

DICTAMEN N° 002-2021

DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Reclamo interpuesto por la República del Perú contra la República del Ecuador por presunto incumplimiento de los principios de trato nacional y no discriminación previstos en las Decisiones 837, 439 y 398 de la Comisión de la Comunidad Andina al establecer precios diferenciados en la venta de combustibles a vehículos con placa de circulación extranjera.

Lima, 26 de abril de 2021

I. SUMILLA. –

- [1] La República del Perú (en adelante, la “Reclamante”) presenta ante la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la “SGCAN”) reclamo contra la República del Ecuador (en adelante, la “Reclamada”), por el supuesto incumplimiento de los principios de trato nacional y no discriminación previstos en las Decisiones 837, 439 y 398 de la Comisión de la Comunidad Andina al establecer precios diferenciados en la venta de combustibles a vehículos con placa de circulación extranjera.
- [2] El presente Dictamen se emite en el marco de lo dispuesto en el artículo 24 del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA) (Decisión 472) y conforme a la estructura señalada en el artículo 21 de la Decisión 623 (Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento).

II. RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO (ANTECEDENTES). -

- [3] Con fecha 22 de enero de 2021 se recibió, vía electrónica, por parte de la República del Perú, el Reclamo por el supuesto incumplimiento señalado en el párrafo [1] del presente Dictamen, así como sus anexos.
- [4] Mediante Comunicación N° SG/E/SJ/131/2021, de fecha 1 de febrero de 2021, la SGCAN determinó, luego de la evaluación correspondiente, que la documentación presentada por la Reclamante se encontraba completa y conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Decisión 623, por lo que admitió a trámite el reclamo.
- [5] Mediante Comunicación N° SG/E/SJ/133/2021 de fecha 1 de febrero de 2021, la SGCAN corrió traslado a la República del Ecuador del reclamo presentado por la Reclamante, otorgándole un plazo de sesenta (60) días calendario a partir del día siguiente a la recepción de dicha comunicación, para su contestación. Asimismo, mediante Comunicación N° SG/E/SJ/134/2021 de la misma fecha, la SGCAN remitió el referido reclamo a los demás Países Miembros, a fin de que presentasen los elementos de información que estimasen pertinentes.

- [6] Mediante Comunicaciones N° SG/E/SJ/300/2021, N° SG/E/SJ/301/2021 y N° SG/E/SJ/302/2021, todas de fecha 26 de febrero de 2021, se comunicó a la República del Perú, República del Ecuador y Países Miembros respectivamente, que la SGCAN dispuso, de conformidad con el artículo 18 de la Decisión 823 sostener de oficio una Reunión Informativa para el día 12 de marzo de 2021 a horas 09:00.
- [7] Consecuentemente, mediante correo electrónico de 26 de febrero de 2021 la Reclamada solicitó reprogramar la Reunión Informativa, la misma que mediante Comunicación N° SG/E/SJ/312/2021 de 1 de marzo de 2021 fue reprogramada para el día 12 de marzo de 2021 a las 16h00 horas de Lima y a las 15h00 de La Paz.
- [8] En este sentido, mediante Notas N° SG/E/SJ/313/2021 y N° SG/E/SJ/314/2021, ambas de fecha 1 de marzo de 2021, se comunicó a la Reclamante y a los Países Miembros la reprogramación de la Reunión Informativa.
- [9] Mediante notas N° SG/E/SJ/429/2021, N° SG/E/SJ/430/2021 y N° SG/E/SJ/431/2021, todas de fecha 19 de marzo de 2021, la SGCAN remitió el Acta de la Reunión Informativa a la Reclamada, Reclamante y Países Miembros respectivamente.
- [10] Con Oficio Nro. MPCEIP-SODYNC-2021-0038 de 25 de marzo de 2021, recibido en la misma fecha en la SGCAN, la Reclamada solicita se le otorgue un plazo adicional para presentar la contestación al Reclamo interpuesto por la Reclamante.
- [11] Mediante Comunicación N° SG/E/SJ/470/2021 de fecha 26 de marzo de 2021, la SGCAN comunicó a la Reclamada, la improcedencia a la solicitud presentada considerando que se le otorgó el plazo máximo establecido en la Decisión 623. Asimismo, mediante Comunicaciones N° SG/E/SJ/471/2021 y N° SG/E/SJ/473/2021, ambas de fecha 26 de marzo de 2021, la SGCAN informó a la Reclamante y a los demás Países Miembros sobre la improcedencia de la prórroga adicional de plazo solicitada.
- [12] El Estado Plurinacional de Bolivia mediante Comunicación VCEI-0116 de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, presentó sus comentarios con criterios y análisis sobre el asunto en cuestión, que fue puesta a conocimiento de la Reclamada, Reclamante y Países Miembros mediante Comunicaciones N° SG/E/SJ/489/2021, N° SG/E/SJ/490/2021 y N° SG/E/SJ/491/2021, todas de fecha 6 de abril de 2021 respectivamente.
- [13] Mediante Oficio Nro. MPCEIP-SODYNC-2021-0046 de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 en la SGCAN, la República del Ecuador presentó el Escrito de Contestación al reclamo y sus anexos.
- [14] Mediante OFICIO N° 004-2021-MINCETUR/VMCE/DGGJCI recibido en la SGCAN el 21 de abril en horas no hábiles (22:58), acorde con lo definido en la Resolución SGCAN 1833 por lo que se entiende recibido el 22 de abril, la República del Perú presenta un escrito que denomina de "Alegatos finales" al que adjunta dos documentos. La SGCAN no procede a analizar, ni a valorar probatoriamente, ni a tener en cuenta, ni a correr traslado a la República del Ecuador ni a los demás Países Miembros de dicho escrito y sus anexos, por las siguientes razones: la Decisión 623 que regula la fase prejudicial de incumplimiento no contempla una fase procedimental de presentación de alegatos finales o alegatos de conclusión; en tal virtud la República del Ecuador no ha presentado ni debía presentar alegatos finales o de conclusión; en consecuencia, aceptar y tramitar el escrito final del Perú violaría el principio de legalidad que obliga a la SGCAN a someterse al ordenamiento

jurídico andino en sus actuaciones procedimentales lo que se daría al surtir una fase procedimental inexistente en la normatividad vigente, violaría el principio de igualdad de trato a las partes (ambos principios consagrados en la Decisión 425 artículo 5, Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCAN) pues la República del Ecuador quedaría sin presentar sus respectivos alegatos de conclusión y violaría el debido proceso al quedar en estado de indefensión la República del Ecuador. Por lo demás, el plazo máximo contemplado en la Decisión 623 para emitir el Dictamen de la SGCAN está próximo a vencerse y proceder a ejecutar fases procedimentales inexistentes implicaría violar los principios de economía procesal y celeridad (art. 5, Decisión 425). Por todo lo indicado este escrito y sus anexos no son tenidos en cuenta por la SGCAN ni serán incorporados al expediente.

III. IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS O CONDUCTAS MATERIA DEL RECLAMO. -

[15] Reclamo presentado por la República del Perú contra la República del Ecuador por incumplimiento de los principios de trato nacional y no discriminación previstos en las Decisiones 837 y 398 de la Comisión de la Comunidad Andina al establecer precios diferenciados en la venta de combustibles a vehículos con placa de circulación extranjera. Asimismo, señala la presunta vulneración a las Decisiones 439 y 472.

[16] El escrito de la Reclamante señala¹ claramente que, las medidas que configuran el incumplimiento son las siguientes:

- i) Decreto Ejecutivo N° 338 que aprueba el Reglamento de regulación de Precios Derivados de Petróleo
- ii) Resolución N° 006-001-DIRECTORIO EXTRAORDINARIO ARCH-2015 que aprueba el Instructivo de procedimientos para distribución de diésel Premium a vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional
- iii) Decreto Ejecutivo N° 1183 que modificó el Decreto Ejecutivo N° 338, por medio de los cuales se cambia la fijación de precios referenciales de combustibles dentro del sistema de bandas para el combustible adquirido por los usuarios ecuatorianos
- iv) Decreto Ejecutivo N° 1222 que reformó el sistema de determinación de precios contenido en el Decreto Ejecutivo N° 338

[17] Y en cuanto a las normas comunitarias que se vendrían infringiendo, el escrito continúa señalando² que son las siguientes:

- v) Decisión 837 en sus artículos 2, 3 y 15
- vi) Decisión 398 en sus artículos 2, 3 y 18
- vii) Decisión 439 en sus artículos 6 y 8
- viii) Decisión 472 en su artículo 4

[18] Asimismo, la Reclamante señala que la diferenciación de precios de los combustibles entre los vehículos de placa de circulación nacional y extranjera establecida por parte del Ecuador, evidencia un incumplimiento objetivo y flagrante del principio de trato nacional y no discriminación, que vulnera el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

¹ Escrito del Reclamo de fecha 22 de enero de 2021, Tabla N° 1, p. 3

² Escrito del Reclamo de fecha 22 de enero de 2021, Tabla N° 2, p. 4

IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES. -

4.1. Argumentos de la Reclamante

Escrito del Reclamo

[19] La Reclamante señala las medidas que configurarían el incumplimiento en el numeral III de su escrito³ en cuanto a normas nacionales y en el numeral IV indica las posibles normas comunitarias infringidas como la Decisión 837 en sus artículos 2, 3 y 15, Decisión 398 en sus artículos 2, 3 y 18, Decisión 439 en su artículo 6 y 8, y la Decisión 472 en su artículo 4.

[20] Asimismo, la Reclamante realiza una descripción⁴ de las medidas impuestas por la República del Ecuador, expresando que, el artículo 3 del Decreto Ejecutivo N° 799, emitido en el año 2015, que modificó el Decreto Ejecutivo N° 338, "*Reglamento de Regulación de Precios de Derivados de Petróleo*", implementó un régimen excepcional para el expendio de combustible diésel que establece precios diferenciados para los vehículos de placa ecuatoriana, respecto de los ofrecidos para los vehículos de placa extranjera. Al respecto, la disposición señala:

"Artículo 3.- Agréguese el siguiente artículo a continuación del artículo 2:

*Art. 2.1. El precio de venta al público del diésel 2 y Diésel premium para los vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional, cuantías domésticas y vehículos particulares que se abastecen desde estaciones de servicio será determinado mensualmente por la EP PETROECUADOR, en base al costo promedio ponderado más los costos de transporte, almacenamiento, comercialización, **un margen que podrá definir la indicada empresa pública** y los tributos que fueren aplicables.*

En caso de no contar con el precio de importación del diésel Premium será calculado en base al marcador internacional utilizado para este producto, más el flete, el seguro y los demás costos que hubiera ocasionado la importación.

En ningún caso el precio de venta para los vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional podrá ser inferior al precio establecido en el Artículo 2 de este Reglamento.

El precio de venta en terminal incluido impuestos del diésel Premium para los vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional será el precio de venta al público, menos el margen de comercialización establecido en el Artículo 2 de este Reglamento.

Previo a la venta del diésel Premium al precio y segmento establecido en el párrafo anterior, las estaciones de servicio deberán estar registradas y autorizadas por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH). Si las estaciones de servicio no cuentan con la respectiva autorización, no podrán vender diésel al transporte de carga pesada con placa internacional".
(Énfasis agregado)

[21] Continúa manifestando en su escrito, que a través de la Resolución N° 006-001-DIRECTORIO EXTRAORDINARIO ARCH-2015 del año 2015 de la Agencia de Regulación

³ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, Numeral III, Tabla 1, p. 3 (Decreto Ejecutivo N° 338, Resolución N° 006-001-DIRECTORIO EXTRAORDINARIO ARCH-2015 de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero y el Decreto Ejecutivo N° 1183)

⁴ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, Numeral V, p. 5

y Control Hidrocarburífero, se expidió el “*Instructivo de procedimientos para distribución de diésel Premium a vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional*”, por el cual se establecen los requisitos para las entidades comercializadoras interesadas en el expendio de combustible a vehículos de transporte de carga pesada con placa extranjera.

[22] También indica que “la modificación dispuesta por el Decreto Ejecutivo N° 1054, señala que los precios de los combustibles diésel 2, diésel premium, gasolina extra y gasolina extra con etanol serán determinados a través de una banda de precios, teniendo como referencia el precio internacional del petróleo; y el ajuste mensual máximo de los precios dentro de la banda era de un 5%, cuyo cumplimiento es obligatorio tanto en alza como en baja del precio internacional del petróleo”⁵.

[23] De la misma manera, la Reclamante señala que “*República del Ecuador con la emisión del Decreto Ejecutivo N° 1183 recientemente modificó el artículo 2.1 del Decreto Ejecutivo N° 338, por medio del cual se establece que el precio de venta al público del Diésel 2 y Diésel Premium para los vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional será definido por cada actor de la cadena de comercialización considerando las condiciones del mercado más los impuestos aplicables. A su vez, dispone que los centros de distribución vehicular deberán notificar a la ARCERNNR previo a la venta del Diésel 2 y Diésel Premium para vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional*”.⁶

[24] Continúa expresando que de la normativa señalada, “se desprende que el nuevo régimen de determinación de precios establecido en el Decreto Ejecutivo N° 1183, no solamente regula la determinación del precio de venta de los combustibles diésel 2 y diésel premium dentro del sistema de bandas para el segmento automotriz, sino que también otorga a la cadena de comercialización la facultad de definir el precio de venta al público del Diésel 2 y Diésel Premium para vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional sobre la base de los precios mínimo y máximo calculados por parte de la ARCERNNR hasta el día diez (10) de cada mes, que entrará en vigencia a partir del 11 del mismo período¹. A su vez, se hace hincapié en la fiscalización a los centros de distribución que deberán notificar a dicha Agencia estatal previo a la venta del Diésel 2 Diésel Premium para vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional”.⁷

[25] Asimismo, la Reclamante indica que en el marco del Decreto Ejecutivo N° 1183 y con la finalidad de ajustar aún más el sistema de banda para el cálculo del precio mensual del Diésel 2 y del Diesel Premium, la Reclamada expidió el **Decreto Ejecutivo N° 1222** del 11 de enero de 2021, por medio del cual, a través de sus artículos 1 y 2 incorporaron nuevos cambios en el sistema de determinación de precios, reduciendo el ancho de la banda de precios del 5% al 3% para el Diésel 2 y el Diesel Premium respectivamente.

[26] La Reclamante manifiesta que la diferenciación de precios de los combustibles entre los vehículos de placa de circulación nacional y extranjera establecida por parte del Ecuador evidencia un **incumplimiento objetivo y flagrante** del principio de trato nacional y no discriminación, que vulnera el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

[27] Asimismo, sostiene que las modificaciones efectuadas al Decreto Ejecutivo N° 338 en el año 2020 por los Decretos Ejecutivos N° 1054 y N° 1183, y en el año 2021 por el reciente Decreto Ejecutivo N° 1222, no hacen sino demostrar la existencia de una conducta de incumplimiento continuado y objetivo por parte de la Reclamada, el cual, a través de

⁵ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 6

⁶ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 7

⁷ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 7

distintas medidas reglamentarias, ha establecido un tratamiento discriminatorio a los vehículos con placa de circulación extranjera, afectando seriamente el servicio de transporte internacional por carretera en la subregión.

[28] Por otro lado, la Reclamante indica⁸ que la no discriminación constituye uno de los principios fundamentales en el sistema multilateral del comercio y en la CAN, que se traduce en dos obligaciones, a saber: i) la Cláusula de Trato Nacional y ii) Cláusula de Nación Más Favorecida. En este marco, expresa que, respecto a la Cláusula de Trato Nacional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN) con ocasión del Proceso N° 3-AI-97 ha señalado que, así como en el marco multilateral, los acuerdos de la OMC, del GATT, del GATS, reconocen el principio del trato nacional o no discriminación, también a nivel comunitario se le da ese reconocimiento.

[29] Y continua sosteniendo que, bajo ese marco jurisprudencial, el principio de trato nacional para el comercio de servicios está regulado en el artículo 8 de la Decisión 439, el cual establece que cada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios o prestadores de servicios similares y que mediante los artículos 3 y 18 de la Decisión 398, por un lado, y, por el otro, los artículos 3 y 15 de la Decisión 837, se consagran al principio de trato nacional como un eje central para liberalizar la oferta del servicio de transporte internacional en la región ya sea de pasajeros o de mercancías, las mismas que prohíben la aplicación de medidas discriminatorias⁹.

[30] En este sentido, la Reclamante señala que *“nos encontramos ante una medida ejecutada por la República de Ecuador que establece un tratamiento diferenciado para los vehículos con placa de circulación extranjera. Como puede apreciarse, se trata de una conducta de **incumplimiento objetivo y continuado** tras la expedición de los Decretos Ejecutivos N° 799, N° 1054, N° 1183 y N° 1222 que modifican el Decreto Ejecutivo N° 338, por medio de los cuales se otorga a la República del Ecuador la potestad de determinar un precio de combustible para los transportistas de vehículos con placa internacional siempre mayor a lo que cobran a sus connacionales por un lado, y por el otro, se desprende que pese a los distintos cambios normativos efectuados al Decreto Ejecutivo N° 338 no se modifica la diferenciación entre los precios del combustible para los transportistas ecuatorianos y para los vehículos con placa de circulación extranjera, limitándose a establecer que los precios de los combustibles en el Ecuador para el usuario ecuatoriano sean determinadas mediante una banda de precios que tiene como referencia marcadores internacionales, costos de fletes, seguros, tributos, transporte y almacenamiento. De esta forma, se acredita fehacientemente la situación de incumplimiento de los principios de trato nacional y no discriminación por parte de la República de Ecuador”*.¹⁰

[31] Al respecto de la conducta continuada de incumplimiento, la Reclamante indica¹¹ que el TJCAN mediante la Sentencia del Proceso 118-AI-2003 señaló lo siguiente: *“Que, el incumplimiento en el que incurriera la República de Colombia es uno de carácter continuado, por lo que compete a este Tribunal observar no sólo la conducta con la que se inició el incumplimiento, sino aquellas conductas que si bien pueden plasmarse en normas nacionales distintas, persiguen el mismo propósito de restringir el libre comercio intrasubregional”*.

⁸ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 8

⁹ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 8 y 9

¹⁰ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 9

¹¹ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 9

[32] En este marco, la Reclamante sostiene que la diferenciación de precios de los combustibles establecida por la Reclamada vulnera los principios de trato nacional y no discriminación consagrados en las Decisiones 398, 837 y 439 de la Comisión de la Comunidad Andina que regulan el transporte internacional por carretera.

[33] Asimismo, la Reclamante muestra¹² los precios internacionales de venta de los combustibles para los vehículos con placa de circulación extranjera, así como el diferencial de dichos precios con el precio de venta para vehículos con placa ecuatoriana, en el periodo comprendido entre 2019-2020.

[34] Continúa señalando que "... pese a los cambios normativos al Decreto Ejecutivo N° 338, el *precio del combustible Diésel que adquiere un transportista con vehículo con placa de circulación extranjera es **superior** al precio al que el transportista ecuatoriano adquiere el combustible diésel en su país, lo que evidencia que el transportista peruano, incluidos los provenientes de países de la Comunidad Andina, no tienen un trato similar al del transportista ecuatoriano, por cuanto debe adquirir combustible a **precios superiores** que sus pares ecuatorianos. Si nos enfocamos solo en el mes de junio de 2020 con la dación Decreto Ejecutivo N° 1054, el precio del Diésel Automotriz para vehículos ecuatorianos es de USD/GL 0,862999, mientras que para vehículos con placa de circulación extranjera es de USD/GL 1,505179.*"¹³

[35] La Reclamante también sostiene¹⁴ que dentro el periodo del **11 de diciembre de 2020 al 10 de enero de 2021** con el Decreto Ejecutivo N° 1183, el precio del combustible Diésel 2 y Diésel Premium para vehículos ecuatorianos es de USD/GL 1,156501, mientras que para **vehículos con placa de circulación extranjera** tratándose del Diésel 2 es de USD/GL 1,385727 y del Diésel Premium es de USD/GL 1,567370 y señala que la tendencia se mantuvo el **11 de enero de 2021**, ya que el precio del combustible Diésel 2 y Diésel Premium para vehículos ecuatorianos es de USD/GL 1,214326; mientras que para **vehículos con placa de circulación extranjera** tratándose del Diésel 2 es de USD/GL 1,551898 y del Diésel Premium es de USD/GL 1,719673 y con el Decreto Ejecutivo N° 1222, a partir del 12 de enero de 2021 hasta el 11 de febrero de 2021 inclusive, el precio del Diésel 2 y Diésel Premium para vehículos ecuatorianos es de **USD/GL 1,191197** y para vehículos con placa de circulación extranjera tratándose del Diésel 2 es de **USD/GL 1,551898** y para el Diésel Premium es de **USD/GL 1,719673, por lo que sostiene que se está otorgando un tratamiento menos favorable a los transportistas extranjeros.**

Señala que el principio de trato nacional "... implica que el País Miembro de que se trate no aplique medidas discriminatorias que beneficien a los servicios nacionales o a los proveedores nacionales de servicios. Al respecto, el TJCAN, mediante la Sentencia de fecha 27 de agosto del 2003 expedida en el Proceso 52-AI- 2002 señaló que "*la importancia de no discriminar como un principio primordial del comercio internacional, y que se refiere al comercio sin discriminaciones, el cual se materializa en la llamada regla de Trato Nacional como principio que informa el proceso de integración subregional*". También dejó en claro en la misma sentencia que el "*principio trato nacional (...) **no admite excepciones, dado que resulta inadmisibles y un exabrupto jurídico emitir discriminaciones por razones de nacionalidad en acuerdos de integración que tiene por objetivo unificar mercados***".¹⁵

¹² Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, Tabla N° 3, p. 10

¹³ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 12

¹⁴ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 12

¹⁵ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 12

[36] En este marco, la Reclamante manifiesta en su escrito de reclamo que teniendo en cuenta el establecimiento de precios diferenciados del combustible para vehículos con placa de circulación nacional y extranjera en Ecuador, “... *incluidos a través del Decreto Ejecutivo N° 338, Decreto Ejecutivo N° 799 del 15 de octubre de 2015, Decreto Ejecutivo N° 1054 del 19 de mayo de 2020 estos dos últimos recientemente modificados mediante Decreto Ejecutivo N° 1183 del 4 de noviembre de 2020, así como el Decreto Ejecutivo N° 1222 del 11 de enero de 2021 y la Resolución N° 006-001-DIRECTORIO EXTRAORDINARIO ARCH-2015 de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero se está vulnerando el principio de trato nacional y no discriminación previsto en los artículos 3 y 18 de la Decisión 398; y, los artículos 3 y 15 de la Decisión 837, así como el artículo 4 del Tratado de Creación del TJCAN.*”¹⁶

[37] Posteriormente, la Reclamante hizo referencia al **Dictamen N° 001-2020** de fecha 21 agosto de 2020, en el que la SGCAN estableció en un caso similar lo siguiente:

*“[286] Con base en las consideraciones expresadas, la información suministrada por las Partes, lo actuado por la Secretaría General en el curso del procedimiento y lo obrante en el expediente del caso, se considera que el Estado Plurinacional de Bolivia, **mediante las disposiciones que establecen precios diferenciados en la venta de combustibles a los medios de transporte con placa de circulación extranjera**, así como las condiciones para su comercialización, contenidas en el Decreto Supremo N° 29814 y la Ley N° 100 “Ley de Desarrollo y Seguridad Fronteriza” **incumple con los principios de No Discriminación, Trato Nacional (...) consagrados en los artículos 3 y 18 de la Decisión 398, los artículos 3 y 15 de la Decisión 837 y por tal, incumple con el artículo 4 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.**”¹⁷*

[38] En esta línea, señala que la SGCAN reafirma que la prestación del servicio de transporte internacional por carretera debe realizarse con la mayor fluidez y libertad posible en igualdad de condiciones entre los socios andinos, sin permitir discriminaciones por razones de nacionalidad.

[39] La Reclamante manifiesta¹⁸ que el transportista peruano enfrenta mayores costos en el aprovisionamiento de combustible en el territorio de la Reclamada, lo que se expresa en la reducción de su participación en el mercado de transporte internacional por carretera entre Perú y Ecuador. Asimismo, continúa señalando que el factor diferenciador es que mantiene menores costos que sus similares peruanos que tienen que asumir un **mayor coste** de combustible frente a los nacionales ecuatorianos.

[40] La Reclamante otorga datos estadísticos y señala que en el “*periodo comprendido entre los años 2012 – 2015, la cuota de participación en el mercado de transporte de carga de los operadores ecuatorianos fue de 54%, mientras que de los operadores peruanos fue de 46%. Por su parte, en el periodo 2016 – 2018, se muestra una clara disminución de la cuota de participación en el mercado de transporte de carga del operador peruano, la misma que se reduce hasta el 37%.*”¹⁹

[41] También se refiere al artículo 4 del Tratado de Creación del TJCAN que establece que los “... *Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para*

¹⁶ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 12

¹⁷ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 13

¹⁸ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 14

¹⁹ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, Tabla N° 9, p. 16

asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”. Y continúa señalando²⁰ que la República del Ecuador ha incumplido dicha disposición, al establecer a través de distintas medidas reglamentarias un tratamiento diferenciado para los vehículos con placa de circulación extranjera, afectando seriamente el derecho a ofertar y prestar el servicio de transporte internacional por carretera en la subregión en igualdad de condiciones.

[42] Concluye la Reclamante expresando que la *“aplicación por parte de la República del Ecuador de esta diferenciación de precios constituye una vulneración objetiva y continuada de la normativa comunitaria andina. En ese sentido, la solución a la problemática surgida se resolvería, si la República del Ecuador otorgara a los transportistas peruanos, incluidos los provenientes de países de la Comunidad Andina, el mismo trato que da a sus transportistas nacionales, lo cual significa que debe dejar sin efecto el Decreto Ejecutivo N° 338, el Decreto Ejecutivo N° 1183, el Decreto Ejecutivo N° 1222 y la Resolución N° 006-001-DIRECTORIO EXTRAORDINARIO ARCH-2015 de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, así como toda normativa conexas o modificatoria de la que se refiere en el presente reclamo que sea emitida por la República del Ecuador con posterioridad a la interposición de esta acción que contravienen los principios de trato nacional y no discriminación establecidos en las Decisiones 398, 837 y de los artículos 6 y 8 de la Decisión 439, así como el artículo 4 del Tratado de Creación del TJCAN en atención a los argumentos expuestos.”*²¹

4.2. Argumentos de la Reclamada

Escrito de Contestación al Reclamo

[43] La República del Ecuador, en adelante la “Reclamada” mediante Oficio Nro. MPCEIP-SODYNC-2021-0046 de fecha 1 de abril de 2021, recibido oficialmente el 5 de abril de 2021 en la Secretaría General de la Comunidad Andina – SGCAN, remite la contestación al reclamo, conjuntamente sus anexos.

[44] En primera instancia la Reclamada cuestiona²² que la reunión informativa convocada por la SGCAN para el 12 de marzo de 2021, haya operado como una suerte de audiencia, por cuanto se abrió el espacio de tiempo para que las partes expongan sus alegatos, oportunidad que el Ecuador no estaba en capacidad de aprovechar, toda vez que el plazo para presentar su escrito de defensa, aún seguía en curso y también cuestiona que ni la SGCAN ni el Perú formularon preguntas o solicitaron información complementaria al Ecuador.

[45] En esa línea la Reclamada, manifiesta que no puede dejar de expresar su inconformidad y rechaza el tratamiento dispar en el que se ha incurrido, que vulnera el derecho al debido proceso que debe prevalecer en todo procedimiento.

[46] Posteriormente, hace referencia al proceso 118-AI-2003²³ en relación al preámbulo del Acuerdo de Cartagena, que señala que la Comunidad Andina se crea por la decisión de *“... alcanzar tales fines mediante la conformación de un sistema de integración y cooperación que propenda al desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de los países”*.

²⁰ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 17

²¹ Escrito de Reclamo de fecha 22 de febrero de 2021, p. 18

²² Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 2

²³ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 3

Resulta por eso, esencial para la buena marcha de la cooperación subregional que los países se comprometan a mantener reglas de juego compatibles con la operación del intercambio comercial dentro de esquemas de libre competencia e igualdad en las relaciones entre ellos, de modo que se cumpla el propósito de la integración económica, cual es el de aglutinar los diversos mercados de los países integrantes reduciendo o eliminado los obstáculos al intercambio comercial recíproco, a fin de que el mercado ampliado cumpla las funciones de expansión comercial y mejore las condiciones de competitividad en la región.

[47] En esa línea, también señala que el “... artículo 1 del Acuerdo de Cartagena establece *como meta el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros mediante la integración y la cooperación económica y social, para lograr gradualmente la formación de un mercado común latinoamericano para que, como lo señala el artículo 2 del mismo Instrumento, se pueda conducir el Proceso hacia “una distribución equitativa de los beneficios derivados de la Integración entre los Países Miembros, de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos... (Proceso 1-AI-96).”*²⁴

[48] Sostiene²⁵ la Reclamada que la República del Ecuador adoptó medidas soberanamente con la finalidad única y legítima de contribuir al desarrollo equilibrado y armónico, evitando desigualdades de desarrollo entre los Miembros y continúa mencionando que los Decretos en los que la República del Perú basa su demanda, tienen como objetivo último, mejorar las condiciones económicas del país al reducir progresivamente los subsidios a los combustibles que tienen un alto impacto fiscal y es progresiva al mejorar la equidad en la distribución de los recursos en beneficio de los habitantes más vulnerables del Ecuador pues, se ha demostrado que los subsidios benefician a los quintiles más ricos del país. Adicionalmente, la medida ataca directamente los efectos perversos del contrabando de combustibles y reduce los incentivos para el desvío de combustibles al buscar la convergencia de los precios nacionales e internacionales.

[49] También señala que “... es deber de los Países Miembros contribuir y cooperar en la consecución de los objetivos de desarrollo armónico, sin dejar de considerar el contexto que da lugar a determinadas políticas asumidas al interior de los países en situación de emergencia con el fin de lograr un fin superior al puramente comercial.”²⁶

[50] Por otro lado, menciona que las medidas que adoptó Ecuador se amparan en el principio general del Derecho Internacional de la buena fe, refiriéndose a la Carta de las Naciones Unidas y a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, resaltando en este último los principios de libre consentimiento y de la buena fe, y la *pacta sunt servanda*.

[51] En este marco, considera en el escrito de contestación, que “... la labor de los tribunales, tanto *nacionales como internacionales, resulta fundamental para contribuir a determinar el contenido de la buena fe, en cuanto pauta o criterio de valoración al momento de declarar el derecho aplicable a un caso sometido a su conocimiento y decisión, sin perjuicio de que puede a la vez permitir el desarrollo progresivo del derecho, que va más allá de la ley.*”²⁷

[52] La Reclamada expresa que, como usuario y partícipe activo del programa de integración, Ecuador es consciente de sus compromisos y siempre ha reconocido la supranacionalidad

²⁴ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 3

²⁵ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 4

²⁶ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 4

²⁷ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 4 y 5

de la normativa comunitaria al momento de expedir sus políticas y regulaciones normativas; y ese respeto y cooperación a la vigencia del ordenamiento jurídico comunitario.

[53] Asimismo, señala²⁸ que en el marco de la Decisión 439, normativa comunitaria del comercio de servicios, al igual que la concerniente al comercio de mercancías, se soporta en el gran postulado de la No Discriminación y, en consecuencia, en tres principios básicos: De Acceso a Mercados, De Nación Más Favorecida, y De Trato Nacional.

[54] En ese sentido, continúa indicando que el "... principio de Trato Nacional se encuentra consagrado en el artículo 8 de la Decisión 439: *"Artículo 8.- Cada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios o prestadores de servicios similares, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 del presente Marco General."*²⁹

[55] Al respecto, menciona jurisprudencia del TJCAN dentro el proceso 3-AI-2006 que expresa: *"el Principio de Trato Nacional implica la proscripción de todo tipo de medidas discriminatorias que beneficien los servicios o prestadores de servicios nacionales en relación con los extranjeros. Mediante este principio ningún País Miembro podrá adoptar medidas discriminatorias que beneficien a cualquiera de sus sectores de servicios en detrimento de los servicios o prestadores de servicios extranjeros, salvo lo consagrado en el artículo 14 de la Decisión 439 y las demás excepciones a los principios previstas por la misma normativa"*.³⁰

[56] La Reclamada señala que de la "... lectura de estos dos elementos, normativo y jurisprudencial, ya puede deducirse a todas luces que las medidas adoptadas por el Ecuador no trasgreden o vulneran el principio de trato nacional que debe imperar en las relaciones comerciales de los Países Miembros, toda vez que estas no fueron expedidas con el objetivo de discriminar y beneficiar a un sector específico de servicios de nacionalidad ecuatoriana, en este caso al de transporte internacional por carretera. Tal como se ha señalado en repetidas ocasiones, la banda de precios se estableció con el único objetivo de reducir progresivamente el subsidio, debido al grave impacto social y económico que ocasionó la medida que pretendía eliminarlo automáticamente."³¹

[57] También se refiere al proceso 2-AI-97 en los siguientes términos:

"Una medida adoptada por un País puede constituir una restricción al comercio, pero también podría ser un acto discriminatorio o una discriminación; estos conceptos han sido elaborados por el Tribunal Europeo y este Tribunal. El primero ha expresado:

Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el principio de no discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad, establecido en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 40 del Tratado CE, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado" (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de abril de 1997, asunto C-22/94, The Irish Farmers Association y otros y Minister For Agriculture, Food and

²⁸ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 6 y 7

²⁹ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 7

³⁰ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 7

³¹ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 7

*Forestry, Irlanda y Attorney General, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, 1997-4 página 1842.)*³²

[58] Continúa señalando que el TJCAN, al respecto se pronunció dentro del proceso 4-AI-96, al manifestar que: *“la noción de discriminación implica tanto el manejo diferente de situaciones similares, como el manejo idéntico de situaciones diferentes.”*³³

[59] La Reclamada expresa³⁴ que es fundamental tener presente el escenario económico y político del Ecuador, resultado de un periodo de masivas protestas con serias repercusiones en lo social y en lo económico; puesto que fue ese escenario el detonante de un replanteamiento de la política de eliminación de subsidios, ya que su ejecución sigue en marcha, con el objetivo de contribuir a solventar la grave crisis económica del país, ahondada aún más por los efectos generados por la pandemia del COVID-19.

[60] Nuevamente, la Reclamada señala jurisprudencia del TJCAN dentro el proceso 3-AI-97 como sigue:

“Las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas dictadas unilateralmente por el País Miembro, que tengan por objeto y como resultado imposibilitar o restringir las importaciones, estarían comprendidas bajo las previsiones del Tratado sobre restricciones de todo orden. El Tribunal ha sostenido que por medida restrictiva se entiende cualquier acto imputable a una autoridad pública con efecto limitativo sobre las importaciones. Dicho efecto puede consistir en imposibilitar las importaciones, en limitarlas o en hacerlas más difíciles, o más costosas que los bienes de producción nacional. Las medidas administrativas pueden incluir desde la imposición de precios fijos mínimos o máximos menos favorables para los productos importados, de manera que creen obstáculos a los flujos de importaciones, hasta las limitaciones directas a las importaciones.”

*“Los conceptos emitidos por el Tribunal sobre lo que significa el trato discriminatorio conciernen a la conducta de un Estado que mediante normas internas impone condiciones de cualquier orden a los productos importados o extranjeros, los cuales como consecuencia de ello se encuentran en una situación desfavorable en comparación con el trato o beneficios concedido a favor de los productos nacionales.”*³⁵

[61] En cuanto al sistema de banda de precios implementado con el Decreto Ejecutivo 1054, la Reclamada sostiene³⁶ que, este sistema funciona exclusivamente para el segmento automotriz de placa nacional y no aplica para vehículos de placa internacional, por lo cual el argumento usado no tiene validez y que el sistema no tuvo el objeto de restringir el comercio intrasubregional ni aplicar medidas discriminatorias.

[62] Al respecto, resalta que el Decreto Ejecutivo 1054 establece la banda de precios con el único objeto de lograr que los precios nacionales se igualen a los internacionales de manera gradual.

[63] Sobre el Dictamen 001-2020 que señaló la Reclamante, menciona³⁷ que: a) Bolivia lleva 11 años sin realizar ninguna reforma a los subsidios a los combustibles, mientras que el

³² Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 8

³³ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 8

³⁴ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 8

³⁵ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 8 y 9

³⁶ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 11 y 12

³⁷ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 13 y 14

Ecuador lleva varios intentos desde octubre de 2019; b) El PVP para placa internacional en Bolivia (USD 4,87/galón) siempre fue muy superior al PVP en Perú, diferencia promedio de USD 1,61 por galón, mientras que, en el caso ecuatoriano, desde diciembre de 2018 hasta diciembre 2020 el PVP en Ecuador para placa internacional fue sustancialmente menor al PVP en Perú, la diferencia ha sido en promedio de USD 1,49 a favor del país vecino del sur; por lo que es un hecho incuestionable que al transportista peruano le conviene aprovisionarse en Ecuador mucho más que en su propio país.

[64] El escrito de contestación al reclamo señala lo siguiente: *“Ecuador es categórico en recalcar que las reformas al Decreto Ejecutivo No. 338 a través de los Decretos Ejecutivos No. 1054, 1183 y 1222 han tenido por objeto llevar los precios nacionales de combustibles hacia su convergencia con los precios internacionales de manera gradual, ya que hacerlo sin un mecanismo progresivo no ha tenido resultados favorables en el pasado, como las protestas de octubre de 2019 y sus consecuentes pérdidas para la economía ecuatoriana, que sumaron USD 821,68 millones en poco más de una semana.”*³⁸

[65] Posteriormente, la Reclamada desarrolla³⁹ una cronología de los subsidios señalando además que Ecuador emprendió acciones para reducir los subsidios a combustibles, implementadas por los Decretos Ejecutivos N° 338, N° 799, N° 1054, N° 1183 y N° 1222.

[66] Señala⁴⁰ que cuando se eliminó el subsidio por el DE N° 883, se desencadenaron eventos con resultados catastróficos en Ecuador y se generaron enfrentamientos dejando heridos y detenidos y se tuvo que decretar “estado de excepción” para precautelar la seguridad, pero lamentablemente el conflicto creció hasta que el Gobierno derogó el Decreto que suprimía la eliminación del subsidio a los combustibles y se estableció una comisión para elaborar un nuevo decreto.

[67] Como dato al respecto, la Reclamada expresa que los días que duraron las protestas tuvieron fuertes repercusiones económicas para el país y menciona que, *“según la evaluación del Banco Mundial en colaboración con el Banco Central del Ecuador, las pérdidas ascendieron a USD \$821,68 millones, de los cuales USD \$502,66 millones (61,2%) corresponden al sector privado y USD \$319,02 millones (38,8%) al sector público.”*⁴¹

[68] Continúa indicando que *“... del análisis técnico y político, el Estado ecuatoriano optó por emitir una política de reducción de los subsidios de carácter progresivo, a través del ajuste gradual de los precios de las gasolinas regulares de 85 RON y el diésel 2 y diésel premium para los segmentos automotriz, camaronero, pesquero y otras pesquerías.”*⁴²

[69] Con el DE N° 1054, la reclamada indica⁴³ que se estableció un sistema de banda de precios de los combustibles, que pasa de un esquema fijo a precios variables y reducir progresivamente el subsidio, con el DE N° 1183 señala que se perfeccionó el sistema de los combustibles y con el DE N° 1222 en razón de los impactos provocados por el covid-19, señala que el Gobierno, realizó un ajuste al ritmo de incremento del porcentaje de variación mensual de la banda de precios de la banda de precios del mercado regulado del diésel 2 y diésel premium, de 5% a 3%.

³⁸ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 15

³⁹ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 15 y 16

⁴⁰ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 17 y 18

⁴¹ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 19

⁴² Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 21

⁴³ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 21 y 22

[70] En este marco, señala que, con los datos estadísticos y exposición, considera que el “... Ecuador *ha demostrado que las medidas aplicadas han significado mejores condiciones para que los vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional puedan aprovisionarse de combustible (diésel) en Ecuador. Los decretos recientes justamente apuntan a igualar los precios, aunque progresivamente en el tiempo para evitar posibles conmociones internas.*”⁴⁴

[71] La Reclamada expresa⁴⁵ que para el año 2021 la cifra por concepto de subsidio a los combustibles para vehículos de placa internacional ascendería a USD 9,4 millones, en perjuicio del Estado ecuatoriano y resalta que los subsidios se financian con los recursos de la producción y los impuestos nacionales por lo que por naturaleza se destinan a los consumidores locales de combustibles. Asimismo, reitera también que varios sectores nacionales como el industrial, naviero y petrolero ya no gozan de subsidio alguno por lo que la extensión de subsidios a vehículos de placa internacional sería discriminatoria contra otros prestadores de servicio de transporte ecuatorianos a los que se aplican precios no subsidiados.

[72] Por otro lado, sostiene⁴⁶ que de acuerdo al artículo 3 de la Decisión 439, es aplicable al comercio de servicios en todos los sectores de servicios, por lo que las condiciones de adquisición de combustibles para transporte internacional índice en el comercio de servicios y entiende que llama la atención que en el dictamen 001-2020 se analizó el alcance del artículo 2 de la Decisión 439 para anular el argumento de Bolivia, el cual se sustentó en las excepciones del artículo 11 de la misma norma comunitaria, considerando que la SGCAN incurrió en desviación de poder.

[73] Continúa la Reclamada señalando que el TJCAN es competente para interpretar por vía prejudicial las normas comunitarias e indica que dentro el proceso 10-IP-94 se ha pronunciado lo siguiente:

*“La facultad de interpretar las normas comunitarias es una competencia de este Tribunal, por imperio del Artículo 28 del Tratado de Creación del mismo, suscrito el 28 de mayo de 1979 por los 5 Países Miembros del Acuerdo y vigente desde la última ratificación (19 de mayo de 1981)”.*⁴⁷

[74] En el escrito señala que, “... *si la Decisión 439 establece el marco de principios en los que se debe fundamentar el comercio de servicios, es completamente connatural a ello, que especifique el listado de excepciones legítimas al que los Países Miembros puedan invocar en caso de requerirlo por extrema necesidad.*”⁴⁸

[75] También se refiere al contexto multilateral de comercio, señalando que “... *los Países Miembros cuentan por un lado con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 94) que regula los principios, normas generales y excepciones atinentes al comercio de mercancías; y, por otro, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), relativo a principios, normas generales y excepciones al comercio de servicios. Es en estos cuerpos normativos donde se amparan las medidas de una u otra modalidad, sin que sea necesario, para el caso de las “excepciones”, invocar norma específica de otros acuerdos.*”⁴⁹

⁴⁴ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 26

⁴⁵ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 31 y 32

⁴⁶ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 32

⁴⁷ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 33

⁴⁸ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 34

⁴⁹ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 34

[76] Asimismo, menciona⁵⁰ que la Decisión 439 tiene relación directa y causal con las Decisiones 837 y 398; en resumen, sostiene que, aquellos elementos que no se encuentran incluidos en las Decisiones 837 y 398, salvo disposición expresa en contrario, se entenderán complementados a través del Marco General recogido en la Decisión 439.

[77] También señala que si bien, las Decisiones 837 y 398 no presentan disposiciones específicas referentes a excepciones generales, la Decisión 439 bien lo hace, y, por lo tanto, aplica en forma de paraguas al servicio de transporte internacional de mercancías por carretera y transporte internacional de pasajeros y como ejemplo, indica la Resolución No. 254 de 12 de julio de 1999, en la que la SGCAN, al momento de resolver sobre el incumplimiento por parte del Gobierno de Venezuela respecto al comercio de servicios de transporte internacional de carga por carretera, señaló que:

“Por su parte, el artículo 11 de la Decisión 439, homólogo al artículo 72 del Acuerdo y que sí es aplicable para el caso de los servicios, hace procedente las excepciones allí contenidas siempre que la medida restrictiva cuyo mantenimiento se pretenda, cumpla con una serie de condiciones previas: la proporcionalidad con el objetivo perseguido; la ausencia de finalidad proteccionista; la necesidad de la medida; y la ausencia de discriminación de trato por razones de nacionalidad.”⁵¹ (Énfasis agregado)

[78] Asimismo, continúa expresando que el artículo 26 de la Decisión 439 de forma explícita permite que los conceptos, definiciones y elementos interpretativos contenidos en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC sean aplicables, como sigue:

Artículo 26.- Para los efectos de garantizar la consistencia y claridad del Marco General establecido por la presente Decisión, los conceptos, definiciones y elementos interpretativos contenidos en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), se aplicarán a dicho Marco General, en todo lo que sea pertinente.

[79] En esa línea, la Reclamada *“entiende que el ordenamiento jurídico andino, en materia de comercio de servicios, importa para su propio uso y mérito, los elementos que sirven para generar interpretaciones de las disposiciones contenidas en el AGCS, incluyendo las reglas básicas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y aquellas interpretaciones realizadas por los Grupos Especiales y Órgano de Apelación de la OMC, quienes son las entidades avocadas a generar interpretaciones en el marco de la OMC.”⁵²*

La Reclamada expresamente a la letra sostiene que el *“... Ecuador ha dejado constancia expresa y en reiteradas ocasiones que su medida no fue aplicada con el objetivo de discriminar y beneficiar de esa manera a los prestadores de servicios nacionales en detrimento de los servicios de prestadores extranjeros, ni mucho menos generar condiciones de competencia que afecten a la liberalización del comercio de servicios del subsector objetado; sin embargo, de considerar la Secretaría General que el reclamo planteado por Perú tiene acervo en una forzosa discriminación, inclusive bajo ese supuesto, la medida del Ecuador es plenamente justificable en razón de la legítima excepción que ampara la actuación del Ecuador en el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina.”⁵³*

⁵⁰ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 36

⁵¹ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 37

⁵² Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 37

⁵³ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 39

[80] Al respecto señala que la República del Ecuador acude a la disposición contenida en artículo 11.1. de la Decisión 439 que señala:

Artículo 11.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Marco General, cada País Miembro podrá adoptar o aplicar medidas necesarias para:

1. Proteger la moral o preservar el orden público;

[81] Posteriormente reitera⁵⁴ los sucesos acontecidos en octubre de 2019 señalando estadísticas y el Séptimo Informe Ejecutivo de la Defensoría del Pueblo sobre 8 personas fallecidas, 1340 heridas y 1192 detenidas, y, también reitera las pérdidas económicas ocurridas en 2019.

[82] Así, también indica que, con la información antes mencionada, “... *es inadmisibles no asociar los hechos ocurridos en octubre de 2019 en el territorio ecuatoriano a los efectos causados por la emisión del Decreto Ejecutivo No. 833. Asimismo, para la República del Ecuador es imposible cuantificar el valor de las vidas de las personas, y es debido a que las vidas de las personas no se pueden cuantificar. Es en esta afirmación que la República del Ecuador confía que la SGCAN tomará en cuenta el contexto de los hechos repasados a lo largo de este escrito y constatará que las medidas adoptadas por el Ecuador a raíz de tales hechos tienen como fin legítimo precautelarse el orden público.*”⁵⁵

[83] Con base en los elementos previamente expuestos, la Reclamada señala⁵⁶ que el test de razonabilidad verifica si las medidas adoptadas por el País Miembro demandado son necesarias, proporcionales, no proteccionistas y no discriminatorias, con el objetivo de reconocerlas como una excepción a los principios básicos de comercio comunitario.

[84] En este sentido, se refiere al artículo 11 de la Decisión 439, señalando “...*que establece las condiciones para la aplicabilidad de excepciones a la libre prestación de servicios, al señalar que las medidas referidas en el señalado artículo no se aplicarán de manera desproporcionada en relación con el objetivo que persigan, no tendrán fines proteccionistas a favor de servicios o prestadores de servicios nacionales, ni se aplicarán de forma tal que constituyan un obstáculo innecesario al comercio subregional de servicios, ni un medio de discriminación en contra de servicios o prestadores de servicios de la Comunidad Andina, en relación con el trato otorgado a otros países, miembros o no de la Comunidad Andina.*”⁵⁷

[85] También la Reclamada indica⁵⁸ que el proceso 3-AI-2006 que un País Miembro puede adoptar medidas restrictivas al comercio de servicios, siempre y cuando se ejecuten las siguientes condiciones:

- a) **Que se cumpla el criterio de necesidad, es decir, que las medidas restrictivas adoptadas sean necesarias para proteger los valores e intereses mencionados. Para lo anterior, debe estar plenamente precisado que los valores o intereses que se intentan proteger no habrían podido salvaguardarse efectivamente usando otro tipo de medidas ordinarias que no afectarían al mercado de servicios.**

⁵⁴ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 40 y sgtes.

⁵⁵ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 42

⁵⁶ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 42 y 43

⁵⁷ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 43

⁵⁸ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 43

- b) Que se cumpla el criterio de proporcionalidad, es decir, que las medidas restrictivas adoptadas sirvan directa e inmediatamente para proteger los **valores o intereses enunciados, y que tengan como fin único salvaguardarlos. Debe existir una relación causa efecto entre la medida adoptada y la protección de los valores, ya que, de lo contrario, de presentarse una medida que no corresponda o exceda el objetivo que persigue, se estaría en frente de un incumplimiento del Ordenamiento Jurídico Comunitario.**
- c) Que la medida adoptada no sea proteccionista, es decir, que no tenga como finalidad clara la protección de los servicios o los prestadores de servicios nacionales⁵⁹.
- d) Que no sea discriminatoria, es decir, que no se constituya un medio para otorgar un trato diferente a los Países Miembros, en relación con el trato otorgado a otros países Miembros o no⁶⁰.

[86]Asimismo, señala⁶¹ que en concordancia con el numeral 1 del artículo 11 de la Decisión 439, el Ecuador ha adoptado normas destinadas a alcanzar el objetivo legítimo de proteger la moral o preservar el orden público, colocándolos por encima de un interés puramente comercial y que las medidas cumplen con los requisitos de proporcionalidad⁶², causalidad e institucionalidad y que no se constituyen como un medio para otorgar un trato diferente a los Países Miembros, en relación con el trato otorgado a otros Países Miembros o no.

[87]Como conclusión, la Reclamada luego de reiterar varios aspectos ya señalados precedentemente, sostiene⁶³ que es evidente que los precios de combustible que se cobran actualmente en Ecuador a los vehículos que provienen de los países andinos, particularmente a aquellos de placa peruana son más bajos que los precios en su mercado local. Así, también, expresa que se debe considerar el escenario económico y político del Ecuador y que el sistema de precios es el principal instrumento de la política de desmonte de subsidios.

El escrito del Estado Plurinacional de Bolivia

[88]El Estado Plurinacional de Bolivia presentó un escrito de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, mediante el cual expresa comentarios sobre la fase prejudicial de incumplimiento analizada en el presente Dictamen.

⁵⁹ Al respecto, la Reclamada señala que la República del Ecuador es claro en señalar que las medidas refutadas por la República de Perú cumplen con el fin legítimo de precautelar el orden público y de ninguna manera ostenta un carácter proteccionista...

Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 47

⁶⁰ La Reclamada señala que los efectos de una eliminación automática del subsidio recayeron exclusivamente en el territorio ecuatoriano, y fue debido a dichos efectos y a la presión ejercida en protestas por diversos sectores de la sociedad ecuatoriana que el gobierno no tuvo otra opción que derogar aquella medida, y mantener el subsidio con el propósito de replantearlo y alcanzar una eliminación paulatina y mitigar de esta forma la reacción en la sociedad ecuatoriana.

Contrariamente, de haberse otorgado el subsidio a los combustibles a vehículos de placa internacional, abarcando así a la República de Colombia y a la República del Perú, se habría llegado al descomunal rubro de USD 244,5 millones en subsidios en el período analizado, cifra que el Ecuador no puede seguir sosteniendo debido a la grave crisis económica que enfrenta.

Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 47 y 48

⁶¹ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 47 y 48

⁶² Son proporcionales, ya que el objetivo específico que se persigue es la eliminación progresiva del subsidio a los combustibles, y de esa forma reducir el costo que ello representa para el Estado ecuatoriano. Son causales, ya que las medidas están vinculadas directamente con la solución al problema específico. Es insustituible, puesto que, en octubre de 2019, se aplicó una medida distinta (Decreto 883), y ello representó una grave conmoción interna, generando protestas masivas, destrucción de bienes públicos y la paralización de actividades.

Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 48

⁶³ Escrito de Contestación al Reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido el 5 de abril de 2021 por la SGCAN, p. 50

[89] Se refiere a la Decisión 439 en cuanto a las definiciones, sosteniendo⁶⁴ que el concepto de “servicio” como tal, no se encuentra definido en la señalada norma comunitaria y precisa sobre el “suministro de un servicio”.

[90] Señala que, “... conforme lo previsto en la Decisión 439, el comercio de servicios se entiende como la forma de suministro que abarca aspectos específicos, Por tanto, la afectación al Trato Nacional (TN) en la medida asumida por la República del Ecuador en el suministro del servicio, deberá ser demostrada bajo los criterios que establece la norma comunitaria.”⁶⁵

[91] Menciona que el concepto de trato nacional se encuentra plasmado en el artículo 8 de la Decisión 439 como también en el artículo 3 de las Decisiones 398 y 937. Asimismo, señala que los artículos 18 y 15 de las Decisiones 398 y 837 respectivamente, se refieren a éste principio.

[92] Entiende que cualquier reclamación que afectara el comercio de servicios, debe vincularse a los preceptos de la Decisión 439 y también considera que las medidas que afectan el comercio de servicios deben ser analizadas en el marco de la Decisión 439⁶⁶ como sigue:

Medidas adoptadas por los Países Miembros que afecten al comercio de servicios: Abarcará las medidas referentes a:

- a) La compra, pago o utilización de un servicio;
- b) El acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de esos Países Miembros y la utilización de los mismos, con motivo del suministro de un servicio; o,
- c) La presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro para el suministro de un servicio.

[93] En su escrito señala que el “... concepto de TN al que la República del Perú hace referencia en su reclamación fue extraída del Proceso 52-AI-2002, según consta en el parágrafo 38 de su Escrito, sin embargo, corresponde resaltar que el análisis del TJCAN para aquel Proceso, se refiere al concepto de TN en el comercio de mercancías, como se puede evidenciar...”⁶⁷

[94] Señala que el término “acceso a mercado mencionado en el artículo 6 de la Decisión 439 y las limitaciones que implica, deben basarse en el concepto internacional establecido en el Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuyos principios son aplicados por los países andinos.”⁶⁸

[95] Sostiene que “... para demostrar esta afectación en el TN, debe demostrarse que la medida aplicada por el Ecuador impide, entorpece o distorsiona la libre competencia, conforme lo establece la Decisión 608.”⁶⁹

[96] Asimismo, expresa que “... en las Decisiones 439, 398 y 837, el concepto de “No menos favorable” no se encuentra desarrollado, por lo que limitar su interpretación a un concepto

⁶⁴ Escrito del Estado Plurinacional de Bolivia de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 2

⁶⁵ Escrito del Estado Plurinacional de Bolivia de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 2

⁶⁶ Decisión 439, artículo 2

⁶⁷ Escrito del Estado Plurinacional de Bolivia de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 4

⁶⁸ Escrito del Estado Plurinacional de Bolivia de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 5

⁶⁹ Escrito del Estado Plurinacional de Bolivia de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 7

simplista del TN, discriminatoria con una analogía de comercio de mercancías en el comercio de servicios (como lo fue planteado por el Perú) generaría una interpretación errónea de dos aspectos importantes.”⁷⁰

[97] Continúa expresando que se “... debe considerar que el concepto de TN establecido por el AGCS, si es aplicable en el ámbito andino ya que la norma andina no establece específicamente el concepto y, como lo ha establecido el TJCAN, la norma multilateral es base para la interpretación de la norma andina cuando no está normada específicamente en el ámbito comunitario.”⁷¹

[98] También en el escrito se refiere⁷² al Acuerdo General de Aranceles Aduaneros (GATT 94) que en su artículo III establece no como una excepción sino como un complemento, al tema de trato nacional.

[99] Señala que si bien el TJCAN “... lo ha manifestado en varias sentencias, indicando que la norma andina prima sobre la norma nacional, sobre los acuerdos suscritos y las normas multilaterales, es importante destacar que la norma andina no se ha desarrollado ni manifestado en sentido contrario a lo establecido en la norma multilateral.”⁷³

[100] Concluye su escrito mencionando⁷⁴ que la SGCAN deberá considerar en el ámbito de comercio de servicios las Decisiones 837, 398 y 439, y también debe considerar lo que la OMC en el marco del AGCS establece sobre la vulneración al TN y la Decisión 608.

[101] En este sentido, todos estos aspectos serán analizados en el presente Dictamen más adelante.

V. EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS. -

5.1. Respecto a las cuestiones de procedimiento

5.1.1. Acerca de la naturaleza de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento

[102] De la revisión y análisis de los argumentos presentados por las partes, encuentra este órgano comunitario, la necesidad de precisar la naturaleza de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento y las facultades que en dicho marco le son dadas a la SGCAN.

[103] El Acuerdo de Cartagena le otorgó a la SGCAN la función de velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina⁷⁵. En este mismo sentido, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se estableció, a nivel de derecho primario, la potestad de la SGCAN para que se pronuncie ante los presuntos incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas o convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, quedando así establecido como requisito de procedibilidad, que se deberá agotar una etapa prejudicial ante dicha SGCAN antes de acudir ante el Alto Tribunal de la Comunidad Andina⁷⁶.

⁷⁰ Escrito del Estado Plurinacional de Bolivia de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 7

⁷¹ Escrito del Estado Plurinacional de Bolivia de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 8

⁷² Escrito del Estado Plurinacional de Bolivia de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 10

⁷³ Escrito del Estado Plurinacional de Bolivia de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 12

⁷⁴ Escrito del Estado Plurinacional de Bolivia de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 13

⁷⁵ Acuerdo de Cartagena, Artículo 30 literal a)

⁷⁶ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sección Segunda del Capítulo III

[104] La acción de Incumplimiento tiene como función garantizar que los Países Miembros se conduzcan de conformidad con los compromisos que han adquirido en el ámbito comunitario, y más que un propósito retributivo o sancionatorio, busca que los Países Miembros que se encuentren en una situación de incumplimiento, tomen las medidas pertinentes y necesarias para adecuar su actuar al ordenamiento comunitario. En esta misma línea, el TJCAN sobre este tema ha indicado lo siguiente:

“La Acción de Incumplimiento, establecida y regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, constituye un instrumento básico y fundamental en el fortalecimiento del proceso andino de integración, ya que mediante su ejecución se controla la eficacia del Ordenamiento Jurídico Comunitario y, por lo tanto, se propende al logro cabal de las finalidades del Acuerdo de Cartagena.”⁷⁷ (Énfasis agregado)

“No se trata, por tanto, de un mecanismo que faculte al TJCAN a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los Países Miembros para retribuir las o sancionarlas, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros; esto es, en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario.”⁷⁸ (Énfasis agregado)

[105] En esta misma línea, el TJCAN contiene basta jurisprudencia y reiterada que persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros.

[106] En este marco jurídico comunitario, esta finalidad se encuentra presente también en la fase prejudicial que administra la SGCAN, cuya naturaleza quedó develada por el TJCAN al indicar lo siguiente:

“Antes de acudir al procedimiento judicial ante el Tribunal, es indispensable que se adelante en la Secretaría General de la Comunidad Andina, un procedimiento pre contencioso, el cual, viene a constituir un requisito de admisibilidad para el ejercicio de la acción. Este trámite prejudicial, se materializa en el desarrollo de una fase administrativa previa, en la que se abre el diálogo e investigación entre dicho Órgano Comunitario y el País miembro presuntamente infractor, con el objeto de buscar una solución al asunto controvertido en dicha etapa. (...).”⁷⁹ (Énfasis agregado)

[107] La fase prejudicial que adelanta la SGCAN tiene la naturaleza jurídica de un procedimiento administrativo de carácter pre contencioso que busca la adecuación del País Miembro cuestionado, al ordenamiento jurídico comunitario, regulado mediante la Decisión 623 “Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento” y supletoriamente por algunas disposiciones de la Decisión 425 “Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina”.

⁷⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 01-AI-2013 de 13 de mayo de 2015 publicada en la GOAC No. 2556 del 7 de agosto de 2015

⁷⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 04-AI-2017 de fecha 26 de noviembre de 2019 publicada en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019

⁷⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 04-AI-2017 de fecha 26 de noviembre de 2019, publicada en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019

[108] Conforme el marco legal señalado, se le ha otorgado facultades a la SGCAN para actuar de oficio o a solicitud de parte, para solicitar información, realizar reuniones informativas y facilitadoras, emitir un dictamen, aclararlo, entre otras, para garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario a través de la verificación del cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros⁸⁰.

[109] Asimismo, es importante resaltar que, conforme la Jurisprudencia de TJCAN, en tanto la acción de incumplimiento comunitaria tiene por finalidad que los Países Miembros cumplan las disposiciones del ordenamiento andino, **este instrumento procesal sólo tendrá sentido ante una conducta verificable y susceptible de ser revertida en el tiempo presente**. Sobre este aspecto, el TJCAN ha señalado:

“(…), existirán conductas que no resultarán relevantes tutelar al amparo de una Acción de Incumplimiento puesto que al llegar a la jurisdicción del TJCAN ya no representarán una afectación a la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino. Este sería el caso, por ejemplo, de aquellas conductas que no persistan en el tiempo o hubieran sido suspendidas unilateralmente por los Países Miembros; (…).”⁸¹ (Énfasis agregado)

[110] Por otra parte, cabe resaltar que para el análisis de incumplimiento como el del presente caso (expedición de normas internas supuestamente contrarias al ordenamiento jurídico andino), dentro del marco normativo que regula la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, no se prejuzga sobre el nivel normativo de las normas internas objeto de cuestionamiento, ni sobre los efectos de las mismas o la autoridad que las haya adoptado, siendo así que toda norma con existencia jurídica puede ser objeto de análisis dentro de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, en tanto presuntamente afecte la eficacia del ordenamiento comunitario; ya en el análisis de fondo y en su pronunciamiento la SGCAN podrá evaluar la eficacia de la norma vigente o los efectos reales que la misma pueda producir, para definir así si se ha dado o no un incumplimiento frente al ordenamiento jurídico comunitario.

[111] Así el TJCAN, en el marco del proceso 87-IP-2002, respecto a la interpretación prejudicial sobre determinadas disposiciones contenidas en la norma andina sobre libre competencia para un asunto del sector de las telecomunicaciones en Bolivia, el TJCAN precisó lo siguiente:

“(…) aunque se consagra el derecho a la libertad de actividad económica y su sucedáneo de la libertad de competencia, existe y se reconoce también la capacidad del estado de imponer, dentro de la ley y en aras de hacer prevalecer el interés social, límites a la autonomía de la voluntad individual; capacidad ésta que es conocida como Intervencionismo de Estado y que se manifiesta en el conjunto de facultades, competencias y actuaciones del Poder Público destinadas a imponer limitaciones a las libertades que los administrados tienen de crear, modificar o extinguir derechos de contenido económico. Se acepta que el estado moderno, en su condición de director del proceso económico está facultado constitucionalmente para realizar dicha intervención en el mercado y que con tal fin puede desarrollar acciones que son, unas de regulación y control y otras, de participación directa en el mercado actuando como agente económico. Las primeras, por lo general, se manifiestan en la expedición de

⁸⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, procesos acumulados 01 y 02 AI-2016 de fecha 19 de octubre de 2018, publicada en la GOAC No. 3439 del 12 de noviembre 2018

⁸¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, procesos acumulados N° 06, 07, 08 y 09-AI-2015 de fecha 17 de noviembre de 2017

leyes, reglamentos, actos administrativos de fijación de precios o de tarifas, realización de inspecciones, etc., mientras que las segundas se materializan con actividades en las que el estado, por medio de sus órganos habilitados para ello se convierte en un agente más del proceso económico (...).

*Empero, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico comunitario, esta función intervencionista, en cualesquiera de sus formas, debe ser cumplida por las autoridades del País Miembro de que se trate cuidando de no contradecir lo que al respecto haya sido objeto de regulación supranacional en esa materia, toda vez que si llegare a presentarse vulneración de la normativa comunitaria, la conducta en referencia será susceptible de configurar un incumplimiento, hecho éste perseguible por vía de la acción prevista en el Tratado de Creación del Tribunal.*⁸² (Énfasis agregado)

[112] Esta Secretaría General estableció “... en el Dictamen 1 de 2007 al aplicar la teoría de los efectos reales de la intervención, esto es, que el incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608 se da en la medida en que las medidas regulatorias o intervencionistas produzcan efectos reales que impidan, entorpezcan o distorsionen la competencia en el mercado subregional, de manera tal que la norma contempla esos dos supuestos de hecho y sólo su confluencia genera el incumplimiento.”⁸³ Es decir, no basta la vigencia de la norma (primer supuesto) sino que además esta debe producir efectos reales que vulneren las normas comunitarias (segundo supuesto).

[113] En ese marco, “... si bien los Estados de los Países Miembros pueden, legítimamente, adoptar medidas que intervengan los mercados, su aplicación no debería alterar las condiciones de competencia del mercado ampliado de la CAN, según lo dispuesto en el artículo 36 de la Decisión N° 608.”⁸⁴

[114] La SGCAN en el Dictamen 002-2020 sobre las afectaciones a la libre competencia sostuvo lo siguiente:

“En ese marco, si bien los Países Miembros pueden, legítimamente, adoptar políticas o medidas regulatorias sobre sus mercados, su aplicación no debe impedir, entorpecer, ni distorsionar las condiciones de competencia del mercado subregional, según lo dispuesto en el artículo 36 de la Decisión 608. Tómese en cuenta que, de ser así (de alterarse la competencia en el mercado subregional), de acuerdo a lo que la norma dispone, una consecuencia es que el Comité Andino Ad Hoc De Defensa De La Libre Competencia podrá recomendar medidas a fin de superar esta situación. Ello, sin perjuicio de que pueda darse un reclamo por un presunto incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608 en el marco de la Decisión 623. Es decir, la norma en análisis permite a los Estados adoptar políticas o medidas regulatorias de sus mercados que son medidas intervencionistas, pero siempre y cuando su aplicación no conlleve el impedir, entorpecer o distorsionar las condiciones de competencia en el mercado subregional andino. Ya en el Dictamen de 2007 y en relación con la misma norma determinó esta Secretaría General en el caso contra la República de Colombia sobre el Programa de Incentivo a la Cobertura

⁸² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso N° 87-IP-2002 “Interpretación prejudicial de los artículos 1, 2, 4, literal a) y 5 literales a) y d) de la Decisión N° 285; (...), así como de los artículos 4, 5 y 6 de la Resolución No. 432 expedida por la Secretaría General de la misma Comunidad, solicitada por la Sala Plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia de la República de Bolivia. (...)”, publicado en la GOAC N° 868 el 2 de diciembre de 2002, p. 11 a 12, citado en el Dictamen 002-2020 4 de septiembre de 2020 publicado en el G.O.A.C. N° 4076

⁸³ Dictamen 002-2020 de fecha 4 de septiembre de 2020, p. 29

⁸⁴ Dictamen 002-2020 de fecha 4 de septiembre de 2020, p. 29

Cambiaría (ICC) y establecimiento del Incentivo Sanitario para Flores (ISF): *“Consecuentemente, corresponde a este órgano comunitario analizar en cada caso, si la política nacional objeto del reclamo se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la norma. Estando a ello, la Secretaría General debe considerar los elementos de hecho y de derecho por medio de cuales se pueda determinar objetivamente si la política objeto de la investigación tiene efectos reales en Países Miembros diferentes al país que se encuentra aplicando dicha política.” “En el esquema comunitario europeo, que al igual que el andino se basa en la cesión de competencias a favor de los órganos comunitarios y en el que conviven disposiciones de competencia nacional y comunitaria, se optó por ese examen previo de los efectos comunitarios, antes de analizar la práctica. Así, por ejemplo, en Asunto C-295/04 el órgano jurisdiccional europeo consideró: “40 No obstante, tal como se desprende de los términos de los artículos 81 CE y 82 CE, para que las normas comunitarias en materia de competencia se apliquen a una práctica colusoria o a una práctica abusiva, es necesario que dicha práctica pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. La interpretación y aplicación de este requisito relativo a los efectos sobre el comercio entre los Estados miembros ha de tener como punto de partida el objetivo de este requisito, que es determinar, en materia de regulación de la competencia, el ámbito de aplicación del Derecho comunitario frente al de los Estados miembros.”⁸⁵*

5.1.2. Competencia de la Secretaría General para conocer del presente asunto

[115] De conformidad con lo señalado en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 13 de la Decisión 623, la SGCAN es competente para conocer de las reclamaciones por incumplimiento de la normativa comunitaria que le presenten las personas naturales o jurídicas que se sientan afectadas en sus derechos por un País Miembro y para resolver cuestiones reguladas en el ordenamiento jurídico andino.

[116] Está reconocido en el ordenamiento jurídico comunitario y la jurisprudencia andina que en la acción de incumplimiento se verifica cualquier medida, *“sea legislativa, judicial, ejecutiva, o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámense (...) sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino”⁸⁶.*

[117] El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN) también ha señalado lo siguiente:

“(...) el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario (...); y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.

Por la primera obligación, de hacer, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se vinculan jurídicamente al compromiso de adoptar toda clase de medidas -sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de

⁸⁵ Dictamen 002-2020 de fecha 4 de septiembre de 2020, p. 49

⁸⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 03-AI-97 de fecha 8 de diciembre de 1998

la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda obligación, de no hacer, las mismas autoridades deben abstenerse de adoptar toda medida de la misma índole que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento.

*Las obligaciones previstas en el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado de Creación del Tribunal, señaladas atrás, hacen referencia al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente contenido en el artículo 1 del mismo, trátase de derecho primario o derivado que, por igual, debe ser respetado y acatado por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones según el mismo ordenamiento y naturalmente por los Países Miembros y por las autoridades que en el ámbito interno están llamadas a aplicarlo.*⁸⁷ (Énfasis agregado)

[118] La Secretaría General de la Comunidad Andina entiende que, si bien un País Miembro tiene soberanía legislativa y regulatoria, las medidas que adopte tienen que estar en armonía con los compromisos asumidos en el marco de la Comunidad Andina, no pudiendo contraponerse a éstos⁸⁸.

[119] Asimismo, sobre las conductas que pueden ser objeto de cuestionamiento por parte de un País Miembro, el mismo Tribunal ha indicado:

*“El recurso de incumplimiento es una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario y mediante el cual se ejerce el control del comportamiento de los Estados. El sistema andino de integración presupone la existencia de un orden de derecho, un ordenamiento normativo comunitario frente al cual los Países Miembros que forman parte integrante del mismo tienen dos órdenes de obligaciones: las **de hacer** o sea adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y las de **no hacer**, o sea el no adoptar ni emplear medidas contrarias a su aplicación o que de algún modo las obstaculicen(...).”*⁸⁹

[120] Siendo ello así, la SGCAN a la hora de verificar el cumplimiento del ordenamiento comunitario en la fase prejudicial, podrá examinar si el País Miembro cuestionado ha configurado una inconducta producto de:

- i. La expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino.
- ii. La no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento.
- iii. La realización de cualesquier acto u omisión opuestos al ordenamiento jurídico andino que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.

[121] En el presente caso, la República del Perú en fecha 22 de enero de 2021 mediante OFICIO N° 01-2021-MINCETUR/VMCE/DGGJCI presentó reclamo contra la República del Ecuador por incumplimiento de los principios de trato nacional y no discriminación previstos en las Decisiones 837 y 398 de la Comisión de la Comunidad Andina al establecer precios diferenciados en la venta de combustibles a vehículos con placa de circulación extranjera.

[122] El escrito de la Reclamante señala⁹⁰ claramente que, las medidas que configuran el incumplimiento son las siguientes:

⁸⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 06-IP-1993 de fecha 25 de febrero de 1994 publicada en el GOAC N° 150 del 25 de marzo de 1994

⁸⁸ Dictamen 003-2019

⁸⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 02-AI-1997 de fecha 24 de septiembre de 1998 publicada en la GOAC N° 391 del 11 de diciembre de 1998

⁹⁰ Escrito del Reclamo de fecha 22 de enero de 2021, Tabla N° 1, p. 3

- i) Decreto Ejecutivo N° 338 que aprueba el Reglamento de regulación de Precios Derivados de Petróleo
- ii) Resolución N° 006-001-DIRECTORIO EXTRAORDINARIO ARCH-2015 que aprueba el Instructivo de procedimientos para distribución de diésel Premium a vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional
- iii) Decreto Ejecutivo N° 1183 que modificó el Decreto Ejecutivo N° 338, por medio de los cuales se cambia la fijación de precios referenciales de combustibles dentro del sistema de bandas para el combustible adquirido por los usuarios ecuatorianos
- iv) Decreto Ejecutivo N° 1222 que reformó el sistema de determinación de precios contenido en el Decreto Ejecutivo N° 338

[123] Y en cuanto a las normas comunitarias que se vendrían infringiendo, el escrito continúa señalando⁹¹ que son las siguientes:

- v) Decisión 837 en sus artículos 2, 3 y 15
- vi) Decisión 398 en sus artículos 2, 3 y 18
- vii) Decisión 439 en sus artículos 6 y 8
- viii) Decisión 472 en su artículo 4

[124] Asimismo, la Reclamante señala que la diferenciación de precios de los combustibles entre los vehículos de placa de circulación nacional y extranjera establecida por parte del Ecuador, evidencia un incumplimiento objetivo y flagrante del principio de trato nacional y no discriminación, que vulnera el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

[125] Los Países Miembros no han cedido competencias a los órganos de la Comunidad Andina para regular en materia de determinación de los precios de los combustibles y las regulaciones sobre transporte internacional de pasajeros y mercancías establecidas mediante las Decisiones 398 y 837 no abarcan ni se extienden a las políticas nacionales sobre determinación del precio de los combustibles, sin embargo es preciso reiterar que, el asunto controvertido no es cómo se determina el precio de los combustibles, sino si las medidas adoptadas por la República del Ecuador vulnerarían los principios de trato nacional y no discriminación.

[126] Es pertinente resaltar entonces que si bien en el marco comunitario no existe normativa que regule un mecanismo de determinación de precios de los combustibles, lo cierto es que existe normativa andina que regula los principios de no discriminación, trato nacional y libre competencia, los cuales resultan ser una obligación y compromiso que los Países Miembros deben cumplir.

[127] Cabe indicar adicionalmente que existen antecedentes en los cuales se ha declarado un incumplimiento de un País Miembro por la violación a uno de los principios de la liberalización del comercio de servicios, por un tema que, si bien no se encuentra expresamente regulado en el ámbito comunitario, si le resulta aplicable los referidos principios. En efecto, por citar un ejemplo, en el procedimiento que dio como resultado el Dictamen 09-2005, se dictaminó el incumplimiento de un País Miembro por la adopción de medidas que afectan la liberalización al comercio, por regular aspectos referidos a los juegos de azar, aunque dicha materia no ha sido regulada en la normativa comunitaria.⁹²

⁹¹ Escrito del Reclamo de fecha 22 de enero de 2021, Tabla N° 2, p. 4

⁹² Sobre el particular, si bien el TJCAN en el proceso 3-AI-2006 declaró que no habría incumplimiento de la normativa comunitaria, el sentido de ese pronunciamiento estaría dado bajo la premisa de que si bien el País Miembro adoptó una

[128] Por lo expuesto, de conformidad con lo indicado precedentemente, se advierte que la Secretaría General de la Comunidad Andina es competente para conocer el reclamo planteado.

5.1.3. Respecto a la consideración previa sobre la reunión convocada por la SGCAN y la posición de indefensión de la República del Ecuador debido a su celebración prematura

Alegatos de la Reclamada

[129] La Reclamada en su escrito de contestación al reclamo expone su preocupación en cuanto a la dinámica utilizada en la reunión informativa convocada por la SGCAN, considerando que la facultad para convocar a reuniones informativas de la SGCAN, tiene como finalidad recabar información complementaria y, de ser el caso, de realizar las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento.⁹³

[130] La Reclamada cuestiona que la reunión informativa celebrada el 12 de marzo de este año, haya operado como una suerte de audiencia (fase del proceso jurisdiccional), por cuanto se abrió el espacio de tiempo para que las partes expongan sus alegatos – o por lo menos así procedió la República del Perú-, oportunidad que el Ecuador no estaba en capacidad de aprovechar, toda vez que el plazo para presentar su escrito de defensa, seguía en curso.

[131] Así también, señala la Reclamada que ni la Secretaría General, ni la República del Perú, esta última como parte reclamante en este procedimiento, formularon preguntas o solicitaron información complementaria al Ecuador, pues estaban conscientes que, para aquel momento, no contaban con los elementos de información principales, que pudieran motivar esa pretensión.

[132] Continúa indicando que la reclamada, en una manifestación de buena fe y atendiendo al pedido de la SGCAN, expuso los elementos que para ese momento tenía disponibles, y que no representan de ninguna manera la posición país, pues como se aclaró en dicha oportunidad, el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, como órgano de enlace ante los órganos de la CAN, se mantenía a la espera de los insumos técnicos requeridos a distintas instituciones inmersas en la cuestión objeto de reclamo.

[133] Por lo expuesto, la Reclamada señala que no puede dejar de expresar su inconformidad y rechaza el tratamiento dispar en el que se ha incurrido, que en última instancia vulnera el derecho al debido proceso que debe prevalecer en todo procedimiento, más aún al auspicio de una organización del más alto nivel como lo es la Comunidad Andina y los órganos que la administran.

Análisis de la SGCAN

[134] A respecto, la Decisión 623 en su artículo 18 establece sobre la reunión informativa en la fase prejudicial de acción de incumplimiento en los siguientes términos:

Artículo 18.- La Secretaría General, de oficio o a petición del reclamante o de un País Miembro, podrá llevar a cabo reuniones con la finalidad de recabar información complementaria y, de ser el caso, de realizar las gestiones

medida que afectaría la liberalización, dicha medida podría establecer limitaciones conforme el artículo 11 de la Decisión 439 por razones de moralidad, orden público y salud.

⁹³ Escrito de contestación al reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 1

*conducentes a subsanar el incumplimiento. **Estas reuniones se convocarán con por lo menos cinco (5) días hábiles de anticipación y se llevarán a cabo dentro del plazo sesenta (60) días siguientes a la notificación del reclamo.***

La Secretaría General admitirá la petición para realizar la reunión y fijará la fecha para la reunión informativa o facilitadora, siempre que se haya formulado dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la notificación del reclamo.

En cualquier caso, la Secretaría General informará a los demás Países y a las partes interesadas sobre la realización de reuniones.

La Secretaría General hará constar en acta el día y hora de la celebración de las reuniones, los nombres de los asistentes, un resumen de los puntos tratados y, de ser el caso, la indicación de las posiciones de los asistentes y sus firmas. (Énfasis agregado)

[135] Es necesario señalar, en primera instancia, que la Reclamada presenta su reclamo mediante OFICIO N° 01-2021-MINCETUR/VMCE/DGGJCI de fecha 22 de enero de 2021 y recibido en este órgano comunitario en la misma fecha.

[136] Posteriormente, mediante notas SG/E/SJ/300/2021, SG/E/SJ/301/2021 y SG/E/SJ/302/2021, todas de fecha 26 de febrero de 2021, remitidas a la Reclamante, Reclamada y Países Miembros respectivamente, la SGCAN comunicó y estableció sostener una reunión informativa, realizada el 12 de marzo del 2021, en la que participaron las señaladas.

[137] La Reclamada mediante correo electrónico de fecha 26 de febrero de 2021 solicitó a la SGCAN la modificación de la hora de la reunión informativa, por lo que con notas SG/E/SJ/312/2021, SG/E/SJ/313/2021 y SG/E/SJ/314/2021, todas de fecha 1 de marzo de 2021, remitidas a la Reclamada, Reclamante y Países Miembros se procedió al cambio de hora de la reunión informativa.

[138] En este contexto, se advierte que conforme el artículo 18 de la Decisión 623, la SGCAN **de oficio** estableció llevar a cabo la reunión informativa con la finalidad de recabar información complementaria y fue convocada con **9 días hábiles de anticipación** y se llevó a cabo dentro del plazo sesenta (60) días siguientes a la notificación del reclamo, que fue presentado el 22 de enero de 2021.

[139] Además, debe tenerse en cuenta cómo acorde con lo establecido por la Decisión 623 en sus artículos 16, 17 y 18, este plazo máximo de hasta 60 días para la celebración de las reuniones informativas corre en forma paralela y simultánea con el plazo máximo otorgable para la contestación del reclamo y ambos corren desde la notificación del reclamo, de manera tal que no es dable alegar indefensión por no haberse contestado el reclamo al momento de la celebración de la reunión informativa ya que cualquiera de los dos actos procesales puede darse antes del otro, si bien la práctica indica que las partes usualmente utilizan todo el plazo para presentar la contestación, así que normalmente la reunión informativa se debe efectuar antes de la contestación del reclamo para evitar precisamente el vencimiento del plazo de 60 días con que se cuenta para realizarla. En este caso específico ello fue lo que aconteció: a la República del Ecuador se le otorgó el plazo máximo de 60 días para contestar el reclamo y mediante Oficio Nro. MPCEIP-SODYNC-2021-0046, recibido en esta SGCAN el 5 de abril de 2021 se dio la contestación del reclamo

el último día del plazo otorgado, de manera tal que ello evidencia cómo no hubiese sido viable realizar la reunión informativa después de la contestación del reclamo.

[140] Por lo expuesto, este extremo alegado por la Reclamada es desestimado.

5.2. Respecto a las cuestiones de Fondo

[141] Conforme el escrito de la Reclamante, las normas comunitarias identificadas como presuntamente incumplidas son la Decisión 837 en sus artículos 2, 3 y 15, Decisión 398 en sus artículos 2, 3 y 18, Decisión 439 en su artículo 6 y 8, y la Decisión 472 en su artículo 4.

Decisión 837

Artículo 2.- La presente Decisión establece las condiciones para la prestación del servicio de transporte internacional de mercancías por carretera entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, con el objeto de liberalizar su oferta.

Artículo 3.- La oferta y la prestación del servicio de transporte internacional 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.

Artículo 15.- El transportista autorizado gozará, en los Países Miembros de un tratamiento no menos favorable, que el concedido a los transportistas autorizados de ese país.

Decisión 398

Artículo 2.- La presente Decisión establece las condiciones para la prestación del servicio de transporte internacional de pasajeros por carretera entre los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, con el objeto de liberalizar su oferta.

Artículo 3.- La oferta y la prestación del servicio de transporte internacional 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.

Artículo 18.- El transportista autorizado que haya obtenido Permiso Complementario de Prestación de Servicios gozará, en el País Miembro que le hubiere otorgado dicho Permiso, de un tratamiento no menos favorable que el concedido a los transportistas autorizados de ese país.

Decisión 439

Artículo 6.- Cada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, acceso a su mercado, a través de cualquiera de los modos de prestación establecidos en la definición sobre comercio de servicios contenida en el Artículo 2, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 del presente Marco General.

Artículo 8.- Cada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios o prestadores de servicios similares, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 del presente Marco General.

Decisión 472

Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

[142] La Secretaría General de la Comunidad Andina considera que se deben realizar algunas precisiones sobre el ámbito de aplicación de los principios de no discriminación y trato nacional y libre competencia previstos en las Decisiones 398 y 837.

5.2.1. Ámbito de aplicación de los principios de no discriminación, trato nacional y libre competencia previstos en las Decisiones 398 y 837

5.2.1.1. Ámbito de aplicación de los principios consagrados en la Decisión 398

[143] La Decisión 398 “Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, sustitutoria de la Decisión 289” conforme sus “Considerandos”, parte de la premisa de que el transporte internacional de pasajeros por carretera constituye uno de los instrumentos de ayuda eficaz para la consolidación del espacio económico subregional y el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena.

[144] En el Capítulo II (Principios Fundamentales) de la norma antes referida se dispone, en su artículo 2, que la Decisión establece las condiciones para la prestación del servicio de transporte internacional de pasajeros por carretera entre los Países Miembros, con el objeto de liberalizar su oferta.

[145] Asimismo, el artículo 3, contenido en el mismo Capítulo, dispone que la oferta y la prestación del servicio de transporte internacional “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” (subrayado agregado). Valga indicar que el alcance de estos principios no es desarrollado en la norma en comento de manera expresa, por lo que para su aplicación e interpretación se debe tener en cuenta el objeto y fin de la norma, así como los pronunciamientos (interpretaciones) del TJCAN en los procesos 4-AI-96, 3-AI-97, 03-AI-2006 y 78-IP-2018 a los cuales nos referiremos más adelante.

[146] En este entendido, la SGCAN encuentra que los principios consagrados en la Decisión 398 se encuentran en la Parte General de la norma, pero su aplicación no se limita a temas específicos regulados en la misma, sino que son de obligatoria aplicación a todas las condiciones para la prestación del servicio de transporte internacional de pasajeros por carretera entre los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena.

[147] Por otra parte, cabe indicar que el Capítulo III⁹⁴ (Del Ámbito de Aplicación) de la Decisión 398 establece el ámbito de aplicación material, territorial y personal de la norma,

⁹⁴ Decisión 398, Artículo 5.- El transporte internacional de pasajeros por carretera que se efectúe entre Países Miembros del Acuerdo de Cartagena o en tránsito por sus territorios, se regirá por la presente Decisión y sus normas complementarias.

Asimismo, son aplicables estas normas cuando el vehículo habilitado deba ser transportado, durante un tramo determinado y sin que se efectúe el transbordo de los pasajeros, por otro medio de transporte, ya sea marítimo, fluvial, lacustre o terrestre, cuyo uso sea necesario para continuar con el transporte internacional.

Artículo 6.- Las disposiciones de la presente Decisión, así como sus normas complementarias, son también aplicables cuando la tripulación con los vehículos habilitados y registrados se trasladen sin pasajeros de un País Miembro a otro para iniciar o continuar una operación de transporte internacional, o retornen a su país de origen luego de haberla concluido.

Artículo 7.- Para el transporte internacional de pasajeros por carretera, se establecen los siguientes tráficos:

precisando casos o situaciones en los que resultan aplicables las disposiciones especiales establecidas en la misma, así como las excepciones, limitaciones o condiciones para su aplicación.

[148] El artículo 18, establece expresamente que *“El transportista autorizado que haya obtenido Permiso Complementario de Prestación de Servicios gozará, en el País Miembro que le hubiere otorgado dicho Permiso, de un tratamiento no menos favorable que el concedido a los transportistas autorizados de ese país.”* Nótese que con la inclusión de este artículo se reafirma la importancia del principio de trato nacional y se hace alusión a un compromiso que implica que los Países Miembros no apliquen medidas discriminatorias que beneficien a los transportistas nacionales.

[149] En el artículo 157 se reafirma la importancia del principio de libre competencia cuando se indica que *“Los transportistas autorizados ofrecerán el servicio de transporte internacional bajo condiciones de libre y equitativa competencia. Asimismo, ofertarán libremente sus tarifas.”*

a) Entre ciudades de dos Países Miembros limítrofes;

b) Entre ciudades de dos Países Miembros, con tránsito por uno o más Países Miembros; y,

c) Entre ciudades de dos o más Países Miembros.

Artículo 8.- Durante el transporte internacional los transportistas autorizados podrán recoger o dejar pasajeros cuyo origen y destino sean ciudades o localidades comprendidas en el itinerario, ubicadas en diferentes Países Miembros.

Para poder recoger o dejar pasajeros de viaje internacional en los Países Miembros distintos del de origen del transportista autorizado, éste debe haber obtenido en tales países Permiso Complementario de Prestación de Servicios.

Lo establecido en el presente artículo, también es aplicable al transporte de encomiendas y paquetes postales.

Artículo 9.- El transporte internacional que efectúen transportistas de terceros países por el territorio de uno o más Países Miembros, se regirá por las normas nacionales de cada uno de los Países Miembros por los cuales se transite, o por lo establecido en los convenios internacionales vigentes.

Artículo 10.- El transporte internacional será prestado por las rutas y de acuerdo con las frecuencias e itinerarios concertados entre los organismos nacionales competentes y asignados por estos.

En la concertación y asignación de las rutas se utilizarán las vías que conforman el Sistema Andino de Carreteras y los cruces de frontera habilitados, así como aquellas vías o cruces de frontera que los Países Miembros autoricen.

Artículo 11.- Cuando dos o más Países Miembros acuerden habilitar nuevas vías o cruces de frontera para el transporte internacional a efectuarse entre ellos, dichas vías o cruces de frontera serán aprovechadas por los transportistas autorizados de los demás Países Miembros.

Artículo 12.- El Permiso Originario y el Permiso Complementario de Prestación de Servicios, así como el Certificado de Habilitación, no facultan al transportista autorizado para realizar transporte local de pasajeros por carretera en los Países Miembros.

Artículo 13.- Los transportistas autorizados podrán realizar, en forma complementaria, transporte internacional de encomiendas y paquetes postales. Este servicio será prestado sólo en vehículos habilitados y registrados.

Artículo 14.- Para que el transportista autorizado pueda prestar servicio de transporte internacional de pasajeros por carretera, no será necesario que el País Miembro de tránsito o destino del tráfico que pretende operar haya autorizado a una empresa de su país, para servir el mismo tráfico u otro con destino o en tránsito por el país de origen del transportista.

Asimismo, no se podrá condicionar el inicio de la prestación del servicio de transporte, ni impedir su prestación, por el hecho de que un transportista autorizado del otro País Miembro comprendido en el tráfico no haya iniciado o suspenda sus operaciones.

Artículo 15.- Las disposiciones de la presente Decisión no son aplicables al transporte fronterizo, el mismo que se regirá por las normas que acuerden los Países Miembros limítrofes.

Artículo 16.- Los Países Miembros, en sus respectivos territorios, conceden al transportista autorizado, a quien le hubieren otorgado Permiso Complementario de Prestación de Servicios, el derecho a establecer oficinas o sucursales, así como a ofertar y prestar el servicio de transporte internacional.

Artículo 17.- Los Países Miembros, en sus respectivos territorios, conceden libre tránsito a los vehículos habilitados y registrados, para el transporte internacional.

Artículo 18.- El transportista autorizado que haya obtenido Permiso Complementario de Prestación de Servicios gozará, en el País Miembro que le hubiere otorgado dicho Permiso, de un tratamiento no menos favorable que el concedido a los transportistas autorizados de ese país.

Artículo 19.- Los Países Miembros otorgarán al transportista autorizado, a quien le hubieren otorgado Permiso Complementario de Prestación de Servicios, un tratamiento no menos favorable que aquel que, en circunstancias similares, concedan a los transportistas de un tercer país.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, los Países Miembros limítrofes podrán mutuamente otorgar a sus transportistas condiciones especiales, a fin de facilitar el tránsito y las operaciones de transporte que se realicen localmente, siempre que las mismas se efectúen dentro de la zona fronteriza contigua delimitada.

Artículo 20.- Cada País Miembro que adopte alguna medida que incida en el transporte internacional, en lo referente a la circulación de vehículos habilitados y a la tripulación, la pondrá inmediatamente en conocimiento de los demás Países Miembros y de la Junta del Acuerdo de Cartagena.

Igual procedimiento debe cumplirse en los casos de firma, adhesión o ratificación de acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales, suscritos con otro País Miembro o terceros países, o de denuncia de los mismos, relacionados con el transporte internacional de pasajeros por carretera.

[150] Asimismo, cabe indicar que la Decisión en comento establece disposiciones específicas acerca de asuntos como: las condiciones para el transporte (Capítulo IV); las autorizaciones para el transporte (Capítulo V); la habilitación de los vehículos (Capítulo VII); disposiciones sobre la tripulación de este tipo de transporte (Capítulo VI); el contrato de transporte (Capítulo VIII); entre otras, a las cuales también se les aplican los principios de la Decisión.

[151] En conclusión, los principios consagrados en el artículo 3 de la Decisión 398, se aplican a todas las condiciones que tengan relación con la prestación del servicio de transporte internacional de pasajeros por carretera, ello con la finalidad de garantizar la consolidación del espacio económico subregional y la liberalización del servicio.

5.2.1.2. Ámbito de aplicación de los principios consagrados en la Decisión 837

[152] La Decisión 837 que sustituye la Decisión 399 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, conforme la parte considerativa, inicia de la premisa de que el transporte internacional de mercancías por carretera constituye uno de los instrumentos de ayuda eficaz para la consolidación del espacio económico subregional y el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena, y que se constituye en una herramienta valiosa de integración que brinda un apoyo determinante al intercambio comercial, a la expansión competitiva de la base productiva y a la dinamización del comercio exterior.

[153] El TJCAN, refiriéndose a la Decisión 399, antecesora de la Decisión 837 y cuyo espíritu conserva esta última, señaló sobre el transporte terrestre de mercancías 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. (...)

La liberalización de los servicios de transporte de mercancías dentro de la Comunidad aparece estrechamente conectada al logro de los objetivos de la integración andina en todas sus fases, al punto de que no es posible hablar de ella cuando, por razón de restricciones al servicio de transporte entre los países puede afectarse de manera grave el principio de la libre circulación de mercancías que tiene su expresión normativa y programática en el denominado Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena, consagrado en el Capítulo V del Tratado.”⁹⁵ (Énfasis agregado)

[154] En este marco, la Decisión 837 se rige por la lógica de la liberalización del servicio de transporte, en tanto ello es congruente con la búsqueda de un mercado subregional común.

[155] Asimismo, la Decisión 837 dispone en su artículo 2, las condiciones para la prestación del servicio de transporte internacional de mercancías por carretera entre los Países Miembros, con el objeto de liberalizar su oferta y su artículo 3, dispone que la oferta y la prestación del servicio de transporte internacional (de mercancías) “se sustentan en los siguientes principios fundamentales: libertad de operación; acceso al mercado; trato

⁹⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 15-AI-2000 de fecha 24 de noviembre de 2000 publicada en la GOAC No. 639 del 9 de febrero de 200

nacional; transparencia; no discriminación, igualdad de tratamiento legal; libre competencia; y, nación más favorecida.” (Énfasis agregado)

[156] Al igual que en materia de transporte de pasajeros, los principios antes referidos no son desarrollados en la Decisión 837 de manera expresa, por lo que para su aplicación e interpretación se debe tener en cuenta el objeto y fin de la norma, así como los pronunciamientos del TJCAN en los procesos 4-AI-96, 3-AI-97, 03-AI-2006 y 78-IP-2018 a los cuales nos referiremos más adelante.

[157] Por otra parte, la Decisión 837⁹⁶ establece, entre otros aspectos, el ámbito de aplicación material, territorial y personal de la norma, precisando casos o situaciones en los que resultan aplicables las disposiciones especiales de la misma, así como las excepciones, limitaciones o condiciones para su aplicación.

[158] En este marco, es importante resaltar el artículo 15, que establece expresamente lo siguiente:

⁹⁶ Decisión 837, Artículo 5.- El transporte internacional de mercancías por carretera que se efectúe entre Países Miembros de la Comunidad Andina, o en tránsito por sus territorios, se regirá por la presente Decisión y sus normas complementarias. Asimismo, son aplicables estas normas cuando el vehículo habilitado y la unidad de carga sean transportados, durante un tramo determinado y sin que se efectúe la descarga de las mercancías, por otro medio de transporte, ya sea marítimo, fluvial, lacustre o terrestre, cuyo uso sea necesario para continuar con el transporte internacional.

Artículo 6.- Las disposiciones de la presente Decisión, así como sus normas complementarias, son también aplicables cuando la tripulación, con los vehículos habilitados y unidades de carga, contenedores y tanques, se trasladen sin mercancías de un País Miembro a otro para iniciar o continuar una operación de transporte internacional, o retornen a su país de origen, luego de haberla concluido.

Artículo 7.- Para el transporte internacional de mercancías por carretera, se establecen los siguientes tráficos:

- a) Entre dos Países Miembros limítrofes;
- b) Entre dos Países Miembros, con tránsito por uno o más Países Miembros;
- c) Desde un País Miembro hacia un tercer país, con tránsito por uno o más Países Miembros distintos del país donde se inicia el transporte;
- d) Desde un tercer país hacia un País Miembro, con tránsito por uno o más Países Miembros distintos del país donde termina el transporte;
- e) En tránsito a través de dos o más Países Miembros desde y hacia terceros países; y,
- f) El tráfico realizado desde un País Miembro con destino al mismo país, en tránsito por el territorio de otro País Miembro.

En los tráficos señalados en los literales c), d), e) y f) son aplicables las disposiciones de la presente Decisión y sus normas complementarias, sólo durante el recorrido por los Países Miembros.

Artículo 8.- El transporte internacional que efectúen transportistas de terceros países por el territorio de uno o más Países Miembros, se regirá por las normas nacionales de cada uno de los Países Miembros por los cuales se transite o por lo establecido en los convenios internacionales vigentes.

Artículo 9.- El transporte internacional será prestado por las rutas que conforman el Sistema Andino de Carreteras y por los cruces de frontera habilitados, así como por aquellas otras rutas o cruces de frontera que los Países Miembros autoricen mediante instrumentos, suscritos conforme al literal e) del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Artículo 10.- Cuando dos o más Países Miembros acuerden habilitar nuevas vías o cruces de frontera para el transporte internacional a efectuarse entre ellos, dichas vías o cruce de frontera serán aprovechadas por los transportistas autorizados de los demás Países Miembros.

Artículo 11.- El Permiso Originario, así como el Certificado de Habilitación, no facultan al transportista autorizado para realizar transporte local de mercancías por carretera en los Países Miembros.

Artículo 12.- El transporte transfronterizo por carretera en las Zonas de Integración Fronteriza se efectuará conforme a los instrumentos previstos en el literal e) del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Artículo 13.- Los Países Miembros, en sus respectivos territorios, conceden al transportista autorizado el derecho a ofertar y prestar el servicio de transporte internacional, así como a establecer oficinas o sucursales.

Artículo 14.- Los Países Miembros, en sus respectivos territorios, conceden libre tránsito a los vehículos habilitados y unidades de carga, debidamente registrados, para el transporte internacional.

Artículo 15.- El transportista autorizado gozará, en los Países Miembros de un tratamiento no menos favorable, que el concedido a los transportistas autorizados de ese país.

Artículo 16.- Los Países Miembros otorgarán al transportista autorizado, un tratamiento no menos favorable que aquel que, en circunstancias similares, concedan a los transportistas de un tercer país.

Artículo 17.- Cada País Miembro que adopte alguna medida que incida en el transporte internacional, en lo referente a la circulación de vehículos habilitados y las unidades de carga, así como a la tripulación, la pondrá inmediatamente en conocimiento de los demás Países Miembros y de la Secretaría General.

Igual procedimiento debe cumplirse en los casos de firma, adhesión o ratificación de acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales suscritos con terceros países, o de denuncia de los mismos, relacionados con el transporte internacional de mercancías por carretera.

“El transportista autorizado gozará, en los Países Miembros de un tratamiento no menos favorable, que el concedido a los transportistas autorizados de ese país” (Énfasis agregado)

[159] Cabe resaltar la **importancia del principio del trato nacional en la norma comunitaria y el compromiso que implica que los Países Miembros no apliquen medidas discriminatorias que beneficien a los transportistas nacionales.**

[160] Ratificando el compromiso en la materia, el artículo 178 de la misma norma comunitaria establece que:

“Los Países Miembros establecerán las normas necesarias para que la prestación de servicios por parte de los transportistas autorizados se realice en igualdad de condiciones de competencia en el mercado.” (Énfasis agregado)

[161] Así mismo, la Decisión 837 establece disposiciones específicas acerca de asuntos como: las condiciones para el transporte (Capítulo IV); las autorizaciones para el transporte (Capítulo V) y la habilitación de los vehículos y del registro (Capítulo VII); disposiciones sobre la tripulación de este tipo de transporte (Capítulo VI) y el contrato de transporte (Capítulo VIII); entre otras, a las cuales también se les aplican los principios de la Decisión.

[162] En este sentido, se sostiene que los principios consagrados en el artículo 3 de la Decisión 837, se aplican a todas las condiciones que tengan relación con la prestación del servicio de transporte internacional de mercancías por carretera, ello con la finalidad de garantizar la consolidación del espacio económico subregional y la liberalización del servicio.

5.2.2. Medidas adoptadas por la República del Ecuador en materia de determinación de los precios de los combustibles

[163] El escrito de Reclamo señala⁹⁷ que las normas que constituirían el presunto incumplimiento son las siguientes:

- i) Decreto Ejecutivo N° 338 de fecha 25 de julio de 2005
- ii) Resolución N° 006- 001-DIRECTORIO EXTRAORDINARIO ARCH-2015 de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero de fecha 6 de noviembre de 2015
- iii) Decreto Ejecutivo N° 1183 de fecha 4 de noviembre de 2020
- iv) Decreto Ejecutivo N° 1222 de fecha 11 de enero de 2021

[164] Se advierte que mediante el Decreto Ejecutivo N° 338 de 25 de julio de 2005 se expidió el Reglamento sustitutivo para la regulación de los precios de los derivados de los hidrocarburos, estableciendo precios de venta en los terminales y depósitos operados por PETROCOMERCIAL, para los derivados de los hidrocarburos.

[165] El Decreto Ejecutivo N° 799 al que también se refiere el escrito del reclamo⁹⁸ que modificó el Decreto Ejecutivo N° 388, señala lo siguiente:

“Artículo 3.- Agréguese el siguiente artículo a continuación del artículo 2:

Art. 2.1. *El precio de venta al público del diésel 2 y Diésel premium para los vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional, cuantías*

⁹⁷ Escrito del Reclamo de fecha 22 de enero de 2021, p. 3

⁹⁸ Escrito del Reclamo de fecha 22 de enero de 2021, p. 5

domésticas y vehículos particulares que se abastecen desde estaciones de servicio será determinado mensualmente por la EP PETROECUADOR, en base al costo promedio ponderado más los costos de transporte, almacenamiento, comercialización, un margen que podrá definir la indicada empresa pública y los tributos que fueren aplicables. En caso de no contar con el precio de importación del diésel Premium será calculado en base al marcador internacional utilizado para este producto, más el flete, el seguro y los demás costos que hubiera ocasionado la importación.

En ningún caso el precio de venta para los vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional podrá ser inferior al precio establecido en el Artículo 2 de este Reglamento.

El precio de venta en terminal incluido impuestos del diésel Premium para los vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional será el precio de venta al público, menos el margen de comercialización establecido en el Artículo 2 de este Reglamento. Previo a la venta del diésel Premium al precio y segmento establecido en el párrafo anterior, las estaciones de servicio deberán estar registradas y autorizadas por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH). Si las estaciones de servicio no cuentan con la respectiva autorización, no podrán vender diésel al transporte de carga pesada con placa internacional". (Énfasis agregado)

[166] La Resolución N° 006-001-DIRECTORIO EXTRAORDINARIO ARCH-2015 de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero resolvió expedir el Instructivo de procedimientos para distribución de diésel Premium a vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional, resaltando algunas disposiciones a continuación:

"Artículo 1.- Objetivo: Regular las actividades y establecer el procedimiento de control en la distribución de diésel Premium a vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional (VTCPPPI)⁹⁹ y a los centros de distribución del segmento automotriz autorizados para el efecto. (Énfasis agregado)

Artículo 2.- Alcance: El presente Instructivo se aplicará a nivel nacional a los VTCPPPI y centro de distribución autorizados para el efecto. (Énfasis agregado)

Artículo 7.- Formulario: En el formulario elaborado por el SENAE se deberá consignar la siguiente información:

- a) Placa del vehículo
- b) Nombre del propietario o conductor
- c) Marca
- d) Color
- e) Modelo
- f) Número de tanques y capacidad de almacenamiento de combustible instalada en el VTCPPPI
- g) Origen – destino del vehículo
- h) Número de ejes
- i) Número de Matrícula o su equivalente
- j) Año de fabricación
- k) Número de motor
- l) Cilindraje
- m) Peso del vehículo sin carga

⁹⁹ VTCPPPI: Vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional

n) *País de procedencia de la placa*

[167] El Decreto Ejecutivo N° 1183 reformó el Reglamento de Regulación de Precios de Derivados de Petróleo, expedido mediante Decreto Ejecutivo N° 338, mediante el ajuste del sistema de determinación de precios acorde a la política de liberación de importaciones de los combustibles, que entre otros aspectos dispone lo siguiente:

“Art. 3 Sustitúyase el artículo 2.1. por el siguiente:

Art. 2.1 El precio de venta al público del Diésel 2 y Diésel Premium para los vehículos de transporte de carga pesada con placa internacional serán definidos por cada actor de la cadena de comercialización según corresponda, considerando las condiciones del mercado más los impuestos aplicables.

Previo a la venta de diésel Premium y diésel 2 para los vehículos de carga pesada con placa internacional del segmento automotriz establecido en el párrafo anterior, los centros de distribución vehículos deberán notificar a la Agencia de Regulación y Control de Energía y recursos Naturales No Renovables (ARCERNR) acorde a los procedimientos establecidos por esta entidad.” (Énfasis agregado)

[168] El Decreto Ejecutivo N° 1222 señala en su parte considerativa lo siguiente:

“Que, la pandemia del Covid-19 ha tenido un grave impacto en la economía mundial, de la cual forma parte la nación ecuatoriana. El orden de magnitud no tiene registro similar, mermando significativamente la capacidad utilizada de transporte, de industria y de comercio, así como la demanda de bienes y servicios, generando desbalances entre la oferta y demanda, con las consecuencias económicas que ello conlleva;

Que, con la finalidad de incentivar la reactivación de la economía nacional por la grave afectación causada por la crisis sanitaria de la pandemia del COVID-19, el Gobierno Nacional estableció mesas de diálogo con los sectores de transporte, producción, y otros, que utilizan los combustibles Diésel 2 y diésel Premium, para los segmentos automotriz, camaronero, atunero, pesqueros y otros; identificándose la necesidad de reducir el impacto generado por la aplicación del sistema de bandas de precios del Diésel y Diésel Premium para los segmentos del mercado regulado;

Que, frente a la disminución y paralización de muchas actividades de las unidades productivas y la reducción de la demanda nacional e internacional como consecuencia de la pandémica Covid-19, el Gobierno Nacional tiene el compromiso de adoptar medidas para mantener las plazas de empleo, reactivar la economía y generar oportunidades, para lo cual, es necesario ajustar el sistema de determinación de precios de combustibles y particular del Diésel, a través de la reducción del porcentaje de variación mensual de la banda de precios del mercado regulado del Diésel, de 5% a 3% y;” (...)

[169] La Disposición Transitoria Única de la norma señalada precedentemente, dispone:

“La metodología del sistema de bandas de este Decreto se aplicará a partir de su publicación en el Registro oficial y regirá desde las 00h00 del día 12 de enero de 2021. Estos precios referenciales serán calculado y actualizados mensualmente.”

[170] De las normas descritas, se puede observar que éstas establecen disposiciones referidas a un sistema para la determinación del precio de combustibles y las condiciones para su comercialización, que contienen distinto precio para vehículos con placa internacional que para vehículos ecuatorianos.

[171] Consecuentemente, corresponde examinar las medidas implementadas por la Reclamada configuran un incumplimiento de las normas de derecho comunitario.

5.3. El alegado incumplimiento de los principios de no discriminación y trato nacional previstos en los artículos 2, 3 y 18 de la Decisión 398 y artículos 6 y 8 de la Decisión 439 y artículos 2, 3 y 15 de la Decisión 837; y las consideraciones establecidas por el Estado Plurinacional de Bolivia sobre la Decisión 439 y normas internacionales como el Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

Alegatos de la Reclamante

[172] La Reclamada sostiene¹⁰⁰ que la no discriminación constituye uno de los principios fundamentales tanto en el sistema multilateral del comercio como en los procesos de integración, que se traduce en dos obligaciones, a saber: i) la Cláusula de Trato Nacional y ii) Cláusula de Nación Más Favorecida. Respecto a la Cláusula de Trato Nacional, que el TJCAN en el proceso N° 3-AI-97 ha señalado que, así como en el marco multilateral, los acuerdos de la OMC, del GATT, del GATS, reconocen el principio del trato nacional o no discriminación, también a nivel comunitario se le da ese reconocimiento y es a través de la jurisprudencia del TJCAN que se ha perfeccionado la aplicación de estos principios.

[173] Asimismo, señala que en este marco jurisprudencial, el principio de trato nacional para el comercio de servicios está regulado en el artículo 8 de la Decisión 439 – Marco general para la liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina, el cual establece que cada País Miembro de la Comunidad Andina otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios o prestadores de servicios similares.

[174] Indica que mediante los artículos 3 y 18 de la Decisión 398 y los artículos 3 y 15 de la Decisión 837 señalados en el escrito¹⁰¹ el principio de trato nacional es como un eje central para liberalizar la oferta del servicio de transporte internacional en la región ya sea de pasajeros o de mercancías, las mismas que prohíben la aplicación de medidas discriminatorias, por lo que entiende que la medida impuesta por la Reclamada establece un tratamiento diferenciado para vehículos de placa extranjera, vulnerando los principios consagrados en las Decisiones 398, 439 y 837.

Alegatos de la Reclamada:

[175] Señala¹⁰² que el principio de trato nacional se encuentra consagrado en el artículo 8 de la Decisión 439 como sigue:

“Artículo 8. - Cada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios o prestadores de servicios similares, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 del presente Marco General.”

¹⁰⁰ Escrito de reclamo de fecha 22 de enero de 2021, p. 8

¹⁰¹ Escrito de reclamo de fecha 22 de enero de 2021, p. 9

¹⁰² Escrito de contestación al reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 7

[176] Continúa expresando que, a criterio del TJCAN en el proceso 3-AI-2006 *“el Principio de Trato Nacional implica la proscripción de todo tipo de medidas discriminatorias que beneficien los servicios o prestadores de servicios nacionales en relación con los extranjeros. Mediante este principio ningún País Miembro podrá adoptar medidas discriminatorias que beneficien a cualquiera de sus sectores de servicios en detrimento de los servicios o prestadores de servicios extranjeros, salvo lo consagrado en el artículo 14 de la Decisión 439 y las demás excepciones a los principios previstas por la misma normativa”*.

[177] En este entendido, la Reclamada considera¹⁰³ que puede deducirse que *“...las medidas adoptadas por el Ecuador no trasgreden o vulneran el principio de trato nacional que debe imperar en las relaciones comerciales de los Países Miembros, toda vez que estas no fueron expedidas con el objetivo de discriminar y beneficiar a un sector específico de servicios de nacionalidad ecuatoriana, en este caso al de transporte internacional por carretera. Tal como se ha señalado en repetidas ocasiones, la banda de precios se estableció con el único objetivo de reducir progresivamente el subsidio, debido al grave impacto social y económico que ocasionó la medida que pretendía eliminarlo automáticamente.”*

[178] En referencia al principio de No Discriminación, menciona que el TJCAN en el proceso 3-AI-97 ha sostenido lo siguiente:

“Los conceptos emitidos por el Tribunal sobre lo que significa el trato discriminatorio conciernen a la conducta de un Estado que mediante normas internas impone condiciones de cualquier orden a los productos importados o extranjeros, los cuales como consecuencia de ello se encuentran en una situación desfavorable en comparación con el trato o beneficios concedido a favor de los productos nacionales.”¹⁰⁴

Consideraciones de la SGCAN

[179] Como se ha señalado previamente, la liberalización del servicio de transporte de pasajeros y mercancías constituye, como lo ha señalado el TJCAN¹⁰⁵, un instrumento indispensable para el libre tránsito y para la construcción del mercado común, fin último que persigue la Comunidad Andina en el marco del proceso de integración.

[180] En concordancia con lo anterior, la parte considerativa de las Decisiones 398 y 837 señalan lo siguiente:

Decisión 398

“Que el transporte internacional de pasajeros por carretera constituye uno de los instrumentos de ayuda eficaz para la consolidación del espacio económico subregional y el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena;”

Decisión 837

¹⁰³ Escrito de contestación al reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 7

¹⁰⁴ Escrito de contestación al reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 9

¹⁰⁵ En el marco del proceso 16-AI-2000, el TJCA señaló: *“La construcción del mercado común, fin último que persigue la Comunidad Andina de Naciones dentro del proceso de integración de los aranceles en el comercio intracomunitario y de la supresión de las barreras y restricciones de todo orden, que la circulación y el tránsito entre los Países Miembros, tanto de bienes, servicios, personas y capitales se efectúe libremente y sin obstáculos de ninguna naturaleza.”*
(...) La liberalización de los servicios de transporte de mercancías dentro de la Comunidad aparece estrechamente conectada al logro de los objetivos de la integración andina en todas sus fases, (...)

“Que, el transporte internacional de mercancías por carretera constituye uno de los instrumentos de ayuda eficaz para la consolidación del espacio económico subregional y el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena;

Que, asimismo, es una herramienta valiosa de integración que brinda un apoyo determinante al intercambio comercial, a la expansión competitiva de la base productiva y a la dinamización del comercio exterior;”

[181] Las referidas Decisiones establecen como principios fundamentales en la oferta y la prestación del servicio de transporte internacional, entre otros, el trato nacional y la no discriminación.

[182] En el marco de los sectores de servicios de transporte de pasajeros y de mercancías, se advierte que en las Decisiones 398 y 837, no se ha incluido un postulado específico sobre lo que debe entenderse por No Discriminación y el Trato Nacional, por lo que es importante referirnos a la jurisprudencia del TJCAN en este aspecto.

[183] Antes de desarrollar los principios, solo se destacan los siguientes artículos:

Decisión 398

“Artículo 156.- El transporte internacional de pasajeros por carretera, es reconocido por los Países Miembros como un servicio de exportación.”
(Énfasis agregado)

Decisión 399

“Artículo 205.- El transporte internacional de pasajeros por carretera, es reconocido por los Países Miembros como un servicio de exportación.”
(Énfasis agregado)

Decisión 837

“Artículo 179.- El transporte internacional de mercancías por carretera es reconocido por los Países Miembros como un servicio de exportación.”
(Énfasis agregado)

Principio de No Discriminación

[184] El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 4-AI-96¹⁰⁶, se ha pronunciado en los siguientes términos:

“la noción de discriminación implica tanto el manejo diferente de situaciones similares, como el manejo idéntico de situaciones diferentes.”

[185] Conforme el proceso 03-AI-2006¹⁰⁷, el principio de no discriminación se subdivide en los principios de Nación Más Favorecida y Trato Nacional. Sin embargo, en tanto no se han presentados argumentos sobre el primero de estos principios, a continuación, se presentarán las consideraciones que sobre el segundo ha realizado el TJCAN.

¹⁰⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 4-AI-96 publicado en la Gaceta Oficial N° 308 del 28 de noviembre de 1997

¹⁰⁷ De conformidad con lo anterior, la normativa comunitaria del comercio de servicios, al igual que la concerniente al comercio de mercancías, se soporta en el gran postulado de la No Discriminación y, en consecuencia, en tres principios básicos que lo realizan, a saber: De Acceso a Mercados, De Nación Más Favorecida, y De Trato Nacional.

(...) El Principio de Trato Nacional implica la proscripción de todo tipo de medidas discriminatorias que benefician los servicios o prestadores de servicios nacionales en relación con los extranjeros. Mediante este principio ningún País Miembro podrá adoptar medidas discriminatorias que benefician a cualquiera de sus sectores de servicios en detrimento de los servicios o prestadores de servicios extranjeros, salvo lo consagrado en el artículo 14 de la Decisión 439 y las demás excepciones a los principios previstos por la misma normativa.”

Principio de Trato Nacional

[186] De acuerdo con lo expresado por el TJCAN en el proceso 03-AI-2006¹⁰⁸, el principio de trato nacional implica la proscripción de todo tipo de medidas discriminatorias que beneficien los servicios o prestadores de servicios nacionales en relación con los extranjeros. Mediante este principio ningún País Miembro podrá adoptar medidas discriminatorias que beneficien a cualquiera de sus sectores de servicios en detrimento de los servicios o prestadores de servicios extranjeros.

[187] La Secretaría General de la Comunidad Andina ha expresado¹⁰⁹ que los criterios desarrollados en la jurisprudencia del TJCAN en lo relativo a Trato Nacional, trascienden el ámbito del comercio de bienes y pasan a abarcar todos los campos de acción del derecho comunitario andino, como es el comercio de servicios.

[188] En esta línea, el TJCAN ha señalado lo siguiente:

“Los conceptos emitidos por el Tribunal sobre lo que significa el trato discriminatorio concierne a la conducta de un Estado que mediante normas internas impone condiciones de cualquier orden a los productos importados o extranjeros, los cuales como consecuencia de ello se encuentran en una situación desfavorable en comparación con el trato o beneficios concedidos a favor de los productos nacionales ... En consecuencia ... los productos originarios de los Países Miembros deben disfrutar de trato nacional y no discriminatorio, no sólo en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes, sino ‘en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y uso de estos productos en el mercado interior’ (...).”¹¹⁰ (Énfasis agregado)

[189] El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) a fin de identificar cuando nos encontramos ante una medida o conducta que vulnera el principio de Trato Nacional *“se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro.”¹¹¹*

[190] Los Países Miembros han decidido refrendar y enfatizar el principio de trato nacional en las Decisiones 398 y 837, en los siguientes términos:

Decisión 398

“Artículo 18.- El transportista autorizado que haya obtenido Permiso Complementario de Prestación de Servicios gozará, en el País Miembro que le hubiere otorgado dicho Permiso, de un tratamiento no menos favorable que el concedido a los transportistas autorizados de ese país.” (Énfasis agregado)

Decisión 837

¹⁰⁸ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 03-AI-2006 señaló que el Principio de Trato nacional implica la proscripción de todo tipo de medidas discriminatorias que beneficien los servicios o prestadores de servicios nacionales en relación con los extranjeros. Mediante este principio ningún País Miembro podrá adoptar medidas discriminatorias que beneficien a cualquiera de sus sectores de servicios en detrimento de los servicios o prestadores de servicios extranjeros salvo lo consagrado en el artículo 14 de la Decisión 439 y las demás excepciones a los principios previstas por la misma normativa.

¹⁰⁹ Dictámenes 03- 2006 y 06-2006 publicados en las GOAC 1313 de fecha 27 de marzo de 2006 y 1371 de fecha 17 de julio de 2006 respectivamente

¹¹⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 3-AI-97 publicado en la GOAC. N° 422 de 30 de marzo de 1999

¹¹¹ Artículo 17, numeral 3. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC

“Artículo 15.- El transportista autorizado gozará, en los Países Miembros de un tratamiento no menos favorable, que el concedido a los transportistas autorizados de ese país.” (Énfasis agregado)

[191] Como se puede observar, el principio de trato nacional implica que un País Miembro no podrá adoptar medidas que otorguen un trato menos favorable al transportista autorizado de otro País Miembro que el que concede a los transportistas autorizados de su país, más aún si con ello se afecta la competencia. En otros términos, los prestadores nacionales del servicio de transporte internacional de pasajeros y de mercancías de un País Miembro no podrán recibir un tratamiento más favorable que los prestadores de dichos servicios que sean de los otros Países Miembros, con lo que los ciudadanos y empresarios andinos deben estar en condiciones de igualdad.

Análisis de la SGCAN

[192] Se tiene que las medidas adoptadas por la República del Ecuador tienen por objeto regular el sistema para la determinación de precios para combustibles para vehículos con placa de circulación nacional y extranjera y las condiciones para la su comercialización.

[193] De la revisión de las medidas objeto de cuestionamiento adoptadas por la Reclamada, complementadas con los argumentos expuestos por las Partes en sus respectivos escritos, **se verifica la existencia de precios diferenciados de combustibles entre los vehículos con placa de circulación nacional y extranjera.**

[194] En este sentido, la SGCAN encuentra que **las medidas cuestionadas al establecer un sistema de determinación de precios para los combustibles y condiciones para su comercialización, genera que los precios de los combustibles que se expende a los vehículos de placa de otros países andinos sea superior a los que se expende a los vehículos con placa de circulación nacional ecuatoriana.**

[195] Asimismo, se considera que las medidas adoptadas por la Reclamada al establecer precios diferenciados implican una discriminación contra los prestadores de servicios de transporte de pasajeros y mercancías con placa de circulación de otros países andino, en favor de los prestadores nacionales de tales servicios.

[196] De igual manera, **se verifica que las medidas implementadas generan un trato menos favorable a los prestadores del servicio de transporte de pasajeros y mercancías de los demás Países Miembros que aquel que se otorga a los prestadores nacionales ecuatorianos de los mismos servicios.**

[197] En este punto, cabe señalar que esta Secretaría General advierte que el Acuerdo de Cartagena no contempla, de manera expresa, excepciones específicas en materia de comercio de servicios¹¹². De igual manera, las Decisiones 837 y 398 tampoco contienen disposiciones sobre excepciones a los principios de No discriminación y Trato Nacional establecidos en las mismas.

[198] Ahora bien, en referencia a que la Decisión 439 establece en su artículo 11 excepciones a la No Discriminación y al Trato Nacional por razones de orden público, seguridad nacional y seguridad público, cabe resaltar que la señalada Decisión en su artículo 11 regula un grupo de excepciones a las obligaciones previstas a la liberalización del comercio de

¹¹² El Acuerdo de Cartagena establece disposiciones que exceptúan el cumplimiento del Programa de Liberación, el cual abarca el comercio de mercancías y no el de servicios.

servicios – entre las cuales se encuentra el Trato Nacional¹¹³-, relativas a medidas necesarias para proteger ciertos valores o intereses fundamentales de los Países Miembros, entre ellas, el orden público y la Seguridad Nacional. Sobre el particular, el tenor textual de la norma señala lo siguiente:

Decisión 439

“Artículo 11.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Marco General, cada País Miembro podrá adoptar o aplicar medidas necesarias para:

- 1. Proteger la moral o preservar el orden público;*
- 2. Proteger la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales, y preservar el medio ambiente;*
- 3. Proteger los intereses esenciales de su seguridad nacional;*
- 4. Garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o prestadores de servicios de otros Países Miembros, aun cuando tales medidas fueran incompatibles con el compromiso de trato nacional contenido en el artículo 8;*
- 5. Aplicar disposiciones destinadas a evitar la doble tributación contenidas en acuerdos internacionales suscritos por el País Miembro, aun cuando tales medidas fueren incompatibles con la obligación de trato de nación más favorecida contenida en el artículo 7; y,*
- 6. Lograr la observancia de leyes y reglamentos relativos a:*
 - a) La prevención de prácticas que induzcan a error y de prácticas fraudulentas o relativas a los efectos de incumplimiento de los contratos de servicios;*
 - b) La protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales; y*
 - c) La seguridad pública.*

Las medidas enumeradas en el presente artículo, no se aplicarán de manera desproporcionada en relación con el objetivo que persigan, no tendrán fines proteccionistas en favor de servicios o prestadores de servicios nacionales, ni se aplicarán de forma tal que constituyan un obstáculo innecesario al comercio subregional de servicios, ni un medio de discriminación en contra de servicios o prestadores de servicios de la Comunidad Andina, en relación con el trato otorgado a otros países, miembros o no de la Comunidad Andina.” (Énfasis agregado)

[199] La misma norma comunitaria establece como su ámbito de aplicación lo siguiente:

“Artículo 3.- El presente Marco General se aplicará a las medidas adoptadas por los Países Miembros que afecten el comercio de servicios, en todos los sectores de servicios y en los distintos modos de suministro, tanto las provenientes del sector público, central, regional o local, como las provenientes de aquellas entidades delegadas para ello.” (Énfasis agregado)

[200] En este marco, pues, del citado artículo se advierte que la Decisión 439 se aplica a las **“medidas adoptadas por los Países Miembros que afectan el comercio de servicios”**, por lo que, corresponde señalar qué se entiende por **“medidas adoptadas por los Países Miembros que afectan el comercio de servicios”**.

[201] Al respecto, la propia Decisión 439 define en su artículo 2 lo siguiente:

¹¹³ Decisión 439, Artículo 8.- Cada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios o prestadores de servicios similares, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 del presente Marco General

“Artículo 2.- A los efectos del presente Marco General, se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

Medidas adoptadas por los Países Miembros que afecten al comercio de servicios: Abarcará las medidas referentes a:

a) La compra, pago o utilización de un servicio;

b) El acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de esos Países Miembros y la utilización de los mismos, con motivo del suministro de un servicio; o,

c) La presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro para el suministro de un servicio.” (Énfasis agregado)

[202] Puede apreciarse de la definición antes esbozada, que en ésta se presenta con carácter de *numerus clausus* cuáles serán los supuestos a los que se debe referir una medida adoptada por un País Miembro que afecte el comercio de servicios para que le sea aplicable el Marco General desarrollado en la Decisión 439.

[203] En este sentido, se encuentra entonces que las excepciones consagradas en el artículo **11 de la Decisión 439 aplican cuando un País Miembro adopte una medida que afecte al comercio de servicios, en tanto ésta esté referida a alguno de los 3 supuestos indicados en la definición esbozada en su artículo 2.**

[204] En el presente procedimiento se encuentra que las medidas cuestionadas están referidas a regular un sistema que establece precios diferenciados en la venta de combustibles a los medios de transporte con placa de circulación extranjera, así como las condiciones para su comercialización, lo cual afectaría ciertos principios contemplados en las Decisiones en materia de transporte internacional de pasajeros y mercancías.

[205] Ahora bien, conforme la descripción realizada el presente Dictamen, no se encuentran que dichas medidas adoptadas por la Reclamada se refieran a:

- i) la compra, pago o utilización de un servicio,
- ii) el acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de los Países Miembros y la utilización de los mismos, con motivo del suministro de un servicio o,
- iii) la presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro para el suministro de un servicio.

[206] En efecto, las medidas cuestionadas, aunque inciden en la prestación del servicio de transporte, tienen por objeto la venta de una mercancía (combustibles) y no están dentro de ninguno de los 3 supuestos referidos precedentemente señalados.

[207] Dentro este marco, la SGCAN concluye que no resulta aplicable, a las medidas adoptadas por la Reclamada, las excepciones establecidas en el artículo 11 de la Decisión 439, por cuanto no se encuentran bajo el ámbito de la aplicación de dicha Decisión.

[208] Asimismo, cabe indicar que las Decisiones 398 y 837 no establecen disposiciones que exceptúen a la República del Ecuador del cumplimiento de los principios de no

Discriminación y Trato nacional contemplados en el artículo 3 de dichas Decisiones, como a continuación se tiene:

Decisión 398

“Artículo 3.- La oferta y la prestación del servicio de transporte internacional 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.”

Decisión 837

“Artículo 3.- La oferta y la prestación del servicio de transporte internacional 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.”

[209] De igual manera, es importante destacar la jurisprudencia del TJCAN en cuanto a su cumplimiento por los Países Miembros:

“... el Tribunal ha declarado desde antiguo que “... el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros, y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos ...” (Expediente N° 02-N-86. Gaceta Oficial N° 21, del 15 de julio de 1987).”¹¹⁴ (Énfasis agregado)

[210] **En referencia a otras normas internacionales, el TJCAN se ha pronunciado en los siguientes términos:**

En particular, en lo que concierne al doble vínculo de los Países Miembros con el ordenamiento jurídico de la Comunidad y con el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, el criterio del Tribunal ha sido que: “La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la OMC no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que como se ha dicho es preponderante no sólo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que éstos pertenezcan. Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha dejado claramente expresada la naturaleza del principio de supremacía del derecho comunitario. Así lo ha sentado a partir de la sentencia de nulidad del 10 de junio de 1987, producida con motivo del proceso 02-N-86 (G.O.A.C. No.21 del 15 de Julio de 1987. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, BID/INTAL, Buenos Aires-Argentina, 1994, Tomo I, pág. 90) y más tarde lo ha reiterado en múltiples sentencias.”¹¹⁵ (Énfasis agregado)

[211] Así, continúa señalando el TJCAN señalando algunas otras precisiones al respecto:

“El ordenamiento jurídico andino es autónomo y la aplicación de las normas comunitarias que lo conforman no depende de las de otros ordenamientos internacionales, ni debe sujetarse a que guarden compatibilidad o conformidad con ellas. Cosa bien diferente es la de que, para que este ordenamiento se

¹¹⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 1-AI- 2001 de fecha 27 de junio de 2002, p. 29

¹¹⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 1-AI- 2001 de fecha 27 de junio de 2002, p. 35

acompañase con el de otras esferas u organizaciones internacionales o mundiales, el legislador andino expida normas que acojan dentro de su ordenamiento principios y regulaciones idénticos o semejantes a las de aquéllas. ... Además, el derecho comunitario andino, fuera de constituir un ordenamiento jurídico autónomo, independiente, con su propio sistema de producción, ejecución y aplicación normativa, posee los atributos, derivados de su propia naturaleza, conocidos como de aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía. Este tercer elemento dice relación con la capacidad que tienen sus normas de prevalecer sobre las de derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas, lo cual en la práctica se traduce en que el hecho de pertenecer al acuerdo de integración le impone a los Países Miembros dos obligaciones fundamentales dirigidas la una, a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de dicho Ordenamiento dentro de su ámbito territorial; y la otra, a que no se adopten medidas o se asuman conductas o se expidan actos, sean de naturaleza legislativa, judicial, o administrativa, que contraríen u obstaculicen la aplicación del derecho comunitario."¹¹⁶

5.4. Aspectos sobre la Seguridad Nacional

[212] En referencia a la protección de la seguridad nacional, las Decisiones 398 y 837, han establecido las siguientes disposiciones:

Decisión 398

“Artículo 153.- Los vehículos habilitados que se encuentren prestando el servicio de transporte internacional no serán sometidos, en lugares distintos a los de frontera, a controles aduaneros, de migración, policiales y sanitarios. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior, los controles que deban realizarse en el trayecto, por razones de seguridad nacional prevista en la ley o cuando exista evidencia de la comisión de infracciones aduaneras.” (Énfasis agregado).

Decisión 837

“Artículo 175.- Los vehículos habilitados que se encuentren prestando el servicio de transporte internacional no serán sometidos, en lugares distintos a los de frontera, a controles aduaneros, de migración, policiales y sanitarios. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior, los controles que deban realizarse en el trayecto, por razones de seguridad nacional prevista en la ley o cuando exista evidencia de la comisión de infracciones aduaneras.” (Subrayado agregado).

[213] Como bien se puede advertir, la protección de la seguridad nacional se encuentra regulada en las Decisiones 398 y 837 de manera expresa en materia de controles, siendo que señaladas normas comunitarias no establecen otros supuestos para aplicar el tema de la seguridad nacional.

[214] Por lo motivos expuestos en el presente Dictamen, se considera que la República del Ecuador mediante las disposiciones que establecen precios diferenciados en la venta de combustibles a los medios de transporte con placa de circulación extranjera, vulnera los principios de No Discriminación y Trato Nacional establecidos en el artículo 3 y 18 de la Decisión 398 y los artículos 3 y 15 de la Decisión 837.

¹¹⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 1-AI- 2001 de fecha 27 de junio de 2002, p. 35

5.5. El principio de libre competencia previsto en el artículo 3 de la Decisión 398 y en el artículo 3 de la Decisión 837

Alegatos de la Reclamante

[215] La Reclamante en su escrito de reclamo¹¹⁷ se refiere a la libre competencia, en la base legal, señalando el artículo 3 de las Decisiones 398 y 837, mencionando que las mismas se vienen infringiendo.

Alegatos de la Reclamada

[216] La Reclamada señala¹¹⁸ en su escrito de contestación al reclamo, que lo “... esencial para la buena marcha de la cooperación subregional que los países se comprometan a mantener reglas de juego compatibles con la operación del intercambio comercial dentro de esquemas de libre competencia e igualdad en las relaciones entre ellos, de modo que se cumpla el propósito de la integración económica, cual es el de aglutinar los diversos mercados de los países integrantes reduciendo o eliminando los obstáculos al intercambio comercial recíproco, a fin de que el mercado ampliado cumpla las funciones de expansión comercial y mejore las condiciones de competitividad en la región.”

[217] También se refiere¹¹⁹ al criterio del TJCAN en el proceso 118-AI-2003 de la siguiente manera:

“El preámbulo del Acuerdo de Cartagena señala que la Comunidad Andina se crea por la decisión de “... alcanzar tales fines mediante la conformación de un sistema de integración y cooperación que propenda al desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de los países”.

[218] Asimismo, continúa mencionando¹²⁰ lo siguiente:

“El artículo 1 del Acuerdo de Cartagena establece como meta el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros mediante la integración y la cooperación económica y social, para lograr gradualmente la formación de un mercado común latinoamericano para que, como lo señala el artículo 2 del mismo Instrumento, se pueda conducir el Proceso hacia “una distribución equitativa de los beneficios derivados de la Integración entre los Países Miembros, de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos...”. (Proceso 1-AI-96)

[219] Indica que, “Resulta paradójico, por tanto, que el reclamo iniciado por la República del Perú se dirija a cuestionar y pretender la declaratoria de incumplimiento de la República del Ecuador por medidas adoptadas soberanamente con la finalidad única y legítima de contribuir al desarrollo equilibrado y armónico, evitando desigualdades de desarrollo entre los Miembros, diferencia que está reconocida en el artículo 3.j del Acuerdo de Cartagena. Estas diferencias sistémicas que se mantienen desde el inicio del proceso de integración se han visto profundizadas por una caída de los precios del petróleo durante los últimos 7 años; las repercusiones sociales, políticas y económicas provocadas por la ola de protestas del 2019 luego de la expedición del Decreto Ejecutivo No. 883: y debido a los efectos negativos que la pandemia por COVID-19 ha tenido sobre la economía mundial.”¹²¹

¹¹⁷ Escrito de reclamo de fecha 22 de enero de 2021, Tabla N° 2, p.3

¹¹⁸ Escrito de contestación al reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 3

¹¹⁹ Escrito de contestación al reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 3

¹²⁰ Escrito de contestación al reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 3

¹²¹ Escrito de contestación al reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 3

[220] Señala que “... los Decretos en los que la República del Perú basa su demanda, tienen como objetivo último, mejorar las condiciones económicas del país al reducir progresivamente los subsidios a los combustibles que tienen un alto impacto fiscal y es progresiva al mejorar la equidad en la distribución de los recursos en beneficio de los habitantes más vulnerables del Ecuador pues, se ha demostrado que los subsidios benefician a los quintiles más ricos del país. Adicionalmente, la medida ataca directamente los efectos perversos del contrabando de combustibles (cuyos indicadores se presentarán en una sección subsiguiente) y reduce los incentivos para el desvío de combustibles al buscar la convergencia de los precios nacionales e internacionales. Lo dicho, sin duda alguna, también repercute positivamente en el ámbito subregional andino.”¹²²

[221] Asimismo, la Reclamada “... confía que la SGCAN tomará en cuenta el contexto de los hechos repasados a lo largo de este escrito y constatará que las medidas adoptadas por el Ecuador a raíz de tales hechos tienen como fin legítimo precautelar el orden público.”¹²³

Análisis SGCAN

[222] En referencia a la defensa de la libre competencia en la Comunidad Andina, el TJCAN ha indicado lo siguiente:

“El Acuerdo de Cartagena promueve el libre intercambio de bienes y servicios entre los países miembros de la Comunidad Andina a través del programa de liberación de bienes regulado en sus artículos 72 a 78 y el marco general de principios y normas para lograr la liberación del comercio intrasubregional de servicios regulado en los artículos 79 y 80.

*El libre intercambio de bienes y servicios permite que el proceso competitivo genere eficiencia económica en los mercados, lo que beneficia a los consumidores, a las empresas y a los propios Estados. A consumidores porque obtienen productos a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad y en forma más accesible. A las empresas porque la presión competitiva las incentiva a mejorar sus niveles de competitividad, preparándolas para aprovechar los mercados ampliados originados por el libre comercio. Y a los Estados porque la mejora en competitividad de las empresas, así como la mayor inversión y comercio originados por la competencia, provocan más ventas e ingresos, y por tanto, más impuestos que convertidos en recursos públicos permiten una mejor provisión de infraestructura y servicios públicos.”*¹²⁴ (Énfasis agregado)

[223] Las Decisiones 398 y 837 consagran el principio de libre competencia sin desarrollar en sus cuerpos normativos el alcance del mismo en el marco de las referidas decisiones. No obstante, cabe tomar en cuenta lo dispuesto en los artículos 157 y 178 de las respectivas normas comunitarias:

Decisión 398

“Artículo 157. - Los transportistas autorizados ofrecerán el servicio de transporte internacional bajo condiciones de libre y equitativa competencia. Asimismo, ofertarán libremente sus tarifas.

Decisión 837

¹²² Escrito de contestación al reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 4

¹²³ Escrito de contestación al reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 4

¹²⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 78-IP-2018 de fecha 7 de septiembre 2018 publicada en la GOAC 3383 de fecha 01 de octubre de 2018

“Artículo 178.- Los Países Miembros establecerán las normas necesarias para que la prestación de servicios por parte de los transportistas autorizados se realice en igualdad de condiciones de competencia en el mercado.”

[224] Por su parte, y a fin de tener claridad en el concepto de lo que se considera “libre competencia”, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado que los beneficios del libre comercio en el marco de los procesos de integración económica, pueden afectarse por conductas anticompetitivas transfronterizas pues a través de estas se crean barreras que dificultan la entrada o permanencia de las empresas a los mercados, o se distorsionan los precios y otras condiciones comerciales en perjuicio de los consumidores.¹²⁵

[225] En el mismo sentido el TJCAN ha indicado lo siguiente:

“Uno de los pilares del proceso de integración subregional andino es el programa de liberación del intercambio comercial de bienes, que a su vez sostiene la existencia de un área de libre comercio en el espacio geográfico de la Comunidad Andina. Un área de libre comercio necesita estar acompañada de un marco de defensa de la libre competencia que asegure el pleno despliegue de los beneficios del programa de liberación hacia los consumidores andinos.”¹²⁶

[226] En efecto, el artículo 7 de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina señala que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, los acuerdos que tengan el propósito, entre otros, de restringir la oferta o demanda de bienes o servicios, de repartir el mercado de bienes o servicios, de impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado.

[227] Además, el Tribunal ha señalado, con base en el artículo 5 de la Decisión 608, que la protección comunitaria de la libre competencia está relacionada con el ámbito geográfico de las medidas que afectan a la libre competencia, es decir, el efecto real transfronterizo que deben tener las medidas restrictivas del libre comercio, a saber:

“a) Se realiza en un país miembro y tiene efectos reales en:

- Otro país miembro*
- Otros países miembros*

En el país donde se realiza la conducta y en otro u otros países miembros

b) Se realiza en dos o más países miembros y tiene efectos reales en:

- Al menos uno de los países miembros donde la conducta se realiza.*
- En los dos o más países miembros donde la conducta se realiza.*
- En un país miembro distinto a los países miembros donde la conducta se realiza*

c) Se realiza en un país no miembro y tiene efectos reales en dos o más países miembros.”¹²⁷

[228] Y en ese mismo sentido, como efecto real ha definido:

“a) Cualquier incidencia, afectación, distorsión o modificación sobre la oferta o demanda en el mercado o comercio subregional correspondiente, lo que puede comprender el precio de los productos o servicios o demás condiciones de

¹²⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, procesos 78-IP-2018 ya mencionado y 484-IP-2018 de fecha 8 de mayo de 2020 publicada en G.O.A.C. 3961 de la misma fecha

¹²⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 2-IP-2019 de fecha 11 de diciembre de 2020 publicada en G.O.A.C. 4126 de 14 de diciembre de 2020

¹²⁷ Decisión 608, Artículo 5 y proceso 484-IP-2018

comercialización, la cantidad producida, la calidad de los productos o servicios, los canales de aprovisionamiento de los insumos o los canales de distribución o comercialización; o, b) Cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores.”¹²⁸

[229] Ahora bien, se encuentra que Organismos Internacionales como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) han entendido la libre competencia como la posibilidad efectiva que tienen los agentes económicos, de recurrir al mercado en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores y de manera tal que se fomente la eficiencia económica y el bienestar de estos últimos¹²⁹.

[230] Lo anterior, dicho de manera negativa, implica que afectará la libre competencia, aquellas condiciones que impidan o dificulten la participación de agentes económicos en el mercado, conforme las condiciones de demanda y oferta que en este de manera espontánea se susciten. Se encuentra así que resulta una vulneración de la libre competencia cualquier condición que imponga desigualdad de oportunidades para competir en el mercado y conceda privilegios a algunos proveedores en detrimento de otros.

[231] Los Países Miembros pueden adoptar medidas que incidan en la competencia positiva o negativamente. Con relación a estas últimas, la OCDE (2011) ha señalado que una de las maneras en las cuales la regulación puede restringir indebidamente la rivalidad en un mercado es a través de la elevación del costo de algunos proveedores con respecto a otros. Conforme dicho Organismo, este tipo de medidas tienen un potencial sustancial de distorsionar las relaciones competitivas dentro de la industria al elevar los costos para algunos proveedores a niveles significativamente más altos que para otros.

[232] Esto lleva a la probabilidad de impedir la entrada a un mercado y, con ello, a reducir la innovación y la intensidad de la presión competitiva en este.¹³⁰

[233] Considérese además que al igual que en otros bienes y servicios, las decisiones de oferta y demanda del servicio de transporte están en función, entre otros, a los precios. Siendo ello así, debe considerarse que en el transporte uno de los factores que da competitividad a un agente económico es el precio del servicio, el cual se ve incidido de manera importante por los costos en los que incurre el transportista en su prestación.

[234] En el marco de esta perspectiva, se tiene que dentro de los costos del transporte terrestre por carretera se encuentran, entre otros, el precio del combustible, la depreciación de la flota, el valor de los neumáticos, el mantenimiento de los vehículos, precio del capital humano (chofer, ayudantes, administrativos de flota), peajes, infraestructura del transportista.

[235] Siendo ello así, bajo el caso objeto de análisis, se encuentra que una regulación que imponga a un segmento de los proveedores del servicio de transporte terrestre, un costo de los combustibles más elevado que el que asume otro segmento de proveedores, afecta las condiciones en las cuales los primeros participan en el mercado, restándoles competitividad, al tener estos que reflejar dichos costos en precios de prestación del

¹²⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 5-AN-2015. Sentencia de 9 de marzo de 2017, publicada en G.O.A.C. 3012 de 12 de mayo de 2017

¹²⁹ OCDE. Derecho y Política de la Competencia en Colombia –Examen Inter pares- 2009. Consultado en la página web: <https://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>

¹³⁰ OCDE. Herramientas para la evaluación de la Competencia: Volumen I: Principios. Pág. 18. Consultado en la página web: <https://www.oecd.org/daf/competition/98765432.pdf>

servicio más elevados. En este escenario, tomando en consideración la racionalidad de los demandantes de este tipo de servicios, este tipo de medidas son susceptibles de generar un desplazamiento de estos demandantes hacia los proveedores que ofertan a menores precios, dado los menores costos en los que incurren.

[236] En esta línea, **una medida que impone a algunos proveedores del servicio de transporte a adquirir a un mayor precio el mismo combustible que otros proveedores del servicio de transporte terrestre adquieren a menor precio, afecta la libre competencia y allí hay un efecto real de las normas ecuatorianas denunciadas.**

[237] Esta Secretaría General advierte que el Acuerdo de Cartagena no contempla, de manera expresa, excepciones específicas al principio de libre competencia en materia de comercio de servicios¹³¹. De igual manera, las Decisiones 398 y 837 tampoco contienen disposiciones sobre excepciones al principio de libre competencia establecidos en las mismas.

[238] En relación al argumento de la Reclamada referidos a la preservación el orden público y la seguridad nacional, en especial a que la Decisión 439 establece en su artículo 11 excepciones a la libre competencia por razones de orden público, seguridad nacional y seguridad pública, téngase en consideración lo indicado en el punto 5.4 del presente Dictamen, acerca de que dichas excepciones no le son aplicables a la medida objeto de cuestionamiento.

[239] Sin perjuicio de lo anterior, y para mayor abundamiento, cabe indicar que la Decisión 439 ha dispuesto en cabeza de los Países Miembros la obligación de no establecer condiciones que distorsionen las condiciones de competencia con el siguiente tenor:

“Artículo 18.- Los Países Miembros velarán porque las medidas de promoción y fomento que apliquen a las actividades de servicios no distorsionen las condiciones de competencia al interior del mercado subregional y adoptarán normas comunitarias sobre incentivos al comercio de servicios.” (Énfasis agregado).

[240] Por otra parte, cabe señalar que en el ámbito del Derecho Comunitario se ha reconocido la capacidad de los Países Miembros de intervenir en las condiciones del mercado, como por ejemplo en los costos de algunos productos, en busca del interés social, también se ha entendido que dicha capacidad está condicionada al respeto de los compromisos que en el marco comunitario se han adoptado.

[241] Sobre el particular, en el marco del Proceso 87-IP-2002, respecto a la interpretación prejudicial sobre determinadas disposiciones contenidas en la norma andina sobre libre competencia para un asunto del sector de las telecomunicaciones en Bolivia, el TJCAN precisó lo siguiente:

“(…) aunque se consagra el derecho a la libertad de actividad económica y su sucedáneo de la libertad de competencia, existe y se reconoce también la capacidad del estado de imponer, dentro de la ley y en aras de hacer prevalecer el interés social, límites a la autonomía de la voluntad individual; capacidad ésta que es conocida como Intervencionismo de Estado y que se manifiesta en el conjunto de facultades, competencias y actuaciones del Poder Público destinadas a imponer limitaciones a las libertades que los administrados tienen

¹³¹ El Acuerdo de Cartagena establece disposiciones que exceptúan el cumplimiento del Programa de Liberación, el cual abarca el comercio de mercancías y no el de servicios.

de crear, modificar o extinguir derechos de contenido económico. Se acepta que el estado moderno, en su condición de director del proceso económico está facultado constitucionalmente para realizar dicha intervención en el mercado y que con tal fin puede desarrollar acciones que son, unas de regulación y control y otras, de participación directa en el mercado actuando como agente económico. Las primeras, por lo general, se manifiestan en la expedición de leyes, reglamentos, actos administrativos de fijación de precios o de tarifas, realización de inspecciones, etc., mientras que las segundas se materializan con actividades en las que el estado, por medio de sus órganos habilitados para ello se convierte en un agente más del proceso económico (...).

Empero, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico comunitario, esta función intervencionista, en cualesquiera de sus formas, debe ser cumplida por las autoridades del País Miembro de que se trate cuidando de no contradecir lo que al respecto haya sido objeto de regulación supranacional en esa materia, toda vez que si llegare a presentarse vulneración de la normativa comunitaria, la conducta en referencia será susceptible de configurar un incumplimiento, hecho éste perseguible por vía de la acción prevista en el Tratado de Creación del Tribunal.”¹³² (Énfasis agregado)

[242] Por lo motivos expuestos en el presente Dictamen, se considera que la República del Ecuador mediante las disposiciones que establecen precios diferenciados en la venta de combustibles a los medios de transporte con placa de circulación extranjera, así como las condiciones para su comercialización, consagradas en los Decretos Ejecutivos N° 338, N° 799, N° 1054, N° 1183 y N° 1222, así como la Resolución N° 006-001-DIRECTORIO EXTRAORDINARIOARCH-2015 de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, vulnerarían el principio de libre competencia establecido en el artículo 3 de las Decisiones 398 y 837.

5.6. Cuestiones adicionales

[243] La Secretaría General a continuación presentará algunas precisiones sobre lo indicado por la Reclamada referido a el argumento de que las obligaciones de Trato Nacional, No Discriminación y Libre competencia de las Decisiones 398 y 837 no se extienden a los mecanismos de regulación de precios de los combustibles.

5.6.1. Sobre el argumento de que las obligaciones de Trato Nacional, No Discriminación y Libre competencia de las Decisiones 398 y 837 no se extienden a los mecanismos de regulación de precios de los combustibles

Alegatos de la Reclamada

[244] En su escrito de contestación al reclamo, señala que “... no puede ni debe considerarse que a través de la medida de establecimiento de banda de precios a combustibles se pretende colocar a los proveedores de servicio de transporte internacionales en una situación desfavorable con relación al trato “beneficioso” otorgado al mismo sector en el contexto nacional.”¹³³

¹³² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso N° 87-IP-2002 “Interpretación prejudicial de los artículos 1, 2, 4, literal a) y 5 literales a) y d) de la Decisión N° 285; 1, 2, 17 y 18 de la Decisión No. 439; 28, 29 y 34 de la Decisión No. 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, así como de los artículos 4, 5 y 6 de la Resolución No. 432 expedida por la Secretaría General de la misma Comunidad, solicitada por la Sala Plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia de la República de Bolivia. Expediente Interno: No. 160/2001. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. TELEFONIA CELULAR DE BOLIVIA S.A. - TELECEL contra SUPERINTENDENTE GENERAL DEL SISTEMA DE REGULACION SECTORIAL-SIRESE”, publicado en la GOAC N° 868 el 2 de diciembre de 2002. Págs. 11 a 12.

¹³³ Escrito de contestación al reclamo de fecha 1 de abril de 2021, recibido en la SGCAN el 5 de abril de 2021, p. 9

Análisis de la SGCAN

[245] Los principios de Trato Nacional, No Discriminación y la Libre Competencia resultan aplicables a las medidas que puedan afectar el comercio del servicio de transporte.

[246] Con relación al argumento de la Reclamada referido a que las normas comunitarias sobre trato nacional, no discriminación y libre competencia no se aplican ni constituyen un límite para los mecanismos nacionales sobre determinación del precio de los combustibles, tal y como ha sido indicado supra, en el presente procedimiento el asunto controvertido es si las medidas adoptadas por la República del Ecuador vulneran los referidos principios, con motivo de que tales medidas establecerían precios diferenciados para vehículos con placa de circulación extranjera, pudiendo afectar de esa manera el comercio del servicio de transporte.

[247] Sumado a ello, cabe indicar que fueron los propios Países Miembros quienes, a través de las Decisiones 398 y 837, por su propia voluntad y consentimiento, quedaron obligados a dar cumplimiento a los principios de Trato Nacional, No discriminación y Libre Competencia en materia de transportes.

[248] Se debe tener presente que las entidades de un País Miembro, incluidas aquellas que tienen como función determinar precios de combustibles, se encuentran obligadas a cumplir con el ordenamiento jurídico andino, debiendo abstenerse de adoptar medidas que lo contraríen. Sobre el particular, téngase en consideración lo indicado por el TJCAN en el proceso 6-IP-1993¹³⁴ referido a que:

“los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se vinculan jurídicamente al compromiso de adoptar toda clase de medidas -sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración.”

[249] Por lo expuesto, se desestiman los alegatos de la Reclamada sobre este extremo.

5.7. El alegado incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN

En el escrito de reclamo, la Reclamante señala que se estaría vulnerando el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el cual dispone:

“Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”

[250] En relación a lo dispuesto en el señalado artículo 4 en el párrafo anterior, el TJCAN ha precisado lo siguiente:

“Debe precisarse, así mismo, que las obligaciones previstas en el artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal, están referidas al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente definido en el artículo 1° del mismo Tratado. De donde se concluye que bien sea que se trate

¹³⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 06-IP-1993 de fecha 25 de febrero de 1994 publicada en el GOAC N° 150 del 25 de marzo de 1994

*de normas de derecho primario o de normas de derecho derivado, deben por igual ser respetadas y acatadas tanto por los organismos (sic) y funcionarios de la Comunidad como, y sobre todo, por los Países Miembros.*¹³⁵ (Énfasis agregado)

[251] Como se puede observar, el precitado artículo establece la obligación que tienen los Países Miembros de cumplir con las disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico andino y adoptar las medidas que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento de dichas disposiciones.

[252] En este marco, en el presente caso al haberse determinado que la Reclamada ha incumplido con sus obligaciones derivadas los artículos 3 y 18 de la Decisión 398, los artículos 3 y 15 de la Decisión 837, corresponde también determinar que la reclamada ha incumplido el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

5.8. Sobre la flagrancia alegada

[253] La Secretaría General de la Comunidad Andina considera, a la luz de los alcances expuestos en el presente Dictamen y tomando en cuenta el análisis desarrollado, considera que el incumplimiento reclamado no tiene el carácter de flagrancia.

[254] Sin perjuicio de ello, este órgano comunitario encuentra que la Reclamada ha incumplido los principios de No Discriminación, Trato Nacional y Libre Competencia consagrados en los artículos 3 y 18 de la Decisión 398, los artículos 3 y 15 de la Decisión 837 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

[255] VI. CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS. -

[256] Con base en las consideraciones expresadas, la información suministrada por las Partes, lo actuado por la Secretaría General en el curso del procedimiento y lo obrante en el expediente del caso, se considera que la República del Ecuador, mediante las disposiciones que establecen precios diferenciados en la venta de combustibles a los medios de transporte con placa de circulación extranjera, así como las condiciones para su comercialización, contenidas en los Decretos Ejecutivos N° 338, N° 799, N° 1054, N° 1183 y N° 1222, así como la Resolución N° 006-001-DIRECTORIO EXTRAORDINARIOARCH-2015 de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, incumplen con los principios de No Discriminación, Trato Nacional y Libre Competencia consagrados en los artículos 3 y 18 de la Decisión 398, los artículos 3 y 15 de la Decisión 837 y por tal, incumple con el artículo 4 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

VII. MEDIDAS APROPIADAS PARA CORREGIR EL INCUMPLIMIENTO. -

[257] En aplicación de lo dispuesto por el artículo 4 del TCTJCA, y a fin de corregir el incumplimiento dictaminado en el punto anterior, se recomienda a la República del Ecuador modificar el Decreto Ejecutivo 338 y demás normas nacionales de fijación de precios diferenciados de combustible para los vehículos extranjeros, en lo que resulte necesario de manera que no se contraponga al sentido de este Dictamen.

¹³⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 16-AI-2000 de fecha 24 de noviembre de 2000, citada en el proceso 52-AI-2002 de fecha 27 de agosto de 2003

VIII. PLAZO PARA REMITIR INFORMACIÓN. -

[258] De conformidad con el artículo 21 del Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, se establece un plazo de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día siguiente a la publicación del presente Dictamen en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, para que la República del Ecuador informe a la Secretaría General de la Comunidad Andina la medida que ha adoptado o que se encuentre adoptando dirigida a corregir el incumplimiento, acompañando la prueba que acredite la adopción de tal correctivo.

Jorge Hernando Pedraza
Secretario General