



### SUMARIO SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

DICTAMEN N° 009 – 2015	Sobre el reclamo interpuesto por el apoderado de ASCIDEFROS, GEDECOMEX S.A.S., COMEXSUR S.A.S., COEXPOSUR S.A.S., COMERCIALIZADORA VELAZOR S.A.S. y EXPO AGROCARIBE S.A.S. contra la República de Colombia, por presunto incumplimiento de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de la Decisión 515 de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones 240 y 1010 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, y de la Resolución 431 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, al suspender las importaciones de cebolla originaria de Perú.....	1
------------------------	---	---

#### DICTAMEN N° 009 – 2015

**Sobre el reclamo interpuesto por el apoderado de ASCIDEFROS, GEDECOMEX S.A.S., COMEXSUR S.A.S., COEXPOSUR S.A.S., COMERCIALIZADORA VELAZOR S.A.S. y EXPO AGROCARIBE S.A.S. contra la República de Colombia, por presunto incumplimiento de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de la Decisión 515 de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones 240 y 1010 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, y de la Resolución 431 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, al suspender las importaciones de cebolla originaria de Perú.**

Lima, 09 de noviembre de 2015

El presente Dictamen se emite en el marco de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y conforme a la estructura señalada en el artículo 21 de la Decisión 623 (Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento), que dispone el contenido de los Dictámenes que debe proferir la Secretaría General en los procedimientos sobre eventuales incumplimientos que lleve adelante. Por tanto, se presenta a continuación el Dictamen de la Secretaría General emitido dentro del expediente No. 003-FPAI-DP-2015.



## I. RELACION DE LAS ACTUACIONES PROCESALES (ANTECEDENTES)

El 07 de julio de 2015 se recibió en la Secretaría General de la Comunidad Andina, el escrito de reclamación del apoderado de la Asociación de Comerciantes e Importadores de Cebolla de la Frontera Sur (en adelante ASCIDEFROS), señor Manuel Romo Pazos.

Mediante comunicación SG/E/1290/2015 de 13 de julio de 2015, la Secretaría General requirió al señor Romo Pazos que complementara su reclamo conforme a los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Decisión 623, a cuyo efecto se le concedió un plazo de quince días hábiles.

El 17 de julio de 2015, el señor Romo Pazos presentó un escrito de coadyuvancia a su reclamo inicial, en su calidad de apoderado de GEDECOMEX S.A.S., COMEXSUR S.A.S., COEXPOSUR S.A.S., COMERCIALIZADORA VELAZOR S.A.S. y EXPO AGROCARIBE S.A.S.

Mediante comunicación SG/E/1388/2015 del 30 de julio de 2015, la Secretaría General – debido a la modificación del calendario de días hábiles del Organismo– informó al señor Romo Pazos aquellos días inhábiles que debía considerar en el cómputo del plazo conferido mediante comunicación SG/E/1290/2015.

El 04 de agosto de 2015, el señor Manuel Romo Pazos, como apoderado de COAGROMAR S.A., GEDECOMEX S.A.S., COMEXSUR S.A.S., COEXPOSUR S.A.S., COMERCIALIZADORA VELAZOR S.A.S. y EXPO AGROCARIBE S.A.S., presentó una comunicación a esta Secretaría General por la cual completó su reclamación inicial.

Mediante comunicación SG/E/1451/2015 del 10 de agosto de 2015, la Secretaría General indicó al señor Romo Pazos las consideraciones por las cuales su reclamo ha sido admitido a trámite, y también se le hizo saber que el mismo sería comunicado tanto a la República de Colombia para que en un plazo de treinta días presente su contestación, como a los demás Países Miembros a fin de que, en el mismo plazo, presenten los elementos de información que consideren pertinentes.

A través de comunicación SG/E/1452/2015 del 10 de agosto de 2015, la Secretaría General corrió traslado a la República de Colombia del reclamo presentado por el apoderado de ASCIDEFROS, GEDECOMEX S.A.S., COMEXSUR S.A.S., COEXPOSUR S.A.S., COMERCIALIZADORA VELAZOR S.A.S. y EXPO AGROCARIBE S.A.S., y se confirió un plazo de treinta días para que presente su contestación. Asimismo, fue comunicado el referido reclamo a los demás Países Miembros para que presenten los elementos de información que consideren pertinentes dentro del plazo conferido.

Mediante comunicaciones SG/E/1573/2015 y SG/E/1574/2015, del 27 de agosto de 2015, la Secretaría General solicitó a la República de Colombia y a la República del Perú, respectivamente, que remitan cierta información conforme a la facultad establecida en el artículo 27 de la Decisión 425 (Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General).

Por comunicación OALI-186, recibida el 01 de septiembre de 2015 en la Secretaría General, la Ministra de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia confirió poder especial al abogado Nicolás Torres Álvarez para que actúe como apoderado en el presente trámite. Mediante comunicación OALI-187, recibida el mismo 01 de septiembre, el apoderado de la República de Colombia solicitó una prórroga para remitir la contestación al reclamo y la información requerida por la Secretaría General.



Mediante comunicaciones SG/E/1631/2015 y SG/E/1632/2015 del 07 de septiembre de 2015, la Secretaría General, respectivamente, acusó recibo a la República de Colombia del otorgamiento de poder especial a favor del abogado Torres Álvarez, y confirió una prórroga de treinta días para que presente la contestación al reclamo y la documentación requerida. Dicha prórroga también fue comunicada a los demás Países Miembros mediante nota SG/E/1633/2015 del mismo 07 de septiembre, y al apoderado de las empresas reclamantes mediante nota SG/E/1634/2015 de la misma fecha.

A través de comunicación OALI-188, recibida el 15 de septiembre de 2015 en la Secretaría General, el apoderado de la República de Colombia solicitó la revocatoria de la admisión a trámite del reclamo y el archivo del expediente. Este pedido fue rechazado mediante comunicación SG/E/1706/2015 del 18 de septiembre de 2015.

Por comunicaciones SG/E/1768/2015 y SG/E/1769/2015 del 30 de septiembre de 2015, la Secretaría General informó a la República de Colombia, a los demás Países Miembros y al apoderado de las empresas reclamantes, sobre el nuevo día inhábil a considerarse en el cómputo del plazo prorrogado para la contestación.

Mediante oficio No. 29-2015-MINCETUR/VMCE/DNINCI, recibido el 05 de octubre de 2015 en la Secretaría General, la República del Perú remitió la información que le fuera requerida mediante comunicación SG/E/1574/2015.

A través de comunicación OALI-229, recibida el 08 de octubre de 2015 en la Secretaría General, la República de Colombia dio contestación al reclamo; y, mediante comunicación OALI-230, recibida en la misma fecha, Colombia remitió la información que le fuera requerida mediante nota SG/E/1573/2015.

Por comunicaciones SG/E/1917/2015 y SG/E/1918/2015 del 30 de octubre de 2015, la Secretaría General informó a la República de Colombia, a los demás Países Miembros y al apoderado de las entidades reclamantes, sobre el otorgamiento de una prórroga en el plazo para emitir el presente Dictamen.

## II. IDENTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS O CONDUCTAS MATERIA DEL RECLAMO

Según lo manifestado por el apoderado las empresas reclamantes, las conductas materia del reclamo se refieren a las acciones adoptadas por parte de la República de Colombia a través del Instituto Colombiano Agropecuario (en adelante ICA) y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (en adelante INVIMA), al adoptar las siguientes medidas:

- Ordenar el reembarque o destrucción de cebolla fresca originaria del Perú por la presunta presencia de tierra (suelo), en las importaciones de:
  - GEDECOMEX S.A.S. (30.038 kilos), cargamento inspeccionado por el Servicio Nacional de Sanidad Agraria del Perú (en adelante SENASA) conforme al Certificado Fitosanitario para la Exportación No. 00619312 del 14 de febrero de 2015.
  - COMEXSUR S.A.S. (30.038 kilos), cargamento inspeccionado por el SENASA conforme al Certificado Fitosanitario para la Exportación No. 00619335 del 18 de febrero de 2015.
- Impedir la importación de cebolla fresca originaria del Perú, en los siguientes cargamentos ordenando su reembarque al país de origen, o su destrucción, por la presunta presencia de *Aspergillus Niger*:
  - De COEXPOSUR S.A.S. (31.500 kilos - 630 bultos), cargamento inspeccionado por el SENASA conforme al Certificado Fitosanitario para Exportación No. 00619111.



- De COMERCIALIZADORA VELAZOR S.A.S. (30.180 - 640 bultos), cargamento inspeccionado por el SENASA conforme al Certificado Fitosanitario para Exportación No. 00619517.
- Impedir la importación de cebolla fresca originaria del Perú, en los siguientes cargamentos ordenando su reembarque al país de origen, o su destrucción, por la presunta presencia de *Carpophilus hemipterus*:
  - De EXPO AGROCARIBE S.A.S. (31.050 kilos), cargamento inspeccionado por el SENASA conforme al Certificado Fitosanitario para Exportación No. 00619771 del 06 de abril de 2015.
  - De COEXPOSUR S.A.S. (30.774 kilos), cargamento inspeccionado por el SENASA conforme al Certificado Fitosanitario para Exportación No. 00619842 del 13 de abril de 2015.
  - De COAGROMAR S.A. (31.280 kilos), cargamento que fue inspeccionado por el SENASA conforme al Certificado Fitosanitario para Exportación No. 00620048 del 04 de mayo de 2015.
- Adoptar la Resolución No. 001762 del 26 de mayo de 2015 del ICA, que suspende las importaciones de cebolla procedente del Perú, ordenando la cancelación o revocatoria de los permisos fitosanitarios de importación que estaban vigentes, por presuntos hallazgos de *Carpophilus hemipterus*. Resolución que aparentemente no alude razones de emergencia fitosanitaria ni ordena informar la medida a la Comunidad Andina, de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 de la Decisión 515; adolece de falsa motivación al carecer de fundamentos técnicos y jurídicos, y al no ser transparente, lo que implicaría una restricción al comercio intrasubregional de la cebolla con el fin de proteger la producción nacional.
- Falta de inscripción previa de la Resolución No. 001762 del 26 de mayo de 2015 del ICA, en el Registro Subregional del Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria.
- Impedir el comercio de cebolla fresca originaria del Perú por la presencia de la plaga *Carpophilus hemipterus* que no es cuarentenaria y que también está en Colombia.
- Desconocer los certificados de exportación expedidos por el SENASA.
- No levantar actas firmadas, no tomar muestras a través de métodos representativos (muestreo representativo), manipular las pruebas, no adoptar una cadena de custodia, no contemplar procedimientos reglados (desconocimiento de normas que regulan procedimientos), resolver situaciones similares con medidas sanitarias distintas, no tener objetividad, y por no ser los inspectores profesionales o personal idóneo; todo lo anterior en lo relativo a la detección de *Aspergillus Niger* y de *Carpophilus hemipterus*.
- Prohibir la presencia de los importadores en las inspecciones sanitarias, debiendo contratar para ello a intermediarios (servicios de una Agencia de Aduanas registradas ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia - DIAN), lo que constituiría una restricción al comercio puesto que ello no está contemplado en normativa fitosanitaria.

### III. RELACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECLAMO Y DE LA CONTESTACIÓN

#### III.1. De los argumentos de ASCIDEFROS, GEDECOMEX S.A.S., COMEXSUR S.A.S., COEXPOSUR S.A.S., COMERCIALIZADORA VELAZOR S.A.S. y EXPO AGROCARIBE S.A.S.

El reclamo se ejerce con fundamento en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “el artículo 14 de la Decisión 425” y los artículos 13 y siguientes de la Decisión 623.



Indican las reclamantes que las importaciones de bulbos de cebolla originaria de Perú hacia Colombia se regulan por las normas andinas, las cuales establecen los requisitos y procedimientos para dichas operaciones comerciales, cuyas normas son las únicas y de obligatorio cumplimiento para entidades públicas y particulares que intervienen.

III.1.1.- Como descripción de los hechos se señala que:

1.- De acuerdo a la Resolución 1010 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, del 01 de marzo de 2006, por la cual se actualizan los requisitos fitosanitarios del Anexo I de la Resolución 431 para los productos vegetales de los cultivos de ajos, cebolla y arroz, se estableció que para el caso de la cebolla: *“4. Toda importación del producto debe venir libre de tierra (suelo), materia orgánica y materiales extraños”*. Sin embargo, el ICA ha impedido la importación de los siguientes cargamentos ordenando su reembarque al país de origen o su destrucción por la presunta presencia de tierra (suelo):

1.1.- A GEDECOMEX S.A.S.- En el cargamento objeto del Permiso o Documento Fitosanitario de Importación No. SV-000835-15 expedido por el ICA para la importación de cebolla procedente del Perú, relativo a la compra de 30.038 kilos, que fue inspeccionado por el SENASA que expidió el Certificado Fitosanitario para la Exportación No. 00619312 del 14 de febrero de 2015, en que consta que el cargamento viene libre de las plagas e inclusive libre de tierra. Sin embargo, estando la mercancía en Ipiales (Colombia) al momento de la inspección sanitaria realizada en forma conjunta entre el ICA y el INVIMA, y con la presencia del gerente de GEDECOMEX, se manifestó verbalmente que se permitía la nacionalización. Por parte del INVIMA se expidió el Certificado IP-2015000587 del 17/02/2015 por el cual se permitió la nacionalización al considerar que *“los productos relacionados anteriormente: Que cumplen con las especificaciones técnicas señaladas por el país de origen en el certificado sanitario”*. Sin embargo, al acercarse al ICA se notificó el Oficio del 18 de febrero de 2015 por el cual se informó que no se permite la nacionalización de los 30.038 kilos ya que *“el envío ha sido interceptado por presencia de tierra, incumpliendo lo establecido en el documento de requisitos fitosanitarios. Por tal motivo y como medida de mitigación del riesgo se ordena el REEMBARQUE del cargamento interceptado”*.

Toda vez que, según las reclamantes, esta aseveración no es cierta ni existen pruebas de ello, mediante escrito del 19 de febrero de 2015 se interpuso recurso de reposición y apelación explicando que existe falsa motivación ya que en la inspección el funcionario inspector del ICA no levantó acta ni dejó registro de sus actuaciones, tornándose su actuación en discrecional y arbitraria, ya que se aceptó la nacionalización en presencia del INVIMA, pero se ha cambiado de criterio, contraviniendo derechos adquiridos. Además, se señaló que técnicamente el cargamento no tiene tierra por lo que se solicitó se ordene una segunda inspección delegando a un funcionario profesional idóneo, pues aunque pudiera existir algo de polvo, no existen trozos de suelo o terrones, que es lo que salvaguarda la norma a fin de prevenir la presencia de materia portadora de plagas y enfermedades. Si la norma se refiriera al simple polvo de la cosecha hubiera exigido que venga lavada, lo cual no fue la intención del legislador.

Cuando la Resolución 1010 exige que *“debe venir libre de tierra (suelo)”* quiere decir que no traiga trozos de suelo. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el suelo lo define como *“Conjunto de materias orgánicas e inorgánicas de la superficie terrestre, capaz de sostener vida vegetal”*. El ICA en respuesta a lo anterior mediante Oficio del 2 de marzo de 2015 manifestó que *“durante dicho procedimiento se verificó la presencia de suelo en el envío el cual es considerado como un artículo reglamentado de acuerdo con lo indicado en la Decisión 515 del 2002 por ser capaz de albergar o dispersar plagas. El ICA ante esta situación, está en la obligación de no emitir concepto favorable... Por lo expuesto y de acuerdo a su petición de ordenar una segunda*



*inspección fitosanitaria, designar un profesional idóneo y expedir el respectivo certificado para nacionalización, el ICA no accede a su petición y se ratifica la decisión tomada de rechazar el Envío y dar Orden de Reembarque, debido al riesgo fitosanitario presentado... con la presente además... se niega los recursos por usted presentado, debiendo entonces... cumplir con la orden impartida...".* Por este motivo la DIAN ordenó la destrucción del embarque, que se hizo el 06 de marzo de 2015.

1.2.- A COMEXSUR S.A.S.- En el cargamento objeto del Permiso Fitosanitario de Importación No. SV-003431-15 del ICA, relativo a la compra en el Perú de cebolla fresca (30.038 kilos), que fue inspeccionado por el SENASA y que expidió el Certificado Fitosanitario para Exportación No. 00619335 del 18/02/2015, en el que consta que el cargamento viene libre de plagas y de tierra. El 24 de febrero de 2015 al momento de la inspección sanitaria de la mercancía en Ipiales entre el ICA y el INVIMA, se encontró presencia de polvo en algunas unidades del producto, por lo que el ICA negó la expedición del Certificado, ordenándose el reembarque. El INVIMA tampoco expidió el certificado al no haberse nacionalizado. No se levantó un acta en la cual se registren todas las actuaciones de los inspectores, las explicaciones del importador, la imposición de medidas, la toma de muestras, el método de muestreo, el sellado y cadena de custodia, y demás circunstancias, sino que se trató de una diligencia unilateral. Ese embarque fue destruido.

2.- La Resolución 1010 de la Secretaría General establece para el caso de la cebolla, como requisitos específicos, que *"Todo producto importado debe venir debidamente tratado contra plagas, con el tratamiento definido por el País Miembro importador o con aquellos resultantes del ARP desarrollado por el país importador para importaciones de terceros países, procedimiento que debe constar en el correspondiente CF"*, y como declaración adicional consta que *"Según sea el País Miembro afectado: El producto debe estar libre de plagas: *Aceria tullipae* (KEIFER, 1938). *Rhizoglyphus echinopus* (FOMOUZE & ROBIN, 1868)"*.

Sin embargo, se indica en el reclamo que el ICA y el INVIMA han impedido la importación de los siguientes cargamentos ordenando su reembarque al país de origen o su destrucción, por la presunta presencia de *Aspergillus Niger*:

2.1.- A COEXPOSUR S.A.S.- En el cargamento objeto del Permiso Fitosanitario de Importación No. SV-000072-15 del ICA, relativo a la compra en el Perú de cebolla fresca (31.280 kilos de 46 kg con 680 bultos, y 31.500 kilos de 50 kg con 630 bultos), que fue inspeccionado por el SENASA y que expidió el Certificado Fitosanitario para Exportación No. 00619111 en que consta que el cargamento viene libre de plagas. Sin embargo en Ipiales al momento de la inspección sanitaria realizada el 16 de abril de 2015, el INVIMA encontró presencia de *Aspergillus Niger* e informó al importador que no certifica la carga y ordena su destrucción (oficio IP-2015000002 del 29/01/2015). Se solicitó al INVIMA que autorice clasificar o seleccionar la mercancía, lo que fue negado. Por su parte, el ICA permitió la nacionalización parcial de los 680 bultos (Certificado CFN-4-000174-15 del 06/02/2015), por lo que se solicitó al INVIMA una nueva inspección, la cual llevó a que mediante Acta No. F23-PM02-IVC del 10/02/2015 se levante la medida y se permita la nacionalización de los 680 bultos (Certificado IP-2015-000390 del 11/02/2015). Los restantes 630 bultos fueron destruidos.

2.2.- A COMERCIALIZADORA VELAZOR S.A.S.- En el cargamento objeto del Permiso Fitosanitario de Importación No. SV-007533-15 del ICA (del 25/02/2015), relativo a la compra en el Perú de cebolla fresca (30.180 kilos en 640 bultos), que fue inspeccionado por el SENASA y que expidió el Certificado Fitosanitario para Exportación No. 00619517 en que consta que el cargamento viene libre de plagas. Estando la mercancía en Ipiales al momento de la inspección sanitaria realizada el 09 de marzo de 2015, el ICA concede



el Certificado para Nacionalización CFN-4-000385-48, sin embargo el INVIMA encontró presencia de "*hongos macroscópicos de aspergillus sp*" (oficio IP-2015000012 del 11/03/2015) y negó el certificado, procediéndose a la destrucción de la mercancía.

3.- La Resolución 1010 exige los requisitos ya citados para el caso de la cebolla. Sin embargo, el ICA ha impedido la importación de los siguientes cargamentos ordenando su reembarque al país de origen, o su destrucción, por la presunta presencia de *Carpophilus hemipterus*:

3.1.- A EXPO AGROCARIBE S.A.S.- En el cargamento objeto del Permiso Fitosanitario de Importación No. SV-006274-15 del ICA, relativo a la compra en el Perú de cebolla fresca (31.050 kilos), que fue inspeccionado por el SENASA y que expidió el Certificado Fitosanitario para Exportación No. 00619771 del 06/04/2015 en que consta que el cargamento viene libre de plagas. Estando la mercancía en Ipiales al momento de la inspección sanitaria realizada el 09 de abril de 2015, el ICA encontró "*la presencia de especímenes en estado adulto los cuales es necesario determinar en laboratorio de diagnóstico vegetal del ICA*". Luego, se informó que se ha identificado el espécimen *Carpophilus hemipterus*, plaga cuarentenaria para Colombia, por lo que se ordenó el reembarque (oficio del 15/04/2015). El INVIMA tampoco expidió el certificado para nacionalización; procediéndose a la destrucción de la mercancía.

3.2.- A COEXPOSUR S.A.S.- En el cargamento objeto del Permiso Fitosanitario de Importación No. SV-002766-15 del ICA, relativo a la compra en el Perú de cebolla fresca (30.774 kilos), que fue inspeccionado por el SENASA y que expidió el Certificado Fitosanitario para Exportación No. 00619842 del 13/04/2015 en que consta que el cargamento viene libre de plagas. Al momento de la inspección sanitaria realizada en Ipiales el 16 de abril de 2015, en forma conjunta entre el ICA y el INVIMA, se encontró presencia de "*insectos vivos*" sin determinar su clase. Luego, se informó que se ha identificado el espécimen *Carpophilus hemipterus*, plaga cuarentenaria para Colombia, por lo que se ordenó el reembarque (oficio del 21/04/2015). El INVIMA tampoco expidió el certificado para nacionalización; procediéndose a la destrucción de la mercancía.

3.3.- A COAGROMAR S.A.- En el cargamento objeto del Permiso Fitosanitario de Importación No. SV-004621-15 del ICA, relativo a la compra en el Perú de cebolla fresca (31.280 kilos), que fue inspeccionado por el SENASA y que expidió el Certificado Fitosanitario para Exportación No. 00620048 del 04/05/2015 en que consta que el cargamento viene libre de plagas. Estando la mercancía en Ipiales al momento de la inspección sanitaria realizada el 07 de mayo de 2015, en forma conjunta entre el ICA y el INVIMA, se encontró presencia de "*insectos en estado adulto- insectos en estado larva*" sin determinar su clase. Luego, se informó que se ha identificado el espécimen *Carpophilus hemipterus*, plaga cuarentenaria para Colombia, por lo que se ordenó el reembarque (oficio del 11/05/2015). El INVIMA tampoco expidió el certificado para nacionalización; habiéndose dado en este caso el reembarque.

4.- Conforme a pronunciamiento de la DIAN (oficio 137201245-0596 del 26 de junio de 2015), se pudo establecer que existen múltiples casos de "*reembarques y destrucciones de productos agropecuarios*": 7 por presencia de tierra, 3 casos por presencia de *Aspergillus* y 11 casos por presencia de *Carpophilus hemipterus*, de los cuales únicamente en cuatro casos se realizaron reembarques y en los demás los importadores prefirieron realizar la destrucción por resultar menos onerosa.

5.- Las medidas adoptadas tanto por el ICA como por el INVIMA son arbitrarias: no se trata de tierra sino de polvillo propio del mismo contacto del producto con el suelo que se cultiva, el hongo y los insectos no son cuarentenarios, no se levantan actas, no se toman las muestras a través de métodos representativos, se manipulan las pruebas, no existen

procedimientos reglados, situaciones similares se resuelven con medidas sanitarias distintas, no hay objetividad, los inspectores no son profesionales o personal idóneo, y por otras irregularidades. Al exigir sus derechos los importadores, tanto el ICA como el INVIMA, fundados en normas aduaneras, optaron por prohibir la presencia de los importadores en las inspecciones sanitarias, debiendo contratar para ello los servicios de una Agencia de Aduanas con lo cual se ocasiona mayores demoras y costos de operación. Al solicitar la reconsideración de tal prohibición, se obtuvieron diversas respuestas de la DIAN, del ICA y del INVIMA.

6.- El ICA, fundado en los presuntos hallazgos de *Carpophilus hemipterus*, repentina y unilateralmente dispuso suspender las importaciones de cebolla procedente del Perú, ordenando la cancelación o revocatoria de los permisos fitosanitarios de importación que estaban vigentes, mediante Resolución No. 001762 del 26 de mayo de 2015, “*hasta tanto se acuerden acciones a ser implementadas para prevenir la interceptación de la plaga Carpophilus hemipterus*”, y además ordenó comunicar esta decisión al SENASA. La referida resolución no alude a razones de emergencia fitosanitaria ni ordena informar la medida ante la Comunidad Andina.

7.- El SENASA del Perú mediante Carta No. 0297-2015MINAGRI-SENASADVS del 03 de junio de 2015, respondió al ICA de Colombia. No obstante, el comercio de cebolla no se reabre entre los dos países.

8.- Un gremio productor de cebolla en el Departamento de Boyacá ejerce presión ante las entidades estatales e incluso participa como observador en los procesos de importación de cebolla de lo cual no se deja registro alguno, con el fin de impedir o al menos dificultar las importaciones de cebolla, lo que se sustenta con dos extractos de la prensa nacional.

III.1.2.- Como normas comunitarias violadas, se citan los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena; el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; los artículos 1, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 24, 25, 26, 29, 30, 33, 34, 39, 41, 42, 43 y 44 de la Decisión 515 de la Comisión de la Comunidad Andina; los artículos 1 al 8 de la Resolución 240 de la Secretaría General de la Comunidad Andina; los artículos 1, 3, 4 y 5 de la Resolución 431 de la Junta del Acuerdo de Cartagena; y la Resolución 1010 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

También citan las reclamantes, normas del Acuerdo de Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial del Comercio; de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria; de las Normas Internacionales para Medidas Fitosanitarias (NIMF); de la Constitución Nacional de Colombia y otras normas nacionales.

De igual manera, citan jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de organismos nacionales colombianos, relativa a la supremacía de las normas comunitarias.

III.1.3.- Como razones que sustentan el incumplimiento, señalan las reclamantes que las operaciones comerciales intracomunitarias de productos agrícolas se regulan única y exclusivamente por las normas andinas, de modo que los países no pueden hacer regulaciones o adoptar medidas internas *motu proprio*, salvo que dichas normas previamente sean inscritas en el Registro Subregional del Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria. Por ello, el ICA ha hecho exigencias fitosanitarias no contempladas en las normas comunitarias y ha dejado de observar las disposiciones y procedimientos andinos, por lo que las medidas adoptadas se erigen como restricciones encubiertas. Señala que mal hace el ICA al desconocer los certificados de exportación expedidos por el SENASA. Cuando en la inspección fitosanitaria de un cargamento se encuentre una plaga o una enfermedad que pone en tela de juicio lo declarado por la autoridad sanitaria





en el certificado de exportación del país de origen, es necesario surtir los protocolos legales informando cada caso en particular al país de origen con la finalidad de tomar correctivos. Sin embargo, en el presente caso no se reportó cada caso ni en forma global, tal como lo manifiesta el SENASA, motivo por el cual la medida tomada adolece de falsa motivación, razón que permite concluir que la medida no es transparente.

Cuando las normas andinas exigen que la cebolla se importe sin “*tierra (suelo)*” se refiere a terrones o trozos de suelo por ser susceptibles de portar vida, hongos, enfermedades y plagas. Considerar tierra a los vestigios de polvo es una exageración, y es dar a la norma una interpretación errada, toda vez que la cebolla se cultiva en la tierra o suelo y de lógica la norma lo que pretende es evitar que lleve terrones o trozos de suelo. Si la norma hubiera querido referirse a que el simple polvo de la cosecha sea un impedimento, otra hubiera sido la exigencia, como por ejemplo que venga lavada o encerada, lo cual no fue la intención del legislador. Las pruebas aportadas por el ICA no son legales (no aplica un sistema de muestreo representativo, la muestra no está sellada, no se adopta una cadena de custodia, las actuaciones no se registran en actas firmadas, y los usuarios no conocen las normas que regulan este procedimiento). Las actuaciones del ICA se tornan discrecionales y hasta arbitrarias al relegar las inspecciones a un contratista particular que no pertenece a una organización previamente autorizada ni tiene la formación requerida. Las normas andinas precisan que todas las actuaciones desarrolladas en la inspección sanitaria deben ser documentadas.

En el probable supuesto de la existencia de tierra, era procedente imponer otras medidas o tratamientos sanitarios proporcionados para la mitigación de riesgo como lo ordena el artículo 9 de la Resolución 240 y el artículo 12 de la Decisión 515.

Se indica también en el reclamo que para la importación de cebolla, el ICA no puede hacer exigencias adicionales no contempladas en las normas andinas ni técnicamente soportadas, invocando nuevamente la Resolución 1010 por medio de la cual se actualizan los requisitos fitosanitarios del Anexo I de la Resolución 431. Asimismo, según los artículos 29 y 34 de la Decisión 515, las normas fitosanitarias adoptadas por cada país miembro no rigen cuando ellos lo dispongan, sino que sólo serán exigibles a partir de la fecha de su inscripción en el Registro Subregional mediante Resolución publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. El ICA podría imponer una medida de simple mitigación pero no medidas más severas y de mayor rigor, considerando lo previsto en el artículo 17 de la Decisión 515. Las medidas asimismo no son técnicamente sustentadas, pues estos patógenos son irrelevantes, de menor riesgo y no son cuarentenarios, como desataca de las fuentes que allí se indican (*wikipedia*, *eucred*), y sostiene que *Aspergillus niger* es un hongo muy común que se encuentra en las hortalizas y en las frutas, siendo de especie inocua; en tanto *Carpophilus hemipterus* es un insecto que se alimenta de frutas y granos maduros y se encuentra en casi todo el mundo.

Alegan las reclamantes que el SENASA informó al ICA (se citan cartas del 14 de marzo de 2012 y del 03 de junio de 2015) que *Carpophilus hemipterus* “es una plaga cosmopolita”, por lo que se confirma que no se trata de una plaga cuarentenaria, y está en Colombia, por lo que es aplicable el artículo 13 de la Decisión 515, según el cual no se puede impedir el comercio cuando la plaga se encuentra presente en uno y otro país. Respecto a si dicha plaga es o no cuarentenaria, cita estudios de Agroecología de México y del Servicio Agrícola y Ganadero de Chile, concluyendo que son enfermedades o plagas presentes en frutos, no en plantas vivas para plantar; que *Carpophilus hemipterus* se trata de una plaga no cuarentenaria. Es claro que para plagas no cuarentenarias no se puede imponer la prohibición de ingreso, como lo hizo el ICA al cancelar los permisos fitosanitarios. Para *Carpophilus hemipterus* era procedente imponer otra medida fitosanitaria como la misma selección de los productos infestados o el tratamiento con

productos químicos técnicamente procedentes, o ambas a la vez, y por último la destrucción o el reembarque.

Finalmente indican las reclamantes que la exigencia del ICA y del INVIMA de intermediarios en las inspecciones sanitarias (solamente a través de las Agencias de Aduanas registradas ante la DIAN) viola el ordenamiento andino, puesto que ello no está contemplado en las normas fitosanitarias. El Convenio de Kyoto que es aplicable en virtud de la Decisión 618 (artículos 1 y 2), no prohíbe la intervención directa del importador en los procesos de importación, pues éste tiene derecho de actuar como declarante, y el ICA y el INVIMA no pueden obligar al importador a contratar servicios de las agencias de aduanas. Ni las normas andinas ni las normas nacionales prohíben la intervención directa de los importadores en los procesos de inspección sanitaria.

III.1.4.- Como conclusión señalan las reclamantes que la Resolución No. 001762 por la cual el ICA suspendió unilateralmente los permisos fitosanitarios conferidos, adolece de falsa motivación, pues carece de fundamentos técnicos y jurídicos, se trata de una restricción al comercio intrasubregional de la cebolla con el fin de proteger la producción nacional de modo contrario a los artículos 1, 72, 73, 77, 91 y 97 del Acuerdo de Cartagena, e incluye muchas medidas fitosanitarias diferentes a las contempladas en la Resolución 431 y demás normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario.

Invocando jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre el alcance de la restricción al comercio, y sobre el principio de cooperación leal, sostienen las reclamantes que la herramienta utilizada por Colombia para cancelar los permisos fitosanitarios de importación que se encontraban vigentes y negar actualmente el otorgamiento de nuevos permisos, es una medida contraria al ordenamiento jurídico comunitario, y también vulnera el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

III.1.5.- Consta como petición el proferir dictamen que declare el incumplimiento de las normas comunitarias ya citadas, ordenando al Gobierno de Colombia para que a través del ICA y del INVIMA se someta al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina en los siguientes términos:

1. Se abstenga de ordenar el reembarque o la destrucción de los cargamentos cuando únicamente existe polvo y no tierra (suelo), así como cuando exista presencia de *Aspergillus* o de *Carpophilus hemipterus* ya que se trata de plagas o enfermedades no cuarentenarias y no reglamentadas, aspectos sobre los cuales únicamente procede la imposición de tratamientos fitosanitarios en el lugar de arribo.
2. Igualmente se ordene dar a conocer a los importadores y demás usuarios el instrumento normativo correspondiente o el Manual de Procedimientos fitosanitarios y métodos de muestreo que regula la inspección fitosanitaria con el fin de salvaguardar los derechos de los importadores.
3. Se declare que las normas comunitarias facultan la intervención directa del importador o propietario de los productos en las inspecciones sanitarias, sin perjuicio que pueda autorizar a un tercero, cuando él lo considere necesario.
4. Se prevenga de no adoptar nuevas medidas restrictivas al comercio de cebolla fresca procedente del Perú.

### **III.2. De la contestación de la República de Colombia**

El 08 de octubre de 2015, la República de Colombia dio contestación al reclamo en los siguientes términos:



### III.2.1.- Indebida naturaleza del procedimiento

Colombia insiste en su solicitud que se revoque la admisión de la actuación, por los motivos señalados en su comunicación OALI-188, y por lo mismo solicita se tengan por reproducidos en su integridad los argumentos de dicha solicitud. El reclamante y la Secretaría General han afirmado que la actuación en fase prejudicial de la acción de incumplimiento se adelanta por un supuesto desconocimiento de los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, siendo que el artículo 73 se refiere en concreto a las restricciones al comercio y establece los criterios para determinar cuándo se está ante una medida de esa naturaleza y los casos en los cuales, para cumplir valores de superior jerarquía, es posible adoptar medidas unilaterales, entre otros aspectos para la “protección de la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales”. Siendo que se afirma que Colombia ha incurrido en actos unilaterales que constituyen restricciones al comercio, no es posible adelantar esta actuación, por expreso mandato del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena y de la Decisión 425, pues para indagar por una posible restricción al comercio, se debió adelantar el procedimiento para la calificación de gravámenes y restricciones al comercio, contenido en la Decisión 425.

Colombia solicita se tengan en cuenta las siguientes consideraciones en relación con la cuestión previa propuesta:

- Es un hecho cierto, objetivo y claro, que a lo largo del reclamo se afirma que Colombia ha vulnerado el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, y que su conducta constituye una restricción al comercio.
- Si se afirma que hay una restricción al comercio, la Secretaría General automáticamente debe terminar el procedimiento porque hay una norma expresa para adelantar investigaciones para verificar o no la existencia de dicha restricción.
- Para poder determinar si se está ante una medida que constituya o esté exceptuada del concepto de restricción al comercio, es preciso adelantar una actuación específica orientada a determinar y de ser el caso, calificar la medida como restricción conforme al artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.
- No es posible hacer una división entre las conductas para afirmar que respecto de unas sí cabe el procedimiento de fase prejudicial de la acción de incumplimiento y respecto de otras se dará el procedimiento de calificación de restricciones al comercio. Las actuaciones desplegadas no pueden ser separadas porque todas están enmarcadas dentro de unos procedimientos estrictos y coordinados para adoptar la decisión sobre el ingreso de producto al país, desde la perspectiva fitosanitaria.
- Para Colombia es una vulneración al debido proceso y al derecho de defensa que la Secretaría General adelante una actuación por incumplimiento de normas, cuando es evidente que el reclamante afirma que en este caso se presenta una restricción al comercio.
- En este caso debe primar la afirmación del reclamo según la cual un País Miembro ha adoptado medidas contrarias al ordenamiento jurídico que constituyen restricciones al comercio. Esa sola afirmación debe ser suficiente para que la Secretaría General se abstenga de adelantar un procedimiento de la fase prejudicial y a través del procedimiento adecuado, verificar si existen restricciones al comercio.
- No es posible adelantar una actuación en fase prejudicial de la acción de incumplimiento, emitir un dictamen de cumplimiento o incumplimiento, y luego remitir el asunto a un procedimiento de calificación de restricción porque el ordenamiento jurídico andino justamente prevé lo contrario. Que si hay una queja por restricción al comercio, primero se verifique y califique esa conducta y posteriormente se adelante una actuación de fase prejudicial de la acción de



incumplimiento. Los posibles incumplimientos que se aleguen, no pueden ser considerados per se como incumplimientos, pues cuando el reclamo es por restricción al comercio, el análisis debe estar basado en otros criterios, dentro de los cuales solamente se podría afirmar que hay desconocimiento de una norma andina, cuando se ha constatado si efectivamente existe o no esa restricción.

- Colombia considera que la Secretaría General debe adoptar las determinaciones para garantizar que se cumpla la igualdad de trato de las partes en los procedimientos. Así como los particulares tienen derecho a presentar reclamos contra los Países Miembros, Colombia tiene el derecho de que cualquier investigación se adelante conforme a los procedimientos establecidos.
- Permitir que un asunto señalado como restricción al comercio por el propio reclamante, pueda ser tramitado como procedimiento de fase prejudicial de la acción de incumplimiento, además de ser un mal antecedente, constituye causal de nulidad que viciaría toda la actuación.

Por lo anterior, reitera su pedido de que se declare con lugar esta solicitud previa, se revoque la admisión a trámite del reclamo y se disponga el archivo de la actuación. Solicitud que se fundamenta en lo previsto en los artículos 73 y 74 del Acuerdo de Cartagena, y 1, 12, 34 a), 46 y siguientes de la Decisión 425.

### III.2.2.- Contestación al reclamo

1.- Colombia indica que en el reclamo no se cumplen los requisitos del artículo 14 de la Decisión 623. Tras un cuadro comparativo entre las normas alegadas en el reclamo y su sustento, indica evidenciar que de las 55 normas citadas sólo fueron sustentadas o de alguna forma mencionadas por el reclamante 17 de ellas. Indica Colombia que en el reclamo se hace referencia a otras normas que se consideran vulneradas que no fueron incluidas en el listado del literal D del reclamo, como por ejemplo el artículo 1 de la Decisión 618, artículos 10 y 9 de la Decisión 515, entre otros. Esto dificulta el ejercicio del derecho de defensa del País Miembro, pues la norma del artículo 14 de la Decisión 623 exige que haya un concepto de violación expresado por el reclamante. El listado y transcripción de una serie de normas andinas no es suficiente para que el País Miembro reclamado pueda ejercer su derecho a la defensa.

2.- Sobre los requisitos fitosanitarios para la importación de cebolla, Colombia indica que el artículo 30 de la Decisión 515 establece que cuando existe una norma comunitaria, los Países Miembros solamente podrán aplicar requisitos sanitarios o fitosanitarios distintos, cuando sean equivalentes con los requisitos establecidos en dichas normas comunitarias. Las medidas adoptadas por Colombia fueron necesarias para proteger la salud de las personas y de los vegetales, y no tuvo ningún objetivo de restricción del comercio o protección de la industria nacional.

3.- Indica Colombia que no es una restricción al comercio exigir que la cebolla esté libre de tierra (suelo), pues de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución 1010 de la Secretaría General, se destaca que un requisito general para la importación de cebolla fresca es que el producto venga libre de tierra o suelo. En las operaciones señaladas (cargamentos de GEDECOMEX S.A.S. y de COMEXSUR S.A.S.), se encontró que el producto no venía libre de tierra (suelo) y por lo mismo se determinó el no cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma andina.

En caso de presencia de tierra o suelo, el ICA realiza una interceptación del cargamento y toma como medida de mitigación del riesgo el reembarque del cargamento, atendiendo el riesgo que dicha situación representa para el país por ser el suelo un artículo reglamentado capaz de albergar o dispersar plagas. El suelo alberga diversos tipos de plagas tales como hongos, bacterias, nematodos, semillas de malezas entre otros que



pueden reducir significativamente el rendimiento y calidad de los cultivos. Asimismo, el suelo se constituye en un riesgo de dispersión de estructuras capaces de sobrevivir por varios años lo cual eleva los niveles de riesgo para varias especies hospedantes incluyendo la cebolla. El ICA determinó la presencia de suelo adherido al producto como fue consignado en los respectivos informes de inspección (se remite al anexo 1 de la contestación).

4.- Colombia indica que no es una restricción al comercio adoptar medidas para proteger la vida y salud de las personas, los vegetales y los animales, invocando nuevamente los artículos 73 y 74 del Acuerdo de Cartagena. Presenta estudios que justifican la exigencia de que los productos estén libres de *Carpophilus hemipterus* para proteger la salud y vida de las personas y vegetales: CAB, 2015; Cruz et al., 2001; ISU, 2015. Leschen y Marris, 2005. Dowd, 1990. Agrológica, 2015; Bartelt et al., 1992; Blumberg et al., 1985; ISU, 2015. NIMF 5, 2015. NIMF 11. E indica que esta plaga se encontró en cargamentos de EXPO AGROCARIBE S.A.S. (certificado SENASA 00619771), de COEXPOSUR S.A.S. (certificado SENASA 00619842), y de COAGROMAR S.A. (certificado SENASA 00620048).

Concluye al respecto que en la actualidad existe evidencia suficiente para afirmar que la plaga en mención puede causar gran impacto en la salud vegetal de la producción nacional de Colombia, y el riesgo se puede extender a otros territorios al impactar la salud vegetal de los propios productos de exportación colombianos. Esta situación faculta al ICA para adoptar medidas que propendan a garantizar un nivel adecuado de protección fitosanitaria en caso de encontrarse ante la presencia de esta plaga, como ha ocurrido en los casos de la importación de cebolla procedente de Perú objeto del reclamo. Remite soportes de literatura para discutir la presencia de esta plaga en Colombia: López M., Méndez M. & R. García, R. 2011. Rees D., 2007. Hill D., 2008. Trochez A., 1967.

5.- Colombia insiste sobre la certeza de la inexistencia de *Carpophilus hemipterus* en territorio colombiano, lo que hizo necesario que se adoptaran acciones a nivel subregional, bilateral y nacional para proteger al país contra el riesgo de la diseminación de esta plaga. Señala que desde el 2012 se viene impulsando por parte de los Países Miembros, en particular sus representantes ante el COTASA, que la Secretaría General derogue o modifique las Resoluciones 431 y 1010. Indica que las normas andinas en vigor deben ser actualizadas. Durante la CLXII reunión del COTASA, de abril de 2015, se reiteró la solicitud para derogar las Resoluciones 431 y 451, acordándose que la Secretaría Técnica desarrollaría el respectivo informe con la información disponible hasta el 30 de junio de 2015.

Colombia indica que no tenía la posibilidad de solicitar el registro de los requisitos en el registro subregional pues conforme al artículo 35 de la Decisión 515, se debía demostrar a la Secretaría General la compatibilidad de la norma nacional con la normativa andina y ello no era posible porque la Resolución 1010 está desactualizada, no contempla las plagas respecto de las cuales es necesario evitar el riesgo de diseminación en territorio colombiano, así que la Secretaría General no habría concedido el registro subregional de estos requisitos. No solo Colombia sino los demás Países Miembros han estado sujetos a la modificación de la norma andina desde hace casi 3 años, por lo que fue necesario emprender acciones paralelas hasta obtener la derogatoria acordada por los delegados del COTASA, pues no puede poner en riesgo la sanidad agropecuaria del país "solamente porque no está contemplado en la norma andina", prevaleciendo la protección de la vida y salud vegetal conforme al Acuerdo de Cartagena que prevalece sobre las Decisiones y Resoluciones.

Como acciones a nivel bilateral con el Perú, destaca Colombia que tal como fuera reconocido en el COTASA, los trabajos a este nivel vienen siendo muy eficaces por los ágiles canales de comunicación entre las autoridades, lo cual permite reaccionar y garantizar el cumplimiento de las funciones de las autoridades fitosanitarias. Como es evidente, era imposible obtener una pronta modificación de la norma andina, y se recurrió a la comunicación directa con las autoridades peruanas, a quienes se les informó sobre el inicio de acciones para modificar los requisitos fitosanitarios para la importación de cebolla. En ese sentido destaca el intercambio de comunicaciones, e indica que se llegó a un acuerdo sobre la redacción que debería contener el requisito fitosanitario, respecto de la inclusión como Declaración Adicional, relativa a que el envío fue inspeccionado y se encontró libre de *Carpophilus hemipterus*.

Indica Colombia que el propio SENASA del Perú propuso que el certificado fitosanitario para la importación de cebolla incluya una declaración adicional: “*el envío fue inspeccionado y encontrado libre de: Naupactus leucoloma y Carpophilus hemipterus*”. La modificación de los requisitos fitosanitarios no fue unilateral, sino que fue objeto de análisis y consulta a nivel científico, hasta alcanzar un acuerdo sobre el particular.

Como acciones a nivel nacional, destaca Colombia que se adelantó un análisis de riesgo en el cual se concluyó que *Carpophilus hemipterus* es de riesgo moderado y requiere una medida fitosanitaria, que para la cebolla procedente de Perú se reitera que el envío venga libre de *Naupactus leucoloma* y *Carpophilus hemipterus*.

6.- Sostiene Colombia que procedió a la expedición de los permisos de importación conforme a los requisitos fitosanitarios acordados con el Perú, incluyendo la mención que “*El certificado fitosanitario del país de origen debe incluir la siguiente declaración adicional: El envío fue inspeccionado y se encontró libre de: Naupactus leucoloma y Carpophilus hemipterus. Inspección fitosanitaria en el lugar de entrada. Utilizar empaque o envases nuevos. Fumigación en caso necesario. El envío debe venir libre de suelo o tierra, materia orgánica, moluscos (caracoles y babosas)*”.

Tanto las empresas reclamantes como las autoridades peruanas sabían de esos requisitos con antelación a las operaciones de comercio, sin que ello haya sido objeto de observación alguna. Si los reclamantes estaban en desacuerdo con los requisitos exigidos por el ICA, debieron presentar las quejas o recursos antes de obtener los certificados fitosanitarios de exportación. Las reclamantes no pueden eludir las responsabilidades que tienen en la realización de estas operaciones de comercio. Se reitera que las medidas se adoptaron por la necesidad de proteger la salud de las personas y de los animales y vegetales en Colombia.

7.- Se indica que Colombia sí reconoce los certificados de exportación expedidos por el SENASA, pero puede realizar inspecciones antes de la nacionalización del producto. En el caso de los certificados del SENASA Nos. 00620138, 00619842, 00620048 y 00619335, consta que en su envío fue inspeccionado y se encontró “*libre de Naupactus Leucoloma y Carpophilus Hemipterus*”. La autoridad colombiana no ha desconocido ninguno de los certificados expedidos por la autoridad peruana, sin embargo es un derecho o más bien una obligación de los Países Miembros que previa la nacionalización o internamiento del producto, se pueda realizar una inspección fitosanitaria, y adelantar las pruebas de verificación pertinentes, conforme lo prevé el artículo 8 de la Resolución 240. Es legítimo y no constituye ningún incumplimiento, ni restricción al comercio, que la autoridad colombiana procediera a adelantar la correspondiente inspección fitosanitaria por expresa autorización de las Resoluciones 240 y 1010. Las normas andinas además autorizan para que cuando el producto no cumple con los requisitos establecidos en el correspondiente permiso fitosanitario de importación, se pueda disponer que se proceda



a dar tratamiento fitosanitario, reembarcar u ordenar destrucción (artículo 9 de la Resolución 240).

En los casos cuestionados, Colombia verificó que los productos no cumplían con los requisitos fitosanitarios exigidos en los documentos fitosanitarios de importación (no obstante los certificados del SENASA), pues en la inspección realizada se constató la presencia de tierra (suelo) y de *Carpophilus hemipterus*.

8.- Sobre la presencia de *Aspergillus niger*, en especial en los cargamentos de COEXPOSUR S.A.S. (certificado del SENASA No. 00619111) y de COMERCIALIZADORA VELOZAR S.A.S. (certificado del SENASA No. 00619517), que derivaron en la negación del Certificado de Inspección Sanitaria del INVIMA, señala Colombia que el concepto emitido frente a los cargamentos de cebolla es el resultado de la observación macroscópica realizada por los inspectores del INVIMA, quienes basados en su experticia técnica evidenciaron el mal estado del producto, que emitía mal olor lo cual presume la presencia de este tipo de hongos. La argumentación fundamental está basada en el evidente deterioro del producto que, dado su estado de degradación, lo hace definitivamente no apto para el consumo humano. Sólo procede la toma de muestras cuando se verifica el cumplimiento de los requisitos de documentación y la inspección sanitaria arroja resultados favorables; en el caso concreto, en la inspección realizada al alimento objeto de la referencia, el inspector constató las condiciones sanitarias de acuerdo con la naturaleza del producto y observó ciertas características físicas, no considerando la toma de muestra al ser visible el mal estado sanitario del producto por lo que se negó el Certificado de Inspección Sanitaria. Concluye Colombia que se trataba de alimentos alterados, en los que se encontró la presencia del hongo, adjuntando prueba fotográfica (anexo 8).

9.- Respecto al supuesto tratamiento discriminatorio alegado por las reclamantes, relativo a lo efectuado por Colombia respecto de cebolla procedente de Brasil y de los Estados Unidos de América, señala Colombia que la medida se podía adoptar frente a un País Miembro con condiciones diferentes a las de Colombia sin que ello sea considerado como una restricción al comercio; pues el artículo 13 de la Decisión 515 establece que las medidas sanitarias y fitosanitarias no deben discriminar de manera arbitraria e injustificada a los productos importados de los demás Países Miembros, cuando en el territorio del que adoptó la medida prevalezcan condiciones idénticas o similares, y el artículo 29 de la Decisión 515 dispone que las normas sanitarias y fitosanitarias adoptadas por los Países Miembros serán exigibles a todo o parte del territorio subregional. Estas normas permiten concluir que no es contrario al ordenamiento jurídico exigir unos requisitos fitosanitarios a una parte de la subregión.

Respecto de terceros países, la Decisión 515 exige que cuando se realicen importaciones desde tales países, se debe asegurar que las medidas sanitarias y fitosanitarias exigidas a tales importaciones no impliquen un nivel de protección inferior al determinado por los requisitos que se establezcan en las normas comunitarias (artículo 21). Como en Colombia no hay presencia de la plaga referida, no se puede calificar como restricción el hecho de que se adopte una medida frente a un País Miembro en el que prevalecen condiciones diferentes a las del territorio colombiano. Sin embargo, lo exigido para la cebolla procedente del Perú es lo que se exigiría a cualquier otro Estado en condiciones similares respecto del cual se tengan importaciones de cebolla fresca (de Brasil no se ha importado este producto en los últimos 7 años, y desde Estados Unidos a la fecha no se ha interceptado *C. hemipterus* en cargamentos de cebolla fresca).

10.- Colombia también indica que la medida adoptada por el ICA está autorizada y fue proporcional, pues el reembarque del producto está permitido conforme al artículo 9 de la Resolución 240, y la medida dispuesta por el ICA era lo que procedía debido a la



presencia en los cargamentos de una plaga cuarentenaria para el país, teniendo en cuenta que se ha aprobado por Colombia un tratamiento cuarentenario para el control de *C. hemipterus*. Sin embargo, esta mercancía no se reembarcó y por lo mismo fue declarada en abandono, con lo cual procedía la destrucción del producto.

11.- Colombia sostiene que sí adelantó las inspecciones conforme a los protocolos y normas previstas para ese fin, y sí existen actas de todas y cada una de las inspecciones realizadas, incluyendo como Anexo 9 el soporte de lo actuado por el INVIMA, y detallando el procedimiento de dicha entidad para la inspección de un producto. Refleja en un cuadro la negación del certificado de inspección sanitaria por empresa y resumiendo cada concepto o razón de la negativa.

Sobre la actuación del ICA, señala que existe un instructivo que establece las actividades que se deben desarrollar por parte de los inspectores en puertos, aeropuertos y pasos fronterizos de Colombia para la inspección de los productos que pretendan ingresar al territorio nacional. El artículo 43 de la Decisión 515 hace tres precisiones: a) la NIMF 12 es establecida para la emisión de certificados fitosanitarios en proceso de exportación, y no contempla la importación de productos que es el caso en cuestión; b) cualquier actividad relacionada con la emisión de certificados debe ser efectuada por la autoridad competente; c) los certificados fitosanitarios deben estar a cargo de funcionarios públicos. En el presente caso, la persona que se menciona en el reclamo no expidió ningún certificado fitosanitario y por lo tanto no le es aplicable la regla que cita la parte reclamante. Independientemente del tipo de vinculación de los profesionales y técnicos del ICA, para el desarrollo de la actividad misional que le corresponde, hacen parte del resorte interno de la competencia y administración del ICA, que cuenta con profesionales competentes por lo cual no resulta de recibo la afirmación del reclamante que pretende desvirtuar y desconocer el profesionalismo de sus funcionarios, por lo que se solicita rechazar esta argumentación. Así mismo, anota Colombia que las actividades de inspección a las que alude el reclamante fueron supervisadas por los Ingenieros Agrónomos de la oficina del ICA del paso fronterizo de Rumichaca.

12.- Colombia también indica que no es una restricción al comercio el permitir la asistencia de agentes de aduana en las inspecciones. Al respecto señala que la remisión en el reclamo a la Decisión 618 no fue incluida como norma incumplida en el acápite D. del reclamo sobre Normas Violadas. En dicha Decisión se acordó incorporar progresivamente en las normas comunitarias, a propuesta de la Secretaría General y previa recomendación del Comité Andino de Asuntos Aduaneros, lo establecido en el Anexo General del Protocolo de Enmienda del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Convenio de Kyoto). La norma de dicho Convenio a la que se refiere el reclamante, señala que el derecho que se otorga al declarante puede ser ejercido conforme a las reglas que establezca la respectiva aduana y “antes” de presentar la declaración de las mercancías, asunto completamente ajeno al objeto del reclamo, por lo que no debe ser tenido en cuenta esta argumentación. No es posible que Colombia haya incumplido una norma programática; esta temática se refiere a asuntos aduaneros, respecto de los cuales no tienen competencia el ICA ni el INVIMA; insistiendo que la invocación de una supuesta vulneración de la Decisión 618 no tiene cabida en el presente caso.

13.- Finalmente sostiene Colombia que la Resolución 001762 del ICA no es una restricción al comercio, no adolece de falta de fundamentos técnicos ni jurídicos, se dictó para proteger la salud y vida de las personas, los vegetales y los animales, y se adoptó tras haber realizado un importante número de interceptaciones de cebolla fresca proveniente del Perú (cuatro con tierra y diez con *Carpophilus hemipterus*), dando inmediato aviso a las autoridades de dicho País Miembro. El propio SENASA propuso medidas alternativas para restaurar el comercio y después de alcanzar un acuerdo se





levantó la medida. Al respecto, señala que el Perú reaccionó ante la Resolución 001762 del ICA, y el 3 de junio de 2015 propuso adoptar ciertas medidas fitosanitarias para reanudar el comercio entre los dos países, alcanzándose luego un acuerdo que sin duda permitirá mantener el normal flujo de comercio de ese producto. Una vez superada la situación y acordados los requisitos, el ICA expidió la Resolución 3266 de septiembre de 2015 (anexo 11) que dejaría sin fuerza ejecutoria la suspensión de los documentos para la importación de cebolla procedente del Perú.

14.- Por lo expuesto, solicita Colombia que se declare fundada la cuestión previa y como consecuencia se disponga la revocatoria de la admisión a trámite del reclamo y su correspondiente archivo. En caso contrario, solicita que en reconocimiento a los valores de protección de la salud, la vida animal, vegetal y de las personas, se dictamine que Colombia no ha establecido una restricción al comercio y por tanto, no ha violado normas andinas. Que se declare que los reclamantes conocieron de los requisitos previamente a la realización de las operaciones comerciales que voluntariamente las realizaron. Que las normas andinas sobre intervención del importador se refieren a asuntos aduaneros que no tienen lugar en la petición. Finalmente indica que se declare sin lugar la pretensión de las reclamantes de que la Secretaría General prevenga a Colombia de no adoptar nuevas medidas restrictivas al comercio de cebollas frescas procedentes del Perú, pues las acciones de Colombia están justificadas y no constituyen restricciones al comercio.

#### **IV. EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA SECRETARÍA GENERAL SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS**

Del reclamo planteado por el apoderado de ASCIDEFROS, GEDECOMEX S.A.S., COMEXSUR S.A.S., COEXPOSUR S.A.S., COMERCIALIZADORA VELAZOR S.A.S. y EXPO AGROCARIBE S.A.S.; de la contestación presentada por la República de Colombia; y de la información que fuera remitida, tras requerimiento de la Secretaría General, por la República del Perú y por Colombia, este Órgano comunitario pasa a exponer los siguientes motivos sobre el estado de cumplimiento del ordenamiento comunitario:

##### **IV.1.- Sobre la indebida naturaleza del procedimiento**

La República de Colombia ha insistido a lo largo de su escrito de contestación, que a la denuncia planteada por las reclamantes se debió dar el trámite de supuesta restricción al comercio y no de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento.

Al respecto, y reiterando lo manifestado en la comunicación SG/E/1706/2015 del 18 de septiembre de 2015, cabe señalar que las reclamantes fundamentan su acción en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA) y en la Decisión 623; debiendo diferenciarse entre el fundamento procesal de una acción administrativa y entre las normas comunitarias presuntamente incumplidas por el País Miembro denunciado, las cuales a criterio de las reclamantes son los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, artículo 1 del TCTJCA, varios artículos de la Decisión 515 de la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones 240 y 1010 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, y la Resolución 431 de la Junta del Acuerdo de Cartagena.

El dar al reclamo por presunto incumplimiento el trámite previsto en la Decisión 623, norma especial para la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, no cierra en lo absoluto la posibilidad de que *a posteriori* se dé inicio –incluso de oficio– a nuevos trámites conforme a la Decisión 425, norma general que regula los trámites administrativos de la Secretaría General. Dependiendo del resultado que podría dar ese procedimiento independiente y paralelo de calificación de restricción, la Secretaría



General podrá proseguir –a futuro y también de oficio– con un nuevo procedimiento en fase prejudicial de la acción de incumplimiento. El haber mantenido el curso del trámite invocado por las reclamantes no impide ni menos aún vicia cualquier nuevo y futuro trámite que se pueda hacer por posible restricción al comercio conforme al capítulo I, Título V (artículos 46 a 55) de la Decisión 425, pues es en una etapa posterior dentro del análisis del reclamo planteado en el presente caso, en que la Secretaría General puede conocer con mayor certeza si corresponde o no dar curso a cualquier otro procedimiento, el cual tanto la República de Colombia como todos los sujetos destinatarios del proceso andino de integración, deben tener la plena seguridad que se lo seguirá en absoluto resguardo del debido proceso, del derecho a la defensa de todos los implicados, y de los demás principios que alimentan el accionar de este Órgano Comunitario.

Asimismo, la Secretaría General considera oportuno recordar que las restricciones contemplan la adopción por parte de un País Miembro de una conducta de hecho contraria al Programa de Liberación, respecto de la cual la normativa comunitaria andina brinda un marco general, debiendo adoptarse –tras un análisis y estudio de cada caso– una Resolución que brinde el marco jurídico específico que califique como restricción tales medidas de hecho; mientras que la fase prejudicial de la acción de incumplimiento se lleva adelante con base en una medida adoptada por un País Miembro que cotejada con norma expresa comunitaria, permite con claridad detectar si existe o no la violación de derecho denunciada.

En definitiva, cuando se trate de una supuesta contravención al Programa de Liberación, deberá calificarse la medida adoptada por un País Miembro como restricción o gravamen, según lo establece el Capítulo VI del Acuerdo de Cartagena. Mientras que, tal como sucede en este caso, al haber una norma específica que regule el asunto en cuestión (Decisión 515, Resoluciones 240, 431 y 1010) puede analizarse directamente el posible incumplimiento de alguna disposición del ordenamiento jurídico comunitario, respecto de las conductas que así corresponda.

Por lo expuesto, cabe rechazar el pedido de revocatoria de la admisión a trámite del reclamo objeto del presente expediente.

#### **IV.2.- Sobre si se debió pedir que el reclamo contenga un concepto de cada supuesta violación de las normas andinas invocadas**

El artículo 14 de la Decisión 623 establece los requisitos que debe contemplar un reclamo formulado por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos por el presunto incumplimiento de un País Miembro. Los literales c), d) y e) prevén que en dicho reclamo se identifiquen y describan claramente las medidas o conductas que se consideren parte del incumplimiento, se identifiquen las normas del ordenamiento jurídico andino que estarían siendo objeto del incumplimiento; y que el reclamo contenga las razones por las que se considera que aquellas medidas o conductas constituyen un incumplimiento de tales normas identificadas.

La norma referida no establece, como equivocadamente lo plantea la República de Colombia, que el reclamo contenga un concepto de cada supuesta violación de las normas invocadas. La norma exige que en el texto del reclamo consten las razones por las que, a criterio del reclamante, las medidas o conductas del País Miembros identificadas y descritas constituyen un incumplimiento de las normas andinas también identificadas.

Lo anterior fue debidamente verificado en el presente caso, razón por la cual se emitió la comunicación SG/E/1451/2015 del 10 de agosto de 2015, admitiendo a trámite el reclamo; correspondiendo indicar que la referida admisión a trámite –que debe llevarse a



cabo dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción del reclamo (artículo 15 de la Decisión 623) –, no implica que se deba analizar en ese corto lapso los sustentos de cada razonamiento de las reclamantes relacionados con las medidas o conductas descritas y las normativas andinas identificadas. La admisión a trámite no prejuzga sobre la admisibilidad de la pretensión de las reclamantes.

#### **IV.3.- Sobre la orden de reembarque o destrucción de cebolla fresca originaria del Perú por la presunta presencia de tierra (suelo)**

Considerando que la Resolución 1010 de la Secretaría General regula los requisitos fitosanitarios para la importación de bulbos de cebolla frescos para consumo, y establece como requisito general que toda importación de dicho producto debe estar libre de tierra (suelo), materia orgánica y materiales extraños; es necesario analizar si en el caso objeto del reclamo existió o no tierra adherida a la carga objeto de importación.

En el reclamo se señala la inexistencia de trozos de suelo o terrones, dando únicamente lugar a la probable presencia de polvo, y se presenta como prueba el hecho de que el SENASA del Perú realizó la respectiva inspección y expidió los correspondientes certificados fitosanitarios para la exportación. De los certificados del SENASA Nos. 00619312 y 00619335 (GEDECOMEX S.A.S. y COMEXSUR S.A.S., respectivamente) se desprende que los productos agrícolas a los que corresponden dichos certificados han sido inspeccionados y *“se considera que están libres de plagas cuarentenarias especificadas por la parte contratante importadora y que cumplen con los requisitos fitosanitarios vigentes de la parte contratante importadora, incluidos los relativos a las plagas no cuarentenarias reglamentadas”*.

Mientras tanto, Colombia presenta como prueba de la presencia de tierra (suelo) los siguientes documentos:

(i) Avisos nacionales de interceptación de cargamentos de material vegetal Nos. 006 del 24 de febrero de 2015, y 003 del 18 de febrero de 2015, que indican que los cargamentos en cuestión fueron interceptados por no cumplir con todos los requisitos exigidos para su entrada a Colombia, indicando la presencia de tierra.

(ii) Informes de inspección: para el caso de GEDECOMEX, se indica que en la inspección estuvieron presentes un funcionario del ICA, un funcionario del INVIMA y un representante de la agencia aduanera INTER STAFF; que en la inspección se eligieron catorce (14) bultos de los cuales once (11) cumplieron con lo requerido, mientras que en tres (03) bultos se había encontrado la presencia de suelo adherido, por lo que se abrieron tres bultos más, para un total de 17 bultos muestreados, resultando, según el informe de inspección, en 4 bultos afectados en total. Para el caso de COMEXSUR, se tiene que en la diligencia estuvieron presentes un funcionario del ICA, un funcionario del INVIMA y el representante legal de la empresa; que en la inspección se realizó un muestreo fila por fila hasta verificar un total de 15 bultos de los cuales 8 tenían buena condición, mientras que 7 tenían suelo adherido al producto; indicándose que en presencia del usuario se tomaron 17 bulbos para llevar al laboratorio y complementar el registro fotográfico (registro no presentado por la República de Colombia en el presente trámite).

(iii) Actas de reunión del comité técnico para estudio y tomas de decisiones respecto a los envíos interceptados: en cuanto al cargamento de GEDECOMEX, mediante Acta 002 del comité de toma de decisiones, con fecha 18 de febrero de 2015, se menciona que según el hallazgo de los técnicos del ICA y lo corroborado presencialmente por los profesionales también del ICA, se interceptó el envío por la presencia de tierra en el cargamento, decidiendo el comité por consenso el reembarque de las mercancías. Respecto del



cargamento de COMEXSUR, mediante Acta 005 del comité de toma de decisiones, con fecha 24 de febrero de 2015, se menciona que según el hallazgo de los técnicos del ICA respecto a la presencia de tierra y lo corroborado por parte de sus profesionales, se interceptó el envío, decidiéndose el reembarque de las mercancías en cuestión.

Por lo expuesto, dada la naturaleza de las pruebas presentadas por las partes, como son los documentos oficiales que dan fe de las diligencias efectuadas, no es posible desestimar ninguna de estas, por cuanto no se disponen de pruebas que controvertan el contenido de ninguno de los señalados documentos. Cabe mencionar que metodológicamente tampoco es posible desvirtuar las pruebas de ninguna de las Partes, debido a que es posible que en las inspecciones efectuadas por el SENASA y el ICA se obtengan conclusiones diferentes, no pudiendo asumirse que la inspección del país de origen sea reproducible en el país importador.

Con respecto al argumento de que el ICA interpreta de manera errada la Resolución 1010, sobre el requisito relativo al producto libre de tierra (suelo), determinando tal condición por la mera presencia de polvo, se concluye que no se cuentan con elementos probatorios que permitan demostrar tal conducta. Para evitar esta situación, y si bien no existe norma andina que regle los procedimientos de cuarentena vegetal, es importante que las autoridades del país importador incluyan dentro de sus acciones de inspección fitosanitaria, además del levantamiento de actas firmadas tanto por la autoridad competente como por el importador o su agente aduanero, el registro fotográfico o en video en el que se pueda contrastar la presencia de tierra en los cargamentos interceptados por este motivo.

Por lo expuesto precedentemente, la Secretaría General no ha podido determinar que exista un incumplimiento por parte de la República de Colombia sobre este punto del reclamo analizado.

#### **IV.4.- Sobre el impedir la importación de cebolla fresca originaria del Perú, en determinados cargamentos, ordenando su reembarque al país de origen, o su destrucción, por la presunta presencia del hongo *Aspergillus Niger***

Con respecto a la presunta presencia del hongo *Aspergillus Niger* es necesario hacer notar que las determinaciones efectuadas por el INVIMA obedecen al ámbito de la inocuidad de los alimentos, materia que no está reglamentada de manera específica en el ordenamiento jurídico andino. Por tanto, si bien la normativa comunitaria cuenta con disposiciones de excepción al Programa de Liberación señaladas en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, relacionadas con: “d) *Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales*” que sería materia de otro tipo de investigación, en este punto se dificulta de manera evidente la posibilidad de profundizar en el análisis y hacer las determinaciones que se requieran, dada la falta de claridad por parte de las reclamantes respecto a la norma andina que presuntamente se estaría incumpliendo.

Por otra parte, respecto a la afirmación de las reclamantes sobre el hecho que el SENASA emitió la certificación fitosanitaria de las mercancías en cuestión por encontrarse en buen estado fitosanitario, cabe señalar que es claro que el certificado de exportación emitido por el SENASA en el Perú no prejuzga sobre los aspectos relativos a la inocuidad alimentaria, por lo que tal prueba no permite controvertir las pruebas presentadas por Colombia relativas a lo determinado por el INVIMA respecto al producto en mal estado sanitario.

En cuanto a la presencia de hongos del genero *Aspergillus* y el estado sanitario de las mercancías en cuestión, para el caso de las mercancías de COMERCIALIZADORA VELOZAR S.A.S., en el oficio IP-2015000012 se declara expresamente que el resultado

de la inspección dispone que el producto no es apto para el consumo humano, sin hacer mención o referencia al hongo. Respecto a las mercancías de COEXPOSUR S.A.S., del oficio IP-2015000002 se entiende que la determinación de producto no apto para consumo humano se fundamenta en la contaminación del hongo *Aspergillus niger*. Toda vez que *A. niger* tiene capacidad de multiplicarse rápidamente sobre material vegetal almacenado o en descomposición, y en un amplio rango de temperatura, humedad y aerobiosis, no hay argumentos ni pruebas para controvertir lo determinado por Colombia respecto a que el cargamento en cuestión no era apto para consumo humano, por cuanto la presencia de este tipo de microorganismos es posible en productos vegetales en proceso de descomposición.

Por lo expuesto precedentemente, la Secretaría General no ha podido determinar que exista un incumplimiento por parte de la República de Colombia sobre este punto del reclamo analizado.

**IV.5.- Sobre el impedir la importación de cebolla fresca originaria del Perú, en determinados cargamentos, ordenando su reembarque al país de origen, o su destrucción, por la presunta presencia de la plaga *Carpophilus hemipterus***

Los cargamentos objeto del presente análisis se refieren a los efectuados por EXPO AGROCARIBE S.A.S. (permiso o documento fitosanitario de importación SV-006274-15, Certificado fitosanitario país de origen 00619771), COEXPOSUR S.A.S. (permiso o documento fitosanitario de importación SV-002766-15, Certificado fitosanitario país de origen 00619842), y COAGROMAR S.A. (permiso o documento fitosanitario de importación SV-004621-15, Certificado fitosanitario país de origen 0062048).

Al respecto, esta Secretaría General destaca de la argumentación presentada por Colombia, que se reconoce que han aplicado requisitos fitosanitarios distintos a los establecidos en la Resolución 1010, extremo señalado en el escrito de contestación, así como consta en los Documentos Fitosanitarios para la importación que se presentaron como prueba.

La República de Colombia también ha detallado en su defensa que ha tomado acciones a nivel de la Comunidad Andina, pues desde el año 2012 a nivel del COTASA los representantes de los Países Miembros han pedido que la Secretaría General derogue o modifique las Resoluciones 431 y 1010, porque deben ser actualizadas; y que por tal motivo Colombia no podía solicitar la inscripción en el Registro Subregional pues la Secretaría General no lo hubiera concedido. Se indica también que Colombia no puede poner en riesgo la sanidad agropecuaria del país *“solamente porque no está contemplado en la norma andina”*; prevaleciendo la protección de vida y salud vegetal conforme lo prevé el Acuerdo de Cartagena que prevalece sobre las Decisiones y Resoluciones.

Al ser la Resolución 1010 de obligatorio cumplimiento, en caso que algún País Miembro decida aplicar requisitos adicionales, deberá incorporar la norma en el registro subregional, tal como lo establece la Decisión 515, debiendo notificarlo a la Secretaría General, por tanto se considera que la República de Colombia ha incurrido en incumplimiento de los artículos 1 y 4 de la Resolución 431 de la Junta del Acuerdo de Cartagena y del artículo 1 y anexo 1 de la Resolución 1010 de la Secretaría General.

La Secretaría General no puede aceptar el desconocimiento del ordenamiento jurídico comunitario sobre la base de la falta de actualización de su contenido, pues en el sistema normativo que nos rige, lo correcto es esperar a que se reforme, derogue o suspenda una norma antes de desconocerla unilateralmente por parte de los sujetos llamados a respetarla. No puede un País Miembro, ni ningún destinatario de las normas que



conforman el ordenamiento andino, alegar supuestas desactualizaciones o procesos de reforma normativa para dejar de aplicar una norma vigente y de obligatorio cumplimiento.

Adicionalmente, en el presente caso, cabe señalar que en el proceso de reformas de la normativa comunitaria correspondiente desde el año 2012, la Secretaría General ha reiterado la necesidad de que el COTASA sustente su solicitud para dar curso a la misma; sólo hasta junio de 2015 los miembros del COTASA remitieron la información para dar curso a la solicitud, siendo observable que el Gobierno de Colombia fue el único País Miembro que no aportó información. La Secretaría Técnica cumplió con realizar el respectivo informe, puesto a consideración del COTASA mediante correo electrónico del 22 de julio de 2015, el cual no ha sido aprobado por el COTASA por cuanto la reunión que se tenía prevista para tratar este tema, no se ha podido realizar aun cuando la Secretaría General la ha convocado reiteradamente.

#### **IV.6.- Sobre la aplicación de la Resolución No. 001762 del 26 de mayo de 2015 del ICA, sin previa inscripción en el Registro Subregional de Normas Sanitarias y Fitosanitarias de la Comunidad Andina**

De los argumentos alegados por Colombia, reiterados en el acápite precedente, cabe señalar que es un derecho previsto en los artículos 34 y 35 de la Decisión 515 el que los Países Miembros soliciten el respectivo registro subregional de las normas nacionales, lo que resulta indispensable para poder aplicar una norma nacional frente a otro País Miembro. El hecho de que la normativa nacional debe ser compatible con la normativa andina no le quita a ningún País Miembro la posibilidad prevista en los referidos artículos de la Decisión 515.

En lo relativo a la necesidad de tomar acciones frente a la salud vegetal en aplicación del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, norma de mayor jerarquía, es necesario tomar en consideración lo siguiente: mediante carta 0083-2012 AG-SENASA-DSV del 14 de marzo de 2012, prueba aportada por las reclamantes, se evidencia que desde tal fecha el ICA ha interceptado cargamentos de cebolla procedentes de Perú por la presencia de *Carpophilus hemipterus*. El ICA mediante oficio 20132112516 del 15 de octubre de 2013, remitido por Colombia, informó al SENASA que estaba llevando a cabo un proceso de actualización de requisitos para la importación de bulbos frescos de cebolla procedentes del Perú, omitiéndose desde entonces la vía comunitaria para reglar de manera nacional una materia regulada en normas andinas. A la fecha, la Secretaría General no ha recibido por parte del Gobierno de Colombia ninguna solicitud para modificar la norma andina respecto a *C. hemipterus*. Así mismo cabe hacer notar que desde el año 2013, el Gobierno de Colombia no ha remitido la información técnico-jurídica para sustentar la derogación de las Resoluciones 431 y 451 conforme a los acuerdos del COTASA.

Conforme a las pruebas presentadas, la Secretaría General el 08 de octubre de 2015 toma conocimiento de que en lo referente a *C. hemipterus* es una exigencia de tiempo atrás, conforme se desprende de las comunicaciones OALI-229 y OALI-230 y sus anexos, recibidos en la Secretaría General en esa fecha; estando en manos del Gobierno de Colombia el haber establecido un nivel adecuado de protección fitosanitaria para su territorio a través del empleo de los mecanismos comunitarios existentes, siendo inoportuno que para la presente situación invoque el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena cuando se ha demostrado que la vía comunitaria ha estado a su disposición y no ha sido agotada.

Respecto a que las autoridades de Colombia conversaron con las de Perú (ICA y SENASA) para acordar que los certificados de la cebolla vengán libres de *Carpophilus hemipterus*, cabe señalar que si bien los Países Miembros pueden abiertamente llegar a acuerdos a fin de modificar el ordenamiento jurídico comunitario que les es vinculante,



hasta tanto dichas modificaciones no se hagan efectivas por el órgano competente – expresamente creado por los propios Países Miembros– mal hacen en modificar bilateralmente lo expresamente regulado a nivel comunitario. Tales modificaciones, por tanto, no pueden surtir efecto alguno hasta que no sean acordadas de modo comunitario andino a través de los canales creados para el efecto.

Por tanto, al haber Colombia aplicado la Resolución No. 001762 del ICA sin previa inscripción en el Registro Subregional de Normas Sanitarias y Fitosanitarias de la Comunidad Andina, lo cual es reconocido mediante su escrito de contestación, corresponde declarar el incumplimiento de la República de Colombia del artículo 34 de la Decisión 515.

Finalmente, Colombia también manifiesta en su escrito de contestación que la Resolución No. 001762 del ICA ha quedado sin efecto por Resolución No. 3266 del ICA; sin embargo a pesar de ser ofrecido el texto de tal resolución (folio 482), la misma no consta como anexo al escrito de contestación.

#### **IV.7.- Sobre la presunción de que *Carpophilus hemipterus* no es una plaga cuarentenaria y que también está presente en Colombia**

La definición de “*medida fitosanitaria*” contenida en la Resolución 1478 de la Secretaría General, adopta la Norma Internacional de Medidas Fitosanitarias (NIMF) No. 5 “*Glosario de Términos Fitosanitarios*” de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF) que señala:

*“Medida Fitosanitaria: Cualquier **legislación, reglamento o procedimiento oficial** que tenga el propósito de prevenir la **introducción y/o dispersión de plagas cuarentenarias** o de limitar las repercusiones económicas de las **plagas no cuarentenarias reglamentadas** [FAO, 1995; revisado CIPF, 1997; CIMF, 2002; aclaración, 2005]”.*

La Secretaría General encuentra que la manera de justificar técnicamente las medidas fitosanitarias, es mediante el análisis de riesgo de plagas (ARP), siendo necesario notar conforme la definición de medidas fitosanitarias, que estas tienen el propósito de prevenir la introducción y/o dispersión de plagas cuarentenarias. Dentro de las pruebas aportadas por Colombia, reposa el respectivo ARP para *C. hemipterus*, cuya conclusión señala que esta plaga requiere de medidas fitosanitarias. Sin prejuzgar en el presente trámite sobre el contenido técnico del referido ARP, cabe notar que la Resolución 2895 de 2010 del ICA “*Por medio de la cual se establecen las plagas cuarentenarias sometidas a control oficial ausentes y presentes en el territorio nacional*”, inscrita mediante Resolución 1458 de la Secretaría General en el Registro Subregional de Normas Sanitarias y Fitosanitarias de la Comunidad Andina, **no señala** a *C. hemipterus* como plaga cuarentenaria ausente para Colombia. Se desconoce si actualmente existe alguna norma nacional que así lo disponga, por cuanto no se ha recibido solicitud de registro subregional en esta Secretaría General.

Por tanto, al no figurar *C. hemipterus* como plaga dentro de la lista de plagas cuarentenarias inscrita mediante Resolución 1458, esta exigencia fitosanitaria no es aplicable conforme al ordenamiento jurídico andino, esto es el artículo 34 de la Decisión 515, por lo que corresponde declarar a la República de Colombia en incumplimiento sobre este extremo.

#### **IV.8.- Sobre el supuesto desconocimiento de los certificados de exportación expedidos por el SENASA, por parte del Gobierno de Colombia**



Los artículos 8 y 9 de la Resolución 240 de la Secretaría General, hacen alusión a que el país importador puede hacer las pruebas de verificación pertinentes al envío y, en caso de no darse cumplimiento, disponer la medida fitosanitaria que corresponda. La Decisión 515 no asigna a las inspecciones fitosanitarias la categoría de instrumento del Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria. Por tanto, en el presente caso se tiene que Colombia aceptó los certificados de exportación emitidos por el SENASA, estando facultada a realizar su análisis fitosanitario correspondiente, según lo prevé la normativa comunitaria; no existiendo sobre este extremo un incumplimiento por parte de la República de Colombia.

#### **IV.9.- Sobre el supuesto desconocimiento de ciertas normas que regulan procedimientos en las inspecciones fitosanitarias**

Las reclamantes han alegado que Colombia, al detectar el hongo *Aspergillus Niger* y la plaga *Carpophilus hemipterus*, no levantó actas firmadas, no tomó muestras a través de métodos representativos, manipuló las pruebas, no adoptó una cadena de custodia, no contempló procedimientos reglados, resolvió situaciones similares con medidas sanitarias distintas, no tuvo objetividad, y no tiene inspectores profesionales o personal idóneo.

Al respecto, cabe señalar que la normativa andina no regula los procedimientos de inspección fitosanitaria en los Países Miembros, por tanto, desde el ámbito fitosanitario, lo referente al levantamiento de actas y a una supuesta violación de norma interna (artículo 27 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) corresponde a la instancia nacional. Asimismo, aspectos como el tipo de pruebas colectadas por un inspector fitosanitario, tampoco son regulados en la normativa andina.

Por tanto, y debido a la falta de precisión por parte de las reclamantes respecto a las normas andinas que supuestamente se estarían incumpliendo sobre este extremo, y en vista de la ausencia de pruebas, la Secretaría General no ha podido determinar que exista un incumplimiento por parte de la República de Colombia.

En relación a la presunta falta de idoneidad de los inspectores, se encuentra que el artículo 43 de la Decisión 515 dispone la obligación de contar con un nivel profesional para la firma de los certificados para la exportación y los permisos o documentos fitosanitarios de importación. Sin embargo, las reclamantes invocan dicha normativa para acusar una presunta falta de idoneidad de la persona que efectuó la inspección fitosanitaria para la nacionalización de las mercancías, proceso que dista de la emisión de los certificados para la exportación y de los permisos o documentos fitosanitarios de importación.

Toda vez que la normativa andina no regula respecto al nivel de preparación de los inspectores fitosanitarios, se encuentra que las reclamantes la han invocado de manera errónea; por lo que la Secretaría General no puede determinar que exista un incumplimiento por parte de la República de Colombia sobre este extremo.

#### **IV.10.- Sobre la supuesta prohibición de la presencia de los importadores en las inspecciones sanitarias**

En el escrito inicial de reclamación presentado por el apoderado de las reclamantes, consta que Colombia ha prohibido la presencia de los importadores en las inspecciones sanitarias, debiendo contratar para ello a intermediarios (servicios de una Agencia de Aduanas registradas ante la DIAN), lo que constituiría una restricción al comercio puesto que ello no está contemplado en normativa fitosanitaria.





Colombia, por su parte, ha indicado que las reclamantes no incluyeron la invocación de la Decisión 618 en el literal D del escrito de reclamación, como parte de las supuestas normas violadas, lo que le quitaría la facultad de invocar una vulneración de dicha Decisión.

Al respecto, cabe señalar que si bien la norma adjetiva comunitaria que regula lo relativo al contenido de un reclamo a ser presentado por un presunto incumplimiento del ordenamiento comunitario (Decisión 623), establece los requisitos de forma que debe contemplar el reclamo, es importante señalar que es todo el reclamo como tal el que delimita su alcance, y no un aparte o un literal específico del mismo, menos aún cualquier análisis de admisibilidad que se haga como parte del procedimiento, pues como ha sido dicho *ut supra*, dicho análisis no prejuzga sobre la admisión o no de la pretensión.

El mismo hecho de que al País Miembro denunciado se le corre traslado con el reclamo y cualquier documentación presentada como parte del mismo, le permite conocer el alcance y objeto de la reclamación, así como el tener la oportunidad de presentar su contestación a cada uno de los planteamientos expuestos. Sin lugar a dudas es preferible que todo escrito o alegación que se presenta para su tramitación, tenga una estructura ordenada y clara, lo que no constituye una exigencia procedimental; siendo en el presente caso que los requisitos establecidos en la norma procedimental aplicable fueron verificados oportunamente al admitir el reclamo a trámite.

En cuanto a la supuesta prohibición de la presencia de los importadores en las inspecciones sanitarias, Colombia ha indicado que está facultada a exigir la presencia o contratación de Agentes de Aduana sin ser ello una restricción; que mal hacen las reclamantes en remitirse a la Decisión 618, y al Anexo del Convenio de Kyoto, pues tales normas no son aplicables; además de que el ICA y el INVIMA no pueden incumplir normas aduaneras porque el órgano competente es la DIAN.

La Secretaría General debe indicar al respecto que, si bien las reclamantes invocan la Decisión 618, la normativa andina no regula la presencia o no de los importadores en las inspecciones sanitarias, debiendo anotar que el Convenio de Kyoto no es aplicable. La Decisión 618 establece que dicho Convenio se utilizará como referencia para la elaboración de la Decisión para armonizar los regímenes aduaneros (actual Decisión 671). En tal sentido, lo manifestado en la Decisión 618 tampoco implica que los Países Miembros tengan la obligación de suscribir dicho Convenio. De acuerdo con lo mencionado precedentemente, corresponde rechazar cualquier presunto incumplimiento de la República de Colombia respecto a la supuesta exigencia de prohibición de la presencia de los importadores durante las inspecciones sanitarias efectuadas por parte del ICA y del INVIMA.

## **V. CONCLUSIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL**

Por todos los argumentos y análisis expuestos en el presente Dictamen, la Secretaría General concluye que:

- Corresponde rechazar el pedido de revocatoria de la admisión a trámite del reclamo objeto del presente análisis.
- La República de Colombia ha incurrido en incumplimiento de los artículos 1 y 4 de la Resolución 431 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, y del artículo 1 y anexo 1 de la Resolución 1010 de la Secretaría General, al aplicar requisitos fitosanitarios adicionales a los incorporados en el Registro Subregional de Normas Sanitarias y Fitosanitarias de la Comunidad Andina.
- La República de Colombia ha incurrido en incumplimiento del artículo 34 de la Decisión 515 de la Comisión de la Comunidad Andina, al aplicar la Resolución No.



001762 del 26 de mayo de 2015 del ICA, sin previa inscripción en el Registro Subregional de Normas Sanitarias y Fitosanitarias de la Comunidad Andina; y al no figurar *Carpophilus hemipterus* como plaga dentro de la lista de plagas cuarentenarias inscrita mediante Resolución 1458 de la Secretaría General.

- Respecto a los demás supuestos incumplimientos denunciados por las reclamantes, no se ha podido determinar que exista un incumplimiento por parte de la República de Colombia.

## VI. MEDIDAS MÁS APROPIADAS PARA CORREGIR EL INCUMPLIMIENTO

La Secretaría General, conforme a la facultad establecida en el artículo 21 de la Decisión 623, indica como medidas más apropiadas para corregir el incumplimiento detectado:

- Que la República de Colombia se abstenga de aplicar requisitos fitosanitarios adicionales a los establecidos en la normativa andina para la importación de cebolla, sin perjuicio de las acciones de cuarentena que, proporcionales al riesgo, sean requeridas para evitar la entrada de plagas cuarentenarias a su territorio.
- Que la República de Colombia informe, conforme a los procedimientos que correspondan, las plagas cuarentenarias para Colombia que no están previstas en la Resolución 2895. Esta información debe ser remitida a la Secretaría General en un plazo de veinte (20) días hábiles.
- Que la República de Colombia efectúe todo diligenciamiento necesario para cualquier modificación de las normas comunitarias dentro de los canales establecidos.
- Que dentro de un plazo no mayor a veinte (20) días hábiles, contado a partir de la publicación del presente Dictamen en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, la República de Colombia informe sobre aquellas medidas adoptadas para superar el incumplimiento dictaminado.

Pablo Guzmán Laugier  
**Secretario General**