

COMUNIDAD
ANDINA

SECRETARÍA GENERAL



ANUARIO DE LIBRE COMPETENCIA COMUNITARIA



Primera Edición
2025

Secretaría General de la Comunidad Andina

ANUARIO DE LIBRE COMPETENCIA COMUNITARIA

Secretaría General de la Comunidad Andina

REALIZADO

A cargo de la Dirección General de Comercio – Libre competencia
Diego Caicedo Pinoargote
Director General

DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN EDITORIAL

Laura Marcela Ardila Alarcón
Funcionaria de libre competencia, Dirección General de Comercio

AUTORES DE LA PRIMERA EDICIÓN

Cielo Rusinque Urrego, Diego Solano Osorio, Hans Ehmig Dillón, Dominic Benalcázar, Hugo Gómez Apac, Mario Santos Pérez, Carlos Trujillo Viteri, Emil Jung Hanna, Darío Morales Herrera, Fernando Ballon Estacio, Luis José Aurelio Diez Canseco Núñez, Santiago León Gómez, Gabriel Galán Melo, Pierino Stucchi, Mario Ballivián Cabrera, Ricardo Freire Granja, Michael Luyo Castañeda, Valeria Almanza Ambía, Marcelo Marín Sevilla, Laura Ramírez Pino, Yesid Páez Porras, Emilio Santofimio Jaramillo, Gloria Cadillo Ángeles, Fabian Pozo Neira, Laura Ardila Alarcón, Matheo Araoz González, Gunnard Bulinckx, Juan Guillermo Giménez Encina, Rodolfo Rivas Morales, Cristián Reyes Cid, Óscar Gárate Maudier, Constanza Burgos Cea y José Tomás Gutiérrez Riesco.

DIAGRAMACIÓN Y MAQUETACIÓN

Marco Antonio Quispe Yalli

DESCARGO DE RESPONSABILIDAD

La Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN) informa que las contribuciones escritas presentadas por los autores en el marco de sus publicaciones, investigaciones o colaboraciones constituyen exclusivamente opiniones y criterios personales de dichos autores. En consecuencia, son responsables de la exactitud y pertinencia de sus referencias y contenidos, la SGCAN no asume responsabilidad alguna por las expresiones, juicios, interpretaciones o contenidos vertidos en tales aportaciones. La SGCAN se reserva el derecho de mantener independencia respecto de las posiciones expuestas y aclara que estas no comprometen la visión institucional ni comprometen sus funciones, competencias o adelanta opinión en decisiones y/o Resoluciones oficiales.

Anuario de Libre Competencia Comunitaria – Edición 2025
Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN)
Av. Paseo de la República N° 3895, San Isidro, Lima - Perú
T: (511) 710 6400 / F: (511) 221 3329
www.comunidadandina.org
Diciembre, 2025

Capítulo IV

UNA MIRADA A LAS INTERPRETACIONES
PREJUDICIALES SOBRE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL
DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA



**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD ANDINA**

LA PROHIBICIÓN SUPRANACIONAL DE ADOPTAR O APLICAR POLÍTICAS Y MEDIDAS REGULATORIAS QUE IMPIDAN, ENTORPEZCAN O DISTORSIONEN LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO SUBREGIONAL ANDINO

Hugo R. Gómez Apac¹⁷⁶ y Mario M. Santos Pérez¹⁷⁷

Resumen

El presente trabajo académico explica la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre la prohibición prevista en el art. 36 de la Decisión 608 de adoptar o aplicar políticas y medidas regulatorias que impidan, entorpezcan o distorsionen la libre competencia en el mercado subregional andino. En ejercicio de su competencia de interpretación auténtica del ordenamiento jurídico comunitario andino, el Tribunal ha dado luces sobre una herramienta poderosa para la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina ante actos de *ius imperium* (poder público) desarrollados por los Países Miembros. Con los criterios interpretativos de la corte andina, se puede abrir un nuevo capítulo en la subregión, al fortalecer la defensa de la competencia frente a las acciones gubernamentales.

Palabras clave

Libre competencia. Mercado subregional andino. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Políticas públicas. Medidas regulatorias.

¹⁷⁶ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y admitido en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de La Coruña (España). Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (desde marzo de 2016 hasta enero de 2026) y profesor en la Maestría en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías de la Universidad Austral (Argentina), en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico (Perú) y en la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Es miembro de la Junta Asesora de Jueces de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI, por el período 2023 – 2025. En el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), fue vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor, secretario técnico de la Sala de Defensa de la Competencia, asesor de la Gerencia Legal y secretario técnico de la Comisión de Libre Competencia.

¹⁷⁷ Abogado y licenciado en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales por la Universidad Hemisferios (Ecuador), en ambos casos graduado con honores. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. Actualmente, se desempeña como consultor legal en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En 2023, realizó una estancia académica en la Misión de Representación Permanente de la República del Ecuador ante la Organización de Estados Americanos (OEA) en Washington D.C., Estados Unidos. Ha sido asistente de investigación y cátedra en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO Ecuador) y en la Universidad Hemisferios. Asimismo, ha brindado servicios profesionales y académicos en distintas organizaciones no gubernamentales e instituciones privadas. Autor y curador de artículos y libros académicos.

Abstract

This paper explains the recent jurisprudence set by the Andean Community Court of Justice regarding the prohibition of art. 36 of the Decision 608 to adopt or apply policies and regulatory measures that prevent, restrict, or distort free competition in the Andean subregional market. Exercising its competence in authentic interpretation of Andean Community law, the Andean Court has shed light on a powerful tool for protecting free competition in the Andean Community against acts of *ius imperium* (public power) carried out by member countries. With the Andean Court's interpretative criteria, a new chapter begins in the subregion by strengthening the defense of competition against government actions.

Keywords

Free competition. Andean market. Court of Justice of the Andean Community. Policy. Regulatory measures.

1. Introducción

El derecho de la competencia es la rama del ordenamiento jurídico que se encarga de abogar y defender el proceso competitivo en los mercados. La función del derecho de la competencia es, en última instancia, precautelar que el mercado sea dirigido por la libre interacción entre la oferta y la demanda, con el objeto de asegurar la existencia de incentivos para que las empresas inviertan en innovación, aumenten la variedad y calidad de sus productos, o reduzcan precios a fin de captar más clientes. El resultado de una competencia libre se traduce en mayores niveles de eficiencia en el intercambio económico.

A través de las instituciones del derecho de la competencia, la autoridad competente puede investigar y sancionar conductas efectuadas por operadores económicos, personas naturales o jurídicas públicas o privadas, que se encuentren tipificadas como infracciones por atentar contra la libre competencia, que es el caso de las prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio.

La competencia económica no solo puede verse afectada por conductas anticompetitivas ejecutadas por empresas desempeñando su rol como

oferentes o demandantes de bienes o servicios en el mercado, sino que también puede verse atacada por el propio Estado cuando este despliega sus potestades de imperio —sus potestades públicas— al ejecutar políticas públicas o emitir regulaciones.

En atención a esta realidad, el derecho comunitario andino ha previsto que, en la adopción y aplicación de políticas y medidas regulatorias de los mercados, los Países Miembros de la Comunidad Andina no deben impedir, entorpecer ni distorsionar la competencia en el mercado subregional.

Mediante jurisprudencia reciente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Tribunal o TJCA) ha interpretado esta prohibición, otorgando luz a una de las herramientas más poderosas para la defensa de la competencia en el mercado subregional andino.

2. El ordenamiento jurídico comunitario andino y la defensa de la libre competencia

La Comunidad Andina es el proceso de integración más longevo y exitoso de Sudamérica. Fue creada con la firma del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969¹⁷⁸ y está conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. La Comunidad Andina cuenta, como uno de sus principales avances, con un ordenamiento jurídico autónomo, supranacional, preeminente, vinculante, de efectos directos y de aplicación inmediata en los Países Miembros.

El art. 1 del Tratado de creación del TJCA¹⁷⁹ dispone que el derecho andino está integrado por el Acuerdo de Cartagena y sus protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado de creación del Tribunal y sus protocolos, las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE) y de la Comisión de la Comunidad Andina (Comisión), las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN) y los convenios de complementación industrial u otros que adopten los Países Miembros en el marco de la integración andina.

Su artículo 2 establece que las decisiones del CAMRE y la Comisión obligan a los Países Miembros desde su adopción. Su artículo 3 preceptúa que las

¹⁷⁸ Comunidad Andina, Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), codificado en su versión actual por la Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 940, 1 de julio de 2003. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gace940.pdf>

¹⁷⁹ Comunidad Andina, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado en su versión actual por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 483, 17 de septiembre de 1999. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/gace483.pdf>

normas andinas —los tratados constitutivos, las decisiones del CAMRE y de la Comisión y las resoluciones de la SGCAN— son directamente aplicables en el territorio de los Países Miembros.

Su artículo 4 obliga a los Países Miembros a asegurar el cumplimiento del derecho andino y a abstenerse de contrariar las normas comunitarias u obstaculizar su aplicación. Es así, que el ordenamiento jurídico comunitario andino se sustenta en los principios de preeminencia¹⁸⁰, efecto directo¹⁸¹ y aplicación inmediata^{182, 183}.

La Comunidad Andina busca favorecer el desarrollo económico de los Países Miembros, y en el contexto de este propósito, el comercio subregional se erige como un elemento fundamental. La defensa de la libre competencia constituye un requisito necesario para el correcto desempeño económico de un país, al incentivar a los operadores económicos a incrementar su competitividad y permitir que los mercados cuenten con productos de mejor calidad, en mayor variedad y a menor precio. Su importancia va más allá de los mercados nacionales. Trasciende las fronteras y constituye un importante pilar del comercio exterior.

Los acuerdos de libre comercio (como el Programa de Liberación de bienes contemplado en los arts. 72 y siguientes del Acuerdo de Cartagena) se vaciarían de contenido si los operadores económicos pudiesen, por ejemplo, realizar acuerdos con sus competidores extranjeros para repartirse sus respectivos mercados nacionales, o si una empresa dominante en la adquisición de insumos presionase a los proveedores para que se abstengan de vender a un competidor potencial de otro país con interés de entrar a su mercado interno.

Desde sus inicios, el instrumento constitutivo de la Comunidad Andina previó la importancia de adoptar normas para prevenir y corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia en la subregión (art. 93 de la codificación actual del Acuerdo de Cartagena). La norma comunitaria andina vigente en materia de defensa de libre competencia en el ámbito subregional es la Decisión

180 El derecho andino prevalece por sobre el derecho nacional de los Países Miembros. Si una norma nacional contraría el ordenamiento comunitario, ella debe ser inaplicada.

181 El derecho andino es directamente exigible ante las autoridades nacionales de los Países Miembros.

182 El derecho andino derivado (decisiones y resoluciones) tiene efectos desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (o la fecha que la norma disponga), sin necesidad de un proceso de ratificación posterior.

183 Para más información sobre los principios del ordenamiento jurídico comunitario andino, ver: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “Interpretación prejudicial 259-IP-2021”, 7 de diciembre de 2021, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4373 del 9 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204373.pdf>

608—«Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina» de la Comisión¹⁸⁴.

Esta norma supranacional —una ley andina— tipifica como infracción a las prácticas colusorias (art. 7) y al abuso de posición de dominio (art. 8) de carácter transfronterizo; es decir, aquellas conductas implementadas en el territorio de uno o más Países Miembros y que sus efectos se produzcan en uno o más Países Miembros —con excepción de las conductas meramente nacionales: que se implementan en un país y tienen efectos en este país¹⁸⁵—, o aquellas que se desarrollen en el territorio de un país no miembro y sus efectos se produzcan en dos o más Países Miembros (art. 5). Para sancionar estas conductas anticompetitivas de carácter transfronterizo, la Decisión 608 contempla un procedimiento administrativo sancionador a cargo de la SGCAN, con la participación de las autoridades nacionales competentes en materia de defensa de la libre competencia¹⁸⁶ y del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (Comité)¹⁸⁷.

La Decisión 608 va más allá de la proscripción y sanción de conductas anticompetitivas transfronterizas efectuadas por operadores económicos, pues prohíbe también la adopción y aplicación de políticas y medidas regulatorias por parte de los Países Miembros que afecten la competencia en el mercado subregional andino.

3. El artículo 36 de la Decisión 608

La competencia no solo puede ser lesionada por acciones de los operadores económicos desempeñándose como oferentes o demandantes del mercado, sino también por el propio Estado en ejercicio de sus facultades de imperio, de sus potestades públicas. Los gobiernos podrían adoptar y/o aplicar políticas públicas o medidas regulatorias que dificulten la entrada o permanencia de

184 Comunidad Andina, Decisión 608 — «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina», Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 1180, 4 de abril de 2005. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1180.pdf>

185 La Decisión 608 no se aplica a conductas anticompetitivas cuyos origen y efectos se limiten a un solo país. En estos casos se aplica la ley nacional e interviene la autoridad nacional. La Decisión 608 se orienta, en este sentido, a reprimir conductas que tengan un alcance transfronterizo en la subregión. Para mayor información sobre el ámbito de aplicación de la Decisión 608, ver:

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “Interpretación prejudicial 484-IP-2018”, 8 de mayo de 2020, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3961 del 8 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/Gaceta%203961.pdf>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “Sentencia del proceso 03-AN-2021”, 17 de septiembre de 2024, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 5550 del 19 de septiembre de 2024. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205550.pdf>

186 La Autoridad de Fiscalización de Empresas (AEMP) de Bolivia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia, la Superintendencia de Competencia Económica (SCE) de Ecuador y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) de Perú.

187 El Comité es un órgano colegiado de carácter consultivo conformado por representantes de las autoridades nacionales competentes en defensa de la libre competencia de los Países Miembros.

operadores económicos en el mercado (v.g., a través de requisitos injustificados para realizar actos de comercio); que generen ventajas injustificadas que incidan en el juego competitivo (v.g., favorecer a las empresas nacionales en desmedro de las extranjeras); que prohíban o limiten injustificadamente la venta, compra o distribución de ciertos productos o servicios (v.g., cierre de mercado), entre otros.

En atención a esta realidad, la Decisión 608 —norma andina que goza de primacía, efectos directos y aplicación inmediata en la subregión— establece que:

«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.»

Esta disposición contiene una poderosa herramienta para la promoción y defensa de la competencia en la subregión, ya que proscribe directamente que los Países Miembros adopten o apliquen políticas públicas (planes, programas, incentivos, directrices) o regulaciones (leyes, reglamentos y actos administrativos) que atenten contra la libre competencia en el mercado subregional andino.

4. La prohibición supranacional de adoptar o aplicar políticas y medidas regulatorias que impidan, entorpezcan o distorsionen la libre competencia en el mercado subregional andino según el TJCA

En los últimos dos años, el TJCA ha desarrollado jurisprudencialmente el art. 36 de la Decisión 608 en dos ocasiones: en el proceso 05-AI-2021 y en el proceso 13-IP-2023.

4.1. Antecedente: el caso del precio diferenciado de combustible en Ecuador

Mediante escrito del 8 de julio de 2021, Perú interpuso acción de incumplimiento contra Ecuador sosteniendo que la regulación de los combustibles de este país discriminaba a los transportistas andinos

(bolivianos, colombianos y peruanos) al obligarles a pagar un precio mayor que el que pagaban los transportistas ecuatorianos por el abastecimiento de carburantes. La normativa ecuatoriana creaba un sistema de diferenciación de precios, según el cual, los vehículos con placa extranjera debían abonar montos mayores por la carga de gasolina o gas en el país que los vehículos con placa nacional.

Perú argumentó, entre otras cuestiones, que la regulación del gobierno ecuatoriano vulneraba los principios de trato nacional, no discriminación, igualdad de tratamiento legal y libre competencia en la prestación de los servicios de transporte terrestre de mercancías y pasajeros, reconocidos en los arts. 3 y 18 de la Decisión 398 — «Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, sustitutoria de la Decisión 289»¹⁸⁸ y en los arts. 3 y 15 de la Decisión 837 — «Sustituye la Decisión 399 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera»¹⁸⁹ de la Comisión. Por su parte, Ecuador alegó, en esencia, que la diferenciación no restringía la venta de combustibles y que ella se encontraba justificada en razones de orden público y seguridad nacional.

Mediante Sentencia del 29 de junio de 2023, proferida en el proceso 05-AI-2021¹⁹⁰, el TJCA declaró fundada la demanda en acción de incumplimiento de Perú al considerar que la regulación ecuatoriana del sector hidrocarburos que establecía una diferenciación de precios en la venta de combustibles — que obligaba a los transportistas con placa extranjera (boliviana, colombiana o peruana) a pagar un mayor precio que el que abonaban los transportistas con placa nacional (ecuatoriana)— vulneraba los principios de trato nacional, no discriminación, igualdad de tratamiento legal y libre competencia en la prestación de los servicios de transporte terrestre de mercancías y pasajeros.

En ejercicio del principio *iura novit curia*, el Tribunal señaló que la regulación ecuatoriana también infringía el art. 36 de la Decisión 608. De acuerdo con la corte andina, la diferenciación de precios otorgaba a los transportistas ecuatorianos una ventaja competitiva frente a los transportistas de los demás Países Miembros. Dado que la adquisición de combustibles representa un

¹⁸⁸ Comunidad Andina, Decisión 398 — «Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, sustitutoria de la Decisión 289», Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 243, 27 de enero de 1997. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetass/gace243.pdf>

¹⁸⁹ Comunidad Andina, Decisión 837 — «Sustituye la Decisión 399 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera», Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3601, 29 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetass/Gaceta%203601.pdf>

¹⁹⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, «Sentencia del proceso 05-AI-2021», 29 de junio de 2023, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 5237 del 4 de julio de 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetass/GACETA%205237.pdf>

costo importante en la prestación del servicio de transporte terrestre, la venta a precios diferenciados de este insumo generaba un trato desigual que distorsionaba la libre y leal competencia.

El Tribunal determinó que la primera parte del art. 36 de la Decisión 608 no contempla diferenciación alguna en cuanto al tipo de regulación o actividad gubernamental. Así, se dejó claro que la prohibición supranacional de adoptar o aplicar políticas y regulaciones que impidan, entorpezcan o distorsionen la libre competencia en la Comunidad Andina recae en todo tipo de regulación o actividad gubernamental.

Dado que la política ecuatoriana de venta de combustibles a precios diferenciados generaba ventajas competitivas artificiales a favor de las empresas nacionales y en desmedro de las extranjeras, la regulación afectaba la libre y equitativa competencia y transgredía el art. 36 de la Decisión 608.

El TJCA explicó que dicha disposición normativa guardaba armonía con el objetivo mismo de la Comunidad Andina, puesto que sería ilógico desarrollar un proceso de integración si, en la práctica, los Países Miembros pudiesen favorecer a los operadores económicos nacionales en perjuicio de aquellos pertenecientes a otros Países Miembros.

El Tribunal dio ejemplos de medidas públicas que podrían afectar la libre y leal competencia en el mercado subregional andino y que contravendrían la obligación prevista en el art. 36 de la Decisión 608, a saber: prohibir a las empresas extranjeras publicitar sus productos por ciertos canales (v.g., televisión, radio, redes sociales), establecer límites de velocidad diferenciados para transportistas sobre la base de su nacionalidad, o limitar la capacidad de adquisición de insumos esenciales (v.g., combustibles para el transporte) a ciertos locales habilitados en zonas de difícil acceso.

4.2. La Interpretación Prejudicial 13-IP-2023

La oportunidad de complementar y consolidar la herramienta prevista en el art. 36 de la Decisión 608 llegaría gracias a una consulta de interpretación prejudicial efectuada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia, que derivó en la Interpretación Prejudicial 13-IP-2023 del TJCA¹⁹¹.

¹⁹¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “Interpretación prejudicial 13-IP-2023”, 5 de junio de 2025, *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* núm. 5660 del 11 de junio de 2025. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/>

4.2.1. El proceso colombiano

El 25 de febrero de 2010, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (Aerocivil), institución competente en materia de aviación civil de Colombia, emitió la Resolución 890 de 2010 — «Por la cual se dictan normas sobre acceso a las tarifas aéreas por parte de las Agencias de Viajes»¹⁹². Esta norma dispone que las aerolíneas están en la obligación de dar acceso a las agencias de viaje de las tarifas aéreas nacionales e internacionales ofrecidas directamente al público mediante sus ventas directas, independientemente del canal de distribución que empleen.

En un inicio, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia, como autoridad nacional competente de defensa de la libre competencia, efectuó un concepto de abogacía de la competencia en el que opinó que la resolución otorgaría transparencia en el mercado de tarifas aéreas. Sin embargo, la SIC también recomendó contar con mayores estudios sobre el impacto que la regulación tendría en el precio de los boletos aéreos. Casi una década después, en el trámite de un proceso de solicitud de revocación de la Resolución 890 de 2010, la SIC determinó, en un análisis técnico, que la paridad de tarifas que la resolución creaba no era coherente con un régimen de libre competencia. La SIC señaló que la Resolución 890 de 2010 desconoce los distintos costos de comercializar boletos aéreos de forma inmediata y a través de intermediarios (v.g., agencias de viaje), lo que limita los incentivos para reducir los precios a los consumidores directos.

Dado que la Resolución 890 de 2010 no fue revocada por Aerocivil, diecinueve compañías aéreas demandaron, en conjunto, la nulidad de dicha regulación ante el Consejo de Estado de Colombia¹⁹³. En su demanda, las aerolíneas alegaron, entre otros, que la norma distorsiona la libre conformación de precios de las tarifas aéreas puesto que obliga a otorgar una paridad que desconoce las distintas estructuras de costos de los canales de distribución. Según las demandantes, vender billetes aéreos a través de intermediarios (agencias de viaje) aumenta sus costos y, al obligar una uniformidad de precios, se incentiva a trasladar parte de esos costos a los usuarios directos y a igualar los precios al alza.

[Gacetas/GACETA%205660.pdf](#)

¹⁹² Colombia, Resolución 890 de 2010 — «Por la cual se dictan normas sobre acceso a las tarifas aéreas por parte de las Agencias de Viajes», *Diario Oficial de Colombia* 47.634, 25 de febrero de 2010.

¹⁹³ El proceso está siendo tramitado bajo el radicado 11001032400020210015400.

Así, los consumidores directos están subsidiando la paridad obligada por la autoridad aeronáutica en beneficio de las agencias de viaje. Según las demandantes, todo ello implicaría la anulación de la competencia entre ellas —que venden boletos aéreos directamente— y los operadores turísticos —que venden boletos aéreos como intermediarios—. Por lo demás, las aerolíneas argumentaron que la Resolución 890 de 2010 es contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino por tres motivos principales:

- Por vulnerar el art. 94 del Acuerdo de Cartagena¹⁹⁴ ya que, al buscar corregir una situación del mercado, es una medida correctiva que no contó con la aprobación de la SGCAN;
- Por desnaturalizar la definición de tarifa aérea prevista en el art. 1 de la Decisión 582 — «Transporte Aéreo en la Comunidad Andina» de la Comisión^{195 / 196}, por cuanto genera que el precio de los boletos aéreos no sea el libremente establecido por el mercado; y,
- Por lesionar el principio de no discriminación previsto en el art. 3 de la Decisión 608¹⁹⁷, al imponer cargas injustificadas únicamente a un tipo de operador económico (las aerolíneas) por beneficiar a otra clase de operador (agencias de viaje).

Por su parte, Aerocivil contestó la demanda argumentando que el transporte aéreo es un servicio público sujeto a la potestad regulatoria del Estado. Según la autoridad aeronáutica colombiana, la restricción a la libertad de fijar libremente los precios de las tarifas aéreas prevista en la Resolución 890 de 2010 persigue el objetivo legítimo de promover la competencia transparente y en igualdad de condiciones en el mercado. Aerocivil alegó que la resolución no anula la libertad de empresa ni impide la concurrencia de operadores en el mercado.

¹⁹⁴ Acuerdo de Cartagena.-

«**Artículo 94.-** Los Países Miembros no podrán adoptar medidas correctivas sin ser autorizados previamente por la Secretaría General. La Comisión reglamentará los procedimientos para la aplicación de las normas del presente Capítulo.»

¹⁹⁵ Comunidad Andina, Decisión 582 — «Transporte Aéreo en la Comunidad Andina», Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 1063, 5 de mayo de 2004. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gace1063.pdf>

¹⁹⁶ Decisión 582.-

«**Artículo 1.-** Para los efectos de la presente Decisión se entiende por:

(...)

Tarifa: Precio a cobrar por el servicio de transporte aéreo de pasajeros o carga.

(...)

¹⁹⁷ Decisión 608.-

«**Artículo 3.-** La aplicación de la presente Decisión, y la legislación interna de competencia de cada uno de los Países Miembros que resulte aplicable conforme a ella, se basarán en los principios de:

No discriminación, en el sentido de otorgar un trato igualitario a todas las personas naturales o jurídicas en la aplicación de las normas de libre competencia, sin distinción de ningún género;

(...)

Asimismo, arguyó que la norma favorece a los consumidores, al otorgarles acceso a más canales de distribución: directamente, comprando los boletos a las aerolíneas, e indirectamente, adquiriéndolos por medio de agencias de viaje como intermediarios. Finalmente, en cuanto a las alegadas violaciones a la norma andina, indicó que:

- La Resolución 890 de 2010 no califica como una medida correctiva que deba contar con la aprobación de la SGCAN conforme al art. 94 del Acuerdo de Cartagena;
- La definición de tarifa prevista en el art. 1 de la Decisión 582 no impone una obligación para los Países Miembros, mientras que el art. 20 de dicha norma andina¹⁹⁸ establece que las tarifas aéreas siguen el régimen vigente del país de origen; y,
- La Decisión 608 no es aplicable al caso por cuanto esta únicamente versa sobre conductas anticompetitivas transfronterizas.

Con ello, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia solicitó al TJCA la interpretación prejudicial de los arts. 94 del Acuerdo de Cartagena, 1 de la Decisión 582 y 3 de la Decisión 608.

4.2.2. La interpretación del Tribunal

La solicitud fue absuelta por la Interpretación Prejudicial 13-IP-2023. En su sentencia, el Tribunal inició por determinar tres asuntos controvertidos relevantes del proceso interno:

- Si la Resolución 890 de 2010 constituye una medida correctiva de acuerdo con lo dispuesto en el art. 94 del Acuerdo de Cartagena y, de ser el caso, si debía contar con la autorización de la SGCAN;
- Si la Resolución 890 de 2010 contraviene las disposiciones de la Decisión 582 sobre tarifas aéreas; y,

¹⁹⁸ Decisión 582.-

«**Artículo 20.-** En materia de tarifas, se aplicará el régimen vigente en el país de origen. En todo caso, cuando se haya autorizado a una aerolínea una nueva tarifa, otra aerolínea podrá, previo aviso escrito a la Autoridad Nacional Competente, aplicar de inmediato la nueva tarifa.»

- Si la Resolución 890 de 2010 atenta contra el régimen andino de defensa de la libre competencia previsto en la Decisión 608.

Una vez delimitados los asuntos controvertidos relevantes, el TJCA determinó que procedía la interpretación del art. 94 del Acuerdo de Cartagena y de los arts. 1 y 20 de la Decisión 582. El Tribunal descartó la solicitud de interpretación del art. 3 de la Decisión 608 por cuanto el principio de no discriminación resultaba aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores por conductas anticompetitivas transfronterizas tramitados ante la SGCAN y como guía para las legislaciones nacionales de defensa de la libre competencia, todo lo cual no se vinculaba con el asunto controvertido del proceso interno colombiano. Ahora bien, el Tribunal decidió interpretar de oficio el art. 36 de la Decisión 608, debido a que la Resolución 890 de 2010 podía ser una medida regulatoria que podría estar afectando al mercado subregional andino.

Sobre el primer tema, el Tribunal concluyó que las medidas correctivas contempladas en el art. 94 del Acuerdo de Cartagena (que deben contar con aprobación de la SGCAN) son las medidas para prevenir o corregir las distorsiones a la competencia generadas por restricciones a las exportaciones, los derechos antidumping y las compensaciones por subvenciones, así como las medidas sancionadoras y correctivas por conductas anticompetitivas transfronterizas que son investigadas por la propia SGCAN de acuerdo con la Decisión 608.

Sobre el tema de tarifas aéreas, el TJCA manifestó que, según la Decisión 582, el régimen de precios por el servicio de transporte aéreo (de pasajeros o carga) se guía por el ordenamiento jurídico del país de origen; es decir, del Estado desde cuyo territorio se embarcan los pasajeros o la carga de que se trate, siempre que no contravenga el derecho comunitario andino (que goza de primacía).

Lo relevante para el presente artículo es la interpretación que el TJCA otorgó al art. 36 de la Decisión 608. El Tribunal inició su explicación indicando que esta norma contaba con dos partes: la primera, que contiene un mandato para los Países Miembros de abstenerse de impedir, entorpecer o distorsionar la libre competencia en el mercado subregional andino mediante políticas y regulaciones; y, la segunda, que faculta al Comité a elevar recomendaciones para eliminar trámites y requisitos normativos, a fin de promover la libertad económica y la competencia.

El TJCA definió las «políticas y medidas regulatorias de mercado» como aquellas que regulan el inicio y/o desarrollo de una actividad económica y/o los requisitos para acceder o permanecer en el mercado. Así, el Tribunal determinó que la prohibición del art. 36 de la Decisión 608 recae sobre medidas que afectan, directa o indirectamente, a los agentes económicos o que inciden en las condiciones de oferta o demanda en el mercado subregional de bienes o servicios en cuanto a precio, condiciones de producción, calidad, canales de compra de insumos o de distribución, entre otros.

La definición del Tribunal es bastante amplia, pues abarca «normas, políticas, regulaciones o cualquier medida estatal que impide, entorpece o distorsiona el libre juego de la oferta y demanda». El concepto comprende barreras legales, normativas o burocráticas que impiden o dificultan el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, al generar sobrecostos innecesarios o carentes de razonabilidad, o que distorsionan la libre y leal competencia en el mercado subregional. Ello se condice con lo establecido en la Sentencia del proceso 05-AI-2021, en el sentido de que el límite establecido en el art. 36 de la Decisión 608 se aplica a todo tipo de medida o regulación estatal.

El Tribunal explicó que los Países Miembros tienen la facultad, en ejercicio de su poder de imperio, de adoptar e implementar políticas y regulaciones de mercado; sin embargo, el ordenamiento jurídico comunitario andino limita estas potestades a que no impidan, entorpezcan o distorsionen la libre y leal competencia en el mercado subregional. En el caso de que una medida atente contra esta disposición, el TJCA lista los siguientes mecanismos que pueden seguirse para corregir la afectación:

- En primer lugar, la calificación de una medida como gravamen o restricción al comercio de mercancías, cuando esta afecte a productos originarios de los Países Miembros. Considerando que la competencia coadyuva al comercio comunitario de mercancías, si existe un acto que afecta el libre juego de la oferta y demanda en el comercio de bienes en el mercado subregional, este podría constituir un gravamen o restricción al comercio contrario al Programa de Liberación de bienes (en los términos del art. 73 del Acuerdo de Cartagena). Frente a una medida de esta naturaleza, se puede iniciar el procedimiento correspondiente ante la SGCAN para que esta califique la política o regulación como un gravamen o restricción, de ser el caso. Si la SGCAN declara en su resolución que la política o regulación constituye un gravamen o restricción contrario al Programa de Liberación de mercancías (originarias), ella deberá determinar un

plazo que, salvo circunstancias excepcionales, no excederá de un mes, para que el País Miembro en cuestión retire la medida. Este proceso está regulado en el capítulo I del título V de la Decisión 425 — «Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina» del CAMRE (en reunión ampliada con la Comisión)¹⁹⁹.

- Nótese que la resolución de la SGCAN, al ser un acto jurídico comunitario andino derivado, es impugnabile ante el Tribunal en acción de nulidad de conformidad con lo establecido en los arts. 17 a 22 del Tratado de creación del TJCA y 101 a 106 de su Estatuto²⁰⁰. En dicho proceso, al conocer la validez de actos comunitarios de efectos particulares, el TJCA puede ejercer plena jurisdicción y pronunciarse sobre el fondo del asunto si lo considera pertinente. Así, si la SGCAN declara que la regulación no constituye un gravamen o restricción contrario el Programa de Liberación, el TJCA podría anular la resolución y declarar que la medida sí vulnera el derecho comunitario andino. Asimismo, se debe considerar que la resolución de la SGCAN, como acto comunitario andino, debe ser observada por los Países Miembros; caso contrario, cabe la acción de incumplimiento ante el TJCA, agotada la fase prejudicial ante la SGCAN.
- En segundo lugar, la acción de incumplimiento. Dado que el art. 36 de la Decisión 608 es un mandato vinculante para los Países Miembros, estos deben observarlo. En consecuencia, si un País Miembro adopta o aplica una política o regulación que afecta, distorsiona o entorpece la libre competencia en el mercado subregional, en los términos de la norma interpretada por el TJCA, estaría incumpliendo sus obligaciones adquiridas en virtud del ordenamiento jurídico comunitario andino.

Así, se podrá acudir a la SGCAN para iniciar la fase prejudicial del proceso de acción de incumplimiento, de acuerdo con la Decisión 623 — «Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento» del CAMRE (en reunión ampliada con la Comisión)²⁰¹. Luego de ello, si el país miembro persiste en el incumplimiento, es posible demandarlo ante el TJCA de conformidad con lo establecido en los arts. 23 a 31 del Tratado

199 Comunidad Andina, Decisión 425 — «Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina», Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 314, 18 de diciembre de 1997. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacet/gace314.pdf>

200 Comunidad Andina, Decisión 500 — «Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina», Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 680, 28 de junio del 2001. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacet/GACE680.PDF>

201 Comunidad Andina, Decisión 623 — «Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento», Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 1221, 25 de julio de 2005. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacet/Gace1221.pdf>

de creación del TJCA y 107 a 120 de su Estatuto. En caso de que el TJCA declare el incumplimiento, el País Miembro infractor queda obligado a adoptar las medidas necesarias para cesar la conducta contraria al derecho comunitario.

- En tercer lugar, a través de las recomendaciones del Comité, de acuerdo con lo establecido en la segunda parte del art. 36 de la Decisión 608. El Comité, en ejercicio de sus facultades, podría recomendar eliminar la norma, política, regulación o medida estatal mediante un informe dirigido a la SGCAN, que sería notificado al País Miembro en cuestión. En este caso, la SGCAN bien puede emprender, de oficio, el procedimiento para calificar el acto como gravamen o restricción, o iniciar la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, según corresponda.
- Finalmente, las acciones en sede nacional de conformidad con la normativa interna aplicable. Dado que el derecho comunitario andino goza de primacía, efectos directos y aplicación inmediata, este ordenamiento jurídico, aunque autónomo, forma parte del derecho de los Países Miembros. En tal sentido, también se puede acudir ante la autoridad jurisdiccional nacional competente, de acuerdo con el art. 31 del Tratado de creación del TJCA²⁰², impugnando la validez de la medida anticompetitiva bajo el argumento de que vulnera el derecho supranacional. En caso de que la medida estatal impida, entorpezca o distorsione la competencia en el mercado subregional andino, ella debería ser anulada, inaplicada o dejada sin efecto, según corresponda. Se debe recordar que en los procesos internos en los que se discuta una norma andina, los jueces nacionales pueden o deben (dependiendo de si su decisión es susceptible de recurso y de la existencia de un acto aclarado) solicitar al TJCA la interpretación prejudicial de la norma comunitaria de que se trate, en los términos de los arts. 32 a 36 del Tratado de creación del Tribunal y 121 a 128 de su Estatuto.²⁰³

En consecuencia, para el caso concreto, si el Consejo de Estado de Colombia determinara que la Resolución 890 de 2010 vulnera la libre competencia en

202 Tratado de creación del TJCA.-

«Artículo 31.- Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.»

203 Para mayor información sobre las acciones de nulidad y de incumplimiento, y la interpretación prejudicial, ver: Hugo R. Gómez Apac, Karla Margot Rodríguez Noblejas y Mario M. Santos Pérez, “El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sus magistrados, su organización y sus competencias jurisdiccional”, en AA.VV. (Hugo Gómez, Alejandro Perotti, Jorge Quindimil & Íñigo Salvador, directores), Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: 1979-2024. 45 años de creación y 40 años al servicio del derecho y la integración, Tomo I, (Quito, EC: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2024), 275-323. Disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/publicaciones-conmemorativas/>

el mercado subregional andino, debería anularla por contrariar el art. 36 de la Decisión 608. A la fecha de elaboración del presente artículo, el proceso colombiano sigue en trámite.

4.3. Ejemplos para entender la interpretación del Tribunal

4.3.1. Primer ejemplo:

Asumamos que, en Ecuador, la Asamblea Nacional expide una ley o el gobierno un decreto ejecutivo que afecta la libre y leal competencia en el mercado andino; es decir, tiene incidencia o afecta no solo a proveedores y/o consumidores ecuatorianos, sino también a proveedores y/o consumidores de otro País Miembro de la Comunidad Andina (bolivianos, colombianos o peruanos).

Si la referida ley o decreto ejecutivo: (i) crea una barrera legal, normativa o burocrática que impide o dificulta el acceso o permanencia de los proveedores bolivianos, colombianos o peruanos en el mercado; (ii) crea una barrera que genera sobrecostos innecesarios o carentes de razonabilidad (a los proveedores bolivianos, colombianos o peruanos) que restringe o distorsiona la libre y equitativa competencia (entre ecuatorianos y bolivianos, entre ecuatorianos y colombianos, o entre ecuatorianos y peruanos); o, (iii) de una u otra forma, afecta las condiciones de la oferta o demanda de los bienes o servicios (precio, producción, calidad, canales de compra de insumos, canales de distribución o comercialización); para proveedores y/o consumidores de, al menos, dos Países Miembros de la Comunidad Andina, o a los proveedores de un país y a los consumidores de otro; entonces, cualquier empresa o consumidor afectado (boliviano, colombiano, peruano o ecuatoriano) puede:

- Cuestionar la ley o decreto ejecutivo a través de la acción de incumplimiento comunitaria (por violación del art. 36 de la Decisión 608) o, de ser el caso (si afecta a productos originarios), alegar la existencia de un gravamen o restricción al comercio de mercancías (por violación del Programa de Liberación de bienes en los términos de los arts. 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena). En cualquier caso, la primera institución comunitaria que conoce el cuestionamiento es la SGCAN: sea en la fase prejudicial de la acción de incumplimiento o por la solicitud de calificación de la medida como gravamen o restricción al comercio (tratándose de bienes originarios). Frente a lo resuelto por esta, cabe, ante el TJCA, la

fase judicial de la acción de incumplimiento (primer caso) o la acción de nulidad (segundo caso).

- Si el afectado ha cuestionado la ley o decreto ejecutivo ante las instancias nacionales (v.g., Corte Constitucional, Función Judicial), estas, al momento de analizar la validez jurídica de dicha norma, deberán tener en consideración que cualquier norma nacional no debe impedir, entorpecer ni distorsionar la libre y equitativa competencia en el mercado subregional andino, por así disponerlo el art. 36 de la Decisión 608 (norma del derecho andino que tiene preeminencia sobre el derecho nacional). En este caso, la autoridad jurisdiccional ecuatoriana solicitaría, de ser el caso, la interpretación prejudicial al TJCA.

Adicionalmente, el Comité (por votación unánime o mayoritaria de sus integrantes) podría aprobar un informe recomendando la eliminación de la barrera legal, normativa o burocrática de que se trate. Dicho informe sería elevado a la SGCAN para que esta, si lo considera pertinente, analice el tema como: (i) incumplimiento del derecho andino; o, (ii) como gravamen o restricción al comercio subregional andino; según corresponda.

Es pertinente precisar que, respecto del supuesto a), no solo los proveedores y consumidores bolivianos, colombianos o peruanos pueden cuestionar la barrera, sino también los proveedores y consumidores ecuatorianos, pues a estos también les afecta una barrera que restringe o distorsiona la competencia entre ecuatorianos y bolivianos, entre ecuatorianos y colombianos, o entre ecuatorianos y peruanos.

4.3.2. Segundo ejemplo

Consideremos que la Superintendencia de Competencia Económica (SCE) de Ecuador identifica una barrera normativa ilegal o carente de razonabilidad contenida en un decreto ejecutivo o acuerdo ministerial que afecta la libre y leal competencia. Si la barrera no solo afecta a empresarios o consumidores ecuatorianos, sino también a empresarios o consumidores bolivianos, colombianos o peruanos, cualquiera de estos (bolivianos, colombianos, peruanos o ecuatorianos) puede acudir a la SGCAN para alegar la violación del art. 36 de la Decisión 608 (la fase prejudicial de la acción de incumplimiento comunitaria) o, si fuera el caso, para denunciar la barrera como un gravamen o restricción al comercio (con relación a productos originarios).

Por otro lado, las personas naturales y jurídicas pueden acudir ante los tribunales nacionales competentes impugnando la política o regulación por contravenir el derecho comunitario, de conformidad con sus legislaciones nacionales. La acción de incumplimiento comunitaria es excluyente de la acción ante los tribunales nacionales, si se trata de la misma persona natural o jurídica.

El resultado final, en cualquier caso, de ser positiva para el accionante, sería la eliminación de la barrera.

4.3.3. Tercer ejemplo

Supongamos que una norma ecuatoriana (una ley, un decreto ejecutivo, un acuerdo ministerial o una resolución) establece que los chocolates importados (entre los que se encuentran los chocolates provenientes de Bolivia, Colombia y Perú) solo pueden ingresar por los aeropuertos de Quito, Guayaquil y Cuenca, bajo el pretexto de un mejor control aduanero.

Al prohibir la entrada de chocolates bolivianos, colombianos y peruanos por pasos fronterizos terrestres o por puertos marítimos, se está obligando a que las mercancías ingresen al país por la vía aérea (y solo por ciertos aeropuertos habilitados), lo que es muchísimo más costoso. Transportar productos por avión costaría mucho más que transportarlos por camión o barco, lo que va a generar que los chocolates bolivianos, colombianos y peruanos sean significativamente más caros en el mercado ecuatoriano que lo que serían sin la regulación antes mencionada. Una regulación de este tipo provocaría, o que los chocolates bolivianos, colombianos y peruanos ingresen a territorio ecuatoriano a precios exorbitantes, o que simplemente no ingresen.

En este escenario, la medida ecuatoriana afecta la libre y equitativa competencia en el mercado subregional andino puesto que incide, en Ecuador, sobre el precio de mercancías provenientes de otros Países Miembros de la Comunidad Andina. Como los chocolates son productos originarios de Bolivia, Colombia y Perú, los Países Miembros o los particulares interesados pueden solicitar a la SGCAN, o esta puede iniciar el procedimiento de oficio, que califique la regulación como un gravamen o restricción contrario al Programa de Liberación de bienes.

Nótese que califican como interesados no solo los productores bolivianos, colombianos y peruanos de chocolate, que verían restringida su posibilidad de

acceder al mercado ecuatoriano, sino también los importadores, proveedores y consumidores ecuatorianos: los primeros, porque tendrán que incurrir en costos mayores para importar chocolates bolivianos, colombianos y peruanos; los segundos, porque tendrían que vender los chocolates bolivianos, colombianos y peruanos a precios mayores, lo que derivaría en un consumo menor; y, los terceros, porque no podrían comprar chocolates bolivianos, colombianos y peruanos (o si pudieran, sería a un precio elevado), lo que reduciría sus opciones de elección como consumidores. Así, un supermercado ecuatoriano tendría interés legítimo para cuestionar la medida estatal, pues esta le dificulta (por el mayor precio) o le impide (si es que no son importados debido al mayor precio) vender chocolates bolivianos, colombianos y peruanos.

Si la SGCAN califica la medida como gravamen o restricción, determinará, mediante resolución, un plazo para que Ecuador retire la regulación (art. 55 de la Decisión 425). La resolución de la SGCAN es impugnabile vía acción de nulidad ante el TJCA, en la que la corte andina puede ejercer plena jurisdicción y pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Por otro lado, la resolución de la SGCAN es un acto jurídico comunitario andino derivado, motivo por el cual es vinculante. Si dicha resolución no es impugnada ante el TJCA vía acción de nulidad y, además, es incumplida por Ecuador, se puede demandar a este País Miembro vía la acción de incumplimiento comunitaria²⁰⁴.

4.3.4. Cuarto ejemplo

Ahora imaginemos que en Ecuador se expide una norma (ley, decreto ejecutivo, acuerdo ministerial o resolución) que establece que, para conducir una unidad de transporte de pasajeros o de carga por territorio ecuatoriano, es requisito tener ciudadanía ecuatoriana. Esta medida implicaría, en la práctica, que ningún conductor boliviano, colombiano o peruano pueda prestar el servicio de transporte internacional (ni el de pasajeros ni el de carga) en Ecuador.

Se trata, pues, de una barrera de entrada que impide la competencia subregional en la prestación del servicio de transporte terrestre internacional

204 En la Sentencia del proceso 05-AI-2007, el Tribunal declaró el incumplimiento de un país miembro por no haber levantado las medidas restrictivas previamente declaradas como restricciones por la SGCAN. Ver: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, "Sentencia del proceso 5-AI-2007", 15 de julio de 2009, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 1777 del 18 de noviembre de 2009. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1777.pdf>

de pasajeros y de carga. La aplicación de la regulación genera que los conductores bolivianos, colombianos y peruanos no puedan conducir sus vehículos en territorio ecuatoriano y que se vean imposibilitados de ofertar sus servicios en dicho mercado nacional. Asimismo, la regulación priva a los consumidores ecuatorianos de la opción de contratar a operadores bolivianos, colombianos o peruanos para la prestación del servicio de transporte de mercancías o pasajeros.

Esta medida no solo viola los principios de trato nacional, no discriminación e igualdad de tratamiento legal, y las disposiciones pertinentes de las Decisiones 398 y 837, sino también el art. 36 de la Decisión 608, pues impide la libre y equitativa competencia en el mercado del transporte internacional de pasajeros y de carga.

En consecuencia, tanto la SGCAN como los Países Miembros y los particulares afectados en sus derechos subjetivos o intereses legítimos pueden dar inicio a la fase prejudicial de la acción de incumplimiento y, con ello, demandar a Ecuador ante el TJCA por la contravención, no solo de las Decisiones 398 y 837, sino también del art. 36 de la Decisión 608. De determinar el incumplimiento, el TJCA ordenará, mediante sentencia, que el país miembro infractor (en este caso, Ecuador) adopte las medidas necesarias para cesar la conducta incumplidora del ordenamiento andino (v.g., derogando la ley, decreto ejecutivo, acuerdo ministerial o resolución de que se trate).

5. El artículo 36 de la Decisión 608 como herramienta de protección de la libre competencia

Lo que ha hecho el TJCA es reforzar los mecanismos institucionales que permiten salvaguardar un entorno competitivo en el mercado subregional andino. La interpretación del Tribunal, expresada en su jurisprudencia reciente, refuerza la protección de la libre competencia prevista en el art. 36 de la Decisión 608. Al dotar a esta norma de componentes coercitivos (vía la acción de incumplimiento comunitaria o a través de la calificación de la medida como un gravamen o restricción al comercio), se incentiva a que las autoridades de Países Miembros se abstengan de adoptar o aplicar políticas y regulaciones que impidan, entorpezcan o distorsionen la competencia subregional o, en su caso, a que eliminen dichas medidas y remedien las afectaciones al mercado comunitario.

Algo que debe destacarse de la interpretación realizada por el TJCA es la conceptualización amplia de los términos «políticas y medidas regulatorias», los cuales abarcan prácticamente cualquier acto estatal que atente contra la competencia en el mercado subregional. Esto incluye leyes, normas con rango de ley, decretos, reglamentos, resoluciones y otro tipo de disposiciones vinculantes —de efectos generales o particulares— efectuadas por los Países Miembros en ejercicio de su poder de imperio. En virtud del principio de primacía del ordenamiento jurídico comunitario andino, cualquier norma (de cualquier jerarquía) o acto nacional que impida, entorpezca o distorsione la libre competencia en el mercado andino deberá ser inaplicable por contrariar el mandato del art. 36 de la Decisión 608.

La prohibición supranacional de adoptar o aplicar políticas y regulaciones que impidan, entorpezcan o distorsionen la libre competencia en el mercado subregional es un ejemplo paradigmático del valor del derecho comunitario andino. Si bien esta obligación aplica únicamente para medidas que tengan efectos fuera de un ámbito estrictamente nacional, abre una puerta para cuestionar, por motivos de fondo, actos públicos cuando afecten la libre competencia en el mercado subregional —es decir, cuando la medida recaiga sobre, o perjudique a, proveedores o consumidores de al menos dos Países Miembros; o a proveedores de un país y consumidores de otro—. Con su interpretación, el Tribunal ha reconocido diversas vías de impugnación de las barreras legales, normativas o burocráticas, cuando estas afecten el régimen subregional de libre competencia, incluso ante la ausencia de un procedimiento de derecho interno para hacerlo.

Podría ser que en algunos países de la subregión no exista una protección constitucional coherente al régimen de libre competencia (que permita demandar la inconstitucionalidad de una regulación), o que sus legislaciones internas no hayan previsto mecanismos efectivos para que la autoridad de competencia identifique y disponga la eliminación de una barrera legal de acceso o permanencia en el mercado (como sí lo tiene Perú, a través del Decreto Legislativo 1256 – «Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas»²⁰⁵ de diciembre de 2016). El art. 36 de la Decisión 608, alumbrado por la interpretación del TJCA, soluciona esta situación, al menos en cuanto la barrera tenga efectos transfronterizos, lo que implica afectar a empresas o consumidores de al menos dos Países Miembros de la Comunidad Andina, o a empresas de un País Miembro y a consumidores de otro.

²⁰⁵ Perú, Decreto Legislativo 1256 — «Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas», *El Peruano*, 8 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minam/normas-legales/3632-1256>

El TJCA ha delineado claramente distintas opciones a las que los operadores económicos pueden optar para precautelar sus derechos de acceder y desempeñarse en el mercado andino sin la distorsión causada por políticas públicas o regulaciones nacionales irracionales, desproporcionadas o arbitrarias, y ha reconocido una serie de poderosas herramientas para que las personas, empresas, Países Miembros e instituciones comunitarias defiendan el régimen supranacional de defensa de la libre competencia.

6. Conclusiones

El ordenamiento jurídico comunitario andino, que goza de preeminencia, aplicación inmediata y efectos directos, ha previsto en el art. 36 de la Decisión 608 una poderosa herramienta para la defensa de la libre competencia en el mercado subregional andino, que es el prohibir a las autoridades de los Países Miembros el adoptar y aplicar políticas o medidas regulatorias que impidan, entorpezcan o distorsionen la libre competencia en la subregión, prohibición que tiene rango supranacional.

Las medidas estatales prohibidas, a que hace referencia el art. 36 de la Decisión 608, son las que afectan —de manera directa o indirecta— a las empresas o consumidores (de al menos dos Países Miembros, o a empresas de un país y consumidores de otro), o inciden, distorsionan o modifican —también de forma directa o indirecta— las condiciones de la oferta o la demanda de bienes o servicios en el mercado subregional: precio, producción, calidad, canales de compra de insumos, canales de distribución o comercialización. Como lo dijo el TJCA en la Interpretación Prejudicial 13-IP-2023, tales medidas suelen presentarse como barreras legales, normativas o burocráticas que impiden o dificultan el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado o que generan un trato discriminatorio (desigual) entre agentes económicos en la subregión andina.

El Tribunal ha explicado que el art. 36 de la Decisión 608 limita las potestades de regulación del mercado de los Estados andinos. Por virtud de esta disposición, los Países Miembros deben abstenerse de adoptar o aplicar cualquier medida estatal que afecte la libre competencia en el mercado subregional. Sobre la base de los principios que orientan al derecho comunitario, cualquier norma nacional vigente que contraríe esta disposición debe ser inaplicada.

El TJCA ha reconocido la existencia de cuatro mecanismos que permiten cuestionar el poder de imperio de los Países Miembros cuando restringe la libre y leal competencia en el mercado subregional: (i) la calificación de la política o regulación como un gravamen o restricción al comercio (de productos originarios); (ii) la acción de incumplimiento comunitaria; (iii) las recomendaciones del Comité; y, (iv) la impugnación en sede interna.

Tales mecanismos tienen la potencialidad de eliminar las barreras legales, normativas o burocráticas (trámites, procedimientos, requisitos, cobros, exigencias, limitaciones, prohibiciones, etc.) que dificultan u obstaculizan el ejercicio de la libertad económica y la libre y equitativa competencia en el mercado subregional andino. Para que la barrera sea eliminada a través de la acción de incumplimiento comunitaria o vía su declaración como gravamen o restricción al comercio, solo se requiere que tenga un ámbito comunitario, lo que significa que afecta a empresas (proveedores) o consumidores de al menos dos Países Miembros de la Comunidad Andina, o a empresas de un país y consumidores de otro.

Elevar la libre competencia a una categoría de bien jurídico precautelado supranacionalmente fue un paso importante en la subregión. La reciente jurisprudencia del TJCA ha dado a conocer a los operadores económicos, los órganos comunitarios y los Países Miembros de la existencia de herramientas coercitivas que posibilitan una mejor protección de la libre competencia en los mercados, eliminando las barreras legales que restringen la competencia comunitaria, incluso ante la ausencia de vías correctivas en los derechos nacionales.

Con los criterios interpretativos de la corte andina se abre un nuevo capítulo en la subregión al fortalecer los mecanismos institucionales de defensa de la competencia en el mercado subregional. Aún queda camino por recorrer en la integración andina, y sin duda la existencia de políticas y regulaciones anticompetitivas constituye un reto para la subregión.

El caso estudiado en el presente artículo demuestra que la Comunidad Andina tiene, tanto en su ordenamiento jurídico como en sus órganos e instituciones comunitarias, las herramientas necesarias para proteger los mercados y continuar su labor de contribuir al desarrollo económico y a la mejora de la calidad de vida de los más de 115 millones de ciudadanos andinos.

Bibliografía

Fuentes normativas:

- Colombia. Resolución 890 de 2010 — «Por la cual se dictan normas sobre acceso a las tarifas aéreas por parte de las Agencias de Viajes». Diario Oficial de Colombia 47.634, 25 de febrero de 2010.
- Comunidad Andina. Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), codificado en su versión actual por la Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 940, 1 de julio de 2003. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace940.pdf>
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado en su versión actual por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 483, 17 de septiembre de 1999. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace483.pdf>
- Decisión 398 «Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, sustitutoria de la Decisión 289». Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 243, 27 de enero de 1997. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace243.pdf>
- Decisión 425 «Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina». Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 314, 18 de diciembre de 1997. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace314.pdf>
- Decisión 500 «Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina». Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 680, 28 de junio del 2001. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE680.PDF>
- Decisión 582 «Transporte Aéreo en la Comunidad Andina». Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 1063, 5 de mayo de 2004. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1063.pdf>
- Decisión 608 «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina». Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 1180, 4 de abril de 2005. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1180.pdf>
- Decisión 623 «Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento». Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 1221, 25 de julio de 2005. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1221.pdf>
- Decisión 837 «Sustituye la Decisión 399 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera». Gaceta Oficial del Acuerdo de

Cartagena núm. 3601, 29 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203601.pdf>

- Perú Decreto Legislativo 1256 «Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas». El Peruano, 8 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minam/normas-legales/3632-1256>

Fuentes jurisprudenciales:

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. “Sentencia del proceso 5-AI-2007”. 15 de julio de 2009. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 1777 del 18 de noviembre de 2009. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1777.pdf>

- “Interpretación prejudicial 484-IP-2018”. 8 de mayo de 2020. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3961 del 8 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/Gaceta%203961.pdf>

- “Interpretación prejudicial 259-IP-2021”. 7 de diciembre de 2021. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4373 del 9 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204373.pdf>

- “Sentencia del proceso 05-AI-2021”. 29 de junio de 2023. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 5237 del 4 de julio de 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205237.pdf>

- “Sentencia del proceso 03-AN-2021”. 17 de septiembre de 2024. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 5550 del 19 de septiembre de 2024. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%205550.pdf>

- “Interpretación prejudicial 13-IP-2023”. 5 de junio de 2025. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 5660 del 11 de junio de 2025. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205660.pdf>

Fuentes doctrinarias:

- Gómez Apac, Hugo R., Rodríguez Noblejas, Karla M. y Santos Pérez, Mario M. “El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sus magistrados, su organización y sus competencias jurisdiccional”. En AA.VV. (Hugo Gómez, Alejandro Perotti, Jorge Quindimil & Íñigo Salvador, directores), Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: 1979-2024. 45 años de creación y 40 años al servicio del derecho y la integración, Tomo I. Quito, EC: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2024, 275-323. Disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/publicaciones-conmemorativas/>

**COMUNIDAD
ANDINA**
SECRETARÍA GENERAL

