GACETA OFICIAL del Acuerdo de Cartagena

Año XL – Número 5250

Lima, 18 de julio 2023

SUMARIO
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

PROCESO 02-AI-2020 — Acción de incumplimiento planteada por la República del Perú contra el Estado Plurinacional de Bolivia por el presunto incumplimiento de los artículos 3 y 18 de la Decisión 398, 3 y 15 de la Decisión 837, y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina..... 2

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

PROCESO NÚMERO 02-AI-2020

Acción de incumplimiento planteada por la República del Perú contra el Estado Plurinacional de Bolivia por el presunto incumplimiento de los artículos 3 y 18 de la Decisión 398, 3 y 15 de la Decisión 837, y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Magistrado sustanciador: Íñigo Salvador Crespo

En San Francisco de Quito, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o el **TJCA**), reunido en las sesiones judiciales del 28 de noviembre de 2022 y 3 y 17 de julio de 2023, celebradas por medios telemáticos[1], en el marco de la acción de incumplimiento planteada por la República del Perú (en lo subsiguiente, **Perú** o la **demandante**) en contra del Estado Plurinacional de Bolivia (en adelante, **Bolivia** o el **demandado**), adopta por mayoría[2] la presente Sentencia.

---

1 De conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento Interno del TJCA.

2 Esta Sentencia fue aprobada con los votos de los magistrados Hugo R. Gómez Apac y Gustavo García Brito, emitidos en las sesiones judiciales del 28 de noviembre de 2022 y 17 de julio de 2023, y del magistrado Fernando Zapata López, emitidos en las sesiones judiciales del 3 y 17 de julio de 2023, lo que consta en el Acta número 42-J-TJCA-2022 y en sus respectivos anexos y en las Actas números 26-J-TJCA-2023-Extraordinaria y 28-J-TJCA-2023.

Emitieron voto a favor del proyecto de Sentencia original, presentado por el entonces magistrado sustanciador Hernán Rodrigo Romero Zambrano, él y el magistrado Luis Rafael Vergara Quintero, en la sesión judicial del 28 de noviembre de 2022, lo que consta en el Acta número 42-J-TJCA-2022 y en sus respectivos anexos. El proyecto original referido no alcanzó el quórum decisorio requerido para su aprobación, al producirse un empate.

El voto del magistrado Fernando Zapata López, emitido en la sesión judicial del 3 de julio de 2023, fue un voto de desempate, en aplicación de lo establecido en los artículos 32 del Estatuto del TJCA y 21 de su Reglamento Interno, así como de conformidad con lo dispuesto en el Auto del 2 de febrero de 2023, recaído en el Proceso número 02-AI-2020, notificado el mismo día. Dicho voto de desempate consta en el Acta número 26-J-TJCA-2023.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

VISTO:

Los escritos de demanda[3] y de contestación de la demanda[4] presentados por Perú y Bolivia, respectivamente; la audiencia pública celebrada el 16 de junio de 2022; y, los alegatos de conclusión formulados por ambas partes procesales[5].

CONSIDERANDO:

Que el TJCA es competente para conocer de la presente controversia en virtud de lo previsto en el artículo 24 de su Tratado de Creación[6] y en el Capítulo II del Título Tercero de su Estatuto[7], mediante los cuales se regula el régimen correspondiente a las acciones de incumplimiento.

Que se han observado las formalidades inherentes a la presente acción de incumplimiento, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado.

Que, en este estado del proceso y habiéndose agotado todo el trámite procesal conforme lo establece la normativa comunitaria andina, se procede a dictar Sentencia, para lo cual el Tribunal estima necesario referirse a los siguientes aspectos:

Dado el sentido del voto de desempate del magistrado Fernando Zapata López, el voto de los magistrados Hernán Rodrigo Romero Zambrano y Luis Rafael Vergara Quintero, emitidos en la sesión judicial del 28 de noviembre de 2022, constituye un voto disidente (voto en minoría) de la presente Sentencia.

El presente texto de la Sentencia (voto en mayoría) fue aprobado por los magistrados Hugo R. Gómez Apac, Gustavo García Brito y Fernando Zapata López en la sesión judicial del 17 de julio de 2023, lo que consta en el Acta número 28-J-TJCA-2023.

3 Recibido el 29 de octubre de 2020.

4 Recibido el 12 de febrero de 2021.

5 Recibidos el 23 y 24 de junio de 2022, respectivamente.

6 Tratado de Creación del TJCA, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 483 del 17 de setiembre de 1999.

7 Estatuto del TJCA aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 680 del 28 de junio de 2001.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

1. ANTECEDENTES

Proceso seguido ante el TJCA (principales hechos)

1.1. El 29 de octubre de 2020, Perú presentó ante el Tribunal demanda contra Bolivia por el presunto incumplimiento de los artículos 3 y 18 de la Decisión 398[8], 3 y 15 de la Decisión 837[9], y 4 del Tratado de Creación del TJCA.

1.2. Mediante Auto del 14 de diciembre de 2020, el TJCA decidió, entre otros, admitir a trámite la demanda y ponerla en conocimiento de Bolivia para que presente la contestación que corresponda.

1.3. Por escrito del 12 de febrero de 2021, Bolivia contestó la demanda y formuló excepción previa de falta de agotamiento de la vía comunitaria previa.

1.4. Mediante Auto del 16 de marzo de 2021, el Tribunal decidió, entre otros, dar por contestada la demanda por parte de Bolivia y admitir a trámite la excepción previa deducida.

1.5. Por escrito del 26 de marzo de 2021, Perú se pronunció sobre la excepción previa deducida por Bolivia.

1.6. Mediante Auto del 30 de junio de 2021, el TJCA declaró infundada la excepción previa deducida por Bolivia.

1.7. Por Auto de 14 de octubre de 2021, el Tribunal se pronunció sobre las pruebas aportadas por las partes, decidió no abrir período probatorio y convocó a las partes a audiencia pública para el 24 de noviembre de 2021.

1.8. Mediante escrito del 25 de octubre de 2021, Bolivia interpuso recurso de reconsideración contra el Auto del 14 de octubre de 2021.

---

8 Decisión 398 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena - «Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, sustitutoria de la Decisión 289», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 243 del 27 de enero de 1997.

9 Decisión 837 de la Comisión de la Comunidad Andina - «Sustituye la Decisión 399 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 3601 del 29 de abril de 2019.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

1.9. Por Auto del 19 de noviembre de 2021, el TJCA declaró fundado el recurso de reconsideración presentado por Bolivia contra el Auto del 14 de octubre de 2021, abrió período probatorio y dejó sin efecto la convocatoria a audiencia pública para el 24 de noviembre de 2021.

1.10. Mediante Oficio número 002-2021-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DCJDCCI del 24 de noviembre de 2021, Perú presentó recurso de reconsideración contra el Auto de 19 de noviembre de 2021.

1.11. Por Auto del 15 de diciembre de 2021, este Tribunal decidió rechazar *in limine* el recurso de reconsideración presentado por Perú contra el Auto del 19 de noviembre de 2021, y declaró que dicho País Miembro se esté a lo resuelto en el Auto del 19 de noviembre de 2021.

1.12. Mediante escrito del 10 de enero de 2022, Bolivia presentó el «Informe estadístico sobre los propietarios de nacionalidad extranjera, de vehículos de transporte terrestre por carretera con placa boliviana, que se benefician de la subvención a los combustibles otorgada por el Estado Plurinacional de Bolivia»; esto es, la prueba solicitada cuando se abrió periodo probatorio.

1.13. El 16 de junio de 2022 se celebró la audiencia pública (por medios telemáticos) entre las partes del presente proceso.

1.14. Por escritos del 23 y 24 de junio de 2022, Perú y Bolivia presentaron sus alegatos de conclusión, respectivamente.

1.15. En la sesión del 28 de noviembre de 2022, el proyecto de Sentencia del entonces magistrado sustanciador no alcanzó el quórum decisorio previsto en el artículo 32 del Estatuto del TJCA para ser aprobado, y operó, en su lugar, un empate.

1.16. Mediante Auto del 2 de febrero de 2023, el TJCA decidió convocar al señor Fernando Zapata López, primer magistrado suplente por la República de Colombia, para que se integre al Tribunal con el objeto de asegurar el quórum decisorio exigido por el artículo 32 del Estatuto del TJCA en la definición de la orientación del proyecto de Sentencia dentro del presente proceso.

1.17. En sesión judicial del 3 de julio de 2023, el magistrado Fernando Zapata López emitió voto de desempate en la presente causa.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

1.18. En sesión judicial del 17 de julio de 2023, los magistrados Hugo R. Gómez Apac, Gustavo García Brito y Fernando Zapata López aprobaron el texto de la presente Sentencia.

Principales argumentos de la demandante (Perú)

1.19. A continuación se resumen los principales argumentos esbozados por Perú en su demanda, la audiencia pública y su escrito de alegatos de conclusión:

(i) Que mediante los artículos 1, 2, 3, 4 y 8 del Decreto Supremo 29814 del 26 de noviembre de 2008[10], así como sus normas reglamentarias, modificatorias y complementarias, Bolivia estableció el mecanismo para la determinación del precio de la gasolina especial internacional y el diésel oil internacional para la comercialización de dichos productos en el territorio boliviano a los vehículos con placa de circulación extranjera.

(ii) Complementando el dispositivo legal antes descrito, mediante el artículo 18 de la Ley 100 – «De desarrollo y seguridad fronteriza»[11] del 4 de abril de 2011, así como sus normas reglamentarias, modificatorias y complementarias, Bolivia estableció que los medios de transporte con placa de circulación extranjera pagarán el precio internacional del combustible (gas natural vehicular), los cuales serían mayores a los que pagan los medios de transporte con placa de circulación boliviana.

(iii) El establecimiento de precios diferenciados en la venta de combustibles (gasolina, diésel oil y gas natural vehicular) a los vehículos con placa de circulación extranjera por parte del gobierno boliviano sería contrario a los principios de trato

10 La norma fue publicada en la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia número 3145 del 27 de noviembre de 2008 con la sumilla: «Establece el mecanismo para la determinación del Precio de la Gasolina Especial Internacional y del Diesel Oil Internacional, así como las condiciones para la comercialización de dichos productos en el territorio nacional a vehículos con placa de circulación extranjera».

11 La norma fue publicada en la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia número 242NEC del 5 de abril de 2011 con la sumilla: «Establece mecanismos de articulación institucional para la ejecución de políticas de desarrollo integral y seguridad en fronteras. También, fortalece las capacidades institucionales destinadas a lograr un mejor dominio estatal del territorio de frontera, promover el control efectivo de actividades ilícitas y establece mecanismos de prevención, control y lucha contra el contrabando e ilícitos en frontera».

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

nacional, no discriminación y libre competencia previstos en la normativa comunitaria andina. Ello, debido a que dicha medida beneficiaría a los servicios nacionales o a los proveedores nacionales de servicios, mientras que los proveedores extranjeros (entre ellos, los peruanos) estarían obligados a adquirir combustible a un precio superior al fijado para los transportistas bolivianos. Esta medida afectaría gravemente las condiciones de competencia entre los proveedores nacionales y extranjeros teniendo en cuenta que el combustible es el insumo más importante del servicio de transporte.

(iv) Los Países Miembros de la Comunidad Andina con el fin de liberalizar la oferta y la prestación del servicio de transporte internacional se obligaron, mediante las Decisiones 398 – «Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, sustitutoria de la Decisión 289» y 837 – «Sustituye la Decisión 399 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera», a mantener en plena vigencia y aplicación respecto de este servicio, los principios fundamentales de libertad de operación, acceso al mercado, trato nacional, transparencia, no discriminación, igualdad de tratamiento legal, libre competencia y nación más favorecida.

(v) La medida impuesta por el gobierno boliviano estaría vulnerando el principio de libre competencia previsto en las Decisiones 398 y 837 de la Comisión. Señala que esta conclusión también la comparte la Secretaría General de la Comunidad Andina (en lo subsiguiente, la **SGCA**) en su Dictamen número 001-2020 al considerar que 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 el Decreto Supremo 29814 y en la Ley 100 se vulneraría el principio de libre competencia establecido en artículo 3 de las Decisiones 398 y 837.

Principales argumentos del demandado (Bolivia)

1.20. A continuación se resumen los principales argumentos esbozados por Bolivia en su contestación a la demanda, la audiencia pública y su escrito de alegatos de conclusión:

(i) La SGCA, dentro de las medidas adoptadas para enfrentar la emergencia sanitaria derivada del Covid-19, emitió ocho resoluciones estableciendo como días inhábiles aquellos

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

comprendidos en el período del 16 de marzo al 14 de agosto de 2020, para efecto del cómputo de los plazos en los procedimientos administrativos a su cargo. Sin embargo, el 31 de julio de 2020, mediante Oficio número 05-2020-MINCETUR/VMCE/DGGJCI Perú emitió sus alegaciones respecto de la contestación de Bolivia, lo que fue comunicado a Bolivia mediante Comunicación número SG/E/SJ/942/2020 del 7 de agosto de 2020. La SGCA, al haber actuado en días inhábiles, transgredió el procedimiento, lo que trajo como consecuencia la vulneración del derecho a la defensa por la indefensión generada a Bolivia, y del principio de igualdad de trato a las partes.

(ii) La SGCA no actuó de manera imparcial al haber realizado ampliaciones, correcciones o aclaraciones en su acto de admisión del reclamo, las cuales violan el principio del debido proceso. Asimismo, habría tramitado el procedimiento administrativo en tiempo récord y no habría designado al director correspondiente para el trámite. Al haberse tramitado la fase prejudicial de la acción de incumplimiento por parte de la SGCA, violándose el debido proceso, el derecho a la defensa y la igualdad de trato a las partes, el procedimiento administrativo es nulo.

(iii) La política soberana nacional de fijación de precios de los combustibles no es materia de competencia de los órganos del Sistema Andino de Integración, la cual se encuentra íntimamente ligada con la prestación de los servicios de transporte terrestre, y tiene absoluta incidencia en la seguridad fronteriza, el orden público interno y la paz social, para un adecuado desarrollo de Bolivia, debiendo desestimarse las alegaciones de Perú que buscan cuestionar dicha política soberana de fijación de precios de los combustibles.

(iv) Al ser incuestionable que las Decisiones 398 y 837, cuyo incumplimiento se acusa, regulan la prestación intrasubregional de un servicio, es importante reconocer que es en el ámbito de la liberalización de servicios en que deben ser analizadas las reclamaciones presentadas por Perú sobre trato nacional, no discriminación y libre competencia. La normativa nacional boliviana sobre el servicio de transporte terrestre respeta las disposiciones sobre trato nacional y no discriminatorio, sin establecer limitación alguna, en armonía con lo previsto en las Decisiones 398 y 837, y con el marco general supletorio de liberalización de servicios establecido mediante la Decisión 439, siendo un tema de política nacional soberana de fijación de precios

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

de los combustibles, como mercadería que se relaciona con la prestación de servicios de transporte terrestre, en el que se contemplan disposiciones nacionales para salvaguardar la seguridad fronteriza y el orden social.

(v) El comercio de servicios de transporte terrestre por carreteras bolivianas, íntimamente relacionado con la política nacional soberana de fijación de precios de los combustibles, se encuentra acorde a las disposiciones establecidas en la normativa comunitaria andina, por lo que no existe vulneración al principio de trato nacional y no discriminatorio por parte de Bolivia.

(vi) No se ha demostrado conforme al procedimiento previsto en la normativa comunitaria, que la política pública nacional y soberana de Bolivia de fijar los precios de los combustibles afecte la libre competencia entre operadores de servicio de transporte por la supuesta y no verificada incidencia directa en el precio del flete. Al contrario, contribuye a la lucha contra el contrabando y disminuye el impacto económico del subsidio otorgado a los vehículos con placa boliviana.

(vii) Es necesario que toda regulación normativa sea entendida dentro del marco constitutivo comunitario previsto en el Acuerdo de Cartagena, que contempla un trato especial y diferenciado para Bolivia.

2. CUESTIONES EN DEBATE

Considerando los argumentos de la demanda y de la contestación a la demanda, las pruebas aportadas, así como lo alegado por las partes en la audiencia pública y en sus alegatos finales, los puntos que constituyen objeto de la Sentencia del TJCA son:

(i) De la acción de incumplimiento.
(ii) De la fase prejudicial de la acción de incumplimiento.
(iii) De la importancia del transporte internacional de pasajeros y mercancías por carretera en el proceso de integración económica y social de la Comunidad Andina.
(iv) Sobre los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia previstos en las Decisiones 398 y 837.
(v) La diferenciación de precios en la venta de combustibles según la placa (nacional o extranjera) del transportista.
(vi) Si la diferenciación de precios en la venta de combustibles vulnera las Decisiones 398 y 837.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

(vii) Si el artículo 11 de la Decisión 439 se aplica al transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera.
(viii) Si la diferenciación de precios en la venta de combustibles vulnera el artículo 36 de la Decisión 608.
(ix) De la política soberana nacional de fijación de precios de los combustibles.
(x) Conclusiones.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DEBATE

3.1. De la acción de incumplimiento[12]

3.1.1 Naturaleza y alcances de la acción de incumplimiento

3.1.1.1. Los artículos 24 del Tratado de Creación del TJCA[13] y 107 del Estatuto del TJCA[14] otorgan competencia a este órgano jurisdiccional para

---

12 Ver páginas 5 a 7 de la Sentencia del 11 de marzo de 2022 (Proceso número 01-AI-2019), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 4442 del 22 de marzo de 2022.
Disponible en:
https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204442.pdf

13 **Tratado de Creación del TJCA.-**

«**Artículo 24.-** Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Si la Secretaría General no emitiere su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.»

14 **Estatuto del TJCA.-**

«**Artículo 107.- Objeto y finalidad**

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

pronunciarse respecto de la conducta de un País Miembro considerada contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino, a fin de dar cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de Cartagena.

3.1.1.2. Los artículos 23 y 24 del Tratado de Creación del TJCA desarrollan las reglas procedimentales y los órganos comunitarios intervinientes en la acción de incumplimiento. El artículo 23 establece el procedimiento aplicable cuando dicha acción es promovida por la SGCA[15] y el artículo 24, cuando es promovida por un País Miembro.

3.1.1.3. Por su parte, el artículo 25[16] desarrolla los supuestos en los que la acción

---

La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.

La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.»

15 **Tratado de Creación del TJCA.-**

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

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado podrá adherirse a la acción de la Secretaría General.»

16 **Tratado de Creación del TJCA.-**

«**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.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

de incumplimiento es promovida por personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos.

3.1.1.4. En armonía con lo previsto en el artículo 23 del Tratado de Creación del TJCA, en las acciones de incumplimiento promovidas por personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos también corresponde que el caso sea previamente remitido a la SGCA a fin de que esta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento.

3.1.1.5. En esa línea, solo en determinados supuestos —taxativamente establecidos por la norma—, las personas naturales o jurídicas pueden acudir directamente ante el TJCA. Así, por ejemplo, cuando la SGCA no emitiere su dictamen dentro de los 75 días siguientes a la fecha de presentación del reclamo.

3.1.2 Finalidad de la acción de incumplimiento

3.1.2.1 De conformidad con lo prescrito los artículos 23 del Tratado de Creación del TJCA y 107 del Estatuto del TJCA, la acción de incumplimiento tiene por finalidad que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos asumidos en el marco del Acuerdo de Cartagena.

3.1.2.2 En la Sentencia emitida en el Proceso número 07-AI-99 se recalcó que al TJCA le corresponde garantizar que los Países Miembros cumplan las normas que integran el ordenamiento jurídico comunitario andino, respeten su intangibilidad y se abstengan de adoptar medidas que lo contraríen. Textualmente, se dispuso lo siguiente:

> «Requisito fundamental para la existencia y el logro de las finalidades del proceso de integración subregional originado en el Acuerdo de Cartagena y para el cumplimiento de los derechos y obligaciones que dentro del mismo adquirieron los Países Miembros, es el control de la legalidad del sistema, cuya salvaguardia ha sido encomendada a este Tribunal desde el preámbulo mismo de su Tratado Fundacional, en donde se le caracteriza como el órgano jurisdiccional exclusivo, del más alto nivel, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente. En tal virtud le corresponde, en primer lugar, velar por la recta aplicación del ordenamiento jurídico comunitario conformado en el mismo

---

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.»

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

Tratado que le da origen y, en segundo lugar, garantizar que los Países Miembros cumplan las normas que lo integran, respeten su intangibilidad y se abstengan de adoptar medidas que lo contraríen.

Esta acción, establecida y regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación constituye el instrumento por excelencia, mediante el cual el Tribunal está llamado a vigilar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Países Miembros de acatar y no obstaculizar la aplicación de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.»

3.1.2.3 En ese sentido, la acción de incumplimiento es el instrumento procesal del que se sirve la normativa comunitaria andina para garantizar, controlar y vigilar que los Países Miembros acaten (dimensión positiva) y no obstaculicen (dimensión negativa) la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino, conforme a las obligaciones adquiridas en el marco del Acuerdo de Cartagena.

3.1.2.4 No se trata, por tanto, de un mecanismo que faculte al TJCA a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los Países Miembros para retribuirlas 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 andino.

3.2. De la fase prejudicial de la acción de incumplimiento

3.2.1 Bolivia ha cuestionado la tramitación de la fase prejudicial a cargo de la SGCA, alegando que se han violado sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la igualdad de trato, por lo que dicho procedimiento sería nulo. En atención a esto, resulta pertinente que el TJCA explique la naturaleza de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento.

3.2.2 De conformidad con lo establecido en el artículo 24 del Tratado de Creación del TJCA, la fase prejudicial de la acción de incumplimiento —cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina— tiene por objeto que la SGCA **realice las gestiones conducentes a subsanar el presunto incumplimiento** en el que estaría incurso un País Miembro.

3.2.3 A través del dictamen, la SGCA emite una opinión técnica no vinculante sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico comunitario andino. La SGCA

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

puede considerar, en su opinión, que el País Miembro observado o reclamado viene incumpliendo tales obligaciones, caso en el cual estaremos ante un dictamen de incumplimiento o, por el contrario, considerar que no viene incumpliendo dichas obligaciones, supuesto en el cual estaremos ante un dictamen de no incumplimiento.

3.2.4 El dictamen de la SGCA no es un acto comunitario de efectos jurídicos vinculantes. No es un acto administrativo, ni una norma reglamentaria. Al carecer de efectos jurídicos vinculantes, no constituye uno de los actos respecto de los cuales el Tribunal tiene competencia para efectuar el control de legalidad a través de la acción de nulidad, lo que ha sido reiterado en jurisprudencia uniforme de esta corte internacional.

3.2.5 La fase prejudicial de la acción de incumplimiento no constituye una primera instancia con relación a la fase judicial de la acción de incumplimiento a cargo del TJCA. Es un procedimiento de naturaleza diferente a los procedimientos administrativos que tienen por objeto la emisión de una resolución por parte de la SGCA.

3.2.6 La fase prejudicial de la acción de incumplimiento se encuentra regulada con mayor detalle por la Decisión 623 – «Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento»[17], en cuya parte considerativa se menciona que por su propia naturaleza, la fase prejudicial de la acción de incumplimiento se distingue de otros procedimientos administrativos de la SGCA.

3.2.7 Tratándose de la actuación de oficio de la SGCA (artículo 23 del Tratado de Creación del TJCA), el segundo párrafo del artículo 7 de la Decisión 623 establece que la SGCA admitirá la petición del País Miembro al cual se remitió la nota de observaciones (es decir, el País Miembro que habría incurrido en incumplimiento de sus obligaciones) y fijará la fecha para la **reunión informativa o facilitadora**, siempre que dicha petición se haya formulado dentro del plazo de 10 días contado a partir de la recepción de la nota de observaciones.

3.2.8 Respecto de la actuación a pedido de parte[18] (artículo 24 del Tratado de Creación del TJCA), el segundo párrafo del artículo 18 de la Decisión

---

17 Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en reunión ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 1221 del 25 de julio de 2005.

18 Un País Miembro o una persona natural o jurídica afectada en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, según lo establecido en el literal b) del artículo 49 del Estatuto del TJCA.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

623 establece que la SGCA admitirá la petición para realizar la reunión y fijará la fecha para la **reunión informativa o facilitadora**, siempre que dicha petición se haya formulado dentro del plazo de 10 días contado a partir de la notificación del reclamo.

3.2.9 En línea con lo anterior, el artículo 19 de la Decisión 623 menciona lo que puede hacer la SGCA para **facilitar las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento**, mientras que su artículo 20 establece el plazo máximo para **realizar las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento**.

3.2.10 Las disposiciones mencionadas evidencian que el propósito de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, tanto si es de oficio como a pedido de parte, es **facilitar** a que el País Miembro observado o reclamado **subsane** el estado de incumplimiento; es decir, persuadir o convencer al País Miembro observado o reclamado de que está en incumplimiento y que regrese a un estado de cumplimiento.

La fase prejudicial de la acción de incumplimiento busca **facilitar** un proceso de diálogo e intercambio de información entre las partes involucradas. Es un escenario en el cual el País Miembro observado o reclamado puede presentar los argumentos conducentes a demostrar que la conducta identificada —en la nota de observaciones o en el reclamo— no constituye un incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario.

3.2.11 La reunión **informativa o facilitadora** tiene por objeto, precisamente, que la SGCA, a través del diálogo y la persuasión, convenza al País Miembro observado sobre la necesidad de regresar a un estado de cumplimiento (supuesto del artículo 23 del Tratado de Creación del TJCA), o proponga a los Países Miembros reclamante y reclamado las medidas o gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento (supuesto del artículo 24 del Tratado de Creación del TJCA), de modo que, en este segundo supuesto, la SGCA podría incluso buscar una solución conciliatoria.

3.2.12 Para el TJCA, la fase prejudicial de la acción de incumplimiento debe ser vista como un espacio de diálogo y persuasión que tiene por objeto convencer, cuando corresponda, al País Miembro observado o reclamado a regresar a un estado de cumplimiento, para efecto de lo cual la SGCA puede establecer propuestas conducentes a subsanar el incumplimiento, lo que, eventualmente, podría significar buscar un acercamiento de posiciones y, eventualmente, arribar a una fórmula conciliatoria.

TRIBUNAL DE JUSTICIA COMUNIDAD ANDINA
SECRETARÍA

3.2.13 Lo explicado guarda correspondencia con el hecho de que la Decisión 623, en el literal f) de su artículo 9, y en el literal f) de su artículo 21, ha señalado que el dictamen de la SGCA deberá contener la indicación o sugerencia de las medidas que le parezcan más apropiadas para corregir el incumplimiento.

3.2.14 Es evidente que la SGCA no tiene que esperar hasta la emisión de su dictamen para sugerir las medidas que le parezcan más apropiadas para corregir el incumplimiento detectado, sino que dicha sugerencia puede ser efectuada en la reunión facilitadora que se convoque conforme lo han establecido los artículos 7 y 18 de la Decisión 623.

3.2.15 La fase prejudicial de la acción de incumplimiento no puede ser entendida como un procedimiento administrativo inquisitivo o sancionador, ni siquiera uno de tipo declarativo, sino más bien como un espacio destinado a posibilitar el acercamiento de posiciones, la búsqueda de soluciones para subsanar el incumplimiento, el intercambio de propuestas que permitan corregir el incumplimiento, etc. Dentro de este abanico de alternativas cabe la posibilidad de lograr una conciliación entre los Países Miembros involucrados que permita corregir el incumplimiento.

3.2.16 Es por ello que el dictamen de la SGCA no es un acto administrativo, no es un acto comunitario de efectos jurídicos vinculantes, sino que es una opinión técnica no vinculante, no susceptible de ser revisada a través del recurso de reconsideración (artículos 10 y 22 de la Decisión 623), ni de ser impugnada a través de una acción de nulidad ante el TJCA.

3.2.17 Y es por ello también que el acceso a la tutela judicial que brinda la fase judicial de la acción de incumplimiento ante el TJCA no está supeditado a la emisión del dictamen de la SGCA. En efecto, como lo señalan los artículos 24 (último párrafo) y 25 del Tratado de Creación del Tribunal, si la SGCA no emitiere su dictamen dentro de los 75 días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el País Miembro o la persona reclamante podrá acudir directamente al TJCA.

3.2.18 Es relevante reiterar que el derecho de iniciar la acción de incumplimiento ante el TJCA no se ve afectado, ni limitado, incluso en el supuesto de que la SGCA no hubiese emitido el dictamen respectivo, por lo que menos podría verse afectado dicho derecho a iniciar la acción

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

si es que se advirtieran defectos en la tramitación de la fase prejudicial o en el contenido del dictamen.

3.2.19 En consecuencia, si tenemos en consideración que:

a) el dictamen de la SGCA es una opinión técnica no vinculante, que no es susceptible de ser impugnada a través del recurso de reconsideración ante dicho órgano comunitario, ni susceptible de ser sometida al control de legalidad por parte del TJCA a través de la acción de nulidad;

b) la fase prejudicial no es una primera instancia de la fase judicial de la acción de incumplimiento ante el Tribunal, ni un procedimiento administrativo conducente a la emisión de un acto administrativo o un acto comunitario de efectos jurídicos vinculantes;

c) la fase prejudicial constituye un espacio que posibilita el acercamiento de posiciones, la búsqueda de soluciones para subsanar el incumplimiento detectado por la SGCA, el intercambio de propuestas que permitan corregir el incumplimiento, etc.; y,

d) la falta de emisión del dictamen por parte de la SGCA o que esta considere que no existió incumplimiento, no impide que el interesado presente acción de incumplimiento ante la corte andina;

queda claro que, en su Sentencia (en acción de incumplimiento), el Tribunal podría mencionar, de considerarlo pertinente, los eventuales defectos en la tramitación de la fase prejudicial o en el contenido del dictamen, pero tales defectos no podrían de ninguna manera impedir o limitar el acceso a la tutela judicial que brinda la acción de incumplimiento tramitada ante el TJCA.

3.2.20 Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar que los cuestionamientos formulados por Bolivia respecto de la fase prejudicial no afectan la tramitación de la presente acción de incumplimiento ni la emisión de la Sentencia correspondiente.

3.2.21 Resta señalar que el Tribunal, en el presente caso, no ha encontrado irregularidad relevante alguna en la tramitación de la fase prejudicial.

3.2.22 Adicionalmente, debe mencionarse que, mediante Auto del 30 de junio de 2021, el TJCA declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía comunitaria previa, deducida por el demandado.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

3.3. **De la importancia del transporte internacional de pasajeros y mercancías por carretera en el proceso de integración económica y social de la Comunidad Andina**

3.3.1 De conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena[19], la Comunidad Andina constituye un proceso de integración y cooperación económica y social que busca el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad. Para tal efecto, busca acelerar su crecimiento económico, generar ocupación, y facilitar su participación en el proceso de integración regional con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

3.3.2 Para alcanzar los objetivos del Acuerdo de Cartagena, su artículo 3 establece que se emplearán como mecanismos y medidas, entre otros, un Programa de Liberación del intercambio comercial de bienes y la integración física (transporte, energía y comunicaciones).

3.3.3 La integración económica tiene su principal expresión en el denominado Programa de Liberación de bienes, el cual, según el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, tiene por objeto eliminar los «gravámenes» y «restricciones de todo orden» que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro.[20]

---

19 Codificado mediante la Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 940 del 1 de julio de 2003.

20 El primer párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena entiende por «gravámenes» los derechos aduaneros y cualesquier otro recargo de efecto equivalente, sea de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incida en las importaciones, no quedando comprendido en dicho concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados.

El segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena entiende por «restricciones de todo orden» cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral, no quedando comprendido en dicho concepto la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

a) Protección de la moralidad pública;
b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;
c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares, siempre que no interfieran con lo dispuesto en tratados sobre libre tránsito irrestricto vigentes entre los Países Miembros;

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

3.3.4 El Programa de Liberación de bienes sustenta la existencia de un área de libre comercio en el mercado subregional andino, en el que los productos originarios de los Países Miembros circulan libremente sin pagar aranceles en un mercado ampliado, lo que incrementa el poder de elección de los consumidores andinos, pues al interior de dicho mercado tienen la oportunidad de elegir entre una mayor variedad de bienes provenientes de los diferentes rincones de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, lo que a su vez incrementa la competencia y el bienestar de los mencionados consumidores, quienes pueden tener a su alcance productos a menores precios y de mejor calidad.

3.3.5 El aprovechamiento de un área de libre comercio requiere optimizar la integración física, especialmente a través de la facilitación del transporte de mercancías entre los Países Miembros. Para que los consumidores andinos gocen de los beneficios que les proporciona el Programa de Liberación y puedan acceder a una mayor oferta de bienes, tales bienes deben llegar previamente a sus respectivos destinos, para lo cual se requiere que la prestación del servicio de transporte de mercancías no solo esté libre de obstáculos innecesarios, sino que dicho servicio sea brindado con la mayor fluidez y libertad posible, objetivo que solo es posible de alcanzar si se garantiza un entorno subregional de libre y leal competencia, así como de condiciones equitativas para todas las personas naturales y jurídicas que prestan el servicio mencionado.

3.3.6 En lo relativo a la integración física, el artículo 104 del Acuerdo de Cartagena señala que los Países Miembros deben desarrollar una acción conjunta para lograr un mejor aprovechamiento del espacio físico, fortalecer la infraestructura y los servicios necesarios para el avance del proceso de integración económica de la subregión andina. Esta acción se ejerce principalmente en los campos de la energía, los transportes y las comunicaciones, y comprende las medidas necesarias a fin de facilitar el tráfico fronterizo entre dichos países.

3.3.7 Si bien el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena evidencia el rol que juega el Programa de Liberación de bienes en la profundización de la

---

d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;
e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;
f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y,
g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.

TRIBUNAL DE JUSTICIA
SECRETARÍA
COMUNIDAD ANDINA

integración económica en la Comunidad Andina, el artículo 104 de dicho Acuerdo revela la importancia del transporte (integración física) en el fortalecimiento del Programa de Liberación y del propio proceso de integración, puesto que para que se materialice la libre circulación de bienes es indispensable contar con servicios de transporte que garanticen dicha libre circulación. Sin un transporte fluido y libre de obstáculos, brindado en un entorno de libre y leal competencia y en condiciones de equidad, los bienes originarios no llegarían con la rapidez esperada a los mercados de destino, afectando así el comercio subregional y el bienestar de los consumidores andinos.

3.3.8 Al respecto, corresponde mencionar que, en atención al mandato contenido en el actual Capítulo XIII del Acuerdo de Cartagena y tomando en cuenta la relevancia de fortalecer, ampliar y modernizar los servicios de transporte en la subregión, la Comisión de la Comunidad Andina aprobó a lo largo del tiempo las siguientes Decisiones que regulan la prestación del servicio de transporte en distintas modalidades:

(i) **Terrestre:** Decisiones 257 – «Transporte Internacional de Mercancías por Carretera»[21]; 271 – «Sistema Andino de Carreteras»[22]; 289 – «Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera»[23]; 398 – «Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, sustitutoria de la Decisión 289»[24]; 399 – «Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, sustitutoria de la Decisión 257»[25]; 467 – «Norma comunitaria que establece las infracciones y el régimen de sanciones para los transportistas del transporte internacional de mercancías por carretera»[26]; 491 – «Reglamento Técnico Andino sobre Límites de Pesos y Dimensiones de los Vehículos destinados al Transporte

---

21 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 52 del 7 de diciembre de 1989.

22 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 73 del 31 de octubre de 1990.

23 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 80 del 4 de abril de 1991.

24 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 243 del 27 de enero de 1997.

25 *Ibidem.*

26 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 469 del 16 de agosto de 1999.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

Internacional de Pasajeros y Mercancías por Carretera»[27]; y, 837 – «Sustituye la Decisión 399 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera»[28].

(ii) **Aéreo:** Decisiones 582 – «Transporte Aéreo en la Comunidad Andina»[29]; y, 619 – «Normas para la Armonización de los Derechos y Obligaciones de los Usuarios, Transportistas y Operadores de los Servicios de Transporte Aéreo en la Comunidad Andina»[30].

(iii) **Marítimo:** Decisión 314 – «Libertad de Acceso a las Cargas Transportadas por vía marítima y políticas para el desarrollo de la Marina Mercante del Grupo Andino»[31].

(iv) **Multimodal:** Decisiones 331 – «Transporte Multimodal»[32]; y, 393 – «Modificación de la Decisión 331 "Transporte Multimodal"»[33].

3.3.9 Por otro lado, la Comunidad Andina es una comunidad de Derecho que busca la armonización de políticas y legislaciones, que entre otros objetivos está orientada a promover el avance paulatino hacia la consolidación de un mercado común. Para tal efecto, un aspecto de capital importancia es asegurar la libre circulación de personas. Precisamente, el artículo 129 del Acuerdo de Cartagena establece que los Países Miembros tienen la obligación de emprender acciones de

---

27 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 640 del 12 de febrero de 2001.

28 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 3601 del 29 de abril de 2019.

29 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 1063 del 5 de mayo de 2004.

30 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 1221 del 25 de julio de 2005.

31 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 102 del 18 de febrero de 1992.

32 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 129 del 11 de marzo de 1993.

33 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 212 del 17 de julio de 1996.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

cooperación conjunta destinadas a contribuir al logro de diversos objetivos de carácter social, entre los que se encuentra la participación plena de los habitantes de la subregión en el proceso de integración.

3.3.10 Si bien son muchas las formas en las cuales los ciudadanos andinos pueden ser partícipes directos del proceso de integración y percibir de manera inmediata sus beneficios, no cabe duda de que la posibilidad de circular libremente en el territorio comunitario es una de las más emblemáticas y constituye uno de los principales logros del proceso integrador. No podría hablarse del proceso de integración social si los habitantes tienen restricciones para viajar de un país a otro. Y es que así como la integración económica exige la libre circulación de mercancías, la integración social propugna la libre circulación de las personas. Es en este contexto que en el año 2021 se aprobó, mediante Decisión 878 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores[34], el «Estatuto Migratorio Andino», el cual señala en su parte considerativa que la libre circulación y el establecimiento de personas constituye un objetivo central en el fortalecimiento del espacio comunitario andino y uno de los elementos visibles que coadyuvan a reforzar el sentido de pertenencia del ciudadano andino comunitario con el proceso integrador.

3.3.11 En línea con lo que se viene afirmando está también la promoción de actividades económicas y sociales que canalizan su desenvolvimiento a través de la libre circulación de personas, como es el turismo, a propósito de lo cual el artículo 127 del Acuerdo de Cartagena establece que, en el campo de esta actividad, los Países Miembros deben desarrollar programas conjuntos tendientes a lograr un mejor conocimiento de la subregión y a estimular las actividades económicas vinculadas con el turismo. Para que los ciudadanos andinos realicen más turismo intracomunitario, la prestación de servicios de transporte de pasajeros es medular, y considerando las cercanías limítrofes existentes (Colombia-Ecuador, Perú-Ecuador y Bolivia-Perú), el transporte por carretera constituye un servicio clave que debe ser promovido ampliamente, lo que requiere la eliminación de obstáculos y tratamientos discriminatorios en un entorno de libre y leal competencia y en condiciones de equidad.

3.3.12 La revisión de diversas disposiciones del Acuerdo de Cartagena, norma fundacional y constitucional (de derecho primario) del proceso de integración subregional andino, permite apreciar la importancia de la

[34] Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 4239 del 12 de mayo de 2021.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

libre circulación de mercancías y personas en la profundización de la integración económica y social, lo que a su vez exige dotar al transporte de pasajeros y de mercancías intracomunitario de las mayores garantías para su prestación libre, rápida y fluida, sin obstáculos innecesarios, lo que se consigue con la aplicación de los principios fundamentales de libertad de operación, acceso al mercado, trato nacional, transparencia, no discriminación, igualdad de tratamiento legal, libre competencia y nación más favorecida, tal como lo establecen los respectivos artículos 3 de la Decisión 398[35] y de la Decisión 837[36].

3.3.13 En su parte considerativa, la Decisión 398 afirma 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. También en su parte considerativa, la Decisión 837, además de mencionar lo anterior, precisa que el transporte internacional de mercancías constituye una herramienta valiosa de la integración que brinda un apoyo determinante al intercambio comercial, a la expansión competitiva de la base productiva y a la dinamización del comercio exterior.

3.3.14 El TJCA siempre ha tenido presente la importancia del transporte por carretera en la consolidación del proceso de integración económica y social de la Comunidad Andina. En las Sentencias del 24 de noviembre de 2000 (Procesos números 15-AI-2000 y 16-AI-2000)[37], esta corte internacional señaló, con relación a la Decisión 399, predecesora de la Decisión 837, lo siguiente:

> «...**La Liberación del transporte de bienes por carretera dentro del ámbito territorial comunitario como instrumento indispensable para el libre tránsito de mercancías.**

---

35 Decisión 398 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena - «Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, sustitutoria de la Decisión 289», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 243 del 27 de enero de 1997.

36 Decisión 837 de la Comisión de la Comunidad Andina - «Sustituye la Decisión 399 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 3601 del 29 de abril de 2019.

37 Publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 639 del 9 de febrero de 2001.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

La construcción del mercado común, fin último que persigue la Comunidad Andina de Naciones dentro del proceso de integración que adelanta, exige a más de la eliminación 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, tanto de bienes, servicios, personas y capitales se efectúe libremente y sin obstáculos de ninguna naturaleza.

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.

Estimando que el servicio de transporte constituye uno de los instrumentos más eficaces para la consolidación del espacio económico subregional, mediante el apoyo determinante que brinda al intercambio comercial, la Comisión expidió la Decisión 399 sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera.

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…

Para evitar que tales efectos nocivos se produzcan y con el propósito de liberalizar la oferta y la prestación del servicio de transporte internacional de mercancías por carretera, la Decisión 399 consagró el compromiso unánime de los Países Miembros de homologar las autorizaciones y documentos de transporte y eliminar toda medida restrictiva que afectara o pudiera afectar las operaciones de dicho transporte. Los Países Miembros quedaron obligados por su propia voluntad y consentimiento a mantener en plena vigencia y aplicación respecto de este servicio, los principios fundamentales de libertad de operación, acceso al mercado, trato nacional, transparencia, no discriminación, igualdad de tratamiento legal, libre competencia y nación más favorecida, expresamente establecidos en el artículo 3 de la norma comunitaria comentada.»

[Subrayado agregado]

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

3.3.15 Lo expresado por el Tribunal en las Sentencias citadas mantiene plena vigencia y debe ser tomado en cuenta al momento de interpretar y aplicar las Decisiones 398 y 837. El transporte internacional de pasajeros y de mercancías por carretera constituye un factor fundamental para viabilizar la libre circulación de bienes y de personas, elemento característico de la integración física y de la formación gradual de un mercado común. Dicho servicio debe ser brindado en el espacio comunitario con la mayor fluidez, dinamicidad y libertad posible, de manera que los intercambios y movimientos de los factores de producción en el interior del territorio de la Comunidad Andina se cumplan como si se tratara de intercambios semejantes a los que existen entre regiones que se encuentran dentro del territorio de los Países Miembros.

3.3.16 En ese sentido, para entender las condiciones en que los servicios de transporte de pasajeros y de mercancías por carretera deben ser prestados en el ámbito comunitario, resulta indispensable que en la práctica no exista diferencia alguna entre la prestación del servicio de transporte internacional y el nacional. Es decir, que transportar pasajeros o mercancías de un País Miembro a otro País Miembro debe ser similar a transportarlos entre los departamentos o provincias que se encuentran al interior de un País Miembro. Este propósito se consigue únicamente si la oferta y la prestación del servicio de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera se sustenta en los principios de libertad de operación, acceso al mercado, trato nacional, transparencia, no discriminación, igualdad de tratamiento legal, libre competencia y nación más favorecida.

3.3.17 En el acápite siguiente se desarrolla con mayor detalle el análisis de los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia, contemplados en los correspondientes artículos 3 de las Decisiones 398 y 837.

3.4. Sobre los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia previstos en las Decisiones 398 y 837

3.4.1 El artículo 3 de las Decisiones 398 y 837 establece que la oferta y la prestación del servicio de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera se sustenta, entre otros, en los siguientes principios: trato nacional, no discriminación y libre competencia.[38]

[38] **Decisión 398.-**

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

3.4.2 Los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia buscan que los transportistas nacionales y los transportistas de los otros Países Miembros compitan en igualdad de condiciones en el territorio de cualquier País Miembro, lo que significa que, para ambos tipos de agentes económicos, los requisitos, exigencias y condiciones deben ser los mismos respecto de:

a) La «regulación»[39] del servicio de transporte (lo que comprende tanto la autorización[40] para prestar el servicio como la prestación del servicio autorizado); y,

b) Cualquier otra regulación que incida sobre la prestación del servicio de transporte.

3.4.3 Tratándose de lo primero, la **regulación del servicio de transporte**, los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia se aplican respecto de:

a) La **autorización para prestar el servicio**. Por tanto, los requisitos, exigencias y condiciones establecidos en el procedimiento de habilitación administrativa deben ser los mismos tanto para los transportistas nacionales como para los transportistas de los otros Países Miembros. Así, por ejemplo, el monto de la tasa o derecho por la tramitación del procedimiento, el plazo del procedimiento, la documentación e información que

---

«**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.»

39 Para los efectos de la presente Sentencia, se entiende por «regulación» las leyes, reglamentos y actos administrativos.

40 Para los efectos de la presente Sentencia, se entiende por «autorización» cualquier modalidad de habilitación administrativa, sea que se llame Permiso Originario de Prestación de Servicios, Permiso Complementario de Prestación de Servicios, Certificado de Habilitación, entre otros.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

debe ser presentada, los medios impugnativos disponibles, el plazo de vigencia de la autorización, las reglas de simplificación administrativa, etc.

b) La **prestación del servicio autorizado**. En consecuencia, los requisitos, exigencias y condiciones establecidos para el desarrollo de la actividad[41] deben ser los mismos para los transportistas nacionales y los transportistas de los otros Países Miembros. Así, por ejemplo, sobre la validez de las licencias de conducir[42], la exigencia de pólizas o seguros obligatorios, las características o exigencias técnicas de los vehículos, la habilitación de los vehículos, las exigencias y reglas sobre la tripulación, el régimen de responsabilidades, el régimen de fiscalización y sanción, etc.

3.4.4 En lo concerniente a lo segundo, **cualquier otra regulación que incida sobre la prestación del servicio de transporte**, los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia se aplican respecto de las barreras (normativas y burocráticas), requisitos, exigencias y condiciones establecidas por cualquier autoridad competente nacional que, si bien no provienen de la regulación del servicio de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera, deben ser asumidos por los transportistas o su aplicación genera un escenario en el que se impide o dificulta su acceso o permanencia en el mercado.

Sobre la base de los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia, los costos y sobrecostos —provenientes de una regulación distinta a la aplicable directamente al servicio de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera— deben ser los mismos para los transportistas nacionales y los transportistas de los otros Países Miembros. Así, por ejemplo, el pago por concepto de peajes, el monto de las multas por infracciones de tránsito, el precio de los combustibles, la venta de repuestos, el acceso a talleres de mantenimiento técnico, las normas sobre publicidad, etc.

---

41 El servicio de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera.

42 El artículo 25 de la Decisión 837 menciona que las licencias para conducir vehículos automotores, otorgadas por un País Miembro, que utilicen los conductores en el transporte internacional, serán reconocidas como válidas en los demás Países Miembros por los cuales se transite. En similar sentido, el artículo 27 de la Decisión 398 señala que las licencias para conducir vehículos automotores, otorgadas por un País Miembro, que utilicen los conductores en el transporte internacional, serán reconocidas como válidas en los demás Países Miembros por los cuales se transite.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

3.4.5 Los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia se encuentran inmersos en:

a) el artículo 15 de la Decisión 837[43], norma que indica que el transportista autorizado gozará, en los Países Miembros de un tratamiento no menos favorable, que el concedido a los transportistas autorizados de ese país;

b) el artículo 18 de la Decisión 398[44], norma que establece que el transportista autorizado gozará, en el País Miembro que le hubiere otorgado el permiso correspondiente, de un tratamiento no menos favorable que el concedido a los transportistas autorizados de ese país;

c) el artículo 157 de la Decisión 398[45], norma que preceptúa que los transportistas autorizados ofrecerán el servicio de transporte internacional bajo condiciones de libre y equitativa competencia, y que ofertarán libremente sus tarifas; y,

d) el artículo 178 de la Decisión 837[46], norma que menciona que los Países Miembros establecerán las normas necesarias para que la

---

43 **Decisión 837.-**

«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.»

44 **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.»

45 **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.»

46 **Decisión 837.-**

«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.»

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

prestación de servicios por parte de los transportistas autorizados se realice en igualdad de condiciones de competencia en el mercado.

3.4.6 Lo explicado se puede visualizar en el siguiente cuadro:

LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRATO NACIONAL, NO DISCRIMINACIÓN Y LIBRE COMPETENCIA	
Respecto de la regulación del servicio de transporte	**Respecto de cualquier otra regulación que incida sobre la prestación del servicio de transporte**
Se aplican respecto de los requisitos, exigencias y condiciones que establece la regulación del servicio de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera, lo que comprende: (a) la autorización para prestar el servicio; y, (b) la prestación del servicio autorizado.	Se aplican respecto de las barreras (normativas y burocráticas), requisitos, exigencias y condiciones establecidas por cualquier autoridad competente nacional que, si bien no provienen de la regulación del servicio de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera, son asumidos por los transportistas o su aplicación genera un escenario en el que se les impide o dificulta su acceso o permanencia en el mercado.
Los requisitos, exigencias y condiciones establecidos en el procedimiento de autorización deben ser los mismos para los transportistas nacionales y los transportistas de los otros Países Miembros. Así, por ejemplo, el monto de la tasa o derecho por la tramitación del procedimiento, el plazo del procedimiento, la documentación e información que debe ser presentada, los medios impugnativos disponibles, el plazo de vigencia de la autorización, las reglas de simplificación administrativa, etc. Los requisitos, exigencias y condiciones establecidos para la prestación del servicio deben ser los mismos para los transportistas nacionales y los transportistas de los otros Países Miembros. Así, por ejemplo, sobre la validez de las licencias de conducir, la exigencia de pólizas o seguros obligatorios, las características o exigencias técnicas de los vehículos, la habilitación de los vehículos, las exigencias y reglas sobre la tripulación, el régimen de responsabilidades, el régimen de fiscalización y sanción, etc.	Los costos y sobrecostos que la regulación distinta a la aplicable al servicio de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera, deben ser los mismos para los transportistas nacionales y los transportistas de los otros Países Miembros. Así, por ejemplo, el pago por concepto de peajes, el monto de las multas por infracciones de tránsito, el precio de los combustibles, la venta de repuestos, el acceso a talleres de mantenimiento técnico, las normas sobre publicidad, etc.

3.4.7 La aplicación de los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia busca asegurar que los transportistas nacionales y los

TRIBUNAL DE JUSTICIA
SECRETARÍA
COMUNIDAD ANDINA

transportistas de los otros Países Miembros compitan —en cada uno de los territorios de dichos países y en el mercado subregional andino— en igualdad de condiciones, de modo que la regulación nacional no establezca a favor de unos, y en contra de otros, una ventaja competitiva artificial que distorsione una libre y leal competencia basada en el esfuerzo empresarial y los méritos: menores precios, mejor calidad, mayor variedad y acceso más fácil y rápido.

3.4.8 En materia de transporte internacional de pasajeros y mercancías por carretera, el Programa de Liberación y la integración física permiten el desarrollo de la libre y leal competencia (lo que presupone igualdad de condiciones para todos los agentes económicos involucrados) —y la correspondiente libertad de precios que conlleva una competencia por precio, calidad, variedad y acceso (competencia por méritos)—, cuya finalidad es mejorar el bienestar de los consumidores andinos. La libre competencia no solo es un principio jurídico rector del ordenamiento jurídico comunitario andino que fortalece y profundiza la integración económica y la social, sino también un bien jurídico merecedor de tutela.

3.4.9 Como se ha mencionado, los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia buscan que el transporte internacional (intracomunitario) sea idéntico al transporte nacional; es decir, que transportar pasajeros o mercancías de un País Miembro a otro País Miembro debe ser similar a transportarlos entre los departamentos o provincias que se encuentran al interior del territorio de un País Miembro.

3.5. **La diferenciación de precios en la venta de combustibles según la placa (nacional o extranjera) del transportista**

3.5.1 Perú sostiene que Bolivia, a través del Decreto Supremo 29814 (noviembre, 2008) y la Ley 100 (abril, 2011), ha establecido un sistema de diferenciación de precios en la venta de combustibles (gasolina, diésel oil y gas natural vehicular) en el sentido de que los vehículos con placa extranjera (como la peruana) pagan un precio mayor que los vehículos con placa nacional (boliviana).

3.5.2 Bolivia no ha negado dicha diferenciación de precios, aunque ha señalado que ella se sustenta en las excepciones previstas en el artículo 11 de la Decisión 439. En la audiencia pública realizada el 16 de junio de 2022, el representante de Bolivia dijo lo siguiente:

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

> «La política soberana nacional de fijación de precios de los combustibles, universales o **diferenciados**, es una sola; no existiendo ningún discrimen pues **las razones para diferenciar los precios por placas de los vehículos tiene total asidero jurídico**.
> (…)
>
> El precio **diferenciado** de venta de combustibles por placa del vehículo contribuye notablemente a luchar contra el contrabando, al mismo tiempo que disminuye el impacto económico de la medida.»
>
> [Énfasis agregado]

3.5.3 Queda claro, en consecuencia, que no es materia controvertida que Bolivia ha establecido (en su territorio) un sistema de diferenciación de precios en la venta de combustibles (gasolina, diésel oil y gas natural vehicular) por virtud del cual los vehículos con placa extranjera (como la peruana) pagan un precio mayor que los vehículos con placa nacional (boliviana).

3.5.4 Sin perjuicio de ello, en su escrito de alegatos finales, Perú ha presentado copia de comprobantes de pago, emitidos por una estación de servicio de venta de combustibles ubicado en territorio boliviano, que acreditan la mencionada diferenciación de precios en junio de 2022.

3.5.5 En consecuencia, para los efectos de la presente Sentencia, se encuentra acreditado que, en territorio boliviano, los agentes económicos que brindan el servicio de transporte internacional (de pasajeros y mercancías) por carretera pagan un precio diferente por los combustibles que adquieren, en el sentido de que los que operan el servicio con vehículos con placa nacional (boliviana) pagan un menor precio que los que operan el servicio con vehículos con placa extranjera (como la peruana).

3.6. **Si la diferenciación de precios en la venta de combustibles vulnera las Decisiones 398 y 837**

3.6.1 La diferenciación de precios en la venta de combustibles (gasolina, diésel oil y gas natural vehicular) en territorio boliviano, en el sentido de que los transportistas con placa nacional (boliviana) pagan un menor precio que los transportistas con placa extranjera (*v.g.*, colombiana, peruana o ecuatoriana) genera lo siguiente:

a) Un trato diferenciado entre los transportistas nacionales (bolivianos) y los transportistas andinos (colombianos, peruanos y ecuatorianos), lo que viola el principio de trato nacional.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

b) Un tratamiento discriminatorio entre los transportistas nacionales (bolivianos) y los transportistas andinos (colombianos, peruanos y ecuatorianos), lo que viola el principio de no discriminación.

c) Otorga a los transportistas nacionales (bolivianos) una ventaja competitiva con respecto de los transportistas andinos (colombianos, peruanos y ecuatorianos), lo que viola el principio de libre competencia.

3.6.2 La diferenciación de precios constituye una regulación (nacional) en el sector hidrocarburos que otorga una ventaja competitiva artificial a los transportistas nacionales frente a los transportistas de los otros Países Miembros de la Comunidad Andina. Una gasolina o diésel oil a menor precio le permite al transportista nacional ofrecer a los consumidores andinos un servicio a menor precio, pero este menor precio no deriva del esfuerzo empresarial, del mérito, de la eficiencia productiva, sino de la ventaja otorgada por la mencionada regulación nacional, que fue adoptada de forma unilateral.

3.6.3 La regulación sobre diferenciación de precios constituye una barrera o sobrecosto que dificulta la permanencia u operatividad en el mercado de los transportistas de placa extranjera, pues tienen que pagar un mayor precio por un insumo esencial para la prestación del servicio de transporte que el pagado por sus competidores locales, lo que tiene la potencialidad de direccionar clientes (pasajeros o generadores de carga) hacia los transportistas de placa nacional.

3.6.4 La diferenciación de precios en la venta de combustibles distorsiona la existencia de una competencia basada en méritos, altera la competencia equitativa que debería existir entre los transportistas nacionales y los transportistas de los otros Países Miembros de la Comunidad Andina y resquebraja la igualdad de condiciones de competencia en el mercado subregional, lo que significa una violación de los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia previstos y reconocidos expresamente en el ordenamiento jurídico comunitario andino que regula el servicio de transporte internacional de pasajeros y mercancías por carretera como parte del campo de la integración física, y que resulta fundamental para consolidar el espacio económico subregional y alcanzar los objetivos plasmados en el Acuerdo de Cartagena.

3.6.5 El hecho de que, en territorio boliviano y por virtud de la regulación nacional del sector hidrocarburos, los transportistas con placa nacional (boliviana) paguen —en las estaciones de venta de hidrocarburos— un

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

precio menor por la adquisición de combustibles (gasolina, diésel oil y gas natural vehicular) que los transportistas con placa extranjera (colombiana, peruana o ecuatoriana) constituye una vulneración de los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia, lo que implica, a su vez, transgredir los artículos 3, 18 y 157 de la Decisión 398 y 3, 15 y 178 de la Decisión 837.

3.6.6 El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal señala que los Países Miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias y que se comprometen a no adoptar medidas contrarias a esas normas o que obstaculicen su aplicación. En ese sentido, la transgresión mencionada en el párrafo precedente también implica una violación del artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA.

3.7. Si el artículo 11 de la Decisión 439 se aplica al transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera

3.7.1 Si bien Bolivia reconoce que existe la diferenciación de precios en la venta de combustibles en función de si el vehículo del transportista tiene placa boliviana (menor precio) o placa extranjera (mayor precio), argumenta que esta medida se encuentra justificada en aplicación de las excepciones (sobre preservación del orden público, y protección de los intereses esenciales de la seguridad nacional) previstas en el artículo 11 de la Decisión 439 de la Comisión de la Comunidad Andina – «Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina»[47], que establece lo siguiente:

> «**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

[47] Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 347 del 17 de junio de 1998.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

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.»

[Subrayado agregado]

3.7.2 De esta manera, la pregunta que debe ser respondida en el presente caso es si el artículo 11 de la Decisión 439 se aplica o no, supletoriamente, a los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia previstos en las Decisiones 398 y 837 para el transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera.

3.7.3 El transporte[48], conjuntamente con la energía y las comunicaciones, constituyen los campos que hacen parte de la integración física, y lo que busca el Acuerdo de Cartagena en esta materia es adoptar las medidas

[48] Lo que comprende, como es evidente, el transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

necesarias para facilitar el tráfico fronterizo entre los Países Miembros, tal como lo establece su artículo 104. Las Decisiones 398 y 837 han sido expedidas en el marco de las disposiciones normativas de derecho primario sobre «integración física» (el Capítulo XI del texto primigenio del Acuerdo de Cartagena).

3.7.4 Como se ha señalado en el acápite 3.3. de la presente Sentencia, el transporte internacional de pasajeros y de mercancías por carretera constituye un factor fundamental para viabilizar la libre circulación de bienes y de personas, elemento característico de la integración física, de la integración social y de la formación gradual de un mercado común. El hecho de que el artículo 3 de las Decisiones 398 y 837 disponga que la oferta y la prestación del servicio de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera se sustenta en los principios de libertad de operación, acceso al mercado, trato nacional, transparencia, no discriminación, igualdad de tratamiento legal, libre competencia y nación más favorecida, evidencia el fuerte y decidido impulso que el legislador andino le ha dado a la integración física, y no puede ser de otra forma dada la importancia de la integración física para el fortalecimiento y profundización de la integración económica y social, la razón de ser de la Comunidad Andina.

3.7.5 Si bien el Acuerdo de Cartagena diferencia el «comercio intrasubregional de servicios», regulado en su Capítulo VII, de la «integración física», regulada en su Capítulo XIII (que era el Capítulo XI del texto primigenio del Acuerdo de Cartagena), hay actividades que forman parte tanto de la integración física como del comercio intrasubregional de servicios, como es el caso del transporte y las telecomunicaciones.

3.7.6 El artículo 3 de la Decisión 399[49] (norma predecesora de la Decisión 837), de enero de 1997, disponía lo siguiente:

> «**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.»
>
> [Subrayado agregado]

[49] Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena – «Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, sustitutoria de la Decisión 257» publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 243 del 27 de enero de 1997.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

3.7.7 El artículo 3 de las Decisiones 398 (enero, 1997) y 837 (abril, 2019) tiene un texto idéntico al del artículo 3 de la Decisión 399 antes citado.[50]

3.7.8 Las Decisiones 398 y 399 (la predecesora de la Decisión 837) fueron publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 243 del 27 de enero de 1997.

3.7.9 Meses después, mediante el Protocolo de Sucre del 25 de junio de 1997, se incorporó al Acuerdo de Cartagena el capítulo sobre el «comercio intrasubregional de servicios». Fue el artículo 15 del Protocolo de Sucre que incorporó el actual Capítulo VII del Acuerdo de Cartagena (artículos 79 y 80).

3.7.10 El artículo 79 del Acuerdo de Cartagena menciona la necesidad de aprobar un marco general de principios y normas para lograr la liberalización del comercio intrasubregional de servicios. En ejecución de dicho mandato, en junio de 1998 se aprobó la Decisión 439.

3.7.11 La parte considerativa de la Decisión 439 menciona que hay servicios, de origen subregional, que ya han sido liberalizados, obteniéndose resultados favorables, tanto para los prestadores como para los usuarios, contribuyendo al fortalecimiento del proceso andino de integración.

3.7.12 El artículo 1 de la Decisión 439 señala lo siguiente:

> «**Artículo 1.-** El presente Marco General tiene como objetivo establecer un conjunto de principios y normas para la liberalización progresiva del comercio intrasubregional de servicios, a fin de alcanzar la creación del Mercado Común Andino de Servicios, mediante la eliminación de las medidas restrictivas al interior de la Comunidad Andina.
>
> De conformidad con los términos y condiciones contenidos en los compromisos establecidos en el presente Marco General, los Países Miembros estimularán el fortalecimiento y diversificación de los servicios andinos y armonizarán las políticas nacionales sectoriales en aquellos aspectos que así lo requieran.»
>
> [Subrayado agregado]

TRIBUNAL DE JUSTICIA
SECRETARÍA
COMUNIDAD ANDINA

50 Ver nota a pie de página 38 de la presente Sentencia.

3.7.13 A junio de 1998, existían servicios que ya habían sido liberalizados, como es el caso del transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera, cuya plena liberalización se había efectuado en enero de 1997 por virtud de las Decisiones 398 y 399.

3.7.14 Es por ello que la Decisión 439, por un lado, reconoce que a su vigencia existían servicios que ya habían sido liberalizados; y, por el otro, establece en su artículo 1 la necesidad de iniciar un proceso de liberalización progresiva (hacia el futuro) de los servicios que aún no habían sido liberalizados.

3.7.15 Dicho escenario explica el contenido del artículo 5 de la Decisión 439, el cual establece lo siguiente:

> «**Artículo 5.-** Los sectores o subsectores de servicios sometidos a Decisiones sectoriales existentes a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión o sus modificatorias, se regulan por las normas contenidas en tales Decisiones. Respecto de dichos sectores y subsectores, las normas previstas en el presente Marco General se aplicarán supletoriamente.»
>
> [Subrayado agregado]

3.7.16 De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Decisión 439, los sectores de servicios previamente liberalizados, como el de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera, se rigen por sus propias decisiones (y sus modificatorias). No obstante, según dicha norma, para los sectores y subsectores liberalizados con anterioridad a la vigencia de la Decisión 439, esta tiene aplicación supletoria.

3.7.17 La referida aplicación supletoria está condicionada al cumplimiento concurrente de dos requisitos:

a) Que una disposición de la Decisión (previa, o su modificatoria) que regula un sector o subsector de servicios en particular presente algún vacío que necesite ser complementado, o una generalidad que requiera ser especificada, con una disposición de la Decisión 439; y,

b) Que la disposición de la Decisión 439 que se pretende aplicar supletoriamente guarde correspondencia con el objeto, naturaleza y finalidad de la disposición de la Decisión (previa, o su

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

modificatoria) que va a ser materia de complementación o especificación.

3.7.18 En el presente caso, las Decisiones 398 y 837 regulan diversos ámbitos del servicio de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera, a saber:

a) Definiciones
b) Principios aplicables
c) Ámbito de aplicación
d) De las condiciones del transporte
e) De la autorización del transporte
f) De la tripulación
g) De la habilitación de los vehículos
h) Del contrato de transporte
i) De las responsabilidades del transportista
j) De la jurisdicción y competencia
k) De los aspectos aduaneros
l) De los aspectos sobre migración
m) De los organismos nacionales competentes
n) De los centros nacionales y binacionales de atención en frontera
o) Del registro andino de transportistas autorizados

3.7.19 El listado evidencia una amplia y profunda regulación del servicio de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera, por lo que en principio no se advierte la existencia de vacíos en las disposiciones de carácter especial de las Decisiones 398 y 837 que necesiten ser complementados con las disposiciones de carácter general contenidas en la Decisión 439. En lo atinente a los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia, si bien los artículos 3 de las Decisiones 398 y 837 no definen dichos principios, los artículos 18 y 157 de la Decisión 398 y 15 y 178 de la Decisión 837 permiten tener una comprensión más cabal del objeto, alcance y finalidad de tales principios.

3.7.20 No se aprecia de los artículos 3 y 157 de la Decisión 398 y 3 y 178 de la Decisión 837 que se hubiese establecido alguna excepción o limitación en cuanto a su plena aplicación que justifique recurrir, de manera supletoria y para mayor comprensión, al artículo 11 de la Decisión 439.

Si en los artículos 3, 18 y 157 de la Decisión 398 y 3, 15 y 178 de la Decisión 837 se hubiese incorporado alguna referencia tipo: «salvo las limitaciones previstas en el ordenamiento andino», o «salvo las excepciones previstas en el ordenamiento andino»; no podría negarse la

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

aplicación supletoria y complementaria del artículo 11 de la Decisión 439; sin embargo, el legislador andino no ha establecido ninguna disposición en ese sentido.

3.7.21 Veamos ahora si el artículo 11 de la Decisión 439 guarda correspondencia con el objeto, alcance y finalidad de los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia previstos en las Decisiones 398 y 837.

3.7.22 Sobre el particular, debe indicarse que las excepciones previstas en el artículo 11 de la Decisión 439 tienen que ver con la liberalización **progresiva** (en el futuro) de sectores o subsectores de servicios; es decir, que respecto de la negociación conducente a concretar la liberalización (en el futuro) de sectores o subsectores de servicios, los Países Miembros están autorizados a establecer, con carácter excepcional (de aplicación e interpretación restringida), medidas que podrían limitar la plena liberalización (*v.g.*, medidas sobre acceso a los mercados), siempre y cuando dichas medidas respeten lo establecido en el último párrafo del mencionado artículo 11.

3.7.23 El servicio de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera fue plenamente liberalizado con anterioridad a la expedición de la Decisión 439, por lo que el artículo 11 de esta norma andina no resulta aplicable, de manera supletoria, a las Decisiones 398 y 837.

3.7.24 En la medida que la diferenciación de precios en la venta de combustibles proviene de la regulación nacional del **sector hidrocarburos**, nada tienen que ver en ello las disposiciones del artículo 11 de la Decisión 439, las cuales tienen por finalidad otorgar a los Países Miembros la facultad de establecer excepciones, debidamente regladas, en cuanto a la liberalización progresiva de **sectores o subsectores de servicios**, que sea acordada a partir de su entrada en vigencia.

3.7.25 A lo anterior hay que agregar que, por su naturaleza, los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia no pueden estar sujetos a excepciones y limitaciones que distorsionen la finalidad que se busca, que es asegurar un entorno de libre y «equitativa» competencia en la que los transportistas nacionales y los transportistas de los otros Países Miembros compitan en «igualdad» de condiciones en el contexto de un mercado subregional, que constituye precisamente uno de los fundamentos del proceso de integración andino.

TRIBUNAL DE JUSTICIA
SECRETARÍA
COMUNIDAD ANDINA

3.7.26 Para mayor claridad de lo que se viene exponiendo, resulta pertinente citar los artículos 18 y 157 de la Decisión 398 y 15 y 178 de la Decisión 837:

> 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.»
>
> «**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:
>
> «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 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.»

3.7.27 De las cuatro normas antes citadas, no se advierte que hubiese sido la intención del legislador andino someter la aplicación de los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia a algún tipo de excepción o limitación. En especial, si tenemos presente que los artículos 15 y 178 de la Decisión 837 fueron adoptados en abril de 2019, mientras que el artículo 11 de la Decisión 439 está vigente desde junio de 1998. Si hubiese sido intención del legislador andino que las excepciones previstas en el mencionado artículo 11 fueran aplicables al transporte de mercancías, se hubiese anotado esta circunstancia en la Decisión 837 —al menos en sus artículos 15 o 178—, que fue dictada 21 años después. Cabe anotar que tampoco se encuentra ninguna referencia a la Decisión 439 en la parte considerativa de la Decisión 837.

3.7.28 Lo anterior no significa que los Países Miembros no puedan establecer medidas legislativas o administrativas (regulatorias) destinadas a proteger la moral, el orden público o la seguridad nacional, sino que dichas medidas deben aplicarse por igual (en equidad) a los transportistas nacionales y a los transportistas de los otros Países Miembros. Así, por ejemplo, si para combatir la delincuencia, se

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

autoriza a la policía a registrar la carga de los vehículos automotores que circulan por las carreteras, ello es aplicable a los vehículos de ambos tipos de transportistas, pues sería discriminatorio pensar que solo los transportistas extranjeros cometen delitos, y no así los nacionales. De igual forma, si para proteger la moral se prohíbe que la publicidad de las empresas de transporte contenga cuerpos desnudos o palabras obscenas, ello se aplicaría por igual a los transportistas nacionales y a los transportistas de los otros Países Miembros, pues sería absurdo que las empresas extranjeras tengan tal prohibición, pero no las nacionales.

3.7.29 Como puede observarse, la finalidad de los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia es garantizar el derecho que tienen los transportistas de competir en igualdad de condiciones en el mercado subregional, bajo un entorno de equitativa competencia, lo que significa que los requisitos, condiciones y exigencias deben ser los mismos para los transportistas nacionales y los transportistas de los otros Países Miembros, de forma tal que las barreras (normativas y burocráticas), costos y sobrecostos que deben asumir —sea por razones de protección de la moral, el orden público o la seguridad nacional— deben ser los mismos. Y es que carecería de sentido establecer que unas empresas pueden transgredir la moral y otras no, que unas pueden vulnerar el orden público y otras no, que unas pueden quebrantar la seguridad nacional y otras no. Si, por ejemplo, bajo una declaración de estado de emergencia, se prohibiera la circulación de vehículos automotores en un horario determinado ("toque de queda") y en un área geográfica delimitada, dicha prohibición alcanzaría por igual a los transportistas nacionales y a los transportistas de los otros Países Miembros.

3.7.30 Queda claro, en consecuencia, que por su naturaleza, los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia no pueden estar sometidos a limitaciones o excepciones que distorsionen la finalidad buscada, que es asegurar un entorno de libre y «equitativa» competencia en la que los transportistas nacionales y los transportistas andinos compitan en «igualdad» de condiciones.

3.7.31 Por las consideraciones expuestas, para el Tribunal, el artículo 11 de la Decisión 439 no resulta aplicable de manera supletoria ni complementaria a los artículos 3, 18 y 157 de la Decisión 398 y 3, 15 y 178 de la Decisión 837.

3.7.32 En el supuesto e hipotético negado que, en gracia de discusión, se asumiera que el artículo 11 de la Decisión 439 sí se aplica supletoriamente a los artículos 3, 18 y 157 de la Decisión 398 y 3, 15 y

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

178 de la Decisión 837, la diferenciación de precios en la venta de combustibles, conducta que es objeto de la presente acción de incumplimiento, igual vulneraría el derecho andino.

3.7.33 La razón de ello es que, por virtud de lo establecido en el párrafo final del artículo 11 de la Decisión 439, las medidas que pueden adoptar los Países Miembros, en el marco del comercio intrasubregional de servicios, para proteger la moral o preservar el orden público, o para proteger los intereses esenciales de seguridad nacional, deben cumplir los siguientes requisitos concurrentes:

a) No se aplicarán de manera desproporcionada en relación con el objetivo que persigan, lo que implica que deben aprobar el «test de proporcionalidad»: juicio de idoneidad, juicio de necesidad (o de insustituibilidad) y juicio de proporcionalidad;

b) No pueden tener fines proteccionistas a favor de servicios o prestadores de servicios nacionales;

c) No se aplicarán de forma tal que constituyan un obstáculo innecesario al comercio subregional de servicios: y,

d) No pueden constituir 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.

3.7.34 Bolivia argumentó durante este proceso que la finalidad (objetivo) de la diferenciación de precios en la venta de combustibles es coadyuvar en la lucha contra el contrabando de combustibles subsidiados.

3.7.35 En efecto, si bien Bolivia ha señalado qua la referida diferenciación de precios se sustenta en razones de seguridad nacional, orden público, seguridad fronteriza, orden público interno y paz social, lo cierto es que todos estos conceptos se relacionan, conforme a los propios alegatos del demandado, con el contrabando de combustibles.

3.7.36 Para el Tribunal, no resulta comprensible cómo el hecho de que los transportistas con placa boliviana paguen un menor precio por los combustibles (gasolina, diésel oil y gas natural vehicular) que los transportistas con placa internacional (*v.g.*, colombiana, peruana o ecuatoriana) constituye una medida idónea para combatir el contrabando de combustibles subsidiados.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

3.7.37 Las personas que pretenden adquirir combustible a un menor precio, y así obtener mayores ganancias de su venta, lo que presumiblemente van a hacer es utilizar un vehículo con placa nacional. Y es que independientemente de la nacionalidad (boliviana o extranjera) de las personas que se dedican a esta clase de actividades ilícitas, lo más probable es que, para obtener mayores ganancias, adquieran el combustible en vehículos con placa nacional (que se vende a un menor precio), si es que lo adquieren a través de esta vía, y no mediante recipientes como galoneras. Si partimos del hecho de que existen personas dispuestas a violar la ley, harán lo propio al momento de adquirir el combustible que necesitan, ya sea utilizando vehículos con placa nacional o a través de recipientes.

3.7.38 Es claro que la fiscalización administrativa y las investigaciones policiales y fiscales son medidas más idóneas para combatir el contrabando que una diferenciación de precios que afecta a empresas transportistas legales y formales constituidas en otros Países Miembros de la Comunidad Andina. Para los transportistas en general, las medidas antes mencionadas no son solo idóneas, sino que son menos restrictivas, por lo que la referida diferenciación no cumple los juicios de idoneidad y necesidad.

3.7.39 En lo relativo al contrabando, este se presenta debido a que el precio de la gasolina en Bolivia es más barato que en Perú. Las personas que se dedican al contrabando han encontrado en esta diferencia de precios una forma de obtener ganancias: sacan la gasolina de territorio boliviano y la trasladan, sin pasar por el control fronterizo y aduanero, a territorio peruano. El hecho de que en territorio boliviano haya, a su vez, una diferenciación de precios entre placas nacionales y extranjeras, no disuade el contrabando, sino más bien, lo alienta. Las ganancias de esta actividad se encuentran en la mayor diferencia entre el precio al que se adquiere el combustible y el precio al que se vende. En este sentido, para mantener las mayores ganancias posibles, es razonable suponer que se adquiera, o en vehículos de placa nacional, para así pagar un menor precio, o a través de recipientes u otras modalidades.

3.7.40 Quienes practican el contrabando son personas dispuestas a violar la ley, por lo que, infringiendo o no la regulación del sector hidrocarburos u otra regulación, seguramente buscarán adquirir el combustible al menor precio posible, y con el uso de vehículos con placa nacional pueden conseguir ese resultado, y además, como se ha señalado, lo podrían adquirir a través de otros medios (sin vehículos).

TRIBUNAL DE JUSTICIA
SECRETARÍA
COMUNIDAD ANDINA

3.7.41 Un mejor control fronterizo y aduanero, así como optimizar la fiscalización administrativa y las investigaciones policiales y fiscales, son medidas idóneas para combatir el contrabando de combustibles y menos restrictivas que la diferenciación de precios establecida por la regulación boliviana de hidrocarburos. En definitiva, esta diferenciación de precios no supera los juicios de idoneidad y necesidad, lo que significa que no cumple el test de proporcionalidad.

3.7.42 Si una empresa transportista con placa peruana, que actúa de manera legal y honesta en el mercado, compra en una estación de servicios ubicada en territorio boliviano gasolina a un mayor precio que el comprado por un transportista con placa boliviana, ello en nada está ayudando o coadyuvando en la lucha contra ilícitos como el contrabando.

3.7.43 Es por ello que el aspecto que más preocupa al Tribunal es que la diferenciación de precios afecta principalmente a los transportistas con placa extranjera (de otros Países Miembros) legales y honestos, cuya actividad empresarial, salvo que una autoridad judicial determine lo contrario, no tiene relación alguna con actividades ilegales como el contrabando. Para ellos, la diferenciación de precios es una medida absolutamente desproporcionada en los términos previstos en el último párrafo del artículo 11 de la Decisión 439 y constituye una forma de discriminación.

3.7.44 El razonamiento esbozado por el Tribunal guarda correspondencia con el «Informe estadístico sobre los propietarios de nacionalidad extranjera, de vehículos de transporte terrestre por carretera con placa boliviana, que se benefician de la subvención a los combustibles otorgada por el Estado Plurinacional de Bolivia», aportado como prueba por el demandado en el presente proceso judicial, pues esta prueba acredita que hay ciudadanos extranjeros (en Bolivia), entre los cuales podrían haber peruanos, que para beneficiarse de los subsidios (o subvenciones) a los combustibles, poseen vehículos con placa nacional boliviana.

3.7.45 Los agentes económicos son, en principio, maximizadores de beneficios (o ganancias) y minimizadores de costos (o pérdidas). Este comportamiento se da tanto sin actúan lícitamente como ilícitamente. Esta racionalidad económica, e independientemente del calificativo legal o ético de la conducta de que se trate, los motivará a adquirir el combustible al menor precio posible, es decir, el combustible con el precio subsidiado, en la medida de sus posibilidades.

TRIBUNAL DE JUSTICIA
SECRETARÍA
COMUNIDAD ANDINA

3.7.46 No es extraño, por tanto, que haya extranjeros, posiblemente peruanos entre ellos, que hayan optado por tener vehículos con placa boliviana. Es el incentivo que genera la diferenciación de precios, en el que los menores precios corresponden a combustibles subsidiados.

3.7.47 Los contrabandistas tienen el incentivo de adquirir el combustible más barato. Para tal efecto, bien pueden hacerlo de manera directa a través de un vehículo con placa boliviana, o a través de terceros que tengan vehículos con placa boliviana.

3.7.48 Lo anterior evidencia, que la diferenciación de precios (basada en la existencia de precios subsidiados) en sí misma, no combate el contrabando, sino que, por el contrario, lo alienta. La mejor forma de combatir el contrabando, como ya se ha señalado, es implementando un mejor control fronterizo y aduanero, así como optimizando la fiscalización administrativa y las investigaciones policiales y fiscales.

3.8. **Si la diferenciación de precios en la venta de combustibles vulnera el artículo 36 de la Decisión 608**

3.8.1 En su escrito de contestación, Bolivia afirma que, de conformidad con el artículo 36 de la Decisión 608, los Países Miembros pueden adoptar políticas regulatorias sobre sus mercados siempre y cuando su aplicación no conlleve el impedir, entorpecer ni distorsionar las condiciones de competencia del mercado subregional. En ese sentido, su política soberana de fijación de precios de combustibles no mostraría vulneración alguna a la libre competencia subregional.

3.8.2 Mediante Decisión 608 del 29 de marzo de 2005, la Comisión aprobó las «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina», publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 1180 del 4 de abril de 2005.

3.8.3 El artículo 36 de la Decisión 608 establece lo siguiente:

> «**Artículo 36.-** En la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional. El Comité podrá elevar recomendaciones tendientes a eliminar, cuando corresponda, estos trámites y requisitos para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia.»

3.8.4 La primera parte del artículo 36 de la Decisión 608 establece con claridad que, en la adopción y aplicación de las políticas y medidas

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional. Este dispositivo legal no hace diferenciación alguna en cuanto al tipo de regulación (o actividad gubernamental), por lo que la ley andina en mención se aplica a todo tipo de regulación (*v.g.*, la del sector hidrocarburos).

3.8.5 La regulación prohibida en el artículo 36 de la Decisión 608 es aquella que distorsiona la competencia en el mercado subregional, como ocurre precisamente con la regulación boliviana del sector hidrocarburos, que establece una diferenciación de precios en la venta de combustibles en el sentido de que los transportistas con placa extranjera (*v.g.* colombiana, peruana o ecuatoriana) pagan un precio mayor que los transportistas con placa nacional (boliviana).

3.8.6 Como ya se ha manifestado, dicha diferenciación de precios dota a los transportistas bolivianos de una ventaja competitiva frente a los transportistas de los otros Países Miembros, distorsionando la libre y leal (equitativa) competencia que debería existir en el transporte internacional (de pasajeros y de carga) por carretera.

3.8.7 El artículo 36 de la Decisión 608 guarda armonía con lo dispuesto en los artículos 157 de la Decisión 398 y 178 de la Decisión 837, los cuales buscan que la prestación del servicio de transporte internacional (de pasajeros y de mercancías) por carretera se desarrolle en condiciones de libre y equitativa competencia; es decir, en igualdad de condiciones de competencia.

3.8.8 La regulación boliviana del sector hidrocarburos que establece una diferenciación de precios en la venta de combustibles transgrede lo establecido en el artículo 36 de la Decisión 608 de la misma forma que lo haría cualquier otra regulación que otorgara, artificialmente, una ventaja competitiva a las empresas nacionales frente a las empresas extranjeras andinas.

3.8.9 Asumamos que un País Miembro decidiera que las empresas extranjeras andinas deben pagar el doble o el triple del precio pagado por las empresas nacionales por gasolina, repuestos, peajes y/o electricidad. Esta medida sería una contravención directa a la razón de ser del proceso de integración económica y social. Qué sentido tiene hablar de libre comercio, igualdad de tratamiento legal, libre y equitativa competencia, liberalización y otros, si en la práctica los Países Miembros podrían favorecer a las empresas nacionales en desmedro de las empresas extranjeras andinas.

TRIBUNAL DE JUSTICIA
SECRETARÍA
COMUNIDAD ANDINA

3.8.10 Qué sentido tendría hablar de libre y leal competencia en el mercado subregional si los Países Miembros estarían autorizados, por ejemplo, para establecer que las empresas extranjeras andinas no pueden publicitar sus productos o servicios a través de los medios de comunicación masiva; o que en una autopista o carretera determinada, los transportistas nacionales pueden circular a un máximo de 80 kilómetros por hora, mientras que los transportistas de los otros países andinos lo tienen que hacer a un máximo de 20 kilómetros por hora; o que los transportistas nacionales pueden comprar gasolina en cualquier estación de venta de combustibles, mientras que los transportistas extranjeros andinos lo tienen que hacer únicamente en una estación ubicada en la ciudad de Cobija, en el departamento de Pando-Bolivia (a más de 20 horas al norte de La Paz por carretera). De permitirse este tipo de diferenciaciones, el proceso de integración económica y social sería una quimera, una ilusión.

3.8.11 Es por ello que el TJCA, en aras de proteger la razón de ser de la Comunidad Andina y del proceso de integración económica y social que existe en su seno, debe declarar que la regulación boliviana del sector hidrocarburos que establece una diferenciación de precios en la venta de combustibles vulnera lo establecido en el artículo 36 de la Decisión 608.

3.9. De la política soberana nacional de fijación de precios de los combustibles

3.9.1 En su contestación a la demanda, Bolivia señaló que la política soberana nacional de fijación de precios de los combustibles no sería materia de competencia de los órganos del Sistema Andino de Integración, que estaría íntimamente ligada con la prestación de servicios de transporte terrestre y que tendría absoluta incidencia en la seguridad fronteriza, el orden público interno y la paz social para un adecuado desarrollo.

3.9.2 Con relación a los argumentos expuestos por Bolivia, corresponde señalar que, no obstante que el proceso de integración andino corre de vieja data y que sus propósitos se integran en su norma fundacional, con el ánimo de lograr la formación de un mercado común dentro del cual los ciudadanos juegan un rol central, a este Tribunal le extraña que el legislador boliviano no distinga entre ciudadanos extranjeros propiamente, reconociendo como tales a todos aquellos que provienen de territorios allende de las fronteras del territorio boliviano, y los ciudadanos de Colombia, Ecuador y Perú que, siendo extranjeros conforme a la consideración que antecede, ostentan la condición de

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

ciudadanos comunitarios andinos en razón de ese propósito integrador que contiene el Acuerdo de Cartagena que, además, los reviste de condiciones especiales que los otros ciudadanos extranjeros distintos a los colombianos, los ecuatorianos y los peruanos no gozan ni tienen. Por eso se reconocen como ciudadanos andinos con derechos de circulación y residencia.

3.9.3 La mejor manera de entender la relación entre los propósitos del proceso de integración subregional andino y los principios que contienen las Decisiones 398 y 837, es reconocer la capacidad soberana de Bolivia para establecer una política de precios en materia de combustibles por ser un asunto de alto interés público, pero bajo el entendido subyacente de que en el presente proceso lo que se fustiga no es esa capacidad soberana sino que, en el ejercicio de la misma, Bolivia haya tratado de manera desigual –y no igual, como corresponde– a los vehículos de placa extranjera (peruana, colombiana o ecuatoriana) y a los vehículos de placa nacional (boliviana), sin distinguir cuando los vehículos tienen placa procedente de países andinos, como corresponde con una sana, correcta y armónica aplicación de los Artículos 1 y 104 del Acuerdo de Cartagena y 4 del Tratado de Creación del TJCA, en correspondencia con los Artículos 3 y 18 de la Decisión 398 y 3 y 15 de la Decisión 837.

3.9.4 No es posible soslayar un principio como el de trato nacional, bajo consideraciones sobre si dicho principio afecta la capacidad de Bolivia para definir una política pública sobre los combustibles, pues conforme a las reglas de la sana crítica, es factible concluir que lo que es desigual no es al mismo tiempo igual, pues ello sería tautológico, y en el caso en cuestión la evidencia es que frente a un surtidor de gasolina en Bolivia dos vehículos pagan por el mismo consumo una suma diferente por el solo hecho de tener placas diferentes: una de Bolivia (nacional) y otra de Perú (comunitaria andina). Ello, sin ambages, es dispensar un trato diferente al vehículo con placa de Perú, trato excluido por los Artículos artículos 15 de la Decisión 837 y 18 de la Decisión 398, por ser contrario al principio de trato nacional que obliga a Bolivia a tratar los transportistas peruanos como si fueran transportistas bolivianos.

3.9.5 No se desconoce la capacidad de Bolivia para definir una política soberana nacional en materia de fijación de precios de los combustibles en conjunción con el deseo de garantizar la seguridad nacional y preservar el orden público interno, como una de las maneras de asegurar los fines del Estado, pero el cumplimiento de tan altos deberes no la habilita para establecer precios diferenciales del combustible en función

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

de la placa de los vehículos, según sean bolivianos o extranjeros (peruanos, colombianos o ecuatorianos).

3.9.6 En la presente causa, lo que se encuentra evidenciado es todo lo contrario, que Bolivia, en virtud de lo establecido en los artículos 1, 2, 3, 4 y 8 del Decreto Supremo 29814 del 27 de noviembre de 2008 y el artículo 18 de la Ley 100 de Desarrollo y Seguridad Fronteriza del 4 de abril de 2011, decidió dar un trato desigual y discriminatorio en la venta de combustibles para los vehículos con placa extranjera (peruana) que circulen por el territorio de Bolivia.

3.9.7 El TJCA no cuestiona la política pública de cualquier País Miembro de la Comunidad Andina de otorgar subsidios a los combustibles, pero una vez otorgados, los gobiernos deben considerar a los ciudadanos de los otros Países Miembros del proceso de integración subregional andino como sus ciudadanos, de modo que un subsidio a los combustibles que beneficia a los transportistas bolivianos debe hacerse extensivo a los transportistas colombianos, ecuatorianos y peruanos, pues todos ellos son ciudadanos andinos.

3.10. **Conclusiones**

3.10.1 La regulación boliviana del sector hidrocarburos que establece una diferenciación de precios en la venta de combustibles en el sentido de que los transportistas con placa extranjera (*v.g.*, colombiana, peruana o ecuatoriana) pagan un precio mayor que los transportistas con placa nacional (boliviana) vulnera los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia contemplados en los artículos 3, 18 y 157 de la Decisión 398 y 3, 15 y 178 de la Decisión 837, así como infringe el artículo 36 de la Decisión 608.

3.10.2 Perú no ha demandado la infracción de los artículos 157 de la Decisión 398 y 178 de la Decisión 837 ni la violación del artículo 36 de la Decisión 608; sin embargo, en aplicación del principio *iura novit curia* («el juez conoce el derecho»), el TJCA tiene la potestad de identificar, si lo considera pertinente, a partir de los hechos probados en una acción de incumplimiento, cuál o cuáles son las normas andinas transgredidas, que es lo que se ha hecho en la presente Sentencia.

3.10.3 Por tanto, corresponde declarar fundada la demanda de Perú contra Bolivia debido a que se ha comprobado que la regulación boliviana del sector hidrocarburos, que establece una diferenciación de precios en la venta de combustibles en el sentido de que los transportistas con placa extranjera (*v.g.*, colombiana, peruana o ecuatoriana) pagan un precio

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARÍA COMUNIDAD ANDINA

mayor que los transportistas con placa nacional (boliviana), vulnera los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia contemplados en los artículos 3, 18 y 157 de la Decisión 398 y 3, 15 y 178 de la Decisión 837, así como infringe el artículo 36 de la Decisión 608, todo lo cual, a su vez, implica una transgresión del artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA.

3.10.4 El artículo 11 de la Decisión 439 no resulta aplicable de manera supletoria ni complementaria a los artículos 3, 18 y 157 de la Decisión 398 y 3, 15 y 178 de la Decisión 837, por las razones expuestas en los párrafos precedentes.

3.10.5 El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal establece que 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. En concordancia con ello, su artículo 27 preceptúa que si la Sentencia del TJCA fuese de incumplimiento, el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de 90 días siguientes a su notificación.

3.10.6 En línea con lo anterior, el artículo 111 del Estatuto del Tribunal señala que el País Miembro cuya conducta ha sido declarada en la Sentencia como contraria al ordenamiento jurídico andino, está obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución en un plazo no mayor de 90 días calendario al de la fecha de notificación de la Sentencia.

3.10.7 En la medida que, a través de la presente Sentencia, se está declarando que la conducta de Bolivia (la regulación del sector hidrocarburos que establece una diferenciación de precios en la venta de combustibles en el sentido de que los transportistas con placa extranjera pagan un precio mayor que los transportistas con placa nacional) es contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino (la violación de los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia previstos en las Decisiones 398 y 837, y la vulneración del artículo 36 de la Decisión 608), corresponde ordenar al país demandado que en un plazo máximo de 90 días calendario contado desde la fecha de su notificación adopte las medidas necesarias para el cumplimiento de esta Sentencia; es decir, las medidas pertinentes que tengan por objeto el cese de la mencionada conducta.

Sobre la base de lo expuesto, el **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA**

TRIBUNAL DE JUSTICIA
SECRETARÍA
COMUNIDAD ANDINA

COMUNIDAD ANDINA, de conformidad con el artículo 24 de su Tratado de Creación, en concordancia con el artículo 107 de su Estatuto:

DECIDE:

PRIMERO: Declarar fundada la demanda en acción de incumplimiento presentada por la República del Perú en contra del Estado Plurinacional de Bolivia debido a que la regulación boliviana del sector hidrocarburos que establece una diferenciación de precios en la venta de combustibles, en el sentido de que los transportistas con placa extranjera (*v.g.*, colombiana, peruana o ecuatoriana) pagan un precio mayor que los transportistas con placa nacional (boliviana), vulnera los principios de trato nacional, no discriminación y libre competencia contemplados en los artículos 3, 18 y 157 de la Decisión 398–«Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, sustitutoria de la Decisión 289» y 3, 15 y 178 de la Decisión 837 – «Sustituye la Decisión 399 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera», así como infringe el artículo 36 de la Decisión 608 – «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina», todo lo cual, a su vez, significa una transgresión del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

SEGUNDO: Ordenar al Estado Plurinacional de Bolivia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 111 de su Estatuto, que, en un plazo máximo de 90 días contado desde la notificación de la presente Sentencia, adopte las medidas necesarias y pertinentes que permitan el cese de la conducta que ha sido declarada como contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.

TRIBUNAL DE JUSTICIA SECRETARIA COMUNIDAD ANDINA

De conformidad con lo establecido en el artículo 90 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el literal k) del artículo 9 de su

Reglamento Interno, firman la presente Sentencia la magistrada presidenta y la secretaria general.

Sandra Catalina Charris Rebellón
Magistrada presidenta

Karla Margot Rodríguez Noblejas
Secretaria general

La suscrita, secretaria general del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el literal c) del artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el literal e) del artículo Segundo del Acuerdo 02/2021 del 5 de marzo de 2021, certifica que la presente Sentencia ha sido aprobada por los magistrados Gustavo García Brito, Hugo R. Gómez Apac y Fernando Zapata López de conformidad con lo acaecido en las sesiones judiciales del 28 de noviembre de 2022, y 3 y 17 de julio de 2023, conforme consta en las Actas números 42-J-TJCA-2022, 26-J-TJCA-2023 y 28-J-TJCA-2023.

TRIBUNAL DE JUSTICIA
SECRETARÍA
COMUNIDAD ANDINA

Karla Margot Rodríguez Noblejas
Secretaria general

Notifíquese la presente Sentencia y remítase copia certificada a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con lo previsto en el artículo 43 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 94 y 98 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.