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA (codificado).

⁴ Ver Sentencia del 16 de noviembre de 2001 recaída en el proceso 51-AI-2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 750 del 15 de enero de 2002. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE750.PDF>

⁵ Artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena; artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA (codificado).

comunitario andino. E inclusive, en la tentativa de precisar aún más esa obligación, se estableció que no es tolerable una medida nacional que tenga el potencial de obstaculizar, vale decir impedir o dificultar, la aplicación de las normas andinas o la consecución de los propósitos en ellas reconocidos. Al respecto, deben tomarse en cuenta tanto los objetivos de cada norma en particular como las metas de mayor alcance que guían el proceso de integración y que están contenidas en el Acuerdo de Cartagena.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que la buena fe es reconocida en el derecho internacional público como un principio general, el cual resulta aplicable también en el ámbito del derecho comunitario andino. Así, los Estados tienen el deber de actuar de conformidad con los compromisos adquiridos previamente y mantener una conducta leal, honesta, transparente y sobre todo coherente en sus relaciones recíprocas. Es decir, debe prevalecer el respeto a la finalidad de los acuerdos alcanzados, así como a los términos y condiciones mutuamente convenidos. La buena fe es un aspecto medular que debe orientar permanentemente la conducta de los países, sus funcionarios e instituciones, a fin de construir y mantener una relación estable y de confianza mutua, más aún en el marco de una iniciativa de integración económica.

No obstante, debe considerarse también que el proceso político de integración económica es dinámico, complejo y multidimensional, pues en la realidad no sigue una hoja de ruta predeterminada de manera lineal, sino que tiene avances y retrocesos⁶. Del mismo modo, enfrenta múltiples desafíos ocasionados, entre otros, por los cambios de orientación política de los gobiernos nacionales y por las tensiones propias de un mundo multipolar en el que las tendencias económicas y comerciales cambian en función de variables sistémicas, algunas previsible como las directrices emanadas de instituciones multilaterales; y, otras imprevisibles, como la pandemia por el virus del Covid-19 que enfrentó el planeta a partir del año 2020 o los conflictos armados que surgieron en Europa y Oriente medio en los años posteriores.

Asimismo, los Estados que componen esos procesos de integración enfrentan situaciones diversas que plantean desafíos constantes, pues deben lidiar con las diferencias de intereses entre actores públicos y privados en el orden interno, y entre sus interlocutores estatales en el escenario internacional. La complejidad que representa la interacción simultánea que deben gestionar los gobiernos nacionales ha sido descrita por Putnam como «el juego de dos niveles»⁷ y por Evans *et. al.* como la «diplomacia de doble filo»⁸. En ambos casos, se evidencian las tensiones internas y externas que influyen en las decisiones políticas de los gobernantes, con especial énfasis en la agenda económica y comercial de los países.

⁶ García Brito, *op. cit.*, p. 199.

⁷ Robert D. Putnam, *Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games*, en *International Organization*, 1988, pp. 437-470.

⁸ Peter B. Evans, Harold K. Jacobson & Robert D. Putnam (Eds.), *Double-edged diplomacy: International bargaining and domestic politics*, University of California Press No. 25, California, 1993.

En ese contexto de conflicto, más allá de la vigencia formal de normas jurídicas y la constitución de instituciones legalizadas, es necesario contar con garantías jurisdiccionales que aseguren la eficacia de un ordenamiento jurídico, especialmente cuando este reconoce intereses comunitarios legítimos que deben salvaguardarse, obligaciones cuyo cumplimiento debe exigirse y derechos que deben ser tutelados. En la Comunidad Andina esa garantía jurisdiccional es la acción de incumplimiento⁹, por medio de la cual, el TJCA debe velar por el efectivo cumplimiento de los objetivos propuestos en el Acuerdo de Cartagena, así como por la debida observancia de los compromisos, derechos y obligaciones previstos en el derecho comunitario andino¹⁰.

En esa línea, es particularmente relevante el mandato expreso que tiene el Tribunal para actuar en el ejercicio de sus competencias «salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino»¹¹. Asimismo, el artículo 35 del Estatuto del TJCA establece claramente que el objeto de los procedimientos previstos en dicha norma, los cuales son naturalmente aplicables a las acciones de incumplimiento que tramita el Tribunal, es «asegurar: la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción; la salvaguarda del espíritu de la integración; el respeto de la igualdad jurídica de las partes; y, la garantía del debido proceso»¹².

Al respecto, corresponde recordar que según el artículo 5 de la norma citada, el Tribunal ejerce jurisdicción sobre la Comunidad Andina. Vale decir, sobre las instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración¹³ y sobre el territorio de sus Países Miembros, lo que incluye a sus instituciones, a los agentes económicos que actúan en sus mercados y por supuesto a los ciudadanos andinos.

⁹ Prevista y regulada en la Sección segunda del Capítulo III del Tratado de Creación del TJCA y en la sección primera del Capítulo II del Título tercero del Estatuto del TJCA.

¹⁰ Ver sentencias recaídas en los procesos 1-AI-96, 7-AI-99 y más recientemente en el proceso 02-AI-2019; publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena 234 del 21 de noviembre de 1996, 520 del 20 de diciembre de 1999 y 5252 del 19 de julio de 2023, respectivamente. Disponibles en:

- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace234.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace520.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205252.pdf>

¹¹ Segundo párrafo del artículo 4 del Estatuto del TJCA, codificado mediante Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 680 del 28 de junio de 2001. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE680.PDF>

¹² Artículo 35 del Estatuto del TJCA, *op. cit.*

¹³ Artículo 6 del Acuerdo de Cartagena, codificado mediante Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 940 del 1 de julio de 2003. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace940.pdf>

Así, resulta evidente que, en el caso andino, la eficacia de las normas comunitarias se traduce, entre otros, en la salvaguardia de los intereses comunitarios *vis a vis* de los objetivos previstos en el Acuerdo de Cartagena, en el efectivo cumplimiento de sus disposiciones, y en la protección de los derechos en ellas reconocidos. En cuanto a la titularidad de esos derechos, es palmario que no está reservada únicamente a los Estados, en cuanto entidades abstractas que aglutinan instituciones por medio de las cuales se ejerce el poder público. Por el contrario, en los 55 años de vigencia del proceso integrador se han desarrollado mecanismos y normas comunitarias que tienen el propósito de materializar la finalidad del Acuerdo de Cartagena, que no es otra que: «procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión»¹⁴.

En efecto, cuando se establece el principio de libre circulación de mercancías originarias de la subregión andina y se lo instrumentaliza mediante el Programa de Liberación¹⁵, son los agentes económicos y las personas naturales o jurídicas que realizan operaciones de importación y exportación quienes gozan, en definitiva, del derecho de libre acceso al mercado ampliado, obviamente en la medida que cumplan con los requisitos establecidos para el efecto. Lo propio ocurre cuando se armonizan, por ejemplo, los regímenes aduaneros¹⁶, son los mismos actores quienes tienen derechos reconocidos en la norma andina. Ni qué decir de los regímenes comunes en materia de propiedad intelectual¹⁷, las normas andinas sobre transporte¹⁸ o aquellas que regulan aspectos migratorios y de seguridad social¹⁹, entre otras. Así, además de los países, los ciudadanos andinos son titulares de los derechos previstos en el ordenamiento jurídico comunitario andino.

Al respecto, el propio Tribunal reconoció desde su primer pronunciamiento emitido en el marco de una acción de incumplimiento, que su sentencia:

«...no sólo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera **declaración de la existencia de un derecho o de una obligación**, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer (Couture). Así se desprende claramente de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, cuando establece que la sentencia de incumplimiento implica para el País cuya conducta ha sido objeto de reclamo, **la obligación de adoptar las medidas**

¹⁴ Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit.*

¹⁵ Ver Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena, *op. cit.*

¹⁶ Ver Decisión 848 de la Comisión de la Comunidad Andina.

¹⁷ Ver Decisiones 345, 351, 391, 486 y 876 de la Comisión de la Comunidad Andina.

¹⁸ Ver Decisiones 314 (Transporte marítimo) 582 y 619 (Transporte aéreo); 398 y 837 (Transporte terrestre); 331 y 393 (Transporte multimodal) de la Comisión de la Comunidad Andina.

¹⁹ Ver Decisiones 545, 583, 584, y 878 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

necesarias para la ejecución de la sentencia, dentro del plazo determinado de tres meses, a partir de su notificación.»²⁰

(Énfasis agregado)

Esta fórmula, que ha sido reiterada inúmeras veces por el Tribunal, parte de la premisa de que el pronunciamiento de dicho órgano jurisdiccional en el marco de una acción de incumplimiento no se limita a declarar que existen derechos. Más aún en aquellos casos en los que dichos derechos resultan vulnerados como consecuencia del incumplimiento de las normas andinas que los reconocen o de que aquellas disposiciones que establecen obligaciones a cargo de los Países Miembros. Sobre la base de esa premisa, recuerda el Tribunal que por medio de su sentencia puede ordenar la realización de acciones concretas a los gobiernos nacionales, dirigidas especialmente a garantizar el cese de la conducta que configuró el incumplimiento declarado y el reconocimiento y protección de los derechos vulnerados.

Así, siguiendo la lógica del artículo 107 del Estatuto del TJCA, en el que se definen las conductas que pueden ser objeto de censura mediante la acción de incumplimiento²¹, si el Tribunal declara que se vulneró el derecho comunitario por la expedición de una norma interna, cualquiera sea su jerarquía, objeto, alcance o efectos, bien podrá ordenar que el Estado respectivo deje sin efecto dicha norma. Del mismo modo, si el incumplimiento se genera por la falta de expedición de una norma interna, el Tribunal podrá ordenar que esta sea emitida. Lo propio ocurre cuando el incumplimiento se configure por «la realización de cualesquiera actos u omisiones» que resulten opuestos al ordenamiento jurídico comunitario o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación. En esos casos, el Tribunal podrá ordenar el cese o la realización de actos estatales, según corresponda.

De esta manera, más allá de reestablecer el estado de cumplimiento de un país en cuanto a sus compromisos y obligaciones como miembro de la Comunidad Andina, si es que dicho incumplimiento conlleva la vulneración de derechos del particular (persona natural o jurídica) que inició una acción de incumplimiento, es apenas obvio que el Tribunal así lo declare y ordene que el País Miembro correspondiente cese, en primer lugar, la conducta constitutiva de esa vulneración; y, reconozca expresamente, en segundo lugar, que en aplicación de las disposiciones de los artículos 30 del Tratado de Creación del Tribunal y 110 de su Estatuto, la sentencia en la que se establece la responsabilidad de un Estado por el incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino, constituye un título legal y suficiente para que el particular afectado acuda ante la instancia judicial nacional competente y solicite, si así lo estima pertinente, la indemnización por los daños y perjuicios resultantes de la

²⁰ Sentencia recaída en el proceso 1-AI-96, *op. cit.*

²¹ Adicionalmente, de conformidad con el artículo 128 del Estatuto del TJCA, cuando un juez nacional obligado a formular una consulta prejudicial se abstenga de hacerlo, o cuando habiéndola efectuado o ante la existencia de un acto aclarado aplique una interpretación distinta a la del Tribunal, podrá iniciarse también una acción de incumplimiento.

vulneración de derechos, que a su vez fue ocasionada por el incumplimiento declarado por el TJCA.

Así, la acción de incumplimiento²² se constituye como la principal garantía jurisdiccional para asegurar la eficacia del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En efecto, si es que los Países Miembros, por medio de cualquier instancia administrativa o inclusive judicial, se apartan de los compromisos y obligaciones asumidos en su condición de miembros de la Comunidad Andina, la Secretaría General, otro País Miembro o un particular afectado en sus derechos por el incumplimiento de un Estado, pueden iniciar la fase prejudicial de dicha acción²³ y, si corresponde, presentar con posterioridad una demanda ante el Tribunal. Esta acción contenciosa es el mecanismo procesal para garantizar la efectiva aplicación de las normas andinas, la salvaguarda de los intereses y objetivos comunitarios, y la protección de los derechos previstos en dichas normas.

A continuación, se presenta el análisis de tres líneas jurisprudenciales desarrolladas por el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, vinculadas con los siguientes temas: i) incumplimiento y desacato continuado en el que puede incurrir un País Miembro; ii) libre circulación de personas y mercancías en el espacio subregional; y, iii) aplicación de medidas de salvaguardia como excepción al programa de liberación. A través del estudio de cada una de ellas, se evidenciará el rol del Tribunal como un garante de la eficacia del derecho comunitario andino y como una pieza fundamental para la creación de una comunidad de derecho en la subregión andina.

3. Las figuras del incumplimiento y el desacato continuado

De conformidad con los principios de cooperación leal, buena fe y legalidad, mencionados en el acápite precedente —los cuales forman parte del acervo comunitario andino, tal como ha sido reconocido en la jurisprudencia del TJCA—, corresponde que la conducta de los Países Miembros se ciña a los compromisos y obligaciones previstas en las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario. Es esencial que cada uno de los Estados asuma ese deber con la mayor responsabilidad, pues de ello depende la buena marcha del proceso integrador, el cumplimiento de los objetivos y metas comunes, y la materialización de la integración en beneficio de los ciudadanos andinos.

²² En cuanto al trámite que sigue una acción de incumplimiento, tanto en la fase prejudicial como judicial se sugiere revisar el Manual de procedimientos del Sistema Andino de Solución de controversias. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201166181126libro_patentes.pdf

²³ Ver el «Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento» aprobado por la Decisión 623 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores reunido en forma ampliada con los representantes titulares ante la comisión de la Comunidad Andina, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1221 del 25 de julio de 2005. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1221.pdf>

De tal manera que, cuando un País Miembro se aparta de ese deber y por cualquier circunstancia incumple con sus compromisos y obligaciones, puede generarse una respuesta de la institucionalidad andina. En esos casos, corresponde que sea la propia Secretaría General la que, en cumplimiento del mandato del artículo 30, literal a), del Acuerdo de Cartagena, vele por la debida aplicación de dicho Acuerdo, así como por el efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino y, en consecuencia, inicie de oficio la fase prejudicial de la acción de incumplimiento. Lo anterior, sin perjuicio de la iniciativa que puede tener otro País Miembro o, inclusive, un particular afectado en sus derechos por el incumplimiento de un Estado.

En esa línea de pensamiento, es menester destacar que la conducta de un país constituye el objeto de la investigación que va a llevar adelante la SGCA y del control jurisdiccional que va a efectuar el Tribunal por medio de esta acción. A su vez, el parámetro que será utilizado para verificar la compatibilidad de la conducta nacional (objeto) está conformado por todos los compromisos y obligaciones previstas en cualquiera de las normas andinas (primaria u originaria, secundaria o derivada). En tal sentido, la SGCA primero y el Tribunal después, concentran su atención en el análisis de una conducta estatal que bien puede materializarse con una acción positiva de la administración pública; o, inclusive, con una omisión (acción negativa) de cualquier instancia nacional frente a las obligaciones jurídicas reguladas en el nivel comunitario.

Esta puntualización adquiere trascendencia para distinguir una conducta estatal, que se reitera constituye el objeto de control en una acción de incumplimiento, del instrumento por medio del cual dicha conducta se materializa. Como, por ejemplo, la emisión de una ley, un decreto, un acto administrativo o una sentencia judicial nacional.

Fue en la sentencia recaída en el proceso 07-AI-98, iniciado por la Secretaría General contra la República del Ecuador por la modificación unilateral de aproximadamente 6.000 posiciones arancelarias (subpartidas), que resultaban contrarias al entonces vigente Arancel Externo Común, que el Tribunal realizó esta distinción y sentó las bases para el reconocimiento de la figura del incumplimiento continuado en la Comunidad Andina.

En dicho proceso, uno de los argumentos de defensa del Estado fue que el Decreto 1207 de 1998 que fue objeto de investigación en la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, había dejado de regir el 31 de diciembre de 1998. Vale decir, un día después de que se presentara la demanda de incumplimiento ante el Tribunal, y por tanto habría operado la sustracción de la materia. Frente a ello, el TJCA consideró lo siguiente:

«...en las acciones de incumplimiento, **no se juzga una norma jurídica sino, esencialmente, una conducta.** La norma cuando existe es apenas un instrumento, un

medio, para materializar la conducta objeto de censura; pero es claro que muchos de los incumplimientos pueden darse incluso, sin que se profiera norma jurídica alguna.»²⁴

(Énfasis agregado)

Así, el Tribunal reconoció que el decreto mencionado ya no tenía vigencia en el momento de emitir sentencia, pero constató que, con carácter previo, la SGCA había emitido tres Dictámenes analizando distintos actos del país demandado, los cuales configuraban en rigor la misma conducta. Del mismo modo, evidenció que con posterioridad al inicio del proceso judicial se habían emitido otros actos normativos nacionales con el mismo propósito. Así, el TJCA señaló que:

«...la conducta asumida por el gobierno ecuatoriano y calificada como de incumplimiento frente al Arancel Externo Común por la Secretaría General, **ha ido evolucionando para presentar en las distintas fases características y modalidades diferentes pero que, en esencia, denotan una misma direccionalidad y finalidad conductual** de modificar unilateralmente dicho instrumento de la integración andina...

No se trata, como pudiera pensarse (y parece sugerirlo la parte demandada), que varios incumplimientos se hayan acumulado en una misma demanda, sino de **un incumplimiento que ha sido reiterativamente consumado y que presenta la forma de un hecho continuado**.

De esta manera y teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, en el sentido de que la norma legal comprometida solamente es un instrumento para materializar determinada conducta que puede ser contraria o no a lo previsto en el orden comunitario, **no cabe duda de que si tal norma se deroga o si se modifica, pero la conducta persiste o se transforma, haciéndose más gravosa o atemperándose en sus efectos, el incumplimiento subsiste con las características, se insiste, de un incumplimiento continuado...**»²⁵

(Énfasis agregado)

Como puede apreciarse, el Tribunal definió una línea clara de análisis a seguir en las acciones de incumplimiento, destinada a determinar la verdad material sobre la existencia y la permanencia en el tiempo de una conducta estatal con capacidad de configurar un incumplimiento. Esa decisión conlleva también la manifiesta intención de apartarse de un mero análisis formal sobre la vigencia de un acto específico de la administración pública nacional, pues reconoce el TJCA que ese es el camino por el cual la acción de incumplimiento podrá alcanzar su finalidad y asegurar la eficacia del derecho comunitario en la subregión.

²⁴ Sentencia del 21 de julio de 1999 recaída en el proceso 7-AI-98, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 490 del 4 de octubre de 1999, p. 35. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace490.pdf>

²⁵ Sentencia del 21 de julio de 1999 recaída en el proceso 7-AI-98, *op. cit.*, pp. 36-37.

Esa línea de análisis que, como se mencionó, está orientada a privilegiar los principios de primacía de la realidad, así como la justicia y la verdad material, ha sido seguida por el Tribunal en diversos casos²⁶. Es tan relevante ese entendimiento que, en uno de los casos de incumplimiento continuado más prolongado de un País Miembro, ha dado lugar a la creación por vía jurisprudencial de la figura del desacato continuado a las sentencias en acción de incumplimiento; la cual, como se verá más adelante, ha permitido al Tribunal justificar una de sus más grandes apuestas en ejercicio de esta competencia.

En efecto, en el año 1993 se inició la más larga secuencia de adopción de medidas, normas, reglamentos y otros instrumentos por los cuales uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina restringió las importaciones de arroz provenientes de los demás socios comerciales de la subregión. Al cabo de diez años de continuas restricciones, la Secretaría General, que previamente había emitido varias Resoluciones de calificación de restricciones y gravámenes, y había dictaminado el incumplimiento, demandó a la República de Colombia ante el Tribunal. En su sentencia, proferida dos años más tarde²⁷, se declaró el incumplimiento flagrante, objetivo y continuado del ordenamiento jurídico comunitario andino, específicamente de las disposiciones de uno de sus principales mecanismos: el Programa de Liberación. En ese sentido, se dispuso el cese de todas las medidas nacionales destinadas a restringir las importaciones de arroz al territorio colombiano.

No obstante lo anterior, la sentencia del Tribunal no fue suficiente para restaurar el estado de cumplimiento de las normas andinas vulneradas. Fue necesario iniciar dos procedimientos sumarios²⁸ por desacato de sentencia en acción de incumplimiento²⁹, hasta que, el 10 de octubre de 2023 —30 años después de la entrada en vigencia de la primera medida nacional restrictiva—, el Tribunal finalmente declaró que se había probado el cumplimiento de su sentencia. Es decir, que se había restaurado la libre circulación de arroz proveniente de los Países Miembros hacia Colombia y, en consecuencia, se ordenó el levantamiento de las sanciones autorizadas previamente.

²⁶ Sobre el particular, ver por ejemplo las sentencias recaídas en los procesos 53-AI-2000, 50-AI-2002, 117-AI-2003, 118-AI-2003, 132-AI-2003, 134-AI-2003, 117-AI-2004, 131-AI-2004, 143-AI-2005, 200-AI-2005, 1-AI-2006, 5-AI-2007, y más recientemente el auto emitido en el proceso 02-AI-2019, el 16 de marzo de 2021, por el cual se resolvieron unas excepciones previas deducidas por el país demandado, y la sentencia emitida en el mismo proceso.

²⁷ Sentencia del 14 de abril de 2005 recaída en el proceso 118-AI-2003, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1206 del 13 de junio de 2005. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gace1206.pdf>

²⁸ El primer procedimiento sumario se inició en agosto de 2005 y concluyó en marzo de 2007. El segundo procedimiento sumario se inició en julio de 2009 y concluyó en octubre de 2023.

²⁹ El procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acción de incumplimiento está previsto y regulado en el artículo 27 del Tratado de Creación del TJCA y en los artículos 112 al 120 de su Estatuto.

Uno de los aspectos más relevantes de la providencia emitida por el Tribunal, en esa oportunidad, es que reconoce en primer lugar que se trata no solo de un incumplimiento continuado de las normas andinas, como de un desacato continuado de su sentencia. Lo que se traduce en que, en ese caso específico, más allá de la vigencia de normas jurídicas y de la actuación de las instituciones comunitarias, no había sido posible garantizar la eficacia del derecho comunitario andino por cerca de tres décadas.

En segundo lugar, se reconoció que la suma de las sanciones autorizadas por el Tribunal con el propósito de que los demás Países Miembros suspendan las ventajas previstas en el Acuerdo de Cartagena para Colombia, «...han resultado completamente ineficaces e inclusive han ocasionado mayores perjuicios a los ciudadanos andinos en su condición de consumidores»³⁰. De esta manera, el Tribunal señala que coincide con la opinión de la SGCA, la cual fue respaldada por Ecuador y reconocida parcialmente por Perú dentro del procedimiento sumario *en comento*, en el sentido de que es el propio Tribunal el órgano competente para: «determinar el objeto, contenido y alcance de las disposiciones contenidas en el tercer párrafo del artículo 27 del Tratado de Creación del TJCA». Al respecto, dicha norma dispone lo siguiente:

«En todo caso, el Tribunal **podrá ordenar la adopción de otras medidas** si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución.»

(Énfasis agregado)

El Tribunal advierte que su Estatuto guarda silencio en cuanto al ejercicio de esa competencia originaria y recuerda que han transcurrido más de 25 años desde la expedición de esa disposición, sin que los órganos competentes del Sistema Andino de Integración hayan promovido su reglamentación en la forma prevista en el citado Tratado. Así, concluye el Tribunal que la omisión legislativa no puede ser óbice para el efectivo ejercicio de sus competencias, menos aun si se considera las consecuencias sistémicas que genera un incumplimiento o un desacato continuado de su sentencia. En tal virtud, afirma el TJCA que la aplicación de multas pecuniarias a aquellos países cuyo incumplimiento fue declarado y que se encuentran en desacato continuado de su sentencia es compatible con las disposiciones del citado artículo 27 del Tratado de su creación.

Sobre el particular, advierte dicha corte internacional que el cobro de multas pecuniarias será de *última ratio* y se aplicará únicamente de manera subsidiaria. Es decir, cuando la suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena no resulte eficaz

³⁰ Auto emitido por el Tribunal el 10 de octubre de 2023, en el marco del segundo procedimiento sumario dentro del proceso 118-AI-2003, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5334 del 10 de octubre de 2023, p. 7. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205334.pdf>

o agrave la situación que se pretende evitar; y, considerando que se trata una medida que, en efecto, es menos gravosa para los ciudadanos andinos que son los destinatarios últimos del proceso de integración. Adicionalmente, el Tribunal señala que el cobro de multas pecuniarias constituye un «mecanismo disuasivo más idóneo, lógico y razonable», porque quien tiene el cargo de hacerlas efectivas es quien realmente se encuentra incumpliendo el ordenamiento jurídico comunitario andino. Así, se evita generar un agravio mayor al sistema y, sobre todo, se precautela los derechos de los ciudadanos andinos.

Esta apuesta del Tribunal por fortalecer sus competencias como guardián último de la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino, no hace más que confirmar el propósito de su creación hace más de 45 años, pues no debemos olvidar que, en la parte considerativa de la versión original del Tratado de su creación, se deja claramente establecido que los Países Miembros eran conscientes, ya desde ese momento histórico, de que es:

«...indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo de Cartagena, con el fin de que la integración alcance los efectos que de ella esperan los pueblos de los Países Miembros.»

En la misma norma, los representantes de los Países Miembros señalaron que están 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, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente.»

Resulta evidente entonces que el Tribunal, en el momento de pronunciarse sobre el incumplimiento y el desacato continuado en el que puede incurrir un País Miembro, así como en la oportunidad de asumir competencia para determinar el cobro de multas pecuniarias, cuando corresponda según lo expuesto en líneas precedentes, ha cumplido a cabalidad con su mandato y con la actividad misional que le fue encargada en su norma constitutiva. Ante todo, corresponde asegurar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino.

4. El transporte terrestre de pasajeros y mercancías en la Comunidad Andina

Uno de los principales logros del proceso andino de integración es la consolidación de la libre circulación de personas y mercancías originarias de los Países Miembros por el espacio subregional. De esta manera, los ciudadanos andinos pueden ingresar en calidad de turistas al territorio de todos los países de la Comunidad Andina, portando únicamente su documento nacional de identidad. Luego, si así lo desean, pueden cambiar su situación migratoria y optar por una residencia temporal o permanente, siguiendo para el efecto las disposiciones del Estatuto Migratorio

Andino³¹. Por otra parte, de conformidad con las reglas del Programa de Liberación del intercambio comercial de bienes, está prohibida la adopción de cualquier medida nacional unilateral que constituya una barrera directa o indirecta al comercio subregional. De esta manera, se busca asegurar el más amplio y libre intercambio transfronterizo de bienes en el mercado ampliado.

A 55 años de la suscripción del Acuerdo de Cartagena, nadie pondría en duda los beneficios que genera la referida libre circulación, tanto de personas como de mercancías. Por una parte, el proyecto vital y laboral de los ciudadanos andinos puede tener un alcance mayor cuando se proyecta hacia un amplio espacio subregional en el que se multiplican las oportunidades. Por otra parte, un mercado de más de 115 millones de habitantes, *vis a vis* consumidores, representa también una valiosa oportunidad para las empresas andinas, especialmente para las micro, pequeñas y medianas empresas que representan el 90 % del tejido empresarial en la Comunidad Andina. En ese contexto, la integración física adquiere particular relevancia como uno de los mecanismos previstos en el Acuerdo de Cartagena destinado a lograr un «mejor aprovechamiento del espacio físico, fortalecer la infraestructura y los servicios necesarios para el avance del proceso de integración económica de la Subregión»³².

Al respecto, uno de los servicios esenciales para concretar tanto la integración física como el principio de libre circulación en la Comunidad Andina, es sin lugar a dudas el transporte de pasajeros y bienes, en todas sus modalidades: aéreo, marítimo, terrestre y multimodal. Es por ello que ese fue uno de los primeros sectores en los que se alcanzó la liberalización y se estableció una regulación comunitaria sobre las condiciones aplicables a la prestación de dicho servicio. En efecto, la primera Decisión andina que trató el tema fue adoptada en agosto de 1972³³ y tenía por objeto regular el transporte internacional por carretera entre Países Miembros, así como el destinado o proveniente de terceros países.

Posteriormente, en 1989 se adoptó la Decisión 257 sobre transporte internacional de mercancías por carretera, y en 1991 la Decisión 289 sobre transporte internacional de pasajeros por carretera. En ambos casos, se estableció que los Países Miembros se concedían, en sus respectivos territorios, libertad de tránsito para la prestación del servicio³⁴ en los términos y condiciones previstos en dichas normas. Del mismo modo, si la Decisión 56 preveía el principio de reciprocidad en cuanto a las condiciones de circulación de transportistas, sus vehículos y tripulación, las nuevas Decisiones 257 y 289 establecieron la aplicación del principio de trato nacional sobre el tema³⁵.

³¹ Ver Decisión 878 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4239 del 12 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gacetas/Gaceta%204239.pdf>

³² Artículo 104 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit.*

³³ Decisión 56 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

³⁴ Ver artículos 5 y 8 de las Decisiones 257 y 289, respectivamente.

³⁵ Ver artículos 10 y 14 de las Decisiones 257 y 289, respectivamente.

A medida que avanzó el proceso integrador, evolucionó también la regulación de transporte. Así, luego de la adopción del Protocolo de Trujillo en 1996 que significó un *aggiornamento* del Acuerdo de Cartagena y del propio proceso de integración, se aprobaron en enero de 1997 las Decisiones 398 (pasajeros) y 399 (mercancías)³⁶. Cabe destacar que esas reformas de las normas constitutivas o primarias, así como de las normas derivadas o secundarias en la Comunidad Andina, se dieron en el marco de un contexto de mayor apertura comercial con el surgimiento del denominado Regionalismo Abierto en el ámbito andino³⁷.

Debe considerarse también el escenario multilateral de esa época, en el que se puso en marcha la Organización Mundial del Comercio, de la cual forman parte todos los Países Miembros de la Comunidad Andina. En tal condición, suscribieron los instrumentos normativos administrados por tal organización, entre los que se encuentra el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios³⁸ que, entre otros aspectos, regula el principio de trato nacional en su artículo XVII. Por dicho principio, los países quedan obligados a otorgar el mismo trato a los proveedores de servicios de las otras partes contratantes con respecto a todas las medidas que afecten el suministro de servicios³⁹. Asimismo, se establece que no podrán modificarse las condiciones de competencia para la prestación de servicios en favor de los proveedores nacionales, pues ello sería contrario al mencionado principio de trato nacional.

En las citadas Decisiones 398 y 399, así como en la que sustituyó a esta última, la Decisión 837⁴⁰ que se encuentra en actual vigor, se reconoce expresamente que la oferta y prestación del servicio de transporte internacional, tanto de pasajeros como de mercancías en la Comunidad Andina, «se sustentan en los siguientes principios fundamentales: libertad de operación; acceso al mercado; trato nacional; transparencia; no discriminación; igualdad de tratamiento legal; libre competencia; y, nación más favorecida»⁴¹. Como puede apreciarse, se sigue la lógica de la liberalización del comercio de servicios imperante en el nivel multilateral de regulación, en cuanto al trato nacional, y se suman otros principios propios de un

³⁶ Ambas publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 243 del 27 de enero de 1997. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace243.pdf>

³⁷ Ángel María Casas Gragea, *El modelo regional andino: enfoque de economía política internacional*, Editorial Abya Yala, Quito, Ecuador, 2003.

³⁸ El texto del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios se encuentra disponible en el siguiente enlace: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats_01_s.htm

³⁹ En los sectores inscritos en su Lista de compromisos y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse.

⁴⁰ Publicada en la en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3601 del 29 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203601.pdf>

⁴¹ Ver el artículo 3 de cada una de las Decisiones 398 y 837, respectivamente.

esquema de integración económica regional. En el caso andino, con el claro objetivo de que el transporte internacional por carretera coadyuve a alcanzar, como ya se mencionó, los objetivos integracionistas plasmados en el Acuerdo de Cartagena.

En vigencia del régimen comunitario sobre transporte internacional por carretera se presentaron dos conflictos de trascendencia sistémica que fueron solucionados a través de la intervención del Tribunal, en ejercicio de la acción de incumplimiento. El primero de ellos se presentó en 1999 como consecuencia de la omisión de Ecuador y Colombia, en cuanto a sus obligaciones de garantizar la libre circulación de transportistas entre sus territorios. El segundo, se ocasionó por la vigencia en Bolivia y Ecuador de normas nacionales que establecían un precio diferenciado para la venta de combustibles a los transportistas andinos, cuyos vehículos tenían placas distintas a las bolivianas y ecuatorianas, respectivamente. Este conflicto dio lugar a dos demandas planteadas por parte de la República del Perú en los años 2020 y 2021.

El primer caso mencionado generó los procesos 15 y 16-AI-2000, que fueron iniciados por la SGCA contra Ecuador y Colombia, respectivamente. Ambos procesos se tramitaron y resolvieron de manera paralela e, inclusive, ambas sentencias son idénticas en cuanto a sus fundamentos jurídicos y sus decisiones. En lo sustancial, en ambas decisiones se deja constancia de que el propio Tribunal evidenció la situación anómala que se presentaba en las ciudades fronterizas de Tulcán en Ecuador e Ipiales en Colombia. En efecto, las asociaciones de transportistas pesados y de camioneros de ambos países ejercían presión sobre los operadores del servicio de transporte internacional por carretera, a fin de generar una interrupción en la prestación del servicio. En consecuencia, no se permitía el paso directo por la frontera de los vehículos y se obligaba a realizar el transbordo de las mercancías.

En sus sentencias, el Tribunal señaló lo siguiente:

«El movimiento de las mercancías de un país a otro, esto es su transporte, debe al igual que los demás servicios, pero éste con mayor razón que los demás, **gozar de toda clase de garantías que le permitan realizarse con la mayor fluidez y libertad posibles**, de manera que **los intercambios y movimientos de los factores de producción en el interior del territorio de la Comunidad se cumplan, como si se tratara de intercambios semejantes a los que existen entre regiones del territorio de los Países Miembros.**

(...)

...Considera el Tribunal que **establecer modalidades y procedimientos de operación distintos a los previstos en la normativa comunitaria** o hacer que los determinados con carácter excepcional en ella se conviertan en generales o comunes y suplanten a éstos, **comporta incumplimiento de las obligaciones de los Países Miembros que así procedan o que prohíjen que ello suceda.**

En desarrollo de los principios enunciados en el Capítulo II de la Decisión 399, que como se dijo, tienen la finalidad de liberalizar la oferta y prestación del servicio de transporte internacional de carga por carretera, en condiciones que garanticen su eficiencia, los artículos 3, 13, 14, 85 y 164 **determinan la obligación que tienen los Países Miembros, en sus respectivos territorios, de conceder al transportista**

autorizado, a quien le hayan otorgado Permiso de Prestación de Servicios, el derecho a ofertar y prestar el servicio de transporte internacional, garantizando la libre competencia.»⁴²

(Énfasis agregado)

Así, una vez comprobado que los gobiernos de Ecuador y Colombia omitieron cumplir su deber, en cuanto miembros de la Comunidad Andina, de asegurar la libre circulación de transportistas por sus territorios, y que no garantizaron la debida ejecución de las normas andinas que regulan el transporte internacional por carretera; vale decir, que no aseguraron la eficacia del derecho comunitario andino, el TJCA declaró a ambos países en incumplimiento por omisión.

El segundo conflicto identificado *supra* dio lugar al inicio por parte de la República del Perú de los procesos 02-AI-2020 y 05-AI-2021, el primero contra Bolivia y el segundo contra Ecuador. La discusión promovida en ambos casos fue similar y el Tribunal tramitó y resolvió los casos de manera paralela. En gran medida y en lo sustancial, ambas sentencias comparten los mismos fundamentos jurídicos y, en los dos casos, se declaró el incumplimiento de los países demandados, tal como había sucedido previamente en la fase prejudicial, pues la Secretaría General también había emitido sendos Dictámenes de incumplimiento en los dos casos.

Para el TJCA, una regulación nacional que establece una diferenciación de precios en la venta de combustibles, en el sentido de que los transportistas andinos, con placa extranjera, tienen que pagar un precio mayor que los transportistas identificados con placa nacional, vulnera los principios de trato nacional, no discriminación, igualdad de tratamiento legal y libre competencia contemplados en las Decisiones andinas 398 y 837, así como infringe el artículo 36 de la Decisión 608. Dicho incumplimiento, conlleva además una vulneración del principio de cooperación leal, previsto en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal.

Corresponde destacar que en las sentencias del Tribunal se destacó el rol central que juega el principio de libre circulación de personas y mercancías en la subregión y la importancia que tiene el transporte internacional por carretera para su materialización. Así, el Tribunal destaca la necesidad de contar con un servicio de «transporte fluido y libre de obstáculos, brindado en un entorno de libre y leal competencia y en condiciones de equidad»⁴³. Concluye el TJCA que:

⁴² Sentencias del 24 de noviembre de 2000 recaídas en los procesos 15-AI-2000 y 16-AI-2000, publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 639 del 9 de febrero de 2001, pp. 4 y 15. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE639.PDF>

⁴³ Ver Sentencias recaídas en los procesos 02-AI-2020 y 05-AI-2021, publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena 5250 del 18 de julio de 2023 y 5237 del 4 de julio de 2023, respectivamente, pp. 20 y 19. Disponibles en:
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205250.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205237.pdf>

«...para entender las condiciones en que los servicios de transporte de pasajeros y mercancías por carretera deben ser prestados en el ámbito comunitario, **resulta indispensable que en la práctica no exista diferencia alguna entre la prestación del servicio de transporte internacional y nacional.**»⁴⁴

(Énfasis agregado).

Sobre esa base, el Tribunal señala que los principios de trato nacional, igualdad de tratamiento legal, no discriminación y libre competencia, son aplicables tanto a los requisitos, exigencias y condiciones para prestar el servicio de transporte internacional por carretera de pasajeros y mercancías, como a cualquier otra regulación que incida sobre la prestación de dicho servicio. En cuanto al segundo aspecto, especifica el TJCA que dichos principios resultan aplicables también respecto de las barreras normativas y burocráticas que puedan llegar a establecerse, así como respecto de otro tipo de requisitos, exigencias y condiciones que, aun cuando sean establecidas por autoridades nacionales distintas a las de transporte—como pueden ser las autoridades nacionales sanitarias, tributarias, aduaneras, ambientales, de hidrocarburos, etc.—deben ser cumplidos por los transportistas o cuando su aplicación provoca un escenario en el que, se dificulta o impide el acceso o la permanencia de los transportistas andinos en el mercado de un determinado País Miembro.

Así, por ejemplo, señala el Tribunal, que los pagos por peajes, el monto de las multas por infracciones de tránsito, las disposiciones que regulan la venta de repuestos, el acceso a talleres de mantenimiento técnico, la venta de combustibles o la publicidad de los servicios, entre otras, deben ser aplicadas en igualdad de condiciones a los transportistas locales y a sus pares andinos. Caso contrario, se generaría un evidente caso de discriminación injustificada que desdibujaría el régimen andino sobre transporte internacional por carretera e iría en contra del espíritu de integración que sustenta el Acuerdo de Cartagena.

Remata el Tribunal afirmando que no es compatible con el derecho comunitario andino la vigencia de normas nacionales que establezcan ventajas competitivas artificiales en favor de los prestadores de servicios de transporte nacionales y en contra de los demás transportistas andinos. Una regulación de esa naturaleza tiene el efecto de distorsionar la libre y leal competencia basada en el esfuerzo y la eficiencia empresarial, que es lo que precisamente buscan promover y fomentar las Decisiones 398 y 837 en el espacio subregional.

Por último, y después de un análisis exhaustivo sobre el mecanismo de liberalización gradual de servicios en la Comunidad Andina previsto en el Acuerdo de Cartagena, el Tribunal llega a la conclusión de que el servicio de transporte internacional de pasajeros y mercancías por carretera fue liberalizado plenamente antes de la adopción

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 25 y 24.

de la Decisión 439⁴⁵. De esta manera, el artículo 11 de dicha Decisión, en el que se establece una lista de medidas que podrían aplicar los Países Miembros como excepciones al programa de liberación gradual de servicios en la Comunidad, no resulta aplicable de manera supletoria a las Decisiones 398 y 837.

Del examen precedente, es fácil colegir que una vez más el Tribunal ejerció un papel preponderante para asegurar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino y para resolver pacíficamente y en derecho dos graves conflictos suscitados entre Países Miembros. Los cuales, tal como señalamos anteriormente, tenían el potencial de generar consecuencias sistémicas y comprometer la consecución de los propósitos de la integración andina.

5. Las salvaguardias como excepción del Programa de Liberación

De conformidad con datos oficiales de la SGCA⁴⁶, en el año 1970 el valor de las exportaciones al interior de la subregión andina representaban poco menos de 80 millones de dólares americanos. Del total de esas exportaciones, el 62 % correspondía a materias primas y únicamente el 38 % a productos manufacturados con valor agregado. En contraste, en el año 2022 las exportaciones intrazona alcanzaron un valor de 10.627 millones de dólares americanos, de las cuales, cerca del 92 % correspondió a manufacturas y solamente el 8 % a productos primarios. Vale decir que se invirtió la dinámica exportadora al interior de la subregión y el mercado ampliado constituye uno de los principales destinos de los productos con mayor valor agregado que se producen en los cuatro Países Miembros.

Otro aspecto a destacar, una vez más según datos oficiales de la SGCA⁴⁷, es el grado de diversificación de las exportaciones intracomunitarias y la gran diferencia que existe con la alta concentración de exportaciones hacia destinos como Estados Unidos, la Unión Europea o China. En efecto, en el año 2021, el 90 % de las exportaciones de los cuatro Países Miembros hacia la subregión, estaba diversificado en 473 subpartidas arancelarias. En el mismo año, el 90 % de las exportaciones de los cuatro Países Miembros hacia Estados Unidos estaba concentrado en 134 productos, a la Unión Europea en 69 productos y, en el caso de China, en 12 productos, los cuales eran preponderantemente materias primas o *commodities*.

Solo fue posible alcanzar los resultados señalados de manera precedente gracias a la vigencia del Programa de Liberación, instrumento normativo y de política comercial

⁴⁵ «Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina», publicado en la Gaceta Oficial de Cartagena 347 del 17 de junio de 1998. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace347.pdf>

⁴⁶ Secretaría General de la Comunidad Andina. *Dimensión Económica y Social de la Comunidad Andina*, Lima, 2022. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/wp-content/uploads/2022/12/Dimension-2023.pdf>

⁴⁷ *Ibidem*.

comunitaria previsto en el Acuerdo de Cartagena, por el cual se procura dinamizar los flujos económicos y comerciales en la subregión andina. Dicho programa se traduce en el compromiso de los países de «eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro»⁴⁸.

Sobre el particular, es el propio Acuerdo el que, en su artículo 73, define qué debe entenderse por «gravámenes» y por «restricciones de todo orden». En el primer caso, se encuentran los «derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones»; y, el segundo caso está conformado por «cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral». Resta señalar que se encargó a la SGCA el control del efectivo cumplimiento de dicho programa y se le concedió la facultad de llevar adelante procedimientos administrativos supranacionales para calificar, por ejemplo, si una medida nacional adquiere la categoría de gravamen o restricción indebida al comercio.

Asimismo, el Acuerdo de Cartagena ha previsto la posibilidad de que los Países Miembros adopten cinco tipos de salvaguardias: i) agrícola⁴⁹; ii) por desequilibrio en su balanza de pagos global⁵⁰; iii) por perjuicios graves a la economía ocasionados por el cumplimiento del Programa de Liberación⁵¹; iv) por perturbaciones en la producción nacional de productos específicos como consecuencia del incremento de importaciones⁵²; y, v) por la alteración de las condiciones normales de competencia generadas por una devaluación monetaria⁵³. Sobre el particular, es claro que la aplicación de dichas salvaguardias constituye una excepción al principio de libre circulación de mercancías y así lo ha reconocido el Tribunal en su jurisprudencia uniforme⁵⁴.

Del mismo modo, es pertinente precisar que, si bien cada una de esas salvaguardias tiene condiciones particulares de aplicación, el Tribunal ha definido que las siguientes

⁴⁸ Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit.*

⁴⁹ Regulada en los artículos 90 y 91 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit.*

⁵⁰ Regulada en el artículo 95 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit.*

⁵¹ Regulada en el artículo 96 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit.*

⁵² Regulada en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit.*

⁵³ Regulada en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena, *op. cit.*

⁵⁴ Ver Sentencias recaídas en los procesos 01-AN-2015, 272-IP-2016 y 02-AI-2019; publicadas en las Gacetas Oficiales del Acuerdo de Cartagena 3369 del 13 de septiembre de 2018, 3722 del 8 de agosto de 2019 y 5252 del 19 de julio de 2023, respectivamente. Disponibles en:

- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203369.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203722.pdf>
- <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205252.pdf>

características son comunes a todas las modalidades de salvaguardias: i) son medidas correctivas; ii) de carácter transitorio; iii) de aplicación excepcional; iv) para su aplicación debe demostrarse una relación causal entre el hecho generador y el daño que se pretende evitar; y, v) deben ser proporcionales.⁵⁵

En ese sentido y a los efectos del presente estudio, se analizará a continuación un caso particular en el que el Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse—ante la demanda en acción de incumplimiento planteada por un particular afectado en sus derechos—sobre la interpretación y aplicación de la salvaguardia prevista en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena. Este pronunciamiento marca la pauta para la actuación futura de la SGCA en el trámite del procedimiento administrativo correspondiente y genera un escenario de seguridad jurídica en la subregión, así como un efecto disuasivo para que no se restrinja indebidamente el libre comercio y no se afecten los derechos de los agentes económicos que actúan en el mercado ampliado.

En el mes de enero del año 2018, la República del Ecuador decidió aplicar una salvaguardia equivalente al cobro del 45 % del valor CIF de las importaciones de azúcar, proveniente de los Países Miembros de la Comunidad Andina. Luego de la notificación y la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo supranacional, la SGCA emitió la Resolución 2005 en mayo del mismo año, por la que se denegó la aplicación de la salvaguardia solicitada por Ecuador. Dicha Resolución fue confirmada dos meses después, mediante la Resolución 2014 de la SGCA. Sin embargo, la norma nacional por la cual se adoptó la salvaguardia fue derogada recién en noviembre de 2018.

En consecuencia, se produjo un escenario singular en la Comunidad Andina, pues de manera contraria a los objetivos del proceso andino de integración y a contramano de la finalidad del Programa de Liberación, las importaciones de azúcar al territorio ecuatoriano estuvieron sujetas al cobro indebido de un derecho aduanero por un período aproximado de 10 meses. Esta circunstancia no puede ser evaluada únicamente desde la perspectiva en abstracto del incumplimiento *per se* del ordenamiento jurídico comunitario por parte de un País Miembro.

Por el contrario, debe entenderse que, como consecuencia de dicho incumplimiento, se vulneraron los derechos de los agentes económicos dedicados a la importación de azúcar hacia el Ecuador, con todos los perjuicios directos e indirectos que esa medida conlleva. Pues, por una parte, dichos agentes económicos tuvieron que erogar gastos imprevistos e injustificados, lo que redujo sus niveles de competitividad y les generó un perjuicio económico; y, por otra, al ser el azúcar un insumo esencial para la industria de alimentos y bebidas, ese cobro indebido tenía el potencial de generar un incremento en el precio final de una serie de productos destinados al consumo final por parte de los ciudadanos ecuatorianos. Adicionalmente, ocasionaba una distorsión artificial de la competencia en el mercado, pues los ingenios azucareros nacionales podían obtener una posición de ventaja comercial frente a sus competidores andinos.

⁵⁵ *Ibidem.*

En ese contexto, la empresa Sugarlatam del Ecuador presentó una acción de incumplimiento que dio lugar al proceso 02-AI-2019. La demanda se presentó ante el Tribunal en julio de 2019, es decir, una vez que la norma nacional que establecía la salvaguardia había sido derogada. No obstante, la conducta del país que presuntamente constituía un incumplimiento y que fue objeto de la demanda, no era la adopción de una norma nacional general, en el caso concreto la Resolución 030-2017 del Comité de Comercio Exterior – COMEX, del Ecuador; sino, la exigencia específica a la empresa demandante del pago de la salvaguardia con base en esa norma general. Dicha conducta se había materializado a través de diez liquidaciones aduaneras emitidas por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (en adelante, SENA), entre el 2 de marzo y el 15 de octubre de 2018.

Por otra parte, se demandó el incumplimiento del Ecuador al haber omitido ordenar la devolución del cobro indebido, una vez que la SGCA había emitido la Resolución 2005 que denegó la aplicación de la salvaguardia. Por último, se demandó también el incumplimiento del Ecuador, puesto que se denegó mediante sendos actos administrativos emitidos por el SENA la devolución del cobro indebido que había sido solicitada por parte de la empresa Sugarlatam del Ecuador, en sede administrativa nacional.

Frente a esa demanda, se cuestionó inicialmente la competencia del Tribunal, puesto que en criterio del país demandado había operado la sustracción de la materia con la derogación de la Resolución 030-2017 del COMEX. Por otra parte, se cuestionó también que, frente a la emisión de actos administrativos de efectos particulares, el demandante debía haber acudido ante las autoridades jurisdiccionales nacionales, a fin de tramitar un proceso contencioso administrativo. Asimismo, se alegó que la SGCA había emitido un Dictamen de cumplimiento y, por tanto, correspondía que el Tribunal siguiera esa misma línea de análisis y decisión.

Luego de un exhaustivo análisis sobre la aplicación de la figura de «sustracción de la materia» en acciones de incumplimiento por parte del Tribunal, se desestimaron las alegaciones que sustentaban las excepciones previas deducidas por el país demandado⁵⁶. Se consideró además que la norma nacional derogada no formaba parte del objeto de la demanda y que los demás «actos» de la administración pública nacional se encontraban vigentes y continuaban generando efectos jurídicos. En el caso particular, generaban efectos negativos en contra del demandante. Así, afirmó el Tribunal que:

«...la derogatoria de una norma nacional de carácter y aplicación general con efectos *erga omnes*, sobre la base de la cual, se adoptaron actos administrativos de contenido específico que continúan generando, hasta el presente, efectos jurídicos vinculantes, no es suficiente para declarar la sustracción de la materia...»

Un entendimiento diferente podría ocasionar que se consoliden en el tiempo una serie de actos con efectos jurídicos contrarios a las normas andinas. Esta situación

⁵⁶ Mediante providencia emitida el 16 de marzo de 2021.

sería manifiestamente contraria al objeto y a la finalidad de la Acción de Incumplimiento, y ocasionaría el **vaciamiento de contenido de la función de control de legalidad y cumplimiento que realiza el TJCA**, a través de dicha Acción. Del mismo modo, se establecería un precedente negativo que podría generar incentivos perversos que incidirían en el comportamiento o la conducta de los Países Miembros.»⁵⁷

(Énfasis agregado)

Del mismo modo, ratificó el Tribunal en esa oportunidad su jurisprudencia uniforme acerca de que el inicio de una acción de incumplimiento, por parte de los particulares afectados en sus derechos, constituye una «vía paralela, alternativa y excluyente de la posibilidad de acudir, por esa misma causa, a los tribunales nacionales competentes, jurisdiccionales o administrativos»⁵⁸. De esta manera, al margen de las vías procesales nacionales que se encuentren disponibles, se garantiza el acceso a la justicia comunitaria por parte de los particulares. Por último, se ratificó también que el Dictamen de la SGCA es una opinión técnica no vinculante y que, naturalmente, el TJCA podría, cuando corresponda en derecho y sobre la base de los hechos probados en juicio, apartarse de sus conclusiones.

En su sentencia, el Tribunal declaró el incumplimiento de la República del Ecuador del artículo 97 del Acuerdo de Cartagena, así como de los artículos 3 y 4 del Tratado de Creación del TJCA, del artículo 32 de la Decisión 671 y de la Resolución 2005 de la SGCA. Adicionalmente, estableció un importante criterio jurisprudencial sobre la aplicación de la medida correctiva de salvaguardia prevista en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena, en el sentido de que la SGCA solamente podrá autorizar su aplicación, cuando el país solicitante demuestre el cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos: i) la variación cuantitativa o cualitativa de las importaciones de productos específicos; ii) la perturbación en la producción nacional de productos específicos, a través de la existencia de un daño o una amenaza de daño a la producción nacional de una mercancía específica; iii) la relación de causalidad entre las dos circunstancias anteriores; y, iv) la proporcionalidad de la medida cuya autorización se solicita.

Asimismo, señaló el Tribunal que si después de llevar adelante la investigación correspondiente, la SGCA concluye que no se han cumplido o no se han acreditado debidamente los requisitos habilitantes previstos en el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena, los cuales fueron desarrollados por el TJCA en la sentencia *en comento*; esta deberá ordenar la inmediata suspensión de la aplicación de la medida solicitada y:

«...determinar que **corresponde al País Miembro solicitante ordenar**, a través de las autoridades nacionales competentes, **la devolución de los montos que hubieren cobrados indebidamente durante la aplicación provisional de la medida** y hasta antes del pronunciamiento de la SGCA. Los cobros efectuados con posterioridad al

⁵⁷ *Ibidem*, p. 40.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 14.

pronunciamiento desfavorable de la SGCA, con mayor razón, también deben ser devueltos.»⁵⁹

(Énfasis agregado)

Por último, el Tribunal declaró que su sentencia, en la que se determina la responsabilidad comunitaria de un País Miembro por el incumplimiento de sus disposiciones, constituye un título legal y suficiente para que los particulares afectados por dicho incumplimiento acudan ante el juez nacional y soliciten la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que le fueron ocasionados.

Del estudio realizado en el presente acápite, se desprende claramente que la acción de incumplimiento es la garantía jurisdiccional por excelencia para asegurar la eficacia de las normas del ordenamiento jurídico comunitario andino. En el caso presentado, puede apreciarse además la concretización de una de las principales fortalezas del mecanismo andino de solución de controversias, que es que los particulares —personas naturales o jurídicas— pueden acceder de manera directa a dicho mecanismo, en aquellos casos en los que el incumplimiento de un País Miembro genere una afectación de derechos reconocidos a los particulares en las normas andinas.

Como corolario del análisis realizado en el presente capítulo, es posible afirmar que la debida aplicación de las normas andinas, así como la garantía del ejercicio de derechos y la solución pacífica de controversias a cargo del Tribunal, contribuyen directamente en la construcción y consolidación de una comunidad de derecho en la subregión. Así, siguiendo la tipología propuesta por Helfer y Slaughter⁶⁰ para la configuración de una «Comunidad de derecho», es evidente que en la Comunidad Andina: i) está vigente un sistema normativo autónomo y vinculante, que no solamente se distingue del diálogo político y la cooperación intergubernamental, como limita el ejercicio de la política en el nivel nacional; ii) se ha generado una red de actores públicos y privados, nacionales y comunitarios que actúan y se comunican de manera directa, a fin de promover la eficacia de las normas andinas; y, iii) se han maximizado los efectos del sistema normativo y de la estructura institucional de solución de controversias, al reconocer a la acción de incumplimiento como una garantía de la eficacia del derecho comunitario andino, lo cual genera mayores incentivos para una actuación concertada y cohesionada de los actores públicos y privados en el nivel subregional.

6. Líneas conclusivas

Un ordenamiento jurídico es eficaz cuando sus normas producen el efecto previsto y, del mismo modo, adquiere eficacia frente al incumplimiento de sus disposiciones, cuando existen garantías jurisdiccionales que pueden ser utilizadas para remediar esa

⁵⁹ Sentencia recaída en el proceso 02-AI-2019, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

⁶⁰ Laurence R. Helfer & Anne-Marie Slaughter, *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, en *Yale Law Journal*, volume 107, 1997, pp. 273-392.

situación anómala y tutelar los derechos vulnerados como consecuencia de dicho incumplimiento.

La Comunidad Andina es una comunidad de derecho, en la que está vigente un ordenamiento jurídico autónomo y vinculante, que es de aplicación directa e inmediata, y que prevalece sobre las normas nacionales de sus Países Miembros. En consecuencia y en virtud de los principios de *pacta sunt servanda*, legalidad, transparencia y cooperación leal, reconocidos en la jurisprudencia del TJCA, todas las instancias de las administraciones públicas nacionales deben observar dicho ordenamiento y cumplir con sus disposiciones.

Frente a un escenario anómalo y no deseado de incumplimiento de los compromisos y obligaciones de un País Miembro, la Secretaría General, otro País Miembro o los particulares afectados en sus derechos por el referido incumplimiento pueden iniciar una acción de incumplimiento. Dicha acción se constituye como la principal garantía jurisdiccional para asegurar la eficacia del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; lo cual, se traduce en: i) la salvaguardia de los intereses comunitarios; ii) el efectivo cumplimiento de las normas andinas; y, iii) la protección de los derechos en ellas reconocidos, tanto a los Países Miembros, como a los agentes económicos que actúan en el mercado ampliado y a los ciudadanos andinos.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cumple un rol fundamental como garante de la eficacia del derecho comunitario andino y de la solución pacífica de controversias en la subregión. Asimismo, y tal como se ha evidenciado por el estudio empírico realizado, es una pieza fundamental en el proceso de construcción y consolidación de una comunidad de derecho en la subregión andina. En efecto, a través de sus sentencias y del reconocimiento de figuras como el incumplimiento y el desacato continuado, se han fortalecido sus competencias de control jurisdiccional, con el propósito mayor de cumplir con su mandato y actividad misional, asegurando así la eficacia de las normas andinas.

Asimismo, por medio de sus pronunciamientos vinculados con el principio de libre circulación de personas y mercancías en la Subregión, el transporte terrestre de pasajeros y mercancías en la Comunidad Andina, y la aplicación de salvaguardias como excepciones al Programa de Liberación, el Tribunal ha definido claramente los contornos de actuación de los Países Miembros. Así, ha establecido los límites jurídicos que deben ser observados por los Estados en el momento de formular políticas públicas nacionales en aquellas materias que se encuentran reguladas por el derecho comunitario andino y ha establecido marcos claros para la salvaguardia de los intereses comunitarios y la protección de los derechos de los Países Miembros y sus ciudadanos.

Quito, diciembre de 2023.
