



SUMARIO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

PROCESO 02-AN-2020

Acción de nulidad formulada por la República del Ecuador contra la Resolución 2019 emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina el 14 de agosto de 2018..... 2



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

PROCESO 02-AN-2020

Acción de nulidad formulada por la República del Ecuador contra la Resolución 2019 emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina el 14 de agosto de 2018

Magistrado sustanciador: Hugo R. Gómez Apac

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, reunido en San Francisco de Quito, en sesión judicial celebrada por medios telemáticos¹ el 30 de mayo de 2023, adopta por unanimidad el presente auto en la acción de nulidad planteada por la República del Ecuador (en adelante, la **demandante** o **Ecuador**) contra la Resolución 2019 emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, la **SGCA**) el 14 de agosto de 2018.

VISTO:

La Sentencia del 14 de octubre de 2022² (en adelante, la **Sentencia**) adoptada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, el **Tribunal** o el **TJCA**); el escrito del 31 de octubre de 2022 presentado por la República de Colombia (en lo sucesivo, **Colombia** o la **coadyuvante de la SGCA**); y, el escrito del 23 de enero de 2023 presentado por Ecuador.

CONSIDERANDO:**1. ANTECEDENTES****Principales hechos anteriores al inicio del proceso seguido ante el TJCA**

- 1.1. Colombia, mediante Decreto 2272 de 1991 del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Resolución 001-2015

¹ De conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5056 del 18 de octubre de 2022.





del Consejo Nacional de Estupefacientes y Circular 037 de 2016 de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, autorizó el ingreso a su territorio de cemento gris importado, clasificado en la subpartida NANDINA «2523.29.00 - - Los demás», únicamente por las aduanas de Barranquilla, Bogotá, Buenaventura, Cartagena y Cúcuta y por las Zonas Francas ubicadas en las ciudades de Barranquilla, Buenaventura y Cartagena (en adelante, **la medida**).

La medida, así descrita, impide que el cemento ecuatoriano ingrese a territorio colombiano a través del Puente Internacional de Rumichaca (Tulcán – Ipiales), que es el principal cruce fronterizo terrestre entre Ecuador y Colombia.

- 1.2. Por Oficio MCEI-SDYNC-2018-0048 del 22 de mayo de 2018, Ecuador solicitó a la SGCA que califique la medida como una restricción de todo orden al comercio intrasubregional, al no estar amparada en ninguna de las excepciones previstas en el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena³.

Para Ecuador, la medida impide que el cemento ecuatoriano ingrese a territorio colombiano a través de la frontera terrestre entre ambos

³ Acuerdo de Cartagena.-

«**Artículo 73.-** Se entenderá por “gravámenes” los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones. No quedarán comprendidos en este concepto las tasas y recargos análogos cuando correspondan al costo aproximado de los servicios prestados.

Se entenderá 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 quedarán comprendidas en este 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;
- 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».





países, específicamente a través del Puente Internacional de Rumichaca (Tulcán – Ipiales).

- 1.3. Mediante Resolución 2019 del 14 de agosto de 2018, la SGCA declaró que la medida no constituía una restricción al comercio intrasubregional conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. Para la SGCA, dicha medida perseguía un fin legítimo y constituía una excepción válida y no discriminatoria, a la luz de los principios de causalidad, proporcionalidad e insustituibilidad.

Proceso seguido ante el TJCA (principales hechos)

- 1.4. Por escrito del 21 de enero de 2020, Ecuador presentó demanda de acción de nulidad contra la Resolución 2019 de la SGCA, argumentando que fue: (i) emitida sobre la base de falsos supuestos de hecho y de derecho; (ii) adoptada incurriendo en desviación de poder y falta de motivación; (iii) contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino; y, (iv) discriminatoria, a la luz de los principios de causalidad, proporcionalidad e insustituibilidad.
- 1.5. Mediante escrito del 23 de octubre de 2020, Colombia, como coadyuvante de la SGCA, contestó la demanda solicitando que este Tribunal declare que la medida adoptada no fue discriminatoria, que tenía por objeto la protección de la vida y la salud de las personas, que era idónea, que era proporcional y que no existían otras medidas disponibles que logran el objetivo legítimo perseguido, por lo que la medida no era restrictiva.
- 1.6. Por escrito del 27 de octubre de 2020, la SGCA contestó la demanda argumentando que su Resolución 2019 fue motivada y no era contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino. De igual manera, negó que la medida adoptada por Colombia haya sido discriminatoria, inconsistente con su objetivo, desproporcionada y sustituible.
- 1.7. El 23 de junio de 2022, con carácter previo al inicio de la audiencia pública fijada por este Tribunal, la SGCA solicitó la suspensión de la diligencia.
- 1.8. Mediante escrito del 12 de julio de 2022, la SGCA se allanó a la demanda, argumentando que:



«[3]. (...) hubo un error jurídico en la Resolución 2019 al no haber establecido un plazo perentorio para la aplicación de la medida por parte de la República de Colombia, plazo en el cual se hubiesen podido implementar medidas aduaneras y de controles de seguridad, para precisamente hacer en el tiempo sustituible la medida; es decir la insustituibilidad [sic] no es un concepto estático sino dinámico: era cierta al momento de expedir la Resolución pero dejó de serlo al transcurrir un tiempo durante el cual se pueden tomar medidas que rehabiliten la libre circulación de ese bien, sin restricción alguna.

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

(Énfasis añadido)

1.9. Por escrito del 25 de julio de 2022, Colombia se opuso al allanamiento de la SGCA, argumentando que dicho allanamiento respondía supuestamente a un cargo inexistente en la demanda de Ecuador. También sostuvo que la Resolución 2019 sí contemplaba un análisis del criterio de sustituibilidad de la medida y que esta era verdaderamente insustituible. Por último, afirmó que de declararse la nulidad total o parcial de la Resolución 2019, la SGCA estaba obligada a iniciar una nueva investigación para determinar si la medida constituía o no una restricción al comercio.

1.10. Mediante escrito de la misma fecha, Ecuador sostuvo que la SGCA, al haberse allanado a su demanda, alineó sus posturas sobre la invalidez de la Resolución 2019. Asimismo, afirmó que la SGCA confirmó con su allanamiento que la Resolución 2019 constituía una restricción al comercio. Finalmente, señaló que Colombia, en su condición de coadyuvante de la SGCA, no podía contradecir la posición de la parte a la que coadyuva.



1.11. Por Sentencia del 14 de octubre de 2022, el TJCA explicó que los coadyuvantes solo pueden realizar actos que no estén en oposición a la parte que coadyuvan, por lo que rechazó todos los argumentos y peticiones de Colombia, los cuales eran contradictorios en todos sus extremos al allanamiento de la SGCA. Sobre lo principal, el TJCA decidió:

«**PRIMERO:** Aceptar, en todos sus extremos, el allanamiento a la demanda presentado por la Secretaría General de la Comunidad Andina dentro del presente proceso.

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

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

(...)

1.12. Mediante escrito del 31 de octubre de 2022, Colombia solicitó la enmienda de la Sentencia del TJCA en los siguientes términos:

- «1. Eliminar el numeral tercero decide tercero [sic] de la sentencia en cuestión, bajo el entiendo [sic] que la República del Ecuador en su demanda de nulidad en contra de la Resolución 2019 del 14 de agosto de 2018, no solicitó al TJCA declarar que la Resolución 2019 emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina el 14 de agosto de 2018, se constituye en una restricción al comercio en los términos previstos en el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.



2. Ordenar a la Secretaría General de la Comunidad Andina reanudar la investigación de calificación de restricción, para que tome las medidas que considere el TJCA, enmiendan [sic] las circunstancias que originaron el fallo de nulidad.»
- 1.13. En dicho escrito, Colombia concluyó que corresponde la enmienda de la Sentencia debido a que el TJCA se pronunció sobre asuntos no planteados en la demanda, asumiendo funciones que le corresponden exclusivamente a la SGCA; esto es, determinar si la medida adoptada por Colombia era o no una restricción al comercio en los términos previstos en el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena. Agregó que, el TJCA, al declarar que la medida constituye una restricción al comercio, a la fecha de emisión de la sentencia, asumió una competencia exclusiva de la SGCA, puso en riesgo su seguridad nacional y política pública de lucha contra el narcotráfico y le desconoció el derecho de contradicción, en tanto no consideró sus argumentos respecto del allanamiento; en particular, que fue en el referido allanamiento donde, por primera vez, la SGCA argumentó que hubo un error jurídico en la Resolución 2019 al no haber establecido un plazo perentorio para la aplicación de la medida, en el cual, se hubiesen podido implementar medidas aduaneras y controles de seguridad para hacer sustituible la medida en el tiempo.
- 1.14. Por escrito del 23 de enero de 2023, Ecuador solicitó desestimar la solicitud de enmienda formulada por Colombia, argumentando que la SGCA coincidió con su posición al reconocer un erróneo análisis jurídico en la Resolución 2019, en el sentido de no haber considerado la sustituibilidad (concepto dinámico y no estático) en el tiempo de la medida, por otras destinadas a rehabilitar la libre circulación del cemento. Por otra parte, agregó que, con su allanamiento, la SGCA — como órgano competente para determinar la existencia de una restricción al comercio— reconoció que la medida fue contraria a las disposiciones del Acuerdo de Cartagena y, en consecuencia, constituye una restricción al comercio. Finalmente, señaló que Colombia de ningún modo puede contradecir ni procesal ni materialmente los actos realizados por la SGCA dentro del proceso, en su calidad de legítimo contradictor, por ser el órgano emisor de la norma comunitaria impugnada.
- 1.15. La SGCA no se pronunció con relación a la solicitud de enmienda.



2. CUESTIONES EN DEBATE

En atención a lo señalado, en el presente auto se analizarán las siguientes cuestiones:

- (i) De la naturaleza y alcances de la acción de nulidad.
- (ii) De la admisibilidad de la solicitud de enmienda presentada por la coadyuvante de la SGCA (Colombia).
- (iii) De la enmienda en el supuesto de pronunciamiento *extra petita*.
- (iv) Si el análisis del juicio de sustituibilidad formó parte o no de la demanda y de la contestación de la demanda.
- (v) Del allanamiento formulado por la SGCA.
- (vi) Sobre el alcance de la coadyuvancia de Colombia en el proceso.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DEBATE

3.1. De la naturaleza y alcances de la acción de nulidad⁴

3.1.1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Tratado de Creación del TJCA, este órgano jurisdiccional tiene competencia para analizar la validez de las normas de derecho derivado o secundario que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino.

3.1.2. En reiterada jurisprudencia⁵, este Tribunal ha sostenido que, tratándose de actos comunitarios que tienen la naturaleza de actos administrativos,

⁴ Ver páginas 5 a 8 del Auto del 27 de junio de 2022 (proceso 03-AN-2021), publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4493 del 27 de junio de 2022.
Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204493.pdf>

⁵ Ver:

- Páginas 16 y 17 de la Sentencia del 9 de marzo de 2017 (proceso 05-AN-2015), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3012 del 2 de mayo de 2017.
Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3012.pdf>
- Páginas 22 y 23 de la Sentencia del 23 de agosto de 2018 (proceso 01-AN-2015), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3369 del 13 de septiembre de 2018.
Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203369.pdf>
- Páginas 19, 21 y 22 de la Sentencia del 25 de septiembre de 2018 (proceso 04-AN-2016), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3413 del 31 de octubre de 2018.
Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203413.pdf>
- Páginas 18 y 20 de la Sentencia del 7 de noviembre de 2018 (proceso 03-AN-2016), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3470 del 4 de diciembre de 2018.
Disponible en:



el control de legalidad es similar al realizado a través de un proceso contencioso administrativo, por lo que dicho control de legalidad tiene por objeto analizar los siguientes elementos de validez del acto administrativo comunitario:

- a) Si el acto fue emitido por autoridad competente.
- b) Si el objeto del acto es lícito; es decir, si respeta las fuentes de derecho primario o secundario de mayor jerarquía (principio de jerarquía normativa).
- c) Si el objeto del acto es determinado y físicamente posible.
- d) Si el acto se encuentra debidamente motivado; esto es, que no contiene falsos supuestos de hecho o de derecho.
- e) Si el acto se ha dictado cumpliendo las normas esenciales del procedimiento.
- f) Si el acto fue dictado en cumplimiento de la finalidad legítima prevista en el derecho comunitario andino; es decir, que no haya desviación de poder.

3.1.3. Respecto del control de legalidad de actos comunitarios de efectos jurídicos particulares, la jurisprudencia del TJCA ha precisado que el papel de esta corte internacional no se restringe a ser solo un agente «nulificador» de actos, sino que —en ejercicio de la competencia de ejercer el control de legalidad del ordenamiento jurídico comunitario andino prevista en el artículo 17 del Tratado de Creación del TJCA— se encuentra facultada para efectuar una revisión profunda de cada uno de los requisitos de validez del acto comunitario de efectos jurídicos particulares impugnado y pronunciarse conforme a derecho sobre el fondo del asunto controvertido, cuando así corresponda.⁶

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203470.pdf>

- Páginas 16 y 18 de la Sentencia del 30 de abril de 2019 (proceso 04-AN-2017), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3654 del 4 de junio de 2019.

Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203654.pdf>

⁶ Ver:

- Página 11 del Auto del 27 de septiembre de 2017 (proceso 02-AN-2017) que rechazó por improcedente la demanda presentada contra unas Resoluciones de la SGCA.
- Página 6 del Auto del 12 de abril de 2018 (proceso 04-AN-2017) que declaró infundada una excepción previa.
- Página 11 del Auto del 19 de octubre de 2018 (proceso 04-AN-2018) que rechazó por improcedente la demanda presentada contra una Resolución de la SGCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3412 del 25 de octubre de 2018.

Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203412.pdf>





- 3.1.4. De esta manera, el Tribunal ha precisado que la acción de nulidad constituye el mecanismo procesal que materializa una auténtica instancia autónoma de control jurisdiccional de los actos administrativos emitidos por la SGCA, en la que el papel del Tribunal consiste en velar por el control de legalidad desde una perspectiva de tutela amplia, al amparo de la cual se encuentra autorizado para realizar una revisión autónoma de los requisitos de validez del acto administrativo impugnado e, incluso, está facultado para emitir un pronunciamiento de fondo cuando ello corresponda.⁷
- 3.1.5. Dado que el control de legalidad de una Resolución de la SGCA (que califica como un acto administrativo) puede implicar la emisión de un pronunciamiento de fondo, es evidente que se encuentra dentro del marco de competencias del Tribunal el verificar si dicha resolución cumple o no con lo establecido en el Acuerdo de Cartagena o en una determinada Decisión, lo que podría involucrar, eventualmente, la determinación de si la SGCA efectuó o no un correcto análisis en el asunto de fondo.⁸
- 3.1.6. En reciente jurisprudencia, el TJCA ha afirmado que la tutela jurisdiccional de la que se beneficia la parte demandante en este tipo de procesos puede incluir el restablecimiento de un derecho vulnerado, a través del reconocimiento o declaración de una situación jurídica, de la imposición de obligaciones de hacer o no hacer o el dictado de medidas de precaución o de prevención, entre otras, y según corresponda en cada caso, cuando así ha sido solicitado en la demanda o este Tribunal lo considere **de oficio**, en atención a la naturaleza jurídica del acto impugnado y a las circunstancias particulares del caso concreto, lo que

⁷ Ver:

- Página 5 del Auto del 17 de noviembre de 2017 (proceso 04-AN-2016) que declaró infundada una excepción previa.
- Página 11 del Auto del 27 de septiembre de 2017 (proceso 02-AN-2017) que rechazó por improcedente la demanda presentada contra unas Resoluciones de la SGCA.
- Página 5 del Auto del 12 de abril de 2018 (proceso 04-AN-2017) que declaró infundada una excepción previa.
- Páginas 9 y 10 del Auto del 25 de septiembre de 2018 (proceso 03-AN-2018) que rechazó por improcedente la demanda presentada contra una Resolución de la SGCA.
- Página 11 del Auto del 19 de octubre de 2018 (proceso 04-AN-2018) que rechazó por improcedente la demanda presentada contra una Resolución de la SGCA, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3412 del 25 de octubre de 2018.

⁸ Ver página 6 del Auto del 17 de noviembre de 2017 (proceso 04-AN-2016) que declaró infundada una excepción previa.



se traduce en el reconocimiento de una modalidad de acción de nulidad con las características propias de un proceso contencioso administrativo de restablecimiento o de «plena jurisdicción»⁹, que no incluye en la legislación y jurisprudencia comunitaria condenas indemnizatorias ni el pago de daños y perjuicios por vía de restablecimiento de derechos.

- 3.1.7. También en su jurisprudencia¹⁰, el Tribunal ha señalado que en la tramitación de las acciones de nulidad es procedente la aplicación del principio de justicia material, por virtud del cual el órgano jurisdiccional está llamado a encontrar la verdad real más allá de lo alegado por las partes procesales.
- 3.1.8. Si tenemos presente la naturaleza de la acción de nulidad como un proceso contencioso administrativo (en caso de que el acto comunitario impugnado sea un acto administrativo) con rasgos de plena jurisdicción que, cuando corresponda, podría justificar un pronunciamiento de fondo del asunto controvertido, así como la aplicación de los principios de justicia material (que implica buscar la verdad real) y *iura novit curia* («el juez conoce el Derecho»), queda claro que el análisis que haga el Tribunal sobre los elementos de validez del acto administrativo (comunitario) impugnado trasciende lo alegado por las partes demandante y demandada, máxime si tenemos presente que es misión subyacente del Tribunal, en ejercicio de la competencia para conocer y resolver una acción de nulidad, la protección de fines públicos de carácter comunitario (interés público, orden público), lo que se traduce en la más amplia salvaguarda de los principios y normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino.

3.2. De la admisibilidad de la solicitud de enmienda presentada por la coadyuvante de la SGCA (Colombia)

- 3.2.1. El primer párrafo del artículo 92 del Estatuto del TJCA dispone lo siguiente:

« Artículo 92.- Enmienda y ampliación de las sentencias

El Tribunal, de oficio o a petición de parte presentada dentro de los

⁹ Ver página 24 del Auto del 28 de abril de 2021 (proceso 01-DL-2020), publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 4219 de la misma fecha.

Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204219.pdf>

¹⁰ Ver páginas 6 y 7 del Auto del 31 de julio de 2020 (proceso 02-AN-2019).



quince días siguientes al de la notificación de la sentencia, podrá enmendarla o ampliarla.

(...))»

3.2.2. En el presente caso, la coadyuvante de la SGCA solicitó la enmienda de la Sentencia dentro de término¹¹, por lo que corresponde admitir a trámite dicha petición.

3.3. De la enmienda en el supuesto de pronunciamiento *extra petita*

3.3.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 92 del Estatuto del TJCA, procede la enmienda, de oficio o a petición de parte, entre otros, cuando este órgano jurisdiccional se hubiese pronunciado sobre un determinado asunto o tema que no formaba parte del objeto de la demanda.

3.3.2. Lo que busca corregir la enmienda es un pronunciamiento *extra petita* del Tribunal. Sería el caso, por ejemplo, de que la pretensión del actor es que se declare la nulidad de la Resolución 100 de la SGCA, pero el Tribunal anula las Resoluciones 100 y 80 de la SGCA. La anulación de la Resolución 80 sería un pronunciamiento *extra petita*.

3.4. Si el análisis del juicio de sustituibilidad formó parte o no de la demanda y de la contestación de la demanda

3.4.1. En el presente acápite corresponde determinar si el juicio de sustituibilidad, que forma parte del test de proporcionalidad, utilizado para verificar la validez de la Resolución 2019 de la SGCA, formó o no parte de la cuestión controvertida en el presente proceso judicial.

3.4.2. Con relación al juicio de sustituibilidad, Ecuador alegó en su demanda lo siguiente¹²:

- a) La SGCA debió examinar en su Resolución 2019 si es posible identificar medidas —distintas a impedir el ingreso de cemento por el Puente Internacional de Rumichaca (Tulcán – Ipiales)—

¹¹ Colombia fue notificada con la sentencia el 17 de octubre de 2022 y presentó su solicitud de enmienda el 31 de octubre de 2022; esto es, dentro del término de quince días previsto en el artículo 92 del Estatuto del TJCA.

¹² Ver foja 11 del expediente.





idóneas para proteger la seguridad, pero menos gravosas para los operadores económicos y el comercio subregional en general.

- b) Colombia debió fortalecer el control aduanero de Ipiales, evitando violar una norma comunitaria cuyo fin es eliminar las restricciones de todo orden que incidan en la importación de productos originarios de un País Miembro.
- c) Se probó que la medida era sustituible, pues Colombia contaba con otros mecanismos de control válidos, como licencias de importación o certificados de registro y de carencia, que son entregados a las autoridades aduaneras por los importadores de cemento como sujetos de control. Si estos mecanismos eran insuficientes, correspondía reforzar el control aduanero de Ipiales, así como el control del transporte y destino de la mercancía.

3.4.3. Respecto del juicio de sustituibilidad, la SGCA argumentó que:

- a) La medida era idónea para alcanzar el objetivo de preservar la seguridad en dicho país y resultaba menos gravosa que otras medidas como la suspensión total de las importaciones.¹³
- b) Las medidas alternativas señaladas por Ecuador, como el certificado de carencia y licencias previas, ya se venían implementado desde hace más de quince años en la normativa colombiana de control de sustancias químicas para la producción de estupefacientes, y no habían demostrado su efectividad.¹⁴
- c) Las medidas de cooperación entre las autoridades son viables en tanto los Países Miembros cuenten con listas equivalentes de productos controlados. En el presente caso, el cemento era objeto de control solo en Colombia.¹⁵

3.4.4. En lo concerniente al juicio de sustituibilidad, la coadyuvante de la SGCA (Colombia) mencionó lo siguiente:¹⁶

¹³ Ver foja 760 (reverso) del expediente.

¹⁴ Ver foja 758 (reverso) del expediente.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ Ver foja 659 del expediente.





- a) La propuesta sustituta presentada por Ecuador no solo era impracticable, pues otros controles son más estrictos que la medida cuestionada, sino que también arriesgaba la salud y la vida de los colombianos al permitir la entrada de un insumo de uso masivo en la fabricación y producción de cocaína a través de uno de los departamentos con mayores índices de cultivos de coca del país.
- b) Otras medidas, como la exigencia de certificados y licencias improrrogables, han demostrado ser ineficaces en la lucha contra el narcotráfico, por lo que tampoco constituían una medida sustituta adecuada.
- c) Por lo tanto, no existía ninguna medida que sustituya la medida de Colombia para alcanzar el mismo objetivo de política pública.

3.4.5. Como se puede apreciar de la demanda, de la contestación de la demanda y del escrito de la coadyuvante de la SGCA (Colombia), todas las partes procesales esbozaron argumentos (alegatos) en torno al juicio de sustituibilidad (que es un componente del test de proporcionalidad), y que fue utilizado ya sea para cuestionar o defender, según sea el caso, la validez jurídica de la Resolución 2019 de la SGCA.

3.4.6. El juicio de sustituibilidad, referido a si existían o no otras medidas menos gravosas (distintas al impedimento de ingreso de cemento ecuatoriano a través del control aduanero de Ipiales), pero igualmente idóneas para evitar que el cemento sea destinado al narcotráfico en el departamento de Nariño, no solamente fue un asunto planteado expresamente en la demanda, sino que también formaba parte de las cuestiones controvertidas que el Tribunal tenía que resolver en el presente proceso judicial, con independencia de la eventual presentación de un escrito de allanamiento. Vale decir que, si no se hubiese suspendido la audiencia pública y el proceso judicial hubiese continuado con la fase de alegatos de conclusión, en el momento de dictar la sentencia de fondo, el TJCA, de todas maneras, tendría que haberse pronunciado, entre otros, sobre el juicio de sustituibilidad, con el propósito de determinar la validez de la Resolución 2019 de la SGCA.

3.4.7. En la medida que el juicio de sustituibilidad sí fue uno de los asuntos jurídicos controvertidos en el presente proceso judicial, el hecho de que



el Tribunal se pronunciara sobre dicho extremo en la Sentencia no constituye un pronunciamiento *extra petita*.

3.5. Del allanamiento formulado por la SGCA

3.5.1. Al fundamentar su allanamiento a la demanda, la SGCA señaló que:

«[3]. (...) hubo un error jurídico en la Resolución 2019 al no haber establecido un plazo perentorio para la aplicación de la medida por parte de la República de Colombia, plazo en el cual se hubiesen podido implementar medidas aduaneras y de controles de seguridad, para precisamente hacer en el tiempo sustituible la medida; es decir la insustituibilidad [sic] no es un concepto estático sino dinámico: era cierta al momento de expedir la Resolución pero dejó de serlo al transcurrir un tiempo durante el cual se pueden tomar medidas que rehabiliten la libre circulación de ese bien, sin restricción alguna.

[e]l cemento es una mercancía común, normal, de libre venta en todos los Países miembros, no es un bien de comercio prohibido o ilegal de los contemplados en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena (...) con la Resolución 2019, al no establecer un plazo, se tiene como resultado que una mercancía legal termina restringida en su comercio en forma indefinida, lo cual viola la zona andina de libre comercio y se erige como un retroceso en la misma».¹⁷

(Énfasis añadido)

3.5.2. Como puede observarse, el allanamiento de la SGCA implicó un reconocimiento expreso de que la medida de Colombia no cumplía con el juicio de sustituibilidad, elemento constitutivo del test de proporcionalidad, requerido para la adopción válida de este tipo de medidas. Dicho reconocimiento coincide con el argumento esbozado por Ecuador en su demanda, por lo que, con el allanamiento de la SGCA, las partes demandante y demandada coincidieron en que la medida de Colombia constituía una restricción al comercio subregional al incumplir con el juicio de sustituibilidad.

¹⁷ Ver foja 1494 (reverso) del expediente.



- 3.5.3. El allanamiento formulado por la SGCA es una clara y expresa aceptación de la pretensión del Ecuador de que se declare la nulidad de la Resolución 2019. El allanamiento, por tanto, una vez aceptado por el Tribunal, tiene como consecuencia directa la declaración de nulidad de la Resolución 2019, pues no podría generar ningún otro resultado. No solo eso, el allanamiento de la SGCA implicó reconocer que la nulidad de la Resolución 2019 se fundamenta en que la medida adoptada por Colombia, consistente en autorizar el ingreso de cemento únicamente por controles aduaneros diferentes al ubicado en Ipiales, no cumple con el juicio de sustituibilidad, elemento constitutivo del test de proporcionalidad. Dicho reconocimiento coincidió con lo sostenido por Ecuador en su demanda; es decir, que con el allanamiento, las partes demandante y demandada coincidieron en que la medida adoptada por Colombia (coadyuvante) constituía una restricción al comercio en los términos del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena al incumplir el juicio de sustituibilidad.
- 3.5.4. Así, corresponde a este Tribunal dejar claramente establecido que si una medida adoptada por un País Miembro, al amparo de las excepciones previstas en el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, no cumple con uno de los presupuestos del test de proporcionalidad, como es en el presente caso el juicio de sustituibilidad, dicha medida constituye una restricción al comercio que viola el Programa de Liberación.
- 3.5.5. En tal sentido, en atención al allanamiento de la SGCA y a la coincidencia de argumentos del Ecuador y del propio TJCA sobre el juicio de sustituibilidad, en la Sentencia se resolvió:
- (i) Primero, aceptar el allanamiento de la SGCA y declarar la nulidad de la Resolución 2019 de 14 de agosto de 2018. El allanamiento de la SGCA implicaba el reconocimiento de la nulidad de la Resolución 2019, tal como lo había sostenido el Ecuador, lo cual originó tal declaración de nulidad.
 - (ii) Segundo, reconocer que la medida adoptada por Colombia no cumplía con el juicio de sustituibilidad y, en consecuencia, declarar que constituía una restricción al comercio. En el allanamiento de la SGCA se reconoció la causal de nulidad que consistía en el incumplimiento del juicio de sustituibilidad de la medida adoptada por Colombia. Teniendo en consideración que tanto el Ecuador (demandante) como la SGCA (demandada) habían reconocido el



incumplimiento del juicio de sustituibilidad de la medida adoptada por Colombia, y que el Tribunal, con fundamentos propios, constató dicho incumplimiento (ver párrafos 3.1.13 al 3.1.24 de la parte considerativa de la Sentencia), la consecuencia directa y automática de reconocer que la medida colombiana no cumplía con el juicio de sustituibilidad era declarar que dicha medida constituía una restricción al comercio.

- 3.5.6. Y es que conforme a la jurisprudencia del TJCA, si una medida adoptada por un País Miembro, al amparo de las excepciones previstas en el segundo párrafo del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, incumple uno de los presupuestos del test de proporcionalidad, como es el juicio de sustituibilidad, dicho incumplimiento origina automáticamente que dicha medida deba ser declarada como una restricción al comercio que viola el Programa de Liberación.
- 3.5.7. Por tanto, el Tribunal luego de reconocer que la medida adoptada por Colombia no cumplía con el juicio de sustituibilidad, se limitó en la Sentencia, a aplicar directa y automáticamente la única consecuencia jurídica posible, al declarar que dicha medida constituía una restricción al comercio.
- 3.5.8. Por estas consideraciones, corresponde declarar infundada la solicitud de enmienda presentada por Colombia.
- 3.6. Sobre el alcance de la coadyuvancia de Colombia en el proceso**
- 3.6.1. Colombia demostró un interés sustancial en el presente proceso y fue reconocida por el TJCA como coadyuvante de la SGCA. Sin embargo, ese reconocimiento no le autoriza a contradecir, procesal o materialmente, los actos, decisiones o argumentos expuestos por la SGCA pues, en la presente causa, este organismo es el único legítimo contradictor de Ecuador, al ser el órgano emisor de la norma andina impugnada.
- 3.6.2. La coadyuvancia de Colombia no introdujo al proceso un nuevo objeto de litigio ni amplió el ya planteado (pues no esgrimió pretensión novedosa alguna) y es así que debe actuar en el devenir del proceso. En su calidad de coadyuvante, Colombia debe limitar su actuación a colaborar con la SGCA con el objetivo de alcanzar un interés común¹⁸.

Andrea M. Pérez, *La intervención adhesiva simple*, en Osvaldo A. Gozaini (dir.), En: *Intervención de terceros y tercerías*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 317.





- 3.6.3. Como coadyuvante de la SGCA, Colombia solo puede contribuir, acompañar y respaldar los argumentos expuestos por la parte a quien coadyuva. En ningún caso le es permitido a un coadyuvante adoptar posiciones autónomas al margen de la voluntad del coadyuvado. Menos aun posiciones opuestas o contradictorias. Por su condición accesoria o secundaria, el coadyuvante tampoco puede oponerse a ningún acto procesal que emane de la parte coadyuvada¹⁹.
- 3.6.4. Hernando Devis Echandía explica que el coadyuvante es siempre una parte accesoria o secundaria que actúa para apoyar los argumentos sostenidos por el coadyuvado, es decir, colabora con las pretensiones de un derecho ajeno. El coadyuvante puede actuar ante la inactividad del sujeto procesal coadyuvado, pero solo si es por negligencia de este último y no ante su negativa o rechazo. Esto deja en evidencia que el coadyuvante es una parte subordinada a la principal coadyuvada²⁰.
- 3.6.5. Colombia pretende ser considerada como parte demandada de este proceso, pero su condición jurídica es la de un tercero coadyuvante y solo puede ser tratado como tal. En consecuencia, Colombia está impedida de actuar en contradicción con la SGCA, su coadyuvada, y no puede pretender ir más allá de lo actuado por la SGCA u oponerse a sus requerimientos.
- 3.6.6. Por lo tanto, no asiste razón a Colombia cuando dice que el TJCA ha vulnerado su derecho de contradicción y al debido proceso, porque el Tribunal simplemente ha evaluado el mérito de sus argumentos desde el prisma de su condición de sujeto procesal meramente coadyuvante.
- 3.6.7. Por todo lo expuesto, corresponde declarar infundada la solicitud de enmienda presentada por Colombia y ratificar en todos sus extremos la Sentencia.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

¹⁹

Oscar Soto Soto, *El Proceso Jurisdiccional*, en: Diana María Ramírez Carvajal, et al., En: Derecho Procesal Contemporáneo, Primera edición, Sello Editorial de la Universidad de Medellín, Medellín, 2010, p. 299.

²⁰

Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, Tercera edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 336.



DECIDE:

ÚNICO: Declarar infundada la solicitud de enmienda presentada por la República de Colombia y ratificar en todas sus partes la Sentencia del 14 de octubre de 2022, emitida por este Tribunal dentro del Proceso 02-AN-2020.


NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.

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 el presente auto ha sido aprobado por los magistrados Gustavo García Brito, Hugo R. Gómez Apac, María de Lourdes Cuesta Orellana y Jazmín Rocío Soacha Pedraza en la sesión judicial de fecha 30 de mayo de 2023, conforme consta en el Acta 20-J-TJCA-2023.


Karla Margot Rodríguez Noblejas
Secretaria general



De conformidad con lo establecido en el literal n) del artículo 7 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, firman igualmente el presente auto la magistrada presidenta y la secretaria general.


Sandra Catalina Charris Rebellón
Magistrada presidenta


Karla Margot Rodríguez Noblejas
Secretaria general

Notifíquese el presente auto 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.