



SUMARIO

Secretaría General de la Comunidad Andina

Pág.

Dictamen 01-2007.- República de Colombia – Aplicación del Programa de Incentivo a la Cobertura Cambiaria (ICC) y establecimiento del Incentivo Sanitario para Flores (ISF)....

1

DICTAMEN N° 01-2007

República de Colombia – Aplicación del Programa de Incentivo a la Cobertura Cambiaria (ICC) y establecimiento del Incentivo Sanitario para Flores (ISF)

Lima, 26 de marzo de 2007.

I. RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES PROCESALES

El 27 de junio de 2006, se recibió en esta Secretaría el reclamo S/N de fecha 22 junio de 2006, por parte de las empresas C.I. Comercializadora Internacional Tucán Flowers S.A. (en adelante **Tucán Flowers**), Rosas de Sopó S.A. (en adelante **Rosas de Sopó**) y Rosas de Neusa S.A. (en adelante **Rosas de Neusa**), al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Las reclamantes indicaron que la República de Colombia estaría incurriendo en incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 36° de la Decisión 608 –Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina–, y del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En su comunicación, las reclamantes manifestaron que el incumplimiento del Gobierno de Colombia se manifiesta en la forma como el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y la Comisión Intersectorial conformada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Departamento Nacional de Planeación, aplicaron

el programa de Incentivo a la Cobertura Cambiaria (ICC) establecido mediante Decreto No. 4390 de 2004 y el programa de Incentivo Sanitario para Flores (ISF) establecido y organizado mediante Reglamento Interno del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Asimismo, en el referido reclamo se solicitó a esta Secretaría General realizar las acciones conducentes a la celebración de una reunión con las partes, en los términos del artículo 18 de la Decisión 623.

Con fecha 7 de julio de 2006, mediante comunicación N° SG-F/2.17.80/824/2006, la Secretaría General solicitó al apoderado de las reclamantes, se sirva aclarar:

- (i) las conductas y medidas aludidas que constituirían un incumplimiento al artículo 36° de la Decisión 608 y del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y las razones por las cuales considera que éstas son objeto del incumplimiento; y
- (ii) las consecuencias jurídicas del fallo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundimarca que, declaró con lugar la Acción de Tutela presentada por sus poderdantes y, en su



caso, qué otros derechos subjetivos, independientemente de aquellos resguardados por la referida acción, se pretenden tutelar en la vía comunitaria.

Con fecha 25 de julio de 2006, se recibió en esta Secretaría el escrito de fecha 21 de julio de 2006, del apoderado de las empresas Tucán Flowers, Rosas de Sopó y Rosas de Neusa, dando respuesta a la comunicación N° SG-F/2.17.80/824/2006, mediante la cual expone las razones por las cuales considera que las conductas referidas se configuran en incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608 y del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En la mencionada comunicación, las reclamantes detallan lo siguiente:

- El artículo 36 de la Decisión 608 es una norma que establece para los Gobiernos de los Países Miembros de la Comunidad Andina un límite en las facultades de intervención en la economía, tema este que se relaciona estrechamente con la teoría y la práctica de la “abogacía de la competencia”.
- Se generó una disminución injustificada de la competencia en el mercado de la producción de flores para la exportación por causa de la forma como se aplicaron estas políticas económicas de incentivos.
- Se afectó la competencia de la subregión andina indicando que el sector de los productores de flores para la exportación forma parte del mercado general de la subregión.
- Se mencionó el incumplimiento del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, debido a que esta norma consagra el deber de los Países Miembros de la organización de ajustar sus ordenamientos domésticos al Derecho Andino, comprometiéndose de forma especial a “no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas [las de la Comunidad Andina] o que de algún modo obstaculice su aplicación [del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina]”.
- El fallo de tutela de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundimarca, se enfoca únicamente en la protección de los derechos de igualdad y acceso a la justicia de las sociedades reclamantes. No obstante los derechos subjetivos que pretenden sean tutelados mediante la vía comunitaria, son los que otor-

ga el artículo 36 de la Decisión 608 a los agentes económicos en materia de las condiciones de competencia que debe haber en el mercado de la subregión andina y cómo la libre competencia no puede impedirse, entorpecerse u obstaculizarse por causa de la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado de los Países Miembros.

Mediante comunicación No. SG-F/2.17.80/898/2006 de fecha 4 de agosto de 2006, transmitida el 9 del mismo mes y año, se informó a las empresas reclamantes que esta Secretaría General admitió y corrió traslado del reclamo al Gobierno de Colombia. Asimismo la Secretaría General propuso la celebración de una reunión, en los términos del artículo 18 de la Decisión 623 el día lunes 4 de setiembre de 2006, a horas 11:00 a.m., en su sede institucional.

Mediante comunicación No. SG-F/2.17.80/897/2006 de fecha 4 de agosto de 2006, transmitida el 9 del mismo mes y año, se corrió traslado del reclamo al Gobierno de Colombia. Asimismo se le informó que los anexos del reclamo habían sido enviados según la guía No. 6561850702 de DHL y se le concedió un plazo de sesenta (60) días calendario para la contestación correspondiente.

Mediante comunicación No. SG-X/2.17.80/880/2006 de fecha 4 de agosto de 2006, transmitida el 9 del mismo mes y año, se informó a los organismos nacionales de integración de los Países Miembros la admisión y traslado del referido reclamo.

Con fecha 4 de setiembre de 2006 a las 11:00 hrs, en la sede de la Secretaría General, se llevó a cabo la reunión convocada de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 de la Decisión 623. Asistieron a la Reunión los representantes de las empresas reclamantes, el representante del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, el representante del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y los funcionarios de la Secretaría General. Ambas partes realizaron la exposición de sus argumentos con derecho a réplica. El acta de la reunión y sus anexos consta en los folios 590 a 593 del expediente.

Con fecha 4 de setiembre de 2006, se recibió en esta Secretaría la solicitud S/N de acumulación de las empresas Mega Flowers Ltda. (en adelante **Mega Flowers**), C.I. Flores Ipanema S.A.



(en adelante **Flores Ipanema**), C.I. Flores Tiba S.A. (en adelante **Flores Tiba**), C.I. Excellence Flowers Ltda. (en adelante **Excellence Flowers**), Magna Flowers en Reestructuración S.A. (en adelante **Magna Flowers**), Mystique Flowers S.A. (en adelante **Mystique Flowers**), Sabanilla C.I. Ltda. (en adelante **Sabanilla**) y C.I. Mystery Flowers Ltda. (en adelante **Mystery Flowers**) al reclamo presentado por Tucán Flowers, Rosas de Sopó y Rosas de Neusa. En su escrito el representante de las mencionadas empresas solicitó que se tenga en cuenta la petición de las primeras reclamantes, respecto a la identificación y descripción de la conducta que constituye el incumplimiento, identificación de las normas del ordenamiento de la Comunidad Andina objeto del incumplimiento y las razones del incumplimiento.

Mediante comunicación No. SG-F/2.17.80/1079/2006 transmitida por fax el día 14 de setiembre de 2006, la Secretaría General notificó a las empresas Mega Flowers Ltda., C.I. Flores Ipanema S.A., C.I. Flores Tiba S.A., C.I. Excellence Flowers Ltda., Magna Flowers en Reestructuración S.A., Mystique Flowers S.A., Sabanilla C.I. Ltda., C.I. Mystery Flowers Ltda., la acumulación de las pretensiones. Igualmente, dicha decisión fue transmitida, mediante comunicaciones Nos. SG-F/2.17.80/1078/2006¹, SG-F/2.17.80/1080/2006 y SG-X/2.17.80/1082/2006², transmitidas vía fax el día 14 de setiembre de 2006, al Ministerio de Comercio Industria y Turismo de Colombia, al representante de las empresas Tucán Flowers, Rosas de Sopó y Rosas de Neusa, y al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de Perú, Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad de Ecuador y Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Bolivia, respectivamente.

Con fecha 20 de setiembre de 2006, se recibió en esta Secretaría la comunicación del representante de las empresas Tucán Flowers, Rosas de Sopó y Rosas de Neusa, mediante la cual remitieron copia de la comunicación al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de Colombia del día 18 de setiembre de 2006, en la cual se plantea una alternativa de subsanación derivada de la audiencia realizada el día 4 de setiembre de 2006. Dicha fórmula -según la mencionada comunicación- consistía en que el Gobierno de Colombia reconozca pagar el valor

del incentivo inicialmente calculado para las empresas que finalmente fueron proscritas del programa, restando la diferencia que hay entre el valor de los instrumentos de cobertura que presentaron en su aplicación y el valor de los instrumentos de cobertura que pagaron las empresas Tucán Flowers, Rosas de Sopó y Rosas de Neusa.

Mediante comunicación de fecha 4 de octubre de 2006, recibida por esta Secretaría General el 5 de octubre de 2006, el Gobierno de Colombia contestó el reclamo formulado manifestando que:

- La acción de incumplimiento debe ser declarada improcedente, pues la misma norma establece que el tema debería estudiarse en el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.
- El Incentivo a la Cobertura Cambiaria (ICC) y el Incentivo Sanitario para Flores (ISF) es compatible con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.
- Dichos programas no pueden considerarse como una política o medida regulatoria del mercado.
- La implementación de los mencionados programas no impidió, entorpeció o distorsionó la competencia, y no afectaron la competencia en el mercado subregional.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS Y DESCRIPCIÓN DE MEDIDAS Y CONDUCTAS

2.1 Sobre el Programa de Incentivo a la Cobertura Cambiaria

2.1.1 Decreto 4930 de 2004

Mediante Decreto 4930 de 2004, se establece el "Programa de Incentivo a la Cobertura Cambiaria", sobre la base del documento CONPES N° 332 del 22 de diciembre de 2004.

Para su expedición, el Gobierno colombiano habría tomado en cuenta las siguientes normas: artículo 65 de la Constitución Política, artículo 2 de la Ley 7 de 1991, artículo 7 de la Ley 101 de 1993, artículo 32 de la Ley 812 de 2003 y artículo 635 de la Ley 16 de 1990.

Según el artículo primero del Decreto 4930, dicho programa se crea para promover la utilización de los instrumentos financieros de cobertura de riesgo cambiario por parte de los product-

¹ Folios 530 y 531 del expediente.

² Folios 534 a 536 del expediente.



res agrícolas exportadores. Del mismo modo se establece que serán beneficiados del programa los productores agrícolas exportadores que, además de cumplir con los criterios establecidos en el Documento CONPES 332, adopten mecanismos de cobertura cambiaria en el sistema financiero.

El Documento CONPES N° 332, estimó como **criterios** para que el gobierno implemente el ICC a los **productores de sectores agropecuarios** que cumplan las siguientes condiciones:

- (I) Que sus exportaciones participen con más del 4% de las exportaciones no tradicionales del país en el año 2004 y;
- (II) Que cuenten con una balanza comercial relativa superior al 80%.

El Decreto 4930 de 2004 estableció como incentivo doscientos pesos colombianos (\$ 200.00) por dólar de los Estados Unidos de América, cubierto a partir del 1° de enero de 2005. El monto máximo del incentivo no puede exceder el valor FOB de sus exportaciones durante 2004 multiplicado por doscientos pesos colombianos (\$ 200.00). Si el valor de cobertura era inferior al valor FOB de sus exportaciones durante 2004, el incentivo se aplicaría al valor cubierto ante el sistema financiero por doscientos pesos (\$ 200.00) moneda corriente.

El artículo 2° encargó la administración de los recursos del programa al Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (FINAGRO) bajo convenio con la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Asimismo se encargó que la implementación y operatividad del programa se establecería a través de un reglamento operativo a ser expedido por los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural y Hacienda y Crédito Público.

2.1.2 Reglamento Operativo ICC

El reglamento operativo del ICC creó una comisión intersectorial integrada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP), el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (MADR), el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MCIT) y el Departamento Nacional de Planeación (DNP), con una secretaría técnica a cargo de FINAGRO. Esta comisión sería la encargada de monitorear y aprobar los procedimientos de adjudicación del ICC.

Asimismo estableció que los posibles beneficiarios debían presentar ante FINAGRO el programa propuesto de Coberturas (PPC) incluyendo:

- (i) Declaración de flujo real mensual de exportaciones FOB correspondiente al año 2004.
- (ii) Las comercializadoras deberán remitir una comunicación de su revisor fiscal en la cual se certifique a) Monto de la producción propia en 2004 en dólares de los Estados Unidos de América (US\$), b) Monto de la producción comprada a terceros en dólares de los Estados Unidos de América (US\$), y pesos colombianos; c) relación de los productores que han otorgado mandato para que se efectúe las coberturas y se solicite en su nombre el ICC, señalando su nombre y NIT, y d) Nombre y NIT de los productores a quienes les compraron producción en 2004 y que no han otorgado mandato para el trámite del ICC.
- (iii) Certificación del revisor fiscal del solicitante, en la cual se establezca el cumplimiento del pago de pensiones y parafiscales al 31 de diciembre de 2004.
- (iv) Quedarán eliminados los solicitantes deudores morosos del estado, así como los que se encuentran reportados.
- (v) Declaración del monto total de exportaciones a cubrir para 2005. El monto que el ICC cubre no puede exceder el valor total de las exportaciones FOB correspondiente al año 2004.
- (vi) Declaración de la proyección de los plazos a cubrir durante 2005 y el monto a cubrir con cada plazo. Estos montos/plazos deberán ser congruentes con el flujo real mensual de exportaciones correspondiente al año 2004.
- (vii) Declaración del tipo de instrumento de cobertura a emplear para cada monto/plazo (delivery forwards, non-delivery forwards, opciones, sustitución de deuda en pesos por deuda en dólares y operaciones a plazo de cumplimiento financiero –OPCF), cuyo monto y plazo coincida con el flujo exportador de 2004.

Se determinó que dicha información sería verificada por FINAGRO, además de verificar que sean personas jurídicas o naturales nacionales y que derivaran ingresos de la producción-exportación de las siguientes partidas arancela-



rias: 1. Banano cavendish: 0803001200; 2. Flores: 0603; y 3. Follajes: 0604990000.

Se establecían las definiciones y las fórmulas matemáticas para calcular el monto del incentivo por cada productor que decida entrar en el programa.

Del mismo modo, en el mencionado reglamento se establecían los siguientes plazos de las actividades del programa:

- (i) 31 de enero de 2005: Presentación por parte de los posibles beneficiarios.
- (ii) Cinco primeros días de febrero de 2005: FINAGRO cita a la Comisión Intersectorial para presentar las listas de los beneficiarios preseleccionados y los beneficiarios rechazados.
- (iii) Antes del 10 de febrero de 2005: FINAGRO cita a la Comisión Intersectorial para presentar el proyecto de resolución con el programa de coberturas y de incentivo aprobado a cada beneficiario. Este proyecto debe ser aprobado por la Comisión.
- (iv) 28 de febrero de 2005: Fecha límite para que los productores beneficiarios aprobados reporten el programa definido de coberturas que hayan adoptado. Se aceptan las coberturas tomadas hasta esa fecha.
- (v) Cinco primeros días de marzo: FINAGRO cita a la Comisión Intersectorial para presentar la adjudicación definitiva del incentivo. La Comisión debe aprobar la adjudicación.
- (vi) 10 de marzo de 2005: publicación por parte de FINAGRO de las acciones definitivas.
- (vii) Último día hábil de cada mes: Presentación por parte de los beneficiarios de los soportes que sirvan para probar que las coberturas aprobadas en términos de montos y plazos se han mantenido.

2.1.3 De las reuniones de la Comisión Intersectorial Programa de Incentivo a la Cobertura Cambiaria

De acuerdo al contenido de las actas de la Comisión, presentadas como anexo 7 del reclamo, se deducen los siguientes aspectos tratados en las reuniones celebradas por la Comisión:

Acta N° 2: Corresponde a la reunión celebrada con fecha 4 de febrero de 2005, en la cual

FINAGRO, cumplió con presentar oficialmente a la Comisión: (i) un informe de solicitantes discriminando la información por cada posición arancelaria, el valor de las coberturas presentadas y el valor de las exportaciones acreditadas que constituirían la base para la liquidación del ICC; y, (ii) la relación de solicitantes que cumplieron y no cumplieron con los requisitos exigidos, por lo tanto, estos últimos no tenían derecho a acceder al incentivo.

La Comisión aprobó la lista de los productores susceptibles de acceder al ICC, la cual sólo sería definitiva y se publicaría en el mes de marzo de 2005. De igual forma, se aprobó la lista de aquellos solicitantes que no reunieron los requisitos para acceder al incentivo.

Acta No. 3: Corresponde a la reunión celebrada con fecha 4 de febrero de 2005, en la cual la Comisión expresó su preocupación en cuanto a posibles inconsistencias en el cumplimiento de los requisitos por parte de los beneficiarios del programa ICC, y particularmente en relación con la adquisición de coberturas. En este sentido acordó aplazar la adjudicación definitiva del incentivo y decidió que se modificara el reglamento Operativo del ICC.

Por lo tanto, se solicitó al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural definir los criterios técnicos que viabilicen la implementación del programa. En tal sentido, la Oficina Jurídica del mencionado Ministerio procedió a emitir su concepto jurídico, el cual se dedica a estudiar lo que debe entenderse por el manejo adecuado del riesgo con ocasión de la reevaluación del peso, basado en las normas y principios que orientaron la implementación y puesta en marcha del ICC.

Acta No. 4: Corresponde a la reunión celebrada con fecha 16 de marzo de 2006, mediante la cual la Comisión precisó que para tener derecho al ICC, los solicitantes debieron haber presentado la cobertura teniendo en cuenta una tasa de cambio igual o superior al mínimo de la tasa spot durante el período comprendido entre el 1 de enero al 28 de febrero de 2005 menos doscientos pesos (\$ 200), por cuanto una tasa inferior no cubriría al productor frente al fenómeno de la revaluación del peso a partir de la tasa de mercado de la fecha de constitución de la operación, y se traduciría en que el productor que la hubiere pactado estaría aceptando una disminución de su ingreso, contrariando de manera expresa y conciente el objetivo del programa.



Asimismo, se determinó que no existe una cobertura adecuada cuando un forward de venta de dólares se neutraliza con un forward de compra de dólares.

Acta No. 5: Corresponde a la reunión celebrada con fecha 5 de abril de 2006, mediante la cual, la Comisión no aprobó la liquidación del ICC efectuada sobre la documentación presentada realizada por los productores, en las que se contemplan tasas de cumplimiento inferiores a \$ 2.101 (dos mil ciento un pesos) o cuando se presente operaciones de forwards de venta de dólares neutralizados con forwards de compra de dólares.

Se publicaron, mediante anexo 1 de la mencionada acta, los montos y beneficiarios aprobados.

2.2 Sobre el Incentivo Sanitario Para Flores – ISF

El Reglamento Técnico para la Adjudicación del ISF establece como su objetivo, otorgar a los productores de flores para exportación un incentivo directo con el objeto de apoyar en el Plan de Manejo Integral de Plagas (MIP), por considerarse éste como un rubro de importancia económica que limita la actividad de las flores disminuyendo el ingreso esperado por los productores.

Este programa tiene su base legal en los artículos 1º y 7º de la ley 101 de 1993.

El valor económico del apoyo es el resultado de dividir, descontando los gastos administrativos inherentes a la administración de estos recursos, el presupuesto asignado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para el programa ISF sobre el número total de hectáreas de flores debidamente registradas ante el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA).

Los requisitos para acceder al mencionado apoyo, son los siguientes:

- (i) No podrán acceder al ISF los productores que accedieron al ICC con una cobertura que no cumplía con las finalidades del programa ya que no garantizaban un cubrimiento adecuado. Si desean postularse, deben manifestar por escrito su intención de desistir de cualquier reclamación en rela-

ción con el ICC, contra las entidades integrantes de la comisión intersectorial.

- (ii) Registro ante el ICA.
- (iii) Presentación a la Bolsa Nacional Agropecuaria (BNA): a) Certificación del ICA sobre el cumplimiento del MIP; b) entregar un informe técnico detallando el control sanitario efectuado en cuanto al uso de fungicidas, insecticidas y control biológico en las áreas registradas y en donde conste que los cultivos presentan daño o pérdidas económicas inferiores al 5% del total de la población de plantas por hectárea, sobre el total del área registrada; c) Certificación del revisor fiscal; y d) Cuenta de cobro.

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES:

3.1 Argumentos de las empresas reclamantes

De acuerdo a lo manifestado por las reclamantes: *“El incentivo [ICC] finalmente resultó siendo asignado bajo criterios infundados y discriminatorios que se apartaron abiertamente de los reglamentos, ocasionando el rechazo injustificado de varios productores que voluntariamente habían aplicado para el programa, generando una serie de distorsiones notorias y graves a la libre competencia en el sector de la producción de flores para la exportación.”*

Del mismo modo, manifiestan que la situación descrita generó que éstas y *“...otras veintitrés [empresas] más fuer[a]n rechazadas arbitrariamente del programa siendo que ya habían sido preseleccionadas y se había incluso liquidado el aporte que les correspondía porque habían cumplido con todas y cada una de las reglas establecidas en el programa...”*

En ese sentido, las reclamantes han indicado que respecto al ICC, la Comisión Intersectorial *“...decidió cambiar las reglas establecidas caprichosa y arbitrariamente, dando como resultado la descalificación injusta de un grupo de productores...”*

Respecto al ISF, las reclamantes manifiestan que *“la disposición contenida en el numeral 3 del reglamento que expidió el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en el que se establece que los productores de flores que fueron injustamente excluidos del Programa de Incentivo a la Cobertura Cambiaria (ICC) que hubieran instaurado procesos tampoco tenían dere-*



cho a este nuevo incentivo a menos que desistieran de las acciones judiciales que habían intentado en defensa de sus intereses.”

Respecto al supuesto efecto en la competencia, las reclamantes han indicado que “[l]a forma como se aplicó la política del Incentivo a la Cobertura Cambiaria (ICC) generó un efecto de consideración en la competencia del sector productor y exportador de flores colombiano..., en la medida que fue causa de que la competitividad de las empresas arbitrariamente descalificadas sufriera una reducción considerable a aquellas que –también arbitrariamente– resultaron beneficiadas del programa”. De igual manera, añaden que “...el productor que no recibió el incentivo tiene costos en un 5.6% mayores que el que sí lo recibió, su rentabilidad disminuye en un 81% respecto del productor que sí recibió el incentivo”³.

Con base en esos argumentos, las empresas reclamantes manifiestan que “se genera un balance bastante pronunciado que tiende a eliminar la competencia y cuya [única causa es la forma como fue aplicada la política del Incentivo a la Cobertura Cambiaria (ICC).”, y concluyen que “la realidad económica es que la forma como fue aplicada la política del Incentivo a la Cobertura Cambiaria está eliminando la competencia en el mercado de la producción de flores para la exportación en Colombia y, consecuentemente, de la subregión, ...”.

En relación con el supuesto efecto subregional de la referida conducta, las reclamantes han indicado que “Colombia forma parte de la subregión andina y lo que menoscaba la libre competencia en el país, afecta por tanto la libre competencia en la subregión,”.

Las reclamantes apoyan tal argumento indicando que en la jurisprudencia europea “un conve-

nio anticompetitivo se encuentra sujeto al ordenamiento de la Unión si puede tener una influencia directa, indirecta, actual o potencial en el patrón de comercio de los países miembros de la Unión,...”.

Al respecto, las reclamantes hacen referencia a la jurisprudencia de la Unión Europea derivada de los casos: *Société Technique Minière vs Maschinenbau ULM (STM)* (1966); *Windsurfing Internacional vs Comisión* (1986); *Cutsforth vs Mansfield Inss* (1986); *Consten and Grundig vs Comisión* (1966); *Re Central Stikstof Verkoopkantoor* (1979); *Michforderungsfons* (1985); *Napier Brown - British Sugar* (1988); *Vaccum Interrupters Ltd* (1977); *AEG Telefunken vs Comisión* (1983); *Re Zanussi Spa Guarantee* (1979); *Vereeniging Van Comenthandelaren vs Comisión* (1972); *Salonie vs Poidomani* (1981); *Pronuptia de Paris vs Shillgalis* (1986).

Añaden las reclamantes que “Las políticas y medidas regulatorias del mercado adoptadas por los Países Miembros a que se refiere el artículo 36 de la Decisión 608 son esencialmente de alcance interno debido a que cada país del área es soberano. Sería ilógico pensar, por ejemplo, que la norma... se refiera a la adopción o aplicación de una política o medida regulatoria del mercado dictada por un gobierno del área, P, Ej: Colombia que vaya a afectar la libre competencia en otro, P, Ej. Perú o viceversa”.

3.2 Argumentos del Gobierno de Colombia

Mediante comunicación de fecha 4 de octubre de 2006, recibida por esta Secretaría General el 5 de octubre de 2006, el Gobierno de Colombia contestó el reclamo formulado manifestando lo siguiente:

3.2.1 Improcedencia de la Acción de Incumplimiento:

Según la consideración del Gobierno de Colombia, “...la acción de incumplimiento, en su fase prejudicial, es **improcedente** para debatir el supuesto incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608, pues la misma norma establece que el tema debería estudiarse en el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, quien en últimas puede recomendar eliminar los trámites o requisitos que puedan entorpecer o distorsionar la competencia en el mercado subregional.” (el énfasis es del texto).

³ En el siguiente ejemplo planteado por las reclamantes:

Costo de producir una rosa sin ICC: US\$ 0.168
 Costo de producir una rosa con ICC US\$ 0.159
 Precio de venta por cada rosa al mercado norteamericano: US\$ 0.17
 Hectárea sembrada de unidades de rosas por mes: 60,000
 Productor que recibe el beneficio:
 Costo: $60,000 \times 0.159 \times 12 = \text{US\$ } 114,480.00$ / Rentabilidad Bruta: $60,000 \times 0.011 \times 12 = \text{US\$ } 7,920.00$
 Productor que no recibe el beneficio:
 Costo: $60,000 \times 0.168 \times 12 = \text{US\$ } 120,960.00$ / Rentabilidad Bruta: $60,000 \times 0.002 \times 12 = \text{US\$ } 1,440.00$



3.2.2 Compatibilidad en la aplicación del Incentivo a la Cobertura Cambiaria (ICC) y del Incentivo Sanitario para Flores con el Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina (Artículo 36 de la Decisión 608 de la Comisión)

Al respecto, el Gobierno de Colombia ha expuesto que, "...el caso sometido a consideración de la Secretaría General por las sociedades C.I. Comercializadora Internacional Tucán Flowers S.A., Rosas del Sopó S.A. y Rosas del Neusa S.A. no colma el supuesto de hecho del artículo 36 de la Decisión 608 y, no puede alegarse el incumplimiento de la referida norma", manifestando que:

- **"La implementación de los programas de Incentivo a la Cobertura Cambiaria y de Incentivo Sanitario para Flores no pueden considerarse como una política o medida regulatoria de mercado.**

Los incentivos otorgados por el Gobierno en virtud de su competencia legal, no pueden tener la calidad de medida regulatoria del mercado en el sentido de distorsionar la competencia en el mercado subregional, pues simplemente buscan desarrollar la legislación interna, al igual que otras medidas como serían los títulos habilitantes de telecomunicaciones, permisos mineros y autorizaciones para prestar servicios financieros, que tienden a tener implicaciones en el mercado nacional, pero su utilización son parte de las facultades que la Constitución Política le ha dado a las autoridades colombianas y a las que no pueden renunciar.

En este orden de ideas, el programa de incentivos es una política de fomento no susceptible de la aplicación de la Decisión 608, pues, entre otras cosas, generalmente los miembros de la CAN como estados parte, no son sujetos de la aplicación de dichas normas cuando ejercen su función pública en la economía, sino cuando actúan como agentes económicos en el mercado."

- **La implementación de los programas de Incentivo a la Cobertura Cambiaria y de Incentivo Sanitario para Flores no impidió, entorpeció o distorsionó la competencia.**

"En el proceso de adjudicación del Incentivo a la Cobertura Cambiaria, existió un criterio

razonable y objetivo cuando se tomó la medida de excluir de este beneficio a aquellos productores que habían suscrito contratos de cobertura con tasas de cambio o cumplimiento por debajo de los 2.101 pesos."

"Razonabilidad de la medida adoptada. El Documento CONPES 3332 del 22 de diciembre de 2004 estableció que el Programa de Incentivo a la Cobertura Cambiaria perseguía "motivar a los productores del sector agrícola a manejar **adecuadamente** los movimientos del mercado cambiario para aquellos que están afectados al riesgo de reevaluación del peso (...) **evitando caídas bruscas del ingreso**, y por ende, en su nivel de actividad económica y generación de empleo". (Negrillas fuera del texto).

"...la Comisión Intersectorial no estableció un requisito adicional consistente en que los productores debieron haber presentado coberturas cuya tasa de cumplimiento hubiera sido pactada a una tasa de cambio igual o superior al mínimo de la tasa de cambio spot observada entre el 1º de enero y el 28 de febrero de 2005 menos \$200 pesos, sino que al revisar si éstos habían cumplido con el objetivo del programa, que no es otro sino prevenir la disminución de sus ingresos, dicha comisión necesariamente debía revisar las tasas existentes durante el período en que se celebraron los contratos de cobertura. Esto, técnicamente, se logra al observar las operaciones spot realizadas cada día, por cuanto tal procedimiento permite determinar cuáles fueron las tasas a las cuales se realizaron operaciones en un día o período específico, y al considerar la mínima, como lo hizo la Comisión Intersectorial, se obtiene la certeza de si una operación se hizo con base en tasas de mercado o no. Con base en lo expuesto, la Comisión estableció si las tasas de cumplimiento pactadas eran tasas de mercado, al comprarlas con la mínima tasa existente para los días de la celebración de los contratos..."

Objetividad de la medida adoptada. En el proceso de adjudicación del Incentivo a la Cobertura Cambiaria las autoridades públicas se encontraron con dos situaciones distintas. La primera, predicable de quienes cumplieron con los requisitos establecidos para acceder al programa del ICC; y la segunda, predicable respecto de quienes no cumplieron



ron tales requisitos. Así las cosas, y dado que las decisiones de la Comisión Intersectorial se fundamentaron en las distintas situaciones de los particulares que pretendieron acceder al incentivo, no puede alegarse la existencia de un trato discriminatorio por parte de quienes les fue negado el incentivo, por cuanto la administración no estaba obligada a dar el mismo tratamiento a las coberturas idóneas para el cumplimiento del fin del programa respecto de otras contrarias a esta finalidad, y cuyos precios fueron inferiores de los pagados por quienes realizaron coberturas con base en las tasas que consultaban la realidad cambiaria.

Según indica el gobierno colombiano, los reclamantes no pueden considerar que se violó su derecho a la libertad de competencia en la implementación de los programas de Incentivo a la Cobertura Cambiaria y del Incentivo Sanitario para Flores, puesto que la labor de las autoridades públicas se circunscribió a velar por el cumplimiento de los requisitos establecidos para acceder a los beneficios de estos programas, sin limitar en ningún momento la posibilidad de los productores de acceder en igualdad de condiciones a dichos beneficios.

- **“La implementación de los programas de Incentivo a la Cobertura Cambiaria y de Incentivo Sanitario para Flores no afectó la competencia en el mercado subregional”**

Sostiene el Gobierno de Colombia que “...el hecho de que un país pertenezca a la Comunidad Andina no implica que las medidas que en él se adopten respecto de la libertad de competencia y mercado, afecten necesariamente la competencia en la comunidad. Esta conclusión, se extrae del artículo 5º de la Decisión 608, el cual dispone que: ‘Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en: 1) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, **Excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; (...) Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos países miembros.**’

En este orden... considera el Gobierno de Colombia que las sociedades reclamantes

no tienen interés legítimo para acudir a la acción de incumplimiento ante los órganos de resolución de conflictos de la Comunidad Andina, por cuanto en su escrito no demuestran cuándo, cómo ni por qué el asunto puesto a consideración de la Secretaría General de la Comunidad Andina trasciende del ámbito doméstico al comunitario.

*Es más, precisamente porque es un asunto doméstico y no subregional, el tema relacionado con la implantaciones de los programas de Incentivo a la Cobertura cambiaria e Incentivo Sanitario para Flores está siendo objeto de discusión en los tribunales colombianos, como lo demuestra el que **Rosas de Sopó S.A.** haya interpuesto acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sin invocar normas andinas pero con fundamento en los mismos hechos y argumentos.”*

IV. Consideraciones de la Secretaría General

En relación con el argumento presentado por la República de Colombia en sentido de que la “acción de incumplimiento sería improcedente para debatir el supuesto incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608, pues la misma norma establece que el tema debería estudiarse en el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia...”, la Secretaría General considera que el artículo 36 contiene una obligación de no hacer, conforme se desprende de su texto:

*“En la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros **no** impedirán, entorpecerán **ni** distorsionarán la competencia en el mercado subregional.” (énfasis añadido)*

Al respecto, se debe tener presente que el Acuerdo de Cartagena en su artículo 30, literal a), determina que la Secretaría General debe velar por la aplicación del Tratado y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario.

Para tal efecto, los artículos 23 al 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia otorgan a la Secretaría General competencia exclusiva para adelantar de oficio o a solicitud de parte la fase precontenciosa de la acción de incumplimiento que es la única vía comunitaria procesal para debatir los posibles incumplimientos al ordena-



miento jurídico andino del cual forma parte la Decisión 608.

Por otra parte, el artículo 36 de la Decisión 608 no excluye a la obligación en él contenida del ámbito de aplicación de la acción de incumplimiento establecido en los referidos artículos del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a pesar de que dicha norma confiere al Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia la potestad de elevar recomendaciones tendientes a eliminar trámites y requisitos para promover el ejercicio de la libertad económica.

En efecto, el ejercicio de esa potestad conferida al Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia se limita a que dicho órgano pueda expresar recomendaciones que, a diferencia de los actos emitidos en el contencioso comunitario, no pueden derivar en situaciones o consecuencias jurídicas. Por tanto, la referida potestad del Comité se encuentra en una esfera de competencia distinta a aquella de la acción de incumplimiento, si bien puede emitir conceptos sobre la base de los cuales la Secretaría General puede adelantar el precontencioso.

Por lo demás, esta Secretaría General considera que una norma de derecho secundario, como lo es el artículo 36 de la Decisión 608, no puede ser interpretada *a contrario* de los tratados fundacionales que, conforme las consideraciones antepuestas, otorgan a la Secretaría General la competencia para conocer, dentro del precontencioso comunitario, de los posibles incumplimientos de cualquier generador normativo establecido en el ordenamiento jurídico comunitario y, en su caso, emitir dictamen al respecto.

Por lo expuesto, la Secretaría General no encuentra fundado el argumento de la República de Colombia relativo a la improcedencia de la fase precontenciosa de la acción de incumplimiento para conocer de los posibles incumplimientos a la obligación contenida en el artículo 36 de la Decisión 608.

La acción de incumplimiento, conforme lo dispuesto en los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es la vía procesal para determinar si un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 36 de la Decisión 608.

Sin embargo, no se puede pasar por alto que la referida disposición, en congruencia con el artículo 93 del Acuerdo de Cartagena, establece una obligación de los Países Miembros en relación con el mercado subregional. En efecto, el artículo 36 de la Decisión 608 determina que:

*“En la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia **en el mercado subregional**”* (énfasis añadido)

Asimismo, el artículo 5 de la referida Decisión establece:

“Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en:

- a) *El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,*
- b) *El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.*

Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.”

A la luz de lo establecido por las citadas normas, el artículo 36 de la Decisión 608 es aplicable respecto las políticas nacionales contrarias a la obligación contenida en él, cuando dichas políticas tienen los efectos descritos en el artículo 5 de esa misma Decisión, en particular aquellos indicados en su literal a)⁴.

⁴ El presupuesto establecido en el literal b) del artículo 5 de la Decisión 608 no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la acción de incumplimiento, por cuanto las obligaciones cuya inobservancia podría configurarse en incumplimiento han sido generadas entre los Países Miembros a través de los compromisos asumidos *inter alios acta* en el Acuerdo de Cartagena. El Tribunal de Justicia de Comunidad Andina, respecto a la naturaleza de las obligaciones asumidas por los estados suscriptores del Acuerdo de Cartagena, ha manifestado “[q]ue desde ese momento, a la República Bolivariana de Venezuela, con relación a las obligaciones y derechos, le es aplicable el principio de **res inter alios acta**, con la sola excepción de aquellas previsiones que se refieren al Programa de Liberación que, conforme con el artículo 76 del Acuerdo



A lo anterior se debe agregar que, conforme lo dispuesto en el precitado artículo 5 de la Decisión 608, las políticas nacionales que no tuvieran los efectos en él descritos escapan al ámbito de aplicación de la norma y, de acuerdo con el segundo párrafo del indicado artículo, se rigen por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.

En ese orden, la competencia de la Secretaría General para emitir dictamen sobre el grado de cumplimiento de una política nacional respecto a lo dispuesto por el artículo 38 de la Decisión 608, está condicionada a que los efectos causados por la misma se encuentren ajustados a los presupuestos de hecho contenidos en el literal a) artículo 5 de esa misma Decisión.

Consecuentemente, corresponde a este órgano comunitario analizar en cada caso, si la política nacional objeto del reclamo se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la norma⁵.

Estando a ello, la Secretaría General debe considerar los elementos de hecho y de derecho por medio de cuales se pueda determinar objetivamente si la política objeto de la investigación tiene efectos reales en Países Miembros diferentes al país que se encuentra aplicando dicha política. Esos elementos, cuando se trata de

es irrevocable, tengan relación directa con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones emanadas de dicho Programa, cuya validez debe ser garantizada a fin de que tanto la República Bolivariana de Venezuela, como los Países Miembros que conforman la Comunidad Andina puedan cumplirlos durante el lapso antes indicado;" (énfasis añadido).

⁵ En el esquema comunitario europeo, que al igual que el andino se basa en la cesión de competencias a favor de los órganos comunitarios y en el que conviven disposiciones de competencia nacional y comunitaria, se optó por ese examen previo de los efectos comunitarios, antes de analizar la práctica. Así por ejemplo, en Asunto C-295/04 el órgano jurisdiccional europeo consideró: "40 No obstante, tal como se desprende de los términos de los artículos 81 CE y 82 CE, para que las normas comunitarias en materia de competencia se apliquen a una práctica colusoria o a una práctica abusiva, es necesario que dicha práctica pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. 41 La interpretación y aplicación de este requisito relativo a los efectos sobre el comercio entre los Estados miembros ha de tener como punto de partida el objetivo de este requisito, que es determinar, en materia de regulación de la competencia, el ámbito de aplicación del Derecho comunitario frente al de los Estados miembros."

procedimientos precontenciosos iniciados a solicitud de un reclamante, deben ser aportados en el reclamo o la contestación⁶.

En el presente caso, las reclamantes respecto de los efectos de las políticas adoptadas por el Gobierno de Colombia argumentan que "*Colombia forma parte de la subregión andina y lo que menoscaba la libre competencia en el país, afecta por tanto la libre competencia en la subregión,*".

Asimismo, hacen referencia a cierta jurisprudencia europea por medio de la cual, según las reclamantes, en dicho esquema el escaso comercio comunitario no sería óbice para la aplicación de la normativa comunitaria. Asimismo, indican que la normativa comunitaria europea sobre competencia sería aplicable respecto unas prácticas que, a pesar de realizarse en solo un estado miembro, tuvieran efectos actuales o potenciales sobre la competencia en el mercado comunitario.

En ese sentido concluyen las reclamantes manifestando que

"Sea cual sea la situación, la existencia del artículo 36 de la Decisión 608 en el ámbito del Derecho Comunitario Andino significa que el caso que me permito presentar se encuentra en la esfera de las atribuciones de la autoridad subregional de competencia. Se trata de la aplicación discriminatoria de una política económica que está generando la eliminación de la competencia en el mercado de producción de flores para la exportación."

En relación con estos argumentos, la República de Colombia en su escrito de contestación manifestó que las reclamantes, "*... en su escrito no demuestran cuándo, cómo ni por qué el asunto puesto a consideración de la Secretaría General de la Comunidad Andina trasciende del ámbito doméstico al comunitario*".

⁶ El artículo 21 del Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento establece que el dictamen de la Secretaría General en los procedimientos iniciados de conformidad con los artículos 24 y 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, debe contener, entre otros, "[I]a exposición de los motivos de la Secretaría General sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias, **sobre la base de los argumentos del reclamo y la contestación;** ...". (énfasis añadido).



La Secretaría General considera que, en la medida que en la Comunidad Andina existen dos sistemas jurídicos –el nacional y el comunitario– en materia de competencia y que la convivencia de ambos se apoya en el reparto de competencias en razón de los efectos territoriales de las conductas investigadas⁷, la existencia del artículo 36 de la Decisión 608 no significa que él sea aplicable automáticamente a toda política adoptada por los Países Miembros, sin tener en cuenta los efectos indicados por el artículo 5 de la referida Decisión y presumiendo que *“lo que menoscabe la libre competencia en el país, afecta por tanto la libre competencia en la subregión, ...”*, como pretenden los reclamantes. Todo lo contrario, merced a lo dispuesto por el artículo 5 de la Decisión 608, la aplicabilidad del artículo 36 de esa Decisión y, por tanto, la competencia de los órganos comunitarios para pronunciarse sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones en él contenidas, debe encontrarse sustentada por elementos de hecho (en particular los aspectos económicos de la supuesta práctica discriminatoria) y de derecho de los que se desprenda, de manera objetiva, que la política nacional investigada produce efectos *“en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país”*.⁸

⁷ Artículo 5 de la Decisión 608.

⁸ La aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea frente a la normativa nacional, pasa por un examen de elementos objetivos de hecho y de derecho que permiten presumir el efecto de la práctica sobre el mercado comunitario. En ese orden, dentro de la sentencia de asunto C-238/05 el Tribunal Europeo manifestó: *“34 Para que una decisión, un acuerdo o una práctica puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, debe poderse presumir con un grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de elementos objetivos de hecho o de Derecho, que ejercen una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes de intercambios entre los Estados miembros, y ello de tal modo que haga temer que podrían obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros (véanse las sentencias de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 22, y de 25 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. p. I-8089, apartado 48). Es necesario, además, que tal influencia no sea insignificante (en este sentido, véanse las sentencias de 25 de noviembre de 1971, Béguelin Import, 22/71, Rec. p.*

Al respecto, este órgano comunitario observa que las reclamantes no presentaron prueba alguna de cómo la supuesta aplicación discriminatoria de los programas colombianos de Incentivo a la Cobertura Cambiaria e Incentivo Sanitario, tienen *“... efectos reales... en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país;...”*⁹.

A la luz de las consideraciones antepuestas, la Secretaría General no halla suficientes los argumentos presentados por las reclamantes respecto los efectos que tendría sobre el mercado subregional la supuesta aplicación discriminatoria de los programas de Incentivo a la Cobertura Cambiaria e Incentivo Sanitario para el sector de la floricultura colombiana.

Por tanto, de los argumentos presentados por las reclamantes, este órgano comunitario no encuentra que la referida política colombiana esté dentro del ámbito de aplicación de la Decisión 608, consecuentemente no considera procedente emitir pronunciamiento sobre el mérito de fondo del reclamo presentado por las empresas C.I. Comercializadora Internacional Tucán Flowers S.A., Rosas de Sopó S.A. y Rosas de Neusa S.A., Mega Flowers Ltda., C.I. Flores Ipanema S.A., C.I. Flores Tiba S.A., C.I. Excellence Flowers Ltda., Magna Flowers en Reestructuración S.A., Mystique Flowers S.A., Sabanilla C.I. Ltda. y C.I. Mystery Flowers Ltda.

FREDDY EHLERS
Secretario General

949, apartado 16; de 28 de abril de 1998, Javico, C-306/96, Rec. p. I-1983, apartado 16, así como Manfredi y otros, antes citada, apartado 42). 35 De este modo, la incidencia sobre el comercio intracomunitario es, en general, el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos (véanse las sentencias de 21 de enero de 1999, Bagnasco y otros, C-215/96 y C-216/96, Rec. p. I-135, apartado 47, y de 29 de abril de 2004, British Sugar/Comisión, C-359/01 P, Rec. p. I-4933, apartado 27). Para verificar si una práctica colusoria afecta sensiblemente al comercio entre los Estados miembros, es preciso examinarla dentro de su contexto económico y jurídico (en este sentido, véase la sentencia de 27 de abril de 1994, Almelo, C-393/92, Rec. p. I-477, apartado 37).”

⁹ Artículo 5, Decisión 608.