



SUMARIO SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

DICTAMEN N° 007-2023	Reclamo de incumplimiento interpuesto por el señor Miguel Ángel Puente Asquet, Director Ejecutivo y Representante Legal del Instituto Ecuatoriano del Cemento y el Hormigón - INECYC en contra de la República de Colombia por el presunto incumplimiento flagrante de los artículos 72 y 77 del Acuerdo de Cartagena y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.....	1
-----------------------------	---	---

DICTAMEN N° 007-2023

Reclamo de incumplimiento interpuesto por el señor Miguel Ángel Puente Asquet, Director Ejecutivo y Representante Legal del Instituto Ecuatoriano del Cemento y el Hormigón - INECYC en contra de la República de Colombia por el presunto incumplimiento flagrante de los artículos 72 y 77 del Acuerdo de Cartagena y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

I. SUMILLA. -

- [1] El señor Miguel Ángel Puente Asquet, Director Ejecutivo y Representante Legal del Instituto Ecuatoriano del Cemento y el Hormigón - INECYC (en adelante, la “Reclamante” o “INECYC”) presenta ante la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, “SGCAN”) un reclamo contra la República de Colombia por presunto incumplimiento flagrante de los artículos 72 y 77 del Acuerdo de Cartagena y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- [2] El presente Dictamen se emite en el marco de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA) (Decisión 472) y los artículos 13, 14 y 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 30 de marzo de 2023 se recibió, vía electrónica, por parte del señor Miguel Ángel Puente Asquet, Director Ejecutivo y Representante Legal del Instituto Ecuatoriano del Cemento y el Hormigón - INECYC, el Reclamo por el supuesto incumplimiento flagrante señalado en el párrafo [1] del presente Dictamen, así como sus anexos.
- [4] INECYC acredita como abogado designado, en el marco del artículo 19 de la Decisión 425, al Dr. Genaro Baldeón Herrera, con Cédula de Identidad de la República del Ecuador N°027524223, y Matrícula 17-2000-411 del Foro de Abogados del Ecuador¹.

¹ Ver Escrito de Reclamo, anexo 17.



- [5] Mediante Nota SG/E/SJ/632/2023 de fecha 20 de abril de 2023, la SGCAN determinó, luego de la evaluación correspondiente, que la documentación presentada por la Reclamante se encontraba completa y conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Decisión 623, admitió a trámite el reclamo por incumplimiento y dispuso su traslado al gobierno a la República de Colombia, mediante Nota SG/E/SJ/633/2023, otorgándole un plazo de 45 días para su contestación. Asimismo, mediante Nota SG/E/SJ/634/2023, la Secretaría General comunicó a los demás Países Miembros dicha reclamación a fin de que presenten los elementos de información que estimaran pertinentes.
- [6] Con fecha 24 de abril de 2023, mediante Radicado No. 2-2023-011673, la República de Colombia solicita una prórroga de quince (15) días calendario adicionales al plazo concedido mediante Nota SG/E/SJ/333/2023, para contestar el reclamo.
- [7] Mediante Nota SG/E/SJ/674/2023 de 25 de abril de 2023, la SGCAN concedió a la República de Colombia la ampliación de plazo solicitada por las siguientes razones:
- i) La solicitud fue presentada dentro del plazo concedido para contestar el reclamo.
 - ii) En la solicitud se expone el motivo razonable para la concesión de la prórroga, referida a que se requiere *“obtener información relativa frente al proceso adelantado por las autoridades nacionales colombianas, conocer las justificaciones y su opinión respecto de la medida objeto de reclamo”*.
 - iii) Los días de prórroga solicitados junto con el plazo otorgado para contestar el reclamo no exceden de sesenta (60) días calendario.
- [8] De la misma manera, se remiten la Notas SG/E/SJ/675/2023 y SG/E/SJ/676/2023, ambas de fecha 26 de abril de 2023, donde se comunica a la Reclamante y a los Países Miembros respectivamente, que la SGCAN dispuso la concesión de la prórroga.
- [9] Posteriormente, mediante Nota SG/E/SJ/949/2023 de 30 de mayo de 2023, la SGCAN convoca a una Reunión Informativa con las Partes del proceso FP/04/2023, para el día 16 de junio del 2023 a horas 10:00 a.m. Asimismo, en el marco de lo dispuesto en el artículo 18 de la Decisión 623, la SGCAN informó a los demás Países Miembros sobre la realización de la reunión mediante nota SG/E/SJ/949/2023 de 30 de mayo de 2023.
- [10] Mediante comunicación del 30 de mayo de 2023, conforme a lo dispuesto por el artículo 19 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General (Decisión 425), INECYC solicitó acceder a una copia digital del expediente completo FP/04/2023. Al respecto, mediante Nota SG/E/SJ/955/2023 del 30 de mayo de 2023 se da acceso al expediente al reclamante.
- [11] Mediante correo electrónico del 1º de junio de 2023, la República del Ecuador acredita a sus representantes a la reunión informativa [9].
- [12] Mediante oficio del 2 de junio de 2023, la República de Colombia, a través de su apoderado Dr. Mauricio Andrés Salcedo Maldonado, Jefe de la Oficina de Asuntos



Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia,² interpuso Recurso de Reconsideración en contra de la decisión de la Secretaría General de admitir el reclamo por incumplimiento interpuesto por el INECYC del Ecuador en contra de la República de Colombia, contenida en el escrito de admisión SG/E/SJ/632/2023.

- [13] Mediante Nota SG/E/SJ/1005/2023 de fecha 6 de junio de 2023, se acusa recibo a la República de Colombia del Recurso de Reconsideración [12] presentado. Mediante nota SG/E/SJ/1006/2023 se corre traslado del Recurso de Reconsideración [12] a INECYC y a los Países Miembros.
- [14] Mediante correo electrónico de fecha 7 de junio de 2023, INECYC acredita a sus representantes a la reunión informativa [9].
- [15] Mediante Radicado No. 2-2023-016695 de fecha 9 de junio de 2023, recibido el 12 de junio de 2023, la República de Colombia acredita a sus asesores y expertos a la reunión informativa [9].
- [16] El 16 de junio de 2023, se realizó de manera virtual la Reunión Informativa dentro del proceso FP/04/2023, conforme la convocatoria realizada. Mediante nota SG/E/SJ/1110/2023 de 19 de junio de 2023 se remite el acta de la Reunión Informativa a las partes.
- [17] Mediante Radicado No. 2-2023-017200 de fecha 16 de junio de 2023, recibido en la SGCAN el 19 de junio de 2023, la República de Colombia presentó el Escrito de Contestación al reclamo y sus anexos; que fue admitido por la SGCAN mediante Nota SG/E/SJ/1118/2023 de fecha 20 de junio de 2023; y puesto en conocimiento de la Reclamada y Países Miembros mediante Nota SG/E/SJ/1119/2023 de fecha 20 de junio 2023.
- [18] Mediante Oficio Nro. MPCEIP-VCE-2023-0165-O de fecha 19 de junio de 2023, la República del Ecuador remite un escrito denominado Elementos de Información, cuyo acuse recibo por parte de la SGCAN se da mediante Nota SG/E/SJ/1127/2023 y se corre traslado a los Países Miembros y a las Partes mediante Nota SG/E/SJ/1126/2023, ambas con fecha 20 de junio de 2023.
- [19] Con fecha 19 de junio de 2023, recibido el 20 de junio de 2023, la Reclamante presenta escrito denominado Consideraciones sobre los argumentos y Recurso de Reposición, cuyo acuse recibo por la SGCAN se realizó mediante Nota SG/E/SJ/1149/2023 del 22 de junio de 2023, y puesto en conocimiento de la República de Colombia y a los Países Miembros mediante Nota SG/E/SJ/1148/2023 en la misma fecha.

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

- [20] La reclamante interpone reclamo por incumplimiento contra la República de Colombia *“al no haber adoptado las medidas necesarias para dejar sin efecto la restricción al*

² Las credenciales del apoderado Dr. Mauricio Salcedo corren en el expediente como anexo al Recurso de Reconsideración del 2 de junio de 2023 y al escrito de contestación de reclamo de fecha 16 de junio de 2023.



comercio declarada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia de 14 de octubre de 2022, emitida dentro del proceso 02-AN-2020, en flagrante violación al Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena y desacato a la propia sentencia del Tribunal; y, (ii) al haber impedido –y continuar haciéndolo– las importaciones de cemento –originario de los países miembros de la Comunidad Andina– que ingresen por las aduanas localizadas en zonas de la frontera terrestre con la República del Ecuador, específicamente las aduanas de Ipiales, en el departamento de Nariño, y de San Miguel, en el departamento del Putumayo.”³

- [21] Sobre el particular, en la referida sentencia el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA) señala:

“(…)

SEGUNDO: Declarar la nulidad total de la Resolución 2019 emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina el 14 de agosto de 2018.

TERCERO: Declarar que la medida establecida por el Gobierno de Colombia, que permite el ingreso de cemento gris importado a su territorio nacional —clasificado en la subpartida NANDINA «2523.29.00 - Los demás»— únicamente por determinadas aduanas —en aplicación del Decreto 2272 de 1991, la Resolución 001-2015 del Consejo Nacional de Estupefacientes y la Circular 037 de 2016 de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia—, es contraria a las disposiciones del Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena y constituye, a la fecha de emisión de la presente sentencia, una restricción al comercio en los términos previstos en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena (…)”

- [22] Añade la reclamante que:

“III.9. El día 17 de octubre de 2022 se realizó la notificación de la sentencia emitida dentro del proceso 02-AN-2020, a las partes demandante, demandada y coadyuvante, respectivamente, según se desprende de la certificación emitida por la Secretaría General del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 17 de marzo de 2023 (Anexo 11).

III.10. Mediante oficio de fecha 23 de enero de 2023, radicado el 1 de febrero, (Anexo 12), INECYC comunicó al Ministro de Comercio, Industria y Turismo de Colombia la disposición de la industria ecuatoriana de abastecer la demanda de cemento, especialmente en las zonas fronterizas y del sur de Colombia, para lo cual precisó la necesidad de ejecutar lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia de 14 de octubre de 2022, dentro del proceso 02-AN-2020. INECYC también observó que la suspensión del comercio de cemento de Ecuador hacia Colombia por vía terrestre solo ocurrió a partir de la Circular N. 037 de 29 de diciembre de 2016, mediante la cual el Director de Comercio

³ Ver Escrito de Reclamo, pág. 6.



Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia informó -bajo una interpretación no motivada de un Decreto del año 1991 y una Resolución del Consejo Nacional de Estupefacientes del año 2015- que el cemento solo podría ingresar por determinadas aduanas, entre las cuales no se encontraban aquellas que están en la frontera terrestre con Ecuador. Igualmente, señaló INECYC que el restablecimiento de las importaciones de cemento provenientes del Ecuador podría ejecutarse con una aclaración o una nueva circular que precise que el cemento puede ingresar por cualquier aduana habilitada bajo los requisitos normados por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

III.11. Mediante comunicación de fecha 7 de febrero de 2023 (Anexo 13), recibida el 9 del mismo mes y año, INECYC solicitó a la Secretaría General de la Comunidad Andina información sobre las medidas que el gobierno colombiano debió haber comunicado dicho órgano comunitario dirigidas a cumplir la sentencia del Tribunal de Justicia, mediante la supresión de las restricciones a la importación de cemento originario de los países miembros de la Comunidad Andina.

III.12. El 10 de febrero de 2023, mediante comunicación SG/E/SJ/244/2023 (Anexo 14), el Secretario General de la Comunidad Andina dio respuesta a la solicitud de información de INECYC. En lo principal, en esa fecha INECYC conoció sobre la solicitud de enmienda de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina presentada por la República de Colombia, según se desprende del Oficio N°006-S-TJCA- 2023 (Anexo 15), que la Secretaría General también puso en conocimiento de INECYC. La Secretaría General, asimismo, señaló que “se encuentra a la espera del pronunciamiento del TJCA sobre dicha solicitud [de enmienda].”

III.13. El 15 de febrero de 2023, el Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia también dio respuesta al oficio de INECYC (radicación 1-2023-003778) (Anexo 16). En dicha comunicación, aparte de referirse a la solicitud de enmienda formulada por la República de Colombia en curso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como sobre la vigencia de varias normas internas colombianas, precisó que: “[...] a efectos de permitir la importación de cemento originario de Ecuador a Colombia por una aduana diferente a la Barranquilla, Bogotá Buenaventura, Cartagena o Cúcuta, no es suficiente aclarar o expedir una nueva circular por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. No obstante lo anterior, es preciso advertir que el Gobierno Nacional se encuentra actualmente analizando fórmulas para ofrecer una solución. A dichos efectos el tema es objeto de análisis por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual es presidido por el Ministerio de Justicia y del Derecho”.



*III.14. A la fecha, el Gobierno de la República de Colombia no ha tomado las medidas necesarias para dejar sin efecto la restricción de ingreso por los Departamentos de Nariño (aduana de Ipiales) y de Putumayo (aduana de San Miguel) de cemento originario del Ecuador y de los demás Países Miembros, a pesar de que tal restricción es contraria al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, tal como lo declaró el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia de 14 de octubre de 2022. La omisión incurrida por el Gobierno de Colombia ha sido reconocida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en su comunicación de 15 de febrero de 2023”.*⁴

[23] Y en cuanto a las normas comunitarias que se vendrían infringiendo, el escrito continúa señalando que son las siguientes⁵:

- i) Artículos 72 y 77 del Acuerdo de Cartagena.
- ii) Sentencia del Proceso 02-AN-2020.

IV. REUNIÓN INFORMATIVA

[24] En el marco de lo dispuesto en el artículo 18 de la Decisión 623, la SGCAN, 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 conducentes a subsanar el incumplimiento.

[25] En dichas reuniones la SGCAN prepondera la igualdad de trato a las Partes intervinientes y Países Miembros participantes, garantizando el derecho de todos los interesados en el procedimiento.

[26] La reunión informativa se llevó a cabo el 16 de junio de 2023 con la presencia de las Partes intervinientes y oportunidad en la que expresaron los argumentos reflejados en el escrito del reclamo y en el escrito de contestación respectivamente, asimismo, la SGCAN realizó preguntas para aclarar algunos aspectos relacionados al caso.

[27] Habiéndose reiterado los aspectos de sus escritos la reclamante y la reclamada, a continuación, se resalta algunos comentarios de ambas partes.

[28] La Reclamante expuso los argumentos de su reclamo principalmente en torno a los siguientes aspectos:

1. Incumplimiento flagrante de Colombia sobre sus obligaciones derivadas de los artículos 72 y 77 del Acuerdo de Cartagena y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

- al no haber adoptado las medidas necesarias para dejar sin efecto la restricción al comercio declarada por el Tribunal de

⁴ Escrito de Reclamo, páginas 6 a 9.

⁵ Escrito del Reclamo de fecha 11 de noviembre de 2022, folios 11 a 16.



Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia dentro del proceso 02-AN-2020.

- al haber impedido –y continuar haciéndolo– las importaciones de cemento originario de los países miembros de la Comunidad Andina que ingresen por las aduanas localizadas en zonas de la frontera terrestre con la República del Ecuador, específicamente las aduanas de Ipiales, en el departamento de Nariño, y de San Miguel, en el departamento del Putumayo.

[29] La reclamada expresó sus argumentos, señalando, principalmente, lo siguiente:

1. El flagelo del narcotráfico en Colombia:
 - a. Evolución de la regulación de las sustancias controladas.
 - b. El Cemento sometido a control por el CNE.

2. Posición de Colombia frente a la admisión de la acción de incumplimiento por parte de la SGCAN.
 - a. La acción de incumplimiento de INECYC no debe ser admitida.
 - i. La admisión por parte de la SGCAN de la acción de incumplimiento implica la existencia de un prejuzgamiento frente al supuesto incumplimiento por parte de Colombia.
 - ii. Admisión del Reclamo FP/04/2023 - La admisión de la acción de incumplimiento deja a Colombia en un estado de indefensión.
 - b. La acción de incumplimiento de INECYC presenta vicios en sus requisitos de fondo:
 - i. El INECYC no acreditó su legitimación en la causa por activa para formular el reclamo.
 - ii. El INECYC no presentó una descripción clara de las medidas adoptadas por Colombia que considera constituyen un incumplimiento al ordenamiento jurídico andino.

3. Posición de Colombia frente a la acción de incumplimiento interpuesta por el INECYC.
 - a. La restricción del ingreso del cemento gris, precursor de la pasta de coca, a través de los pasos fronterizos de Ipiales (Nariño) y San Miguel (Putumayo), se encuentra cobijada por la excepción del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

4. La SGCAN violaría el principio de legalidad al decidir sobre el incumplimiento de una sentencia que fue adoptada por fuera de las competencias del TJCAN.



V. ARGUMENTOS DE LAS PARTES. -

5.1. Argumentos de la Reclamante

- [30] La Reclamante señala además que, en el presente caso, la República de Colombia habría contravenido los artículos 72 y 77 del Acuerdo de Cartagena⁶ de manera flagrante, por este motivo *“Al haber calificado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como restricción al comercio y declarado contraria al artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, las medidas adoptadas por el Gobierno de Colombia, materia de la presente reclamación, únicamente corresponde en el procedimiento de fase prejudicial verificar si las conductas que configuran el incumplimiento persisten a la fecha de la presente reclamación. (...)”*.⁷

Con relación a la vigencia de la restricción, añade que:

*“VII.5. La vigencia de la restricción –y, consecuentemente, persistencia del incumplimiento reclamado– la confirmó recientemente el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia en su comunicación dirigida a INECYC el 15 de febrero de 2023 (Anexo...). [sic] En dicha comunicación, se sostiene: “En relación con la importación de cemento proveniente de la República de Ecuador, es pertinente advertir que, de conformidad con el Decreto 2272 de 1991 “por el cual se adoptan como legislación permanente unas disposiciones expedidas en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio” y, de la Resolución 01 del 2015 del Consejo Nacional de Estupefacientes“ por la cual se unifica y actualiza la normatividad sobre el control de sustancias y productos químicos”, **solo es posible importar cemento a la República de Colombia a través de las aduanas de Barranquilla, Bogotá, Buenaventura, Cartagena y Cúcuta.** [...] No obstante lo anterior, es preciso advertir que el Gobierno Nacional se encuentra actualmente analizando fórmulas para ofrecer una solución. A dichos efectos el tema es objeto de análisis por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual es presidido por el Ministerio de Justicia y del Derecho.”*⁸ (Énfasis de la Reclamante).

- [31] Asimismo, manifiesta la Reclamante que la Reclamada habría incurrido en incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,⁹ en particular de sus obligaciones de hacer y no hacer:

“VII.10. El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recoge el principio de cooperación leal, en virtud del cual los Países Miembros, a través de todos sus órganos que

⁶ Los artículos 72 y 77 del Acuerdo de Cartagena que señalan:

“Artículo 72.- El Programa de Liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro.

(...)

Artículo 77.- Los Países Miembros se abstendrán de aplicar gravámenes y de introducir restricciones de todo orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión.”

⁷ Escrito de Reclamo, página 16.

⁸ Escrito de Reclamo, páginas 16 y 17, que hace referencia al Anexo 16.

⁹ El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al que hace referencia la Reclamante 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.”



ejercen poder público, deben asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

VII.11. Las obligaciones de hacer y de no hacer que impone el señalado artículo 4 son aplicables tanto a las autoridades del orden legislativo, administrativo, así como judicial.

VII.12. En el presente caso, como se ha expuesto, la República de Colombia se ha abstenido, hasta la fecha, de tomar las medidas necesarias para suprimir las restricciones al comercio declaradas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de esa manera asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario y la obligación implícita que derivada de la sentencia del 14 de octubre de 2022, dentro del proceso 02-AN-2020. El Gobierno de Colombia, consecuentemente, se encuentra en una situación de desacato o falta de ejecución de una sentencia, con autoridad de cosa juzgada, de la más alta jurisdicción de la Comunidad Andina.

VII.13. Asimismo, la República de Colombia incurrió en incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al haber introducido, desde noviembre del año 2017, restricciones a las importaciones de cemento originarios de la Subregión, en objetiva violación al artículo 77 del Acuerdo de Cartagena”.¹⁰

5.1.1. Antecedentes

5.1.1.1. Principales hechos del proceso seguido ante la Secretaría General

- [32] Mediante Decreto 2272 de 1991 del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República de Colombia, Resolución 001-2015 del Consejo Nacional de Estupefacientes y Circular 037 de 2016 de la Dirección de Comercio, Industria y Turismo autorizó el ingreso a su territorio de cemento gris importado, clasificado en la subpartida NANDINA “2523.29.00 – Los demás”, únicamente por las aduanas de Barranquilla, Bogotá, Buenaventura, Cartagena, Cúcuta y por las Zonas Francas ubicadas en las ciudades de Barranquilla, Buenaventura, y Cartagena (en adelante, la medida).
- [33] La medida descrita supra impide que el cemento ecuatoriano ingrese a territorio colombiano a través del puente internacional de Rumichaca (Tulcán – Ipiales), principal paso terrestre fronterizo entre Ecuador y Colombia.
- [34] El 24 de abril de 2018, mediante comunicación SG/E/D1/688/2018, la SGCAN inició de oficio una investigación por presuntas restricciones interpuestas por el gobierno de Colombia contra las importaciones de cemento originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina (en adelante, CAN), en virtud de los artículos 72, 73 y 74 del Acuerdo de Cartagena, relativos al Programa de Liberación.
- [35] Posterior a ello, el 22 de mayo de 2018, mediante Oficio N° MCEI-SDYNC-2018-0048 del Ministerio de Comercio Exterior e Inversiones, el gobierno del Ecuador presentó elementos de información al procedimiento de investigación iniciado mediante comunicación SG/E/D1/688/2018 solicitando a la SGCAN calificar la medida del Decreto 2272 de 1991, Resolución 001-2015 del Consejo Nacional de Estupefacientes y Circular

¹⁰ Ver Escrito de Reclamo, página 18.

037 de 2016 de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo como una restricción de todo orden al comercio intrasubregional al no estar amparada en ninguna de las excepciones previstas en el párrafo segundo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

- [36] Mediante Resolución 2019 del 14 de agosto de 2108, la SGCAN declara que la medida establecida por el gobierno de Colombia, que permite el ingreso de cemento gris importado a su territorio nacional, clasificado en la subpartida NANDINA «2523.29.00-Los demás», únicamente por determinadas aduanas, en aplicación del Decreto 2272 de 1991, la Resolución N° 001-2015 del Consejo Nacional de Estupefacientes y la Circular N° 037 de 2016, de la Dirección de Comercio Exterior, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, no constituye una restricción al comercio intrasubregional, según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

5.1.1.2. Proceso seguido ante el Tribunal de Justicia

- [37] Con fecha 21 de enero de 2020, la República del Ecuador interpuso Acción de Nulidad contra la Resolución 2019 emitida por la SGCAN ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA).
- [38] El 25 de junio de 2020, mediante Oficio OALI 2-2020- 016890, la República de Colombia hizo conocer al TJCA su propósito de actuar en calidad de coadyuvante de la SGCAN dentro del proceso, en los términos descritos en el Artículo 72 del Estatuto del TJCA.
- [39] Por Auto de 17 de septiembre de 2020, el Tribunal dispuso tener por admitida la solicitud de coadyuvancia presentada por la República de Colombia.
- [40] Mediante Nota SG/E/SJ/951/2022 del 12 de julio de 2022, la SGCAN se allanó a la demanda planteada por la República del Ecuador dentro del Proceso 02-AN-2020. Dicha comunicación, en su parte pertinente, señala lo siguiente:

“En mi condición de apoderado de la Secretaría General de la Comunidad Andina, contando con la aprobación previa del Secretario General de la Comunidad Andina y de conformidad con el artículo 58 del Estatuto del TJCA/Decisión 500 manifiesto que la Secretaría General de la Comunidad Andina se allana a la demanda presentada por la República del Ecuador con la pretensión de lograr la nulidad de la Resolución 2019 de 2018 de la SGCAN.

(...) encuentra la SGCAN que hubo un error jurídico en la Resolución 2019 al no haber establecido un plazo perentorio para la aplicación de la medida por parte de la República de Colombia, plazo en el cual se hubiesen podido implementar medidas aduaneras y de controles de seguridad, para precisamente hacer en el tiempo sustituible la medida; es decir la insustituibilidad no es un concepto estático sino dinámico: era cierta al momento de expedir la Resolución pero dejó de serlo al transcurrir un tiempo



durante el cual se pueden tomar medidas que rehabiliten la libre circulación de ese bien, sin restricción alguna.

El cemento es una mercancía común, normal, de libre venta en todos los Países miembros, no es un bien de comercio prohibido o ilegal de los contemplados en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, ni siquiera es una sustancia de circulación controlada como las reguladas en la Decisión 602 Norma Andina para el Control de Sustancias Químicas que se utilizan para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; por ello, con la Resolución 2019, al no establecer un plazo, se tiene como resultado que una mercancía legal termina restringida en su comercio en forma indefinida, lo cual viola la zona andina de libre comercio y se erige como un retroceso en la misma.”

- [41] Mediante Sentencia del Proceso 02-AN-2020 del 14 de octubre de 2022 el TJCA decide:
- “PRIMERO:** Aceptar, en todos sus extremos, el allanamiento a la demanda presentado por la Secretaría General de la Comunidad Andina dentro del presente proceso.
- SEGUNDO:** Declarar la nulidad total de la Resolución 2019 emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina el 14 de agosto de 2018.
- TERCERO:** Declarar que la medida establecida por el Gobierno de Colombia, que permite el ingreso de cemento gris importado en su territorio nacional —clasificado en la subpartida NANDINA «2523.29.00-Los demás»— únicamente por determinadas aduanas —en aplicación del Decreto 2272 de 1991, la Resolución 001-2015 del Consejo Nacional de Estupefacientes y la Circular 037 de 2016 de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia—, es contraria a las disposiciones del Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena y constituye, a la fecha de emisión de la presente sentencia, una restricción al comercio en los términos previstos en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.
- CUARTO:** No condenar en costas a ninguna de las partes del presente proceso, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta Sentencia.”¹¹

- [42] Mediante escrito del 31 de octubre de 2022, la República de Colombia solicitó la enmienda a la Sentencia del TJCAN tras pronunciarse sobre asuntos no planteados en la demanda, asumiendo funciones que le corresponden exclusivamente a la Secretaría General; esto es, determinar si la medida adoptada por la República de Colombia era o no una medida restrictiva al comercio en los términos previstos del segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. En opinión de la Reclamada, el TJCAN puso en riesgo su seguridad nacional y política pública de lucha contra el narcotráfico y le desconoció el derecho a la contradicción, en cuanto no consideró sus argumentos respecto del allanamiento.

¹¹ Proceso 02-AN-2020, publicada en la GOAC 5056 del 18 de octubre de 2022.



- [43] Mediante Auto de fecha 30 de mayo de 2023, el TJCAN declaró infundada la solicitud de enmienda presentada por la República de Colombia y confirmó en todos sus extremos la Sentencia del 14 de octubre de 2022 emitida dentro del Proceso 02-AN-2020.

5.2. Argumentos de la Reclamada

5.2.1. Recurso de Reconsideración

- [44] Mediante oficio del 2 de junio de 2023, la República de Colombia interpuso Recurso de Reconsideración en contra de la decisión de la Secretaría General de admitir el reclamo por incumplimiento interpuesto por el INECYC del Ecuador en contra de la República de Colombia, contenida en el escrito de admisión SG/E/SJ/632/2023.
- [45] Al respecto, es preciso tener presente que la Decisión 623 - Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento no prevé la interposición de recurso de reconsideración, ni excepciones o cuestiones previas.
- [46] Sin embargo, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 4, 37 y siguientes de la Decisión 425¹², de carácter supletorio al presente proceso, corresponde resolver el recurso de reconsideración planteado sobre la base de las fuentes supletorias del derecho de la integración y el derecho administrativo.

¹² **Decisión 425 - Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina**

“Artículo 4.- La Secretaría General no podrá dejar de resolver, por deficiencia de las normas, un asunto que corresponda a sus competencias y le sea sometido. En este caso, deberá acudir a las fuentes supletorias del Derecho de la integración y del Derecho administrativo, en cuanto estas últimas resulten aplicables.

(...)

Artículo 37.- Los interesados podrán solicitar a la Secretaría General la reconsideración de cualquier Resolución de ésta, así como de cualquier acto que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o prejuzgue sobre el fondo del asunto debatido. Igualmente podrán solicitar la reconsideración de los actos de la Secretaría General que impongan medidas cautelares mientras tales medidas estén vigentes.

Artículo 38.- El error en la calificación del recurso no será obstáculo para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

Artículo 39.- Al solicitar la reconsideración de actos de la Secretaría General, los interesados podrán impugnarlos, entre otros, por estar viciados en sus requisitos de fondo o de forma, e incluso por desviación de poder. Cuando el recurso verse sobre la existencia de pruebas esenciales para la resolución del asunto, que no estaban disponibles o que no eran conocidas para la época de la tramitación del expediente, deberá estar acompañado de tales nuevas pruebas.

Artículo 40.- Salvo que un acto sea impugnado por razones de incompetencia de la Secretaría General, o por lo previsto en Decisiones sobre temas especiales, al interesado recurrente corresponde probar los vicios que en su opinión afectan al acto recurrido.

Artículo 41.- El ejercicio de un recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo disposición expresa en contrario.

Sin embargo, de oficio o a petición del interesado, el Secretario General podrá disponer mediante auto la suspensión de los efectos del acto recurrido, mientras dure el procedimiento, cuando su ejecución pueda causar un perjuicio irreparable o de difícil reparación al interesado, no subsanable por la Resolución definitiva o si el recurso se fundamenta en la nulidad de pleno derecho del acto. Cuando sea necesario y se trate de personas naturales o jurídicas, el Secretario General podrá imponer en el mismo auto a la parte solicitante la presentación de una caución, como condición para la suspensión del acto.

Artículo 42.- De conformidad con el artículo 4, el Secretario General deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de sus competencias o que surjan con motivo del recurso, aunque no hubieran sido alegados por los interesados.

Artículo 43.- Interpuesto un recurso, el interesado no podrá impugnar el mismo acto ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mientras no se produzca la Resolución respectiva o no se venza el plazo que tenga la Secretaría General para resolver.

Artículo 44.- El recurso de reconsideración sólo podrá ser interpuesto dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la notificación del acto que se impugna. En el caso de recursos interpuestos contra actos que hubieran sido publicados en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, el plazo se contará a partir de la fecha de la publicación. Transcurrido este plazo sin que sea recurrido, el acto quedará firme.

El Secretario General deberá resolver el recurso dentro de los treinta días siguientes al recibo del mismo. El Secretario General podrá extender este plazo hasta por quince días adicionales, cuando dicha prórroga sea necesaria para resolver el asunto. Contra la Resolución del recurso no se podrá interponer un nuevo recurso de reconsideración.

Artículo 45.- Los interesados no podrán solicitar la reconsideración del acto impugnado basándose en alegatos o pruebas no presentados durante el procedimiento original, salvo cuando se trate de pruebas que no hayan sido conocidas o estado disponibles durante la tramitación del expediente, o cuando no hubieren tenido la oportunidad de presentarlas.”



[47] En el presente caso, la Reclamada solicita en su Recurso de Reconsideración [44] lo siguiente:

- a. *Reconsiderar su decisión de admitir el reclamo por incumplimiento interpuesto por el Instituto Ecuatoriano del Cemento y el Hormigón – INECYC contra la República de Colombia por presunto incumplimiento de los artículos 72 y 77 del AC, y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y en su lugar, rechazarlo bajo el entendido de que la admisión presenta vicios en sus requisitos de fondo, deja a Colombia en un estado de indefensión e implica un grave prejuzgamiento.*
- b. *Garantizar que ninguno de los funcionarios de la SGCAN que participaron en el proceso 02-AN-2020 tenga conocimiento o participe de alguna forma en la presente reclamación con el fin de evitar un conflicto de interés que vicié de nulidad la actuación.*

Subsidiariamente, la República de Colombia solicita a la Honorable Secretaría General de la Comunidad Andina:

1. *Suspender los efectos de su decisión de admitir el reclamo por incumplimiento interpuesto por el Instituto Ecuatoriano del Cemento y el Hormigón – INECYC contra la República de Colombia por presunto incumplimiento de los artículos 72 y 77 del AC, y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, hasta tanto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina resuelva el recurso extraordinario de revisión que presentará la República de Colombia en los próximos días con ocasión del reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, emitido el día 31 de mayo de 2023, sobre la solicitud de enmienda formulada por la República de Colombia contra la Sentencia del 14 de octubre de 2022 dentro del proceso 02-AN2020.”*

[48] A continuación, pasamos a resolver cada uno de los puntos presentados en el referido escrito de reconsideración.

5.2.1.1. Sobre Naturaleza de la Acción de Incumplimiento y la Acción de Nulidad:

[49] De acuerdo con la Reclamada, *“se evidencia un prejuzgamiento por parte de la SGCAN, que se configura al admitir esta reclamación sin haber evaluado de manera adecuada y suficiente el requisito fundamental del reclamante de describir las razones por las cuales considera que las medidas adoptadas por Colombia constituyen un presunto incumplimiento de la normativa comunitaria. En igual sentido, la existencia de una opinión previa expresada por la SGCAN durante el allanamiento en el proceso 02-AN-2020*



configura un prejuzgamiento que compromete la imparcialidad de los funcionarios de la SGCAN”.¹³

[50] Añade la Reclamada que:

“Es importante destacar que, en el marco del proceso de nulidad 02-AN-2020, el TJCA vulneró la garantía del debido proceso al no permitirle a Colombia pronunciarse sobre los nuevos supuestos jurídicos que fundamentaron la declaración de restrictividad de la medida contenida en la sentencia. Además, el TJCA asumió una competencia para la cual no ha sido facultado por los Estados Miembros de la CAN mediante el derecho originario andino. El TJCA no es el órgano competente para determinar si una medida adoptada por un país miembro constituye o no una restricción al comercio, según lo establecido en los artículos 72 y siguientes del AC.

Así, a pesar de que los efectos de la sentencia de nulidad del TJCAN recaen sobre Colombia, esta no tuvo la oportunidad de defenderse de los argumentos planteados por la SGCAN en su escrito de allanamiento en tanto, por un lado, no era parte del proceso y por el otro, se le rechazó de plano su escrito en el que planteaba su defensa. De esta forma, es necesario garantizar un análisis adecuado y equitativo de las circunstancias específicas de este caso, en lugar de tomar como ciertas las calificaciones de otro proceso en el que el TJCA no tenía competencia para pronunciarse y violó las garantías mínimas de defensa de Colombia. Esta situación genera un estado de indefensión y viola su derecho fundamental al debido proceso.”¹⁴ (El subrayado es nuestro)

[51] Al respecto, es preciso recordar cuál es la naturaleza de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento y las facultades que en dicho marco le son dadas a la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, SGCAN).

[52] 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 Andina¹⁵. En este mismo sentido, en el TCTJCA se estableció, a nivel de derecho primario, la potestad de la SGCAN para que se pronuncie ante los **presuntos incumplimientos** 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 TJCA¹⁶.

[53] 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

¹³ Recurso de Reconsideración del 2 de junio de 2023, página 6.

¹⁴ Recurso de Reconsideración del 2 de junio de 2023, página 7.

¹⁵ Acuerdo de Cartagena, artículo 30 literal a).

¹⁶ TCTJCA, Sección Segunda del Capítulo III.



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.”¹⁷ (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.”¹⁸ (Énfasis agregado)

[54] Sobre el particular, el TJCAN contiene basta jurisprudencia 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.

[55] 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. (...)”¹⁹ (Énfasis agregado)

[56] 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”.

[57] 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

¹⁷ TJCA, proceso 01-AI-2013 publicado en la GOAC No. 2556 del 7 de agosto de 2015.

¹⁸ TJCA, proceso 04-AI-2017 publicado en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019.

¹⁹ TJCA, proceso 04-AI-2017 publicado en la GOAC No. 3835 del 11 de diciembre de 2019.



ordenamiento jurídico comunitario a través de la verificación del cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros²⁰.

- [58] 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 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.

Al respecto, en el presente proceso, la Reclamante cuestiona el incumplimiento por parte de la República de Colombia de los artículos 72 y 77 del Acuerdo de Cartagena, pero en particular, de la Sentencia del Proceso 02-AN-2020 en la que el TJCA determinó que la medida [32] aplicada por dicho País Miembro “es contraria a las disposiciones del Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena y constituye, a la fecha de emisión de la presente sentencia, una restricción al comercio en los términos previstos en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena”.²¹

En este punto, es preciso traer a colación la naturaleza jurídica de la Acción de Nulidad. En efecto, el artículo 17 del Tratado de Creación del TJCA establece:

*“Artículo 17.- Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, **dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina**, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado”. (Énfasis añadido)*

- [59] A
Asimismo, el artículo 101 de la Decisión 500 que contiene el ETJCA señala:

*“La acción de nulidad podrá incoarse ante el Tribunal con el fin de que éste declare la nulidad de las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión, de las **Resoluciones de la Secretaría General** y de los Convenios a que se refiere el literal e) del artículo 1 del Tratado, **dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina**, incluso por desviación de poder.” (Énfasis añadido)*

- [60] De las normas antes expuestas, se evidencia que el TJCA es el órgano comunitario competente para conocer y resolver las acciones de nulidad. Asimismo, **queda claro**

²⁰ TJCA, procesos acumulados 01 y 02 AI-2016, publicados en la GOAC No. 3439 del 12 de noviembre 2018.

²¹ TJCA, proceso 02-AN-2020 publicado en la GOAC No. 5056 del 11 de octubre de 2022.



que la acción de nulidad versa exclusivamente sobre el cotejo de la conformidad del acto con las normas comunitarias de superior jerarquía. De igual manera, el TJCA, en la sentencia del Proceso 1-AN-96 de fecha 05 de noviembre de 1999, publicada en la GOAC 520, de fecha 20 de diciembre de 1999, señala que:

*“En el contencioso comunitario andino de anulación **el fallador debe limitarse a confrontar la norma objeto de la demanda con la disposición superior que se alega como vulnerada,** puesto que la controversia se desenvuelve en torno a esos dos extremos, únicamente: la norma supuestamente transgredida y el acto imputado como transgresor. En el caso de que el juez llegare a encontrar valedera la denuncia de desconformidad con la normatividad superior, deberá decretar pura y simplemente la anulación de la norma demandada sin agregar ninguna declaración indemnizatoria, así encuentre que ella ha producido perjuicios al accionante o a terceros. **Por ello en el contencioso comunitario andino, la sentencia anulatoria es simplemente declarativa y no de condena.**” (Énfasis añadido)*

- [61] Al respecto, es preciso traer a colación lo señalado por Sasaki (2018, p.222) con relación al *principio de la autonomía de las distintas vías de recurso*, cuando hace un análisis sobre el recurso de responsabilidad:

“La autonomía del recurso por responsabilidad no impide que en su marco pueda el Tribunal pronunciarse sobre la legalidad de la medida que esté en el origen del perjuicio objeto del recurso. No obstante, en el supuesto que el Tribunal verifique la existencia de algún tipo de ilegalidad, los efectos de su pronunciamiento no serán los propios de una anulación, al tener, como se ha dicho, una eficacia más limitada (inter partes), que no conlleva la expulsión de la medida del ordenamiento jurídico⁴⁶³ .

A nuestro parecer, no resulta conveniente que la declaración de la responsabilidad por parte del TJCA se produzca en el marco de un recurso de anulación o por omisión.

Esta declaración de responsabilidad no puede estar vinculada a otras acciones procesales que cuentan cada una con un objetivo específico.

⁴⁶³ Cfr. ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico...*, op. cit., pp. 195-196.²²

- [62] En ese sentido, debido a la naturaleza jurídica propia de la Acción de Nulidad, correspondía a dicha sentencia declarar la nulidad de la Resolución 2019 de la Secretaría General, bajo el *principio de la autonomía de las distintas vías de recurso*.
- [63] Sin embargo, al declarar el Honorable Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el artículo tercero de su sentencia del Proceso 02-AN-2020 que la medida [32] “(...) es

²² Sasaki Otani, María Ángela. (2018) La responsabilidad patrimonial de los países miembros de la Comunidad Andina frente a los particulares por incumplimiento del derecho comunitario. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. P.222.



contraria a las disposiciones del Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena y constituye, a la fecha de emisión de la sentencia, una restricción al comercio en los términos previstos en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena”, corresponde a esta Secretaría General acatar tal mandato, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 22, 27 y 30 del TCTJCA.

[64] Cabe mencionar que, la República de Colombia añade que el reclamo no cumple con los requisitos establecidos en la Decisión 623, en tanto en su opinión el INECYC carece de legitimidad en la causa por activa para iniciar el reclamo, según lo establecido en el artículo 13.²³

[65] Al respecto, es preciso indicar que ha dicho el TJCA que para que un reclamo sea admitido, la reclamante debe demostrar la afectación de un **derecho actual, inmediato y directo con relación al derecho comunitario**.²⁴

[66] En efecto, con relación a la legitimidad de los reclamantes para interponer el reclamo por incumplimiento INECYC señala en su escrito de reclamo:

*“INECYC comparece como reclamante en el presente procedimiento en representación de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina garantiza a las empresas productoras de cemento establecidas en el territorio ecuatoriano, a las cuales agremia, y por su propio interés legítimo, de conformidad con el mandato que los socios le han conferido en su Estatuto constitutivo (Anexo 1): “ARTÍCULO SEGUNDO: FINES.- El Instituto del Cemento y del Hormigón INECYC, tendrá como sus principales fines, los siguientes: a) Agrupar a todas las personas jurídicas que se dediquen a la producción industrial, para su venta a terceros, de cemento y hormigón; b) Representar los intereses legítimos de los fabricantes de cemento y hormigón, que sean socios del Instituto, específicamente, en lo relativo a normas y políticas emitidas por los organismos competentes, que pudieran afectar el normal desenvolvimiento de las actividades y que se ejecutaran ante las autoridades, a través de los medios legales correspondientes; [...]”*²⁵

[67] Añade, que INECYC se halla integrada por empresas que actualmente se encuentran activas en el rubro, fabricantes de cemento y hormigón que son socios de su instituto, a tal efecto presenta como Anexo 2 a su Escrito de Reclamo la relación de las referidas empresas:

“II.3. INECYC está integrada por los siguientes socios activos, todos ellos fabricantes de cemento producido en el territorio ecuatoriano, conforme se desprende de la certificación que figura como Anexo 2:

- UNACEM ECUADOR S.A., identificada con RUC N° 1790236862001;*
- UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM S.A., identificada con RUC N° 1792470293001; y,*

²³ Escrito de Reconsideración de fecha 2 de junio de 2023, folio 6.

²⁴ Ver Escrito de Reclamo, páginas 16, 17 y 18.

²⁵ Escrito de Reclamo, página 12.

• *INDUATENAS S.A., identificada con RUC N° 0190087719001.*²⁶

- [68] En tanto a que en los estatutos INECYC anexos a su escrito reclamo señala que dicho gremio representa los intereses de sus miembros que son cementeras directamente afectadas por la medida [32] se encuentra legitimado para ello.²⁷
- [69] La Reclamante señala además que en el presente caso la República de Colombia habría contravenido los artículos 72 y 77 del Acuerdo de Cartagena²⁸ en tanto a que *“Al haber calificado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como restricción al comercio y declarado contraria al artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, las medidas adoptadas por el Gobierno de Colombia, materia de la presente reclamación, únicamente corresponde en el procedimiento de fase prejudicial verificar si las conductas que configuran el incumplimiento persisten a la fecha de la presente reclamación. (...)”*.²⁹ Añade, en su escrito de complementación de reclamo que *“(...) el reclamante ratifica que la conducta o medida –o situación como la denomina la Secretaría General en la citada comunicación– que es objeto del reclamo por incumplimiento flagrante es la misma que fue declarada como restricción al comercio en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 14 de octubre de 2022. Por lo tanto, para la reclamante, el Gobierno de la República de Colombia se encuentra en incumplimiento flagrante por haber adoptado y mantenido vigente aquella medida claramente identificada en el decide TERCERO de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 14 de octubre de 2022 (...)”*.³⁰
- [70] Por lo expuesto, no ha lugar el recurso de reconsideración planteado en este extremo.

5.2.1.2. *Garantizar que ninguno de los funcionarios de la SGCAN que participaron en el proceso 02-AN-2020 tenga conocimiento o participe de alguna forma en la presente reclamación con el fin de evitar un conflicto de interés que vicie de nulidad la actuación.*

- [71] Señala la Reclamada que *“En el presente asunto, se configuró un prejuzgamiento por parte de la SGCAN en su decisión de admitir el reclamo de INECYC, pues, como se verá de forma más extensiva en la sección iv.1 infra, la SGCAN consideró que la mera alusión a los hechos del proceso 02-AN-2020 dentro del reclamo de INECYC, era suficiente para cumplir con el requisito establecido en el literal e) del artículo 14 de la Decisión 623, el cual exige que se indiquen de manera clara y específica las razones por las cuales se considera que las medidas o conductas constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico de la CAN.”*³¹
- [72] Al respecto, la Reclamada añade:

²⁶ Escrito de Reclamo, página 3.

²⁷ Sobre esta condición se ha pronunciado el TJCA en reiterada jurisprudencia, a manera de ejemplo podemos citar PROCESOS 10-AN-2000 y 61-AN-2000 acumulados, PROCESO 114-AI-2004, PROCESO 01-AI-2015, entre otros.

²⁸ Los artículos 72 y 77 del Acuerdo de Cartagena que señalan:

*“Artículo 72.- El Programa de Liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro.
(...)”*

Artículo 77.- Los Países Miembros se abstendrán de aplicar gravámenes y de introducir restricciones de todo orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión.”

²⁹ Escrito de Reclamo, página 16.

³⁰ Escrito de subsanación de fecha 12 de abril de 2023, recibido el 13 de abril de 2023, página 2.

³¹ Escrito de reconsideración de fecha 2 de junio de 2023, página 2.



“[19] (...) el prejuzgamiento se hace evidente al omitir la necesidad de argumentos y fundamentos claros y específicos para respaldar la afirmación de incumplimiento, y al admitir la reclamación de INECYC sin cumplir con los rigurosos estándares exigidos por el ordenamiento andino. En este sentido, se evidencia la materialización de las ideas preconcebidas de la SGCAN y los juicios previos que ha formulado sobre los hechos al, por un lado, no realizar un análisis objetivo y, por el otro, limitar la argumentación necesaria para la admisibilidad de la reclamación a los acontecimientos del proceso 02-AN-2020.

[20] Por su parte, existe un prejuzgamiento que deriva en un conflicto de interés para los funcionarios de la SGCAN que estuvieron vinculados con el allanamiento en el proceso 02-AN-2020. Esto se evidencia en el hecho de que dichos funcionarios ya han formulado una opinión previa, lo que podría afectar su capacidad de análisis objetivo y neutral en el presente caso.

[21] En este sentido, se destaca que ninguno de los funcionarios que participaron en el allanamiento dentro del proceso 02-AN-2020 debería tener conocimiento sobre el asunto que ahora se está considerando.”

[73] Sobre lo señalado en el párrafo [71] *supra* es preciso indicar que de conformidad a lo dispuesto en la Decisión 623, en lo relativo a la afectación de sus derechos, corresponde a la parte reclamante acreditar su condición de estar siendo afectada en sus derechos por la medida o conducta de un País Miembro, en ese sentido, tal como se indicó en el punto 5.2.1.1 del presente Dictamen, INECYC manifestó que se encontraba directamente afectada por la sentencia del Proceso 02-AN-2020, al ser el gremio que representa los intereses de los fabricantes de cemento y hormigón ecuatorianos, lo que más adelante se analizará con detalle en el marco de los criterios establecidos por el TJCA mediante auto del 24 de noviembre de 2017, en el marco del Proceso 03-AI-2017.

[74] En cuanto a su solicitud de que ninguno de los funcionarios que participaron en el allanamiento del Proceso 02-AN-2020 participe en el presente reclamo, es preciso indicar que el capítulo IV de la Decisión 425 de carácter supletorio a la Decisión 623 establece los supuestos bajo los cuales los funcionarios de la Secretaría General deben inhibirse de participar en un procedimiento:

“Artículo 32.- El Secretario General, a petición de parte, decidirá la recusación de cualquier funcionario, Director General o experto especial cuyas opiniones sobre el fondo de la petición o el reclamo puedan influir en la Resolución, en los siguientes casos:

- a) Cuando personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en el procedimiento;*
- b) Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas que intervengan en el procedimiento; y,*
- c) Cuando, antes de su ingreso a la Secretaría General, hubieren intervenido como abogados, testigos o peritos en el caso de que se trate, o sí como funcionarios de algún*



gobierno hubieren manifestado su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar la resolución del asunto.

En todo caso, el propio funcionario solicitará su inhibición cuando se sepa incurso en alguna de las mencionadas causales.”

- [75] Sobre el particular, es preciso señalar que ninguno de los funcionarios que ha participado en el Proceso 02-AN-2020, ni en la fase prejudicial para la emisión del presente Dictamen incurren o se encuentran inmersos en alguna de las causales contenidas en la norma comunitaria *supra*, por lo que no procede su solicitud.
- [76] En ese sentido, no ha lugar el recurso de reconsideración planteado en este extremo.

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

6.1. Respecto a las cuestiones de procedimiento

6.1.1 Acerca de la naturaleza de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento

- [77] 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.
- [78] 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 Andina³². 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 Andina³³.
- [79] 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

³² Acuerdo de Cartagena, Artículo 30 literal a).

³³ Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sección Segunda del Capítulo III.

Jurídico Comunitario y, por lo tanto, se propende al logro cabal de las finalidades del Acuerdo de Cartagena.³⁴ (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.”³⁵ (Énfasis agregado)

[80] Al respecto, el TJCAN contiene basta jurisprudencia 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.

[81] 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. (...).”³⁶ (Énfasis agregado)

[82] 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”.

[83] 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 Miembros³⁷.

6.1.2 Competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina para conocer del presente asunto

³⁴ 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

³⁵ 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

³⁶ 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

³⁷ 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



[84] 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.

[85] El 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 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.”³⁸ (Énfasis agregado)

[86] De esta manera, sobre las conductas que pueden ser objeto de cuestionamiento por parte de un País Miembro, el mismo TJCA 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*

³⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 06-IP-1993 de fecha 25 de febrero de 1994 publicada en el GOAC 150 del 25 de marzo de 1994



*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(...).*³⁹

[87] 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 conducta 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.

[88] En el presente caso, la Reclamante interpone reclamo por incumplimiento contra la República de Colombia *“(i) al no haber adoptado las medidas necesarias para dejar sin efecto la restricción al comercio declarada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia de 14 de octubre de 2022, emitida dentro del proceso 02-AN-2020, en flagrante violación al Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena y desacato a la propia sentencia del Tribunal; y, (ii) al haber impedido –y continuar haciéndolo– las importaciones de cemento –originario de los países miembros de la Comunidad Andina– que ingresen por las aduanas localizadas en zonas de la frontera terrestre con la República del Ecuador, específicamente las aduanas de Ipiales, en el departamento de Nariño, y de San Miguel, en el departamento del Putumayo.*⁴⁰

[89] Al respecto, el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (codificado mediante Decisión 472), dispone:

“Artículo 25.- *Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.*

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa” (Énfasis fuera de texto).

[90] Sobre la acción de incumplimiento promovida a petición de personas naturales o jurídicas, el TJCA se ha pronunciado en varios Autos indicando:

“Conforme a lo previsto en los artículos 25 y 31 del Tratado de Creación del TJCA, las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos debido al incumplimiento de un país miembro se encuentran facultadas a:

³⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 02-AI-1997 de fecha 24 de septiembre de 1998 publicada en la GOAC 391 del 11 de diciembre de 1998.

⁴⁰ Ver Escrito de Reclamo, pág. 6.

- i) Acudir ante la SGCA y el TJCA con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24 del Tratado de Creación del TJCA precitado.
- ii) Acudir ante los tribunales nacionales competentes conforme al derecho interno cuando resulten afectados por el incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA.

De esta manera, la normativa faculta a las personas naturales o jurídicas para que puedan elegir reclamar la vulneración de sus derechos quebrantados debido al incumplimiento de un país miembro ante la jurisdicción comunitaria (SGCA y TJCA); o, ante el tribunal nacional competente correspondiente.

Con relación a ello, el segundo párrafo del artículo 25 precitado establece que la presentación de la Acción de Incumplimiento ante el TJCA excluye la posibilidad de acudir simultáneamente ante los tribunales nacionales competentes.

En ese sentido, las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos debido a un incumplimiento de un país miembro pueden acudir, de manera alternativa pero excluyente, ante la jurisdicción comunitaria del TJCA o ante los tribunales nacionales competentes.

De esta manera, la normativa comunitaria prevé, para el caso de los particulares, dos posibilidades de acción no simultáneas; esto es, la vía comunitaria de la SGCA y el TJCA conforme al primer párrafo del artículo 25 del Tratado de Creación del TJCA; y, los tribunales nacionales competentes en virtud de lo previsto en el artículo 31 de la misma norma.
(...)⁴¹

6.2. Respeto del ordenamiento jurídico andino incumplido

- [91] En el presente dictamen corresponde analizar el presunto incumplimiento flagrante de los artículos 72 y 77 del Acuerdo de Cartagena, y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la sentencia del Proceso 02-AN-2020 del TJCA.

6.2.1 Análisis de la Secretaría General sobre el carácter flagrante del incumplimiento de los artículos 72 y 77 del Acuerdo de Cartagena y la sentencia del Proceso 02-AN-2020 por parte de la República de Colombia.

- [92] En su escrito de contestación de reclamo la República de Colombia señala que, por más de tres décadas, dicho País Miembro "(...) ha realizado grandes esfuerzos para reducir la oferta y comercialización de drogas ilícitas. Sin embargo, y pese a dichos esfuerzos, de acuerdo con el Reporte Mundial de Drogas 2019, la producción de cocaína alcanza un nivel sin precedentes durante el proceso de transición en Colombia. Según las estimaciones, el país produjo aproximadamente el 70 % de la cocaína mundial.

⁴¹ Proceso 01-AI-2017, publicado en la GOAC 3654 de 4 de junio de 2019.



Concretamente, el departamento de Nariño representa el 25% de las hectáreas dedicadas al cultivo de coca en el país y Putumayo 14%”.⁴²

[93] Añade la Reclamada en su contestación que:

“[20]. De conformidad con la Resolución 0001 del 8 de enero de 2015, expedida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, en concordancia con el parágrafo del artículo 4 del Decreto 2272 de 1991, el cemento es una sustancia y producto químico de uso masivo que puede ser utilizado o destinado, directa o indirectamente, en la extracción, transformación y refinación de drogas ilícitas, motivo por el cual, su introducción al país debe estar acorde con la normatividad que dispone medidas para su control.

[21]. Las medidas impuestas por las autoridades colombianas respecto al ingreso de cemento por las aduanas de Ipiales, en el Departamento de Nariño, y de San Miguel, en el Departamento de Putumayo, no tienen como propósito o finalidad el restringir el comercio subregional o dificultar (encarecer o hacer más onerosa) las importaciones de cemento de origen andino, pues, por el contrario, su existencia obedece estrictamente a motivos de interés común relacionados con la protección de la seguridad nacional y la moral pública, así como el resguardo de la vida y salud de la población colombiana.

[22]. El objetivo de dichas medidas, en concreto, persigue la disminución de los cultivos ilícitos -en particular los de coca- en Colombia, especialmente en los departamentos más afectados por tal problemática, dentro de los cuales Nariño, según el Informe de Monitoreo de Territorios Afectados por Cultivos Ilícitos en Colombia de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), ocupa el primer lugar, y Putumayo, el segundo (PRUEBA No. 1).¹⁰ En efecto, para el año 2020, en Nariño y Putumayo se concentró el 42.5% del territorio afectado por cultivo de coca en el país.”⁴³

[94] Ampara la medida [32] en los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena:

“[18] El artículo 72 del Acuerdo de Cartagena desarrolla el objeto del Programa de Liberación de Bienes, señalando que este tiene como finalidad la eliminación de gravámenes y restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro.

[19]. Por su parte, el artículo 73 del mismo instrumento establece que por “restricciones de todo orden” se entenderá cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral, exceptuando, entre otras, las que persigan

⁴² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Colombia, monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2020. Pp. 86. Documento anexo al escrito de contestación de reclamo de fecha 16 de junio de 2023.

⁴³ Escrito de contestación de reclamo de fecha 16 de junio de 2023, página 9.



proteger la moralidad pública, aplicar leyes y reglamentos de seguridad o resguardar la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales. Estas excepciones no son únicas del ordenamiento jurídico andino, por el contrario, se encuentran contenidas en la gran mayoría de tratados de libre comercio y sistemas de integración, y, especialmente, en los artículos XX y XXI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, más conocido como GATT 1947. Allí se estipula que los Estados pueden adoptar y aplicar medidas necesarias para proteger, entre otras cosas, la moral pública, la salud y la vida de las personas y los intereses esenciales de su seguridad, sin que a los efectos exista una limitación temporal.”⁴⁴

[95] Por su parte, el artículo 77 del Acuerdo de Cartagena dispone:

“Artículo 77.- Los Países Miembros se abstendrán de aplicar gravámenes y de introducir restricciones de todo orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión.”

[96] La medida [32] cuestionada es la Resolución 0001 del 8 de enero de 2015 del Consejo Nacional de Estupeficientes en concordancia con el artículo 1 del Decreto Legislativo 1146 de 1991 y párrafo del artículo 4 del Decreto 2272 de 1991, que empezó a regir en el año 2017, y que de conformidad con la sentencia del Proceso 02-AN-2020 es contraria al ordenamiento jurídico andino.

*“**TERCERO:** Declarar que la medida establecida por el Gobierno de Colombia, que permite el ingreso de cemento gris importado en su territorio nacional —clasificado en la subpartida NANDINA «2523.29.00-Los demás»— únicamente por determinadas aduanas —en aplicación del Decreto 2272 de 1991, la Resolución 001-2015 del Consejo Nacional de Estupeficientes y la Circular 037 de 2016 de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia—, es contraria a las disposiciones del Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena y constituye, a la fecha de emisión de la presente sentencia, una restricción al comercio en los términos previstos en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.”*

[97] La SGCAN ante los argumentos de la República de Colombia de la utilización del cemento como precursor de la cocaína para de allí derivar la aplicación de las excepciones al libre comercio contempladas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, reitera cómo el cemento de cualquier origen es un bien de libre venta en todo el territorio colombiano, incluidos los departamentos del sur de Colombia; además, el cemento no es una sustancia de circulación controlada de las reguladas en la Decisión 602 *Norma Andina para el Control de Sustancias Químicas*, que se utilizan para la fabricación ilícita de estupeficientes y sustancias psicotrópicas, así que en el derecho comunitario andino, que prima sobre el derecho nacional, se reitera esa condición de mercancía plenamente

⁴⁴ Escrito de contestación de reclamo de fecha 16 de junio de 2023, página 8.



legal y no controlada, razón por la cual no le es aplicable el artículo 73 AC.⁴⁵ Se reitera así cómo los elementos de una droga ilícita no son *per se* a la vez ilícitos, por lo que los argumentos de Colombia en este sentido no son aceptables.

- [98] Al respecto, mediante Nota Interna SG-NI/DG1/134/2023, de fecha 28 de junio de 2023, de la Dirección General 1 se concluye que *“de la revisión efectuada a la solicitud presentada por INECYC, a la contestación de la República de Colombia y a los alegatos presentados en la audiencia pública, se observa que la materia de controversia versa sobre un presunto desacato de la República de Colombia de mantener su normativa interna, cuyos términos irían en contra de la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Proceso 02-AN-2020)”*.
- [99] Por su parte, la República del Ecuador en su Oficio Nro. MPCEIP-VCE-2023-0165-O señaló que el presente caso es uno de incumplimiento flagrante, en tanto a que la medida [32] cuestionada *“es contraria a las disposiciones del Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena y constituye, a la fecha de emisión de la presente sentencia, una restricción al comercio en los términos previstos en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena”* de acuerdo con la Sentencia del Proceso 02-AN-2020 del TJCA.
- [100] Que, asimismo, el Reclamante señala el incumplimiento en cuestión resultaría flagrante al amparo del artículo 24 de la Decisión 623 en tanto a que *“(…) la conducta objeto del reclamo implica un desacato a la sentencia emitida dentro del proceso 02-AN-2020”,* y al hecho de que *“(…) a pesar de que el Tribunal ya se pronunció que la medida es incompatible o contraria con el Acuerdo de Cartagena, la República de Colombia la mantiene vigente, la sigue aplicando, en contravención al ordenamiento jurídico andino”*.
- [101] Que, en efecto, el artículo 24 de la Decisión 623 dispone que se considerará flagrante un incumplimiento cuando éste sea **evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia,** incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad.
- [102] De acuerdo con lo anteriormente expuesto, esta Secretaría General determina que la República del Colombia al no haber dado cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia del Proceso 02-AN-2020 incurre en incumplimiento flagrante del ordenamiento jurídico andino.

VII. CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS. -

- [103] En el caso de análisis, la República de Colombia al mantener la medida que permite el ingreso de cemento gris importado en su territorio nacional —clasificado en la subpartida NANDINA «2523.29.00-Los demás»— únicamente por determinadas aduanas —en aplicación del Decreto 2272 de 1991, la Resolución 001-2015 del Consejo Nacional de

⁴⁵ Más aún, el Gobierno colombiano ha propugnado ante la Comisión de estupefacientes de Naciones Unidas por la eliminación de la hoja de coca como sustancia controlada: <https://www.larepublica.co/economia/petro-pidio-revision-a-comision-para-sacar-la-hoja-de-coca-de-las-sustancias-controladas-3567734>.

Estupeficientes y la Circular 037 de 2016 de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia—, viene incumpliendo la Sentencia del Proceso 02-AN-2020 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en tanto a que dicha medida es contraria a las disposiciones del Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena y constituye una restricción al comercio en los términos previstos en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

- [104] Por otro lado, el artículo 26 del Tratado de Creación del Tribunal establece que cuando se trate de un caso de incumplimiento flagrante, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento, emitirá, a la brevedad posible, un Dictamen motivado.
- [105] Corresponde en consecuencia a este órgano comunitario, en aplicación de la referida disposición y de lo previsto en el artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal, emitir su *“dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones”* emanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. A este respecto, se observa lo siguiente:
- [106] La República de Colombia no ha informado a esta Secretaría General sobre la adopción de acciones dirigidas a suspender la aplicación de las medidas impuestas a las importaciones de cemento provenientes de los Países Miembros y dar cumplimiento a la sentencia del Proceso 02-AN-2020; por el contrario, en su escrito de contestación al Reclamo, dicho País Miembro desconoce el efecto ejecutorio y obligatorio de la Sentencia del Proceso 02-AN-2020 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- [107] En ese sentido, a la luz del Acuerdo de Cartagena y del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, se pone en evidencia que la medida cuestionada no ha sido suspendida, y consecuentemente persiste el incumplimiento de los artículos 72, 73 y 77 del Acuerdo de Cartagena.
- [108] De acuerdo con el artículo 24 de la Decisión 623 *“se considerará flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia”*, en ese sentido, el Gobierno de la República de Colombia ha incurrido en incumplimiento flagrante de obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico andino, y en especial de las disposiciones antes indicadas.
- [109] 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 de Colombia al mantener la medida que permite el ingreso de cemento gris importado en su territorio nacional —clasificado en la subpartida NANDINA «2523.29.00-Los demás»— únicamente por determinadas aduanas —en aplicación del Decreto 2272 de 1991, la Resolución 001-2015 del Consejo Nacional de Estupeficientes y la Circular 037 de 2016 de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia—, ha incurrido en incumpliendo flagrante de la Sentencia del Proceso 02-AN-2020 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en tanto a que dicha medida es contraria a las disposiciones del Artículo 72 del Acuerdo de Cartagena y constituye una restricción al



comercio en los términos previstos en el segundo párrafo del Artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

VIII. MEDIDAS APROPIADAS PARA CORREGIR EL INCUMPLIMIENTO. -

- [110] 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 de Colombia modificar el Decreto 2272 de 1991 y demás normas nacionales para permitir el ingreso del cemento gris importado en su territorio nacional, en lo que resulte necesario de manera que no se contraponga al sentido de este Dictamen.

IX. PLAZO PARA REMITIR INFORMACIÓN. -

- [111] 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 calendario, contados a partir del día siguiente a la publicación del presente Dictamen en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, para que la República de Colombia 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.

Diego Caicedo
Secretario General a.i.