



SUMARIO SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

| | |
|-----------------------------|---|
| DICTAMEN N° 002-2020 | Reclamo interpuesto por las empresas Cartavio S.A.A., Corporación Azucarera del Perú S.A., Casa Grande S.A.A., Agroindustrial Laredo S.A.A., Agroindustriales Jacinto S.A.A., Agroindustriales Paramonga S.A.A., Agroaura S.A.C., Agrolmos S.A. y Agrícola del Chira S.A. contra la República de Colombia, por el presunto incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608 y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina1 |
|-----------------------------|---|

DICTAMEN N° 002-2020

Reclamo interpuesto por las empresas Cartavio S.A.A, Corporación Azucarera del Perú S.A., Casa Grande S.A.A., Agroindustrial Laredo S.A.A., Agroindustriales Jacinto S.A.A., Agroindustriales Paramonga S.A.A., Agroaura S.A.C., Agrolmos S.A. y Agrícola del Chira S.A. contra la República de Colombia, por el presunto incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608 y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Lima, 04 de septiembre de 2020

SUMILLA.-

- [1] Las empresas Cartavio S.A.A, Corporación Azucarera del Perú S.A. Casa Grande S.A.A., Agroindustrial Laredo S.A.A., Agroindustriales Jacinto S.A.A., Agroindustriales Paramonga S.A.A., Agroaura S.A.C., Agrolmos S.A. y Agrícola del Chira S.A. (en adelante, las "Reclamantes") presentan ante la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la "SGCAN") reclamo contra la República de Colombia (en adelante, la "Reclamada"), por el presunto incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608 y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹.
- [2] 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 (TCTJCA), y conforme a la estructura señalada en el artículo 21 de la Decisión 623 (Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento).

¹ Dentro del Reclamo se indica como norma presuntamente vulnerada el artículo 4 de la Decisión 472, que aprueba la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En esta línea, se encuentra que la norma citada corresponde al Artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por lo que a lo largo del Dictamen se hará referencia a esta última norma.

- [3] Conforme lo indicado, el presente Dictamen se encuentra estructurado de la siguiente manera:
- I. RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO (ANTECEDENTES) IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS O CONDUCTAS MATERIA DEL RECLAMO
 1. RELACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES
 - 1.1. Argumentos de las Reclamantes
 - 1.2. Argumentos de la Reclamada
 - 1.3. Otros escritos presentados durante el procedimiento
 - 1.3.1. Escrito del gobierno del Ecuador
 - 1.3.2. Escrito del Gobierno del Perú
 - 1.3.3. Escrito de ASOCAÑA
 2. EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA SECRETARÍA GENERAL SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS
 - 2.1 Cuestiones Preliminares
 - 2.1.1. Competencia de la SGCAN para conocer el presente asunto
 - 2.1.2. Acerca de la naturaleza de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento
 - 2.2 Respecto a las cuestiones de procedimiento
 - 2.2.1 La supuesta falta de acreditación de la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo de las Reclamantes
 - 2.2.2 La supuesta falta de explicación sobre las razones por las cuales las Reclamantes consideran que la República de Colombia incumple el artículo 36 de la Decisión 608
 - 2.2.3 Acerca de las facultades de la SGCAN para solicitar información
 - 2.2.4 Acerca de la confidencialidad de la información suministrada por las Reclamantes
 - 2.2.5 La supuesta falta de acreditación de la flagrancia.
 - 2.2.6 La supuesta imposibilidad de vulnerar el artículo 36 de la Decisión 608
 - 2.3 Respecto a las cuestiones de Fondo
 - 2.3.1 Sobre el alegado incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608
 - 2.3.1.1 Contenido del artículo 36 de la Decisión N° 608
 - 2.3.1.2 Descripción del FEPA
 - 2.3.1.3 Evaluación sobre si la adopción del FEPA se constituye como política y medida regulatoria de mercado
 - 2.3.1.3.1 ¿Qué se entiende por políticas y medidas regulatorias de mercado?
 - 2.3.1.3.2 ¿El FEPA califica como política y medida regulatoria de mercado?
 - 2.4 Evaluación sobre si la aplicación del FEPA impide, entorpece o distorsiona la competencia en el mercado subregional
 - 2.4.1 ¿Qué se entiende por impedir, entorpecer o distorsionar la competencia en el mercado subregional?
 - 2.4.2 ¿El FEPA impide, entorpece o distorsiona la competencia en el mercado subregional?
 - 2.5 Cuestiones adicionales presentadas por las Partes, Ecuador y Asocaña
 - 2.6 Sobre el alegado incumplimiento del 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina



2.7 Sobre la flagrancia alegada

3. CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS

Conforme la referida estructura, a continuación se presenta:

I. RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO (ANTECEDENTES).-

- [4] Con fecha 23 de agosto de 2019 se recibió por parte de las Reclamantes, representadas por la Asociación Peruana de Agroindustriales del Azúcar y Derivado (en adelante APAAD), el reclamo por el presunto incumplimiento señalado en el párrafo [1] del presente Dictamen, así como sus anexos.
- [5] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1405/2019 de fecha 3 de septiembre de 2019, se requirió a las Reclamantes que subsanaran los requisitos de admisibilidad referidos a: i) la afectación de los derechos de las Reclamantes y su acreditación; ii) la identificación completa de las Reclamantes; iii) la identificación o descripción clara de las medidas o conductas que presuntamente incumplirían el ordenamiento jurídico andino; iv) la fundamentación de las razones por las cuales considera que las medidas o conductas identificadas constituyen un incumplimiento a cada uno de los artículos señalados como presuntamente vulnerados; y, vi) si las Reclamantes consideran que el incumplimiento tiene el carácter de flagrante.
- [6] Mediante escrito de fecha 24 de septiembre de 2019, las Reclamantes dio respuesta a la Comunicación SG/E/SJ/1405/2019 emitida por la SGCAN, con miras a subsanar los requisitos de admisibilidad requeridos para la continuación del procedimiento.
- [7] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1564/2019 de fecha 1 de octubre de 2019, la SGCAN determinó, luego de la evaluación correspondiente, que la documentación presentada por las Reclamantes (mediante escrito de fecha 24 de septiembre) se encontraba completa y conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Decisión 623, por lo que admitió a trámite el reclamo.
- [8] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1565/2019 de fecha 30 de septiembre de 2019, la SGCAN corrió traslado a la República de Colombia del reclamo presentado por las Reclamantes, otorgándole un plazo de treinta (30) días calendario para su contestación. Asimismo, mediante Comunicación SG/E/SJ/1566/2019, de la misma fecha, la SGCAN remitió el referido reclamo a los demás Países Miembros, a fin de que presenten los elementos de información que estimaran pertinentes.
- [9] Mediante Oficio OALI con radicado No. 2-2019-028692, recibido el 4 de octubre de 2019 por la SGCAN, la Reclamada solicitó una prórroga de treinta (30) días calendarios adicionales al plazo concedido por la SGCAN, para presentar contestación al reclamo interpuesto por las Reclamantes.
- [10] Mediante Oficio OALI con radicado No. 2-2019-029104, recibido el 7 de octubre de 2019 por la SGCAN, la Reclamada solicitó la realización de la reunión informativa a la que se refiere el artículo 18 de Decisión 623.
- [11] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1620/2019, de fecha 10 de octubre de 2019, la



- SGCAN comunicó a la Reclamada la concesión de la prórroga solicitada. De igual manera, mediante la misma comunicación la SGCAN convocó a la reclamada a una Reunión informativa con las partes para el día 12 de noviembre de 2019. Asimismo, mediante Comunicaciones SG/E/SJ/1621/2019 y SG/E/SJ/1622/2019, ambas del día 10 de octubre de 2019, la SGCAN informó a las Reclamantes y a los demás Países Miembros, respectivamente, sobre la concesión de la prórroga, así como la convocatoria a la reunión informativa.
- [12] Con fecha 8 de noviembre de 2019, la Reclamada acreditó a los representantes que asistirían a la reunión informativa de fecha 12 de noviembre de 2019.
- [13] Con fecha 11 de noviembre de 2019, las Reclamantes acreditaron a los representantes que asistirían a la reunión informativa de fecha 12 de noviembre de 2019.
- [14] Mediante Oficios N° 0021-2019-MINCETUR/VMCE/DGGJCI y N° 0022-2019-MINCETUR/VMCE/DGGJCI, de fecha 11 de noviembre de 2019, la República del Perú acreditó a los funcionarios que, en su representación, asistirían a la reunión informativa de fecha 12 de noviembre de 2019.
- [15] Mediante Oficio Nro. MPCEIP-SN-2019-0861-O de fecha 11 de noviembre de 2019, la República del Ecuador acreditó a los funcionarios que, en su representación, asistirían a la reunión informativa de fecha 12 de noviembre de 2019.
- [16] Con fecha 12 de noviembre de 2019 se llevó a cabo la reunión informativa con la participación de las Partes del procedimiento y de funcionarios de gobierno de la República de Ecuador y de la República del Perú; tal como consta en el Acta de la misma fecha, suscrita por las Partes, los representantes de la SGCAN y los funcionarios de los Países Miembros.
- [17] Mediante Comunicaciones SG/E/SJ/1836/2019, SG/E/SJ/1837/2019, N° SG/E/SJ/1838/2019 de fecha 15 de noviembre de 2019, la SGCAN requirió información vinculada al objeto del procedimiento a las Reclamantes, la Reclamada y a la República del Perú, otorgándoles para ello cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de a su recepción del requerimiento.
- [18] Con fecha 20 de noviembre de 2019, se recibió por parte de las Reclamantes una solicitud de prórroga por 20 días hábiles adicionales para remitir la información solicitada en la Comunicación SG/E/SJ/1838/2019 de fecha 15 de noviembre de 2019.
- [19] Mediante Oficio N° 0022-2019-MINCETUR/VMCE/DGGJCI de fecha 22 de noviembre de 2019, la República del Perú presentó una solicitud de prórroga por 20 días hábiles adicionales para remitir la información solicitada en la Comunicación SG/E/SJ/1836/2019 de fecha 15 de noviembre de 2019.
- [20] Mediante Comunicaciones SG/E/SJ/1881/2019 y SG/E/SJ/1884/2019, ambas de fecha 22 de noviembre de 2019, la SGCAN le otorgó una prórroga de 20 días hábiles a las Reclamantes y a la República del Perú, para que presentarán la información requerida mediante comunicaciones SG/E/SJ/1836/2019 y SG/E/SJ/1838/2019.
- [21] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1894/2019 de fecha 26 de noviembre de 2019, la SGCAN requirió información vinculada al objeto del procedimiento a la Reclamada.
- [22] Con fecha 28 de noviembre de 2019, se recibió por parte de la Asociación de Cultivadores de caña de Azúcar de Colombia (ASOCAÑA) un escrito con argumentos



- de oposición al reclamo.
- [23] Con fecha 29 de noviembre de 2019, la Reclamada presentó la contestación al reclamo interpuesto.
- [24] Mediante Oficio Nro. MPCEIP-SODYNC-2019-0200 fecha 29 de noviembre de 2019, la República del Ecuador presentó información sobre el reclamo.
- [25] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1922/2019 de fecha 3 de diciembre de 2019, la SGCAN acusó recibo de la contestación por parte de la Reclama y se le remitió el Escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre y el Oficio Nro. MPCEIP-SODYNC-2019-0200 de fecha 29 de noviembre de 2019 de la República del Ecuador.
- [26] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1923/2019 de fecha 3 de diciembre de 2019, la SGCAN acusó recibo de la información presentada por la República del Ecuador y le remitió el Escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre y el escrito de contestación del reclamo de fecha 29 de noviembre de 2019.
- [27] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1924/2019 de fecha 3 de diciembre de 2019, la SGCAN puso en conocimiento de las Reclamantes el Oficio Nro. MPCEIP-SODYNC-2019-0200 de la República del Ecuador, el Escrito de ASOCAÑA y el escrito de contestación del reclamo de fecha 29 de noviembre de 2019.
- [28] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1925/2019 de fecha 3 de diciembre de 2019, la SGCAN puso en conocimiento de los demás Países Miembros, el escrito de contestación del reclamo y el Oficio Nro. MPCEIP-SODYNC-2019-0200 de la República del Ecuador.
- [29] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1926/2019 de fecha 3 de diciembre de 2019, la SGCAN dio respuesta al escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.
- [30] Mediante Oficio N° OALI con radicado No. 2-2019-034543, recibido el 12 de diciembre de 2019 por la SGCAN, la Reclamada solicitó se aclarará si en este procedimiento era aplicable el artículo 30 de la Decisión 425 en los plazos dados por la SGCAN.
- [31] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1978/2019 de fecha 16 de diciembre de 2019, la SGCAN puso en conocimiento de las Reclamantes la Resolución No 2117 *“Modificación de la Resolución N° 2047 (Calendario de días hábiles de la Secretaría General para el año 2019 y horario de atención de la mesa de partes y al público)”*.
- [32] Mediante Comunicación SG/E/SJ/1979/2019 de fecha 16 de diciembre de 2019, la SGCAN puso en conocimiento de la República de Colombia, República del Ecuador y la República del Perú, la Resolución No 2117 *“Modificación de la Resolución N° 2047 (Calendario de días hábiles de la Secretaría General para el año 2019 y horario de atención de la mesa de partes y al público)”*.
- [33] Mediante Oficio N° OALI con radicado No. 2-2020-000074, recibido el 7 de enero de 2020 por la SGCAN, la Reclamada presentó una respuesta a la intervención de la República de Ecuador y a la solicitud de información de la SGCAN.
- [34] Con fecha 7 de enero de 2020, las Reclamantes presentaron la información requerida por la SGCAN mediante la comunicación SG/E/SJ/1838/2019 y solicitaron la confidencialidad de algunos documentos.



- [35] Mediante Oficio No 027-2019-MINCETUR/VMCE/DGGJCI de fecha 7 de enero de 2020, la República del Perú presentó la información requerida por la SGCAN mediante la comunicación SG/E/SJ/1836/2019.
- [36] Mediante Comunicación SG/E/SJ/28/2020 de fecha 9 de enero de 2020, la SGCAN acusó recibo del Oficio OALI con Radicado No 2-2020-000074 de la Reclamada, recibido el 7 de enero de 2020 por la SGCAN.
- [37] Mediante Comunicación SG/E/SJ/29/2020 de fecha 9 de enero de 2020, la SGCAN acusó recibo del Oficio No 027-2019-MINCETUR/VMCE/DGGJCI de la República del Perú, recibido el 7 de enero de 2020 por la SGCAN, y puso en conocimiento el Oficio OALI con Radicado No 2-2020-000074 de la Reclamada.
- [38] Mediante Comunicación SG/E/SJ/30/2020 de fecha 9 de enero de 2020, la SGCAN acusó recibo de la comunicación de fecha 7 de enero de 2020 de las Reclamantes y analizó el pedido de confidencialidad solicitado sobre sus 6 anexos. En esta misma comunicación, se puso en conocimiento de las Reclamantes el Oficio OALI con Radicado No 2-2020-000074 de la Reclamada y el Oficio No 027-2019-MINCETUR/VMCE/DGGJCI de la República del Perú.
- [39] Mediante Oficio N° OALI con radicado No. 2-2020-000448, recibido el 14 de enero de 2020 por la SGCAN, la Reclamada remite la información enunciada en el Oficio OALI con Radicado No 2-2020-000074.
- [40] Mediante Comunicación SG/E/SJ/64/2020 de fecha 16 de enero de 2020, la SGCAN comunicó a las Reclamantes la incorporación al expediente público de los anexos 5 y 6 de su escrito de fecha 7 de enero de 2020.
- [41] Con fecha 16 de enero de 2020, las Reclamantes remiten mediante correo electrónica una versión suscrita del anexo 5 de su comunicación de fecha 7 de enero del mismo año.
- [42] Mediante Comunicación SG/E/SJ/65/2020 de fecha 16 de enero de 2020, la SGCAN puso en conocimiento de la Reclamada y de la República del Perú, el escrito de fecha 7 de enero de 2020 de las Reclamantes con los respectivos anexos públicos. Sobre el particular, se informó acerca de la declaratoria de confidencialidad de los anexos 1A, 1B, 2, 3A, 3B y 4 de dicha comunicación de las Reclamantes.
- [43] Con fecha 29 de enero de 2020, las Reclamantes representaron un escrito de acerca los argumentos de defensa presentado por la República de Colombia en su contestación al reclamo.
- [44] Mediante Oficio N° OALI con radicado No. 2-2020-002204, recibido el 4 de febrero de 2020 por la SGCAN, la Reclamada se pronuncia sobre la información remitida por las Reclamantes y la información aportada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de la República del Perú.
- [45] Con fecha abril 6 de 2020 la Dirección General 1 produjo el Informe Técnico del caso, teniendo en cuenta las diversas comunicaciones y escritos presentados en el procedimiento.
- [46] Mediante Resoluciones N° 2138, 2140, 2141, 2146, 2149, 2152, 2156 y 2159 y en virtud de la pandemia del COVID 19 la Secretaría General de la Comunidad Andina



declaró días inhábiles y la correspondiente suspensión de plazos en ellos procedimientos administrativos de este órgano comunitario andino desde el 16 de marzo hasta el 14 de agosto de 2020.

II. IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS O CONDUCTAS MATERIA DEL RECLAMO.-

- [47] Conforme a lo señalado por las Reclamantes, las medidas de la Reclamada que configurarían el incumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina serían las siguientes:

Decreto 569 del 2000 *“Por el cual se organiza el Fondo de Estabilización de Precios para los azúcares centrifugados, las melazas derivadas de la extracción o del refinado del azúcar y los jarabes de azúcar”*.

Resolución N° 2 de 2019 *“Por medio de la cual se establecen los valores para unas variables requeridas para el cálculo de las operaciones de estabilización”*.

Resolución N° 1 de 2019 *“Por medio del cual se establece la metodología para las operaciones de estabilización”*.

Resolución N° 2 de 2018 *“Por medio de la cual se modifican los criterios a considerar para el cálculo del flete terrestre en el cálculo del precio de paridad de importación”*.

Resolución N° 4 de 2017 *“Por la cual se modifica la Resolución No. 1 del 27 de abril de 2017, por medio de la cual se elimina el Régimen de Transición y se organiza el Régimen Temporal para la liquidación de las Operaciones de Estabilización”*.

Resolución N° 1 de 2017 *“Por medio de la cual se elimina el Régimen de Transición y se Organiza el Régimen Temporal para la liquidación de las Operaciones de Estabilización”*.

Resolución N° 3 de 2013 *“Por medio de la cual se establecen los mecanismos de control y operación para la cesiones y compensaciones causadas por ventas en el Mercado Nacional Residual Tradicional”*.

Resolución N° 4 de 2011 *“Por la cual se señalan los parámetros para la determinación de gastos de exportación e importación”*.

Resolución N° 2 de 2007 *“Por medio de la cual se establecen los mecanismos de control y operación para las cesiones y compensaciones causadas por ventas en el mercado interno tradicional y de exportaciones conjuntas”*.

Circular N° 14 de la Secretaría Técnica – FEPA. Asunto: *“Modificaciones a procedimientos de control y otros del Mercado Nacional Residual Tradicional (MNRT)”*.

- [48] Al tenor de lo alegado por las Reclamantes, estas medidas establecen el mecanismo y metodología de funcionamiento del Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar (en adelante FEPA) creado por la República de Colombia, fondo que, a su criterio, afectaría el mercado subregional de azúcar en el que éstas participan².

² Foja 8 del escrito de Reclamo presentado por las Reclamantes, recibido el 23 de agosto de 2019.



- [49] El FEPA según indican las Reclamantes, a través de cesiones y compensaciones a la venta y otras operaciones reguladas sobre el azúcar y sus derivados, controlaría o neutralizaría la oferta del mercado colombiano del producto que viene del exterior y afectaría la competitividad en el mercado subregional andino³.
- [50] En este contexto, a criterio de las Reclamantes, éstas se encontrarían en una situación más desventajosa al intentar colocar sus productos en otros países en comparación con los productores/exportadores colombianos, que, a diferencia de los productores peruanos, reciben una compensación o cesión al momento de efectuarse la compra y venta del azúcar y sus derivados⁴.
- [51] En virtud a ello, las Reclamantes señalan que la República de Colombia incumple el artículo 36 de la Decisión 608 y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuyo tenores textuales indican:

“Decisión 608. Artículo 36.- En la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional. El Comité podrá elevar recomendaciones tendientes a eliminar, cuando corresponda, estos trámites y requisitos para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia.” (Énfasis agregado)

“Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 4.- Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.” (Énfasis agregado)

- [52] En esta línea indican las Reclamantes que la conducta contraria al ordenamiento jurídico comunitario radica en la estructura y funcionamiento del FEPA, las cuales fomentan el desarrollo de estrategias y conductas anticompetitivas que impiden, distorsionan y entorpecen el comercio interandino, especialmente con efectos reales en el mercado peruano del azúcar.⁵

1. RELACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES.-

1.1. Argumentos de las Reclamantes:

- [53] El escrito de reclamo de fecha 23 de agosto de 2019 y el escrito de subsanación de fecha 24 de septiembre de 2019⁶, las Reclamantes indican que la República de

³ Foja 31 del escrito de subsanación presentado por las Reclamantes, recibido el 24 de septiembre de 2019.

⁴ Foja 31 del escrito de subsanación presentado por las Reclamantes recibido el 24 de septiembre de 2019.

⁵ Foja 8 del escrito de Reclamo presentado por las Reclamantes, recibido el 23 de agosto de 2019.

⁶ Dichos escritos fueron acompañados por los siguientes documentos:

- (i) Copia de la Ley N° 101 de 1993 “Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero” de Colombia, Capítulos V y VI.
- (ii) Copia del Decreto 569 del 2000 “Por el cual se organiza el Fondo de Estabilización de Precios para los azúcares centrifugados, las melazas derivadas de la extracción o del refinado del azúcar y los jarabes de azúcar”.
- (iii) Copia de la Resolución N° 2 de 2019 “Por medio de la cual se establecen los valores para unas variables requeridas para el cálculo de las operaciones de estabilización”.
- (iv) Copia de la Resolución N° 1 de 2019 “Por medio del cual se establece la metodología para las operaciones de estabilización”.
- (v) Copia de la Resolución N° 2 de 2018 “Por medio de la cual se modifican los criterios a considerar para el cálculo del flete terrestre en el cálculo del precio de paridad de importación”.
- (vi) Copia de la Resolución N° 1 de 2018 “Por medio de la cual se incorpora el ajuste tao (t) en la metodología para el cálculo de las operaciones de estabilización y se amplía el alcance del control de las exportaciones con despacho terrestre”.
- (vii) Copia de la Resolución N° 4 de 2017 “Por medio de la cual se modifica la Resolución N° 1 de 2017, por medio de la cual se elimina el Régimen de Transición y se Organiza el Régimen Temporal para la liquidación de las Operaciones de Estabilización”.



Colombia a través de la estructura y funcionamiento del FEPA estaría incumpliendo el artículo 36 de la Decisión N° 608.

- [54] El incumplimiento de la normativa comunitaria según las Reclamantes, se desprende de que la adopción del FEPA es contraria a los principios de la libre competencia porque promueve conductas colusorias⁷, condiciones de comercialización, repartición de mercados y prácticas de exclusión como las restricciones a las importaciones⁸. Sostienen además que, el FEPA determina una fijación indirecta de precios –conducta prohibida por el artículo 7 de la Decisión 608– toda vez que los exportadores colombianos establecen sus precios de venta de azúcar al Perú tomando en cuenta el valor de las compensaciones que percibirán del fondo⁹.
- [55] En esta línea, las Reclamantes indican que el *“FEPA amenaza o afecta la producción y venta de azúcar y derivados en el mercado subregional andino, impidiendo y dificultando el acceso y permanencia en dicho mercado al crear un sistema de cesiones y compensaciones que beneficia a los productores y exportadores colombianos, [sic] permitiéndoles fijar directa o indirectamente los precios y condiciones de comercialización, restringiendo la oferta y demanda.”*¹⁰
- [56] En igual sentido, las Reclamantes señalan que *“el FEPA es un mecanismo, directa o indirectamente (como se quiera entender) impuesto por el Gobierno de Colombia, el que determina un daño o amenaza a las Reclamantes en el mercado subregional del cual Perú forma parte, estableciendo artificialmente precios nacionales e internacionales, repartición de mercados, entre otras prácticas, relacionadas con el azúcar y*

- (viii) Copia de la Resolución N° 3 de 2017 *“Por medio de la cual se establecen los mecanismos de control y operación para las cesiones y compensaciones causadas por exportaciones que se despachen al exterior vía terrestre”*.
- (ix) Copia de la Resolución N° 1 de 2017 *“Por medio de la cual se elimina el Régimen de Transición y se Organiza el Régimen Temporal para la liquidación de las Operaciones de Estabilización”*.
- (x) Copia de la Resolución N° 3 de 2016 *“Por medio de la cual se adopta la Política de Manejo de la Información del Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los jarabes de Azúcar”*.
- (xi) Copia de la Resolución N° 2 de 2016 *“Por medio del cual se establecen los valores para unas variables requeridas para el cálculo de las operaciones de estabilización”*.
- (xii) Copia de la Resolución N° 1 de 2016 *“Por medio del cual se establece la metodología para las operaciones de estabilización”*.
- (xiii) Copia de la Resolución N° 3 de 2013 *“Por medio de la cual se establecen los mecanismos de control y operación para las cesiones y compensaciones causadas por ventas en el Mercado Nacional Tradicional”*.
- (xiv) Copia de la Resolución N° 4 de 2011 *“Por la cual se señalan los parámetros para la determinación de gastos de exportación e importación”*.
- (xv) Copia de la Resolución N° 2 de 2007 *“Por medio de la cual se establecen los mecanismos de control y operación para las cesiones y compensaciones causadas por ventas al mercado interno tradicional y de exportaciones conjuntas”*.
- (xvi) Copia de la Resolución N° 1 de 2001 *“Por medio de la cual se adopta el Reglamento de Operación del Comité Directivo del Fondo”*.
- (xvii) Circular N° 14 de la Secretaría Técnica – FEPA. Asunto: *“Modificaciones a procedimientos de control y otros del Mercado Nacional Residual Tradicional (MNRT)”*
- (xviii) Copia del documento denominado *“Notificación por aviso”*.
- (xix) Copia de otros instrumentos legales denominados: *“CAPITULO 1. De los mecanismos de control interno”, “CAPITULO 2. De los mecanismos de control externo”, “TITULO 4. Fondo de Estabilización de precios para los azúcares centrifugados, las melazas derivadas de la extracción o el refinamiento de azúcar y los jarabes de azúcar” y “FONDOS PARAFISCALES AGROPECUARIOS Y PESQUEROS”*.
- (xx) Copia de la Resolución N° 80847 de la SIC, vinculado a prácticas contra la libre competencia ejercida por determinados ingenios azucareros.
- (xxi) Copia de Oficio del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de Colombia – Minagricultura – con radicado N° 20191110132491 de fecha 26 de junio de 2019, de referencia: *“Derecho de petición información/Producción de Azúcar en Colombia”*, dirigida al EGR & Abogados Asociados.

⁷Cabe indicar que si bien, las Reclamantes en su escrito de fecha 23 de agosto de 2019, indican en la nota al pie 25 de la foja 15 que *“se aclara que la normatividad que rige el FEPA no tiene el propósito de fijar precios ni asignar cuotas de producción. El instrumento no limita las cantidades a producir por cada productor ni define precios de venta.”* En tanto los argumentos son reiterados en su escrito de subsanación de 24 de septiembre, entiende esta SGCAN que los mismos se mantienen.

⁸ Este argumento es reiterado en varias partes del escrito de Reclamo, recibido el 23 de agosto de 2019 (ver fojas 8, 35, 36, 40, 41 y 54) así como en el escrito de subsanación presentado por las Reclamantes el 24 de setiembre de 2019 (fojas 13, 14, 25 y 26).

⁹ Foja 45 del escrito de Reclamo de fecha 23 de agosto de 2019.

¹⁰ Foja 13 del escrito de subsanación de las Reclamantes de fecha 24 de septiembre de 2019.



derivados.”¹¹

- [57] En lo que respecta, a cómo funcionaría el mecanismo, indican que este mecanismo “*impone y otorga cesiones y compensaciones parafiscales a los productores y/o exportadores colombianos relacionados al azúcar, generando un incentivo a éstos que distorsiona la libre competencia en el mercado subregional andino que afecta a las Reclamantes*”¹². Continúan indicando las Reclamantes que “*la distorsión se encuentra en que se estaría generando una indiferencia en la colocación de precio de venta o entrega del producto de azúcar y sus derivados a los que se encuentren bajo el mecanismo en el mercado subregional andino. Esta indiferencia de las cesiones o compensaciones no está vinculada al libre mercado, sino se da como resultado de la aplicación de determinados conceptos (precios de referencia y mercados) que están sujetos a variables, las cuales son discreciones y poco transparentes.*”¹³
- [58] En esta línea las Reclamantes indican que el FEPA incentiva que exista un exceso de azúcar para que este sea colocado en el mercado subregional andino, evitando que los productores colombianos compitan el mercado local¹⁴. De igual manera, señalan que las aportaciones al FEPA no son voluntarias sino impuestas por la República de Colombia¹⁵.
- [59] Para las Reclamantes, el FEPA distorsiona, obstaculiza e impide la libre competencia en la Subregión, generando los siguientes efectos¹⁶:
- [60] Neutraliza la oferta del mercado colombiano del azúcar que proviene del exterior, impidiendo y dificultando su acceso¹⁷.
- [61] Distorsiona el mercado peruano del azúcar, al desplazar la oferta doméstica peruana y la de terceros países¹⁸.
- [62] Afecta la competitividad del mercado subregional, ya que las exportaciones de azúcar peruana a un determinado país se encuentran en desventaja respecto a las exportaciones de azúcar colombiana dirigidas a ese mismo país¹⁹.
- [63] A fin de apoyar sus argumentos, las Reclamantes citan casos como: (i) la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCAN) en el Proceso 118-AI-2013, sobre el caso del arroz en Colombia²⁰; (ii) las constataciones realizadas por la SGCAN expuestas en la Resolución N° 984, vinculado al Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, Aceite de Palma y sus Fracciones²¹; y, (iii) las determinaciones efectuadas por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en adelante, SIC) en la Resolución N° 80847, vinculado a prácticas contra la libre competencia ejercida por determinados ingenios azucareros²².

¹¹ Fojas 13 a 14 del escrito de subsanación de las Reclamantes de fecha 24 de septiembre de 2019.

¹² Foja 14 del escrito de subsanación de las Reclamantes de fecha 24 de septiembre de 2019.

¹³ Foja 17 del escrito de subsanación de las Reclamantes de fecha 24 de septiembre de 2019.

¹⁴ Foja 17 del escrito de subsanación de las Reclamantes de fecha 24 de septiembre de 2019.

¹⁵ Foja 18 del escrito de subsanación de las Reclamantes de fecha 24 de septiembre de 2019.

¹⁶ Las tres (3) formas en que se manifiesta el efecto real, según las Reclamantes, son reiteradas en varias partes de su escrito de reclamo del 23 de agosto de 2019 (ver fojas 35, 36, 38 y 53) así como en su escrito del 24 de septiembre de 2019 (ver fojas 17, 22, 24, 25 y 27).

¹⁷ Fojas 39 a 40 del escrito de Reclamo de fecha 23 de agosto de 2019 y las fojas 3, 15, 27 y 28 del escrito de subsanación de las Reclamantes de fecha 24 de septiembre de 2019.

¹⁸ Fojas 41, 44, 46 y 53 del escrito de Reclamo de fecha 23 de agosto de 2019 y las fojas 3, 27, 30, 33 y 34 del escrito de subsanación de las Reclamantes de fecha 24 de septiembre de 2019.

¹⁹ Fojas 3, 15, 17, 22, 24, 27, 28, 34 y 36 del escrito de subsanación de las Reclamantes de fecha 24 de septiembre de 2019.

²⁰ Fojas 21 al 27 del escrito de Reclamo de fecha 23 de agosto de 2019.

²¹ Fojas 42 al 44 del escrito de Reclamo de fecha 23 de agosto de 2019.

²² Fojas 38 al 41 del escrito de Reclamo de fecha 23 de agosto de 2019.



- [64] Además, se hace referencia a documentos académicos como: (i) Tudela, Rosales y Samacá (2004); (ii) Prada (2004); (iii) Econestudio (2014); y, (iv) Alonso, Arcila y Montenegro (2017) para señalar que, “...dichos estudios indican que la estructura y funcionamiento del FEPA regula artificialmente los precios en el mercado colombiano de azúcar, los cuales, en su exportación, generan distorsiones en la competencia del mercado interregional andino...”²³; y presenta información económica comercial sobre el comercio del azúcar y las compensaciones del FEPA²⁴.
- [65] Cabe indicar que las Reclamantes, en respuesta al requerimiento de información solicitado por la SGCAN mediante comunicación N° SG/E/SJ/1838/2019, presentaron el 7 de enero de 2020 diversa información económica y comercial de las empresas asociadas a dicho gremio azucarero, además de dos (2) informes elaborados por la compañía Comercia Consulting.²⁵
- [66] En dicha oportunidad, las Reclamantes presentan en un escrito diversos cuestionamientos respecto a aspectos procedimentales cuestionando el detalle de la información requerida por la SGCAN, ya que, a su juicio, un procedimiento de incumplimiento amparado en la Decisión 623 no exige el nivel de detalle probatorio como el requerido en una investigación de libre competencia amparada en la 608²⁶. Además, señala que la SGCAN requirió información que ya se encuentra en su poder, en el “Sistema Subregional de Información Estadística”, Decisión 115; y en particular en el “Sistema de Información Estadística Agropecuaria de la Comunidad Andina”, Decisión 692²⁷.
- [67] En el Informe denominado “La distorsión a la competencia del FEPA en el mercado peruano” adjunto a su escrito, las Reclamantes brindan una explicación sobre el funcionamiento del mecanismo de estabilización, en la cual presentan los siguientes aspectos:

²³ Foja 38 del escrito de Reclamo de fecha 23 de agosto de 2019.

²⁴ En su escrito de fecha 23 de agosto de 2019 presenta los siguientes cuadros y gráficos:

- “Gráfico 1: Mecanismo del FEPA colombiano”. Pág. 16.
- “Gráfico 2: Precios mensuales de azúcar blanca colombiana en el mercado mayorista interno y de exportación a Perú 2014-2018”. Pág. 20.
- “Gráfico 3: Precios promedio FOB de exportación de azúcar colombiana según principales destinos”. Pág. 46.
- “Gráfico 4: Volumen de importaciones de azúcar blanca por país de origen (porcentajes de participación)”. Pág. 48.
- “Tabla: Importaciones de azúcar desde Colombia y compensaciones FEPA”. Pág. 49.
- “Gráfico 5: Importaciones de azúcar blanca de Colombia y compensaciones FEPA”. Pág. 50.
- “Gráfico 6: Compensaciones y precios de exportación de azúcar colombiana”. Pág. 51.
- “Gráfico 7: Importaciones de azúcar blanca y derechos específicos variables”. Pág. 53.

²⁵ las Reclamantes presentaron la siguiente información:

- (i) Datos totales de producción y ventas de azúcar a nivel nacional Del Chira para el periodo enero de 2018 – octubre de 2019 (meses en los que ha estado en funcionamiento), en formato Excel. Se adjuntan copia de facturas para el mismo periodo, en formato PDF.
- (ii) Datos totales de producción y ventas de azúcar a nivel nacional de Paramonga para el periodo enero de 2010 – octubre de 2019, en formato Excel.
- (iii) Muestra de producción y ventas de azúcar a nivel nacional de Laredo para el periodo enero de 2015 – octubre de 2019, en formato Excel. Se adjuntan copia de facturas para el mismo periodo, en formato PDF.
- (iv) Datos totales de producción y ventas de azúcar a nivel nacional de Casa Grande, Cartavio, San Jacinto, Agrolmos y Agroaurora para el periodo enero de 2011 – octubre de 2019, en formato Excel.
- (v) Documento denominado “Nota Explicativa. Pedido de información realizado por la Secretaría Técnica de la Comunidad Andina a la Asociación de Agroindustriales del Azúcar y Derivados – APAAD”, elaborado por la compañía Comercia Consulting, en el cual se presenta el sustento para la elaboración de los gráficos y cuadros que se presentaron en el reclamo.
- (vi) Informe “La distorsión a la competencia del FEPA en el mercado peruano” elaborado por la compañía Comercia Consulting. Respecto a la información económica y comercial presentada con el escrito referida a los datos de producción y ventas de las empresas azucareras, las Reclamantes presentaron su justificación para solicitar la confidencialidad.

²⁶ Fojas 4 a 5 del escrito de las Reclamantes recibido el 7 de enero de 2020.

²⁷ Fojas 4 a 5 del escrito de las Reclamantes recibido el 7 de enero de 2020.



- [68] Respecto a la supuesta conducta contraria a la libre competencia, señala que la metodología del FEPA es en extremo compleja y poco transparente, sobre la cual recayó en 2015 una sentencia adversa de parte de la SIC de Colombia.²⁸
- [69] Sobre los supuestos efectos sobre la competencia en el ámbito subregional, en dicho documento se menciona que:
- [70] En el estudio García y Meléndez (2014) se concluye sobre el FEPA está diseñada para asegurar que la producción de azúcar que se coloca en el mercado nacional no exceda su pico histórico, que los productores no tengan que competir agresivamente entre sí en el mercado local y mantener un equilibrio de precios más alto y cantidades más bajas en el mercado nacional (y mayores ganancias) que los que resultarían naturalmente en franca competencia.²⁹
- [71] El FEPA permite absorber excesos de producción garantizando un retorno mayor que el que ofrece el mercado internacional. La oferta colombiana excedente se coloca a precios tan bajos como el internacional en mercados como el peruano, compitiendo con ventaja artificial frente a la oferta de azúcar del Perú.³⁰
- [72] En el Reporte sobre Competencia en Colombia de la OCDE (2016) se señala que los mecanismos de estabilización de precios se configuran como contribuciones financieras a la exportación. En el Informe se señala que, una contribución financiera que promueve las exportaciones a precios más bajos que aquellos a los que se vendería el producto de no existir estos, no sólo es un incentivo a la sobre oferta de producción de azúcar, sino un elemento distorsionador de la competencia, al tratarse de un producto que se puede vender artificialmente bajo, desplazando a producción de otros países que no están subsidiadas, como es el caso del Perú³¹.
- [73] En el escrito de fecha 28 de enero de 2020, las Reclamantes presentaron comentarios a un escrito presentado por la Reclamada³². Dicho escrito fue acompañado con el informe elaborado por la compañía Comercia Consulting denominado "Comentarios sobre aspectos de competencia incluidos en la contestación al reclamo presentado por la Asociación Peruana de Agroindustriales de Azúcar y Derivados (APAAD)" en el cual se presentan las siguientes cuestiones:

Con relación a la supuesta cartelización promovida por el FEPA:

- [74] Se alega que existe el precedente de la sentencia de la SIC, que comprobó que los ingenios azucareros de Colombia habían acordado distribuirse el mercado colombiano bajo un esquema de cuotas y promovieron el impedimento de azúcar importada desde otros países.³³

²⁸ Foja 2 del informe "La distorsión a la competencia del FEPA en el mercado peruano" adjunto al escrito de las Reclamantes recibido el 7 de enero de 2020.

²⁹ Foja 5 del informe "La distorsión a la competencia del FEPA en el mercado peruano" adjunto al escrito de las Reclamantes recibido el 7 de enero de 2020.

³⁰ Foja 5 del informe "La distorsión a la competencia del FEPA en el mercado peruano" adjunto al escrito de las Reclamantes recibido el 7 de enero de 2020.

³¹ Fojas 5 y 6 del informe "La distorsión a la competencia del FEPA en el mercado peruano" adjunto al escrito de las Reclamantes recibido el 7 de enero de 2020.

³² Las Reclamantes sobre los cuestionamientos presentados por la Reclamada en la contestación referidos a la etapa de admisión del reclamo, se refirieron de manera positiva el cumplimiento de los requisitos del reclamo, en específico a su legitimidad actuar en el presente procedimiento, la presentación de las razones o motivos por las cuales consideran que Colombia ha incumplido el artículo 36 de la Decisión 608 así como la demostración que el presunto incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608 tenga carácter "flagrante".

³³ Foja 3 del informe "Comentarios sobre aspectos de competencia incluidos en la contestación al reclamo presentado por la Asociación Peruana de Agroindustriales de Azúcar y Derivados (APAAD)" presentado por las Reclamantes con el escrito del 28 de enero de 2020.



- [75] Se señala que el FEPA es el resultado de la implementación de una serie de conductas (Ley, Decreto, Resoluciones denunciadas) de un agente estatal, que por norma andina está prohibido de propiciar conductas contrarias a la competencia en agentes económicos (empresas privadas o gremios como ASOCAÑA). Agrega que este fondo tiene un comité directivo público-privado presidido por un ministro del Estado y del cual se derivan Resoluciones (actos/conductas) adicionales que condiciona la conducta de los ingenios y empresas comercializadoras de azúcar, a través de una metodología poco transparente.³⁴
- [76] Se manifiesta que, sin el sistema de cesión y compensación del FEPA existiría una fuerte competencia de precios en el mercado interno de Colombia y menos excedentes para exportar (con ganancias artificiales). Agrega que se ocasiona una distorsión a la competencia subregional porque el FEPA promociona y permite un cartel donde los productores fijan un precio de maximización en Colombia. Dicho precio les permite generar la mayor cantidad de recursos posibles para exportar mayores cantidades de las podría exportar sin este fondo, quitando espacios comerciales a la producción azucarera de otros países de la subregión e impidiendo su desarrollo.³⁵
- [77] Con relación a los efectos del FEPA sobre el comercio subregional (Variaciones de volúmenes de importación de azúcar desde Colombia):
- [78] Se indica que en el caso de azúcar rubia, el promedio anual de las importaciones peruanas desde Colombia se triplico en el periodo 2001 – 2019, en comparación al periodo 1993 – 1999, mientras que las importaciones desde Guatemala en el mismo periodo prácticamente se mantuvieron, y desde Brasil se incrementaron, pero correspondieron a volúmenes bastante inferiores a las de Colombia. Se agrega además que, en promedio, luego de la creación del FEPA (2001), las importaciones provenientes de Colombia han aumentado en mayor medida que las importaciones desde Brasil, en tanto que aquellas provenientes de Guatemala no han variado.³⁶
- [79] En el caso de azúcar blanca, el 91% de todo el volumen importado de azúcar en el periodo 1993 – 2019 proviene desde Colombia (fue 78% en el periodo 2015 – 2019).³⁷
- [80] En el caso de azúcar blanca, se evidencian tres cosas: a) el promedio de importación de azúcar de Colombia entre 1993 – 1999 y 2001 – 2019 es similar; b) el promedio de las importaciones desde Brasil y Guatemala caen significativamente entre tales periodos; y, c) la dispersión de las importaciones desde Colombia sube de manera importante en el segundo periodo, mientras que esta cae también de manera notoria para los otros dos países.³⁸

³⁴ Foja 4 del informe “Comentarios sobre aspectos de competencia incluidos en la contestación al reclamo presentado por la Asociación Peruana de Agroindustriales de Azúcar y Derivados (APAAD)” presentado por las Reclamantes con el escrito del 28 de enero de 2020.

³⁵ Foja 5 del informe “Comentarios sobre aspectos de competencia incluidos en la contestación al reclamo presentado por la Asociación Peruana de Agroindustriales de Azúcar y Derivados (APAAD)” presentado por las Reclamantes con el escrito del 28 de enero de 2020.

³⁶ Foja 8 del informe “Comentarios sobre aspectos de competencia incluidos en la contestación al reclamo presentado por la Asociación Peruana de Agroindustriales de Azúcar y Derivados (APAAD)” presentado por las Reclamantes con el escrito del 28 de enero de 2020.

³⁷ Fojas 8 a 9 del informe “Comentarios sobre aspectos de competencia incluidos en la contestación al reclamo presentado por la Asociación Peruana de Agroindustriales de Azúcar y Derivados (APAAD)” presentado por las Reclamantes con el escrito del 28 de enero de 2020.

³⁸ Fojas 9 a 12 del informe “Comentarios sobre aspectos de competencia incluidos en la contestación al reclamo presentado por la Asociación Peruana de Agroindustriales de Azúcar y Derivados (APAAD)” presentado por las Reclamantes con el escrito del 28 de enero de 2020.



- [81] Luego de examinar los precios nacionalizados de azúcar blanca en Perú, provenientes de Colombia, Brasil y Guatemala, se concluye que la ventaja que otorga el FEPA a las exportaciones colombianas les permite ubicarse a niveles de precios muy inferiores a los de sus principales competidores en el mercado peruano, lo que les permite desplazar la oferta de países dentro y fuera de la subregión. Resalta además que, el diferencial de precios en favor de Colombia ha crecido en el periodo 2016 – 2019, indicando que el FEPA brinda una ventaja comercial de precios en la exportación colombiana.³⁹

1.2 Argumentos de la Reclamada:

- [82] La Reclamada presentó cuestionamientos al reclamo en aspectos del tipo procedimental y sobre asuntos de fondo del reclamo⁴⁰.

Aspectos procedimentales

- [83] La Reclamada en su contestación indica que no se demostró una afectación real o potencial a los derechos de las Reclamantes que acredite su legitimidad por activa ya que no resultaría suficiente para ello que las Reclamantes realicen una actividad económica que se vincula con el producto objeto del FEPA.⁴¹
- [84] De manera similar, la Reclamada indica que las Reclamantes no describieron las razones por las cuales considera que la República de Colombia incumple el artículo 36 de la Decisión 608, considerando que sus argumentos se tratan de afirmaciones inválidas que carecen de elementos probatorios que las soporten⁴². En esta línea señala que no se acreditó la producción de un resultado en el ámbito territorial⁴³ y se planteó

³⁹ Fojas 13 a 17 del informe “Comentarios sobre aspectos de competencia incluidos en la contestación al reclamo presentado por la Asociación Peruana de Agroindustriales de Azúcar y Derivados (APAAD)” presentado por las Reclamantes con el escrito del 28 de enero de 2020.

⁴⁰ De manera complementaria la República de Colombia presenta en su Oficio del 29 de noviembre de 2019 observaciones sobre determinados alegatos específicos expuestos en el reclamo presentado por la APAAD, y advierte que “...ninguna de estas afirmaciones, sustentos o conjeturas ni está precedida de una argumentación estricta, ni se incorpora un razonamiento que cuenta con el soporte probatorio respectivo, ni se comprueba que se haya generado una distorsión o afectación del mercado subregional andino...”. A continuación, se presenta un resumen de los cuestionamientos que hace el gobierno de Colombia a los comentarios específicos:

- Indicar que el FEPA facilita la colusión de precios, las condiciones de comercialización, la repartición de formulados por la APAAD: mercado o las restricciones a las importaciones, resultan aseveraciones temerarias que no se encuentran respaldadas en pruebas ni en un examen del ámbito de aplicación de la Decisión 608, tanto territorial (artículo 5) como material (artículo 36).
- Respecto al debate de la naturaleza de los recursos que provienen de las cesiones de estabilización que constituyen los ingresos del FEPA, la APPAD no desarrolla tal cuestionamiento en orden a determinar que se contraponen al ordenamiento jurídico andino o que, siquiera, corresponde a un elemento material a ser valorado por los órganos que integran el Sistema Andino de Integración.
- Resulta incorrecto indicar que las contribuciones parafiscales relativas a las cesiones de estabilización sean sufragadas por los importadores de azúcar en el mercado colombiano, pues sólo se ven sometidos al Sistema Andino de Franja de Precios, con excepción de aquellos que se encuentren en los Países Miembros de la CAN.
- Señalar que en Colombia existe un oligopolio de ingenios azucareros que mantiene precios internos altos en virtud de la estructura de protección arancelaria no hace parte de la cuestión de la litis como es el Sistema Andino de Franja de Precios.
- Con respecto al caso del arroz en Colombia (Proceso 118-AI-2003), corresponde a unos hechos, medidas, sector y ámbito normativo distinto del analizado en el presente trámite administrativo ante la SGCAN, sin que se establezcan las circunstancias similares que permitan a la autoridad comunitaria equivaler ambos eventos y poder adoptar idénticas conclusiones constituyere lo que en lógica informal se ha denominado como una falacia de falsa causa.
- Respecto a los estudios económicos citados en el reclamo, ninguno de ellos demostraría los efectos alegados por las Reclamantes, uno de ellos (Tudela, Rosales y Samacá, 2004) se encuentra enfocado al mercado de aceite de palma colombiano, mientras que otros de ellos (Alonso, Arcila y Montenegro, 2017) tiene por objeto demostrar cómo el FEPA permite aislar el efecto de los precios internacional en el mercado local.
- Sobre la Decisión de la SIC, respecto al caso del FEPA revisado en el fuero interno, se debe aclarar que dicho caso no abarca ninguno de los elementos configurados en el artículo 36 de la Decisión 608, ni se refiere a las medidas cuestionadas en el presente trámite prejudicial, ni corresponde a una valoración que tenga como referencia una misma realidad fáctica y jurídica motivo por el cual no puede ser considerada como elemento de convicción.

Al respecto ver páginas 32 al 38 del escrito de contestación de la República de Colombia.

⁴¹ Foja 15 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁴² Foja 19 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁴³ Foja 28 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.



una supuesta contradicción entre regulación y derecho de la competencia. En este mismo destacó que las Reclamantes no especificaron ni corroboraron las circunstancias específicas en virtud de las cuales las medidas denunciadas afectan el mercado subregional andino⁴⁴.

- [85] La Reclamada alega además que las Reclamantes no acreditaron la existencia de un incumplimiento “flagrante” en tanto en el reclamo se alude a un precedente que constituiría un incumplimiento de naturaleza flagrante, que no existe⁴⁵.
- [86] En este sentido, señala que el reclamo presentado no reúne las condiciones mínimas para que la SGCAN pueda llevar a cabo un pronunciamiento de fondo, y por ello, debe inadmitirlo⁴⁶.
- [87] Por otra parte, la Reclamada en escrito del 4 febrero de 2020, cuestionó la potestad de solicitar información por parte de la SGCAN y señaló que esta se delimita a una fase específica (reunión informativa) o momento procesal determinado del procedimiento; y tiene un alcance preciso, esto es, que se trate de información complementaria al reclamo.⁴⁷ Además solicitó a la Secretaría General no considerar la información declarada como confidencial en el presente procedimiento ni aquella presentada por las Reclamantes fuera de la etapa de admisión⁴⁸. Sobre este punto la Reclamada señala que:

2.1.1 “... resulta necesario que se tengan en consideración algunos aspectos referidos a la procedencia de dicha información, al otorgamiento de confidencialidad respecto de parte de ésta y a los nuevos documentos allegados por la reclamante, situaciones que para el suscrito constituyen situaciones que afectan los principios del procedimiento que se surte como fase prejudicial de la acción de incumplimiento, lo que implica una afectación de los derechos que nos asisten como País Miembro, en el marco de esta actuación.”⁴⁹

- [88] Siendo ello así, los cuestionamientos sobre los aspectos procedimentales en resumen a los siguientes asuntos:
- [89] La supuesta falta de acreditación de la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo para efectos constatar la legitimidad por activa de las Reclamantes.

⁴⁴ Foja 13 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁴⁵ Foja 28 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁴⁶ Foja 13 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁴⁷ Foja 6 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

⁴⁸ Foja 19 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

⁴⁹ Foja 4 del escrito de la República de Colombia del 4 de febrero de 2020.

La información presentada a la que hace referencia el escrito es la siguiente información:

- (i) **Anexo 1A.** Datos totales de producción y ventas de azúcar a nivel nacional Del Chira para el periodo enero de 2018 – octubre de 2019 (meses en los que ha estado en funcionamiento), en formato Excel. **Anexo 1B.** Se adjuntan copia de facturas para el mismo periodo, en formato PDF.
- (ii) **Anexo 2.** Datos totales de producción y ventas de azúcar a nivel nacional de Paramonga para el periodo enero de 2010 – octubre de 2019, en formato Excel.
- (iii) **Anexo 3A.** Muestra de producción y ventas de azúcar a nivel nacional de Agroindustrial Laredo S.A.A. para el periodo enero de 2015 – octubre de 2019, en formato Excel. **Anexo 3B.** Se adjuntan copia de facturas para el mismo periodo, en formato PDF.
- (iv) **Anexo 4.** Datos totales de producción y ventas de azúcar a nivel nacional de Casa Grande, Cartavio, San Jacinto, Agrolmos y Agroaurora para el periodo enero de 2011 – octubre de 2019, en formato Excel.
- (v) **Anexo 5.** Documento denominado “Nota Explicativa. Pedido de información realizado por la Secretaría Técnica de la Comunidad Andina a la Asociación de Agroindustriales del Azúcar y Derivados – APAAD”, elaborado por la compañía Comercia Consulting, en el cual se presenta el sustento para la elaboración de los gráficos y cuadros que se presentaron en el reclamo.
- (vi) **Anexo 6.** Informe “La distorsión a la competencia del FEPA en el mercado peruano” elaborado por la compañía Comercia Consulting.



- [90] La supuesta falta de explicación sobre las razones por las cuales se considera que la República de Colombia incumple el artículo 36 de la Decisión 608.
- [91] La supuesta falta de acreditación de la flagrancia.
- [92] El ejercicio de la potestad de solicitar información por la Secretaría General.
- [93] La consideración de la información declarada como confidencialidad en el presente procedimiento.

Aspectos sobre el fondo

- [94] La Reclamada alega que en el reclamo se evidencia un equivocado entendimiento de la facultad regulatoria de la República de Colombia en relación con la producción y comercialización de azúcar en el mercado interno, la cual no tendría vocación de contraponerse a la libre competencia en el mercado subregional andino. Asimismo, indica que las Reclamantes incorporan aseveraciones que no tienen soporte alguno acerca de la facilitación de la colusión de precios, las condiciones de comercialización, la repartición de mercados o las restricciones a las importaciones⁵⁰.
- [95] En esta misma línea, la Reclamada señala los siguientes temas:
- [96] Respecto a la conformidad del FEPA con el ordenamiento jurídico andino, menciona que este mecanismo se crea luego de la crisis de los precios del azúcar en 1999, la cual generó inestabilidad en el sector. Según refieren, dicho mecanismo se encuentra amparado en su normativa nacional, pues hace mención a los artículos 65 y 334 de la Constitución Política de Colombia, la Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 del 2000 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural⁵¹.
- [97] Sobre las finalidades del FEPA y su ámbito de regulación, la Reclamada alega que “[e]l fondo ‘constituye un esquema de política económica indispensable para el desarrollo del sector agrícola o agropecuarios, concebido al amparo de...la Constitución Política de Colombia, con el fin de estimular la productividad y garantizar la producción de alimentos’”. Sostiene además que, “el mecanismo... únicamente opera en el territorio colombiano...”, y por tanto “...resulta infundado el argumento que señala al FEPA, como un mecanismo que fomenta el desarrollo de estrategias y conductas anticompetitivas que impiden, distorsionan, y entorpecen el comercio interandino, especialmente con efectos reales en el mercado peruano... de azúcar”⁵².
- [98] Respecto al ámbito de aplicación del artículo 36 de la Decisión 608, la Reclamada sostiene que, “... contrario a lo señalado por la reclamante la adopción de políticas y medidas regulatorias de mercado, tomadas por los países miembros en ejercicio de su soberanía, NO pueden ser catalogadas como anticompetitivas”; además, “[e]s de vital importancia entender que el derecho a la libre competencia no es absoluto, en tanto la intervención y regulación del Estado en el sector agrícola es legítima, como lo refirió el TJCA en los procesos 01-AN-2006, 02-AN-2006 y 01-AN-2007”⁵³.
- [99] Respecto a las conductas contrarias a la libre competencia previstas en los artículos 7 y 8 de la Decisión 608, el gobierno de Colombia sostiene que “[n]o puede afirmarse que el FEPA sea el resultado de unas disposiciones reglamentarias y regulatorias que son

⁵⁰ Foja 34 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁵¹ Fojas 43 a 44 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁵² Foja 46 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁵³ Foja 39 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.



*supuestamente incompatibles con el artículo 36, y al mismo tiempo ser el resultado de un acuerdo entre particulares*⁵⁴.

- [100] Con relación a la supuesta de afectación del mercado subregional andino y del comercio de azúcar entre Colombia y Perú, la Reclamada resalta lo siguiente:

*“En cuanto a las **importaciones de azúcar a Colombia**, éstas han presentado un crecimiento en el periodo 1996 – 2018, siendo los principales proveedores Brasil, Bolivia, Perú y Ecuador”. “En relación con el **comportamiento de las importaciones antes y después de la entrada en vigor del FEPA**... se encontró que las importaciones de azúcar habían crecido ...”. “Lo anterior, muestra que el instrumento no ha generado distorsión alguna ni es una barrera para el ingreso de azúcar de los países miembros de la CAN”⁵⁵.*

*“En relación con la **producción vs exportación de azúcar desde Perú**, ... es importante mencionar que existe una fuerte correlación entre el incremento en su producción y el incremento de la exportación de azúcar desde el país suramericano con destino a Colombia”. “De otra parte es importante destacar que la producción de caña de azúcar en Perú ha sido altamente sensible a factores climatológicos que pueden afectar los volúmenes de producción y rendimientos, por lo que de presentarse algún fenómeno de este tipo podría fluctuar en una medida significativa la producción y consecuentemente las exportaciones de azúcar desde Perú”⁵⁶.*

“... Colombia ha exportado azúcar blanco con destino a Perú desde antes de la creación del FEPA en el 2000”, “...no existe una variación en las exportaciones de azúcar al Perú con ocasión de la creación del FEPA y, por lo tanto, es indiscutible la inexistencia de un factor de incidencia de dicho fondo en tales operaciones de comercio exterior con destino a este País Miembro de la CAN”⁵⁷.

*“Frente al **precio implícito de exportación de azúcar blanco colombiano**, éste se mueve en la misma dirección del precio internacional”. “En cuanto al **precio implícito de exportación de azúcar crudo colombiano**, éste se mueve al vaivén del precio internacional del azúcar crudo, incluso durante el periodo 1996 – 2018 fue ligeramente superior a este último”⁵⁸.*

*“...en relación con la **producción de azúcar crudo centrifugado** en Colombia y Perú, ésta ha presentado tendencias distintas”⁵⁹.*

- [101] La Reclamada indica además que en el Reclamo no se estructura una razón válida para respaldar una inferencia de afectación del mercado subregional, por no existir una identidad en los productos objeto de comercialización entre Países Miembros, toda vez que de no existen presupuestos homologables, producto de la función propia de los Estados de fijar políticas públicas y regular aspectos estructurales de los mercados en ciertos sectores de la economía. De tal forma, señala que no pueden constituirse una vulneración de la competencia a partir de supuestos que no son comparables, debido a la diferencia que produce el hecho que el artículo 36 de la Decisión 608 aluda a la actividad del estado como regulador, mientras que las demás premisas incorporadas en la norma andina tengan como ámbito de aplicación los agentes económicos⁶⁰.

⁵⁴ Foja 41 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁵⁵ Fojas 49 a 51 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁵⁶ Fojas 54 a 55 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁵⁷ Foja 47 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁵⁸ Fojas 51 a 52 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁵⁹ Foja 53 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁶⁰ Foja 17 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.



- [102] Continúa la Reclamada señalando que la actividad regulatoria del Estado no tiene la capacidad de contraponerse al ejercicio de la libre competencia en tanto ambas características son formas de actuación gubernamental en la economía y constituyen expresiones complementarias frente a ámbitos que no se trastocan o imbrican, sino que mantienen una relación dimensional inversamente proporcional, lo que suprime cualquier escenario de contradicción.⁶¹
- [103] Por otra parte, la Reclamada, en respuesta al requerimiento de información solicitado por la SGCAN (comunicación N° SG/E/SJ/1837/2019), mediante Oficio OALI del Ministerio de Comercio Industria y Turismo (en adelante MINCIT) con radicado N° 2-2020-000074⁶², presentó comentarios sobre un escrito presentado por la República del Ecuador mediante Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2019-0200. Sobre el particular, indica que el escrito del Ecuador carece de una argumentación clara del incumplimiento, así como de la falta de un soporte probatorio de la afectación del mercado de la subregión andina. Sobre el particular se refiere a los siguientes asuntos:
- [104] Respecto a las conductas contrarias a la libre competencia, el Ecuador señala que el FEPA es contraria al ordenamiento jurídico comunitario al fomentar el desarrollo de estrategias y conductas anticompetitivas que impiden y distorsionan el comercio andino. Sobre el particular, el gobierno de Colombia señala que este razonamiento es errado, pues el ámbito de aplicación de la Decisión 608 (artículo 4) indica que se prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas cuando hayan sido desarrolladas por agentes económicos, excluyendo de este ámbito a los Países Miembros⁶³.
- [105] Respecto a la supuesta afectación del mercado subregional andino, en el Oficio del gobierno de Colombia se describe lo siguiente:
- [106] Ecuador señala que el FEPA es un mecanismo que tiende a incentivar las exportaciones de azúcar de Colombia que causan un grave daño a las ventas de la producción de azúcar del resto de Países Miembros. Al respecto, el gobierno de Colombia reitera la inexistencia de elementos que permitan determinar la existencia de un “grave daño” o una afectación al mercado de la subregión⁶⁴.
- [107] En el informe elaborado por el Ministerio de Agricultura y Ganadería del Ecuador (en adelante, MAG del Ecuador) que se adjunta al escrito de dicho País, se advierten varias circunstancias contrarias a las aseveraciones efectuadas por el gobierno del Ecuador, tales como⁶⁵:
- En primer lugar, el informe del MAG del Ecuador señala que los precios

⁶¹ Foja 26 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁶² La información enunciada por la Reclamada en este escrito, fue remitida mediante Oficio OALI del MINCIT con radicado N° 2-2020-000448, proporcionó parcialmente lo requerido, a saber:

(vii) Copia de la Resolución N° 2 de 2019 “*Por medio de la cual se establecen los valores para unas variables requeridas para el cálculo de las operaciones de estabilización*”.

(viii) Copia de la Resolución N° 1 de 2019 “*Por medio del cual se establece la metodología para las operaciones de estabilización*”.

(ix) Tablas con información consolidada correspondiente al volumen de producción, volumen de ventas y volumen de exportaciones e importaciones de azúcar del periodo enero de 1995 – diciembre de 2018, en formato Excel y PDF.

La información de comercio exterior del azúcar (sobre exportaciones e importaciones) requerida por la SGCAN mediante comunicación N° SG/E/SJ/1837/2019 no fue proporcionada por el gobierno de Colombia, así como tampoco los datos detallados sobre producción, ventas, cesiones y compensaciones derivadas del FEPA de cada uno de los ingenios azucareros en Colombia para el periodo enero de 2001 – octubre de 2019, según los formatos solicitados en la referida comunicación de la SGCAN (fojas 33 a 35 del Oficio del MINCIT recibido en la SGCAN el 7 de enero de 2020).

⁶³ Fojas 17 a 18 del Oficio presentado por el gobierno de Colombia el 7 de enero de 2020.

⁶⁴ Fojas 19 a 20 del escrito de la República de Colombia de 7 de enero de 2020.

⁶⁵ Fojas 20 a 25 del escrito de la República de Colombia de 7 de enero de 2020.



internacionales del azúcar se determinan en función a los excedentes de los grandes productos. Así pues, el gobierno de Colombia sostiene que su país no tiene la capacidad de influir en los precios de azúcar en el mercado mundial, pues entre 2016 y 2018, representó el 1.3% de la producción mundial de azúcar, por lo que el FEPA ni ninguna otra medida o política comercial que Colombia pudiera adoptar llegaría a influir o a distorsionar eficientemente lo que ocurre en este ámbito.

- En segundo lugar, en el informe del MAG del Ecuador se evidencia que el precio interno del azúcar en el Ecuador resulta siendo siempre superior al precio de importación del azúcar de Colombia, lo que permite inferir que las circunstancias de su producción no se relacionan ni con el mercado internacional, ni con la aplicación del FEPA.
- En tercer lugar, el informe del MAG del Ecuador menciona que la participación de azúcar colombiana en el total importado desde Ecuador ha disminuido desde 2018, siendo porcentualmente irregular su participación en años anteriores, lo que a juicio de Colombia permite establecer que la incidencia de los factores en tal comportamiento no se debe a una causa común sino a que obedece a diversas circunstancias.
- En cuarto lugar, y con los datos expuestos en el informe del MAG del Ecuador, el gobierno de Colombia alega que después del FEPA las exportaciones de Colombia a Ecuador en lugar de aumentar, fluctuaron, al igual que las exportaciones de Ecuador a Colombia; que los Países Miembros tienen condiciones de mercado similares, de precios internos superiores a los precios de exportación, pero que no resulta de acciones generadas por mecanismos como el FEPA sino que responde a factores externos (mercado internacional de gran inestabilidad)⁶⁶; y finalmente, en el informe no se acredita la existencia de una afectación cierta a los elementos estructurales del mercado subregional andino, conforme lo señala la Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608.

[108] La Reclamada mediante Oficio OALI con radicado N° 2-2020-002204 del MINCIT de 4 de febrero de 2020, además presentó comentarios sobre la información proporcionada por las Reclamantes y el MINCETUR en el marco del procedimiento⁶⁷, referidos a las siguientes cuestiones:

[109] Respecto a la conformidad del FEPA con el ordenamiento jurídico andino, a juicio de Colombia, el FEPA tiene dentro de sus fines garantizar la seguridad alimentaria a través de asegurar el abastecimiento de azúcar en el mercado colombiano, siendo así que es un mecanismo de intervención legítimo que de ninguna manera configura una infracción al artículo 36 de la Decisión 608⁶⁸.

[110] Con relación al ámbito de aplicación del artículo 36 de la Decisión 608, la Reclamada sostiene que dicho articulado no puede llevar a que los Países Miembros estén imposibilitados de expedir la regulación necesaria para garantizar el buen funcionamiento y sostenibilidad de su economía, así como la protección sus fines

⁶⁶El gobierno del Ecuador trae a colación la medida restrictiva aplicada por dicho gobierno sobre las importaciones de azúcar. Cabe señalar que la actual medida aplicada por el referido gobierno del Ecuador está pendiente de revisión por parte de la Comisión de la Comunidad Andina.

⁶⁷ En esta oportunidad, sustenta esta posición en los mismos alegatos expuestos en su Oficio N° 2-2019-033357 del 29 de noviembre de 2019, por medio del cual se da contestación a la reclamación, al referirse que los mismos carecen de una argumentación clara del incumplimiento, así como de medios probatorios sobre la afectación al mercado subregional como resultado de la aplicación del FEPA.

⁶⁸Foja 25 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.



esenciales⁶⁹. Según sugiere, la regulación de su sector agrícola pretende asegurar el cumplimiento de objetivos consagrados en el artículo 87 del Acuerdo de Cartagena, de jerarquía superior a la Decisión 608⁷⁰.

- [111] Respecto a la supuesta conducta contraria a la libre competencia, indica que se cuestiona que la metodología del FEPA es en extremo compleja y poco transparente y sobre ella recayó en 2015 una sentencia adversa de la SIC. La Reclamada advierte que la sanción impuesta por la SIC fue a productores azucareros por una supuesta obstrucción de las importaciones y en esa investigación no se cuestionó el FEPA como mecanismo de estabilización⁷¹. Además, alega que las Reclamantes hacen una descripción errónea y desactualizada de la metodología para determinar las cesiones y compensaciones al basarse en el informe de la Consultora Econ estudio del 2014, pues el reclamo versa sobre el Decreto 569 del 2000 y las Resoluciones 1 y 2 del 2019 que regulan el FEPA⁷².
- [112] Sobre este asunto, la Reclamada señala que “...sobrevendría improcedente que la SGCAN evalúe la conformidad del FEPA con la normativa andina, con base en documentos anteriores a la regulación objeto de análisis, y que no constituyen la fuente primaria. En efecto las fuentes que debe tener en cuenta la autoridad son las Resoluciones 1 y 2 de 2019 y no un informe desactualizado...”.⁷³
- [113] Con relación a la supuesta afectación del mercado subregional y del comercio de azúcar entre Colombia y Perú, la Reclamada responde lo siguiente:
- [114] Las Reclamantes alegan que la oferta colombiana coloca sus excedentes de azúcar a precios tan bajos como al de los precios internacionales en mercados como el Perú, compitiendo con una ventaja artificial frente a la oferta de dicho país. Sobre el particular, la Reclamada indica que es común que las ventas de azúcar en el exterior se coticen a precios internacionales, y que los precios de exportación de Colombia al mercado peruano, menores al precio doméstico, es una realidad que comparten los Países Miembros (precios internos superiores a los precios de exportación). Además, menciona que no podría concluirse que exista un precio “aún más artificialmente bajo” de Guatemala en el mercado peruano, que es cercano al de Colombia, a pesar de estar afecto a derechos arancelarios. Así, concluye que no puede considerarse cierta la afirmación esgrimida por la APAAD⁷⁴.
- [115] Las Reclamantes indican que el azúcar colombiano se vende a precios artificialmente bajos, desplazando la producción de otros países que no están subsidiadas, como en Perú. Según refiere la Reclamada, con la información aportada se puede evidenciar que Guatemala ingresa azúcar al Perú a precios incluso inferiores a los de Colombia. Además, con la información brindada por el MINCETUR se puede observar que las exportaciones de Perú hacia Colombia fueron más dinámicas que las exportaciones de Colombia hacia Perú, situación que también se vio reflejada en las exportaciones de Perú hacia Ecuador en comparación a las exportaciones de Colombia hacia ese mismo país, razón por la cual, a juicio de Colombia, no se puede considerar que el FEPA impide, entorpece o distorsiona la competencia en el mercado subregional⁷⁵.

⁶⁹ Foja 22 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

⁷⁰ Foja 23 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

⁷¹ Foja 34 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

⁷² Foja 34 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

⁷³ Foja 34 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

⁷⁴ Fojas 28 a 31 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

⁷⁵ Fojas 30 a 33 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.



- [116] Frente a revisar la información proporcionada por el MINCETUR, la Reclamada señala que las variaciones que se han generado en el mercado del azúcar del Perú (producción, exportaciones e importaciones) obedecen mejor a circunstancias relativas a la producción interna y al mercado internacional por fuera de la subregión, que a medidas relacionadas con la producción y el mercado interno del azúcar en Colombia, motivo por el cual, la Reclamada insiste que, estos datos corroboran que no existen ninguna repercusión del FEPA sobre en el mercado subregional⁷⁶.

1.3 Otros escritos presentados durante el procedimiento

1.3.1 Escrito del Gobierno del Ecuador

- [117] El gobierno del Ecuador, mediante Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2019-0200 del 29 de noviembre de 2019, presentó elementos de información al reclamo presentado por la APAAD. Específicamente en dicho Oficio presenta argumentos sobre el reclamo y adjunta el informe SCA – DECA- 2019 elaborado por el Ministerio de Agricultura y Ganadería del Ecuador denominado “*Análisis Técnico Solicitud Asociación Azucarera del Perú de demanda a Colombia por la aplicación del Fondo de Estabilización de precios de azúcar*”⁷⁷.
- [118] En el referido Oficio, el gobierno del Ecuador considera que Colombia al expedir la normativa que regula la aplicación del FEPA, ha incumplido con su compromiso de promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia. Conforme a su parecer, con la vigencia de dicha normativa, Colombia incumple una obligación de no hacer, por cuanto ha adoptado medidas que contrarían u obstaculizan directa o indirectamente, el derecho comunitario⁷⁸.
- [119] En este sentido, el gobierno del Ecuador señala que al eliminar los obstáculos que impiden o dificultan la competencia en un sector, se permite que entren nuevas empresas a operar y competir en el mismo mercado, bajo las condiciones de competencia, lo que genera un aumento de la inversión y la producción. De esta forma, señala que se asegura una oferta de bienes y servicios más flexible, capaz de adecuarse a las variaciones de la demanda, de manera que en los periodos de expansión económica el riesgo de que se produzcan tendencias inflacionistas sea menor.⁷⁹
- [120] Destaca además que las reglas y normas de la competencia pretenden asegurar un mercado en el cual los recursos sean asignados de manera más eficiente, lo que se traduce en un beneficio a los consumidores en precio, calidad, disponibilidad y acceso de bienes y servicios, entre otros, procurando que no existan perjuicios o afectaciones entre los actores económicos que compiten en el mercado.⁸⁰
- [121] Bajo este entendido, el gobierno del Ecuador indica que el establecimiento de normas destinadas a evitar prácticas que distorsionan la competencia a nivel de la Comunidad Andina, se encuentra relacionada con uno de los objetivos del Acuerdo de Cartagena. Dicho objetivo es la formación de un mercado común latinoamericano, cuyo fin último es procurar la mejora del nivel de vida de los habitantes de la subregión.⁸¹

⁷⁶ Fojas 35 a 38 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

⁷⁷ En el informe “*Análisis Técnico Solicitud Asociación Azucarera del Perú de demanda a Colombia por la aplicación del Fondo de Estabilización de precios de azúcar*” del el Ministerio de Agricultura y Ganadería del Ecuador se expone información relativa a los siguientes puntos:

- 1) La producción mundial de azúcar y los precios internacionales.
- 2) El FEPA y su impacto en los precios.
- 3) El comercio exterior de azúcar entre Ecuador y Colombia.

⁷⁸ Foja 2 del Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2019-0200 presentado por el gobierno del Ecuador el 29 de noviembre de 2019.

⁷⁹ Foja 2 del Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2019-0200 presentado por el gobierno del Ecuador el 29 de noviembre de 2019.

⁸⁰ Foja 2 del Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2019-0200 presentado por el gobierno del Ecuador el 29 de noviembre de 2019.

⁸¹ Foja 4 del Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2019-0200 presentado por el gobierno del Ecuador el 29 de noviembre de 2019.



- [122] Siendo ello así, el gobierno del Ecuador menciona que:
- [123] El FEPA fomenta el desarrollo de estrategias y conductas anticompetitivas que impiden y distorsionan el comercio andino, con efectos negativos en el mercado ecuatoriano del azúcar, en particular, y en el mercado subregional, en general⁸².
- [124] El gobierno de Colombia a través del FEPA determina una fijación indirecta de precios, por cuanto los exportadores colombianos establecen sus precios de venta de azúcar tomando en cuenta el valor de las compensaciones, pues de no existir dicho Fondo tendrían que ofrecer un precio mayor⁸³.
- [125] El objetivo del marco regulatorio del FEPA es proteger el poder de mercado de azúcar en Colombia, dirigiendo los excedentes de producción a terceros mercados, entre ellos Ecuador, obteniendo así un precio compensado.⁸⁴
- [126] Con relación a la supuesta afectación del mercado subregional andino, el gobierno del Ecuador resalta lo siguiente⁸⁵:
- [127] El FEPA es un mecanismo que tiende a incentivar las exportaciones de azúcar, dichas exportaciones con incentivo causan daño grave a las ventas de la producción nacional de azúcar del resto de los Países Miembros de la CAN.
- [128] Colombia ha exportado azúcar a Ecuador a precios internacionales que están por debajo de su precio interno de comercialización; sin embargo, compensa y promedia el precio de exportación con el precio interno, distorsionando el comercio subregional del azúcar.
- [129] El mecanismo del FEPA regula el precio interno del azúcar, el cual en su exportación, genera distorsiones en la libre competencia del mercado intrarregional andino, al desplazar la oferta doméstica de otros Países Miembros. Así también se constituyen en el propio mercado colombiano barreras de acceso a las importaciones de azúcar.
- [130] Con base en todo lo anterior, el gobierno del Ecuador solicita a la SGCAN que considere los elementos expuestos en su Oficio y dictamine que el FEPA, en su aplicación, afecta la libre competencia en el mercado subregional andino.

1.3.2 Escrito del Gobierno del Perú

- [131] El gobierno del Perú, en respuesta al requerimiento de información solicitado por la SGCAN realizado mediante la comunicación N° SG/E/SJ/1836/2019, presentó con el Oficio N° 027-2019-MINCETUR/VMCE/DGGJCI del MINCETUR, recibido el 7 de enero de 2020, la siguiente información:
- [132] Una base de datos (en formato Excel) de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, SUNAT), relativa a las operaciones de importación efectuadas por todas las subpartidas nacionales (a nivel de diez dígitos) de las partidas 1701, 1702, y 1703, correspondiente al periodo enero de 2001 – octubre de 2019.
- [133] Una base de datos (en formato Excel) de la SUNAT, relativa a las operaciones de exportación efectuadas por todas las subpartidas nacionales (a nivel de diez dígitos) de

⁸² Foja 3 del Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2019-0200 presentado por el gobierno del Ecuador el 29 de noviembre de 2019.

⁸³ Fojas 3 a 4 del Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2019-0200 presentado por el gobierno del Ecuador el 29 de noviembre de 2019.

⁸⁴ Foja 4 del Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2019-0200 presentado por el gobierno del Ecuador el 29 de noviembre de 2019.

⁸⁵ Fojas 3 a 4 del Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2019-0200 presentado por el gobierno del Ecuador el 29 de noviembre de 2019.

las partidas 1701, 1702, y 1703, correspondiente al periodo enero de 2001 – octubre de 2019.

- [134] Producción de nacional de los distintos tipos de azúcar (en toneladas y en kilogramos) elaborados en el Perú (en formato Excel) en los años 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, para todas las subpartidas nacionales (a nivel de diez dígitos) de las partidas 1701, 1702 y 1703⁸⁶.
- [135] Finalmente, el gobierno del Perú indica que conforme con la normativa comunitaria, el pronunciamiento de la SGCAN deberá circunscribirse a verificar si la medida reclamada es compatible o no con el ordenamiento comunitario, tal como ha sido desarrollado por la reiterada y uniforme jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁸⁷.

1.3.3. Escrito de ASOCAÑA

- [136] El gremio productor de caña de azúcar de Colombia, ASOCAÑA, presentó un escrito el 28 de noviembre de 2019⁸⁸ mediante el cual expone los siguientes argumentos de oposición al reclamo que se presentan a continuación.⁸⁹
- [137] Con relación a aspectos procedimentales:
- [138] La APAAD no acreditó su legitimación por activa para formular el reclamo.

“Indica que las Reclamantes se limitaron a consignar unas cuantas especulaciones y conjeturas sobre el Fondo, que son por completo insuficientes para cumplir con los requisitos que la legislación comunitaria establece como presupuestos para que las personas naturales o jurídicas puedan impetrar un reclamo como el de la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento⁹⁰”.

- [139] La APAAD no acreditó la existencia de un incumplimiento flagrante.

“Sobre el particular, indica que las Reclamantes no lo explican, cuál es la pertinencia y relación del caso del arroz con el FEPA, ni con el supuesto incumplimiento es flagrante. Continúan indicando que no hay nada en el reclamo que indique, ni siquiera de manera somera, que se haya presentado ningún incumplimiento evidente o reiterado al artículo 36 de la Decisión 608.”

“En esta línea, indican que es la primera vez que, en el ámbito de la Comunidad Andina, se presenta un reclamo en contra del FEPA y jamás se ha declarado, por parte de la Secretaría o del Tribunal Andino de Justicia, que el mismo constituya un incumplimiento

⁸⁶ Respecto al requerimiento de información de los derechos específicos derivados de la aplicación del Sistema Peruano de Franja de Precios (SFP) a los productos de azúcar, el gobierno del Perú mencionó que no resulta pertinente brindar dicha información dado que la medida objeto de reclamación es el FEPA. Sin embargo, indicó que, sin perjuicio de lo señalado, la información de los derechos específicos del SFP se encuentra disponible en el Diario Oficial El Peruano.

⁸⁷ Foja 2 del escrito del gobierno del Perú de fecha 7 de enero de 2020.

⁸⁸ ASOCAÑA adjunta a su escrito lo siguiente:

- Copia de Contrato 026 de 2000 – Contrato de Administración del Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar, elaborado entre ASOCAÑA y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.
- Copia del Otrosí Modificatorio al Contrato 026 de 2000 del 7 de agosto de 2001.
- Contrato Adicional N° 2 del 30 de junio de 2005.
- Prórroga N° 2 al Contrato 026 de 29 de junio de 2010.

⁸⁹ En este escrito ASOCAÑA solicitó además ser reconocida como parte interesada dentro del proceso. Al respecto, la SGCAN mediante comunicación SG/E/SJ/1926/2019 de fecha 3 de diciembre de 2019, precisó a dicho gremio que la Decisión N° 623 (específicamente, el artículo 25) no prevé la participación o la intervención de personas jurídicas distintas a las Partes; es decir, a las reclamantes y a la reclamada (la República de Colombia), por lo que no correspondía reconocer a ASOCAÑA como parte interesada.

⁹⁰ Foja 4 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.



del artículo referido, ni de cualquier otra norma de la legislación comunitaria.⁹¹”

[140] La Decisión N° 623 contempla etapas procesales específicas para presentar información en pro de garantizar el debido proceso.

“Señala que aun cuando la Secretaría General cuenta con la facultad de solicitar información, es importante tener en cuenta que esta no puede suplir o reemplazar las cargas procesales de las partes, particularmente las de las reclamantes. Siendo ello así, en el evento de que las Reclamantes alleguen información adicional, diferente a la que acompañó en la solicitud o reclamo, solicita a la SGCAN que se sirva desestimar esa información por extemporánea, en la medida en que el solicitante la allegó por fuera de los términos fijados por la Decisión 623⁹².”

[141] Con relación a los asuntos de fondo se hace referencia a los siguientes:

- i. “No es cierto que el FEPA constituya un acuerdo de fijación de precios.⁹³”
- ii. “No es cierto que el FEPA facilite la colusión de precios, las condiciones de comercialización y el desarrollo de conductas prohibidas como la repartición de mercados y prácticas de exclusión como restricciones a las importaciones.⁹⁴”
- iii. “No es cierto que el FEPA no esté fiscalizado⁹⁵.”
- iv. “No se acreditó que la República de Colombia hubiera incumplido el artículo 36 de la Decisión 608⁹⁶.”

[142] En esta línea, ASOCAÑA indica que la intervención del Estado en el sector agrícola es legítima y no es posible aducir que el artículo 36 de la Decisión 608 se quebranta cuando el Estado expide una regulación cuyo fin es el cumplimiento de los mandatos y finalidades superiores del Derecho Comunitario, más aún si se tiene en cuenta que, los mercados agrícolas adolecen de graves distorsiones que sólo pueden ser corregidas por la intervención del Estado⁹⁷.

[143] Sumado a ello, indica que no es admisible que el marco regulatorio del FEPA quebrante el artículo 36 de la Decisión 608 por las siguientes razones⁹⁸:

[144] No es posible que la Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 del 2000, que desarrolla y reproduce las disposiciones de la referida ley, puedan haber quebrantado el artículo 36 de la Decisión 608 por cuanto se expidieron mucho antes que la Decisión 608 y, por consiguiente, mal podrían haber incumplido una disposición que no existía en el momento de su expedición;

[145] El artículo 36 de la Decisión 608 no derogó ni suprimió los objetivos del Acuerdo de Cartagena en lo que a agricultura se refiere, a los que se ha aludido anteriormente, así como tampoco suprimió la facultad de los Países Miembro de intervenir en la economía y de implementar políticas agrícolas; y,

⁹¹ Foja 13 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.

⁹² Foja 61 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.

⁹³ Fojas 49 a 52 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.

⁹⁴ Fojas 52 a 57 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.

⁹⁵ Fojas 57 a 59 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.

⁹⁶ Foja 15 a 49 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.

⁹⁷ Foja 34 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.

⁹⁸ Foja 48 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.



- [146] Ninguna autoridad andina ha declarado el FEPA o los fondos de estabilización como contrarios al ordenamiento andino.

II. EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA SECRETARÍA GENERAL SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS.-

2.1 Cuestiones Preliminares:

2.1.1 Competencia de la SGCAN para conocer el presente asunto.

- [147] De conformidad con lo señalado en el artículo 25 del TCTJCA y el artículo 13 de la Decisión 623, la SGCAN es competente para conocer de las reclamaciones por incumplimiento de la normativa comunitaria que le presenten las personas naturales o jurídicas que se sientan afectadas en sus derechos por un País Miembro.

- [148] En esta línea, se tiene que está reconocido en el ordenamiento jurídico andino y la jurisprudencia andina que en la acción de incumplimiento se verifica cualquier medida, *“sea legislativa, judicial, ejecutiva, o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámense (...) sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino.”*⁹⁹

- [149] En este sentido, el TJCA ha señalado lo siguiente:

“(...) el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario (...); y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.

Por la primera obligación, de hacer, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se vinculan jurídicamente al compromiso de adoptar toda clase de medidas -sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda obligación, de no hacer, las mismas autoridades deben abstenerse de adoptar toda medida de la misma índole que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento.

*Las obligaciones previstas en el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado de Creación del Tribunal, señaladas atrás, hacen referencia al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente contenido en el artículo 1 del mismo, trátase de derecho primario o derivado que, por igual, debe ser respetado y acatado por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones según el mismo ordenamiento y naturalmente por los Países Miembros y por las autoridades que en el ámbito interno están llamadas a aplicarlo.”*¹⁰⁰ (Énfasis agregado)

- [150] La Decisión 623 regula la fase prejudicial por Acción de Incumplimiento en la Comunidad Andina. Este procedimiento pre contencioso, comprende una etapa previa a la fase judicial (en el TJCAN) y corresponde a una tarea que recae sobre la SGCAN, tal como ha sido ilustrado por el TJCAN en el Proceso N° 04-AI-2017:

⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de fecha 8 de diciembre de 1998, en el marco del Proceso 03-AI-1997.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de fecha 25 de febrero de 1994, en el marco del Proceso 6-IP-1993.



“Antes de acudir al procedimiento judicial ante el Tribunal, es indispensable que se adelante en la Secretaría General de la Comunidad Andina, un procedimiento pre contencioso, el cual, viene a constituir un requisito de admisibilidad para el ejercicio de la acción. Este trámite prejudicial, se materializa en el desarrollo de una fase administrativa previa, en la que se abre el dialogo e investigación entre dicho Órgano Comunitario y el País miembro presuntamente infractor, con el objeto de buscar una solución al asunto controvertido en dicha etapa. (...).”¹⁰¹

[151] De otro lado, respecto a la finalidad de la Acción de Incumplimiento, el TJCA ha precisado lo siguiente: “No se trata, por tanto, de un mecanismo que faculte al TJCA a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los países miembros para retribuirlos o sancionarlos, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros; esto es, en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino.”¹⁰² (Énfasis agregado)

[152] En el presente caso, se encuentra un reclamo contra la República de Colombia, por el presunto incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608 y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. No se ha presentado por los reclamantes una denuncia contra el Fondo de Estabilización de Precios para los azúcares centrifugados FEPA por conductas restrictivas a la libre competencia, luego el procedimiento a seguir no es el de la Decisión 608 sobre libre competencia.

[153] En ese sentido, de conformidad con lo expuesto, se advierte que la SGCAN es competente para conocer el reclamo planteado en fase prejudicial de incumplimiento, regulada por la Decisión 623.

2.1.2. Acerca de la naturaleza de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento

[154] De la revisión y análisis de los argumentos presentados por las partes, encuentra esta Secretaría General, en esta oportunidad, la necesidad de precisar la naturaleza de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento y las facultades que en dicho marco le son dadas a esta Secretaría General.

[155] El Acuerdo de Cartagena le otorgó a la Secretaría General la facultad de velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina¹⁰³. En este mismo sentido, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se estableció, a nivel de derecho primario, la potestad de la Secretaría General para que esta se pronuncie ante los presuntos incumplimientos de las obligaciones emanadas de las normas o convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, quedando así establecido como requisito de procedibilidad, que se deberá agotar una etapa prejudicial ante dicha SGCAN antes de acudir ante ese Alto Tribunal.¹⁰⁴

[156] Bajo este contexto, se encuentra que la Acción de cumplimiento tiene como función garantizar que los Países Miembros se conduzcan de conformidad con los compromisos

¹⁰¹ Proceso N° 04-AI-2017 “Acción de incumplimiento presentada por Contrans S.A. y otros contra la República del Perú”, publicado en la GOAC N° 3835 el 11 de diciembre de 2019. Pág. 11.

¹⁰² Sentencia de fecha 19 de octubre de 2018, emitida en el marco de los Procesos Acumulados 01 y 02-AI-2016.

¹⁰³ Acuerdo de Cartagena. Artículo 30. Litera a).

¹⁰⁴ Sección Segunda del CAPITULO III del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.



que han adquirido en el ámbito comunitario, y más que un propósito retributivo o sancionatorio, busca que los Países Miembros que se encuentren en una situación de incumplimiento, tomen las medidas pertinentes y necesarias para adecuar su actuar al ordenamiento comunitario. En esta misma línea, el TJCAN sobre este tema ha indicado lo siguiente:

“La Acción de Incumplimiento, establecida y regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, constituye un instrumento básico y fundamental en el fortalecimiento del proceso andino de integración, ya que mediante su ejecución se controla la eficacia del Ordenamiento Jurídico Comunitario y, por lo tanto, se propende al logro cabal de las finalidades del Acuerdo de Cartagena”¹⁰⁵ (Énfasis agregado)

[157] En esa misma línea, el TJCAN en reiteradas sentencias ha precisado que:

“(...) a través de ella se persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena. (...)”¹⁰⁶ (Énfasis agregado)

[158] Bajo este contexto, esta finalidad se encuentra presente también en la fase prejudicial que administra la SGCAN, cuya naturaleza quedó develada por el TJCAN al indicar lo siguiente:

Antes de acudir al procedimiento judicial ante el Tribunal, es indispensable que se adelante en la Secretaría General de la Comunidad Andina, un procedimiento pre contencioso, el cual, viene a constituir un requisito de admisibilidad para el ejercicio de la acción. Este trámite prejudicial, se materializa en el desarrollo de una fase administrativa previa, en la que se abre el diálogo e investigación entre dicho Órgano Comunitario y el País miembro presuntamente infractor, con el objeto de buscar una solución al asunto controvertido en dicha etapa. (...) (Énfasis agregado)¹⁰⁷

[159] Siendo ello así, se encuentra que la fase prejudicial que adelanta la SGCAN tiene la naturaleza jurídica de un procedimiento administrativo de carácter pre contencioso que

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de fecha 13 de mayo de 2015, en el marco del Proceso 01-AI-2013.

¹⁰⁶ Al respecto revisar por ejemplo las siguientes Sentencias del TJCAN:

- Proceso 03-AI-2010 “Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, (ETB S.A. E.S.P.) contra la República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado, por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar interpretación prejudicial obligatoria prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, publicado en la GOAC N° 1985 el 11 de octubre de 2011. Pág. 13.
- Proceso 114-AI-2004 “Acción de incumplimiento interpuesta por la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas, ASINFAR, contra la República de Colombia por haber expedido el Decreto 2085 de 19 de septiembre de 2002 en supuesta violación de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 260 a 266, 276 y 279 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina”, publicado en la GOAC N° 1295 el 9 de febrero de 2006. Pág. 18.
- Proceso 117-AI-2003 “Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador por supuesto incumplimiento de los artículos 72, 73 y 77 del Acuerdo de Cartagena, el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Resolución 604 de la Secretaría General”, publicado en la GOAC N° 1156 el 10 de enero de 2005. Pág. 23.
- Proceso 49-AI-2002 “Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de Venezuela por supuesto incumplimiento del artículo 90 del Acuerdo de Cartagena, de las Decisiones 370 y 466 de la Comisión de la Comunidad Andina y del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal”, publicado en la GOAC N° 1047 el 31 de marzo de 2004. Pág. 36.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de fecha 26 de noviembre de 2019, en el marco del Proceso 04-AI-2017.

busca la adecuación del País Miembro cuestionado, al ordenamiento comunitario. Dicho procedimiento está regulado mediante la Decisión 623 “*Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento*” y supletoriamente se rige por algunas disposiciones de la Decisión 425 “*Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina*”.

- [160] En dicha normativa, se le ha otorgado facultades a la SGCAN para actuar de oficio o a solicitud de parte, para solicitar información, realizar reuniones informativas y facilitadoras, contar con un Informe Técnico elaborado por la Dirección General competente o por un Experto Especial, emitir un Dictamen, aclararlo, entre otras. Todas estas actuaciones están conformes con la finalidad de dicho procedimiento, la cual, como se ha indicado, se encuentra enfocada en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario a través de la verificación del cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los Países Miembros¹⁰⁸.
- [161] Resulta importante tener en cuenta que, conforme la Jurisprudencia de TJCAN, en tanto la Acción de Incumplimiento comunitaria tiene por finalidad que los Países Miembros cumplan las disposiciones del ordenamiento andino, este instrumento procesal sólo tendrá sentido ante una conducta verificable y susceptible de ser revertida en el tiempo presente. Solo en dichos supuestos el TJCAN podrá ordenar al país el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos asumidos¹⁰⁹. Sobre este punto, el TJCAN en los Procesos Acumulados 06, 07, 08 y 09-AI-2015 mencionó lo siguiente:

“(…), existirán conductas que no resultarán relevantes tutelar al amparo de una Acción de Incumplimiento puesto que al llegar a la jurisdicción del TJCAN ya no representarán una afectación a la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino. Este sería el caso, por ejemplo, de aquellas conductas que no persistan en el tiempo o hubieran sido suspendidas unilateralmente por los Países Miembros; (…)”¹¹⁰(Énfasis agregado)

- [162] Por otra parte, cabe resaltar que para el análisis de incumplimientos como los del presente caso (expedición de normas internas presuntamente contrarias al ordenamiento jurídico andino), dentro del marco normativo que regula la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, no se prejuzga sobre el nivel normativo de las normas internas objeto de cuestionamiento, ni sobre los efectos de las mismas o la autoridad que las haya adoptado, siendo así que toda norma con existencia legal pueda ser objeto de análisis dentro de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, en tanto presuntamente afecte la eficacia del ordenamiento comunitario.
- [163] En ese sentido, tomando en cuenta la naturaleza de la Acción de Incumplimiento, en esta etapa del presente procedimiento corresponde a la SGCAN lo siguiente: verificar si la adopción y aplicación del FEPA por parte de la República de Colombia, bajo las medidas vigentes denunciadas por la APAAD, constituye un incumplimiento a lo establecido en el artículo 36 de la Decisión N° 608.

- [164] El artículo 36 de la Decisión N° 608 señala lo siguiente:

“Artículo 36.- En la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de fecha 19 de octubre de 2018, en el marco de los Procesos acumulados 01 y 2006 de 2016.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de fecha 17 de noviembre de 2017, Proceso Acumulado N° 06, 07, 08 y 09-AI-2015.

¹¹⁰ *Ibidem*.



mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional. El Comité podrá elevar recomendaciones tendientes a eliminar, cuando corresponda, estos trámites y requisitos para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia.” [énfasis añadido]

- [165] Cabe precisar que la citada disposición normativa se encuentra ubicada en el Capítulo V de la Decisión 608, denominada “*PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA*”. Este Capítulo, desarrollado por los artículos 36 y 37 de la Decisión 608 establecen un régimen para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia en la subregión andina, la cual cuenta con su propio procedimiento (segunda parte del artículo 36) y con actividades específicas para llevar adelante dicha tarea (contempladas en el artículo 37)¹¹¹.
- [166] En ese marco, si bien los Estados de los Países Miembros pueden, legítimamente, adoptar medidas que intervengan los mercados, su aplicación no debería alterar las condiciones de competencia del mercado ampliado de la CAN, según lo dispuesto en el artículo 36 de la Decisión N° 608. Tómese en cuenta que, de ser así (de alterarse la competencia en el mercado andino), de acuerdo al procedimiento que se contempla, el Comité podrá recomendar medidas a fin de superar esta situación.
- [167] Ahora bien, el procedimiento de una denuncia sobre el presunto incumplimiento del artículo 36 de la Decisión N° 608 en el marco de la Decisión N° 623 es distinto. En efecto, cualquier interesado que considere que la adopción y aplicación de políticas y medidas regulatorias de mercado por parte de un País Miembro afecta sus intereses legítimos y la libre competencia en el mercado andino puede denunciar este hecho por la vía de la Acción de Incumplimiento ante la SGCAN¹¹². Así pues, será la SGCAN (y no el Comité) el Órgano Comunitario que debe verificar el supuesto incumplimiento y emitir un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico andino¹¹³.
- [168] En esa línea, con el fin de verificar el supuesto incumplimiento del artículo 36 de la Decisión N° 608, resulta apropiado constatar que: a) la adopción de la medida denunciada constituye una política y medida regulatoria de mercado; b) la aplicación de la medida denunciada impide, entorpece o distorsiona la competencia en el mercado subregional. Ambos supuestos de hecho contemplados en el artículo 36 de la Decisión 608 deben necesariamente concurrir para que surja la consecuencia jurídica de configurarse el incumplimiento de dicha norma. Así lo estableció esta Secretaría General en el Dictamen 1 de 2007 al aplicar la teoría de los efectos reales de la intervención, esto es, que el incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608 se da en la medida en que las medidas regulatorias o intervencionistas produzcan efectos reales que impidan, entorpezcan o distorsionen la competencia en el mercado subregional, de manera tal que la norma contempla esos dos supuestos de hecho y sólo su confluencia genera el incumplimiento.

111 Decisión 608:

“Artículo 37.- Los Países Miembros establecerán mecanismos para procurar el perfeccionamiento de los instrumentos comunes y el fortalecimiento de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, mediante programas de intercambio de información y experiencias, de entrenamientos técnicos, y de recopilación de jurisprudencia y doctrina administrativa, relacionados con la defensa de la libre competencia.”

112 Sobre el particular, también puede revisarse el Documento de Trabajo de la SGCAN: SG/dt 396: Guía para la aplicación de la Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, del 23 de octubre de 2007. Pág. 43.

113 Artículo 20 de la Decisión N° 623.



- [169] Siendo ello así, tomando en cuenta la naturaleza de la Acción de Incumplimiento y lo dispuesto en la primera parte del artículo 36 de la Decisión 608, en esta etapa del presente procedimiento corresponde a la SGCAN lo siguiente: verificar si la adopción y aplicación del FEPA por parte de la República de Colombia, bajo las normas vigentes denunciadas por la APAAD, constituye una política o medida regulatoria de mercado que impide, entorpece o distorsiona la competencia en el mercado subregional.

2.2. Respecto a las cuestiones de procedimiento:

- [170] A lo largo del procedimiento se han presentado serie de cuestionamientos sobre aspectos procedimentales que versan sobre los siguientes aspectos:
- [171] La supuesta falta de acreditación de la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo de las Reclamantes.
- [172] La supuesta falta de explicación sobre las razones por las cuales las Reclamantes consideran que la República de Colombia incumple el artículo 36 de la Decisión 608.
- Acerca de las facultades de la SGCAN para solicitar información.
 - Acerca de la confidencialidad de la información suministrada por las Reclamantes.
 - La supuesta falta de acreditación de la flagrancia.
 - La supuesta imposibilidad de vulnerar el artículo 36 de la Decisión 608.
- [173] Sobre cada uno de estos temas, la SGCAN se permite indicar lo siguiente:

2.2.1 La supuesta falta de acreditación de la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo de las Reclamantes

- [174] La Reclamada señala que en el reclamo sólo se enunciaron las compañías que hacen parte de la APAAD y se describe su actividad principal. Según ello, el reclamo carece de un razonamiento específico y una exposición fáctica precisa, con su respectiva demostración, para cada una de las empresas, de cuál es la lesión real o potencial a sus derechos y que está sea actual, inmediata o directa.¹¹⁴
- [175] Bajo esta misma argumentación, la Reclamada señala que no puede entenderse como una posición válida, que la dedicación a una actividad en la cual se involucren los productos respecto de los cuales, en el mercado interno de la República de Colombia se aplican las disposiciones de estabilización de precios, resulte suficiente para demostrar que se ha presentado una lesión, o que esta pueda acaecer, y que la misma es actual, inmediata y directa, ya que se debe tener certeza de que no se está ante un simple ejercicio de especulación conceptual y teórico¹¹⁵.
- [176] Asimismo, señala que el reclamo contiene únicamente una premisa de afectación que no se ve soportada en algún elemento de convicción. En este sentido, hace referencia al principio de la carga probatoria para indicar que le corresponde a las Reclamantes demostrar su afectación así como el incumplimiento.
- [177] Por su parte, las Reclamantes indican que han cumplido con todos los requisitos exigidos por el artículo 14 de la Decisión 623, y que están invocando en el presente caso afectación a sus derechos subjetivos (por la distorsión que origina el FEPA) e interés

¹¹⁴ Foja 15 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

¹¹⁵ Foja 15 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.



legítimo (el FEPA impide, entorpece, distorsiona la competencia en su órbita de acción, que es el mercado subregional andino de azúcar)¹¹⁶. Asimismo, indican que la medida denunciada les genera una afectación leal o potencial, siendo actual, inmediata y directa.¹¹⁷

- [178] Por otro lado, ASOCAÑA señala que “(...) *la reclamante no menciona cuál sería el derecho de carácter particular que le habría sido vulnerado a ella o a sus representadas, ni el tipo de afectación que habría sufrido, moral o patrimonial, que le concederían la legitimidad para actuar en el presente caso. En esa misma línea, tampoco obra en el reclamo prueba o elemento alguno que demuestre o acredite la afectación de los derechos subjetivos o intereses legítimos de la reclamante o de las empresas afiliadas a ella*”¹¹⁸.
- [179] En esta línea, indica que los documentos (Certificados de Vigencia y estatutos) allegados por las reclamantes no constituyen ninguna prueba de la presunta afectación de sus derechos, los cuales no habrían sido mencionados¹¹⁹.

ANÁLISIS DE LA SGCAN

- [180] De acuerdo con lo señalado en la Comunicación N° SG/E/SJ/1564/2019 de fecha 1 de octubre de 2019, el reclamo cumplió con todos los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 14 de la Decisión 623 sobre este extremo; precisándose, en dicha Comunicación, que ello no implicaba juicio de valor alguno respecto a los méritos sustantivos de los alegatos y las pruebas presentadas y que la admisión a trámite no prejuzga respecto de los incumplimientos alegados por las Reclamantes.
- [181] Sobre el particular, la SGCAN concurre en la necesidad de que las personas jurídicas cuando son Reclamantes de un procedimiento ante este Órgano Comunitario, deben acreditar su legitimidad para actuar, conforme lo requieren los artículos 13 y 14 de la Decisión 623. Tales artículos establecen lo siguiente:

*“Artículo 13.- De conformidad con lo previsto en los artículos 24 y 25 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando un País Miembro o **una persona natural o jurídica afectada en sus derechos** considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, formulará por escrito su reclamo.”* (Énfasis agregado)

*“Artículo 14.- El reclamo formulado por un País Miembro o por **una persona natural o jurídica afectada en sus derechos** deberá contener: (...)*

*(...)Así mismo, deberá **acreditar su condición de persona natural o jurídica afectada en sus derechos**, (...).”* (Énfasis agregado)

- [182] Dicha legitimidad queda acreditada, conforme a las normas citadas, cuando la reclamante prueba que la medida reclamada afecta sus derechos. El concepto de “afectación en sus derechos” es reiterado también en el artículo 25 del TCTJCA, que constituye la base legal de la presente acción, el cual dispone:

¹¹⁶ Foja 4 del escrito presentado por las Reclamantes de fecha 28 de enero de 2020.

¹¹⁷ Foja 5 del escrito presentado por las Reclamantes de fecha 28 de enero de 2020.

¹¹⁸ Foja 7 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.

¹¹⁹ Foja 9 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.



“Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas **afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro**, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.” (Énfasis agregado)

[183] En relación a ello, en el Dictamen 01-2017 de fecha 16 de enero de 2017, esta SGCAN tuvo a bien señalar lo siguiente:

“Respecto a qué debe entenderse como ‘afectación de sus derechos’ la doctrina administrativista clásica distingue tres niveles:

- A. *El simple interés para presentar una acción: Es el interés común de todos los habitantes. En este caso, bastaría la identificación, existencia y debida representación de la accionante. Este criterio de legitimación activa no se encuentra contemplado en la normativa comunitaria que regula la acción de incumplimiento.*
- B. *El interés legítimo o calificado: No se trata de que el recurrente deba tener un interés personalísimo, en el sentido de individual y exclusivo, pero sí uno subjetivo en el sentido de presentar alguna afectación a su órbita de intereses o situación jurídica, diferenciándose así del mero interés general. La persona que ejerce la acción se encuentra de esta manera comprendida en la órbita de incidencia del acto reclamado, pudiendo ser su interés de carácter o potencial, patrimonial o moral.*
- C. *La afectación en sus derechos: Se refiere, por una parte, a la **necesaria identidad entre el afectado y el titular de la acción de reclamación y al deber de éste de demostrar la afectación de un interés de tipo personal, actual, inmediato y directo.** Se trata en suma de la **defensa de su propio derecho subjetivo que se ve lesionado** por el acto reclamado.” (Énfasis agregado)*

[184] Por su parte, el TJCA, respecto de la legitimación para la interposición de acciones de incumplimiento por parte de particulares, ha señalado lo siguiente:

“De conformidad con la disposición prevista en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, la posibilidad de ejercer la acción de incumplimiento corresponde a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento del País Miembro demandado. Ello significa que la legitimación para ejercer la acción de incumplimiento exige la existencia de una relación de identidad entre el titular del derecho subjetivo y el de la acción, de modo que ésta sólo puede ser ejercida por quien se afirme titular de aquél.

A diferencia del interés legítimo, el derecho subjetivo presupone la existencia de una relación jurídica en cuyo ámbito el titular del interés sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posición de ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar una prestación dirigida específicamente a la satisfacción del interés del primero. En este contexto, el hecho constitutivo de la inejecución de la prestación debida, por parte del País Miembro obligado, configura una situación de hecho que, al tiempo de infringir el orden normativo, lesiona el derecho subjetivo de su titular y, en consecuencia, lo legitima para formular, en sede judicial, una pretensión dirigida a declarar cierto el incumplimiento demandado, a ordenar el restablecimiento del orden normativo infringido, y, a diferencia de la acción de nulidad, a obtener, en las condiciones previstas



en el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal, la reparación de la lesión y, por esta vía, la satisfacción de su derecho(...).”¹²⁰

- [185] Desde hace mucho, la práctica institucional de la Secretaría General sin embargo, se ha inscrito en la corriente administrativista contemporánea que ya no tiende a establecer diferencias entre el legítimo interés o interés calificado y la afectación de un derecho subjetivo, bastando que el Reclamante sea titular o representante de un derecho o condición jurídica que le sea atribuible y que de alguna manera actual o potencialmente esté siendo afectado o haya sido afectado por la conducta de un País Miembro, distinguiendo dicha condición, de la del mero interés o del interés general, abstracto o difuso, condición esta última que no resulta suficiente para activar un procedimiento de incumplimiento ante la Secretaría General.
- [186] En el caso que ocupa el presente trámite, las Reclamantes sustentaron su legitimación en su condición de empresas que se encontrarían en una posición de desventaja competitiva frente a empresas colombianas del mismo sector, estas últimas quienes recibirían beneficios a través del FEPA, que les permitiría afectar el mercado en el cual se encuentran dichas empresas.
- [187] Evaluada la reclamación, la Secretaría General encontró que las medidas reclamadas incidían en el negocio de las Reclamantes ya que estas se dedican principalmente a la producción y comercialización del azúcar y sus productos derivados. Acorde con lo señalado antes, la modificación de la condición jurídica (tanto si es actual como potencial), es una condición de legitimidad y así lo declaró la Secretaría General con carácter *prima facie* en su Comunicación N° SG/E/SJ/1564/2019.
- [188] Ahora bien, del análisis de la documentación aportada durante el procedimiento, se encuentra que las Reclamadas son agentes económicos en los términos del artículo 1 de la Decisión 608¹²¹, que participan en el mercado del azúcar y los productos derivados. En esta línea, en un primer escenario, dichos agentes se dedican a la producción y la comercializan el azúcar en el territorio nacional peruano, lo que implica que compiten en el mercado interno con la azúcar importada de Colombia. De igual manera, se tiene que al menos seis Reclamantes¹²² son empresas que exportan a otros Países Miembros, siendo que en dichos mercados compiten con el producto colombiano.
- [189] Por otro lado, cabe precisar que en el presente procedimiento, no corresponde determinar si la APAAD ha acreditado algún derecho subjetivo, por cuanto dicha Asociación interviene en calidad de representante legal de las Reclamantes, las cuales si han acreditado su legitimidad para actuar conforme lo señalado en los párrafos precedentes.
- [190] Por lo expuesto, se desestiman los alegatos sobre este extremo.

2.2.2. La supuesta falta de explicación sobre las razones por las cuales las Reclamantes consideran que la República de Colombia incumple el artículo 36 de la Decisión 608

¹²⁰ Sentencia de fecha 20 de mayo de 2002, emitida por el TJCA en el marco del Proceso 75-AI-2001.

¹²¹ **Decisión 608.- Artículo 1.** A los efectos de la presente Decisión, se entenderá por:

Agente económico: toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen.

¹²² Conforme la información suministrada las empresas Cartavio S.A.A, Corporación Azucarera del Perú S.A. Casa Grande S.A.A., Agroindustrial Laredo S.A.A., Agroindustriales Jacinto S.A.A., y Agrolmos S.A. han exportado al menos a uno de los demás Países Miembros. La información sobre dichas exportaciones se presentará en el análisis de fondo.



- [191] La Reclamada señala que el Reclamo no cuenta con una descripción de las razones por las cuales considera que el marco reglamentario y regulatorio del FEPA desconoce el artículo 36 de la Decisión 608, siendo que conforme la norma comunitaria, ello es un presupuesto mínimo para la materialización del debido proceso, al igual que el derecho de defensa o contradicción. Conforme lo indicado por la Reclamada, ello conlleva que no se cuente con los presupuestos indispensables para que pueda llevar a cabo unos descargos con un grado de concreción específico¹²³.
- [192] Asimismo, indica en el reclamo sólo se efectúa una enunciación de las normas con la afirmación de distorsión del mercado subregional andino, sin explicar la forma en que esa circunstancia se presenta, de manera específica, con la configuración reglamentaria y regulatoria del FEPA.¹²⁴
- [193] En esta línea la Reclamada indica en su contestación que:
- “(...) la ausencia de una exposición consecuente de las razones de la reclamante en torno de la afectación de los derechos de sus asociadas con ocasión de las medidas adoptadas por la República de Colombia y, de la prueba de un incumplimiento de la norma andina alegada como objeto de desconocimiento por la regulación y funcionamiento del FEPA, impiden que la totalidad de presupuestos dirigidos a consolidar el espectro mínimo para la realización del debido proceso o el ejercicio del derecho de defensa se reúnan de tal forma que permitan proseguir con la atención de un reclamo carente de las condiciones mínimas de admisibilidad.”¹²⁵*
- [194] Según la Reclamada, ello también afectaría el principio de legalidad consagrado en el artículo 5 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, ya que la norma comunitaria establece que es el Reclamante quien debe presentar de forma clara y detallada las razones por las que considera el incumplimiento.¹²⁶
- [195] Las Reclamantes por su parte, en atención a lo alegado por la Reclamada sobre este extremo, señalan que el marco normativo del FEPA, analizado de manera integral, genera afectaciones en la competencia de compra/venta de azúcar en el mercado subregional andino¹²⁷. En esta línea reiteran que la Reclamada incumple el artículo 36 de la Decisión 608 en tanto los Países Miembros tienen una obligación de no hacer: no afectar la competencia a través de su actividad regulatoria.

ANÁLISIS DE LA SGCAN

- [196] De acuerdo con lo señalado en la Comunicación N° SG/E/SJ/1564/2019 de la SGCAN de fecha 1 de octubre de 2019, el reclamo cumplió con los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 14 de la Decisión 623 en tanto en el escrito de subsanación se precisó cómo cada una de las medidas objeto de evaluación constituyen un incumplimiento del ordenamiento comunitario.
- [197] Sobre el particular, cabe resaltar que en dicha Comunicación, citando el escrito de subsanación, se dejó plasmado que las Reclamantes indicaron como razones del incumplimiento lo siguiente:

¹²³ Foja 16 de la contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

¹²⁴ Foja 20 de la contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

¹²⁵ Foja 16 de la contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

¹²⁶ Fojas 19 a 20 de la contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

¹²⁷ Foja 7 del escrito presentado por las Reclamantes de fecha 28 de enero de 2020.



“(…) el mecanismo y metodología del FEPA, a través de cesiones y compensaciones a la venta y otras operaciones reguladas sobre el azúcar y sus derivados, no sólo controlaría o neutralizaría la oferta del mercado colombiano del producto que viene del exterior, sino que además afecta la competitividad en el mercado subregional andino, ya que las Reclamantes no se encuentran con la “cancha pareja” al intentar colocar sus productos en otros países en comparación con los productores/exportadores colombiano, que a diferencia de los productores peruanos reciben una compensación o cesión al momento de efectuarse la compra y venta del azúcar y sus derivados”¹²⁸

- [198] En este sentido, se encuentra que en el escrito de subsanación presentado por las Reclamantes (*antes de la admisión del reclamo*), se presentaron las razones por las cuales cada una de las medidas cuestionadas que se refieren a la regulación del mecanismo y metodología del FEPA, presuntamente infringirían el ordenamiento comunitario.
- [199] Sumado a lo anterior, cabe destacar que en el marco del presente procedimiento se hizo el debido traslado del reclamo y de sus escritos complementarios. De igual manera, se realizó una reunión informativa en la cual se presentaron los argumentos de hecho y de derecho de las Reclamantes, siendo así que la Reclamada tuvo oportunidad de conocer de manera directa, las razones de las Reclamantes para alegar el presunto incumplimiento. Por ello, no encuentra está SGCAN como podría predicarse que la Reclamada no ha tomado conocimiento de las razones por las cuales se alega un incumplimiento de las normas comunitarias.
- [200] Acerca del argumento de la Reclamada, referido a que las Reclamantes no aportaron elementos probatorios que demuestren la veracidad de dichas razones, cabe indicar que las Reclamantes aportaron una serie de documentos que conforme a su juicio, acreditarían los hechos alegados. Sobre el particular, esta Secretaría General se permite indicar que será precisamente objeto del análisis de fondo de este Dictamen, hacer las valoraciones correspondientes sobre la idoneidad, pertinencia y conducencia de dichos documentos para efectos de acreditar el presunto incumplimiento, por lo que no podría declararse la inadmisión del reclamo por esta razón, en tanto ello (*hacerlo en la etapa de admisión*) conllevaría a ser valoraciones que prejuzgarían el fondo de la cuestión.
- [201] Por lo expuesto se desestima el alegato de la Reclamada en este punto.

2.2.3. Acerca de las facultades de la SGCAN para solicitar información

- [202] La Reclamada indica que, en el marco de una actuación administrativa iniciada en virtud de una reclamación de un particular en agotamiento de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, la solicitud de información no puede llevarse a cabo en una etapa distinta a la reunión informativa y cuando se realice una solicitud en este sentido, su alcance no puede exceder la sola complementación de datos¹²⁹. En esta línea, continúa indicando que la colaboración se supedita para las autoridades del País Miembro al marco funcional que regula sus actuaciones, tanto en su competencia como en la calidad de los datos requeridos, según su derecho interno¹³⁰.
- [203] Indica además que la SGCAN no puede subrogar al Reclamante en el deber de suministrar las pruebas o plantear los razonamientos dejados de presentar o expuestos

¹²⁸ Foja 5 de la comunicación N° SG/E/SJ/1564/2019 de fecha 1 de octubre de 2019 citando la foja 31 del escrito de subsanación.

¹²⁹ Foja 9 del Oficio N° OALI con radicado No. 2-2020-000074 de la República de Colombia de fecha 7 de enero de 2020.

¹³⁰ Foja 9 del Oficio N° OALI con radicado No. 2-2020-000074 de la República de Colombia de fecha 7 de enero de 2020.



insuficientemente por éste, ya que en virtud de la disposición que regula la función de este órgano del SAI, su labor se circunscribe a velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico andino, *strictu sensu*¹³¹.

- [204] La Reclamada alega además que configura una preocupación, la información requerida por la SGCAN en su comunicación N° SG/E/SJ/1894/2019 en tanto a ¹³²: Su procedencia, conducencia y pertinencia.

“La arbitraria definición del marco temporal de examen de la medida, como quiera que conforme al rol que le es dable ejercer en el marco de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, la labor de la SGCAN no puede confundirse con la de inquisidor, en aras de sustituir a un peticionario y, mucho menos, predeterminedar los parámetros fácticos de las medidas reclamadas. Con relación al lapso de investigación señala que el definido por la SGCAN se sitúa entre enero de 2001 y octubre de 2019, cuando este debería iniciar en el año 1991 en tanto desde este año se podría apreciar el comportamiento del mercado antes del FEPA.”

- [205] En esta línea, indica que no pueden ser objeto de valoración, apreciación o de validez en el marco de presente trámite, aquella información presentada por las Reclamantes con ocasión a un requerimiento de la SGCAN debido a que el momento procesal para su suministro finalizó con la admisión del reclamo¹³³.

- [206] Las Reclamantes por su parte, presentaron cuestionamientos referidos al detalle de la información requerida por la SGCAN, pues a su juicio, un procedimiento de incumplimiento amparado en la Decisión 623 no exige el nivel de detalle probatorio como el requerido en una investigación de libre competencia amparada en la Decisión 608¹³⁴. Además, señalaron que la SGCAN requiere información que ya se encuentra en su poder, a través del “*Sistema Subregional de Información Estadística*”, Decisión 115; y en particular en el “*Sistema de Información Estadística Agropecuaria de la Comunidad Andina*”, de la Decisión 692¹³⁵.

- [207] ASOCAÑA además, cuestiona que aún cuando la SGCAN cuenta con la facultad de solicitar información, esta no puede suplir o reemplazar las cargas procesales de las partes, particularmente las de las Reclamantes. En este sentido, solicita que en el evento de que se allegue información adicional, diferente a la que acompañó en el reclamo, la SGCAN desestime esa información por extemporánea, en la medida en que se allegó por fuera de los términos fijados por la Decisión 623¹³⁶.

ANÁLISIS DE LA SGCAN

- [208] Las facultades de la SGCAN para solicitar información en el marco de un procedimiento administrativo se encuentran dispuestas en el Acuerdo de Cartagena:

“Artículo 39.- En el caso de procedimientos que deban culminar en la adopción de una Resolución o Dictamen, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas de los Países Miembros, deberán colaborar con las investigaciones que realice la Secretaría General en el desarrollo de sus funciones y en tal sentido deberán suministrar la información que al efecto ésta les solicite.”

¹³¹ Foja 10 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

¹³² Foja 17 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

¹³³ Foja 19 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

¹³⁴ Foja 4 y 5 del escrito de las Reclamantes de fecha 7 de enero de 2020.

¹³⁵ Foja 4 y 5 del escrito de las Reclamantes de fecha 7 de enero de 2020.

¹³⁶ Foja 61 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.



La Secretaría General guardará la confidencialidad de los documentos e informaciones que le sean suministrados, de conformidad con las normas que al respecto se establezcan.” (Énfasis agregado).

- [209] Dichas facultades, en el caso específico de la fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento, se encuentran además establecidas en el artículo 2 de la Decisión 623, con el siguiente tenor:

Artículo 2.- En ejercicio de sus funciones otorgadas por los artículos 30 y 39 del Acuerdo de Cartagena, la Secretaría General podrá solicitar informaciones o mantener reuniones informativas dirigidas a velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y lo previsto en el presente reglamento.

Las autoridades de los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas colaborarán en las investigaciones, solicitudes de información o convocatorias que realice la Secretaría General en desarrollo del presente reglamento. (Énfasis agregado)

- [210] Bajo este contexto, cabe recordar que los artículos 30 y 39 del Acuerdo de Cartagena, son aquellos que establecen como función de la SGCAN, velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina así como disponen que en las investigaciones que realice la Secretaría General, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas de los Países Miembros deberán colaborar.
- [211] Cabe señalar que, la facultad de solicitar información a la que se hace referencia en el artículo 2 de la Decisión 623 citada *supra*, está ubicada en la parte general de dicha norma, y no es una disposición especial que se circunscriba sólo a alguna de las etapas del procedimiento de oficio o de parte de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento. Así tenemos que el referido artículo no restringe la facultad de la Secretaría General a un estadio procedimental específico, siendo que esta facultad se encuentra circunscrita de manera transversal a todo el procedimiento.
- [212] Ahora bien, el ejercicio de tal atribución no puede entenderse como que la SGCAN esté avocándose las cargas probatorias que recaen sobre una de las Partes en un procedimiento. En este sentido, cabe indicar que la determinación del cumplimiento sobre las cargas probatorias se realiza de manera primigenia en el análisis de admisibilidad, en el que la Secretaría General determina si el solicitante ha aportado los elementos de juicio requeridos para iniciar el procedimiento, conforme lo estipulado por el artículo 14 de la Decisión 623. Ello, no se contradice con que, en el curso del procedimiento administrativo, la SGCAN pueda realizar las actuaciones probatorias que le permitan obtener los mejores elementos de juicio, sobre el presunto incumplimiento.
- [213] Lo anterior, sumado a lo indicado en el numeral 2.1.2 sobre la naturaleza pre contenciosa de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento y facultades que se le conceden a la SGCAN para alcanzar su objetivo – el de garantizar que los Países Miembros se conduzcan conforme los compromisos asumidos en el marco comunitario– resulta razonable y ajustado a derecho que la Secretaría General pueda valorar la información que por medios lícitos sea obtenida dentro del procedimiento, ya sea aquella recolectada directamente o de aquella obtenida producto de un requerimiento efectuado a las autoridades de los Países Miembros o a las personas naturales y jurídicas.
- [214] En lo que respecta al nivel probatorio que se requiere en un procedimiento administrativo de Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento *vis a vis* aquella necesaria dentro de



una investigación de una práctica anticompetitiva en los términos de la Decisión 608, valga indicar que en un procedimiento de acción de incumplimiento corresponde que la SGCAN verifique que el actuar de un País Miembro esté en consonancia con el ordenamiento jurídico comunitario y, para ello puede solicitar información que considera pertinente, con el objeto de emitir un debido pronunciamiento.

- [215] En este sentido, en el presente caso la SGCAN ha requerido información, incluso alguna de corte económico con la finalidad de tener los mayores elementos que le permita comprender mejor y evaluar si las medidas objeto de cuestionamiento son o no contrarias al ordenamiento jurídico andino, conforme lo alegado por las Reclamantes. Ello, no quiere decir, bajo ninguna óptica, que esta Secretaría General este confundiendo el presente procedimiento con uno de investigación de agentes económicos propio de la libre competencia, regulado en la Decisión 608, sólo evidencia que en el presente caso se puso a consideración de este Órgano Comunitario algunos temas económicos por lo que resulta relevante evaluar en el presente caso, información de naturaleza precisamente económica, especialmente y como ya se ha dicho para poder determinar no solo jurídicamente sino también económicamente, si con las políticas y medidas regulatorias de mercado en análisis de incumplimiento, la república de Colombia ha impedido, entorpecido o distorsionado la competencia en el mercado subregional.
- [216] Conforme a lo indicado, valga también señalar que la Decisión 425, que rige de manera supletoria en los procedimientos administrativos en fase prejudicial, de acuerdo con lo indicado en el numeral 2.1.2 del presente Dictamen, dispone que la Secretaría General se pronunciará conforme la mejor información disponible¹³⁷ y eso es precisamente lo que se realiza en este procedimiento comunitario.
- [217] Es de indicar que, en los procedimientos de acción de incumplimiento, ha sido y es práctica de Secretaría General, recibir y aceptar la información que proporcionen las Partes con la finalidad, como se ha mencionado anteriormente, de contar con los mayores elementos de juicio que permitan emitir un debido pronunciamiento.¹³⁸
- [218] Sumado a lo anterior, cabe traer a colación el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso 02-AN-2015, en el cual, citando a la Corte Interamericana de Derecho Humanos, ha expresado sobre el tema probatorio lo siguiente:

"La Corte ha señalado anteriormente que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que los procedimientos internos. En ese sentido ha sostenido, en su jurisprudencia constante, que aplica criterios flexibles en la

¹³⁷ **Decisión 425. Artículo 27.-** En los procedimientos que se tramiten ante la Secretaría General, las autoridades de los Países Miembros y los particulares interesados deberán proporcionar las informaciones requeridas, en los plazos fijados por ésta conforme a la normativa aplicable.

La Secretaría General podrá disponer la actuación de las pruebas, inspecciones o visitas que considere convenientes. Las entidades públicas y privadas de los Países Miembros deberán prestar su colaboración para que tales diligencias se lleven a efecto en el plazo dispuesto por la Secretaría General conforme a la normativa aplicable.

Cuando los interesados nieguen la información necesaria, no la faciliten en el plazo que al efecto fije la Secretaría General, conforme a la normativa aplicable, o de otra forma obstaculicen la tramitación del caso, la Secretaría General podrá formular determinaciones positivas o negativas conforme a la causa o asunto de que se trate y a la mejor información disponible y a sus propios elementos de juicio.

¹³⁸ Sobre el particular, a modo de ejemplo, ver el Dictamen 007-2015 de fecha 17 de junio de 2015. Reclamo de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. Por el supuesto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 30 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, los artículos 18 y 20 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina y el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones de la República de Colombia, al haber emitido la Resolución 3534 del 2012, que elimina el cargo por transporte a partir de 01 de enero de 2015.

recepción de la prueba, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites dados por el respeto a la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes.

*Con respecto a las formalidades requeridas en la demanda y contestación de la demanda en relación con el ofrecimiento de prueba, la Corte ha expresado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y [...] ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica. (...)*¹³⁹

[219] Siendo ello así, se tiene que además de las amplias facultades dadas a las SGCAN en materia de recolección y valoración probatoria, en la misma línea del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es dable aplicar criterios flexibles en la recepción de la prueba en algunos casos particulares, siempre y cuando se respete la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes, como en el presente caso.

[220] Otro aspecto importante de señalar tiene que ver con el principio de verdad material que en última instancia debe buscar toda autoridad administrativa. Al respecto Morón Urbina ha indicado que:

“Por el principio de verdad material o verdad jurídica objetiva, las autoridades instructoras de los procedimientos tienen la obligación de agotar de oficio los medios de prueba a su alcance para investigar la existencia real de los hechos que son hipótesis de las normas que debe ejecutar y resolver conforme a ellas, para aplicar la respectiva consecuencia prevista en la norma (...) El principio se sustenta en que en los procedimientos administrativos no se trata de resolver conflictos intersubjetivos como en los procedimientos arbitrales o judiciales, sino de decidir directamente asuntos de interés público por su contenido en los que la aplicación de la norma a los casos concretos no puede depender de la voluntad del particular de no aportar el material probatorio pertinente.”¹⁴⁰(Énfasis agregado)

[221] Sobre el particular, cabe indicar que ya el TJCAN ha reconocido dentro del ámbito comunitario tanto el principio de verdad material en la etapa probatoria así como el principio de primacía de la realidad (este último específicamente en materia de propiedad industrial). Dicho Tribunal ha destacado que conforme el principio de primacía de la realidad *“la autoridad debe tomar en cuenta las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. Esto es, se debe tomar en cuenta lo que verdaderamente sucede en la realidad y no solamente lo que formalmente aparezca de los documentos y actos jurídicos”*¹⁴¹.

[222] Dicho Tribunal ha indicado además que:

“Lo importante es conocer la verdad. Los principios de primacía de la realidad y de verdad material son parte de un gran principio, aplicable a todos los procesos judiciales modernos, que es el principio de la justicia material. Sobre la base de la justicia material, lo importantes es saber la verdad. Es inadmisibles que por meros formalismos, la

¹³⁹ Sentencia de fecha 26 de agosto del 2016, emitida por el TJCA en el marco del Proceso 02-AN-2015.

¹⁴⁰ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Pag. 71 – 146. Tomo I. 12° Ed, Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2017. Pag. 111 -112.

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de fecha 18 de junio de 2020, en el marco del Proceso 76-IP-2020.



autoridad administrativa se niegue a reconocer la verdad de los hechos o la preexistencia de actos o actuaciones jurídicas que sirven de sustento a una pretensión o configuran la base del ejercicio de un derecho, como en el caso de la oposición andina. Por eso, las autoridades nacionales competentes deben tener en consideración las pruebas presentadas en las diferentes etapas impugnativas o recursivas en la vía administrativa.

Los principios de primacía de la realidad, verdad material y justicia material apuntan no solo a privilegiar la verdad y la justicia como elementos axiológicos que irradian todo proceso judicial, sino que, al mismo tiempo, coadyuvan con el fortalecimiento del debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva.”

(...) Sobre el particular, corresponde señalar que la prueba tiene como finalidad formar la convicción de la autoridad administrativa y jurisdiccional en el momento de decidir, pero también está destinada a moldear el convencimiento de las partes sobre sus alegaciones.”¹⁴²

- [223] En este contexto se encuentra que, ante la búsqueda de un interés público, tal como puede ser el contar con un mercado más competitivo en pro de beneficiar a los consumidores de la subregión, con más productos de mejores precios y con mejor calidad, es dable de que la autoridad solicite y valore las pruebas que le permita llegar a la verdad material de los hechos y así poder aplicar correctamente la norma.
- [224] Ahora bien, con relación a la presunta delimitación arbitraria del marco temporal de examen de la medida, la SGCAN se permite indicar que la solicitud de alguna información por parte de esta institución enmarcada entre enero de 2001 y octubre de 2019 se dio bajo la consideración de que una de las medidas cuestionadas, la primera en el tiempo es el Decreto 569 del 2000. En este sentido, se ha considerado que contar con información desde el primer mes del año siguiente a la entrada en vigencia de la medida (enero de 2001) y no se consideró pertinente contar con información desde el año 1991, tal y como lo propone la Reclamada, en tanto en dicha fecha no estaba establecido el FEPA.
- [225] Con relación a la información a la que puede acceder la SGCAN con ocasión a los Sistemas de Información Estadísticas de carácter subregional, es importante destacar que esta institución considera en sus investigaciones la información que está a su disposición en consideración de su calidad de Órgano Ejecutivo del Proceso de Integración, sin perjuicio de lo cual puede requerir a las autoridades de los Países Miembros y a las personas naturales la información que considere pertinente con la finalidad de complementar o constatar su análisis.
- [226] Siendo ello así, cabe concluir sobre este punto que la SGCAN goza de amplias competencias para realizar diversas actuaciones probatorias ya que se encuentra obligada a verificar la verdad material de los hechos, esto es, a reunir todos los elementos de juicio necesarios para saber qué ocurrió en cada caso y emitir un correcto pronunciamiento. Para tal efecto, este Órgano Comunitario puede utilizar todas sus facultades para producir y requerir las pruebas que considere necesarias.

¹⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de fecha 18 de junio de 2020, en el marco del Proceso 76-IP-2020.



- [227] Por lo expuesto, se desestiman los alegatos sobre este extremo y la SGCAN valorara y tomará en consideración toda la información que en el marco del procedimiento fue debidamente aportada.

2.2.4. Acerca de la confidencialidad de la información suministrada por las Reclamantes

- [228] Con relación a la información presentada por las Reclamantes (Anexos 1A, 1B, 2, 3A, 3B y 4 del escrito del 7 de enero de 2020), la Reclamada indica que, dicha información no reúne la totalidad de presupuestos exigidos para que se otorgue tratamiento confidencial, toda vez no se allegó un resumen ejecutivo no confidencial de los mismos, de conformidad con lo señalado en el artículo 28 de la Decisión 623¹⁴³.
- [229] En este sentido, indica que la mención del contenido de la información (Anexos 1A, 1B, 2, 3A, 3B y 4 del escrito del 7 de enero de 2020) que se realiza en el escrito presentado por las Reclamantes, sólo se circunscribe a dar una noticia sucinta del contenido general de la documentación e información contenida en los mismos¹⁴⁴. A criterio de la Reclamada, esta circunstancia no sólo representa una variación injustificada de la igualdad de las partes en el marco del trámite administrativo, sino que además viene a configurar un alto riesgo de vulneración del debido proceso, en tanto aquellos datos que puedan obtenerse de los documentos confidenciales, de los que se desconocen cifras o características que permitan conmensurarlos a fin de proceder a desarrollar el ejercicio del legítimo derecho de contradicción, no están revestidos de la legalidad en cuanto a su asunción en la actuación que se ha surtido por la SGCAN, lo que los torna improcedentes para fundamentar no sólo hechos sino siquiera indicios de cualquier naturaleza al momento de adoptarse un dictamen¹⁴⁵.
- [230] Conforme el entendido de la Reclamada, además los anexos 5 y 6 (que contiene informes elaborados por la compañía Comercia Consulting) aportados por las Reclamantes junto con el escrito del 7 de enero de 2020 y que hacen parte del expediente público, no pueden ser objeto de valoración, apreciación o de validez en el marco del trámite, debido a que el momento procesal para su suministro finalizó con la admisión del reclamo¹⁴⁶.
- [231] Sobre este aspecto las Reclamantes no presentaron argumentos.

ANÁLISIS DE LA SGCAN

- [232] La posibilidad de declarar la confidencialidad de la información obtenida en el marco de un procedimiento ante la Secretaría General está dada desde el Acuerdo de Cartagena¹⁴⁷. Sin perjuicio de ello, en específico, en la Fase Prejudicial la Decisión 623 se ha regulado este tema de la siguiente manera:

Artículo 28.- Cuando lo solicite el interesado el Secretario General podrá declarar

¹⁴³ Foja 18 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

¹⁴⁴ Foja 18 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

¹⁴⁵ Foja 18 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

¹⁴⁶ Foja 19 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

¹⁴⁷ **Acuerdo de Cartagena. Artículo 39.-** *En el caso de procedimientos que deban culminar en la adopción de una Resolución o Dictamen, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas de los Países Miembros, deberán colaborar con las investigaciones que realice la Secretaría General en el desarrollo de sus funciones y en tal sentido deberán suministrar la información que al efecto ésta les solicite.*

La Secretaría General guardará la confidencialidad de los documentos e informaciones que le sean suministrados, de conformidad con las normas que al respecto se establezcan.



confidenciales determinados documentos que sean presentados, siempre que éstos no hubieran sido divulgados y su divulgación pudiera ocasionar perjuicio a la parte que los proporcionó o a un tercero.

El interesado que solicite la confidencialidad sobre documentos presentados deberá justificar su petición y acompañar un resumen no confidencial, el cual formará parte del expediente público.

Si la petición de tratamiento confidencial no cumpliera con los requisitos establecidos en el párrafo anterior la Secretaría General la denegará. Contra dicho pronunciamiento no se admitirá recurso. Sin embargo, la parte que proporcione la información a condición de que ésta sea tratada en forma confidencial, podrá retirarla, en cuyo caso la Secretaría General no podrá tenerla en cuenta. La confidencialidad cesará en cualquier momento a solicitud del interesado.

Los documentos confidenciales figurarán en un anexo reservado del expediente y no podrán ser divulgados a terceros, salvo su remisión al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

- [233] Cabe indicar que las legislaciones internas de los Países Miembros reconocen la importancia de proteger la información referida a secretos empresariales así como la información de corte comercial dentro de sus procedimientos internos, la cual debe recibir un tratamiento confidencial en tanto puede afectar intereses y derechos particulares.
- [234] En esta línea, recuérdese que también dentro del marco comunitario, mediante la Decisión 486 “*Régimen Común sobre Propiedad Industrial*” se protege el secreto empresarial entendido como cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, y que cumpla con las demás condiciones de la norma.¹⁴⁸
- [235] Teniendo presente lo indicado, con miras a salvaguardar la actividad económica de las Reclamantes, fue declarada como confidencial alguna información, en consideración a la solicitud de la parte interesada y una vez constatado que cumplían con los requisitos de forma y fondo de carácter objetivo establecidos en las normas comunitarias a saber:
- Que se solicite expresamente la confidencialidad;
 - Que se justifiquen los motivos por los cuales se solicita la confidencialidad;
 - Que se adjunte un resumen no confidencial, y;
 - Que se acredite que la información no ha sido divulgada y que su divulgación pudiera ocasionar perjuicio a la parte que los proporcionó o a un tercero.
- [236] En este sentido, la SGCAN analizó si la información remitida el 7 de enero de 202 por las Reclamantes se cumplía los requisitos de la norma, y mediante comunicación N°

¹⁴⁸ **Decisión 486. Capítulo II. De los Secretos Empresariales. Artículo 260.-** Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.



SG/E/SJ/30/2020, declaró la confidencialidad de los anexos 1A, 1B, 2, 3A, 3B y 4 del escrito del 7 de enero de 2020.

- [237] Dentro de los aspectos que analizó la SGCAN en el referido oficio, se evaluó la existencia un resumen no confidencial, y se consideró que este se presenta en el anexo 7 del escrito. Sobre el particular, se verifica que en las fojas 12 a 15 del escrito del 7 de enero de 2020, se realiza una descripción sobre el contenido de los anexos 1 al 6 sobre los cuales recae la solicitud de confidencialidad. Siendo ello así, esta Secretaría General considera, en este caso particular, que la indicación de lo que trata los mencionados anexos, resultaría ser suficiente, y en tal sentido, se da por cumplido con el requisito de contar con un resumen no confidencial.
- [238] Así las cosas, cabe señalar que la referida declaratoria de confidencialidad no ha implicado ningún detrimento del ejercicio del derecho a la defensa y de contradicción de las investigadas, ya que cada una de estas piezas declaradas confidenciales tiene en el expediente público un resumen no confidencial en el cual se puede conocer el contenido de estos documentos sin comprometer la información sensible que contienen, y con base a dichos resúmenes, presentar las alegaciones que las partes consideren pertinentes.
- [239] Al respecto, recuérdese la opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Intel Corp. contra Comisión cuando se cuestionó la posibilidad de contradecir versiones no confidenciales de documentos; en ella se indicó:

“No obstante, al poner a disposición de la demandante, durante el procedimiento administrativo, la versión no confidencial de la nota interna, y al proponerle la posibilidad de formular sus alegaciones sobre ese documento, la Comisión suplió esa laguna inicial del procedimiento administrativo, por lo que éste no adolece de irregularidad (...).¹⁴⁹

- [240] Por lo expuesto se desestiman los alegatos sobre este extremo.

2.2.5. La supuesta falta de acreditación de la flagrancia

- [241] Las Reclamantes señalan que la estructura y aplicación del FEPA por la República de Colombia constituye un incumplimiento flagrante del artículo 36 de la Decisión 608. En esta línea, se refiere a conductas similares realizadas por la Reclamada referidos a otros productos (en particular, el caso del arroz resuelto mediante Proceso 118-AI-2003)¹⁵⁰. Siendo ello así, señala que la Reclamada ha establecido mecanismos de protección similares al FEPA que han sido declarados como incumplimientos flagrantes por el TJCAN.¹⁵¹ Así indica:

“En este punto es necesario recordar que la República de Colombia también ha establecido un mecanismo de protección al arroz con esquemas similares a los del FEPA, los cuales han sido declarados como incumplimiento flagrante por parte del Tribunal en el proceso 118-AI-2003. (...).¹⁵²

Como puede apreciar la Secretaría General, desde antes de 1993 la República de Colombia realizó una serie de actuaciones perfectamente estructuradas y articuladas

¹⁴⁹Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Intel Corp. contra Comisión Asunto T-286/09; párrafo 622. Obtenido desde <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162851&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=126439>

¹⁵⁰ Foja 38 escrito de subsanación de las Reclamantes de fecha 24 de septiembre de 2019.

¹⁵¹ Foja 21 del escrito de reclamación de fecha 23 de agosto de 2019.

¹⁵² Foja 21 del escrito de reclamación de fecha 23 de agosto de 2019.



con el propósito de proteger su mercado interno de arroz, aunque ello signifique incumplir con las obligaciones asumidas en el marco de la Comunidad Andina. (...) ¹⁵³

Nótese también que a la fecha la República de Colombia estaría incumpliendo la sentencia del referido Proceso 118-AI-2003 (emitida el 14 de abril de 2005, hace 14 años), (...) ¹⁵⁴

Por tanto, la Secretaría General deberá tener presente este antecedente al momento de evaluar la conducta incumplidora de Colombia, esta vez respecto de la protección que aplica a su mercado interno de azúcar, y a través de un mecanismo más sofisticado que los sancionados por el Tribunal. ¹⁵⁵

- [242] La Reclamada indica las Reclamantes no acreditaron que se presentara un incumplimiento flagrante por parte de la República de Colombia¹⁵⁶. En esta misma línea, indica que no se presentó sustento sobre el mismo y que no existe un precedente que constituya un incumplimiento flagrante.
- [243] Sumado a lo anterior, la Reclamada señala que no puede tomarse como válido el intento de generar una especie de precedente comportamental de la República de Colombia con base en una serie de hechos que difieren de los analizados en el presente caso, con el propósito de generar una especie de proclividad hacia el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico de la CAN, lo que en el marco de la buena fe, la lealtad y la diligencia que debe acompañar el ejercicio de las acciones contempladas en la normativa comunitaria, contraría tales propósitos y desvirtúa la finalidad para la cual han sido establecidas dichas herramientas jurídicas en el marco del SAI¹⁵⁷.
- [244] Por su parte, ASOCAÑA argumenta que las Reclamantes no explican la pertinencia y relación del caso del arroz con el FEPA, ni con el supuesto incumplimiento flagrante que alegan. No hay nada en el reclamo que indique, ni siquiera de manera somera, que se haya presentado ningún incumplimiento evidente o reiterado al artículo 36¹⁵⁸.

ANÁLISIS DE LA SGCAN

- [245] El concepto de flagrancia está contenido en el artículo 24 de la Decisión 623 que señala que *“se considera flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se haya pronunciado con anterioridad”*.
- [246] Lo preceptuado por el artículo 24 de la Decisión 623 implica que la condición para que un incumplimiento califique como “flagrante” es que sea “evidente”, término que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define como “cierto, claro, patente y sin la menor duda”.
- [247] En el campo penal la flagrancia guarda relación con la inmediatez del delito. De acuerdo a César San Martín y otros (*ver por ejemplo: San Martín C. César. Derecho Procesal*

¹⁵³ Foja 26 del escrito de reclamación de fecha 23 de agosto de 2019.

¹⁵⁴ Foja 26 del escrito de reclamación de fecha 23 de agosto de 2019.

¹⁵⁵ Foja 27 del escrito de reclamación de fecha 23 de agosto de 2019.

¹⁵⁶ Foja 30 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

¹⁵⁷ Foja 37 de la contestación del reclamo

¹⁵⁸ Foja 11 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.



Penal, Vol. II, Grijley, 1999) se requiere en estos casos de una evidencia sensorial (percepción directa) no bastando una presunción, por muy probable que se presente la comisión delictiva. Por su parte el Tribunal Constitucional Español refiriéndose a la raíz latina del término señala que éste se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, y que en este sentido el término ha pasado a nuestros días, de modo que hay que entender que se trata de la conducta que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa. Dicho Tribunal en su sentencia 341/1993 concibió la flagrancia como una situación fáctica en la que el delincuente es 'sorprendido' -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito.

- [248] Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su Sentencia emitida en el Proceso 2-AI-97, se ha referido al concepto de “incumplimiento objetivo” y lo ha definido como aquél “que se aprecia por la simple lectura y análisis de los hechos inculcados de incumplimiento y el derecho violado”. En dicha sentencia, el Tribunal toma como referencia la jurisprudencia europea y concretamente la expedida en los asuntos acumulados C-282/96 y C-283/96 Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa. En tales asuntos, el abogado general concluye que si un país admite el incumplimiento o éste queda demostrado sin lugar a discusión, se produce lo que posteriormente se denominó en la jurisprudencia europea el “incumplimiento no discutido”. En el devenir de la práctica europea, este concepto se utilizaría para referirse a lo que el Tribunal andino ha denominado “incumplimiento objetivo”.
- [249] Señala así, el TJCAN ha estimado que el “incumplimiento no discutido” de la jurisprudencia europea (sentencia de 29 de mayo de 1997) puede asimilarse con el mismo alcance al incumplimiento “flagrante”, y será tal cuando *“éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por la Secretaría General, inclusive cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales la Secretaría General se hubiere pronunciado con anterioridad”*.
- [250] *Nota: A nivel de la práctica administrativa, un ejemplo de “incumplimiento no discutido” o flagrante es el que diera lugar a la Resolución 550 que contiene el Dictamen 13-2001 en el que se determina que existe un incumplimiento flagrante por parte del Gobierno de Colombia al diferir unilateralmente el Arancel Externo Común aplicable a las importaciones de arroz, no obstante existir pronunciamientos explícitos de la Secretaría General (Resolución 503) denegando tal posibilidad.*
- [251] Haciendo un símil del concepto penal aplicado al campo del Derecho de la Integración, dicha figura se relacionaría con la actualidad o momento de la perpetración de la conducta y su materialidad o capacidad de ser percibida como tal, sin mayor análisis. Acorde con la jurisprudencia citada, podría señalarse también que el incumplimiento flagrante es aquél verificable objetivamente, sin mayor análisis o sin admitir prueba en contrario.
- [252] Aplicado dicho concepto al presente caso, se encuentra que para poder determinar su flagrancia, se requiere determinar primero si existe o no incumplimiento y si éste fuera objetivo, evidente o reiterado, será flagrante. Este análisis es el que se desarrolla precisamente en el presente Dictamen.
- [253] Cabe indicar que los incumplimientos de Colombia que han sido alegados por las reclamantes no resultan relevantes para el presente caso, dado que no están referidos a la presunta vulneración del artículo 36 de la Decisión 608.



- [254] Por lo expuesto, se desestiman los alegatos sobre este extremo como una cuestión previa, sin perjuicio de ello, más adelante se analizará el tema de la supuesta flagrancia.

2.2.6. La supuesta imposibilidad de vulnerar el artículo 36 de la Decisión 608

- [255] La alegada imposibilidad de quebrantar el artículo 36 de la Decisión 608, conforme lo indicado por ASOCAÑA se expresaría en dos sentidos. El primero referido carácter previo de la medida colombiana con relación a la adopción de la norma comunitaria (Decisión 608), y la segunda, referida a que hasta la fecha ninguna otra autoridad ha declarado ilegal las disposiciones del FEPA.
- [256] Con relación a lo primero, ASOCAÑA indica que la Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 del 2000, no pueden haber quebrantado el artículo 36 de la Decisión 608 de 2005 por cuanto se expidieron mucho antes que la Decisión 608 y, por consiguiente, mal podrían haber incumplido una disposición que no existía en el momento de su expedición.¹⁵⁹
- [257] Con relación a lo segundo, ASOCAÑA indica que ninguna autoridad andina ha declarado el FEPA o los fondos de estabilización como contrarios al ordenamiento andino.
- [258] Sobre estos aspectos las Reclamantes ni la Reclamada presentaron argumentos.

ANÁLISIS DE LA SGCAN

- [259] Con relación a lo primero, como ha sido indicado en la reiterada jurisprudencia del TJCAN, los Países Miembros cuando asumen compromisos en el ámbito comunitario adquieren obligaciones de hacer (adoptar medidas que garanticen el cumplimiento del ordenamiento comunitario) como de no hacer (abstenerse de aplicar a aquellas que sean contrarias a los compromisos comunitarios).
- [260] Estas obligaciones son esenciales dentro de la naturaleza supranacional del ordenamiento comunitario, que como se ha señalado antes, derivan del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En dicho artículo, ni en ninguno otro de este instrumento normativo comunitario, se excusa a los Países Miembros del cumplimiento de sus obligaciones sobre aquellas medidas internas que fuesen adoptadas antes de la entrada en vigencia del compromiso comunitario sobre una materia en cuestión.
- [261] Cabe recordar que, a lo largo del proceso de integración, cuando se ha habilitado a un País Miembro a aplicar medidas internas adoptadas previamente a un compromiso comunitario, y que no sean acordes con este, ello se ha permitido expresamente en una norma comunitaria y de manera temporal, con la finalidad de que dicho País Miembro paulatinamente se adecue al respectivo compromiso. En este sentido, se encuentra por ejemplo el proceso de liberalización del comercio de servicios en el cual se permitió durante un periodo de tiempo que los Países Miembros aplicaran medidas internas que afectaban los principios de acceso de mercado y trato nacional, mientras se perfeccionaba dicho proceso de liberalización.
- [262] Siendo ello así, a no ser que exista una norma comunitaria que habilite de manera expresa a un País Miembro a aplicar su norma nacional en vez de la norma andina, lo

¹⁵⁹ Foja 48 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019



cual deberá ser por un periodo de tiempo determinado, no puede entenderse que dicho País está excusado de cumplir las obligaciones comunitarias.

- [263] Sumado a lo anterior, cabe indicar que mediante Decreto 1071 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural” se recogen las Disposiciones del Decreto 569 en su título 4 de la parte 11, refrendando así el contenido de dicha norma, la cual se emitió con posterioridad (10 años después) a la entrada en vigencia de la Decisión 608.¹⁶⁰
- [264] Conforme lo anterior, a no ser que exista una habilitación expresa para ello, cuando un País Miembro asume en el ámbito comunitario un compromiso que colisiona con una medida interna acogida previamente a la entrada en vigencia del primero, lo que corresponde es que dicho país adecue su normativa interna (modifique, derogue o deje sin efecto su medida interna en consideración de la obligación de hacer) o no la aplique (en cumplimiento de la obligación de no hacer), pero bajo ningún supuesto puede entenderse que dicha medida interna constituye una excepción al compromiso subregional adquirido.
- [265] Sumado a lo anterior, recuérdese que en variadas ocasiones este órgano comunitario se ha pronunciado sobre el incumplimiento de normas comunitarias por parte de Países Miembros que aplican medidas que adoptó antes de la entrada en vigencia de la respectiva norma comunitaria.¹⁶¹
- [266] Con relación a lo segundo, referido a que hasta la fecha ninguna otra autoridad ha declarado ilegal la medida, cabe indicar que como se ha señalado en el numeral punto 2.1.2, lo que se busca con este tipo de procedimientos es verificar si los Países Miembros están actuando conforme los compromisos adquiridos en el ámbito comunitario y buscar que en caso no se estén actuando conforme a ellos, encaucen su comportamiento.
- [267] Ahora bien, en el presente caso corresponde a la SGCAN verificar si las medidas objeto de reclamo se encuentran o no conformes con el ordenamiento jurídico andino, independientemente si otra autoridad haya o no declarado la ilegalidad.
- [268] Por lo expuesto se desestiman los alegatos sobre este extremo.

2.3. Respecto a las cuestiones de Fondo.-

2.3.1 Sobre el alegado incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608:

¹⁶⁰ Decreto 1071 de 2015. Artículo 3.1.1. Derogatoria Integral. Este decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el art. 3 de la Ley 153 de 1887, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al sector administrativo a que se refiere este decreto que versan sobre las mismas materias, con excepción, exclusivamente, de los siguientes asuntos:

1) No quedan cobijados por la derogatoria anterior los decretos relativos a la creación y conformación de comisiones intersectoriales, comisiones interinstitucionales, consejos, comités, sistemas administrativos y demás asuntos relacionados con la estructura, configuración y conformación de las entidades y organismos del sector administrativo.

2) Tampoco quedan cobijados por la derogatoria anterior los decretos que desarrollan leyes marco, ni el Decreto 59 de 1938.

3) Igualmente, quedan excluidas de esta derogatoria las normas de naturaleza reglamentaria de este sector administrativo que, a la fecha de expedición del presente decreto, se encuentren suspendidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las cuales serán compiladas en este decreto, en caso de recuperar su eficacia jurídica.

Los actos administrativos expedidos con fundamento en las disposiciones compiladas en el presente decreto mantendrán su vigencia y ejecutoriedad bajo el entendido de que sus fundamentos jurídicos permanecen en el presente decreto compilatorio.

Artículo 3.1.2. Vigencia. El presente decreto rige a partir de su publicación en el Diario Oficial.

¹⁶¹ Al respecto, ver el Dictamen 02- 2019 “Reclamos interpuestos por Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C., Unión de Cervecerías Peruana Backus y Johnston S.A.A. y Cervecería San Juan Sociedad Anónima, contra la República del Perú por presunto incumplimiento del literal e) del artículo 54 y el artículo 59 del Acuerdo de Cartagena, los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación de Justicia de la Comunidad Andina, los artículos 1, 4 y 7 de la Decisión 600, y los artículos 2 y 3 de la Decisión 635.”



- [269] En atención a los alegatos presentados, corresponde a continuación verificar si la adopción y aplicación del FEPA por parte de la Reclamada bajo las medidas denunciadas por las Reclamantes, constituyen un incumplimiento a lo establecido en el artículo 36 de la Decisión N° 608.

Consideraciones preliminares:

2.3.1.1 Contenido del artículo 36 de la Decisión N° 608

- [270] Como primera cuestión, y como ha sido señalado líneas más arriba, cabe reiterar que la libre competencia es tutelada en el ámbito comunitario. Tal y como lo ha indicado el TJCAN, el bien jurídico protegido en la Decisión 608 de manera inmediata es la libre competencia, y de manera mediata, es la eficiencia de los mercados y el bienestar de los consumidores¹⁶². Al respecto, con miras a tener una mirada integral del precepto normativo, cabe indicar lo manifestado por el Tribunal:

“El programa de liberación de bienes tiene como uno de sus objetivos que los consumidores andinos tengan más opciones de elección al momento de adoptar sus decisiones de consumo, en el marco de un mercado ampliado. Así, en lugar de sólo elegir productos locales, el programa de liberación le otorga la oportunidad de elegir entre una mayor gama y variedad de productos provenientes de otros países miembros de la Comunidad Andina. (...)”¹⁶³

“El Intercambio de bienes y servicios permite que el proceso competitivo genere eficiencias económicas en los mercados, lo que beneficia a los consumidores, a las empresas y a los propios Estados. A los consumidores porque obtienen productos a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad y en forma más accesible. A las empresas porque la presión competitiva las incentiva a mejorar sus niveles de competitividad, preparándolas para aprovechar los mercados ampliados originados por el libre comercio. Y a los Estados porque la mejora en competitividad de las empresas, así como la mayor inversión y comercio originados de la competencia, provocan más ventas e ingresos y, por tanto, más impuestos que convertidos en recursos públicos permiten una mejor provisión de infraestructura y servicios públicos.”¹⁶⁴

- [271] Bajo este contexto de protección a la libre competencia, la Decisión 608 establece obligaciones tanto para los agentes económicos como para los Países Miembros. Para los primeros, establece la prohibición de realizar las prácticas tipificadas como anticompetitivas en los artículos 7 y 8 de dicha Decisión 608. Para los segundos, además de las obligaciones vinculadas con la investigación y sanción de los primeros, se encuentra, entre otros, que el artículo 36 de la Decisión 608 ha establecido una obligación en cabeza de los Países Miembros de no adoptar ni aplicar políticas y medidas regulatorias que impidan, entorpezcan ni distorsionen la competencia en el mercado subregional. El tenor textual de la norma es el siguiente:

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

¹⁶²Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de fecha 8 de mayo de 2020, en el marco del Proceso 484-IP-2018. Pag 12.

¹⁶³Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de fecha 8 de mayo de 2020, en el marco del Proceso 484-IP-2018. Pag 14.

¹⁶⁴Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de fecha 8 de mayo de 2020, en el marco del Proceso 484-IP-2018. Pag 7.



ejercicio de la libertad económica y la competencia.” (Énfasis agregado)

- [272] Cabe precisar que la citada disposición normativa, objeto del presente Dictamen, se encuentra ubicada en el Capítulo V de la Decisión 608, denominada “*PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA*”. Este Capítulo, desarrollado por los artículos 36 y 37 de la Decisión 608 establecen un régimen para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia en la subregión andina, la cual cuenta con su propio procedimiento (segunda parte del artículo 36) y así como actividades específicas para llevar adelante dicha tarea (contempladas en el artículo 37)¹⁶⁵.
- [273] En ese marco, si bien los Países Miembros pueden, legítimamente, adoptar políticas o medidas regulatorias sobre sus mercados, su aplicación no debe impedir, entorpecer, ni distorsionar las condiciones de competencia del mercado subregional, según lo dispuesto en el artículo 36 de la Decisión 608. Tómese en cuenta que, de ser así (de alterarse la competencia en el mercado subregional), de acuerdo a lo que la norma dispone, una consecuencia es que el Comité Andino Ad Hoc De Defensa De La Libre Competencia¹⁶⁶ podrá recomendar medidas a fin de superar esta situación. Ello, sin perjuicio de que pueda darse un reclamo por un presunto incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608 en el marco de la Decisión 623. Es decir, la norma en análisis permite a los Estados adoptar políticas o medidas regulatorias de sus mercados que son medidas intervencionistas pero siempre y cuando su aplicación no conlleve el impedir, entorpecer o distorsionar las condiciones de competencia en el mercado subregional andino. Ya en el Dictamen 2007 y en relación con la misma norma determinó esta Secretaría General en el caso contra la República de Colombia sobre el Programa de Incentivo a la Cobertura Cambiaria (ICC) y establecimiento del Incentivo Sanitario para Flores (ISF): “*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 norma. 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.*” “*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. 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.”* (página 12de Dictamen citado).
- [274] Así las cosas, bajo la Decisión 623, ante (i) la adopción y aplicación de políticas y medidas regulatorias de mercado por parte de un País Miembro que (ii) afecte la competencia en el mercado subregional (en contravención de la obligación consignada

¹⁶⁵ Decisión 608:

“**Artículo 37.-** Los Países Miembros establecerán mecanismos para procurar el perfeccionamiento de los instrumentos comunes y el fortalecimiento de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, mediante programas de intercambio de información y experiencias, de entrenamientos técnicos, y de recopilación de jurisprudencia y doctrina administrativa, relacionados con la defensa de la libre competencia.”

¹⁶⁶ Denominación del Comité conforme el numeral 8 del Anexo de la Decisión 797 de 2013 “Comités y Grupos Ad Hoc de la Comunidad Andina en el marco de la reingeniería del Sistema Andino de Integración”



en el referido artículo 36 de la Decisión 608) se puede activar la Fase prejudicial de la Acción de Incumplimiento ante la SGCAN. Cabe indicar que en el presente procedimiento no se está cuestionando el comportamiento de un País Miembro en su calidad de oferente o demandante de bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado (agente económico) caso que es propio del proceso de investigación de la Decisión 608 que obedece a otra naturaleza diferente que a la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento.¹⁶⁷.

[275] El presente procedimiento versa sobre acciones del Estado que, a través de la expedición de medidas o conductas puedan impedir, entorpecer y distorsionar la competencia en el mercado subregional. Objeto totalmente distinto al de los procedimientos de investigación convencionales que buscan detectar conductas anticompetitivas generadas por agentes económicos (empresas públicas o privadas). Por tanto, debe considerarse que en el marco del presente procedimiento no se pretende constatar si determinados agentes económicos han realizado prácticas colusorias o de abuso de posición de dominio que tengan efectos reales en el mercado subregional, tal como lo establece el procedimiento regular por libre competencia definido en la Decisión N° 608

[276] En este sentido, cabe indicar que el TJCAN ha sido enfático en señalar esta diferencia, respecto a las regulaciones gubernamentales y sus posibles efectos sobre la competencia en el mercado subregional y de las prácticas cometidas por los agentes económicos contra la libre competencia, a saber:

“(...) son las empresas, es decir los agentes económicos que participan en el mercado realizando actividades económicas sobre bienes o servicios, de quienes puede predicarse que llevan a cabo las referidas prácticas vitandas, entendiéndose por “empresas” no sólo las de carácter privado sino también, por supuesto, las públicas u oficiales (empresas industriales y comerciales del estado y empresas de economía mixta). De lo anterior se sigue que no podrían ser objeto de calificación como prácticas restrictivas al derecho a la libre competencia las acciones que el estado realiza por medio de sus órganos o funcionarios tendientes a desarrollar funciones de regulación o, en general, a cumplir con su función de intervención en la economía.”¹⁶⁸ (Énfasis agregado)

[277] Esta aclaración resulta importante a fin de enfocar el análisis del presente Dictamen, y dejar de lado un análisis para constatar supuestas prácticas restrictivas a la libre competencia cometida por agentes económicos¹⁶⁹ (como lo explicó el TJCAN).

¹⁶⁷ Sobre el particular, cabe indicar que la Decisión 608 establece un procedimiento administrativo que tiene por objeto la investigación de conductas realizadas por agentes económicos que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado.

¹⁶⁸ Proceso N° 87-IP-2002 “Interpretación prejudicial de los artículos 1, 2, 4, literal a) y 5 literales a) y d) de la Decisión N° 285; (...), así como de los artículos 4, 5 y 6 de la Resolución No. 432 expedida por la Secretaría General de la misma Comunidad, solicitada por la Sala Plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia de la República de Bolivia. (...)”, publicado en la GOAC N° 868 el 2 de diciembre de 2002. Págs. 11 a 12.

¹⁶⁹ Dada esta aclaración, los argumentos esgrimidos por las Reclamantes sobre presuntas conductas restrictivas de la libre competencia abarcadas por el Capítulo III de la Decisión N° 608 (artículo 7 y 8) y sobre sus efectos reales en los términos del artículo 5, no serán objeto de análisis en el presente procedimiento, así como tampoco los alegatos formulados por el gobierno del Ecuador que versan sobre dicho asunto y las respuestas correspondientes presentadas por el gobierno de Colombia y ASOCAÑA. Cabe indicar que se han presentados argumentos sobre las siguientes conductas:

“Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;

b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;

(...).

Artículo 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

a) La fijación de precios predatorios;

b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;



- [278] En esa línea, con el fin de verificar el supuesto incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608, resulta apropiado constatar si se confluyen estas dos condiciones:
- (i) La adopción de la medida reclamada constituye una política o medida regulatoria de mercado; y,
 - (ii) La aplicación de la medida reclamada impide, entorpece o distorsiona la competencia en el mercado subregional.
- [279] Pero previamente corresponde explicar en qué consiste el FEPA, cuestión que pasaremos a desarrollar a continuación.

2.3.1.2 Descripción del FEPA

- [280] La fuente de información empleada para desarrollar este acápite corresponde principalmente a aquella proporcionada por las Reclamantes (Ley 101 de 1993, el Decreto 569 del 2000, las Resolución N° 1 de 2019 del FEPA y las otras medias denunciadas, así como aquella disponible en la página web del FEPA y en el Diario Oficial de Colombia)¹⁷⁰.
- [281] En este contexto, para describir la naturaleza y funcionamiento del FEPA, a continuación se presentarán los principales aspectos de su marco legal y regulatorio, sus objetivos, la fuente de sus recursos, su estructura orgánica y administrativa así como su mecanismo de funcionamiento.

Marco legal y regulatorio del FEPA

- [282] El marco legal sobre el cual se sostiene el FEPA es la Ley 101 de 1993 “*Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero*” que, por medio del Capítulo VI crea los “*Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros*”¹⁷¹. Posteriormente, mediante el Decreto 569 del 2000 “*Por el cual se organiza el Fondo de Estabilización de precios para los azúcares centrifugados, las melazas derivadas de la extracción o del refinado de azúcar y los jarabes de azúcar*” se establecen no sólo la organización de dicho fondo, sino también su naturaleza jurídica y administración, los productos objeto de estabilización, los mecanismos con los que cuenta, entre otros.

(...)”

¹⁷⁰ Mediante Oficio AOLI con radicado N° 2-2019-033357, Colombia brinda una explicación general del funcionamiento y operación del FEPA, pero no detallada cómo se efectúan las compensaciones o sesiones, teniendo en cuenta el tipo de productor, según mercado, tal como se requirió en la comunicación N° SG/E/SJ/2837/2019 en la cual se solicita además ejemplos prácticos. En dicha comunicación textualmente se solicitó, entre otros, lo siguiente:

Una explicación detallada del funcionamiento del Fondo bajo la normativa que actualmente lo rige. Para estos efectos, se solicita un ejemplo práctico para cada uno de los mercados (Nacional tradicional, Interno especial y otros mercados) detallando cómo se efectúan las compensaciones o sesiones, teniendo en cuenta el tipo de empresa.

Luego, en su Oficio OALI con radicado N° 2-2020-000074, el gobierno de Colombia menciona sobre el funcionamiento y operación del FEPA, mencionó que el detalle de dicha información se encuentra en la Resoluciones 1 y 2 de 2109, y que cualquier norma referida al FEPA puede ser consultada en su portal web.

¹⁷¹ Sobre el particular, la ley 101 de 1993 indica en el Capítulo VI, lo siguiente:

FONDOS DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE PRODUCTOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS

ARTÍCULO 36. Sin perjuicio de los Fondos Parafiscales Agropecuarios y Pesqueros regulados en la presente Ley, créanse los *Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, como cuentas especiales, los cuales tienen por objeto procurar un ingreso remunerativo para los productores, regular la producción nacional e incrementar las exportaciones, mediante el financiamiento de la estabilización de los precios al productor de dichos bienes agropecuarios y pesqueros.*

PARÁGRAFO. Cuando el Gobierno Nacional lo considere necesario organizará *Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, dentro de las normas establecidas en la presente Ley. (...)*



- [283] Así, en el marco de la Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 del 2000, se han expedido diversas Resoluciones del FEPA que regulan aspectos específicos para la operación y funcionamiento de este mecanismo, por ejemplo: la Resolución N° 1 de 2019 “*Por medio del cual se establece la metodología para las operaciones de estabilización*” o la Resolución N° 2 de 2019 “*Por medio de la cual se establecen los valores para unas variables requeridas para el cálculo de las operaciones de estabilización*”, entre otras medidas actualmente vigentes según las constataciones que ha realizado esta Secretaría General en el portal web del FEPA y el Diario Oficial de la República de Colombia (ver Tabla N° 1)¹⁷².

Tabla N° 1
Marco legal y regulatorio del FEPA
 (Medidas vigentes)

| | |
|--------------------------|--|
| Marco jurídico relevante | Ley 101 de 1993 “ <i>Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero</i> ” Decreto 569 del 2000 “ <i>Por el cual se organiza el Fondo de Estabilización de precios para los azúcares centrifugados, las melazas derivadas de la extracción o del refinado de azúcar y los jarabes de azúcar</i> ” y otras disposiciones relevantes recogidas en el Decreto 1071 de 2015 “ <i>Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural</i> ” |
|--------------------------|--|

¹⁷² Si bien en el portal web del FEPA se listan como medidas vigentes la Resolución N° 2 de 2018 “*Por medio de la cual se modifican los criterios a considerar para el cálculo del flete terrestre en el cálculo del precio de paridad de importación*”, la Resolución N° 1 de 2017 “*Por medio de la cual se elimina el Régimen de Transición y se Organiza el Régimen Temporal para la liquidación de las Operaciones de Estabilización*”, la Resolución N° 4 de 2017 “*Por la cual se modifica la Resolución No. 1 del 27 de abril de 2017, por medio de la cual se elimina el Régimen de Transición y se organiza el Régimen Temporal para la liquidación de las Operaciones de Estabilización*”, la Resolución N° 3 de 2013 “*Por medio de la cual se establecen los mecanismos de control y operación para la cesiones y compensaciones causadas por ventas en el Mercado Nacional Residual Tradicional*” y la Resolución N° 1 de 2001 “*Reglamento de operación del Comité Directivo del Fondo*”, se debe aclarar que la Resolución N° 4 de 2019 deroga la Resolución N° 3 de 2013, la Resolución N° 3 de 2019 deroga la Resolución N° 1 de 2001, la Resolución N° 2 de 2019 deroga la Resolución N° 2 de 2018, en tanto la Resolución N° 1 de 2019 deroga las Resoluciones N° 1 y 4 de 2017, razón por la cual dichas resoluciones no son incluidas en la Tabla N° 1 de este Dictamen.



| | |
|------------------------------|--|
| Marco Regulatorio vigente | <p>Resolución N° 5 de 2019 <i>“Por medio de la cual se modifican unas variables requeridas para el cálculo de las operaciones de estabilización”</i></p> <p>Resolución N° 4 de 2019 <i>“Por Medio de la cual se actualizan los Mecanismos de Control y Operación para las cesiones y compensaciones causadas por ventas en el Mercado Interno Especial”</i></p> <p>Resolución N° 3 de 2019 <i>“Por Medio de cual se actualiza el Reglamento de Operación del Comité Directivo del Fondo”</i></p> <p>Resolución N° 2 de 2019 <i>“Por medio de la cual se establecen los valores para unas variables requeridas para el cálculo de las operaciones de estabilización”</i>.</p> <p>Resolución N° 1 de 2019 <i>“Por medio del cual se establece la metodología para las operaciones de estabilización”</i>.</p> <p>Resolución N° 1 de 2018 <i>“Por medio de la cual se incorpora el ajuste tao (t) en la metodología para el cálculo de las operaciones de estabilización y se amplía el alcance del control a las exportaciones con despacho terrestre”</i>.</p> <p>Resolución N° 3 de 2017 <i>“Por medio de la cual se establecen los mecanismos de control y operación para las cesiones y compensaciones causadas por exportaciones que se despachen al exterior vía terrestre”</i>.</p> <p>Resolución N° 3 de 2016 <i>“Por medio de la cual se adopta la Política de Manejo de la Información del Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refino de Azúcar y los Jarabes de Azúcar”</i>.</p> <p>Resolución N° 4 de 2011 <i>“Por la cual se señalan los parámetros para la determinación de gastos de exportación e importación”</i>.</p> <p>Resolución N° 2 de 2007 <i>“Por medio de la cual se establecen los mecanismos de control y operación para las cesiones y compensaciones causadas por ventas en el mercado interno tradicional y de exportaciones conjuntas”</i>.</p> |
|------------------------------|--|

Fuente: FEPA (<https://www.fepe.com.co/modules/documentos/4/59.aspx>), Diario Oficial de la República de Colombia (<http://svrpubindc.imprensa.gov.co>) Consultado el 11 de mayo de 2020.
Elaboración: Secretaría General de la Comunidad Andina

[284] Es importante señalar que las Resoluciones indicadas en la tabla anterior, se han emitido por el Comité Directivo del FEPA creado por el Decreto 569 del 2000.

Objetivos y fuentes del FEPA

[285] De acuerdo con el artículo 36 de la Ley 101 de 1993 *“Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”* emitida por el Congreso de la República de Colombia (en adelante, Ley 101 de 1993), los Fondos de Estabilización de Precios de los Productos Agropecuarios y Pesqueros tienen por objeto:

- Procurar un ingreso remunerativo para los productores;
- Regular la producción nacional; e,
- Incrementar las exportaciones.

[286] Los objetivos antes expuestos, según se indican en la misma Ley 101 de 1993 se lograrían *“(…) mediante el financiamiento de la estabilización de precios al productor de dichos bienes agropecuarios (...)”*¹⁷³. Para ello, se cuenta con el mecanismo de cesiones

¹⁷³ **ARTÍCULO 36o.:** Sin perjuicio de los Fondos Parafiscales Agropecuarios y Pesqueros regulados en la presente Ley, créanse los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, como cuentas especiales, los cuales tienen por



y compensaciones planteado en la Ley 101 de 1993 y en el Decreto 569 del 2000 (como se explicará más adelante).

- [287] Respecto de los recursos para la operación de los fondos de estabilización, el artículo 38 de la Ley 101 de 1993 establece cuales son las distintas fuentes posibles¹⁷⁴. En el caso particular del FEPA, los recursos provienen de las cesiones de estabilización que los productores, vendedores y exportadores hagan al fondo y de los rendimientos de las inversiones temporales que se efectúen con los recursos del fondo, entre otros¹⁷⁵.
- [288] De estos recursos, las cesiones de estabilización referidas tienen naturaleza de contribución parafiscal, y por tal, corresponden a recursos que no entran al presupuesto nacional y son reinvertidos por el sector privado en programas que benefician a la actividad que los genera.

Estructura orgánica y administrativa del FEPA

- [289] EL FEPA cuenta con un Comité Directivo¹⁷⁶, una Secretaría Técnica¹⁷⁷ y una entidad que administra los recursos del fondo¹⁷⁸, que para el presente caso es ASOCAÑA¹⁷⁹,

objeto procurar un ingreso remunerativo para los productores, regular la producción nacional e incrementar las exportaciones, mediante el financiamiento de la estabilización de los precios al productor de dichos bienes agropecuarios y pesqueros".

¹⁷⁴ "ARTÍCULO 38o.: Los recursos de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros provendrán de las siguientes fuentes:

1. Las cesiones de estabilización que los productores, vendedores o exportadores hagan de conformidad con el artículo 40 de la presente Ley.
2. Las sumas que los Fondos Parafiscales Agropecuarios o Pesqueros, a los cuales se refiere el capítulo V de la presente Ley, destinen a favor de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros.
3. Los recursos que les sean apropiados en el Presupuesto Nacional para capitalización.
4. Los recursos que les aporten entidades públicas o personas naturales o jurídicas de derecho privado, de acuerdo con los convenios que se celebren al respecto.
5. Los rendimientos de las inversiones temporales que se efectúen con los recursos de los Fondos en títulos de deuda emitidos, aceptados, avalados o garantizados en cualquier otra forma por la Nación, o en valores de alta rentabilidad, seguridad y liquidez expedidos por el Banco de la República y otros establecimientos financieros.

PARÁGRAFO 1o.: Los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros podrán recibir préstamos del Presupuesto Nacional o de instituciones de crédito nacionales o internacionales. La Nación podrá garantizar estos créditos de acuerdo con las normas de crédito público.

PARÁGRAFO 2o.: Las cesiones a que se refiere el numeral primero de este artículo son contribuciones parafiscales.

¹⁷⁵ Decreto 569 del 2000

ARTÍCULO 11. DE LOS RECURSOS. El Fondo estará conformado con recursos provenientes de las cesiones que los productores, vendedores y exportadores hagan al fondo; los que le aporten personas naturales o jurídicas de derecho privado; los rendimientos de las inversiones temporales que se efectúen con los recursos del fondo en títulos emitidos, avalados, aceptados o garantizados en cualquier otra forma por la Nación, o en valores de alta rentabilidad, seguridad y liquidez expedidos por el Banco de la República y otros establecimientos financieros".

¹⁷⁶ Ley 101 de 1993

ARTÍCULO 39o.: La composición de los Comités Directivos de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros será determinada en cada caso por el Gobierno Nacional, lo mismo que el procedimiento y el período para el cual los productores, vendedores y exportadores, según corresponda, designen sus representantes en ellos. (...)"

¹⁷⁷ Ley 101 de 1993

ARTÍCULO 44o.: Cada Fondo de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros tendrá su Secretario Técnico, que será designado por su Comité Directivo con el voto favorable del Ministro de Agricultura o su delegado. El Secretario Técnico podrá ser también el ordenador de gastos del fondo.

Las secretarías técnicas se integrarán con personal de alta calificación profesional, que en forma permanente elaborarán los estudios, propuestas y evaluaciones técnicas requeridas para el funcionamiento y eficiencia administrativa de los Fondos de Estabilización. Los gastos de funcionamiento y los costos de administración serán sufragados con cargo a sus propios recursos."

¹⁷⁸ Ley 101 de 1993

ARTÍCULO 37o.: Los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros que se organicen a partir de la vigencia de la presente Ley serán administrados, como cuenta especial, por la entidad gremial administradora del Fondo parafiscal del subsector agropecuario y pesquero correspondiente. Estos Fondos también podrán ser administrados por el Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, como una cuenta separada de sus propios recursos, en los términos que señale el Gobierno Nacional.

Estos Fondos también podrán ser administrados por otras entidades o por intermedio de contratos de fiducia, de acuerdo con la decisión que para tal efecto tome el Ministerio de Agricultura

¹⁷⁹ Mediante escrito del 28 de noviembre de 2019, ASOCAÑA proporcionó copia de los contratos suscritos por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de Colombia y el representante del gremio azucarero. En tales copias se evidencia el objeto del contrato, que la administración del FEPA. Si bien se suscribe un primer contrato en mayo de 2000 (Contrato N° 026), el mismo se ha ido prorrogando, extendiendo la vigencia del contrato inicial hasta el 29 de junio de 2020.



gremio que actúa en representación de los productores, vendedores y exportadores de los productos objeto de estabilización.

[290] El Comité Directivo del FEPA está integrado por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado (quien ejerce la presidencia), el Ministro de Comercio Exterior o su delegado, siete (7) representantes de los productores de azúcares o sus suplentes y cuatro (4) representantes de los cultivadores y de caña o sus suplemente, quienes se eligen por un (1) año sin perjuicio de lo cual pueden ser reelegidos¹⁸⁰. Con relación al Secretario Técnico, este es designado por el Comité Directivo con el voto favorable del Ministro de Agricultura o su delegado.

[291] El artículo 40 de la Ley 101 de 1993 profundiza sobre los lineamientos que los diferentes Comités Directivos tienen bajo su responsabilidad, entre ellos:

- Establecer la cotización fuente del precio del mercado internacional;
- Establecer un precio o una franja de precios como referencia; y
- Establecer el porcentaje de la diferencia entre ambos precios que se cederá al fondo o se compensará a los productores, vendedores o exportadores¹⁸¹.

[292] De manera específica, el Decreto 569 del 2000, establece las funciones de este Comité Directivo, entre las cuales se encuentra:

- determinar políticas y pautas del Fondo,
- determinar los casos, requisitos y condiciones en los cuales se aplicarán las operaciones de estabilización en las operaciones de venta interna,
- expedir el reglamento operativo del fondo y del Comité Directivo,
- determinar la metodología del precio de referencia o franja de precios de referencia relevante para cada mercado,
- determinar la etapa del proceso de comercialización en la cual se aplicarán las cesiones y las compensaciones al producto,
- estudiar los casos de incumplimiento de los productores, vendedores o exportadores para prevenirlos,
- fijar los procedimientos y las sanciones correspondientes; y,
- las que le asigne el gobierno y la ley, entre otros. Una de esas otras funciones es definir las ocupaciones del Secretario Técnico¹⁸².

¹⁸⁰ Decreto 569 del 2000

“ARTÍCULO 8o. DEL COMITÉ DIRECTIVO-CONFORMACIÓN. El Comité Directivo del Fondo estará integrado por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado quien lo presidirá, el Ministro de Comercio Exterior o su delegado, siete (7) representantes de los productores de azúcares centrifugados o sus suplentes y cuatro (4) representantes de los cultivadores y de caña o sus suplentes, los cuales se elegirán para un período de un (1) año, al cabo del cual pueden ser reelegidos”.

¹⁸¹ **“ARTÍCULO 40o.: (...).** El precio de referencia o la franja de precios de referencia; la cotización fuente del precio del mercado internacional relevante; y el porcentaje de la diferencia entre ambos precios que se cederá a los fondos o se compensará a los productores, vendedores o exportadores, serán establecidos por los comités directivos de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros”.

¹⁸² Decreto 569 del 2000

“ARTÍCULO 9o. FUNCIONES DEL COMITÉ DIRECTIVO. El Comité Directivo del Fondo cumplirá las siguientes funciones:

1. Determinar las políticas y pautas del Fondo, de conformidad con los cuales la entidad administradora podrá expedir los actos y medidas administrativas y suscribir los contratos o convenios especiales necesarios para el cabal cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo.

2. Determinar los casos, los requisitos y las condiciones en los cuales se aplicarán las cesiones o compensaciones a las operaciones de venta interna, de conformidad con lo establecido en el párrafo primero del artículo 40 de la Ley 101 de 1993.

3. Expedir el Reglamento Operativo del Fondo.

4. Expedir el Reglamento Operativo del Comité Directivo del Fondo.

5. Determinar la metodología para el cálculo del precio de referencia o la franja de precios de referencia relevante para cada mercado, a partir de la cotización más representativa para cada producto objeto de operaciones de estabilización, con base en un promedio móvil no inferior a los últimos doce meses ni superior a los sesenta meses anteriores.

6. Determinar el precio de referencia o la franja de precios de referencia de los productos que se someterán a operaciones de estabilización para cada mercado, la cotización fuente del precio de cada uno de los mercados relevantes y el porcentaje de la diferencia entre ambos precios, que se cederá al Fondo o se compensará a los productores.



- [293] La Secretaría Técnica, es la encargada de elaborar estudios, propuestas y evaluaciones técnicas requeridas para el funcionamiento y eficiencia administrativa de los fondos de estabilización¹⁸³. Particularmente, la Secretaría Técnica es la encargada de calcular las cesiones y compensaciones que serán realizadas mensualmente¹⁸⁴; para ello, los productores y CIAMSA (entidad comercializadora internacional de azúcares y mieles) deben proveer de toda la información necesaria a la entidad administradora del FEPA (cantidad de caña molida, existencias por tipo de producto, exportaciones, gastos de exportación, precios de exportación, producción por tipo de producto, entre otros).
- [294] ASOCAÑA, conforme el contrato con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural vigente hasta junio de 2020 tiene como obligaciones, además de administrar el FEPA, las siguientes:
1. Invertir los recursos del FEPA.
 2. Pagar las compensaciones a los productores, vendedores o exportadores.
 3. Velar por el oportuno y correcto recaudo de las cesiones que los productores, vendedores o exportadores deben hacer al FEPA.

7. Determinar la etapa del proceso de comercialización en la cual se aplicarán las cesiones y las compensaciones al productor.
8. Determinar los casos en los cuales habrá lugar a la deducción total o parcial del equivalente al Certificado de Reembolso Tributado, CERT, en las compensaciones, si las exportaciones se benefician de dicho incentivo. Igualmente, podrá descontar total o parcialmente las preferencias arancelarias otorgadas en los mercados de exportación y otros elementos que afecten el beneficio neto que recibiría el productor.
9. Estudiar los casos de incumplimiento de los productores, vendedores o exportadores y para prevenirlos, fijar los procedimientos y las sanciones correspondientes de acuerdo con este decreto, con el reglamento operativo del Fondo y con el Decreto 2025 de 1998.
10. Formular propuestas para la consecución de recursos en aras de lograr una permanente operación del Fondo.
11. Aprobar las políticas para el manejo eficiente del presupuesto anual del fondo, de sus gastos de operación, de las inversiones temporales de sus recursos financieros y de otros ingresos y egresos que estén directamente relacionados con el objetivo de estabilización de precios.
12. Determinar los programas de estabilización de precios que se ejecutarán en los diferentes mercados.
13. Evaluar las actividades del Fondo y formular las recomendaciones a que hubiere lugar.
14. Designar el (los) auditor (es) para que supervise (n) y controle (n) la operación del Fondo, así como la veracidad de la información suministrada por los productores.
15. Definir las funciones del Secretario Técnico.
16. Las demás que le asignen el Gobierno y la ley.”

¹⁸³ Ley 101 de 1993

“**ARTÍCULO 44o.:** Cada Fondo de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros tendrá un secretario técnico, que será designado por su Comité Directivo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura o su delegado. El secretario técnico podrá ser también el ordenador de gastos del Fondo.

Las secretarías técnicas se integrarán con personal de alta calificación profesional, que en forma permanente elaborarán los estudios, propuestas y evaluaciones técnicas requeridas para el funcionamiento y eficiencia administrativa de los Fondos de Estabilización. Los gastos de funcionamiento y los costos de administración serán sufragados con cargo a sus propios recursos.”

¹⁸⁴ Resolución N° 1 de 2019

“**ART. 7°— Información para el cálculo y control de las operaciones de estabilización.** El cálculo de las cesiones y compensaciones serán realizados mensualmente por la Secretaría Técnica con base en la siguiente información:

- i) Los indicadores de precios de mercado,
 - ii) Los indicadores de los precios de referencia,
 - iii) Las operaciones realizadas en cada grupo de mercados, para cada calidad o producto objeto de estabilización.
- La información para el control a las liquidaciones de las operaciones de estabilización deberá permitir la trazabilidad de las operaciones, así como la confirmación de la veracidad de la información reportada por los productores. El tipo de información necesaria será:
1. Cálculo de equivalencias con sus soportes respectivos.
 2. Cantidad de la caña molida con sus soportes respectivos.
 3. Despachos con las referencias a los soportes respectivos.
 4. Existencias por tipo de producto.
 5. Exportaciones con sus soportes respectivos.
 6. Facturación con las referencias a los soportes respectivos.
 7. Gastos de exportación.
 8. Operaciones realizadas con productos objeto de estabilización que no han sido producidos por el productor.
 9. Precios de exportación.
 10. Producción por tipo de producto.
 11. Enajenación con las referencias a los soportes respectivos.

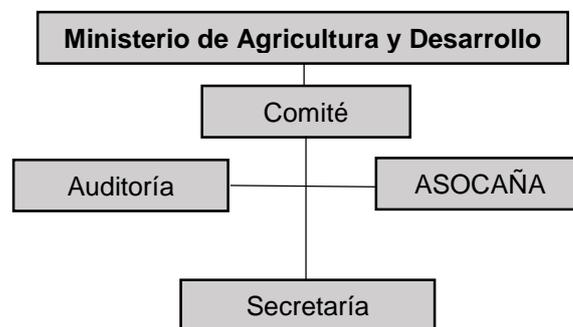
ART. 8°— Información. Para que la secretaría técnica pueda realizar los cálculos de cesiones y compensaciones, los productores y Ciamsa deberán reportar a la entidad administradora del fondo la información necesaria para calcular y controlar las cesiones y compensaciones a que haya lugar (...).” [énfasis agregado]

4. Procurar el mayor rendimiento de los recursos del FEPA.
5. Demandar por vía ejecutiva ante la jurisdicción ordinaria, cuando sea necesario, el pago de las cesiones correspondientes.
6. Hacer efectiva las sanciones correspondientes los casos de incumplimiento de los productores, vendedores o exportadores.
7. Celebrar el contrato de prestación de servicios con el Secretario Técnico que designe el Comité Directivo, con cargo a los recursos del Fondo.
8. Pagar los gastos de operación del Fondo, con cargo a los recursos del Fondo.
9. Celebrar el contrato de prestación de servicios con el auditor que supervise y controle la operación del Fondo y la veracidad de la información suministrada por los productores.

[295] Cabe indicar que conforme el Decreto 2025 de 1996, los Fondos constituidos con las contribuciones parafiscales, como el FEPA, cuentan con una Auditoría Interna a través del cual los entes administradores de los mismos efectuarán el seguimiento sobre el manejo de tales recursos. En desarrollo de este seguimiento la auditoría debe verificar la correcta liquidación de las contribuciones parafiscales, su debido pago, recaudo y consignación, así como su administración, inversión y contabilización¹⁸⁵.

[296] Para mayor abundamiento, a continuación se presenta la estructura administrativa del FEPA, en la cual se puede evidenciar el rol del Ministerio de Agricultura Colombiano dentro la administración del mismo:

Figura N° 1 Estructura administrativa del FEPA



Fuente: Adaptado del documento denominado "Guía Informativa y Metodológica para la Liquidación de las Operaciones de Estabilización", obtenido del portal web del FEPA (<https://www.fepa.com.co/modules/documentos/11710.aspx>). Pag 9

Elaboración: Secretaría General de la Comunidad Andina

Del mecanismo de estabilización del FEPA

Ámbito de aplicación

¹⁸⁵ **Decreto 2025 de 1996.** "Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo V de 13 Ley 101 de 1993 y las leyes 67 de 1983, 40 de 1990, 89 de 1993 y 114, 117, 118 y 138 de 1994"

Artículo 1.- La Auditoría Interna de los Fondos constituidos con las contribuciones parafiscales del sector agropecuario y pesquero será el mecanismo a través del cual los entes administradores de los mismos efectuarán el seguimiento sobre el manejo de tales recursos. En desarrollo de este seguimiento la auditoría verificará la correcta liquidación de las contribuciones parafiscales, su debido pago, recaudo y consignación, así como su administración, inversión y contabilización.

Lo anterior sin perjuicio de los demás controles establecidos por la Constitución Política y las Leyes.

(...)

Artículo 2.- La Auditoría Interna de los Fondos Parafiscales será designada por el órgano máximo de dirección de dichos Fondos. Los costos y gastos que demande la Auditoría interna, serán sufragados con los recursos provenientes de las contribuciones parafiscales del respectivo Fondo.



- [297] El producto objeto de estabilización son los azúcares centrifugados, las melazas derivadas de la extracción o del refinado de azúcar y los jarabes de azúcar, que se encuentran comprendidos en las siguientes subpartidas arancelarias¹⁸⁶:

Tabla N° 2
Subpartidas arancelarias afectas al FEPA
(Resolución N° 1 de 2019)

| | |
|---------------|--|
| 1701.12.00.00 | Azúcar de remolacha |
| 1701.14.00.00 | Los demás azúcares de caña |
| 1701.91.00.00 | Azúcares con adición de aromatizante o colorante |
| 1701.99.10.00 | Sacarosa químicamente pura |
| 1701.99.90.00 | Los demás |
| 1702.90.10.00 | Sucedáneos de miel, incluso mezclados con miel natural |
| 1702.90.40.00 | Los demás jarabes |
| 1702.90.90.00 | Los demás |

Fuente: Resolución N° 1 de 2019

Elaboración: Secretaría General de la Comunidad Andina

- [298] Conforme al Decreto 569 del 2000, debe entenderse por *productor* a la persona que elabora azúcares centrifugados y melazas derivadas de la extracción o del refinado de azúcar y jarabes de azúcar, con el propósito de venderlos en el mercado interno o de exportación, o utilizarlos para su propio consumo¹⁸⁷. Se exceptúa de la definición de productor a los que elaboren panela (chancaca)¹⁸⁸.
- [299] Cabe indicar que el Comité Directivo ha considerado a aquellos productores que sustituyen parte de su producción de productos objeto de estabilización por la

¹⁸⁶ Estas son las subpartidas arancelarias a que hace referencia el Artículo 3 de la Resolución N° 1 de 2019 del FEPA. En ella se incluye la versión actualizada de las líneas arancelarias correspondientes a los azúcares centrifugados y los jarabes, pero no se incluyen en dicha Resolución las partidas arancelarias correspondientes a la melaza de caña (1703.10.00.00 y 1703.90.00).

Al respecto ver el artículo 2 del Decreto 569 del 2000:

“ARTÍCULO 2o. PRODUCTOS OBJETO DE ESTABILIZACIÓN. Serán objeto de estabilización los azúcares que correspondan a las posiciones arancelarias 1701.11.90.00, 1701.12.00.00, 1701.91.00.00, 1701.99.00.00, 1702.90.10.00, 1702.90.40.00 y , 1702.90.90.00 así como las melazas procedentes de la extracción o del refinado de azúcar de las posiciones arancelarias 1703.10.00.00 y 1703.90.00.00”.

Conforme Decreto 109 de 2018 “Por el cual se modifica el artículo 2.11.4.2. del Título 4 de la parte 11 del Libro 2 del Decreto 1071 de 2015, Decreto único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y Desarrollo Rural”

¹⁸⁷ Decreto 569 del 2000”

Artículo 1. Modifícase el artículo 2.11.4.2 del Título 4 de la Parte 11 del Libro 2 del Decreto 1071 de 2015, Decreto Único Reglamento del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, así:

“Artículo 2.11.4.2. Productos objeto de estabilización. Serán objeto de estabilización los azúcares que correspondan a las posiciones arancelarias 1701.14.00.00, 1701.12.00.00, 1701.91.00.00, 1701.99.10.00, 1701.99.90.00, / 1702.90.10.00 1702.90.40.00 Y 1702.90.90.00, así como las melazas procedentes de la extracción o del refinado de azúcar de las posiciones arancelarias 1703.10.00.00 y 1703.90.00.00,0 las posiciones arancelarias que las modifiquen o sustituyan.

“ARTÍCULO 4o. MECANISMOS PARA ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS. (...)

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos del presente decreto, entiéndase por productor la persona que elabora azúcares centrifugados y melazas derivadas de la extracción o del refinado de azúcar y/o jarabes de azúcar, con el propósito de enajenarlos en el mercado interno o de exportación o utilizarlos para su propio consumo”

¹⁸⁸ Resolución N° 1 de 2019

“ART. 2°— **Ámbito de aplicación**

(...)

PAR. — No son objeto de operación de estabilización de precios de este fondo, los productores definidos en el artículo 1° de la Ley 40 de 1990 y en los decretos y documentos que la reglamenten”.

El artículo 1° de la Ley 40 de 1990 define el ámbito de productos sobre el cual recae la ley, la producción de panela.

producción de materias primas destinadas a la elaboración de alcoholes carburantes, a los cuales denomina *productores duales*¹⁸⁹.

Mercados supuestamente afectados por el FEPA

[300] La Ley 101 de 1993 indica que el mecanismo de estabilización aplica para el mercado de exportación, y deja en manos del Comité Directivo establecer si las cesiones y compensaciones se aplicarán al mercado interno¹⁹⁰. En esa línea, en el Decreto 569 del 2000 se encarga al Comité Directivo “*determinar los casos, los requisitos y las condiciones en los cuales se aplicarán las cesiones y compensaciones a las operaciones de venta interna*”¹⁹¹.

[301] En la regulación de la normativa del FEPA, se puede observar el reconocimiento de un ámbito interno y externo del Fondo. Así, se encuentra que el Comité Directivo del FEPA en los numerales 4.1, 4.2 y 4.3 del artículo 4 de la Resolución N° 1 de 2019 se establece que la estabilización procede conforme la siguiente segmentación:

- 1) *Mercado Nacional Tradicional (MNT)*. Corresponde al mercado interno de productos objeto de estabilización, cuyas operaciones se dan en todo el territorio nacional. No hace parte de este mercado las operaciones realizadas en las ciudades de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta, así como las operaciones de los productos que hacen parte del mercado nacional de materias primas¹⁹².
- 2) *Mercado Interno Especial (MIE)*. Corresponde al mercado nacional de productos objeto de estabilización, cuyas operaciones se dan en Barranquilla, Cartagena y Santa Marta. No hacen parte de este mercado las operaciones de los productos que hacen parte del mercado nacional de materias primas.
- 3) *Otros Mercados (OM)*. Conformado por los siguientes segmentos de mercado:
- 4) *Exportación*. Corresponde al mercado de azúcar que se destine a países distintos a Colombia.
- 5) *Exportación conjunta*. Corresponde al mercado de productos objeto de estabilización que se utilicen como materia prima de productos con mayor valor agregado en Colombia, y que los productos elaborados con esa materia prima se destinen a países diferentes a Colombia.

¹⁸⁹ Resolución N° 1 de 2019

“ART. 3°— **Definiciones:**

(...)

3.6. **Productores duales:** Son aquellos que sustituyen parte de su producción de productos objeto de estabilización por la producción de materias primas, diferentes de la miel final implícita en ellas, que se destinen para la producción de alcoholes carburantes”.

¹⁹⁰ Ley 101 de 1993

“**ARTÍCULO 40o.:** Procedimiento para las operaciones de los fondos de estabilización de precios de productos agropecuarios y pesqueros. (...)

PARAAGRADO 1º.: Las cesiones y compensaciones de estabilización de que trata este artículo se aplicarán en todos los casos a las operaciones de exportación. Los Comités Directivos de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros establecerán si dichas cesiones o compensaciones se aplican igualmente a las operaciones de venta interna.”

¹⁹¹ Decreto 569 del 2000

ARTÍCULO 9o. FUNCIONES DEL COMITÉ DIRECTIVO. El Comité Directivo del Fondo cumplirá las siguientes funciones:

(...)

2. Determinar los casos, los requisitos y las condiciones en los cuales se aplicarán las cesiones o compensaciones a las operaciones de venta interna, de conformidad con lo establecido en el párrafo primero del artículo 40 de la Ley 101 de 1993.

(...)

¹⁹² Resolución N° 2 de 2019

“ART. 1°— Para efectos de la operación del mercado interno especial de que tratan el numeral 3.11 del artículo 3° y el número 4.2 del artículo 4° de la Resolución 1 de 2019, se adoptan las siguientes ciudades como centros de operación para dicho mercado: Barranquilla, Cartagena y Santa Marta”.

- 6) *Nacional de materias primas (MP)*. Corresponde al mercado de los siguientes productos de estabilización: azúcar crudo para alimentación animal, azúcar crudo para producción conjunta de alcohol no carburante, miel virgen, miel primera, miel segunda, jugo clarificado, HTM, entre otros definidos por el Comité Directivo, que no sustituyan al momento de causarse las cesiones y compensaciones productos que estén siendo objeto de operaciones de estabilización por este Fondo.

[302] Conforme la información disponible en la propia página web del FEPA, los mercados en los cuales se presentaron más operaciones durante el 2019 fueron en el Mercado Nacional Tradicional (40%) y en el de Exportación (26%), los cuales en conjunto representaron el 66% de las operaciones del fondo en el 2019.¹⁹³

Operaciones sujetas al FEPA

[303] Conforme el artículo 5 de la Resolución N° 1 de 2019 son operaciones sujetas a estabilizaciones, las siguientes:

- 1) La venta, por parte del productor, de los productos objeto de estabilización, en cualquier mercado;
- 2) La entrega de los productos objeto de estabilización por parte del productor, para ser usados en un proceso de maquila.
- 3) La entrega de los productos objeto de estabilización como pago de una deuda del productor a un tercero; y
- 4) La utilización de productos objeto de estabilización por parte del productor, para la elaboración de productos diferentes a los que son objeto de estabilización (por ejemplo, para la elaboración de alcoholes carburantes por parte de los denominados *productores duales*)¹⁹⁴.

¹⁹³ En la siguiente figura, se presenta la participación de cada uno de los mercados antes indicados y del Alcohol Equivalente en Azúcar en las operaciones sujetas al FEPA en el año 2019.



Nota: donde MP hace referencia al Mercado Nacional de materias primas.

AEA hace referencia a la cantidad de azúcar que se deja de vender en algún segmento de mercado, para ser empleado dentro del proceso de elaboración de alcohol.

Fuente: FEPA (<https://www.fepa.com.co/modules/documentos/13920.aspx>)

Elaboración: Secretaría General de la Comunidad Andina

¹⁹⁴ Resolución N° 1 de 2019

“ART. 5°— **Operaciones sujetas a estabilización.** Son sujetas a estabilización las siguientes operaciones:

- 5.1. La enajenación en cualquier mercado de los productos definidos en el artículo 2° de esta resolución por parte del productor;
- 5.2. La entrega de los productos definidos en el artículo 2° de esta resolución como resultado de un proceso de maquila por parte del productor a quien haya encargado la maquila, o a la persona designada por este;
- 5.3. La entrega de los productos definidos en el artículo 2° de esta resolución, como parte de pago del productor a un tercero, cualquiera que este sea;
- 5.4. La utilización de los productos definidos en el artículo 2° por parte del productor en la elaboración de productos diferentes a los citados en dicho artículo, en cuyo caso solo se causarán las operaciones de estabilización en los términos indicados en el artículo 6° de la presente resolución.

ART. 6°— **Causación de las operaciones de estabilización.**

(...)



Funcionamiento del FEPA

- [304] Conforme el artículo 4 del Decreto 569, replicado en parte en el artículo 9 de la Resolución N° 1 de 2019, para la estabilización de precios del FEPA se aplica la siguiente metodología¹⁹⁵:
- [305] **Cesión de Estabilización.** Es la contribución parafiscal que tiene que pagar el productor, vendedor o exportador, al fondo de estabilización, cuando el precio del mercado internacional de los productos objeto de este Fondo, en un mercado de referencia, para el día en que se registre la operación, sea superior al precio de referencia o al límite superior de una franja de precios de referencia para ese mercado.
- [306] La cesión de estabilización será equivalente a un porcentaje de la diferencia entre ambos precios, fijado en cada caso por el Comité Directivo del Fondo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado. Este porcentaje deberá estar dentro de un margen que oscile entre el 80% y el 20%, para el respectivo producto y mercado.
- [307] **Compensación de Estabilización.** Es la suma que el Fondo de Estabilización debe pagar al productor, vendedor o exportador cuando el precio del mercado internacional de los productos objeto de estabilización de este Fondo, en un mercado de referencia, para el día en que se registre la operación, sea inferior al precio de referencia o al límite inferior de una franja de precios de referencia para ese mercado.
- [308] La compensación de estabilización será equivalente a un porcentaje de la diferencia entre ambos precios, fijado en cada caso por el Comité Directivo del Fondo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado. Este porcentaje deberá estar dentro de un margen que oscile entre el 80% y el 20%, para el respectivo producto y mercado.
- [309] A continuación, en la tabla N°3, se resume el funcionamiento del Fondo conforme el Decreto referido.

Tabla N° 3

Metodología del mecanismo de estabilización del FEPA, según Decreto 569 del 2000

6.4. **Para el caso de los productores duales:** La causación de las unidades equivalentes en azúcar de las materias primas diferentes a la miel final implícita en ellas, se harán cuando se facture y despache la venta del alcohol, (...).

¹⁹⁵Sobre el particular, cabe indicar que la Ley 101 de 1993 dispone:

“ARTÍCULO 40o.: (...).

Las operaciones de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros se sujetarán al siguiente procedimiento:

1. Si el precio del mercado internacional del producto en cuestión para el día en que se registre la operación en el Fondo de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros respectivo es inferior al precio de referencia o al límite inferior de una franja de precios de referencia, el Fondo pagará a los productores, vendedores o exportadores una compensación de estabilización. Dicha compensación será equivalente a un porcentaje de la diferencia entre ambos precios, fijado en cada caso por el Comité Directivo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura, o su delegado.
2. Si el precio del mercado internacional del producto en cuestión para el día en que se registre la operación en el Fondo respectivo fuere superior al precio de referencia o al límite superior de la franja de precios de referencia, el productor, vendedor o exportador pagará al Fondo una cesión de estabilización. Dicha cesión será equivalente a un porcentaje de la diferencia entre ambos precios, fijado por el Comité Directivo del Fondo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura, o su delegado.”



Compensación = entre 20% y 80% (*Precio de referencia – Precio de mercado internacional*); por cada unidad, cuando *Precio de mercado internacional* < *Precio de referencia*

Cesión = entre 20% y 80% (*Precio de mercado internacional – Precio de referencia*); por cada unidad, cuando *Precio de mercado internacional* > *Precio de referencia*

Fuente: Decreto 569 del 2000

Elaboración: Secretaría General de la Comunidad Andina

- [310] Cabe indicar que en el párrafo 1 del artículo 40 de La Ley 101 de 1993 se establece que, los Comités Directivos tienen la discrecionalidad para determinar si las cesiones o compensaciones se aplican sobre las ventas en el mercado interno o si, por el contrario, aplican exclusivamente para las exportaciones¹⁹⁶.
- [311] Ahora bien, el Comité Directivo reguló en el artículo 9 la Resolución N° 1 de 2019, el mecanismo de estabilización de la siguiente manera:
- [312] Si el indicador del precio promedio de venta para estabilización de las operaciones de los productos realizados en los diferentes mercados en el mes objeto de liquidación sea inferior al precio ponderado de los indicadores de precios de referencia, el fondo deberá pagar al productor una compensación.
- [313] Si el indicador del precio promedio de venta para estabilización de las operaciones de los productos realizados en los diferentes mercados en el mes objeto de liquidación sea superior al precio ponderado de los indicadores de precios de referencia, el productor deberá pagar una cesión al fondo.
- [314] El Decreto 569 del 2000 establece como pagos por concepto de cesiones o compensaciones, un porcentaje de entre 20% y 80% de la diferencia que resulte entre los dos indicadores de precios¹⁹⁷. En el caso particular del FEPA, el Comité Directo ha precisado que dicha proporción sea del 50%, aplicado sobre la diferencia entre el indicador del precio promedio de venta para estabilización y el precio de referencia, por

¹⁹⁶ “**ARTÍCULO 40o.:** (...).

PARAGRAFO 1º: Las cesiones y compensaciones de estabilización de que trata este artículo se aplicarán en todos los casos a las operaciones de exportación. Los Comités Directivos de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros establecerán si dichas cesiones o compensaciones se aplican igualmente a las operaciones de venta interna.”

¹⁹⁷ Ley 101 de 1993

“**ARTÍCULO 40o.:** (...)

El porcentaje de la diferencia entre ambos precios que determinará las respectivas cesiones o compensaciones de estabilización entre los Fondos de Estabilización y los productores, vendedores o exportadores, según el caso, será establecido por los Comités Directivos de los Fondos de Estabilización dentro de un margen máximo que oscile entre 80% y 20% para el respectivo producto”. Decreto 569 del 2000

“**ARTÍCULO 4o. MECANISMO PARA ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS.** Para la estabilización de precio se aplicará la siguiente metodología:

1. Cesión de Estabilización. (...).

La cesión de estabilización será equivalente a un porcentaje de la diferencia entre ambos precios, fijado en cada caso por el Comité Directivo del Fondo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado. Este porcentaje deberá estar dentro de un margen que oscile entre el 80% y el 20%, para el respectivo producto y mercado.

2. Compensación de Estabilización. (...)

La compensación de estabilización será equivalente a un porcentaje de la diferencia entre ambos precios, fijado en cada caso por el Comité Directivo del Fondo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado. Este porcentaje deberá estar dentro de un margen que oscile entre el 80% y el 20%, para el respectivo producto y mercado”.



cada unidad vendida¹⁹⁸. En resumen, la metodología para la determinación de las cesiones y compensaciones resulta así:

Tabla N° 4
Metodología del mecanismo de estabilización del FEPA, según Comité Directivo

Compensación = 50% ($PPP_i - PPP_{Ei}$); por cada unidad, cuando $PPP_{Ei} < PPP_i$

Cesión = 50% ($PPP_{Ei} - PPP_i$); por cada unidad, cuando $PPP_{Ei} > PPP_i$

Donde:

(i) PPP_{Ei} : Indicador del precio promedio de venta para estabilización; es un referente de los precios en los diferentes mercados en los cuales realizó operaciones un producto, para la determinación de las cesiones o compensaciones a su cargo.

(ii) PPP_i : Ponderado de los indicadores de los precios de referencia; es un referente de los precios históricos de los diferentes mercados en los cuales realizan operaciones los productores

Fuente: Resolución N° 1 de 2019, Resolución N° 2 de 2019
Elaboración: Secretaría General de la Comunidad Andina

- [315] Tomando en consideración las Resoluciones N° 1 de 2019 y N° 2 de 2019, se explicará en los siguientes apartados de manera simplificada cómo opera el mecanismo para ventas de azúcar¹⁹⁹, con miras a ilustrar los principales aspectos del funcionamiento del FEPA.
- [316] El cálculo de las cesiones y compensaciones bajo la metodología desarrollada por el Comité Directivo se encuentra en función de dos variables: i) el precio promedio de venta para estabilización (PPP_{Ei}); y ii) el precio de referencia (PPP_i).
- [317] El primero, **el precio promedio de venta para estabilización (PPP_{Ei})** depende de los volúmenes ofertados por cada productor en los diferentes segmentos de mercado: Mercado Nacional Tradicional (MNT), Mercado Interno Especial (MIE) y Otros Mercados (OM), valorados con indicadores de precios de cada segmento de mercado. Adicionalmente, la determinación de esta variable depende también del factor de ponderación " z_m " que más adelante se procederá a explicar. Así, según la Resolución N° 1 de 2019, dicho precio se determina de la siguiente manera:

$$PPP_{Ei} = \frac{A + B + C}{\text{Cantidad Total vendida}}$$

Donde:

¹⁹⁸ Resolución N° 2 de 2019

"ART. 2°— Para efecto del cálculo de las cesiones de estabilización (...) se establece la variable μ (porcentaje de cesión que se debe cobrar el Fondo por las operaciones de estabilización) en un 50%.

ART. 3°— Para efecto del cálculo de las compensaciones de estabilización (...) se establece la variable ω (porcentaje de compensación que se debe pagar el Fondo a los productores) en un 50%".

¹⁹⁹ Como se explicó en el párrafo [303], las operaciones sujetas a estabilización pueden ser, además de la venta de los productos objeto de estabilización; la entrega de los productos para ser usados en un proceso de maquila o como pago de una deuda del productor a un tercero; y la utilización de los productos, para la elaboración de productos diferentes a los que son objeto de estabilización.



A: Estimado del valor de venta de azúcar de los productores. Se calcula a partir de las unidades vendidas en cada uno de los mercados, reportadas por cada ingenio; valorados con los indicadores de precios de mercado.

| | | |
|----|--|--|
| A= | $Cantidad\ vendida_{MNT}$ * $Indicador\ de\ precio_{MNT}$ | |
| | $Cantidad\ vendida_{MIE}$ * $Indicador\ de\ precio_{MIE}$ | |
| | $Cantidad\ vendida_{OM}$ * $Indicador\ de\ precio_{OM}$ | |

B: Desviación del ingreso del MNT para cada productores.

| | | |
|----|--|---|
| B= | $[Cantidad\ vendida_{MNT} - (1 - Z_{mi})$ * $Cantidad\ total\ vendida]$ | * |
| | $Indicador\ de\ precio_{MNT}$ - $Indicador\ de\ precio_{MIEOM}$ | |

C: Desviación del ingreso del MIE y de OM.

| | | |
|----|--|---|
| C= | $Cantidad\ vendida_{MIE} * (Indicador\ de\ precio_{MIE}$ - $Indicador\ de\ precio_{MIEOM})$ | + |
| | $Cantidad\ vendida_{OM} * (Indicador\ de\ precio_{OM}$ - $Indicador\ de\ precio_{MIEOM})$ | |

Nota: Cabe precisar que cuando se hace referencia a “Cantidad Total vendida” o “Cantidad vendida” o “unidades vendidas” obedece en verdad a las operaciones sujetas a estabilización, en las que no solamente se incluyen las ventas, sino también las cantidades que el productor cede a otro en parte de pago, o a las cantidades usadas en un proceso de maquila o empleadas como materia prima en la elaboración de alcohol carburante.

- [318] Como se aprecia, los componentes A, B, C, principalmente se determinan por la cantidad de los productos objeto de estabilización que coloca cada ingenio en los distintos segmentos de mercados, así como por los indicadores de precios, en el mes objeto de estabilización. Sólo en el componente B se aprecia la utilización del factor de ponderación “ Z_{mi} ”. Por ello, a continuación, se explicará brevemente cómo se determinan los indicadores de precios para cada segmento de mercado y el factor “ Z_{mi} ”:
- [319] *Indicadores de precios.* Según lo establecido en el artículo 19 de la Resolución N° 1 de 2019, dichos indicadores corresponden a los precios más relevantes para cada grupo de mercado:
- [320] *Indicador de precio_{MNT}.* El indicador de precio de este segmento de mercado corresponderá, al precio paridad del azúcar blanco en la ciudad de Cali, ajustado por las condiciones de mercado y el valor necesario para generar indiferencia entre los ingresos de los diferentes mercados.

$$Indicador\ de\ precio_{MNT} = PP_{MNT} * Ajuste\ del\ PP_{MNT} + Fa$$

Donde:

PP_{MNT} : Es el precio de paridad del MNT, que corresponde a un precio ponderado de las cantidades entregadas por los ingenios y las importaciones según su origen²⁰⁰.

Ajuste del PP_{MNT} : Es un ajuste al precio de paridad de importación del MNT frente al precio estimado de venta de los productores para el mercado de Cali. Dicho ajuste puede corresponder a valores menores o iguales al 100%.

Fa – Factor de ajuste: Es el ajuste al indicador de precio del MNT para asegurar que los ingresos entre el MNT, y el azúcar blanco en el mercado de exportación sean indiferentes.

Indicador de precio $_{MIE}$. El indicador de precio de este segmento de mercado corresponderá, al precio paridad del azúcar blanco en la ciudad de Cartagena, ajustado por las condiciones de mercado y el valor necesario para generar indiferencia entre los ingresos de los diferentes mercados.

$$\text{Indicador de precio}_{MIE} = PP_{MIE} * \text{Ajuste del } PP_{MIE} + Fa - \text{Gastos}$$

Donde:

PP_{MIE} : Es el precio de paridad del MIE, que corresponde a un precio ponderado de las cantidades entregadas por los ingenios al MIE y las importaciones según su origen²⁰¹.

²⁰⁰ El precio de paridad del MNT se calcula de la siguiente manera:

- En primer lugar, se toma como referencia la cotización del azúcar de la Bolsa de Nueva York (posición futura más cercana del contrato N° 11), sobre cuyo valor se recarga una prima (el promedio de los referentes de primas para el azúcar blanco de 150 lcumsa), obteniendo la cotización del precio del azúcar blanco a nivel FOB.
- Luego, este valor (cotización en la Bolsa de Nueva York + prima, a nivel FOB) es nacionalizado tomando como referencia dos orígenes, Perú y Bolivia por una parte, y Brasil por otra. Así, se obtienen dos precios nacionalizados de azúcar blanco en el puerto de Buenaventura:
 - (i) el primero, que resulta de sumar el precio FOB del azúcar blanco y todos los gastos en los que se incurre de llevar el azúcar desde el puerto de Perú al puerto de Buenaventura; y (ii) el segundo, que resulta de sumar el precio FOB de azúcar blanco y todos los gastos en los que se incurre de llevar el azúcar desde Puerto de Santos en Brasil al puerto de Buenaventura (en ambos casos se adicionan costos del flete internacional, seguro internacional, pago de aranceles, gastos portuarios y gastos de agenciamiento).
- Seguidamente, sobre cada uno de los precios nacionalizados del azúcar blanco, de origen Perú y Bolivia por una parte, y de origen Brasil por otra, se adiciona el costo del flete terrestre interno calculado para trasladar el producto del puerto de Buenaventura a la ciudad de Cali, en bodega.
- Finalmente, los precios nacionalizados de azúcar puestos en Cali, estimados con origen Perú y Bolivia y de origen Brasil, se ponderan con las cantidades vendidas en el MNT para obtener así el Precio de paridad de dicho segmento de mercado. El precio del azúcar que toma como referencia origen Perú se pondera por las importaciones provenientes de países de la CAN que son vendidas en el MNT, mientras que el precio del azúcar que toma como referencia origen Brasil se pondera por las cantidades totales vendidas aparentemente en el MNT sin considerar las importaciones de la CAN. Dicho resultado se divide entre las ventas totales en el MNT (ventas de los ingenios + importaciones CAN + importaciones No CAN).

Al respecto, revisar artículo 23 de la Resolución N° 1 de 2019 y Anexo 1 de la Resolución N° 2 de 2019.

²⁰¹ El precio de paridad del MIE se calcula de la siguiente manera:

- En primer lugar, se toma como referencia la cotización del azúcar de la Bolsa de Nueva York (posición futura más cercana del contrato N° 11), sobre cuyo valor se recarga una prima (el promedio de los referentes de primas para el azúcar blanco de 150 lcumsa), obteniendo la cotización del precio del azúcar blanco a nivel FOB.
- Luego, este valor (cotización en la Bolsa de Nueva York + prima, a nivel FOB) es nacionalizado tomando como referencia dos orígenes, Perú y Bolivia, por una parte, y Brasil por otra. Así, se obtienen dos precios nacionalizados de azúcar blanco en el puerto de Cartagena:
 - (i) el primero, que resulta de sumar el precio FOB del azúcar blanco y todos los gastos en los que se incurre de llevar el azúcar desde el puerto de Perú al puerto de Cartagena; y (ii) el segundo, que resulta de sumar el precio FOB de azúcar blanco y todos los gastos en los que se incurre de llevar el azúcar desde Puerto de Santos en Brasil al puerto de Cartagena (en ambos casos se adicionan costos del flete internacional, seguro internacional, pago de aranceles, gastos portuarios y gastos de agenciamiento).
- Seguidamente, sobre cada uno de los precios nacionalizados del azúcar blanco, de origen Perú y Bolivia por una parte, y de origen Brasil por otra, se adiciona el costo del flete terrestre interno calculado para trasladar el producto del puerto de Cartagena a la ciudad de Cartagena, en bodega.



Ajuste del precio de paridad: Es un ajuste al precio de paridad de importación del MIE frente al precio estimado de venta de los productores para el mercado de Cartagena. Dicho ajuste puede corresponder a valores menores o iguales al 100%

Fa – Factor de ajuste: Corresponde al valor calculado para asegurar la igualdad de ingresos entre el MNT y el blanco de exportación menos los gastos de I&C (corresponde al impuesto de Industria y Comercio) del MNT.

Gastos: Corresponde a los gastos adicionales que se generan para la atención de la operación en el MIE (fletes, bodegaje, IVA por el valor del flete, trazabilidad).

Indicador de precio_{OM}. El indicador de precio de este segmento de mercado corresponderá al promedio ponderado de las ventas de azúcar de menor calidad que la comercializadora de azúcares y mieles (CIAMSA).

Nota: El Indicador de precio_{MIEOM} resulta de un promedio ponderado del Indicador de precio_{MIE} y el Indicador de precio_{OM}.

Factor de ponderación “Z_{mi}”. Porcentaje que representa la participación de las unidades sujetas a estabilización en los MIE y OM con respecto a las unidades totales, para cada productor.

- [321] El segundo elemento para el cálculo de las cesiones y compensaciones es **el precio de referencia (PPP_i)**, que corresponde a un ponderado de indicadores de precios de referencia para todos los mercados objeto de estabilización: MNT, MIE y OM. Tales indicadores de precios de referencia son ponderados con el factor “Z_{mi}” de cada uno de los productores. Así, según la Resolución N° 1 de 2019, dicho precio se determina de la siguiente manera:

$$PPP_i = (1 - Z_{mi}) * \text{Indicador del } PRef_{MNT} + Z_{mi} * \text{Indicador del } PRef_{MIEOM}$$

Donde:

Indicador del PRef_{MNT}: Es el indicador del precio de referencia para el MNT, que se calcula como el promedio móvil ponderado de los PP_{MNT} de los últimos doce (12) meses. A dicho resultado se aplica el Factor de ajuste (Fa) descrito previamente, de acuerdo a la siguiente formula:

$$PRef_{MNT} = 99\% * PP_{MNT(\text{mes de liquidación})} + 1\% * \text{Promedio } PP_{MNT(11 \text{ meses anteriores})} + Fa$$

Indicador del PRef_{MIE}: Es el indicador del precio de referencia para el MIE, se calcula como el promedio móvil ponderado de los PP_{MIE} de los últimos doce (12) meses. A dicho resultado se aplica el Factor de ajuste (Fa) descrito previamente y los Gastos del mercado (GM), de acuerdo a la siguiente formula:

- Finalmente, los precios nacionalizados de azúcar puestos en Cartagena, estimados con origen Perú y Bolivia por una parte y de Brasil por otra, se ponderan con las cantidades vendidas en el MIE para obtener así el Precio de paridad de dicho segmento de mercado. El precio del azúcar que toma como referencia origen Perú se pondera por las importaciones provenientes de países de la CAN que son vendidas aparentemente en el MIE, mientras que el precio del azúcar que toma como referencia origen Brasil se pondera por las cantidades totales vendidas en el MNT sin considerar las importaciones de la CAN. Dicho resultado se divide entre las ventas totales en el MIE (ventas de los ingenios + importaciones CAN + importaciones No CAN).

Al respecto, revisar artículo 23 de la Resolución N° 1 de 2019 y Anexo 1 de la Resolución N° 2 de 2019.



$$PRef_{MIE} = 99\% * PP_{MIE(mes\ de\ liquidación)} + 1\% * Promedio\ PP_{MIE(11\ meses\ anteriores)} + Fa - GM$$

Indicador del PRef_{OM}: Es el indicador del precio de referencia para OMC, se calcula como el promedio móvil ponderado de los PP_{OM} de los últimos doce (12) meses. A dicho resultado se aplica el Factor de ajuste (Fa) descrito previamente y los Gastos del mercado (GM), de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$PRef_{OM} = 99\% * PP_{OM(mes\ de\ liquidación)} + 1\% * Promedio\ PP_{OM(11\ meses\ anteriores)} + Fa - GM$$

- [322] Como se aprecia, la metodología de estabilización desarrollada por el Comité Directivo en la Resolución N° 1 de 2019 incorpora indicadores de precios (el precio promedio de venta para estabilización: PPP_{Ei} ; y el precio de referencia: PPP_i) que son el resultado de cálculos complejos. Se debe advertir que dicha metodología resulta sofisticada en comparación a la simple diferencia entre el precio del mercado internacional y el precio de referencia (precio representativo en el mercado de destino, interno o externo) que se establece en el Decreto 569 del 2000 como mecanismo de estabilización de precios.
- [323] Ahora bien, habiendo descrito el FEPA, corresponde con base al reclamo presentado, los descargos de la Reclamada, la información disponible en el expediente, las pautas y criterios determinados por esta SGCAN en consideración al marco normativo andino en materia de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, y los criterios establecidos por el TJCAN, determinar si la República de Colombia con la adopción y aplicación del FEPA incumple lo establecido en el artículo 36 de la Decisión N° 608, para ello, como se indicó anteriormente, se debe analizar los siguientes elementos:
- (i) Verificar si la adopción del FEPA se constituye como política o medida regulatoria de mercado.
 - (ii) Verificar si la aplicación del FEPA impide, entorpece o distorsiona la competencia en el mercado subregional.

Cuestiones de fondo

2.3.1.3. Evaluación sobre si la adopción del FEPA se constituye como política y medida regulatoria de mercado

- [324] Para efectuar la presente evaluación, primero se describirá lo que se entiende por políticas y medidas regulatorias de mercado. En segundo lugar, se evaluará si dicho mecanismo de estabilización de precios califica como política o medida regulatoria de mercado, o por el contrario, califica como cualquier otro tipo de medida fuera de este ámbito.

2.3.1.3.1 ¿Qué se entiende por políticas y medidas regulatorias de mercado?

- [325] Las medidas regulatorias o regulación, según la OCDE²⁰², en su término más amplio constituyen instrumentos legales y decisiones –*constituciones, leyes parlamentarias,*

²⁰² OCDE, "The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis", Paris, 1997, vol. II, p. 6.



legislaciones subordinadas, decretos, ordenes, normas licencias, códigos y aún los instrumentos informales— mediante los cuales los gobiernos establecen condiciones en la conducta de los ciudadanos, las empresas y el gobierno mismo. Estas medidas provienen de todos los niveles de gobierno (nacional, regional, local) y de organismos no gubernamentales a quienes los gobiernos les haya delegado poderes reguladores.

- [326] Dicho Organismo Internacional señala que las medidas regulatorias pueden dividirse en las siguientes tres (3) categorías:
- i. *Regulaciones económicas*, son aquellas que intervienen directamente en las decisiones del mercado como la fijación de precios, la entrada o salida al mercado, o la competencia;
 - ii. *Regulaciones Sociales*, son las que buscan proteger intereses públicos como la salud, la seguridad, el medio ambiente y la cohesión social; y,
 - iii. *Regulaciones administrativas*, son las que formulan determinadas disposiciones para trámites administrativos y trámites mediante los cuales los gobiernos recaudan información e intervienen en las decisiones personales.
- [327] Como se aprecia, según la OCDE las medidas regulatorias del Estado, de acuerdo al fin que persiguen, pueden clasificarse en medidas que inciden sobre decisiones de mercado, sobre aspectos sociales y medioambientales o sobre decisiones administrativas.
- [328] Siendo ello así, cuando el artículo 36 de la Decisión 608 hace referencia a políticas y medidas regulatorias de mercado, debe entenderse que en este ámbito se encuentran las medidas de carácter público (leyes, decretos, reglamentos, actos administrativos, entre otros), emitidas por cualquiera de los niveles de gobiernos de los Países Miembros (nacionales, regionales y locales), mediante los cuales se establezcan regulaciones que inciden sobre las decisiones de mercado; es decir, sobre las condiciones de la oferta o la demanda de los bienes y servicios (establecimiento de precios, ingreso y salida de agentes económicos al mercado, etc.). Estas medidas suelen circunscribirse en una política estatal mucho más amplia con un objetivo público definido. Por ello, son las medidas regulatorias que afectan las decisiones de mercado (regulación económica), el tipo de medida que se analizará en el presente Dictamen.
- [329] Por tanto, a fin de continuar con el análisis que corresponde al presente procedimiento, para determinar si cualquier norma emitida por un País Miembro constituye, en el sentido del artículo 36 de la Decisión 608, una medida regulatoria de mercado, se debe corroborar lo siguiente:
- [330] La medida objeto de estudio corresponde a una medida gubernamental, manifestada en una ley, decreto, resolución, reglamento, o cualquier otro dispositivo legal emitido por alguna entidad del Estado.
- [331] La medida objeto de estudio establece disposiciones que regulan aspectos de mercado, como la oferta, la demanda, los precios, la entrada y salida de agentes económicos al mercado, entre otros.

¿El FEPA califica como política y medida regulatoria de mercado?



- [332] Como se indicó en el punto 2.3.1.3.1 de este Dictamen, para efectos de determinar si cualquier medida emitida por un País Miembro constituye en el sentido del artículo 36 de la Decisión N° 608 una política y medida regulatoria de mercado, se debe examinar lo siguiente:
- [333] La medida objeto de estudio corresponde a una medida gubernamental, manifestada en una ley, decreto, resolución, reglamento, o cualquier otro dispositivo normativo emitido por alguna entidad del Estado.
- [334] La medida objeto de estudio establece disposiciones que regulan aspectos de mercado, como la oferta, la demanda, los precios, la entrada y salida de agentes económicos al mercado, entre otros.
- [335] Conforme a ello, se realizarán el siguiente análisis:
- Determinación sobre si las medidas objeto de estudio corresponde a una medida gubernamental*
- [336] Para calificar si la regulación del FEPA constituye una medida gubernamental, se procederá a efectuar el examen correspondiente sobre las diez (10) medidas reclamadas descritas en el punto II de este Dictamen.
- [337] A continuación, en la Tabla N° 5 se listan las medidas reclamadas, sobre los cuales se ha procedido a verificar si hacen referencia a normativa vigente del FEPA (Ver Tabla N° 1 de este Dictamen) y si corresponden a medidas gubernamentales del Estado colombiano, de acuerdo al primer criterio desarrollado en el punto 2.3.1.3.1 de este Dictamen (“¿Qué se entiende por políticas y medidas regulatorias de mercado?”).

Tabla N° 5
Medidas objeto de estudio

| N° | Medidas denunciadas por la APAAD | Marco normativo del FEPA | Publicado en Diario Oficial | Emitida por: |
|----|---|--------------------------|-----------------------------|--|
| 1 | Decreto 569 del 2000 | Vigente | N° 43.962 (5-abr-2000) | Presidencia de la República, Ministerio de Agricultura |
| 2 | Resolución N° 2 de 2019 | Vigente | N° 50.959 (20-may-2019) | FEPA |
| 3 | Resolución N° 1 de 2019 | Vigente | N° 50.959 (20-may-2019) | FEPA |
| 4 | Resolución N° 2 de 2018 | Derogada* | N° 50.829 (1-ene-2019) | FEPA |
| 5 | Resolución N° 4 de 2017 | Derogada* | N° 50.460 (28-dic-2017) | FEPA |
| 6 | Resolución N° 1 de 2017 | Derogada* | N° 50.271 (21-jun-2017) | FEPA |
| 7 | Resolución N° 3 de 2013 | Vigente | N° 49.018 (29-dic-2013) | FEPA |
| 8 | Resolución N° 4 de 2011 | Vigente | N° 48.333 (4-feb-2012) | FEPA |
| 9 | Resolución N° 2 de 2007 | Vigente | N° 46.726 (20-ago-2007) | FEPA |
| 10 | Circular N° 14 de la Secretaría Técnica | N.D. | N.D. | Secretario Técnico del FEPA |

(*) Se debe indicar que la Resolución N°4 de 2019 deroga la Resolución N° 3 de 2013, la 8 Resolución N° 2 de 2019 deroga la Resolución N° 2 de 2018, en tanto la Resolución N° 1 de 2019 deroga las Resoluciones N° 1 y 4 de 2017.



ND: No disponible

Fuente: Diario Oficial de la República de Colombia (<http://svrpubindc.imprenta.gov.co/diario/>)

Elaboración: Secretaría General

- [338] Como se aprecia, de las diez (10) medidas denunciadas sólo cinco (5) de ellas se encuentran vigentes, ya que cuatro (4) de ellas fueron expresamente derogadas. Sobre la Circular de la Secretaría Técnica, esta era accesoria a la Resolución N° 3 de 2013 que no se encuentra vigente (norma derogada por la Resolución N°4 de 2019), por lo que se entiende que dicha medida tampoco lo está.
- [339] Ahora bien, como lo ha hecho saber el TJCAN, un procedimiento por Acción de Incumplimiento sólo tiene sentido ante una conducta verificable y susceptible de ser revertida en el tiempo presente, pues sólo en dichos supuestos se puede ordenar al país el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos. Por tanto, en línea con el criterio desarrollado por el Órgano Jurisdiccional de la CAN, carece de objeto evaluar aquellas medidas que no se encuentren vigentes.
- [340] En el caso de las cinco (5) medidas vigentes (1 Decreto y 4 Resoluciones del FEPA), se observa que todas ellas fueron publicadas en el Diario Oficial de la República de Colombia, medio a través del cual se dan a conocer las normas y actos administrativos de las entidades públicas²⁰³. De la Tabla N° 5 se observa que, el Estado colombiano expidió directamente el Decreto 569 del 2000, en consideración de un mandato legal (Ley 101 de 1993) y que las Resoluciones por el FEPA, suscritas por el titular o representante del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y el Secretario Técnico, tienen sustento en dicho Decreto en tanto buscan desarrollarlo.
- [341] Siendo ello así, se tiene que las Resoluciones del FEPA, regulan el fondo, que constituye una organización creada por mandato del poder legislativo (Ley 101 de 1993) y del ejecutivo colombiano (Decreto 569 del 2000) para cumplir determinados objetivos estatales.²⁰⁴ En este contexto, se delega diversas competencias al Comité Directivo, como aquellas que posibilitan la adopción de las Resoluciones del FEPA, necesarias para el cabal cumplimiento de los objetivos previstos para dicho fondo.
- [342] Así las cosas, se encuentra que las Resoluciones del FEPA son el resultado de una manifestación del Estado colombiano, ya que al otorgarle competencias para emitir este tipo de pronunciamientos al Comité Directivo del fondo y al estar suscritas por un Representante del Estado (Ministro de Agricultura), en opinión de esta Secretaría General, estas constituyen medidas gubernamentales. Reafirma esta comprensión, lo que ha hecho saber el Secretario Técnico del Comité en alguna oportunidad, al indicar que "(...) *los miembros del Comité Directivo del FEPA ejercen una función pública cuando participan del Comité Directivo (...)*"²⁰⁵.

²⁰³ Al respecto revisar el portal web de Imprenta Nacional de Colombia (<http://www.imprenta.gov.co/funciones>).

"Las funciones de la Imprenta Nacional de Colombia son las siguientes:

(...)

5. *Dirigir, divulgar e imprimir el "Diario Oficial", publicando las normas y actos administrativos de las entidades estatales, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes."*

²⁰⁴Sobre el particular, el artículo 36 de la ley 101 de 1993 establece como objetivos:

ARTÍCULO 36. *Sin perjuicio de los Fondos Parafiscales Agropecuarios y Pesqueros regulados en la presente Ley, créanse los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, como cuentas especiales, los cuales tienen por objeto procurar un ingreso remunerativo para los productores, regular la producción nacional e incrementar las exportaciones, mediante el financiamiento de la estabilización de los precios al productor de dichos bienes agropecuarios y pesqueros.*

²⁰⁵ En el marco del desarrollo del Plan de Vigilancia y Control Fiscal, la Controlaría General de la República (CGR) realizó Auditoria de Cumplimiento del FEPA para el periodo 2016. En el Informe de Resultados de la CGR se exponen los hallazgos encontrados por dicha entidad gubernamental. Con respecto a los productos objeto de estabilización (Hallazgo 1, foja 22) la CGR encontró ciertas inconsistencias en la aplicación del FEPA, a lo cual el Secretario Técnico respondió lo siguiente:

"(...), *expone el Secretario Técnico, que si bien entienden que los miembros del Comité Directivo del FEPA ejercen una función pública cuando participan del Comité Directivo, y que es función de todos los organismos del Estado colaborar para el adecuado funcionamiento del mismo, no está dentro de las funciones establecidas en el Artículo 2.11.4.9 del Decreto*



- [343] Vale la pena resaltar que el gobierno de Colombia ha reiterado en varios de sus escritos que la regulación de los fondos de estabilización de producto agropecuarios son un instrumento para el desarrollo de política sectorial agropecuaria. En particular, el FEPA, fue creada luego de la crisis de los precios de azúcar en 1999, y estaría amparada en la Constitución Política de Colombia, la Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 del 2000²⁰⁶.
- [344] Sumado a lo anterior, cabe recordar que las cesiones al fondo son contribuciones parafiscales obligatorias. No obedecen al libre ejercicio de la voluntad privada pertenecer o no al fondo, y por tal acogerse o no a las referidas resoluciones²⁰⁷. Por contraparte es claro que los fondos del FEPA provienen esencialmente de los mismos productores que resultan así organizados y beneficiados en torno a la parafiscalidad, y que no hay constancia de aportes del presupuesto estatal colombiano al FEPA, por lo que no se vislumbra la existencia de subsidios a las exportaciones con recursos estatales. La parafiscalidad debe ser creada por ley y regulada por normas estatales, el parágrafo 2 del artículo 38 de la Ley 101/ 1993 define las cesiones Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros como recursos parafiscales y por ello esos recursos resultan destinados al objeto exclusivo determinado en la ley correspondiente, no son recursos del Estado, como pueden ser los aportes a la seguridad social y los recursos gremiales para el fortalecimiento de su actividad productiva, generando ahorros cuando hay excedentes (cesiones) para cubrir deficiencias cuando no los hay (compensaciones), lo cual trasluce una administración gremial responsable y prudente y una acertada intervención del Estado. No obstante, se observa en el FEPA una poderosa presencia del Estado en su Consejo Directivo, con dos Ministros de Estado como miembros (art. 8 D. 569 del 2000) y el poder de veto a las determinaciones de este órgano por parte del gobierno colombiano al exigirse el voto

1071 de 2015, presentes también en el Decreto 569 de 2000, que el Comité Directivo o sus miembros tengan que como función la de informarle al Gobierno Nacional sobre las inconsistencias que hayan cometido al expedir leyes o decretos”.

Ver el documento denominado “INFORME CGR 2016”, disponible en: <https://www.fepa.com.co/modules/documentos/3/347.aspx>

²⁰⁶ Sobre el particular, en la foja 46 de su escrito de contestación del 29 de noviembre de 2019, la Reclamada indicó que el Fondo constituye un esquema de política económica indispensable para el desarrollo del sector agrícola o agropecuarios, concebido al amparo de los artículos 64, 65, y 66 de la Constitución Política de Colombia, con el in de estimular la productividad y garantizar la producción de alimentos.

²⁰⁷ Sobre el particular, en la Sentencia C-465 de 1993, la Corte Constitucional de la República de Colombia ha indicado sobre las contribuciones parafiscales:

Las contribuciones parafiscales son exacciones obligatorias, operadas en provecho de organismos públicos distintos de las entidades territoriales, o de asociaciones de interés general, sobre usuarios o aforados, por medio de los mismos organismos o de la administración que, al no ser integradas al presupuesto general del Estado, se destinan a financiar gastos de dichos organismos.

Al respecto explica el Constituyente Alfonso Palacio Rudas:

“La parafiscalidad es una técnica, en régimen estatal de intervencionismo económico y social, tendiente a poner en marcha y hacerlos viables, una serie de recursos de afectación (destinación especial), fuera del presupuesto, exigidos con autoridad, por cuenta de órganos de la economía dirigida, de organización profesional o de previsión social y que se destinan a defender y estimular los intereses de tales entidades. Los recaudos pueden verificarse directamente por las entidades beneficiadas o por las administraciones fiscales”.

Concluye afirmando que:

“La parafiscalidad y lo novedoso del concepto, es decir, su carácter de imposición social y económica radican en la necesidad de hacer participar en ciertas funciones a los organismos a los cuales son confiadas esas funciones, a los miembros que poseen intereses comunes económicos, morales y espirituales, excluyendo otros miembros de la sociedad política general, para quienes el peso de la tributación tradicional sería insostenible. Dado lo anterior, la imposición parafiscal exhibe una imagen de originalidad que no se involucra con la del impuesto ni con la de la tasa”.

Por ello esta Corte concluyó así sobre el tema:

“La parafiscalidad es una técnica del intervencionismo económico legitimada constitucionalmente, -destinada a recaudar y administrar (directa o indirectamente) y por fuera del presupuesto nacional-determinados recursos para una colectividad que presta un servicio de interés general. Dicha técnica se utiliza, por ejemplo, para el fomento de actividades agrícolas, de servicios sociales como la seguridad social, de la investigación científica y del progreso tecnológico, que constituyen todos intereses de gremios o colectividades especiales, pero con una relevante importancia social. Es por esta razón que el Estado impone el pago obligatorio de la contribución y presta su poder coercitivo para el recaudo y debida destinación de los recursos. Se trata, en últimas, de la aplicación concreta del principio de solidaridad, que revierte en el desarrollo y fomento de determinadas actividades consideradas como de interés general.

Estas contribuciones parafiscales no generan una contraprestación directa y equivalente por parte del Estado, ya que éste no otorga un bien ni un servicio que corresponda al pago efectuado.” (Énfasis agregado)



favorable del Ministro de Agricultura o su delegado para las operaciones de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros (art. 40 Ley 101 de 1993).

- [345] En resumen y a pesar de las connotaciones de la parafiscalidad ya indicadas, se puede advertir que las medidas vigentes tienen carácter gubernamental en tanto tienen en su conjunto las siguientes características:
- [346] Tienen como sustento un mandato legal (Ley 101 de 1993 en el caso del Decreto 569 del 2000 y este último es el sustento de las Resoluciones N° 1 y 2 de 2019, N° 4 de 2011 y N° 2 de 2007 del FEPA).
- [347] Fueron suscritas por el Poder Ejecutivo (Decreto 569 del 2000, por el Presidente y el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural; y las Resoluciones del FEPA, por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y el Secretario Técnico, el primero actuando en su rol de Presidente del Comité Directivo).
- [348] Buscan la satisfacción de un bien jurídico estatal, no privado (Desarrollo de la política sectorial agropecuaria del gobierno Colombiano).
- [349] No obedece a la autonomía de la voluntad privada ser parte del fondo.
- [350] Fueron publicadas en el Diario Oficial, donde se publican las medidas estatales.
- [351] De lo antes expuesto, se puede concluir que, de todas las medidas denunciadas únicamente el Decreto 569 del 2000, las Resoluciones N° 1 y 2 de 2019, N° 4 de 2011 y N° 2 de 2007 del FEPA, corresponden a medidas gubernamentales vigentes, y por tal serán estas las analizadas en el presente pronunciamiento.

Determinación sobre si la medida objeto de estudio establece disposiciones que regulan aspectos de mercado

- [352] De acuerdo al criterio establecido en el punto punto 2.3.1.3.1 (de este Dictamen (“¿Qué se entiende por políticas y medidas regulatorias de mercado?”), a continuación, se examinará si las medidas reclamadas que califican como medida gubernamental vigente del FEPA, regulan aspectos de mercado.
- [353] Como se describe en el punto 2.3.1.2 de este Dictamen, la Ley 101 de 1993 precisa que los fondos de estabilización de precios tienen por objeto:
- procurar un ingreso remunerativo para los productores;
 - regular la producción; e,
 - incrementar las exportaciones.
- [354] De la lectura de la Ley, se advierte que el FEPA debe desarrollar disposiciones que inciden sobre aspectos que usualmente se definen en el mercado, como el nivel de ingresos percibidos por los agentes económicos, la cantidad producida, o las ventas destinadas al mercado interno o externo. De allí que resulta relevante verificar si en efecto, el Decreto 569 del 2000 y las Resoluciones vigentes del FEPA contienen tales disposiciones para ser calificadas como medida regulatoria de mercado.
- [355] A continuación, se efectúa un examen para verificar de qué manera el Decreto 569 del 2000 y las Resoluciones del FEPA que califican como medida gubernamental vigente desarrollan los tres objetivos de mercado plasmados por la Ley.



Sobre *procurar un ingreso remunerativo para los productores*:

- [356] El mecanismo del Decreto 569 del 2000 busca compensar a aquellos productores que efectúan ventas en un contexto en el cual el precio del mercado internacional de los productos objeto de estabilización es inferior al precio de referencia del mercado al cual destina su producto (interno o externo), y recaudar para el fondo recursos monetarios cuando ocurre la situación contraria (ver Tabla N° 2 de este Dictamen).
- [357] Es decir, cuando los productores perciban menores ingresos por sus ventas (en el mercado interno o externo), en una coyuntura en la cual el precio del mercado internacional se haya ubicado por debajo del precio de referencia, serán compensados con fondos obtenidos del mecanismo de estabilización, los cuales fueron recaudados por las ventas de productores que lograron ingresos extraordinarios, cuando el precio del mercado internacional se ubicó por encima del precio de referencia (en el mercado interno o externo).
- [358] De esta manera, se aprecia que el Decreto 569 del 2000 a través del mecanismo de estabilización de precios busca procurar un ingreso remunerativo para los productores.
- [359] La Resolución N° 1 de 2019 del FEPA desarrolla el mecanismo de estabilización de manera tal que, aquellos productores que perciban por sus cantidades colocadas en los diferentes mercados (MNT, MIE, OM) un ingreso unitario estimado (PPP_E) menor al precio de referencia (PPP_i) puedan ser compensados, con recursos monetarios del fondo (ver Tabla N° 3 de este Dictamen).
- [360] Así, tal como se indica en los considerandos de dicha Resolución, “...*el comité directivo ha determinado como política y pauta para la operación del Fondo (...) la generación de indiferencia en los ingresos percibidos por los productores en los distintos mercados objeto de estabilización, como un mecanismo de estabilización*”. Dicha indiferencia se logra al momento de establecer los indicadores de precios con los cuales se estiman los ingresos unitarios de cada productor.
- [361] Cabe señalar que las Resoluciones N° 2 de 2019 y la Resolución N° 4 de 2011, contribuyen con el objeto antes examinado, pues a través de estos reglamentos se definen distintos parámetros para la construcción de los indicadores de precios empleados para calcular las cesiones o compensaciones, y por medio de la Resolución N° 2 de 2007 se crean mecanismos de control y operación para garantizar el pago de cesiones y compensaciones.
- [362] De esta manera, se evidencia que las Resoluciones que califican como medida gubernamental vigente del FEPA, a través del mecanismo de estabilización de precios buscan procurar un ingreso remunerativo para los productores.

Respecto a *regular la producción*:

- [363] Se debe indicar el Decreto 569 del 2000 no establece de manera explícita disposiciones para mantener determinados volúmenes de producción de azúcar. De igual forma ocurre con la Resoluciones N° 1 de 2019, N° 2 de 2019 y N° 4 de 2011 y N° 2 de 2007 del FEPA.



[364] No obstante, el artículo 13 del Decreto 569 del 2000 señala que al FEPA se le aplicarán las normas contenidas en los capítulos V y VI de la Ley 101 de 1993²⁰⁸. Uno de los objetivos plasmados claramente en la Ley es *regular la producción*, entendiéndose que con la organización del FEPA a través del Decreto 569 del 2000 se deben crear las condiciones para alcanzar dicho fin.

[365] Esto es aclarado por el propio FEPA, al mencionar que el mecanismo de estabilización de precios es el medio para regular la producción:

*“En específico el objetivo principal del FEPA es procurar un ingreso remunerativo a los productores de azúcar, consiguiendo de esta manera que se regule la producción nacional, (...), dando así cumplimiento a los objetivos establecidos en la Ley”*²⁰⁹ (Énfasis agregado)

[366] En esa línea, se observa que la regulación de la producción se establece en el Decreto 569 del 2000 de manera indirecta, a través del mecanismo de estabilización de precios. Para dicho fin, en la Resolución N° 1 del 2019 (artículo 7) se prevén instrumentos para monitorear la producción de azúcar en el mercado colombiano, por medio de la información que los productores deben presentar a la Secretaría Técnica, tales como: la cantidad molida de caña, las existencias por tipo de producto, la producción por tipo de producto, por citar algunos ejemplos²¹⁰.

[367] En efecto, vigilar la evolución de la producción es un tema de importancia en las reuniones que sostiene el Comité Directivo, tal como se evidencia del Informe Anual de Gestión de Administración 2017, 2018 y 2019 disponible en su portal web²¹¹. En tales informes se puede leer que el mecanismo de estabilización ha incidido sobre los resultados de la producción:

*“La operación del mecanismo de estabilización ha permitido que el sector genere una importante producción con destino a las exportaciones, y que mantenga la actividad productiva, ampliando el beneficio social y económico para el área de influencia del sector agroindustrial”*²¹²

[368] De esta manera, se acredita que tanto el Decreto 569 del 2000 y la Resolución N° 1 de 2019, a través del mecanismo de estabilización de precios busca regular la producción.

²⁰⁸ Decreto 569 del 2000

“ARTÍCULO 13o. DE LAS NORMAS APLICABLES. Al Fondo se le aplicarán las normas contenidas en los capítulos V y VI de la Ley 101 de 1993 y las demás que la reglamenten.”

²⁰⁹ Al respecto revisar el siguiente enlace: <https://www.fepa.com.co/modules/documentos/10548.aspx>

El FEPA explica cómo así a través del mecanismo de estabilización se logra regular la producción en el documento denominado “Fundamentos Jurídicos y Técnicos FEPA”:

“El FEPA, en reconocimiento de las asimetrías e imperfecciones de los mercados internacionales, y en cumplimiento de los objetivos específicos para los cuales fue creado, ha establecido una metodología sustentada en los precios de referencia más relevantes de cada mercado (precios de paridad de importación para el mercado interno y precios internacionales para los demás). De esta manera, genera una indiferencia en el ingreso para el productor por vender su producción en uno u otro mercado, y se reduce la presión de la oferta en los mercados de precios altos, a través del cobro de una cesión por las ventas allí realizadas y por el pago de compensaciones a los productores que realizan ventas en los mercados de precios bajos”.

Como se aprecia, a través del mecanismo de estabilización se regula la producción doméstica, reduciendo la presión de la mayor oferta en el mercado interno (de precios altos) a través del cobro de cesiones con lo cual se compensa al productor que destine parte de su producción a las exportaciones (mercado de precios bajos).

Al respecto, revisar página 2 del documento ubicado en el enlace: <https://www.fepa.com.co/modules/documentos/11708.aspx>

²¹⁰ De manera adicional se puede mencionar que, en la Resolución N° 1 de 2019 se contempla otra manera de regular la producción, permitiendo que el mecanismo de estabilización se aplique incluso cuando parte de la producción nacional se deja de vender al mercado colombiano. Es el caso, de los denominados productores duales que dejan de colocar azúcar al mercado interno para destinarla a un mercado cautivo, como materia prima en la elaboración alcohol.

²¹¹ Informes Anuales de Gestión de Administración para los años 2017, 2018 y 2019 que pueden ubicarse en el siguiente enlace: <https://www.fepa.com.co/modules/documentos/2/234.aspx>

²¹² Al respecto ver la introducción de cada Informe Anual de Gestión de Administración de 2017 y de 2018.



Respecto a *incrementar las exportaciones*:

- [369] Al igual que el punto anterior, el Decreto 569 del 2000 no establece de manera explícita disposiciones para incrementar las exportaciones. De igual forma ocurre con la Resolución N° 1 de 2019 del FEPA, y las Resoluciones N° 2 de 2019 y N° 4 de 2011 y N° 2 de 2007.
- [370] No obstante, como ya se ha señalado más arriba, el artículo 13 del Decreto 569 del 2000 señala que al FEPA se le aplicarán las normas contenidas en los capítulos V y VI de la Ley 101 de 1993²¹³. Uno de los objetivos plasmados claramente en la Ley es que, los recursos que se generen por medio de contribuciones parafiscales sean invertidos para lograr entre otros, el *fomento e incremento de las exportaciones*²¹⁴, entendiéndose que con la organización del FEPA a través del Decreto 569 del 2000 se deben crear las condiciones para alcanzar dicho fin.
- [371] Sobre el particular, el FEPA en su documento denominado “*Fundamentos Jurídicos y Técnicos FEPA*” aclara de qué manera el mecanismo de estabilización de precios permite el desarrollo de las exportaciones:

*“El FEPA, en reconocimiento de las asimetrías e imperfecciones de los mercados internacionales, y en cumplimiento de los objetivos específicos para los cuales fue creado, ha establecido una metodología sustentada en los precios de referencia más relevantes de cada mercado (precios de paridad de importación para el mercado interno y precios internacionales para los demás). De esta manera, genera una indiferencia en el ingreso para el productor por vender su producción en uno u otro mercado, y se reduce la presión de la oferta en los mercados de precios altos, a través del cobro de una cesión por las ventas allí realizadas y por el pago de compensaciones a los productores que realizan ventas en los mercados de precios bajos”*²¹⁵ (negritas agregadas)

- [372] En efecto, vigilar la evolución de la producción es un tema de importancia en las reuniones que sostiene el Comité Directivo, tal como se evidencia del Informe Anual de Gestión de Administración 2017 y 2018²¹⁶ disponible en su portal web. En tales informes se puede leer que el mecanismo de estabilización ha incidido sobre los resultados de la producción:

²¹³ Decreto 569 del 2000

“**ARTÍCULO 13. DE LAS NORMAS APLICABLES.** Al Fondo se le aplicarán las normas contenidas en los capítulos V y VI de la Ley 101 de 1993 y las demás que la reglamenten.”

²¹⁴ Ley 101 de 1993

Capítulo V

Contribuciones Parafiscales Agropecuarias y Pesqueras

“**ARTÍCULO 31o. Destinación de los recursos.** los recursos que se generen por medio de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras deben ser invertidos en los subsectores agropecuario o pesquero que los suministra, con sujeción a los siguientes objetivos:

(...)

4. Fomento de las exportaciones y promoción del consumo.

(...).

Capítulo VI

FONDOS DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE PRODUCTOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS

ARTÍCULO 36o.: Sin perjuicio de los Fondos Parafiscales Agropecuarios y Pesqueros regulados en la presente Ley, créanse los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, como cuentas especiales, los cuales tienen por objeto procurar un ingreso remunerativo para los productores, regular la producción nacional e incrementar las exportaciones, mediante el financiamiento de la estabilización de los precios al productor de dichos bienes agropecuarios y pesqueros [énfasis agregado]

²¹⁵ Al respecto, revisar página 2 del documento mencionado: <https://www.fepa.com.co/modules/documentos/11708.aspx>

²¹⁶ Al respecto ver la introducción de cada Informe Anual de Gestión de Administración de 2017 y de 2018.



“La operación del mecanismo de estabilización ha permitido que el sector genere una importante producción con destino a las exportaciones, y que mantenga la actividad productiva, ampliando el beneficio social y económico para el área de influencia del sector agroindustrial”

- [373] De esta manera, se acredita que tanto el Decreto 569 del 2000 y la Resolución N° 1 de 2019, a través del mecanismo de estabilización de precios buscar fomentar las exportaciones.
- [374] Del examen efectuado, se puede concluir que, de manera conjunta, el Decreto 569 del 2000 y las Resoluciones vigentes del FEPA objeto del reclamo, establecen disposiciones que regulan aspectos de mercado.
- [375] Así las cosas, se concluye que, el FEPA regulado por el Decreto 569 del 2000 y las Resoluciones N° 1 y 2 de 2019, N° 4 de 2011 y N° 2 de 2007 califican como una medida regulatoria de mercado²¹⁷, en los términos del artículo 36 de la Decisión N° 608.
- [376] No obstante, como ya se ha venido indicando, no basta con que una medida sea regulatoria del mercado para que se considere incumplido el artículo 36 de la Resolución 608. Las medidas intervencionistas no están vedadas a los Estados Miembros de la Comunidad Andina.
- [377] En efecto, en el marco del Proceso 87-IP-2002, respecto a la interpretación prejudicial sobre determinadas disposiciones contenidas en la norma andina sobre libre competencia para un asunto del sector de las telecomunicaciones en Bolivia, el TJCAN precisó lo siguiente:

“(…) aunque se consagra el derecho a la libertad de actividad económica y su sucedáneo de la libertad de competencia, existe y se reconoce también la capacidad del estado de imponer, dentro de la ley y en aras de hacer prevalecer el interés social, límites a la autonomía de la voluntad individual; capacidad ésta que es conocida como Intervencionismo de Estado y que se manifiesta en el conjunto de facultades, competencias y actuaciones del Poder Público destinadas a imponer limitaciones a las libertades que los administrados tienen de crear, modificar o extinguir derechos de contenido económico. Se acepta que el estado moderno, en su condición de director del proceso económico está facultado constitucionalmente para realizar dicha intervención en el mercado y que con tal fin puede desarrollar acciones que son, unas de regulación y control y otras, de participación directa en el mercado actuando como agente económico. Las primeras, por lo general, se manifiestan en la expedición de leyes, reglamentos, actos administrativos de fijación de precios o de tarifas, realización de inspecciones, etc., mientras que las segundas se materializan con actividades en las que el estado, por medio de sus órganos habilitados para ello se convierte en un agente más del proceso económico (...).

Empero, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico comunitario, esta función intervencionista, en cualesquiera de sus formas, debe ser cumplida por las autoridades del País Miembro de que se trate cuidando de no contradecir lo que al respecto haya sido objeto de regulación supranacional en esa materia, toda vez que si llegare a presentarse vulneración de la normativa comunitaria, la conducta en referencia será

²¹⁷ Tal y como se indicó en el punto referido a la *“Determinación sobre si las medidas objeto de estudio corresponde a una medida gubernamental”* del presente Dictamen, estas medidas se adoptaron por el Gobierno Colombiano en el marco de su política de Desarrollo Sectorial Agropecuario.



susceptible de configurar un incumplimiento, hecho éste perseguible por vía de la acción prevista en el Tratado de Creación del Tribunal.²¹⁸ [énfasis añadido]

Evaluación sobre si las normas del FEPA impide, entorpece o distorsiona la competencia en el mercado subregional

- [378] Hasta aquí, se ha evidenciado que, de todas las medidas reclamadas, únicamente el Decreto 569 del 2000 y las Resoluciones N° 1 y 2 de 2019, N° 4 de 2011 y N° 2 de 2007 califican como medidas regulatorias del mercado vigentes. Por ello, ahora corresponde analizar si las normas del FEPA impiden, entorpecen o distorsionan la competencia en el mercado subregional.
- [379] Para efectos metodológicos, primero definiremos los tres (3) verbos rectores a los que hace referencia el artículo 36 de la Decisión 608: *impedir, entorpecer y distorsionar la competencia en el mercado subregional*, posteriormente se verificará si las normas del FEPA impiden, entorpecen o distorsionan la competencia en el mercado subregional.

2.4.1 ¿Qué se entiende por impedir, entorpecer o distorsionar la competencia en el mercado subregional?

- [380] Como se ha indicado líneas más arriba, la libre competencia en el mercado ampliado de la Comunidad Andina supone que los operadores comerciales tengan acceso a la libre circulación de bienes y servicios entre los Países Miembros, que puedan ingresar o salir del mercado ampliado libremente, empujados por sus propias decisiones de mercado, y supone, además, que la cantidad, la calidad, el precio, y otras condiciones de comercialización de los bienes y servicios que se transan y se consumen en la subregión se definan por la interacción de las fuerzas del mercado (la oferta y la demanda), en un contexto de rivalidad permanente de las empresas en el mercado subregional.
- [381] Así las cosas, y en contraste con lo anterior, se debe señalar que los tres (3) verbos rectores enunciados en el artículo 36 de la Decisión 608 (impedir, entorpecer o distorsionar) no están definidos a nivel normativo. Sin perjuicio de ello, en el presente Dictamen se presentan las siguientes consideraciones conceptuales sobre cada uno de ellos.
- [382] **Acerca de impedir la competencia.** En diferentes pronunciamientos²¹⁹ de la SGCAN referidos a la calificación de una medida de un País Miembro como una restricción, se ha entendido el verbo impedir como sinónimo de suspender o prohibir algo.
- [383] Si bien esta SGCAN deja por sentada la diferencia entre un procedimiento de calificación de restricciones y gravámenes, y uno como el que se sigue en el presente caso, lo cierto es que esta conceptualización resulta útil para definir que es impedir en el ámbito comunitario.
- [384] Así las cosas, para efectos de artículo 36, se va a entender que impedir la competencia supone un escenario en el cual determinada medida regulatoria de mercado adoptada

²¹⁸ Proceso N° 87-IP-2002 "Interpretación prejudicial de los artículos 1, 2, 4, literal a) y 5 literales a) y d) de la Decisión N° 285; (...), así como de los artículos 4, 5 y 6 de la Resolución No. 432 expedida por la Secretaría General de la misma Comunidad, solicitada por la Sala Plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia de la República de Bolivia. (...)", publicado en la GOAC N° 868 el 2 de diciembre de 2002. Págs. 11 a 12.

²¹⁹ Sobre el particular pueden verse las siguientes Resoluciones de la Secretaría General:

- Resolución N° 2088. *Resuelve la investigación por presuntas restricciones impuestas por el gobierno de Colombia contra las importaciones de café originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina.*
- Resolución N° 2019 *Resuelve la Investigación de Oficio por Presuntas Restricciones Impuestas por el Gobierno de Colombia contra las Importaciones de cemento originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina.*



y aplicada por un País Miembro obstruya o imposibilite la entrada o permanencia de los agentes económicos de otro u otros Países Miembros, evitando o neutralizando así cualquier tipo de rivalidad.

- [385] **Acerca de entorpecer la competencia.** Este concepto no ha sido desarrollado a nivel comunitario normativa ni jurisprudencialmente.
- [386] Sin perjuicio de ello, para efectos de artículo 36, se va a entender que entorpecer la competencia supone un escenario en el cual determinada medida regulatoria de mercado adoptada y aplicada por un País Miembro dificulta o hace más onerosa la actuación de los agentes económicos de otro u otros Países Miembros, generando condiciones desiguales de rivalidad entre las empresas.
- [387] **Acerca de distorsionar la competencia.** Este concepto no ha sido desarrollado a nivel comunitario normativa ni jurisprudencialmente.
- [388] Sin perjuicio de ello, se entenderá que distorsión para efectos del artículo 36, supone un escenario en el cual determinada medida regulatoria de mercado adoptada y aplicada por un País Miembro incida sobre la oferta, la demanda, los precios, o las condiciones de comercialización del mercado donde participan los agentes económicos de otro u otros Países Miembros, generando condiciones desiguales de rivalidad entre las empresas.
- [389] Ahora bien, estas medidas se entenderán que impiden, entorpecen o distorsionan el mercado subregional en la medida de que tengan efectos transfronterizos, es decir, afectan el comercio de bienes y servicios entre los Países Miembros, y no solamente que tengan incidencia en el territorio de un solo País Miembro.

2.4.2. ¿El FEPA impide, entorpece o distorsiona la competencia en el mercado subregional?

- [390] En el escrito de reclamo, las Reclamantes han señalado que la Reclamada incumple lo dispuesto en el artículo 36 de la Decisión 608, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 36.- *En la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional. (...)*”

Resumen de los alegatos de las Reclamantes

- [391] Las Reclamantes señalan en su reclamo que el gobierno de Colombia con la expedición del marco normativo del FEPA está impidiendo y dificultando la oferta de azúcar que proviene del exterior y que esta conducta “(...) *tiene efectos reales no sólo en el país originario, Colombia*”, pues a su juicio se están creando “(...) *barreras de acceso a las importaciones de azúcar originarias de los demás Países Miembros de la Comunidad Andina*”²²⁰.
- [392] Las Reclamantes hacen referencia a la Resolución N° 80847 de la SIC para señalar que existen precedentes de que los ingenios azucareros de Colombia habían acordado distribuirse el mercado colombiano bajo un esquema de cuotas y promover el impedimento de azúcar importada desde otros países²²¹.

²²⁰Al respecto, ver las fojas 32, 35 y 38 del escrito del Reclamo, recibido el 23 de agosto de 2019 y la foja 3 del escrito de subsanación presentado por las Reclamantes, recibido el 24 de septiembre de 2019.

²²¹ En el escrito del Reclamo de fecha 23 de agosto de 2019 se pueden encontrar los siguientes alegatos:



- [393] Adicionalmente, las Reclamantes hacen un ejercicio de vincular cómo determinadas disposiciones normativas señaladas en su reclamo estarían, a su juicio, neutralizando la oferta del mercado colombiano²²².
- [394] Las Reclamantes señalan en su reclamo que el gobierno de Colombia con la expedición del marco normativo del FEPA está distorsionando la competencia en el mercado subregional, en específico, en el Perú "(...) a través de la exportación de productos con precios compensados que inciden de manera directa en el mercado peruano (...)". A juicio de las Reclamantes, las intervenciones estatales sobre el sector agrícola en Colombia "(...) distorsionan artificialmente los precios nacionales e internacionales de tal manera que obstaculizan o distorsionan la competencia nacional y andina"²²³.
- [395] Además, las Reclamantes agregan que:
- "(...) la estructura y funcionamiento del FEPA regula artificialmente los precios en el mercado colombiano de azúcar, los cuales, en su exportación, generan distorsiones en la competencia del mercado interregional andino, al desplazar la oferta doméstica peruana."*²²⁴.
- [396] A juicio de las Reclamantes, estos efectos distorsionadores de los mecanismos de estabilización se evidencian en un caso similar aplicado al sector de la Palma Aceitera en Colombia, la cual sirve de referente para el presente caso. En concreto, hacen referencia a la Resolución N° 984 de la SGCAN señalando que anteriormente en la Comunidad Andina ya se analizaron los efectos que producen estos fondos colombianos, que nacen de la misma Ley:
- "(...) las constataciones y conclusiones de la Resolución N° 984 (en lo que se refiere a la evaluación de conductas) son ilustrativas y directamente aplicables al presente caso del FEPA, en la medida que la lógica de las compensaciones y desplazamiento sobre la producción peruana es el mismo que en el caso de la Resolución N° 984 sobre manteca vegetal."*²²⁵ (Énfasis agregado)
- [397] En sus escritos posteriores al reclamo, las Reclamantes alegan que Colombia exporta sus excedentes a precios tan bajos como al de los precios internacionales, compitiendo con una ventaja artificial. Indican que según un informe de la OCDE, los fondos de

- "(...) la SIC comprobó que los actores encargados del funcionamiento del FEPA promueven la restricción conjunta y colectiva del acceso de la oferta externa en el mercado nacional" (Foja 38).
- "(...) la SIC confirmó que la industria azucarera restringió la libre competencia al usar varias vías para impedir el ingreso de importaciones, entre ellas..."; "... además de la contribución del FEPA a la estabilización de los precios y la regulación de la producción, se controla o neutraliza la oferta de producto que viene del exterior, (...)" (Foja 39).

También, en su escrito de fecha 28 de enero de 2020 se hace referencia al pronunciamiento de la SIC y se señala lo siguiente: "[r]especto al comportamiento de cartel del FEPA, de un lado, existe el precedente de la sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia en el 2015 contra ingenios, empresas comercializadoras y ASOCAÑA, que comprobó que las denunciadas habían acordado distribuirse el mercado colombiano bajo un esquema de cuotas y promovieron el impedimento de azúcar importada al mercado colombiano desde otros países." (Foja 3 del Informe de la compañía Comercia Consulting).

²²² Al respecto, ver el escrito de subsanación presentado por las Reclamantes, recibido el 24 de septiembre de 2019.

²²³ Al respecto, ver fojas 8, 32, 35, 36 y 41 del escrito del Reclamo, recibido el 23 de agosto de 2019 y la foja 3 del escrito de subsanación presentado por las Reclamantes, recibido el 24 de septiembre de 2019.

²²⁴ Al respecto, 38 y 46 del escrito del Reclamo, recibido el 23 de agosto de 2019.

²²⁵ En la foja 44 del escrito del Reclamo, recibido el 23 de agosto de 2019 se explica además lo siguiente:

*"Cabe precisar que si bien la Resolución N° 984 de la Secretaría General de la CAN antes señalada fue declarada nula por la Sentencia del Tribunal recaída en los Procesos Acumulados N° 01-AN-2006, 02-AN-2006 y 01-AN-2007, dicho procedimiento se basó en una cuestión de orden legal **mas no económica**.*

(...)

Es decir la nulidad estuvo referida a un temas (sic) estrictamente jurídicos (según el Tribunal debió interponerse una acción de incumplimiento, conforme se está realizando en el presente caso) y no sobre si hubo o no acreditación de los efectos económicos distorsionantes en terceros países (Perú)".



estabilización constituyen una contribución financiera a las exportaciones. Bajo esta premisa, señalan que una contribución financiera que promueve las exportaciones a precios más bajos que aquellos a los que se vendería el producto de no existir estos, no sólo es un incentivo a la sobreoferta de producción de azúcar, sino que es un elemento distorsionador de la competencia, al tratarse de un producto que se puede vender artificialmente bajo, desplazando la producción de otros países que no están subsidiadas, como en Perú²²⁶.

[398] Asimismo, alega que el mecanismo de estabilización permite a Colombia generar recursos al interior del mercado colombiano para exportar mayores cantidades de las que podría exportar sin el fondo, quitando espacios comerciales a la producción azucarera de otros países de la subregión²²⁷.

[399] Adicionalmente, las Reclamantes hace un ejercicio de vincular cómo determinadas disposiciones normativas señaladas en su reclamo estarían, a su juicio, generando distorsiones sobre el mercado peruano²²⁸.

[400] Las Reclamantes señalan en su reclamo que el gobierno de Colombia con la expedición del marco normativo del FEPA además de distorsionar la competencia específicamente en el Perú, lo hace de manera general en el mercado subregional:

“(...) las reclamantes ven afectados sus derechos por cuanto se ubican en una posición de desventaja competitiva frente a empresas colombianas del mismo sector, quienes reciben beneficios directos a través del FEPA. Cabe recordar que el FEPA no solo genera distorsiones en el mercado colombiano (...), sino que además afecta las condiciones de competencia en el mercado subregional, brindando ventajas a los productores y exportadores de azúcar en Colombia (...)”²²⁹

[401] Posteriormente, en su escrito de fecha 28 de enero de 2020, señala que, *“(...) los efectos distorsionantes del FEPA se dan no sólo en Colombia, sino tiene efectos potenciales y reales en Perú y en los otros Países Andinos (Ecuador y Bolivia)”*.

Resumen de los alegatos de la Reclamada

[402] Sobre el particular, el gobierno de Colombia alega en su escrito del 29 de noviembre de 2019 lo siguiente:

“(...) la APAAD sólo efectúa una enunciación de las normas a las que agrega una afirmación de distorsión del mercado subregional andino, sin explicar la forma en que esa circunstancia se presenta, de manera específica, con la configuración reglamentaria y regulatoria del FEPA.”²³⁰

[403] Con relación al pronunciamiento de la SIC, aportado por las Reclamantes como prueba de la inconducta, la Reclamada señala:

“(...) la APAAD refiere como soporte de sus afirmaciones una decisión de la SIC que, como se había referido con anterioridad, no abarca ninguno de los elementos configurados en el artículo 36 de la Decisión 608, ni se refiere a las medidas cuestionadas en el presente trámite prejudicial, ni corresponde a una valoración que

²²⁶ Al respecto ver párrafo ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia. de este Dictamen.

²²⁷ Al respecto ver párrafo [¡Error! No se encuentra el origen de la referencia. de este Dictamen.

²²⁸ Al respecto, ver el escrito de subsanación presentado por las Reclamantes, recibido el 24 de septiembre de 2019.

²²⁹ Fojas 2 y 3 del escrito de subsanación de las Reclamantes de fecha 24 de septiembre de 2019. También pueden revisarse alegatos similares en las fojas 8, 32 y 46 de su escrito de fecha 23 de agosto de 2019.

²³⁰Foja 20 del Oficio N° 2-2019-033357 de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.



*tenga como referencia una misma realidad fáctica y jurídica motivo por el cual no puede ser considerada como elemento de convicción, (...). Mal puede tomarse en consideración una línea argumental que pretende condenar al Estado Colombiano en este caso, tomando como sustento las decisiones del Estado Colombiano para disciplinar una serie de situaciones que se presentaron en el mercado interno colombiano. (...) Para esto se trata de sacar de contexto los términos de una investigación en donde los sujetos pasivos de la misma eran los agentes del mercado; y no el Estado, que a través de su autoridad de competencia, adelantó las medidas correctivas. (...)*²³¹

- [404] Acerca del contenido de la norma comunitaria, la Reclamada indica que esta no prohíbe a los países expedir normas o establecer mecanismos de intervención que tengan impacto en la competencia, sino que dispone la obligación de adoptar o aplicar estas normas, pero sin impedir, distorsionar o entorpecer el mercado subregional. Textualmente, la Reclamada indica:

*“(...) se advierte que en ningún momento la Decisión 608 establece prohibición o restricción alguna para los Estados de expedir normas o de establecer mecanismos de intervención en la economía, que usualmente, por definición, tienen impacto en las condiciones de competencia, sino que su obligación es adoptar o aplicar estas normas y políticas de manera tal que no se impida, distorsione o entorpezca la competencia en el mercado subregional.*²³²

- [405] Por otra parte, la Reclamada señala que el funcionamiento del FEPA depende por completo de las cesiones de estabilización que, en virtud de la ley, deben aportar los miembros del sector azucarero colombiano; y por lo tanto escapa al ámbito de aplicación de la Decisión 608, en particular, su artículo 36, por cuanto la Decisión en comento fue concebida para la protección y promoción de la libre competencia, naturaleza que indudablemente es ajena al FEPA.²³³

- [406] Indica también la Reclamada que la intervención del Estado se da en la creación del fondo únicamente para la estabilización del precio interno, sin tener efectos subregionales ni distorsionar el mercado de un sector que ha sido reconocido a nivel mundial por su productividad.²³⁴ En esta línea señala:

*(...) resulta incorrecto indicar que las contribuciones parafiscales relativas a las cesiones de estabilización sean sufragadas por los importadores de azúcar en el mercado colombiano, razón por la cual el acceso a éste para los agentes económicos interesados sólo se ven sometidos al Sistema Andino de Franja de Precios, con excepción de aquellos que se encuentren en los Países Miembros de la CAN. En este sentido, el FEPA no genera ningún efecto frente al ingreso o acceso al mercado interno, correspondiendo a un mecanismo que hace parte de las normas comunitarias, la única herramienta establecida y que, por su misma naturaleza, no puede entenderse como objeto de controversia en el ámbito de la Decisión 608.*²³⁵

- [407] La Reclamada destaca que para el cálculo de las cesiones y compensaciones, el FEPA utiliza los volúmenes de ventas en los diferentes mercados, esto lo hace *ex post*, de tal manera que el mecanismo no establece cuotas de mercado, ni precios, ni niveles de

²³¹ Foja 38 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²³² Foja 41 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²³³ Foja 45 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²³⁴ Foja 44 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²³⁵ Foja 35 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.



producción, ni políticas o lineamientos de exportación o distribución. Además de no interviene en las relaciones de los ingenios con sus proveedores o compradores²³⁶.

- [408] Sobre el ámbito territorial de aplicación de la Decisión 608, la Reclamada señala que los sujetos obligados al pago de las cesiones no corresponden a agentes económicos que participan en el mercado subregional andino, de los otros Países Miembros.²³⁷
- [409] Finalmente, la Reclamada reitera que quien alegue una violación del artículo 36 tiene la carga de probar que las políticas entorpecen, distorsionan o impiden la competencia en el mercado subregional, y para ello no bastan simples aseveraciones o especulaciones.

Resumen de los argumentos del Ecuador

- [410] El gobierno del Ecuador indicó que la Reclamada con la regulación del FEPA incumple una obligación de no hacer, por cuanto ha adoptado medidas que contrarían u obstaculizan directa o indirectamente, el derecho comunitario²³⁸.
- [411] El mecanismo del FEPA regula el precio interno del azúcar, el cual en su exportación, genera distorsiones en la libre competencia del mercado intrarregional andino, al desplazar la oferta doméstica de otros Países Miembros. Así también se constituyen en el propio mercado colombiano barreras de acceso a las importaciones de azúcar.

Resumen de los argumentos del Perú

- [412] El gobierno de Perú señala que el pronunciamiento de la SGCAN deberá circunscribirse a verificar si la medida reclamada es compatible o no con el ordenamiento comunitario, tal como ha sido desarrollado por la reiterada y uniforme jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina²³⁹.

Resumen de los argumentos de ASOCAÑA

- [413] Por su parte, ASOCAÑA señala que las Reclamantes no acreditaron que la República de Colombia hubiera incumplido el artículo 36 de la Decisión 608²⁴⁰. De igual manera, indica que no es cierto que el FEPA facilite la colusión de precios, las condiciones de comercialización y el desarrollo de conductas prohibidas como la repartición de mercados y prácticas de exclusión como restricciones a las importaciones.²⁴¹ Asimismo, destaca que no es cierto que dicho Fondo no esté fiscalizado.

ANÁLISIS DE LA SGCAN

- [414] En los términos del artículo 36 de la Decisión N° 608 y bajo la naturaleza del procedimiento regulado por la Decisión N° 623 se debe verificar si las normas que regulan el FEPA (Decreto 569 del 2000 y las Resoluciones N° 1 y 2 de 2019, N° 4 de 2011 y N° 2 de 2007) impiden, entorpecen o distorsionan la competencia en el mercado subregional.

²³⁶Foja 45 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²³⁷ Foja 39 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²³⁸Foja 2 del Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2019-0200 presentado por el gobierno del Ecuador el 29 de noviembre de 2019.

²³⁹ Foja 2 del escrito del gobierno del Perú de fecha 7 de enero de 2020.

²⁴⁰ Foja 15 a 49 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.

²⁴¹ Fojas 52 a 57 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.



[415] En atención a lo alegado por las Reclamantes y la Reclamada, esta SGCAN considera que corresponde pronunciarse sobre los siguientes aspectos:

1. Si la Reclamada con el FEPA impide o entorpece el mercado subregional.
2. Si la Reclamada con el FEPA distorsiona el mercado subregional.
3. En atención a ello, a continuación, se desarrollará el análisis de esta SGCAN respecto a cada uno de los numerales precedentes:

Si la Reclamada con el FEPA impide o entorpece el mercado subregional

[416] Las Reclamantes, a fin de respaldar sus alegatos sobre el supuesto efecto de impedir o entorpecer las importaciones en el mercado colombiano, presentan como prueba de ello los resultados obtenidos por la SIC en un procedimiento de investigación por prácticas contra la libre competencia en Colombia en el sector azucarero.

[417] A consideración de las Reclamantes, el Decreto 569, así como los artículos 3 al 10 de la Resolución N° 1 de 2019 del FEPA crean disposiciones que estarían generando la supuesta afectación en el mercado subregional, en el sentido de impedir o dificultar las importaciones provenientes de otro País Miembro (Perú) en Colombia²⁴².

[418] Sobre este extremo, la Reclamada indica que las Reclamantes no han cumplido con la carga de la prueba en el presente caso²⁴³ y que la prueba aportada referida a una Resolución de la SIC, no se refiere a las medidas cuestionadas en el presente procedimiento.²⁴⁴

[419] El gobierno del Ecuador, por su parte, indica que el FEPA constituyen en el propio mercado colombiano barreras de acceso a las importaciones de azúcar²⁴⁵.

ANÁLISIS DE LA SGCAN

[420] Tal y como se ha indicado líneas más arriba, en el presente procedimiento se entenderá que impiden la competencia, aquellas medidas regulatorias de mercado adoptada y aplicada por un País Miembro que obstruyan o imposibilite la entrada o permanencia de los agentes económicos de otro u otros Países Miembros, evitando o neutralizando así cualquier tipo de rivalidad.

[421] De igual manera, se entiende que entorpecen la competencia, las medidas que dificulten o hagan más oneroso la actuación de los agentes económicos de otro u otros Países Miembros, generando condiciones desiguales de rivalidad entre las empresas.

[422] Sobre el particular, se encuentra que las medidas reclamadas que se encuentran vigentes, constituyen juntas con otras, un sistema normativo que posibilita el funcionamiento del FEPA. Así, del análisis pormenorizado de cada una de las medidas, encuentra esta Secretaría General, como ha sido indicado más arriba, que el Decreto 569 del 2000 *“Por el cual se organiza el Fondo de Estabilización de precios para los*

²⁴² Ver fojas 13, 15, 24, 25 y 27 del escrito de subsanación de las Reclamantes, recibido el 24 de septiembre de 2019.

²⁴³ Foja 28 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²⁴⁴ Foja 38 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²⁴⁵ Fojas 3 a 4 del Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2019-0200 presentado por el gobierno del Ecuador el 29 de noviembre de 2019.



azúcares centrifugados, las melazas derivadas de la extracción o del refinado de azúcar y los jarabes de azúcar” regula los aspectos generales del Fondo.

- [423] Cabe destacar sobre dicho Decreto que en su articulado se definen aspectos vinculados a: la organización del Fondo (artículo 1); la descripción de los productos objeto de estabilización: las subpartidas arancelarias afectas al mecanismo (artículo 2); la naturaleza jurídica y administración del FEPA (artículo 3); la metodología para la estabilización de precios conforme lo presentado en la Tabla N° 3 de este Dictamen (artículo 4); disposiciones sobre los precios de referencia o franjas de precio de referencia, y los diferentes porcentajes de cesiones o compensaciones (artículo 5) así como otras sobre la retención y el pago de cesiones (artículo 6); pagos por mora (artículo 7); la conformación y las funciones del Comité Directivo (artículos 8 y 9 respectivamente); la designación del Secretario Técnico del Comité (artículo 10); los recursos y la cuenta del Fondo (artículos 11 y 12) y la aplicación de las normas contenidas en los capítulos V y VI de la Ley 101 de 1993 y las demás que la reglamente.
- [424] Por su parte, mediante la Resolución N° 1 de 2019 “Por medio del cual se establece la metodología para las operaciones de estabilización” regula, entre otros aspectos, los mercados considerados (artículo 4), determina las operaciones sujetas a estabilización (artículo 5); dispone los supuestos de causación de las operaciones (artículo 6); establece la información relevante para el cálculo y el control de las Operaciones de Estabilización (artículos 7 y 8) y la información sobre el valor a pagar o a recibir por los productores (artículos 26 a 28); los mecanismos para la estabilización de precios y la metodología para la determinación de las cesiones y compensaciones (artículos 9 y 10) y las disposiciones para el cálculo del factor de ponderación en los mercados Internos Especial y otros mercados (artículos 11 al 17), del indicador del Precio Promedio de Venta para la estabilización para cada productor (artículos 18 a 23) y del ponderados de los indicadores de los Precios de referencia para cada productor (artículos 24 a 25); así como otras disposiciones referidas a la financiación de los gastos de funcionamiento, las tasas de cambio aplicables a las operaciones y de la auditoria y seguimiento de las operaciones.
- [425] Ahora bien, del análisis de cada una de las disposiciones de la Resolución N° 2 de 2019 *“Por medio de la cual se establecen los valores para unas variables requeridas para el cálculo de las operaciones de estabilización”* se verifica que establece disposiciones para la definición de algunos los tipos de mercados, el porcentaje de cesión o compensación, el cálculo de los precios de paridad de importación, entre otros, y del análisis de la Resolución N° 4 de 2011 *“Por la cual se señalan los parámetros para la determinación de gastos de exportación e importación”*, se encuentran que aunque no regulan con el detalle de las dos medidas anteriores, estas contribuyen al funcionamiento del mecanismo en tanto, a través de estas, se definen distintos parámetros para la construcción de los indicadores de precios empleados para calcular las cesiones o compensaciones, entre otros.
- [426] Por otra parte, de la revisión de la Resolución N° 2 de 2007 se encuentra que esta establece mecanismos de control y operación para garantizar el pago de cesiones y compensaciones causadas en el mercado interno tradicional y de exportaciones conjuntas; estableciendo entre otras cuestiones verificadas en este cuerpo normativo, los derechos y las obligaciones de los sujetos de control (artículo 4 y 5 respectivamente); los requisitos para la admisión de una operación comercial de exportación conjunta (artículo 6).
- [427] De la revisión a detalle de las medidas denunciadas, esta Secretaría General no encontró que estas creen condiciones para impedir o entorpecer el acceso de las



importaciones colombianas de azúcar en general, y en específico de algún otro socio andino. Tampoco se desprende de la revisión de dichas medidas, ninguna facultad delegada al Comité Directivo del FEPA para administrar o regular las provisiones de azúcar que provengan del exterior, de manera que pueda encarecer o dificultar el flujo de las importaciones provenientes de otro País Miembro.

- [428] En efecto, de la revisión del Decreto 569 de 2000 y de las Resoluciones N° 1 de 2019, N° 2 de 2019, N° 4 de 2011 y N° 2 de 2007, no se evidencia que estos establezcan procedimientos generales o específicos para la importación de los productos objeto de estabilización, pues no se instruye por medio del Decreto 569 o mediante las mencionadas Resoluciones al Comité Directivo, o a cualquier otro órgano que conforma el FEPA, la facultad de autorizar o tramitar las compras de azúcar proveniente del exterior, ni mucho menos establecer requisitos o condiciones para su importación a territorio Colombiano. En esta misma línea, no se verificó alguna potestad asignada al Comité que permita regular las cantidades o los requisitos de entrada de azúcar, en territorio colombiano o en cualquier País Miembro.
- [429] Por otro lado, respecto a los resultados obtenidos por la SIC a los que hace referencia las Reclamantes, se debe aclarar que dicha investigación correspondió a un caso por supuestas prácticas restrictivas a la libre competencia cometidas por particulares. En dicha ocasión, no fue objeto de investigación la norma que regula el FEPA, sino la conducta propiciada por los ingenios azucareros y su administración. Por lo cual, dicha prueba se encuentra fuera de análisis del presente Dictamen, ya que lo que aquí se busca corroborar es sí el gobierno de Colombia incumple con el artículo 36 de la Decisión N° 608 y no constatar una conducta anticompetitiva a por parte de agentes económicos.
- [430] Por tanto, de la lectura del Decreto 569 del 2000 y de las Resoluciones N° 1 de 2019, N° 2 de 2019, N° 4 de 2011 y N° 2 de 2007 del FEPA no se evidencian disposiciones que impidan o entorpezcan las importaciones de azúcar colombiana provenientes de otro País Miembro²⁴⁶. En atención a ello, no se encuentra evidencia que indique que con las referidas medidas objeto de reclamo la República de Colombia este impidiendo o entorpeciendo el mercado subregional.

Si la Reclamada con el FEPA distorsiona el mercado subregional.

- [431] Según el reclamo presentado, las medidas que regulan el FEPA estarían distorsionando las condiciones de competencia en el mercado peruano, vía precios, los cuales supuestamente ingresan con ventajas artificiales generando un desplazamiento de la producción nacional peruana de azúcar.
- [432] A consideración de las Reclamantes, tanto los artículos 1, 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12 y 13 del Decreto 569, los artículos 9 y 10, 11 al 17, 28 al 33 de la Resolución N° 1 de 2019 del FEPA, así como los artículos 1 al 10 de la Resolución N° 2 de 2019 del FEPA, crean disposiciones que estarían generando la supuesta distorsión en el mercado peruano del azúcar, al ser desplazada la oferta doméstica peruana y la de terceros países por las exportaciones colombianas.²⁴⁷

²⁴⁶ Las Reclamantes no alego en sus escritos de qué manera la presente medida regulatoria de mercado ha generado distorsiones en las importaciones colombianas de azúcar provenientes de Perú o de otros países Miembros de la Comunidad Andina.

²⁴⁷ Ver fojas 12, 14, 15, 17, 19, 22, 24, 27 y 30 del escrito de subsanación de las Reclamantes, recibido el 24 de septiembre de 2019.



- [433] Las Reclamantes, a fin de respaldar sus alegatos sobre los supuestos efectos en el mercado peruano, presenta como prueba de ello las constataciones realizadas en la Resolución N° 984 de la SGCAN, respecto a un procedimiento de investigación sobre el fondo de estabilización de precios de la Palma Aceitera de Colombia, que a juicio de las Reclamantes, los resultados allí obtenidos se aplican al presente caso.
- [434] Sumado a lo anterior, las Reclamantes indican que en los artículos 6 y 7 del Decreto 569 se estarían generando esta supuesta distorsión en el mercado subregional andino, en el sentido de generar ventajas a los productores colombianos en el mercado subregional frente a sus competidores de los demás Países Miembros.
- [435] La Reclamada por su parte, indica que las Reclamantes no han cumplido con la carga de la prueba en el presente caso²⁴⁸. De igual manera, indica que el FEPA no tiene la capacidad de distorsionar un mercado subregional como consecuencia de la aplicación de las cesiones y compensaciones de estabilización que tienen como propósito salvaguardar la producción interna de azúcar en Colombia de la volatilidad del precio internacional y cuyo superávit es exportado como ocurre con el mercado mundial.²⁴⁹
- [436] Con relación a la Resolución N° 984 la Reclamada indica que dicho pronunciamiento fue declarada nula por el TJCAN no existiendo así un precedente que constituya un incumplimiento de naturaleza flagrante. Por el contrario, en el pronunciamiento efectuado por el TJCA señala la Reclamada, respecto del fondo de estabilización al que se refiere esta Resolución, lo que se advierte es que el órgano jurisdiccional comunitario afirma que los instrumentos de política económica no pueden ser considerados como una práctica restrictiva de la competencia.²⁵⁰
- [437] Sumado a lo anterior, la Reclamada además indica que:
- “Como quiera que se parte en la argumentación desarrollada por la reclamante de un supuesto equívoco, esto es, la oposición de la regulación y el derecho de la competencia, no puede ser explicada satisfactoriamente por la APAAD la forma en que el funcionamiento del FEPA, reglamentado y regulado por las medidas objeto del reclamo, conlleva a una afectación específica del mercado subregional andino, en la cual se pueda establecer que constituyen la causa eficiente y necesaria de un resultado que se ha venido produciendo por esa razón y no por efectos de la asimetría normal y legítima derivada de una mayor competitividad de los productores de azúcar y derivados de la República de Colombia.”²⁵¹*
- [438] Sumado a lo anterior, la Reclamada también ha señalado:
- “(…) teniendo en cuenta que ese país [Perú] se ha negado a aplicar la normativa andina en materia de estabilización de precios (SAFP), es más que evidente que cualquier posible afectación de su mercado no es generada por el FEPA, sino porque ese país carece de mecanismos para contrarrestar las fluctuaciones del mercado internacional.”²⁵²*
- [439] El gobierno del Ecuador por su parte, destaca que la Reclamada genera distorsiones en la libre competencia del mercado intrarregional andino.

²⁴⁸ Foja 28 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²⁴⁹ Fojas 31 a 32 del Oficio presentado por el gobierno de Colombia el 7 de enero de 2020.

²⁵⁰ Foja 31 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²⁵¹ Foja 26 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²⁵² Foja 21 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.



ANÁLISIS DE LA SGCAN

Evaluación sobre si la aplicación del FEPA impide, entorpece o distorsiona la competencia en el mercado subregional

- [440] Hasta aquí, se ha evidenciado que, de todas las medidas denunciadas por la APAAD, únicamente el Decreto 569 del 2000 y las Resoluciones N° 1 y 2 de 2019, N° 3 de 2013, N° 4 de 2011 y N° 2 de 2007 califican como política y medida regulatoria de mercado. Por ello, en adelante, el análisis sobre si la aplicación del FEPA impide, entorpece o distorsiona la competencia en el mercado subregional recaerá únicamente sobre este conjunto de normas.
- [441] Antes que nada, primero definiremos los tres (3) verbos rectores a los que hace referencia el artículo 36 de la Decisión 608: *impedir, entorpecer y distorsionar la competencia en el mercado subregional*, posteriormente explicaremos de qué manera, a juicio de la APAAD, se estaría generando efectos negativos sobre la competencia en el mercado subregional, para finalmente constatar lo alegado por la APAAD.

¿Qué se entiende por impedir, entorpecer o distorsionar la competencia en el mercado subregional?

- [442] Para definir lo que se entiende por impedir, entorpecer o distorsionar la competencia en el mercado subregional, debemos empezar por contextualizar la libre competencia en un proceso de integración como el de la Comunidad Andina que cuenta con un área liberada para el comercio de mercancías. Sobre el particular, el TJCAN ha señalado lo siguiente en el Proceso 78-IP-2018:

“1.2. El libre intercambio de bienes y servicios permite que el proceso competitivo genere eficiencia económica en los mercados, lo que beneficia a los consumidores, a las empresas y a los propios Estados. A los consumidores porque obtienen productos a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad y en forma más accesible. A las empresas porque la presión competitiva las incentiva a mejorar sus niveles de competitividad, preparándolas para aprovechar los mercados ampliados originados por el libre comercio. Y a los Estados porque la mejora en competitividad de las empresas, así como la mayor inversión y comercio originados por la competencia, provocan más ventas e ingresos y, por tanto, más impuestos que convertidos en recursos públicos permiten una mejor provisión de infraestructura y servicios públicos.

1.3. Los beneficios que el libre comercio genera para las empresas y los consumidores en el marco de los procesos de integración económica pueden verse afectado a través de las conductas anticompetitivas transfronterizas (...), pues a través de estas, o se crean barreras que dificultan la entrada o permanencia de las empresas a los mercados, o se distorsionan los precios y otras condiciones comerciales en perjuicio de los consumidores.”²⁵³ [énfasis añadido]

- [443] En línea con lo mencionado por el TJCAN se puede señalar que la libre competencia en el mercado ampliado de la Comunidad Andina supone que los operadores comerciales

²⁵³ Proceso N° 78-IP-2018 “Interpretación Prejudicial Consultante: (...) Ámbito de aplicación objetivo del artículo 5 de la Decisión 608”, publicado en la GOAC N° 3383 el 1 de octubre de 2018. Págs. 5 y 6.



tengan acceso a la libre circulación de bienes y servicios entre los Países Miembros, que puedan ingresar o salir del mercado ampliado libremente, empujados por sus propias decisiones de mercado, y supone, además, que la cantidad, la calidad, el precio, y otras condiciones de comercialización de los bienes y servicios que se transan y se consumen en la subregión se definan únicamente por la interacción de las fuerzas del mercado (la oferta y la demanda), en un contexto de rivalidad permanente de las empresas en el mercado subregional.

- [444] Así las cosas, y en contraste con lo anterior, se puede señalar entonces que los tres (3) verbos rectores enunciados en el artículo 36 de la Decisión 608 hacen referencia a las siguientes definiciones:
- [445] **Impedir la competencia en el mercado subregional.** Supone un escenario en el cual determinada medida regulatoria de mercado adoptada y aplicada por un País Miembro tenga efectos transfronterizos en la forma de obstruir la entrada o permanencia de los agentes económicos de otro u otros Países Miembros, evitando o neutralizando así cualquier tipo de rivalidad.
- [446] **Entorpecer la competencia en el mercado subregional.** Supone un escenario en el cual determinada medida regulatoria de mercado adoptada y aplicada por un País Miembro tenga efectos transfronterizos en la forma de dificultar la actuación de los agentes económicos de otro u otros Países Miembros, generando condiciones desiguales de rivalidad entre las empresas.
- [447] **Distorsionar la competencia en el mercado subregional.** Supone un escenario en el cual determinada medida regulatoria de mercado adoptada y aplicada por un País Miembro tenga efectos transfronterizos en la forma de incidir sobre la oferta, la demanda, los precios, o las condiciones de comercialización del mercado donde participan los agentes económicos de otro u otros Países Miembros, generando condiciones desiguales de rivalidad entre las empresas.
- [448] Para desarrollar este acápite del Informe, se debe tener en cuenta lo mencionado por el TJCAN, que la vía de Acción de Incumplimiento sólo tiene sentido ante una conducta verificable y susceptible de ser revertida en el tiempo presente (ver punto 5.1. de este Informe).
- [449] En ese sentido, en los términos del artículo 36 de la Decisión N° 608 y bajo la naturaleza del procedimiento regulado por la Decisión N° 623 se debe verificar si la adopción y aplicación del FEPA por parte de la República de Colombia, bajo las normas vigentes calificadas como política y medida regulatoria de mercado, impiden, entorpecen o distorsionan la competencia en el mercado subregional, esto es, determinar si el FEPA ha producido efectos reales sobre el mercado subregional andino.
- [450] Nótese que, en este procedimiento en particular, cuando se trata de verificar, corroborar o constatar supuestos efectos económicos y comerciales en el mercado subregional andino, la evaluación debería no sólo contemplar el análisis de las normas denunciadas a fin de determinar el supuesto incumplimiento. También debería ser acompañada de



un análisis de la evidencia económica y comercial para verificar los supuestos efectos denunciados.

[451] En ese sentido, se procederá a efectuar el siguiente examen:

1. Análisis normativo de los supuestos efectos económicos y comerciales denunciados por la APAAD.
2. Constatación de los supuestos efectos económicos y comerciales denunciados por la APAAD.

Análisis normativo de los supuestos efectos económicos y comerciales denunciados por la APAAD

[452] En su escrito de fecha 24 de setiembre de 2019, la APAAD presenta una evaluación normativa, a fin de demostrar el supuesto incumplimiento de parte de la República de Colombia con la expedición del FEPA y sus consecuencias sobre la competencia en el mercado subregional andino.

[453] Sobre el particular, el gobierno de Colombia alega en su escrito del 29 de noviembre de 2019 lo siguiente:

“(...) la APAAD sólo efectúa una enunciación de las normas a las que agrega una afirmación de distorsión del mercado subregional andino, sin explicar la forma en que esa circunstancia se presenta, de manera específica, con la configuración reglamentaria y regulatoria del FEPA.”²⁵⁴

[454] Al respecto, se debe mencionar que el análisis normativo que presenta la APAAD hace una explicación amplia de los supuestos efectos de cada dispositivo revisado. A pesar de ello, se pudo observar cierta diferenciación sobre los efectos atribuidos a determinada normativa, como la creación de condiciones para neutralizar la oferta en Colombia, distorsionar el mercado peruano o distorsionar el mercado subregional.

[455] Así, sobre esa base se procederá a realizar el análisis normativo, en función a supuestos efectos denunciados por la APAAD.

Determinación sobre si el FEPA neutraliza la oferta del mercado colombiano del azúcar que proviene del exterior, impidiendo y dificultando su acceso

[456] Del análisis normativo que hace la APAAD en su escrito del 24 de setiembre de 2019 respecto a cada medida denunciada, algunos de ellos claramente pueden referirse al supuesto efecto de impedir o dificultar el acceso de las importaciones de azúcar al mercado colombiano. Tales dispositivos se encuentran resumidos en la Tabla N° 5, los cuales corresponden únicamente a aquella normativa del FEPA que fue calificada como política y medida regulatoria de mercado en el presente Informe.



Tabla N° 5

Análisis presentado por la APAAD, sobre determinadas disposiciones que estarían impidiendo o dificultando el acceso de las importaciones al mercado colombiano

| Artículo | Supuesta afectación señalada por las reclamantes |
|---|---|
| Decreto 569: Artículo 2 | <i>"Este artículo determina los productos afectados por el FEPA (...). El FEPA amenaza o afecta la producción y venta de azúcar y derivados en el mercado subregional andino, <u>impidiendo y dificultando el acceso y permanencia en dicho mercado (...)</u>" [énfasis añadido]</i> |
| Decreto 569: Artículo 4 | <i>"Los montos de cesión y compensación aplicados por el sistema de FEPA, afectan y amenazan la libre competencia en la comercialización de azúcar y derivados, no sólo en el acceso o venta interna en el mercado de la República de Colombia (...)" [énfasis añadido]</i> |
| Decreto 569: Artículo 8 | <i>"Este artículo establece quienes conforman el Comité Directivo, lo cual acredita que no es un sistema netamente privado, sino también hay una injerencia por parte de la República de Colombia. <u>Dicho Comité está conformado por funcionarios de la República de Colombia, sobre los cuales tienen potestad para decidir sobre las cesiones y compensaciones generados por el FEPA que amenazan y/o afectan a los intereses de las Reclamantes como productores y exportadores (...)</u>" [énfasis añadido]</i> |
| Resolución N° 1 del 2019: Artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 | <i>"Estos artículos definen los alcances del FEPA, regulando elementos (...) que son poco transparentes y distorsionadores para el mercado subregional andino de las Reclamantes, <u>que claramente se ven afectados tanto en su ingreso o permanencia en el mercado colombiano (...)</u>" [énfasis añadido]</i> |
| Resolución N° 1 del 2019: Artículos 9 y 10 | <i>"Este artículo determina la metodología (...). Los montos de cesión y compensación, aplicados por el sistema FEPA, <u>afectan y amenazan la libre competencia en la comercialización de azúcar y derivados, no sólo en el acceso o venta interna en el mercado de la República de Colombia (...)</u>" [énfasis añadido]</i> |

Fuente: Escrito de APAAD del 24 de setiembre de 2019²⁵⁵
Elaboración: DG1

- [457] La APPAD, a fin de respaldar sus alegatos sobre el supuesto efecto de impedir o entorpecer las importaciones en el mercado colombiano, presenta como prueba de ello los resultados obtenidos por la SIC en un procedimiento de investigación por prácticas contra la libre competencia en Colombia en el sector azucarero.
- [458] Según el resumen expuesto en la Tabla N° 5, a consideración de la APAAD, tanto los artículos 2, 4 y 8 del Decreto 569, así como los artículos 3 al 10 de la Resolución N° 1 de 2019 del FEPA crean disposiciones que estarían generando la supuesta afectación en el mercado subregional, en el sentido de impedir o dificultar las importaciones provenientes de otro País Miembro (Perú) en Colombia.
- [459] Al respecto, se debe señalar que, el artículo 2 del Decreto 569 hace referencia a la descripción de los productos objeto de estabilización (las subpartidas arancelarias

255 Al respecto, ver págs. 13, 15, 24, 25 y 27g.



afectas al mecanismo), el artículo 4 al funcionamiento del mecanismo de estabilización de precios (del otorgamiento de cesiones y compensaciones), en tanto el artículo 8 ilustra cómo se conforma el Comité Directivo (ver notas a pie N° 186 y N° 195 y párrafo [290] de este Informe). De la revisión de tales textos normativos, no se desprende que los mismos creen condiciones para impedir o dificultar el acceso de las importaciones colombianas de azúcar en general, y en específico de algún otro socio andino.

- [460] Por su parte, los artículos 3 al 8 de la Resolución N° 1 de 2019 y los artículos 9 al 10 del mismo marco regulatorio, hacen referencia al alcance del FEPA (partidas arancelarias afectas al mecanismo, tipos de mercados y operaciones sujetas de estabilización, cauciones de las operaciones de estabilización y el tipo de información a proporcionar por parte de los productores al FEPA) y del funcionamiento del mecanismo de estabilización y de la metodología del otorgamiento de cesiones y compensaciones (ver párrafos [293], [297], [301], [303] y [314] de este Informe).
- [461] En efecto, en ninguno de los artículos enunciados del Decreto 569 de 2000 y de la Resolución N° 1 de 2019, y en ningún otro articulado contenido en tales normas, se establecen procedimientos generales o específicos para la importación de productos similares a los productos objeto de estabilización, pues no se instruye por medio del Decreto 569 o la mencionada Resolución al Comité Directivo, o a cualquier otro órgano que conforma el FEPA, la facultad de autorizar o tramitar las compras de azúcar proveniente del exterior.
- [462] Respecto a los resultados obtenidos por la SIC a los que hace referencia la APAAD, se debe aclarar que dicha investigación correspondió a un caso por supuestas prácticas restrictivas a la libre competencia cometidas por particulares. En dicha ocasión, no fue objeto de examen la norma que regula el FEPA, sino la conducta propiciada por los ingenios azucareros y su administración. Por lo cual, dicha prueba se encuentra fuera de análisis del presente Informe, ya que se busca corroborar si el gobierno de Colombia incumple con el artículo 36 de la Decisión N° 608 y no constatar una conducta anticompetitiva generada por particulares.
- [463] Por tanto, de la lectura de los artículos enunciados del Decreto 569 del 2000 y de la Resolución N° 1 de 2019 no se evidencian disposiciones que impidan o dificulten las importaciones de azúcar a Colombia provenientes de otro País Miembro²⁵⁶.

Determinación sobre si el FEPA distorsiona el mercado peruano del azúcar, al desplazar la oferta doméstica peruana y la de terceros países

- [464] Del análisis normativo que hace la APAAD en su escrito del 24 de setiembre de 2019 respecto a cada medida denunciada, algunos de ellos advierten disposiciones que supuestamente estarían generando distorsiones en el mercado peruano. Tales dispositivos se encuentran resumidos en la Tabla N° 6, los cuales corresponden únicamente a aquella normativa del FEPA que fue calificada como política y medida regulatoria de mercado en el presente Informe.

²⁵⁶ La APAAD no alego en sus escritos de qué manera la presente medida regulatoria de mercado ha generado distorsiones en las importaciones colombianas de azúcar provenientes de Perú o de otros países Miembros de la Comunidad Andina.

Tabla N° 6

Análisis presentado por la APAAD, sobre determinadas disposiciones que estarían generando distorsiones sobre el mercado peruano

| Artículo | Supuesta afectación señalada por las reclamantes |
|-----------------------------|---|
| Decreto 569: Artículo 1 | "Norma por la cual se implementa y organiza el FEPA, mecanismo que impone y otorga cesiones y compensaciones parafiscales a los productores y/o exportadores colombianos relacionados al azúcar, <u>generando incentivos a éstos que distorsionan la libre competencia en el mercado subregional andino que afecta a las Reclamantes.</u> (...)" [énfasis añadido] |
| Decreto 569: Artículo 3 | "Este artículo designa e implementa la entidad que administra el FEPA, la cual está directamente vinculada al Gobierno de Colombia al ser contratada directamente por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de dicho país. Dicho artículo acredita que el FEPA es un mecanismo (...) impuesto por el Gobierno de Colombia, <u>el que determina un daño o amenaza a las Reclamantes (...), estableciendo artificialmente precios nacionales e internacionales, entre otras prácticas prohibidas (...)</u> " [énfasis añadido] |
| Decreto 569: Artículo 4 | " <u>Los montos de cesión y compensación aplicados por el sistema de FEPA, afectan y amenazan la libre competencia en la comercialización de azúcar y derivados, (...), sino además en la comercialización de dichos productos en el mercado subregional andino, afectando a las reclamantes.</u> " [énfasis añadido] |
| Decreto 569: Artículo 5 | "Este artículo establece la forma de cómo se otorgan las cesiones y compensaciones creados por el FEPA (...) Asimismo, este artículo hace énfasis que <u>las operaciones de exportación por parte de los productores colombianos también se encuentran bajo el alcance del FEPA. Dicha situación evidencia la afectación y/o amenaza de la libre competencia de estos productos en Colombia sino en el mercado subregional andino, donde las Reclamantes tienen interés y/u operan.</u> " [énfasis añadido] |
| Decreto 569: Artículo 9 | "Este artículo establece <u>los roles del Comité Directivo, donde se puede identificar claramente que existe una injerencia en la toma de decisiones a nivel de los requisitos y condiciones para la aplicación de las cesiones y compensaciones del FEPA en la venta y exportación de azúcar (...).</u> <u>Esta injerencia causa poca transparencia y predictibilidad en el mercado de los productos afectados, causando una amenaza o daño en los intereses de las Reclamantes al no estar compitiendo en una situación de libre mercado.</u> " [énfasis añadido] |
| Decreto 569: Artículo 10 | " <u>...crea un Secretario Técnico del Comité, el cual tomará decisiones dentro del FEPA, situación que afecta y amenaza los intereses de las Reclamantes al tomar decisiones que puedan afectar los precios de venta y comercialización ...en el mercado subregional andino.</u> " [énfasis añadido] |
| Decreto 569: Artículo 11 | "Este artículo determina que este fondo se mantendrá activo en base a recursos que serán obtenidos a través de las cesiones y compensaciones (...) u otras fuentes de financiamiento, <u>situación que genera una desventaja anticompetitiva frente a las Reclamantes</u> " [énfasis añadido] |
| Decreto 569: Artículo 12 | "Este artículo determina que este fondo se mantendrá activo en base a recursos que serán obtenidos a través de las cesiones y compensaciones (...) y otros recursos regulados, <u>situación que evidencia que existe una amenaza y afectación al mercado subregional andino del cual Perú forma parte.</u> " [énfasis] |
| Decreto 569: Artículo 13 | "Este artículo establece otras normas que le serán aplicables al FEPA, evidenciando que, para ...Colombia, tiene validez y respaldo legal, <u>situación que a todas luces amenaza y afecta al mercado interandino del cual Perú forma parte.</u> " [énfasis] |



| Artículo | Supuesta afectación señalada por las reclamantes |
|---|---|
| Resolución N° 1 del 2019: Artículos 9 y 10 | "Este artículo determina la metodología (...) la misma que estaría generando la indiferencia en la colocación de precio de venta o entrega del producto (...). Esta indiferencia de las cesiones o compensaciones no está vinculada al libre mercado, sino se dan como resultado de la aplicación de determinados conceptos (precios de referencia y mercados) que están sujetos a formulas variables, las cuales son discrecionales y poco transparentes. Los montos de cesión y compensación, (...) afectan y amenazan la libre competencia..., no sólo en el acceso o venta interna en el mercado de la República de Colombia sino además en la comercialización de dichos productos en el mercado subregional andino, afectando a las Reclamantes." [énfasis] |
| Resolución N° 1 del 2019: Artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 | "Estos artículos establecen los cálculos que realiza el FEPA para establecer la estabilización de los precios del azúcar, a través de las cesiones y compensaciones, las cuales como hemos mencionado anteriormente, <u>constituyen una afectación y amenaza a las exportaciones de azúcar dentro del mercado subregional cual Perú es parte.</u> " [énfasis añadido] |
| Resolución N° 1 del 2019: Artículos 18, 19, 20, 21, 22 y 23 | "Estos artículos establecen la metodología que realiza el FEPA a fin de estabilizar los precios de venta de los productos bajo su alcance y establece los precios referenciales dentro de los mercados de su alcance, <u>situación que genera una indiferencia y desventaja entre los exportadores peruanos al momento de colocar sus precios dentro del mercado de exportación subregional andino.</u> " [énfasis añadido] |
| Resolución N° 1 del 2019: Artículos 24 y 25 | "Estos artículos establecen los precios de referencia para los productores, <u>situación que genera una distorsión en el mercado interandino del cual Perú forma parte, toda vez que de cierta manera está generando diferencias entre productores peruanos y colombiano.</u> " [énfasis añadido] |
| Resolución N° 1 del 2019: Artículos 26, 27 y 28 | "Estos artículos son los que establecen la obligación por parte de los productores colombianos a realizar las aportaciones (cesiones) o retribuciones (compensaciones), <u>situación que genera indiferencia entre los precios de venta de los productores colombianos en el mercado interandino, vulnerándose de esa manera la libre competencia.</u> " [énfasis añadido] |
| Resolución N° 1 del 2019: Artículos 29, 30, 31, 32 y 33 | "Estos artículos están dirigidos a establecer disposiciones finales, a efectos de regular todos los aspectos que no han sido establecidos en los artículos precedentes, lo cual genera una afectación y amenaza a los productores peruanos, ya que existe un ambiente de disconformidad e indiferencia por parte de la república de Colombia, <u>situación que a todas luces distorsiona el mercado subregional andino.</u> " [énfasis añadido] |
| Resolución N° 2 del 2019: Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 | "Estos artículos establecen la metodología para el cálculo del % de los mecanismos (cesiones y compensaciones) que el FEPA aplicará a los diferentes mercados a los productores colombianos, <u>situación que genera entorpecimiento y distorsión en el mercado subregional andino, ya que los productores peruanos se ven afectados al momento de colocar sus precios, puesto que se encuentran en una situación de indiferencia y desventaja a comparación de sus competidores colombianos.</u> " [énfasis añadido] |

Fuente: Escrito de APAAD del 24 de setiembre de 2019²⁵⁷

Elaboración: DG1

[465] Según el reclamo presentado por la APAAD, la medida regulatoria de mercado objeto de la denuncia estaría distorsionando las condiciones de competencia en el mercado

²⁵⁷ Al respecto, ver págs. 12, 14, 15, 17, 19, 22, 24, 27 y 30.



peruano, vía precios, los cuales supuestamente ingresan con ventajas artificiales generando un desplazamiento de la producción nacional de azúcar.

- [466] La APPAD, a fin de respaldar sus alegatos sobre los supuestos efectos en el mercado peruano, presenta como prueba de ello las constataciones realizadas en la Resolución N° 984 de la SGCAN, respecto a un procedimiento de investigación al fondo de estabilización de precios de la Palma Aceitera de Colombia, que a juicio de la APAAD los resultados allí obtenidos se aplican al presente caso.
- [467] Según el resumen expuesto en la Tabla N° 6, a consideración de la APAAD, tanto los artículos 1, 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12 y 13 del Decreto 569, los artículos 9 y 19, 11 al 17, 28 al 29 al 33 de la Resolución N° 1 de 2019 del FEPA, así como los artículos 1 al 10 de la Resolución N° 2 de 2019 del FEPA, crean disposiciones que estarían generando la supuesta distorsión en el mercado peruano del azúcar, al ser desplazada la oferta doméstica peruana y la de terceros países por las exportaciones colombianas.
- [468] Al respecto, se debe mencionar que, el artículo 1 y 3 del Decreto 569 hacen referencia a la organización del fondo para el azúcar y la naturaleza jurídica y administración del FEPA. De la revisión de ambos textos normativos, se aprecia que ninguno de ellos crea disposiciones explícitas a incentivar a los productores de azúcar de Colombia a exportar a precios artificiales de manera tal que afecte a las reclamantes. De la lectura de los artículos 5 y 9 tampoco se aprecia ello. En ambos artículos se establecen determinados encargos al Comité Directivo, ninguno de ellos relacionado a buscar mecanismos explícitos para aumentar la exportación de azúcar colombiana a algún mercado andino o fijar precios de exportación en niveles que presuntamente distorsionen la competencia en el mercado peruano. De forma similar ocurre con el artículo 10 del Decreto 569, que hace referencia a la selección del Secretario Técnico.
- [469] Por su parte, los artículos 11 y 12 del Decreto 569 hacen referencia a los recursos del FEPA y la forma en la que serán administrados. De su revisión, no queda claro cómo a partir de lo dispuesto en tales artículos se genera la supuesta desventaja anticompetitiva para las reclamantes o se evidencia que existe una amenaza y afectación al mercado subregional del cual Perú forma parte.
- [470] Hasta aquí, ninguna de las disposiciones revisadas del Decreto 569 del 2000 permiten determinar que la aplicación del FEPA genera distorsiones en el mercado peruano, en los términos establecidos por la APAAD, quedando sólo por revisar los artículos 4 y 13 del Decreto.
- [471] Como se mencionó líneas atrás, el artículo 13 del Decreto 569 dispone que al FEPA se le aplicarán las normas contenidas en los capítulos V y VI de la Ley 101 de 1993 y las demás que la reglamente. En tanto que el artículo 4 del Decreto 569 establece el mecanismo de estabilización de precios (ver Tabla 2 de este Informe). Al respecto, se debe indicar lo siguiente sobre cada disposición normativa:
- [472] En el caso de la Ley 101 de 1993, se establece claramente en su capítulo V y VI que, los recursos que se generen por medio de contribuciones parafiscales sean invertidos para lograr el *fomento e incremento de las exportaciones*²⁵⁸.

²⁵⁸ Ley 101 de 1993

Capítulo V

Contribuciones Parafiscales Agropecuarias y Pesqueras



- [473] En mecanismo de estabilización de precios descrito en el artículo 4 del Decreto 569 del 2000, permite otorgar compensaciones al exportador colombiano cuando el precio del mercado internacional sea menor al precio de exportación.
- [474] Así, de la lectura de ambas disposiciones normativas (consignadas en el artículo 4 y 13 del Decreto 569 del 2000) se observa que el mecanismo de estabilización de precios en los términos del Decreto 569 del 2000 permite que los productores colombianos realicen exportaciones recibiendo una compensación por dicha actividad comercial. Sin embargo, como se ha podido apreciar, ninguna de tales normas determina precios de exportación.
- [475] De la lectura de las disposiciones normativas contenidas en los artículos enunciados en la Tabla N° 6 de la Resolución N° 1 de 2019 y N° 2 de 2019, aquellas disposiciones que disponen cálculos de determinados parámetros o variables como el factor “ z_m ” (artículos 11 al 17 de la Resolución N° 1 de 2019), los indicadores precios de mercado y los precios de referencia (artículos 18 al 25 de la Resolución N° 1 de 2019), o las disposiciones varias (artículos 29 al 33 de la Resolución N° 1 de 2019), así como la definición de los tipos de mercados, el porcentaje de cesión o compensación, el cálculo de los precios de paridad de importación, entre otros (artículos 1 al 10 de la Resolución N° 2 de 2019), no permiten por sí solos determinar los efectos del mecanismo de estabilización.
- [476] En cambio, es el funcionamiento y la metodología del mecanismo de estabilización (descrito en los artículos 9 y 10 de la Resolución N° 1 de 2019) los que pudieran permitir observar los posibles efectos de la aplicación del FEPA. Al respecto, se debe indicar lo siguiente respecto de cada dispositivo:
- [477] El mecanismo de estabilización de precios descrito en el artículo 9 de la Resolución N° 1 de 2019, permite otorgar compensaciones al productor colombiano cuando el precio de estabilización sea menor al precio de referencia (ver Tabla N° 3 de este Informe).
- [478] El artículo 10 muestra que dicha compensación se encuentra en función al precio de estabilización y al precio de referencia. Como se describe artículo 19 de la Resolución N° 1 de 2019, por medio de los precios de estabilización se busca crear la indiferencia en los mercados a fin de garantizar el mismo ingreso a todos los productores (ver párrafo **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este Informe).
- [479] En efecto, ya se ha indicado, en los considerandos de la Resolución N° 1 de 2019 se menciona que “(...) *el comité directivo ha determinado como política y pauta para la operación del [FEPA], desde su organización, la generación de indiferencia en los ingresos percibidos por los productores en los distintos mercados objeto de estabilización, que con el mecanismo de estabilización*”.

“**ARTÍCULO 31o. Destinación de los recursos.** los recursos que se generen por medio de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras deben ser invertidos en los subsectores agropecuario o pesquero que los suministra, con sujeción a los siguientes objetivos:

(...)

4. Fomento de las exportaciones y promoción del consumo.

(...).

Capítulo VI

FONDOS DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE PRODUCTOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS

ARTÍCULO 36o.: Sin perjuicio de los Fondos Parafiscales Agropecuarios y Pesqueros regulados en la presente Ley, créanse los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, como cuentas especiales, los cuales tienen por objeto procurar un ingreso remunerativo para los productores, regular la producción nacional e incrementar las exportaciones, mediante el financiamiento de la estabilización de los precios al productor de dichos bienes agropecuarios y pesqueros [énfasis añadido]



- [480] Esta indiferencia a la que hace mención la Resolución N° 1 de 2019 genera que se realicen cesiones en los mercados de precios altos (el mercado colombiano) y compensaciones en las ventas al mercado de precios bajos (el mercado internacional), tal como lo ha señalado el FEPA en su documento denominado “*Fundamentos Jurídicos y Técnicos FEPA*”, a saber:

“El FEPA, en reconocimiento de las asimetrías e imperfecciones de los mercados internacionales, y en cumplimiento de los objetivos específicos para los cuales fue creado, ha establecido una metodología sustentada en los precios de referencia más relevantes de cada mercado (precios de paridad de importación para el mercado interno y precios internacionales para los demás). De esta manera, genera una indiferencia en el ingreso para el productor por vender su producción en uno u otro mercado, y se reduce la presión de la oferta en los mercados de precios altos, a través del cobro de una cesión por las ventas allí realizadas y por el pago de compensaciones a los productores que realizan ventas en los mercados de precios bajos”²⁵⁹ [negritas añadido]

- [481] De esta manera, se observa que el mecanismo de estabilización de precios en los términos de la Resolución N° 1 de 2019 (desarrollado en sus artículos 9 y 10) permite que los productores colombianos reciban una compensación por vender sus productos en el mercado externo. Sin embargo, esta Resolución no crea mecanismos para fijar precios de exportación.
- [482] Sobre el caso de la Resolución N° 984 de la SGCAN, si bien se evidenció que a través del mecanismo del fondo de la Palma se estuvieron compensando las exportaciones al Perú, en el presente Informe no se ha constatado si dicho mecanismo funciona de igual manera al FEPA (por no ser materia de examen), por lo que no resulta prudente establecer conclusiones sobre el funcionamiento del fondo del azúcar basándose en los resultados obtenidos en dicho acto administrativo de la SGCAN.
- [483] De todo el análisis anterior, se debe indicar que tanto el Decreto 569 y la Resolución N° 1 de 2019 permite que los productores colombianos realicen exportaciones recibiendo una compensación por dicha actividad comercial, que en los términos de la OCDE, correspondería a contribuciones financieras a la exportación (ver párrafo **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este Informe).
- [484] Ahora bien, teniendo en cuenta la definición esbozada en el punto 6.2.1. de este Informe, si bien la aplicación del FEPA genera una competencia desigual frente a otros productores de azúcar de la región, para acreditar la distorsión de la competencia en el mercado Perú debería constatarse un desplazamiento de su oferta nacional generada por las exportaciones colombianas, como lo alegada la APAAD. Por ello, resulta necesario revisar la evidencia económica y comercial.
- [485] Por tanto, únicamente de la lectura de los artículos enunciados del Decreto 569 del 2000 y de la Resolución N° 1 y N° 2 de 2019 no se puede concluir enfáticamente que la aplicación del FEPA genera distorsiones sobre el mercado peruano²⁶⁰.

²⁵⁹ Al respecto, revisar página 2 del documento mencionado: <https://www.fepa.com.co/modules/documentos/11708.aspx>

²⁶⁰ La APAAD no alego en sus escritos de qué manera la presente medida regulatoria de mercado ha generado impedimento o dificultad en las exportaciones colombianas de azúcar al mercado peruano.



- [486] *Determinación sobre si el FEPA afecta la competitividad del mercado subregional, ya que las exportaciones de azúcar peruana a un determinado país se encuentran en desventaja respecto a las exportaciones de azúcar colombiana*
- [487] Del análisis normativo que hace la APAAD en su escrito del 24 de setiembre de 2019 respecto a cada medida denunciada, algunos de ellos advierten disposiciones que supuestamente estarían generando distorsiones en el mercado subregional (distinto del mercado peruano). Tales dispositivos se encuentran resumidos en la Tabla N° 7, los cuales corresponden únicamente a aquella normativa del FEPA que fue calificada como política y medida regulatoria de mercado.

Tabla N° 7

Análisis presentado por la APAAD, sobre determinadas disposiciones que estarían generando distorsiones sobre el mercado subregional

| Artículo | Supuesta afectación señalada por las reclamantes |
|---|---|
| Decreto 569: Artículo 4 | " <u>Los montos de cesión y compensación aplicados por el sistema de FEPA, afectan y amenazan la libre competencia en la comercialización de azúcar y derivados, (...), sino además en la comercialización de dichos productos en el mercado subregional andino, afectando a las reclamantes.</u> " [énfasis añadido] |
| Decreto 569: Artículo 6 | " <u>Este artículo establece cuándo, en la venta o en las exportaciones de los productores y exportadores colombianos, se retienen los montos de cesión de estabilización. (...).</u> <u>Las cesiones de estabilización son claves en el funcionamiento del FEPA como beneficio de repartición de mercado, incentivando que exista un exceso del azúcar para que pueda ser colocado en el mercado subregional andino. Con dicha situación, al mismo tiempo, amenazan o afectan la oferta del producto colocado por las Reclamantes en el mercado subregional fijando precios que le son indiferentes porque obtienen las compensaciones del FEPA</u> " [énfasis añadido] |
| Decreto 569: Artículo 7 | " <u>Este artículo establece mecanismos referidos a la mora, por lo cual se observa que no son aportaciones voluntarias, sino que existe un mecanismo de imposición al productor colombiano impuesto por la República de Colombia, lo que a todas luces distorsiona el mercado subregional andino de los productos que se encuentran dentro del alcance del FEPA</u> " [énfasis añadido] |
| Decreto 569: Artículo 13 | " <u>Este artículo establece otras normas que le serán aplicables al FEPA, evidenciando que, para ...Colombia, tiene validez y respaldo legal, situación que a todas luces amenaza y afecta al mercado interandino del cual Perú forma parte.</u> " [énfasis] |
| Resolución N° 1 del 2019: Artículos 1 y 2 | " <u>Estos artículos definen el objeto y ámbito de aplicación del sistema de cesiones y compensaciones generadas por el FEPA.</u> <u>Dicho sistema amenaza o afecta la producción y venta de azúcar y derivados en el mercado subregional andino (...)</u> " [énfasis añadido] |
| Resolución N° 1 del 2019: Artículos 9 y 10 | " <u>Este artículo determina la metodología (...) la misma que estaría generando la indiferencia en la colocación de precio de venta o entrega del producto (...).</u> <u>Esta indiferencia de las cesiones o compensaciones no está vinculada al libre mercado, sino se dan como resultado de la aplicación de determinados conceptos (precios de referencia y mercados) que están sujetos a formulas variables, las cuales son discrecionales y poco transparentes.</u> <u>Los montos de cesión y compensación, (...) afectan y amenazan la libre competencia..., no sólo en el acceso o venta interna en el mercado de la</u> |



| Artículo | Supuesta afectación señalada por las reclamantes |
|--|--|
| | <i>República de Colombia sino además en la comercialización de dichos productos en el mercado subregional andino, afectando a las Reclamantes.</i> " [énfasis] |
| Resolución N° 1 del 2019: Artículos 18, 19, 20, 21, 22 y 23 | " <i>Estos artículos establecen la metodología que realiza el FEPA a fin de estabilizar los precios de venta de los productos bajo su alcance y establece los precios referenciales dentro de los mercados de su alcance, situación que genera una indiferencia y desventaja entre los exportadores peruanos al momento de colocar sus precios dentro del mercado de exportación subregional andino.</i> " [énfasis añadido] |
| Resolución N° 3 del 2013 | " <i>En todos los artículos de esta Resolución se establecen los instrumentos de control y fiscalización de las obligaciones y/o exigencias establecidas por el FEPA que deben seguir los productores colombianos dentro del mercado subregional andino al momento de colocar sus precios. (...) dichos instrumentos constituyen una afectación o amenaza hacia los mercados de exportación en los cuales se concentra mayor cantidad de exportaciones de azúcar y sus subproductos derivados, ya que genera desventaja e indiferencia en la colocación de los precios, situación que distorsiona la libre competencia en el mercado subregional andino</i> " [énfasis añadido] |
| Resolución N° 4 del 2011 | " <i>En todos los artículos de esta Resolución se establecen los gastos y otros montos que gravan la importación y exportación del azúcar y sus subproductos derivados, los cuales serían tomados en consideración por el FEPA al momento de efectuar el cálculo y metodología para establecer los precios de referencia que los productores y/o exportadores colombianos cuando realicen una operación de venta u otra operación afectada por dicho sistema en el mercado subregional andino. Lo antes mencionado afecta a las reclamantes ya que dichos parámetros fijan, de manera directa e indirecta, los precios y otras condiciones del mercado subregional al señalar qué se considera tarifa fija o tarifa variable de comercialización, gastos administrativos u otros conceptos en exportación e importación para los precios preferenciales que gatillan el sistema de compensación y cesiones del FEPA</i> ". |
| Resolución N° 2 del 2007 | " <i>Todos los artículos de esta Resolución crean de forma conjunta la facultad que tiene el FEPA para realizar acciones de control de causación de cesiones y compensaciones por venta de azúcar y sus subproductos derivados en el mercado subregional andino. Asimismo, la presente Resolución establece los derechos y obligaciones de los productores que se encuentren sujetos a una acción de control (...). Por otro lado, se establece literalmente la obligatoriedad de los efectos del FEPA a someterse a estos controles, los cuales se pueden dar en diversos mercados tales como los mercados internos y externos de exportaciones. Como se puede observar, el establecer diferencias, ventajas y tratos totalmente diferentes entre competidores de un mismo mercado común, vulnera y distorsiona la libre competencia ...</i> " [énfasis añadido] |

Fuente: Escrito de APAAD del 24 de setiembre de 2019²⁶¹
Elaboración: DG1

- [488] Según el resumen expuesto en la Tabla N° 7 a juicio de la APAAD, los artículos 6 y 7 del Decreto 569 estarían generando esta supuesta distorsión en el mercado subregional andino, en el sentido de generar ventajas a los productores colombianos en el mercado subregional frente a sus competidores de los demás Países Miembros.

²⁶¹ Al respecto, ver págs. 17, 18, 24, 28, 33, 34, 35 y 36



- [489] Cabe señalar que los artículos 6 y 7 del Decreto 569 de 2000 establecen disposiciones administrativas sobre el modo de retención y pago de cesiones de estabilización y del pago de moras, respectivamente, pero de tales disposiciones no se evidencia cómo dicha situación, amenazan o afectan la oferta del producto colocado por las Reclamantes en el mercado subregional fijando precios que le son indiferentes porque obtienen las compensaciones del FEPA o cómo genera distorsiones en las ventas y exportaciones en el mercado subregional, como lo siguiere la APAAD.
- [490] Ahora bien, en el análisis de este supuesto efecto, también se incorpora las disposiciones contenidas en los artículos 4 y 13 del Decreto 569 del 2000. Considerando que dicho análisis ya se efectuó en el párrafo [471] de este Informe, sólo queda sujetarse a la conclusión allí esgrimida.
- [491] Así, conforme se señaló en el párrafo [474] de este Informe, las disposiciones normativas consignadas en el artículo 4 y 13 del Decreto 569 del 2000 permite que los productores colombianos realicen exportaciones recibiendo una compensación por dicha actividad comercial. Ninguna de tales normas determina precios de exportación.
- [492] Una situación similar ocurre con las disposiciones enunciadas en la Tabla N° 7 referente a la Resolución N° 1 de 2019, N° 3 de 2013, N° 4 de 2011 y N° 2 de 2007, que sólo regulan cálculos, metodologías o mecanismos de control, sin incluir en este grupo los artículos 9 y 10 de la Resolución N° 1 de 2019 (plasmados también en la Tabla N° 6 de este Informe), donde se expone el funcionamiento y la metodología del mecanismo de estabilización.
- [493] Así, conforme al análisis efectuado en los párrafos [476] al [480] de este Informe, el mecanismo de estabilización de precios en los términos de la Resolución N° 1 de 2019 (desarrollado en sus artículos 9 y 10) permite que los productores colombianos reciban una compensación por vender sus productos en el mercado externo. Ninguna de tales normas determina precios de exportación.
- [494] Por tanto, se debe indicar que tanto el Decreto 569 y la Resolución N° 1 de 2019 permite que los productores colombianos realicen exportaciones recibiendo una compensación por dicha actividad comercial, que en los términos de la OCDE, correspondería a contribuciones financieras a la exportación (ver párrafo **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este Informe).
- [495] Ahora bien, teniendo en cuenta la definición esbozada en el punto 6.2.1. de este Informe, para acreditar la distorsión de la competencia en el mercado subregional debería constatar un desplazamiento de la oferta de otros proveedores andinos frente al de la oferta colombiana en el país miembro importador o un desplazamiento de la oferta doméstica del país miembro importador generada por las exportaciones de azúcar colombiana. Por ello, resulta necesario revisar la evidencia económica y comercial.
- [496] Así las cosas, únicamente de la lectura de los artículos enunciados del Decreto 569 del 2000 y de la Resolución N° 1 y N° 2 de 2019 no se puede concluir enfáticamente que la aplicación del FEPA genera distorsiones sobre el mercado subregional andino²⁶².

²⁶² La APAAD no ha desarrollado mayores argumentos de cómo la presente medida regulatoria de mercado ha generado impedimento o dificultad en las exportaciones colombianas de azúcar al mercado subregional.



Constatación de los supuestos efectos económicos y comerciales denunciados por la APAAD

- [497] Tanto la APAAD como la República de Colombia han presentado en sus escritos diversa información económica y comercial para fundamentar sus alegatos. El gobierno del Ecuador también hizo lo propio sobre datos referidos a su mercado.
- [498] La SGCAN, a fin de verificar los efectos del FEPA requirió a los gobiernos del Perú y Colombia, así como a la APAAD diversa información económica y comercial. Si bien, la APAAD presentó información sobre su producción y ventas de azúcar en el mercado nacional y el MINCETUR presentó información del comercio exterior de la azúcar peruana, lamentablemente el MINCIT no proporcionó información del comercio exterior de la azúcar colombiana, así como tampoco brindó información de las cesiones y compensaciones del FEPA²⁶³.
- [499] La SGCAN dispone de información de comercio exterior de los Países Miembros en el marco de la Decisión 511 "*Elaboración de las Estadísticas del Comercio Exterior de Bienes de la Comunidad Andina y de sus Países Miembros*" y la Resolución N° 738 "*Guía para la Transmisión de los Resultados del Comercio Intra y Extracomunitario de Bienes que Actualiza La Resolución 579*". Dicha información se encuentra disponible en nomenclatura NANDINA (subpartida arancelaria a nivel de 8 dígitos) en los términos de las Decisiones 812 "*Aprobación de la Nomenclatura Común – NANDINA*", Decisión 821 "*Modificación de la Decisión 812 que Aprueba La Nomenclatura Común – NANDINA*" y Decisión 834 "*Modificación de la Nomenclatura Común – NANDINA*".
- [500] Por tanto, la evaluación que se presenta a continuación corresponde principalmente a aquella disponible en el expediente, pero también a aquella disponible en el Sistema Integrado de Comercio Exterior de la CAN (en adelante, SICEXT).
- [501] *Determinación sobre si el FEPA neutraliza la oferta del mercado colombiano del azúcar que proviene del exterior, impidiendo y dificultando su acceso*
- [502] Según el reclamo presentado por la APAAD, la medida regulatoria de mercado objeto de la denuncia estaría impidiendo o dificultando el acceso de las importaciones provenientes de Perú al mercado colombiano.
- [503] Sobre este punto, el gobierno de Colombia ha presentado información para demostrar que las importaciones de azúcar hacia dicho país han presentado crecimiento en el periodo 1996 – 2018, encontrándose a los Países de la CAN entre sus principales proveedores. Incluso, ha señalado que las importaciones colombianas de azúcar antes y después de la entrada en vigor del FEPA crecieron, todo ello para demostrar que dicho mecanismo no constituye una barrera para el ingreso de azúcar²⁶⁴.

²⁶³ El 15 de noviembre de 2019, la SGCAN efectuó requerimientos de información a Perú y Colombia, así como a la APAAD, mediante comunicaciones N° SG/E/SJ/1836/2019, SG/E/SJ/1837/2019 y SG/E/SJ/1838/2019, respectivamente.

En su Oficio OALI con radicado N° 2-2020-000074, el gobierno de Colombia menciona que las estadísticas de comercio de azúcar no pudieron ser proporcionada por la autoridad competente (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de la República de Colombia). Sobre información del FEPA, mencionó que el detalle de dicha información se encuentra en la Resolución 1 de 2109, y que cualquier norma referida al FEPA puede ser consultada en su portal web.

²⁶⁴ Como se indicó, en el oficio presentado por el gobierno de Colombia el 29 de noviembre de 2019 (págs. 49 a 51) se expuso lo siguiente:

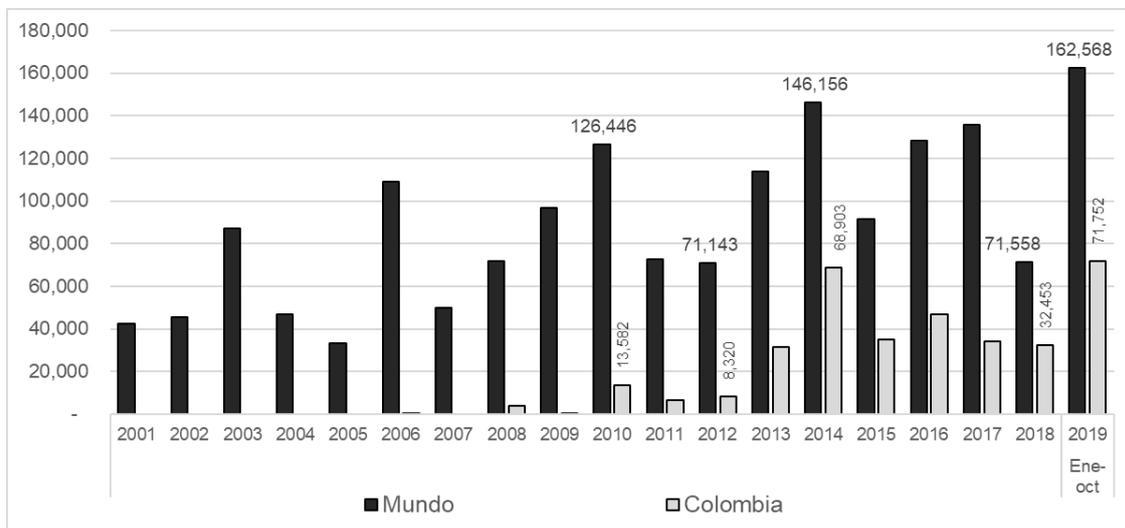
"En cuanto a las importaciones de azúcar a Colombia, éstas han presentado un crecimiento en el periodo 1996 – 2018, siendo los principales proveedores Brasil, Bolivia, Perú y Ecuador". "En relación con el comportamiento de las importaciones antes y después de la entrada en vigor del FEPA... se encontró que las importaciones de azúcar habían crecido ...". "Lo

- [504] A continuación, se presenta el análisis de la evidencia económica y comercial disponible en el expediente.
- [505] En base a la información proporcionada por el MINCETUR se identificó las subpartidas arancelarias sujetas al FEPA, que son exportadas desde Perú con destino al mundo y hacia Colombia para evaluar la relación comercial de estos productos en el comercio peruano.

Gráfico N° 1

Perú: exportaciones a Colombia y al mundo de productos abarcados por el FEPA

(En toneladas)



Fuente: MINCETUR
Elaboración: DG1

- [506] Del gráfico anterior se aprecia que las exportaciones peruanas hacia Colombia se iniciaron de manera continua a partir de 2010, presentando un comportamiento variable hacia 2019. Así, entre 2010 y 2012 se redujo 39% para luego aumentar 728% entre 2012 y 2014. Si bien experimentó una fluctuación entre 2014 y 2018, su tendencia fue decreciente al reducirse 53% en este periodo. No obstante, en el periodo enero – octubre de 2019 se aprecia un incremento de 121%, comparado al año 2018.
- [507] Es importante mencionar que las exportaciones de Perú hacia Colombia se desarrollaron en línea con sus envíos al mundo durante el periodo 2010 – 2019 (enero – octubre), que se redujeron inicialmente 44% entre 2010 y 2012, para luego aumentar 105% entre 2012 y 2014. Posteriormente, tales exportaciones presentan un comportamiento fluctuante entre 2014 y 2018 pero con tendencia decreciente, pues disminuyen 51% en este periodo. Finalmente, en el periodo enero – octubre de 2019, dicho comportamiento se revierte, al aumentar 127% respecto al año 2018.
- [508] Al observar la información de las exportaciones del Perú, según los productos abarcados por el FEPA, se aprecia que sus envíos a Colombia se centran en un solo producto,

azúcar blanca (91.10% de sus exportaciones totales en el periodo enero de 2001 – octubre de 2019). Dicho producto, ha mantenido un flujo continuo desde 2010 y prácticamente lo que envía a Colombia es el 95.30% de sus exportaciones totales al mundo.

- [509] Los demás productos del Perú exportados a Colombia son marginales, en comparación a las exportaciones de azúcar blanca con destino a dicho país y en comparación a los envíos efectuados al mundo. A pesar de ello, se aprecia en el Cuadro N° 1 que la azúcar rubia, refinada o la melaza de caña se han exportado a Colombia durante el periodo enero 2001 – octubre de 2019.

Cuadro N° 1

Perú: exportaciones a Colombia y al mundo, según productos abarcados en el FEPA

(En miles toneladas)

| Colombia | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 |
|----------------|------|----------|----------|------|------|----------|------|----------|----------|-----------|----------|----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Blanca | - | - | - | - | - | - | - | 4 | 0 | 13 | 6 | 8 | 26 | 69 | 30 | 37 | 30 | 31 |
| Rubia | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | 5 | - | - | - | - | - |
| Melaza de caña | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | 0 | 0 | - | - | - | 0 |
| Refinada | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | 5 | 9 | 4 | 1 |
| Otros | - | 0 | 0 | - | - | 0 | - | 0 | - | 1 | - | - | - | - | - | - | - | 0 |
| Total | - | 0 | 0 | - | - | 0 | - | 4 | 0 | 14 | 6 | 8 | 31 | 69 | 35 | 47 | 34 | 32 |

| Mundo | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 |
|----------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|------------|-----------|-----------|-----------|------------|-----------|-----------|------------|------------|-----------|------------|------------|-----------|
| Blanca | - | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 9 | 3 | 18 | 6 | 9 | 26 | 69 | 30 | 39 | 30 | 32 |
| Rubia | 42 | 42 | 61 | 41 | 32 | 109 | 48 | 62 | 82 | 94 | 49 | 52 | 74 | 64 | 52 | 72 | 91 | 6 |
| Melaza de caña | 1 | 4 | 26 | 6 | 1 | 0 | 2 | 1 | 11 | 14 | 10 | 10 | 13 | 11 | 4 | 7 | 10 | 30 |
| Refinada | - | - | 0 | - | - | 0 | - | - | - | - | - | 0 | 0 | 2 | 5 | 10 | 4 | 1 |
| Otros | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 7 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 3 |
| Total | 42 | 46 | 87 | 47 | 33 | 109 | 50 | 72 | 97 | 126 | 73 | 71 | 114 | 146 | 92 | 128 | 136 | 72 |

Nota: 2019 corresponde al periodo enero - octubre

Fuente: MINCETUR

Elaboración: DG1

- [510] Según el número de empresas, en el Cuadro N° 2 se puede observar que son las empresas de la APAAD (9 empresas asociadas) las que mayormente abastecen el mercado colombiano desde el 2010 (de manera irregular participan otras empresas peruanas como proveedores externos del mercado colombiano). Incluso, el número de asociados al gremio que exporta al mercado colombiano ha aumentado, de una (1) empresa en 2010 a seis (6) empresas en el periodo enero – octubre de 2019.

Cuadro N° 2

Perú: exportaciones a Colombia y al mundo, según número de empresas exportadoras

(En número de empresas)



| Colombia | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
|----------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| APAAD | | | | | | | | | | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 3 | 3 | 4 | 4 | 6 |
| Demás empresas | | 1 | 1 | | | 1 | | 2 | 2 | 2 | | | 1 | 1 | | | 1 | 2 | 2 |

| Mundo | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
|----------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| APAAD | 4 | 4 | 5 | 4 | 3 | 5 | 5 | 3 | 4 | 5 | 4 | 4 | 5 | 4 | 5 | 6 | 5 | 5 | 6 |
| Demás empresas | 12 | 21 | 20 | 19 | 24 | 32 | 27 | 24 | 36 | 39 | 34 | 32 | 25 | 37 | 29 | 34 | 35 | 54 | 41 |

Nota: 2019 corresponde al periodo enero - octubre

Fuente: MINCETUR

Elaboración: DG1

- [511] Como ya se indicó, el principal producto exportado a Colombia es azúcar blanca, y son las empresas de la APAAD quienes proveen el 98.59% de ese producto. Se debe indicar además que, desde que las empresas azucareras pertenecientes a este gremio comenzaron a exportar azúcar blanca hacia Colombia en 2010, dicho flujo no se ha visto interrumpido desde entonces, tal como se aprecia en el Cuadro N° 3.
- [512] Las exportaciones de APAAD hacia Colombia se desarrollaron también en línea con las exportaciones peruanas al mundo. Se redujeron inicialmente 42% entre 2010 y 2012, para luego aumentar 728% entre 2012 y 2014. Posteriormente, tales exportaciones presentan un comportamiento fluctuante entre 2014 y 2018 pero con tendencia decreciente, pues disminuyen 52% en este periodo. Finalmente, en el periodo enero – octubre de 2019, dicho comportamiento se revierte, al aumentar 123% respecto al año 2018.

Cuadro N° 3

Perú: exportaciones a Colombia de azúcar blanca

(En toneladas)

| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | Ene-oct 2019 |
|----------------|---------------|--------------|--------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| APAAD | 12,766 | 6,370 | 8,320 | 26,313 | 68,873 | 29,897 | 37,422 | 29,858 | 31,244 | 65,773 |
| Demás empresas | 62 | - | - | - | - | - | - | 265 | - | - |
| Total | 12,828 | 6,370 | 8,320 | 26,313 | 68,873 | 29,897 | 37,422 | 30,123 | 31,244 | 65,773 |

Fuente: MINCETUR

Elaboración: DG1

- [513] Hasta aquí, vale la pena recordar que el reclamo presentado por la APAAD establece que el Decreto 569 de 2000, Resoluciones N° 1 y 2 del FEPA, entre otros que califican como medida regulatoria de mercado, constituyen en instrumentos que impide o dificulta a la venta de productos de azúcar exportados por Perú a Colombia.
- [514] Como se ha podido observar en los diferentes cuadros y gráficos previos elaborados, en base a la información presentada por el MINCETUR puede evidenciarse lo siguiente:
- [515] Respecto al supuesto impedimento, se debe advertir que luego que el Perú y en particular la APAAD inició su comercialización de azúcar al mercado colombiano (azúcar blanca, principal producto exportado), dicha actividad no se ha visto truncada entre



enero de 2010 y octubre de 2019, por el contrario, mantuvo un flujo permanente (incluso, con mayor número de participación de asociados de la APAAD).

- [516] Por tanto, de la revisión de las cifras de comercio exterior no se evidencia la existencia de una barrera comercial sobre las importaciones colombianas de azúcar proveniente de Perú que evidencien un impedimento de las mismas.
- [517] Respecto a la supuesta dificultad para acceder al mercado colombiano, se debe indicar en primer lugar que, de la lectura de la norma no se verifica ninguna facultad delegada al Comité Directivo del FEPA para administrar o regular las provisiones de azúcar que provengan del exterior, de manera que pueda incidir sobre el flujo normal de las importaciones provenientes de otro País Miembro.
- [518] Ahora bien, de las cifras de comercio exterior, si bien se puede observar un comportamiento fluctuante de las ventas de azúcar del Perú y de la APAAD hacia Colombia (representado por azúcar blanca), dicho comportamiento coincide con el desempeño registrado de los envíos de azúcar peruana hacia el mundo, que alcanzaron un pico en 2014 para luego disminuir en 2018, y finalmente mostrar una recuperación en el periodo enero – octubre de 2019.
- [519] Por tal razón, el comportamiento fluctuante en las exportaciones peruanas hacia Colombia, que se comportaron en línea con las exportaciones al mundo, respondería a factor comercial y no un supuesto efecto del FEPA de dificultar las importaciones colombianas de azúcar proveniente de Perú.
- [520] Así, se evidencia que existe una relación comercial permanente entre Perú y Colombia, que incluso se ha intensificado en el periodo enero – octubre de 2019 (en comparación al año 2018 y a años previos), periodo en el cual entró en vigencia las Resoluciones N° 1 y 2 del FEPA.
- [521] [67] Por todo lo expuesto, no se verifica que el FEPA haya tenido el efecto de neutralizar la oferta del mercado colombiano del azúcar que proviene del exterior, impidiendo y dificultando su acceso.

Determinación sobre si el FEPA distorsiona el mercado peruano del azúcar, al desplazar la oferta doméstica peruana y la de terceros países

- [522] Según el reclamo presentado por la APAAD, la medida regulatoria de mercado objeto de la denuncia estaría distorsionando las condiciones de competencia en el mercado peruano al desplazar la oferta doméstica, vía precios, los cuales supuestamente ingresan con ventajas artificiales (por debajo del mercado internacional y por debajo del precio doméstico en Perú) generando un desplazamiento de la producción nacional de azúcar.
- [523] En su respuesta al reclamo presentado por la APAAD, el gobierno de Colombia indica que, en Perú, los factores climáticos inciden sobre su producción de caña de azúcar y su rendimiento y en consecuencia sobre sus exportaciones. Argumenta que, la exportación colombiana de azúcar no es reciente, se hace desde antes de la creación del FEPA por lo que a su juicio no hay un factor de incidencia. Por último, menciona que Colombia es tomador de precios en el mercado mundial, pues el precio de exportación se mueve en la misma dirección que el precio internacional²⁶⁵.

²⁶⁵ Al respecto ver párrafo ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia. de este Informe.

- [524] En escritos posteriores a su respuesta, el gobierno de Colombia señala que, es común vender en el mercado externo al nivel de cotización de los precios internacionales, y que los precios de exportación de Colombia al mercado peruano, menores al precio doméstico es una realidad que comparten todos los Países Miembros. Además, menciona que no se puede indicar que el precio de azúcar colombiana en el mercado peruano es artificialmente bajo, si se compara con el precio del azúcar que proviene de Guatemala que ingresa incluso a precios inferiores a los de Colombia. Finalmente, reitera que la evolución de la producción de azúcar peruana obedece a temas internos o internacionales, que a medidas relacionadas a la producción y el mercado interno del azúcar en Colombia²⁶⁶.
- [525] A continuación, se analizan los datos presentados por el MINCETUR y la APAAD para evaluar el supuesto efecto de las exportaciones de azúcar colombiana en el mercado.
- [526] Para tal efecto, dicha evaluación se dividirá en tres partes: en primer lugar, se presentarán los hallazgos relativos a los volúmenes importados; luego, se expondrá el comportamiento de los precios de importación; para finalmente, revisar el comportamiento de la oferta en el mercado interno peruano, así como los precios, tanto locales como los precios nacionalizados de las importaciones.

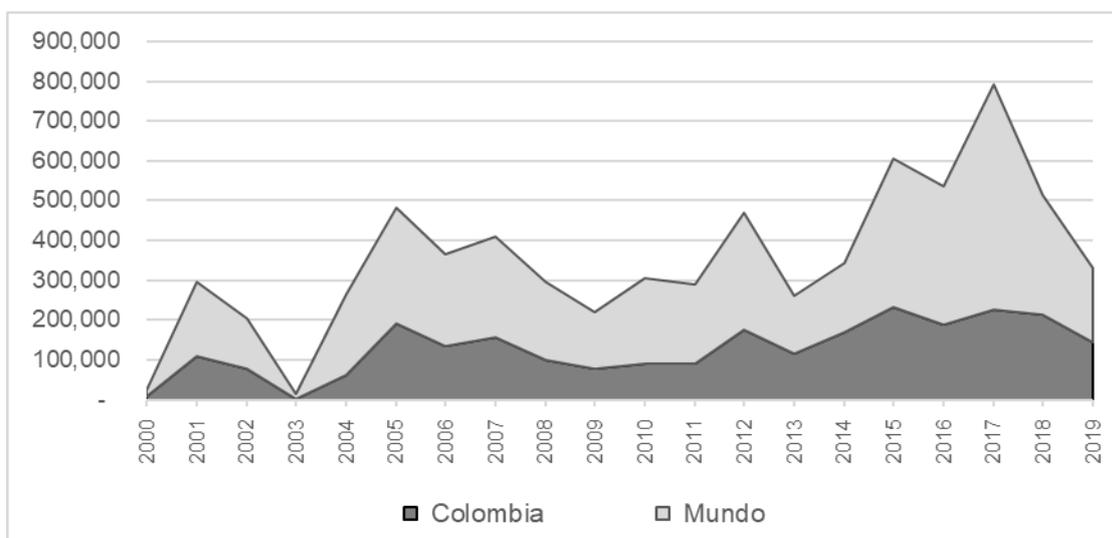
Sobre las importaciones peruanas de azúcar

- [527] Como se aprecia en el Gráfico N° 2, las importaciones peruanas de productos abarcados por el FEPA provienen de manera importante de Colombia, 58% del total importado durante el periodo enero de 2000 – octubre de 2019.

Gráfico N° 2

Perú: importaciones de productos abarcados por el FEPA, según origen

(En toneladas)



Fuente: MINCETUR
Elaboración: DG1

²⁶⁶ Al respecto ver párrafo ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia. de este Informe.



- [528] De todos los productos que abarca el FEPA únicamente tres (3) de ellos son los que más se importan en el mercado peruano, a saber: azúcar del tipo refinada, blanca y rubia, que durante el periodo enero de 2000 – octubre de 2019 representaron en conjunto el 99% de las importaciones totales provenientes de Colombia y del mundo, respectivamente.

Cuadro N° 4

Perú: importaciones de productos abarcados por el FEPA, según producto y origen

(En toneladas)

| Azúcar | (A) Colombia | (B) Mundo | (A) / (B) Part. % Colombia |
|--------------|------------------|------------------|----------------------------------|
| Refinada | 1,296,995 | 1,781,033 | 73% |
| Blanca | 891,326 | 1,636,633 | 54% |
| Rubia | 351,757 | 980,904 | 36% |
| Jarabes | 28,997 | 51,600 | 56% |
| Otros | 1,388 | 8,592 | 16% |
| Total | 2,570,461 | 4,458,762 | 58% |

Fuente: MINCETUR
Elaboración: DG1

- [529] Respecto al **azúcar refinada**, Colombia es el principal proveedor extranjero del mercado peruano con una participación acumulada del 73%, seguido de Guatemala (15% acumulado). Con menor incidencia participan Bolivia y Brasil.

Cuadro N° 5

Perú: importaciones de azúcar refinada, según origen

(En miles de toneladas)

| | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
|--------------|----------|------------|-----------|----------|-----------|-----------|------------|-----------|-----------|-----------|------------|-----------|------------|-----------|-----------|------------|------------|------------|-----------|-----------|
| Colombia | 7 | 89 | 51 | 3 | 24 | 73 | 72 | 82 | 65 | 53 | 50 | 45 | 74 | 76 | 74 | 138 | 124 | 91 | 66 | 40 |
| Guatemala | 1 | 17 | 19 | - | 0 | 2 | 13 | 13 | 6 | 0 | 53 | 27 | 27 | - | - | 34 | 32 | 15 | 4 | 2 |
| Bolivia | - | 5 | 0 | 3 | 20 | 16 | 10 | 2 | 8 | 11 | 3 | - | 3 | 2 | 1 | 0 | 2 | 1 | 6 | 6 |
| Brasil | - | 9 | 6 | - | 5 | 3 | 2 | - | - | 4 | 10 | 15 | 13 | 0 | - | 4 | 3 | 6 | 6 | 7 |
| Otros | - | 11 | 2 | 0 | 2 | 0 | 2 | 0 | 0 | 0 | 2 | 0 | 3 | 0 | 1 | 0 | 0 | 1 | 1 | - |
| Total | 8 | 131 | 79 | 6 | 51 | 93 | 100 | 98 | 80 | 69 | 118 | 87 | 121 | 79 | 76 | 175 | 160 | 114 | 83 | 55 |

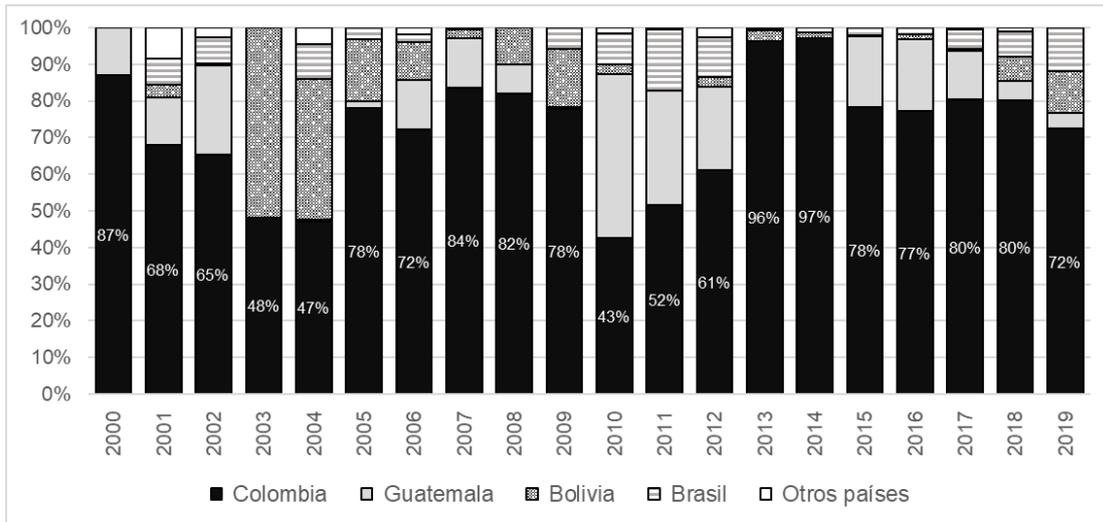
Nota: 2019 corresponde al periodo enero - octubre
Fuente: MINCETUR
Elaboración: DG1

- [530] La participación de Colombia en el total importado ha sido fluctuante, pero en 2013 (96%) y 2014 (97%) llegó a ser prácticamente el único proveedor de azúcar refinada.

Gráfico N° 3

Perú: importaciones de azúcar refinada, según origen

(En porcentaje de participación)



Fuente: MINCETUR
Elaboración: DG1

[531] Respecto al **azúcar blanca**, Colombia es el principal proveedor extranjero del mercado peruano con una participación acumulada del 54%, seguido de Bolivia (15% acumulado) y Brasil (12%). En menor medida participan Brasil, Ecuador y Guatemala.

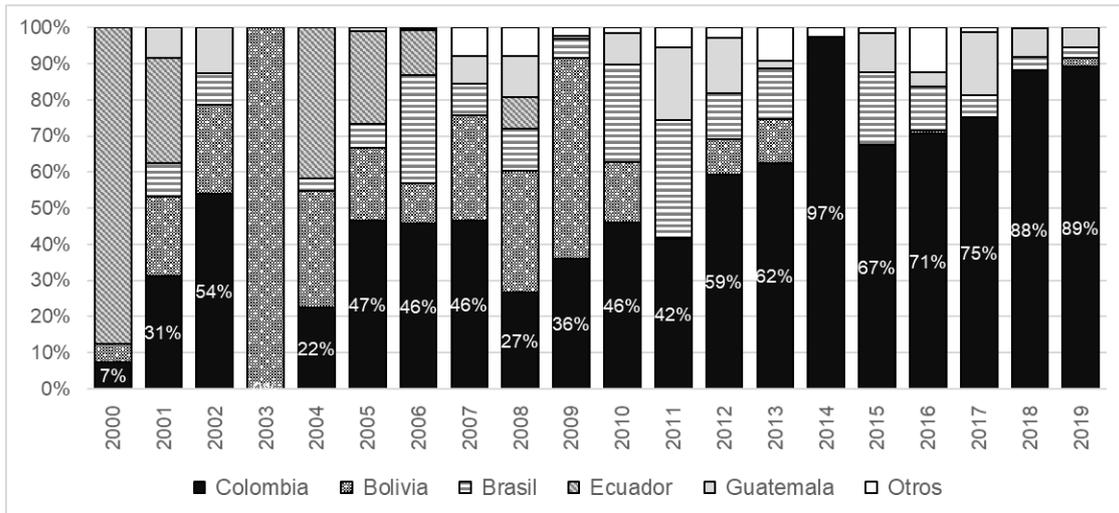
Cuadro N° 6
Perú: importaciones de azúcar blanca, según origen
(En miles de toneladas)

| | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
|--------------|----------|-----------|-----------|----------|------------|------------|-----------|------------|------------|-----------|-----------|------------|------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Colombia | 1 | 13 | 23 | - | 28 | 59 | 45 | 64 | 31 | 23 | 39 | 44 | 71 | 40 | 90 | 60 | 44 | 61 | 81 | 76 |
| Bolivia | 0 | 9 | 10 | 3 | 40 | 25 | 11 | 40 | 39 | 36 | 14 | 0 | 12 | 8 | - | - | 1 | - | - | 2 |
| Brasil | - | 4 | 4 | - | 4 | 8 | 30 | 12 | 13 | 4 | 23 | 34 | 15 | 9 | - | 18 | 8 | 5 | 3 | 3 |
| Ecuador | 8 | 12 | - | - | 52 | 32 | 12 | - | 10 | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - |
| Guatemala | - | 3 | 5 | - | - | 1 | 0 | 10 | 13 | 1 | 7 | 21 | 18 | 1 | - | 10 | 3 | 14 | 7 | 5 |
| Otros | - | - | - | - | - | 0 | 1 | 11 | 9 | 2 | 1 | 6 | 3 | 6 | 3 | 1 | 8 | 1 | 0 | - |
| Total | 9 | 41 | 42 | 3 | 125 | 126 | 99 | 137 | 116 | 65 | 84 | 105 | 120 | 63 | 93 | 88 | 62 | 81 | 92 | 85 |

Nota: 2019 corresponde al periodo enero - octubre
Fuente: MINCETUR
Elaboración: DG1

[532] La participación de Colombia en el total importado ha mostrado una tendencia creciente, alcanzando a ser prácticamente el único proveedor extranjero de azúcar blanca en 2018 (88%) y enero – octubre de 2019 (89%).

Gráfico N° 4
Perú: importaciones de azúcar blanca, según origen
(En porcentaje de participación)



Fuente: MINCETUR
Elaboración: DG1

[533] En lo que concierne a la **azúcar rubia**, la participación de los proveedores extranjeros en el mercado peruano ha sido muy variada. Colombia ha participado del 36% del total importado durante el periodo 2000 – 2019 (enero – octubre), y ha compartido la oferta externa del mercado peruano con otros proveedores como Guatemala (27% acumulado) y Brasil (18% acumulado). En menor medida se ha encontrado Cuba y Nicaragua.

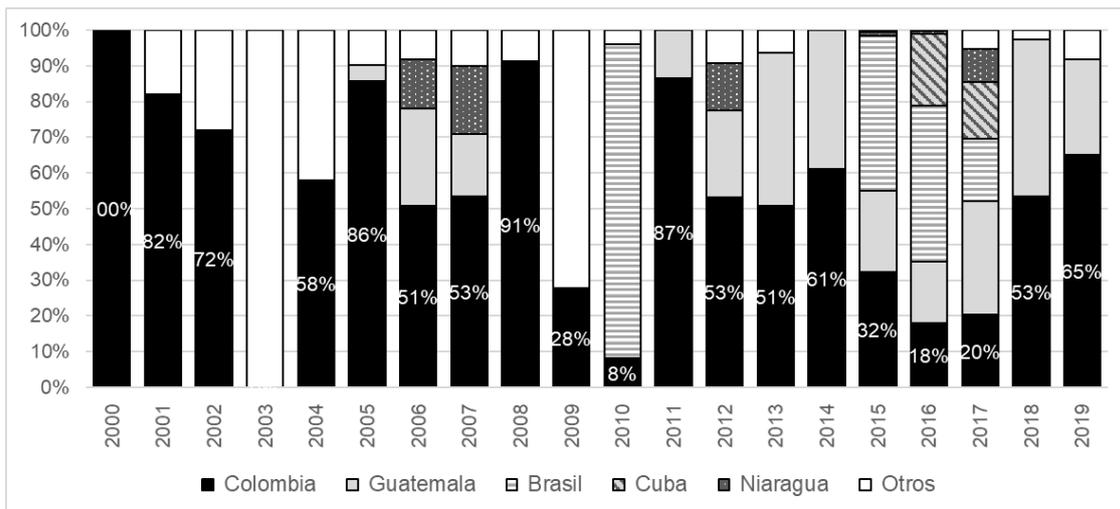
Cuadro N° 7
Perú: importaciones de azúcar rubia, según origen
(En miles de toneladas)

| | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
|--------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Colombia | 0 | 9 | 3 | - | 8 | 34 | 16 | 11 | 2 | 2 | 1 | 3 | 29 | 1 | 4 | 34 | 22 | 75 | 66 | 30 |
| Guatemala | - | - | - | - | - | 2 | 8 | 3 | - | - | - | 1 | 13 | 1 | 3 | 25 | 21 | 117 | 54 | 12 |
| Brasil | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | 11 | - | - | - | - | 46 | 54 | 65 | - | - |
| Cuba | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - | 25 | 59 | - | - |
| Nicaragua | - | - | - | - | - | - | 4 | 4 | - | - | - | - | 7 | - | - | 1 | 1 | 33 | - | - |
| Otros | - | 2 | 1 | 0 | 6 | 4 | 3 | 2 | 0 | 6 | 1 | - | 5 | 0 | - | 0 | 0 | 20 | 3 | 4 |
| Total | 0 | 11 | 5 | 0 | 14 | 39 | 31 | 20 | 2 | 9 | 13 | 4 | 55 | 2 | 7 | 107 | 124 | 369 | 124 | 46 |

Nota: 2019 corresponde al periodo enero - octubre
Fuente: MINCETUR
Elaboración: DG1

[534] La participación de Colombia en el total importado ha sido muy fluctuante. No obstante, se aprecia que la mayor participación sobre el total importado de azúcar rubia fue en los primeros años del periodo enero de 2000 – octubre de 2019, y luego en 2008 y 2011.

Gráfico N° 5
Perú: importaciones de azúcar rubia, según origen
(En porcentaje de participación)



Fuente: MINCETUR
Elaboración: DG1

- [535] Hasta aquí, los hallazgos encontrados se pueden resumir en los siguientes:
- [536] Prácticamente los únicos productos abarcado por el FEPA que se importan en el Perú corresponden a la azúcar refinada, blanca y rubia (99% del total importado durante enero de 2000 – octubre de 2019), pues otros productos abarcados por el FEPA cuentan con una oferta externa muy marginal en el mercado peruano.
- [537] Además de Colombia, existen otros proveedores de azúcar en el Perú que siempre participan de la oferta externa, es el caso de Guatemala y Brasil, y dependiendo del tipo de azúcar, Bolivia, Ecuador, Cuba o Nicaragua.
- [538] Colombia mantiene una importante participación del total importado de azúcar refinada y blanca (superior al 50% acumulado entre enero de 2000 y octubre de 2019), no ocurriendo lo mismo en las importaciones totales de azúcar rubia (36% en términos acumulados).

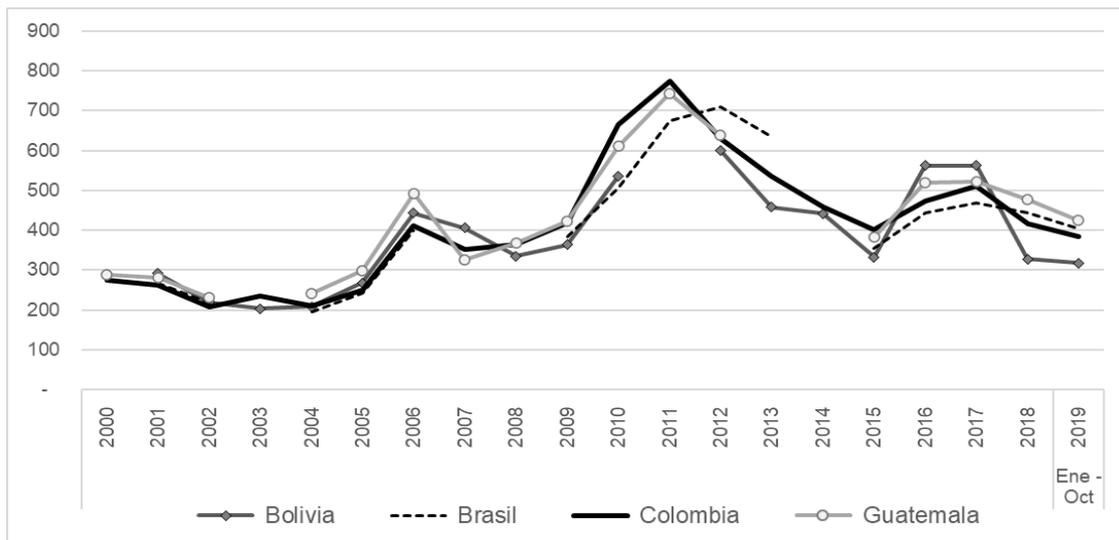
Sobre los precios de las importaciones

- [539] Respecto al **azúcar refinada**, se observa que el precio FOB de importación de los principales proveedores extranjeros en el mercado peruano registran similar tendencia, alcanzando un pico en 2011 para luego descender hacia 2019.

Gráfico N° 6

Precio FOB de las importaciones de azúcar refinada, según principales países

(En USD por tonelada)



Fuente: MINCETUR
Elaboración: DG1

- [540] En niveles, se aprecia que la azúcar refinada colombiana enviada al Perú es superada en precio por otros proveedores, en algunos años. Es decir, que logran colocar el producto a un nivel bastante menor al precio FOB de Colombia (diferencial negativo en el Cuadro N° 8). Sucedió con Bolivia en 2003, 2008 a 2010, 2013, 2015 y 2018 a 2019; Brasil en 2004, 2009 a 2011 y 2015 a 2017; y, Guatemala en 2007 y 2010.

Cuadro N° 8

Precios FOB de las importaciones de azúcar refinada, según origen

(En USD por tonelada)

| | Origen | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|-----|-----------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| (A) | Colombia | 275 | 262 | 208 | 236 | 211 | 251 | 413 | 353 | 365 | 419 |
| (B) | Bolivia | | 291 | 220 | 204 | 209 | 268 | 444 | 406 | 336 | 364 |
| (C) | Brasil | | 267 | 217 | | 197 | 243 | 399 | | | 384 |
| (D) | Guatemala | 290 | 281 | 230 | | 241 | 300 | 492 | 325 | 368 | 422 |

Diferencial respecto al precio FOB de Colombia

| | | | | | | | | | | | |
|---------|-----------|----|-----|-----|------|-----|-----|-----|-----|-----|------|
| (B/A-1) | Bolivia | | 11% | 6% | -14% | -1% | 7% | 8% | 15% | -8% | -13% |
| (C/A-1) | Brasil | | 2% | 4% | | -7% | -3% | -3% | | | -8% |
| (D/A-1) | Guatemala | 5% | 8% | 11% | | 14% | 19% | 19% | -8% | 1% | 1% |

| | Origen | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
|-----|-----------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| (A) | Colombia | 666 | 775 | 630 | 537 | 459 | 401 | 473 | 510 | 415 | 384 |
| (B) | Bolivia | 536 | | 601 | 458 | 442 | 332 | 563 | 563 | 327 | 318 |
| (C) | Brasil | 507 | 675 | 710 | 636 | | 354 | 444 | 470 | 445 | 403 |
| (D) | Guatemala | 610 | 744 | 639 | | | 384 | 520 | 522 | 476 | 424 |

Diferencial respecto al precio FOB de Colombia

| | | | | | | | | | | | |
|---------|---------|------|--|-----|------|-----|------|-----|-----|------|------|
| (B/A-1) | Bolivia | -19% | | -5% | -15% | -4% | -17% | 19% | 10% | -21% | -17% |
|---------|---------|------|--|-----|------|-----|------|-----|-----|------|------|



| | | | | | | | | | | | |
|---------|-----------|------|------|-----|-----|--|------|-----|-----|-----|-----|
| (C/A-1) | Brasil | -24% | -13% | 13% | 19% | | -12% | -6% | -8% | 7% | 5% |
| (D/A-1) | Guatemala | -8% | -4% | 1% | | | -4% | 10% | 2% | 15% | 11% |

Nota: 2019 corresponde al periodo enero - octubre

Fuente: MINCETUR

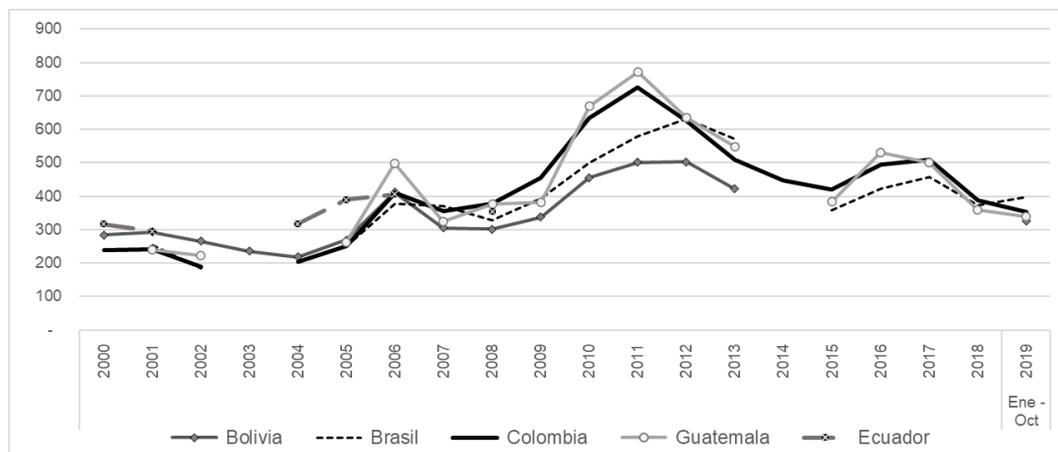
Elaboración: DG1

- [541] Respecto al **azúcar blanca**, se observa que el precio FOB de importación de los principales proveedores extranjeros en el mercado peruano registran similar tendencia, alcanzando un pico en 2011 para luego descender hacia 2019.

Gráfico N° 7

Precio FOB de las importaciones de azúcar blanca, según principales países

(En USD por tonelada)



Fuente: MINCETUR

Elaboración: DG1

- [542] En el caso de la azúcar blanca, también se aprecia que otros proveedores extranjeros lograron colocar en el mercado peruano similar producto a un nivel bastante menor al precio FOB de Colombia (diferencial negativo en el Cuadro N° 9). Sucedió con Bolivia entre 2007 y 2013; Brasil entre 2008 a 2011 y en 2019; y, con Guatemala en 2009, 2015, 2018 y 2019.

Cuadro N° 9

Precios FOB de las importaciones de azúcar blanco, según origen

(En USD por tonelada)

| | Origen | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|-----|-----------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| (A) | Colombia | 240 | 242 | 188 | | 204 | 251 | 410 | 356 | 378 | 456 |
| (B) | Bolivia | 284 | 293 | 265 | 236 | 219 | 269 | 412 | 306 | 302 | 338 |
| (C) | Brasil | | 255 | 185 | | 202 | 252 | 378 | 370 | 329 | 392 |
| (D) | Guatemala | | 240 | 223 | | | 261 | 498 | 324 | 378 | 381 |
| (E) | Ecuador | 316 | 295 | | | 317 | 389 | 406 | | 354 | |

Diferencial respecto al precio FOB de Colombia

| | | | | | | | | | | | |
|---------|---------|-----|-----|-----|--|----|----|----|------|------|------|
| (B/A-1) | Bolivia | 18% | 21% | 41% | | 7% | 7% | 1% | -14% | -20% | -26% |
|---------|---------|-----|-----|-----|--|----|----|----|------|------|------|



| | | | | | | | | | | | |
|---------|-----------|-----|-----|-----|--|-----|-----|-----|-----|------|------|
| (C/A-1) | Brasil | | 5% | -2% | | -1% | 0% | -8% | 4% | -13% | -14% |
| (D/A-1) | Guatemala | | -1% | 19% | | | 4% | 22% | -9% | 0% | -16% |
| (E/A-1) | Ecuador | 32% | 22% | | | 56% | 55% | -1% | | -6% | |

| | Origen | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
|-----|-----------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| (A) | Colombia | 634 | 726 | 626 | 510 | 447 | 420 | 496 | 511 | 388 | 353 |
| (B) | Bolivia | 456 | 501 | 503 | 422 | | | 532 | | | 325 |
| (C) | Brasil | 500 | 579 | 632 | 571 | | 357 | 423 | 456 | 373 | 397 |
| (D) | Guatemala | 669 | 772 | 635 | 549 | | 385 | 531 | 500 | 360 | 340 |
| (E) | Ecuador | | | | | | | | | | |

Diferencial respecto al precio FOB de Colombia

| | | | | | | | | | | | |
|---------|-----------|------|------|------|------|--|------|------|------|-----|-----|
| (B/A-1) | Bolivia | -28% | -31% | -20% | -17% | | | 7% | | | -8% |
| (C/A-1) | Brasil | -21% | -20% | 1% | 12% | | -15% | -15% | -11% | -4% | 13% |
| (D/A-1) | Guatemala | 5% | 6% | 1% | 8% | | -8% | 7% | -2% | -7% | -4% |
| (E/A-1) | Ecuador | | | | | | | | | | |

Nota: 2019 corresponde al periodo enero - octubre

Fuente: MINCETUR

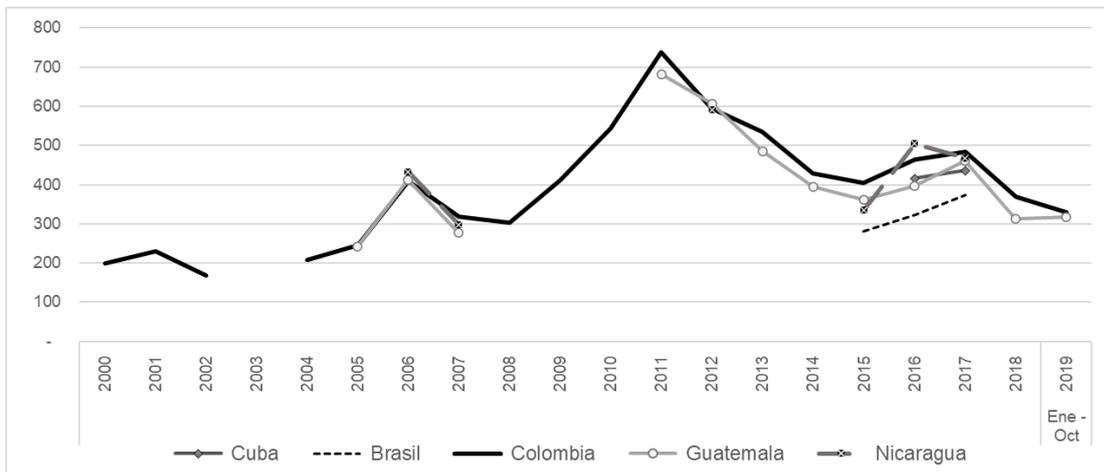
Elaboración: DG1

- [543] Respecto a la **azúcar rubia**, se observa que el precio FOB de importación de los principales proveedores extranjeros en el mercado peruano registran similar tendencia, alcanzando un pico en 2011 para luego descender hacia 2019.

Gráfico N° 8

Precio FOB de las importaciones de azúcar rubia, según principales países

(En USD por tonelada)



Fuente: MINCETUR

Elaboración: DG1

- [544] En el caso de la **azúcar rubia**, también se aprecia que otros proveedores extranjeros lograron colocar en el mercado peruano similar producto a un nivel bastante menor al precio FOB de Colombia (diferencial negativo en el Cuadro N° 10). Es el caso de Cuba en 2016 y 2017; Brasil en 2010 y entre 2015 y 2017; Guatemala en 2007, 2011, 2013 a 2018; y, Nicaragua en 2007 y 2015.



Cuadro N° 10

Precios FOB de las importaciones de azúcar rubia, según origen

(En USD por tonelada)

| | Origen | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|-----|-----------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| (A) | Colombia | 199 | 229 | 168 | | 209 | 244 | 410 | 317 | 303 | 411 |
| (B) | Cuba | | | | | | | | | | |
| (C) | Brasil | | | | | | | | | | |
| (D) | Guatemala | | | | | | 241 | 412 | 278 | | |
| (E) | Nicaragua | | | | | | | 432 | 298 | | |

Diferencial respecto al precio FOB de Colombia

| | | | | | | | | | | | |
|---------|-----------|--|--|--|--|--|-----|----|------|--|--|
| (B/A-1) | Cuba | | | | | | | | | | |
| (C/A-1) | Brasil | | | | | | | | | | |
| (D/A-1) | Guatemala | | | | | | -1% | 0% | -12% | | |
| (E/A-1) | Nicaragua | | | | | | | 6% | -6% | | |

| | Origen | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
|-----|-----------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| (A) | Colombia | 544 | 738 | 593 | 535 | 429 | 403 | 465 | 484 | 370 | 329 |
| (B) | Cuba | | | | | | | 416 | 436 | | |
| (C) | Brasil | 310 | | | | | 282 | 322 | 373 | | |
| (D) | Guatemala | | 681 | 607 | 485 | 395 | 361 | 396 | 462 | 313 | 317 |
| (E) | Nicaragua | | | 592 | | | 334 | 505 | 468 | | |

Diferencial respecto al precio FOB de Colombia

| | | | | | | | | | | | |
|----------|-----------|------|-----|----|-----|-----|------|------|------|------|-----|
| (B/A-1) | Cuba | | | | | | | -10% | -10% | | |
| (C/A-1) | Brasil | -43% | | | | | -30% | -31% | -23% | | |
| (D/A-1) | Guatemala | | -8% | 2% | -9% | -8% | -10% | -15% | -5% | -15% | -3% |
| (E/A-19) | Nicaragua | | | 0% | | | -17% | 9% | -3% | | |

Nota: 2019 corresponde al periodo enero - octubre

Fuente: MINCETUR

Elaboración: DG1

- [545] Hasta aquí, los hallazgos encontrados se pueden resumir en los siguientes:
- [546] El precio FOB de exportación de los principales proveedores extranjeros de azúcar refinada, blanca y rubia del mercado peruano han seguido similar comportamiento durante el periodo enero de 2000 – octubre de 2019, registrando una tendencia creciente desde 2000 y alcanzando un pico en 2011 para luego experimentar una tendencia decreciente hacia 2019 (enero – octubre).
- [547] En varios años del periodo enero de 2000 – octubre de 2019, otros proveedores extranjeros de azúcar, ya sea del tipo refinado, blanco o rubio, como Bolivia, Guatemala, Brasil, Cuba o Nicaragua realizaron envíos de estos productos al mercado peruano a precios FOB bastante menores al precio FOB que registraron los envíos de similares productos efectuados por Colombia.
- [548] Con relación a este último punto, se procederá a comparar los precios FOB de los principales proveedores extranjeros de azúcar del mercado peruano con los precios internacionales. Dicha comparación se efectuó para el azúcar crudo (rubia) y para el azúcar blanco, tomando como precios internacionales la cotización en la bolsa de Nueva York –Contrato N° 11– para el azúcar crudo y la cotización de bolsa de Londres –Contrato N° 5– para el azúcar blanco, respectivamente.

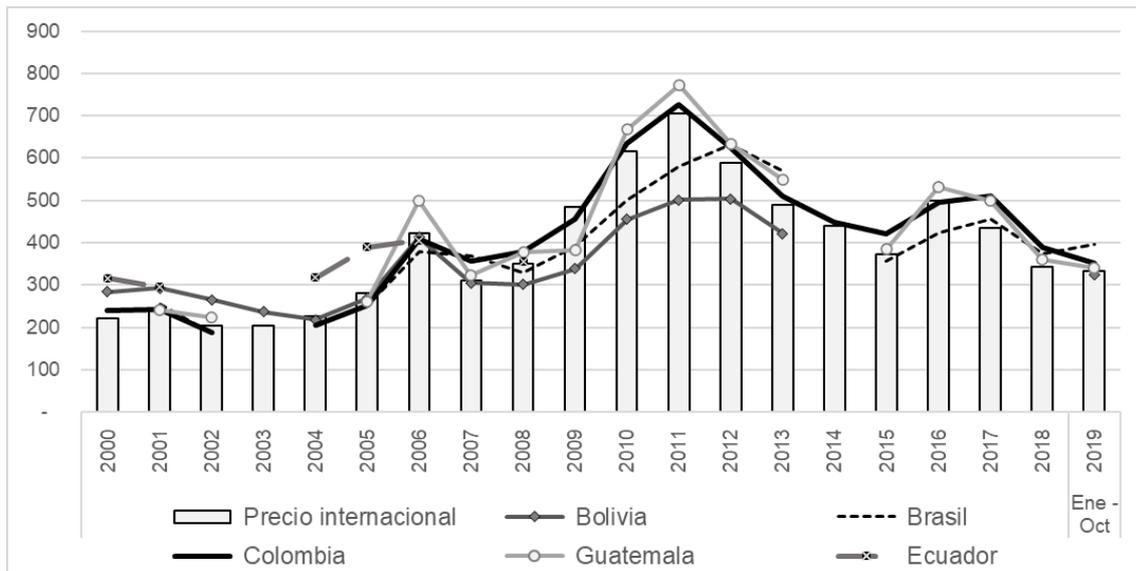


[549] Como se aprecia en el Gráfico N° 9, el precio FOB de importación de Colombia de azúcar blanca prácticamente se superpone sobre la cotización internacional, incluso en algunos años se ubica por arriba de dicho precio. En cambio, hay países que exportan al Perú con niveles FOB que incluso se ubican por debajo del precio internacional, es el caso de Bolivia, Brasil, o Guatemala.

Gráfico N° 9

Precio internacional vs. precio FOB de las importaciones de azúcar blanca

(En USD por tonelada)



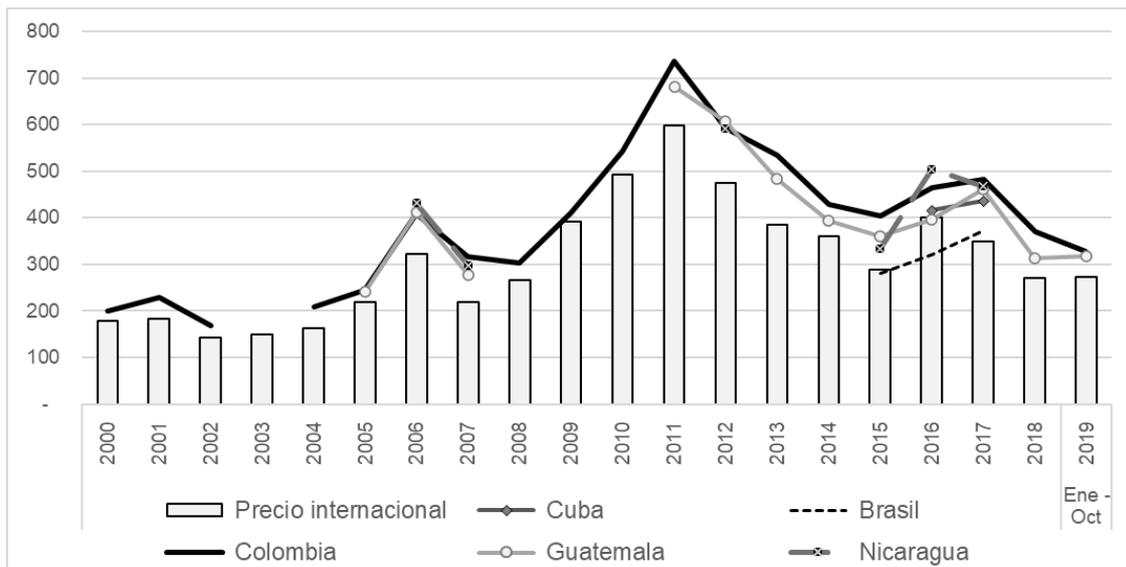
Fuente: MINCETUR, ASOCAÑA
Elaboración: DG1

[550] En el Gráfico N° 10, se observa que el precio FOB de importación de Colombia de azúcar cruda se superpone sobre la cotización internacional durante el periodo enero de 2000 – octubre de 2019. Similar situación ocurre con los principales proveedores de azúcar rubia del mercado peruano, salvo Brasil que, en 2015, 2016 y 2017 registró precios FOB que se ubican por debajo del precio internacional.

Gráfico N° 10

Precio internacional vs. precio FOB de las importaciones de azúcar cruda (rubia)

(En USD por tonelada)



Fuente: MINCETUR, ASOCAÑA
Elaboración: DG1

Mercado interno peruano

- [551] La APPAD brindó información de ventas de azúcar, del tipo rubia, blanca y refinada. Por su parte, el MINCETUR, en respuesta al requerimiento de información efectuado por la SGCAN, presentó información de la producción nacional de azúcar para el periodo 2014 – 2018, de los tipos de azúcar que comercializa la reclamante, azúcar rubia y blanca o refinada (estos dos últimos tipos de manera conjunta).
- [552] Considerando que se quiere evaluar los supuestos efectos al mercado peruano, y de manera particular los generados a la APAAD, se procederá a calcular el tamaño del mercado nacional a partir de la información oficial proporcionada por el MINCETUR para el periodo del cual se cuenta de información (2014 – 2018) y en la forma en que fue presentada, azúcar rubia por un lado y azúcar blanca o refinada por otro lado.
- [553] El tamaño del mercado interno para cada rubro (azúcar rubia y azúcar blanca o refinada) se calculó a partir del volumen de las ventas nacionales de los productores peruanos (APAAD y demás productores) registrado durante el periodo 2014 – 2018²⁶⁷,

²⁶⁷ El volumen de ventas nacional se calculó a partir de la información de producción y exportaciones brindada por MINCETUR:

| | Producción nacional (toneladas) | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 |
|-----|---------------------------------|---------|---------|---------|---------|---------|
| (A) | Rubia | 783,002 | 793,855 | 764,630 | 698,372 | 811,564 |
| (X) | Blanca o refinada | 370,784 | 289,523 | 317,874 | 315,148 | 320,618 |

| | Exportación nacional (toneladas) | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 |
|-----|----------------------------------|--------|--------|--------|--------|--------|
| (B) | Rubia | 63,989 | 51,662 | 72,063 | 90,606 | 5,901 |
| (Y) | Blanca o refinada | 71,365 | 35,212 | 49,182 | 34,324 | 32,608 |



sumándosele el volumen de las importaciones efectuadas durante ese mismo periodo. Ello, asumiendo que el total de productos importados entre 2014 y 2018 fueron comercializados en el mercado nacional en ese mismo periodo.

- [554] El **mercado de azúcar rubia** en Perú registró un comportamiento variable entre 2014 y 2018. En efecto, primero creció 17% entre 2014 y 2015, se contrajo 4% entre 2016 y 2017 para luego aumentar 20% entre 2017 y 2018, y finalmente reducirse 5% entre 2017 y 2018. En términos acumulados (entre 2014 y 2018) se expandió 28%.
- [555] En ese contexto, las ventas nacionales y las importaciones totales mostraron comportamientos diferenciados. Mientras que las primeras aumentaron 3% entre 2014 y 2015, luego experimentaron una tendencia decreciente en 2016 y 2017, al reducirse 7% y 12%, respectivamente. Finalmente, se recuperaron entre 2017 y 2018 al aumentar 33%. En términos acumulados, aumentaron 12%.
- [556] En tanto, las importaciones totales aumentaron desde 2014 hasta 2017 (aumentaron 1,361% en 2015, 16% en 2016 y 197% en 2017), para luego reducir 66% entre 2017 y 2018. En términos acumulados, aumentaron 1,590%

Cuadro N° 11

Perú: mercado interno de azúcar rubia

(En toneladas)

| | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 |
|------------------------------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|
| (A) Ventas nacionales | 719,012 | 742,193 | 692,567 | 607,766 | 805,663 |
| - APAAD | 456,295 | 570,608 | 536,971 | 484,019 | 528,157 |
| - Demás productores | 262,717 | 171,585 | 155,596 | 123,747 | 277,506 |
| (B) Importaciones totales | 7,329 | 107,108 | 124,052 | 368,549 | 123,867 |
| - Guatemala | 2,850 | 24,575 | 21,190 | 117,001 | 54,469 |
| - Colombia | 4,479 | 34,433 | 22,427 | 74,741 | 66,115 |
| - Brasil | - | 46,301 | 54,237 | 64,878 | - |
| - Cuba | - | - | 24,949 | 58,715 | - |
| - Otros países | - | 1,799 | 1,250 | 53,215 | 3,284 |
| (A) + (B): Mercado nacional | 726,341 | 849,301 | 816,619 | 976,316 | 929,530 |

Fuente: MINCETUR, APAAD
Elaboración: DG1

- [557] Ahora bien, se debe indicar que, si bien durante el periodo 2014 – 2018 las ventas nacionales registraron un aumento menor al de las importaciones, se debe indicar que las primeras abastecieron, en promedio, el 84% del mercado interno (60% por la APAAD y 24% por otros productores peruanos).

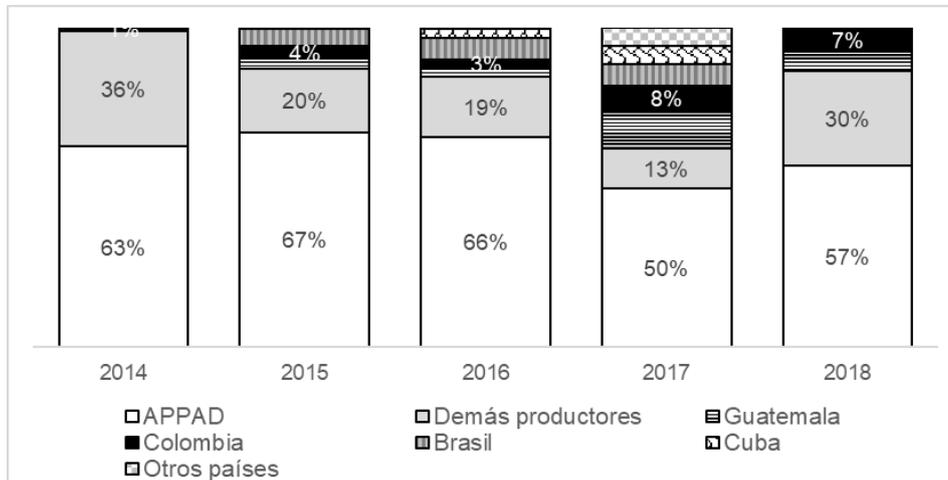
| | Ventas nacionales (toneladas) | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 |
|-------|-------------------------------|---------|---------|---------|---------|---------|
| (A-B) | Rubia | 719,012 | 742,193 | 692,567 | 607,766 | 805,663 |
| (X-Y) | Blanca o refinada | 299,418 | 254,311 | 268,692 | 280,824 | 288,010 |

Del total de ventas nacionales, una parte corresponde a las ventas reportadas por la APAAD, las mismas que incluyen la información los productores que presentaron data completa para el periodo 2014 – 2018, es decir, no incluye las ventas de Laredo, que sólo presentó una muestra (0.09% de las ventas totales de APAAD durante el periodo 2014 – 2018).

Gráfico N° 11

Perú: participación de mercado interno de azúcar rubia, según proveedor

(En porcentaje)



Fuente: MINCETUR, APAAD
Elaboración: DG1

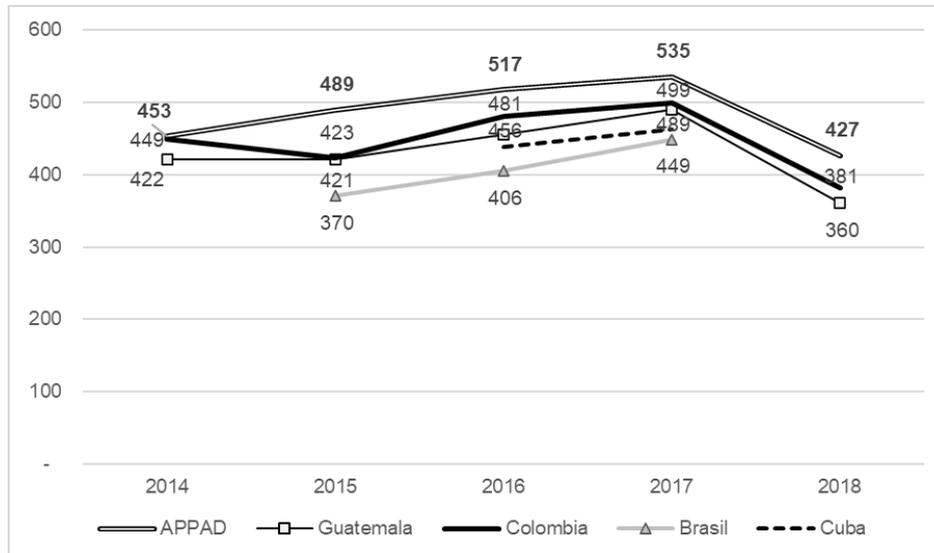
- [558] Como se aprecia del Gráfico N° 11 la participación de mercado de las ventas de azúcar rubia local disminuyó entre 2014 y 2018 (12 puntos porcentuales). De haberse abastecido prácticamente la totalidad del mercado con azúcar local en 2014, la participación de las ventas peruanas experimentó una tendencia decreciente en los años 2015, 2016 y 2017, reduciéndose a 62% en este último año (en esos años la APAAD también perdió participación de mercado, al pasar de 67% en 2015 a 50% en 2017). Si bien en 2018, la participación de las ventas nacionales se recupera (87%), alcanza un nivel inferior a la cuota de mercado ostentada en 2014 (en este año, la participación de mercado de la APAAD y de los demás productores aumenta).
- [559] De manera contraria, la participación de las importaciones registró una tendencia creciente durante el periodo 2014 – 2017, periodo en el cual se evidenció un mayor número de participantes extranjeros en el mercado peruano (Colombia, Brasil, Guatemala y Cuba). Luego, en 2018, la participación de las importaciones se redujo, en este año no se registraron importaciones de azúcar rubia proveniente de Brasil y Cuba.
- [560] Ahora bien, hay que mencionar que, en el mercado de azúcar rubia peruano la APAAD enfrentó durante el periodo 2014 - 2018 precios menores de similares productos de origen importado. En efecto, al comparar los niveles de precios ex fábrica de la APAAD²⁶⁸ con los precios nacionalizados de las importaciones se observa que durante todo el periodo las ventas nacionales enfrentaron los menores precios de Colombia y de Guatemala, que en promedio se ubicaron 8% y 11% por debajo del precio de la APAAD, respectivamente.

²⁶⁸ La comparación de precio se efectúa únicamente entre APAAD y las importaciones, pues en el expediente se dispone de información de los valores de venta ex fábrica de las empresas de la APAAD para el periodo 2014 – 2018 (valores que no incluyen pagos de impuestos, y otros gastos de comercialización al punto de venta), así como de sus cantidades vendidas. Por ello, los precios que se muestran corresponden a precios promedio ponderados a nivel ex fábrica. De igual forma, en el expediente se cuenta con información de los valores y volúmenes de ventas para el periodo respectivo. Se dispone en el expediente del valor de las importaciones a nivel FOB y CIF de la base de datos de SUNAT, pero también se cuenta con información del pago por concepto de derechos variables (como Sistema Peruano de Franja de Precios, entre otros) que permiten calcular el valor a nivel nacionalizado. De esta manera, los precios de las importaciones que se muestran corresponden a precios promedio ponderado a nivel nacionalizado.

Gráfico N° 12

Precio ex fábrica de la APAAD vs. precio nacionalizado de las importaciones

(En USD por tonelada)



Fuente: MINCETUR, APAAD
Elaboración: DG1

- [561] De hecho, en los años en que la participación de las ventas nacionales y en particular de la APAAD experimentaron una disminución de su participación (2015, 2016 y 2017), en el mercado peruano se ofreció azúcar rubia de otros dos (2) proveedores extranjeros con niveles de precios mucho menores a los reportados por Colombia y Guatemala. Es el caso del producto proveniente de Brasil, que entre 2015 y 2017 se ofertó en el mercado peruano a un nivel de precios 21% menor al precio de azúcar rubia de la APAAD en esos mismos años (en promedio). También, del producto proveniente de Cuba, que entre 2016 y 2017 registró un precio 14% inferior al precio ofertado por la APAAD en esos mismos años (en promedio).
- [562] Finalmente, en el último año, en un contexto de disminución de precio en el mercado peruano y sin la venta de azúcar rubia proveniente de Cuba o Brasil, la oferta nacional logra incrementar su participación, 24 puntos porcentuales entre 2017 y 2018 (la APAAD lo hace en 7 puntos porcentuales, en tanto los demás productores peruanos lo hacen en 17 puntos porcentuales). No obstante, los productores peruanos siguen afrontando menores precios de productos extranjeros, pues en 2018 el precio de la azúcar rubia proveniente de Colombia y Guatemala se ubicó 11% y 16% por debajo inferior del precio del azúcar de la APAAD.
- [563] El **mercado de azúcar blanca o refinada** en Perú registró un comportamiento decreciente a partir de 2015. Si bien, entre 2014 y 2015 se expandió 11%, luego registró una contracción continua en los próximos años, 5% en 2016, y 3% en 2016 y 3% en 2017. En términos acumulados (entre 2014 y 2018), el mercado de azúcar blanca y refinada peruano prácticamente se mantuvo invariable (se redujo 1%).



- [564] En ese contexto, las ventas nacionales y las importaciones totales mostraron comportamientos opuestos. Mientras que las primeras se redujeron 15% entre 2014 y 2015, luego experimentaron una tendencia creciente hacia 2018. No obstante, el aumento registrado en 2016 (7%), 2017 (5%) y 2018 (3%) no permitió recuperar los niveles registrados al inicio del periodo, pues en términos acumulados (2014 – 2018) las ventas nacionales decrecieron 4%.
- [565] Las importaciones totales mostraron similar comportamiento al registrado por el mercado, pues aumentaron 54% entre 2014 y 2015, para luego reducirse entre los años 2016 y 2018 (16% en 2016, 12% en 2017 y 10% en 2018). Sin embargo, tal disminución fue menor al incremento experimentado en 2015, pues en términos acumulados las importaciones se incrementaron 4% entre 2014 y 2018.

Cuadro N° 12

Perú: mercado interno de azúcar blanca o refinada

(En toneladas)

| | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 |
|------------------------------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|
| (A) Ventas nacionales | 299,418 | 254,311 | 268,692 | 280,824 | 288,010 |
| - APAAD | 135,979 | 102,175 | 164,677 | 185,073 | 195,719 |
| - Demás productores | 163,439 | 152,135 | 104,015 | 95,751 | 92,291 |
| (B) Importaciones totales | 168,602 | 263,966 | 222,311 | 194,664 | 174,577 |
| - Colombia | 163,956 | 197,207 | 167,564 | 152,236 | 147,338 |
| - Guatemala | - | 43,543 | 34,090 | 29,353 | 11,480 |
| - Brasil | - | 21,547 | 10,580 | 10,791 | 9,022 |
| - Bolivia | 1,160 | 278 | 2,440 | 560 | 5,570 |
| - Otros países | 3,486 | 1,392 | 7,637 | 1,724 | 1,167 |
| (A) + (B): Mercado nacional | 468,021 | 518,277 | 491,003 | 475,487 | 462,588 |

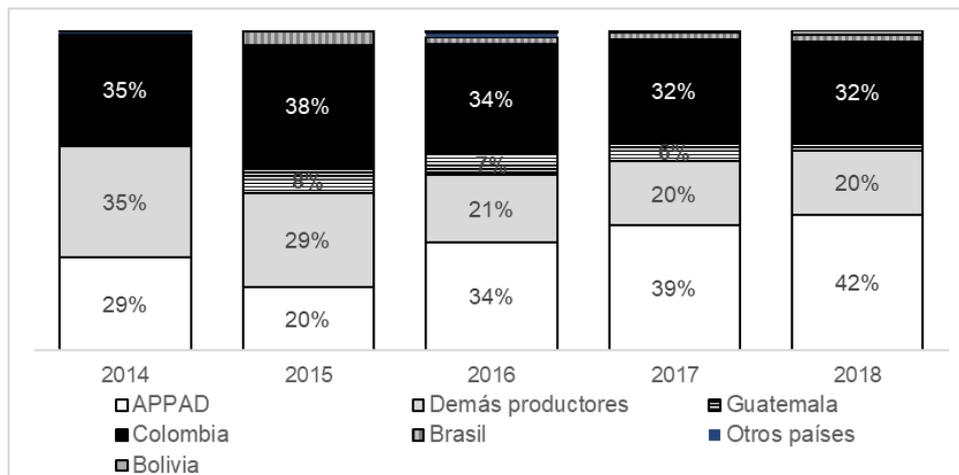
Fuente: MINCETUR, APAAD
Elaboración: DG1

- [566] A diferencia de lo que se pudo observar en el mercado de azúcar rubia en Perú (donde la producción nacional tenía una importante participación), en el mercado de azúcar blanca o refinada no se evidencia una participación preponderante de la oferta local, pues durante el periodo 2014 – 2018 las ventas nacionales tuvieron una participación promedio de 58% (33% por la APAAD y 25% por otros productores peruanos).

Gráfico N° 13

Perú: participación de mercado interno de azúcar blanca o refinada, según proveedor

(En porcentaje)



Fuente: MINCETUR, APAAD
Elaboración: DG1

- [567] Como se aprecia del Gráfico N° 13 la participación de mercado de las ventas de azúcar blanca o refinada local prácticamente se mantuvo si se comparan extremos, 2014 (64%) y 2018 (62%), pues sólo se redujo 2 puntos porcentuales. No obstante, se observa claramente que la menor participación la registro en el año 2015, cuando se redujo a 49%, luego de ese año comenzó un proceso de recuperación de su cuota de mercado entre 2015 y 2018. Observe del gráfico que, en el periodo 2015 – 2018 es la APAAD quien experimenta un mayor crecimiento de su cuota de mercado, al aumentar 22 puntos porcentuales, pues los demás productores pierden 9 puntos porcentuales en ese mismo periodo.
- [568] Por su parte, la participación de las importaciones se incrementó en 2015, pero luego inicio una tendencia decreciente hacia 2018. Nótese que los principales proveedores extranjeros fueron Colombia y Guatemala, que alcanzaron su mayor participación en 2015 con 38% y 8%; para finalmente culminar en 2018 con una participación de 32% y 2%, respectivamente. De manera marginal, participaron Brasil y Bolivia.
- [569] Ahora bien, hay que mencionar que, en el mercado peruano de azúcar blanca o refinada la APAAD enfrentó durante todo el periodo 2014 – 2018 precios menores de similares productos importados de Colombia y Guatemala. No ocurrió lo mismo con los productos provenientes de Brasil y Bolivia, porque en algunos años incluso se ubicaron por arriba del precio de la APAAD²⁶⁹.

²⁶⁹ Para mayor detalle, los precios del mercado peruano de azúcar blanca o refinado, en dólares por tonelada, se pueden consultar en el siguiente cuadro:

| | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 |
|-----------|------|------|------|------|------|
| APPAD | 496 | 503 | 562 | 553 | 448 |
| Colombia | 485 | 430 | 498 | 526 | 417 |
| Guatemala | | 461 | 548 | 539 | 422 |
| Brasil | | 457 | 506 | 539 | 499 |
| Bolivia | 476 | 517 | 590 | 588 | 387 |

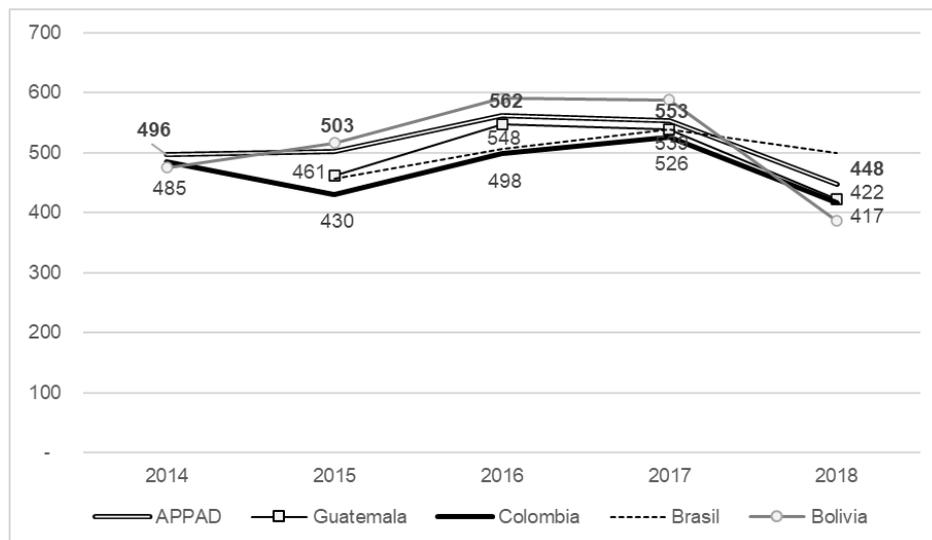


- [570] En efecto, al comparar los niveles de precios ex fábrica de la APAAD con los precios nacionalizados de las importaciones provenientes de Colombia y Guatemala se observa que durante todo el periodo las ventas nacionales enfrentaron los menores precios de ambos países, que en promedio se ubicaron 5% y 8% por debajo del precio de la APAAD, respectivamente.

Gráfico N° 14

Precio ex fábrica de la APAAD vs. precio nacionalizado de las importaciones

(En USD por tonelada)



Fuente: MINCETUR, APAAD
Elaboración: DG1

- [571] De hecho, en aquel año (2015) en que la participación de las ventas nacionales y en particular de la APAAD se redujeron de manera importante, la brecha del diferencial de precios entre el producto vendido por APAAD y por Colombia fue la mayor (15%). Además, en ese mismo año, se comenzó a registrar producto proveniente de Guatemala. En los siguientes años, los precios de la APAAD respecto a los precios del principal proveedor de azúcar blanca y refinada, Colombia, se fueron ajustando, pues la brecha se fue reduciendo hasta alcanzar un diferencial de 7% en 2018, cuando la producción nacional logró recuperar su participación de mercado.
- [572] En este mercado se evidencia los menores precios registrados por Colombia, que incluso son menores al que proviene de Guatemala. Además, en 2015 fueron las mayores ventas del producto colombiano y el menor precio que se registró en el mercado las que coincidieron con la principal caída de la participación de mercado del producto local.
- [573] Si bien, el producto colombiano registra los menores precios del mercado, no se puede atribuir que dicha ventaja se debe a que los envíos de azúcar colombiana se efectuaron con precios por debajo de la cotización internacional, tal como se pudo verificar previamente.
- [574] Hasta aquí, los hallazgos encontrados se pueden resumir en los siguientes:



- [575] En el mercado de azúcar rubia, las ventas nacionales se expandieron entre 2014 y 2018 (12%), en contexto en el cual el mercado creció en una cuantía mucho mayor (28%). Por ello, a pesar de que el mercado interno fue abastecido principalmente por productos locales (84% en promedio) se observó una pérdida de participación de mercado entre 2014 y 2018 (de 12 puntos porcentuales). Durante todo ese periodo, la producción local afrontó precios de azúcar proveniente de Colombia y Guatemala que fueron menores en 8% y 11% al precio de la APAAD. Así mismo, se pudo constatar que en aquel periodo en el cual la producción local experimentó sus más bajos niveles de cuota de mercado (2015 – 2017) en el mercado peruano se vendió azúcar rubia proveniente de Brasil y Cuba, a precios que se ubicaron 21% y 14% por debajo del precio de la APAAD, respectivamente.
- [576] En el mercado de azúcar blanca o refinada, las ventas nacionales se redujeron entre 2014 y 2018 (4%), en contexto en el cual el mercado prácticamente mantuvo su tamaño (se redujo 1%). Este mercado fue abastecido con productos locales en un 58% (en promedio), pues otra parte importante fue abastecida con azúcar proveniente de Colombia (34% del mercado, en promedio). Si bien la participación de las ventas locales se mantuvo entre 2014 y 2018 (se redujo sólo 2 puntos porcentuales), sí registró una importante caída en 2015 (49% de cuota de mercado). En ese año, la producción local afrontó el mayor diferencial de precios que se registró con el producto colombiano, cuyo precio de venta se ubicó 15% por debajo del precio de la APAAD. En ese mismo año, comenzó también a expendirse productos originarios de Guatemala, otro proveedor que en promedio mantuvo sus precios 8% por debajo del precio de la APAAD.
- [577] Así, por todo lo expuesto, se evidencia en primer lugar que los envíos de azúcar originarios de Colombia al mercado peruano no se efectuaron a precios (FOB) que se ubicaron por debajo de la cotización internacional. Por el contrario, se ubicaron ligeramente por arriba siguiendo la tendencia del mercado internacional.
- [578] En Perú, se aprecian mercados dinámicos en lo que se refiere al número de oferentes de azúcar rubia y blanca o refinada. En efecto, en tales mercados participan además de la APAAD, otros productores locales por el lado de la oferta peruana, y además de Colombia, países como Guatemala, Cuba o Brasil, por el lado de la oferta extranjera.
- [579] Además, en el periodo 2014 – 2018 se ha observado un comportamiento fluctuante del desempeño de la oferta nacional, con niveles de ventas que se incrementan o se reducen, al igual que su participación de mercado. Con ello, no se puede acreditar fehacientemente que la oferta nacional ha sufrido un desplazamiento durante dicho periodo. Más bien, las fluctuaciones evidenciadas guardan correlato con la oferta extranjera a la que afronta la producción, de precios bastante menores a los que registró la APAAD en el periodo antes referido.
- [580] En el expediente no se cuenta con información para examinar si el comportamiento de las ventas nacionales obedece a otros factores, como por ejemplo climáticos, tampoco se cuenta con información que permita analizar los efectos potenciales como fue sugerido por las reclamantes.
- [581] Así las cosas, en el periodo 2014 -2018 no se puede acreditar que se haya distorsionado el mercado peruano a través del FEPA, en la forma de desplazar la doméstica peruana y la de terceros países.



Determinación sobre si el FEPA afecta la competitividad del mercado subregional, ya que las exportaciones de azúcar peruana a un determinado país se encuentran en desventaja respecto a las exportaciones de azúcar colombiana

- [582] Según el reclamo presentado, la medida regulatoria de mercado objeto de la denuncia estaría distorsionando las condiciones de competencia en el mercado subregional, generando ventajas a las exportaciones colombianas frente a los demás proveedores del resto de Países Miembros, entre ellos a la APAAD. Sobre el particular, se debe indicar que los reclamantes no proporcionan mayor explicación o soporte probatorio sobre cómo se estaría manifestando esta supuesta afectación.
- [583] Sobre el supuesto efecto en terceros países, el gobierno del Ecuador presentó comentarios y señaló que el FEPA permite que Colombia exporte azúcar al Ecuador a precios internacionales que están por debajo de su precio interno, pues según sugiere se trata de precios de exportación compensados con el precio interno, distorsionando el comercio subregional del azúcar. A juicio del Ecuador, este mecanismo tiende a incentivar las exportaciones que causan daño grave a las ventas de la producción nacional de azúcar del resto de Países Miembros, generando distorsiones en la libre competencia del mercado subregional andino al desplazar la oferta doméstica de los países receptores²⁷⁰.
- [584] En escritos posteriores a su respuesta, el gobierno de Colombia señala que su país no tiene la capacidad para influir en los precios del mercado mundial y distorsionar el comercio como lo sugiere Ecuador (su producción representó 1.3% de la producción mundial entre 2016 y 2018). Menciona además que, en el Informe del Ecuador se aprecia que su precio interno resulta siendo siempre superior al precio de importación de azúcar de Colombia, lo cual permite inferir que la producción ecuatoriana no se encuentra vinculada con el mercado internacional ni con la aplicación del FEPA. También indica que no se acredita la existencia de una afectación sobre elementos estructurales del mercado subregional andino (por ejemplo, la participación de Colombia en el total de azúcar importado por Ecuador disminuye desde 2018 y las exportaciones de azúcar colombiana a Ecuador disminuyen después del FEPA, en lugar de aumentar)²⁷¹.
- [585] A continuación, se presenta el análisis de la evidencia económica y comercial disponible en el expediente.
- [586] Considerando un mercado regional que tiene una relación comercial importante con los países involucrados, se consideró a la República de Ecuador, para analizar si existe una condición de distorsión de mercado, pues en el expediente se dispone de información sobre este mercado andino.
- [587] Dado que no se dispone de información desagregada a nivel de subpartida nacional del comercio ecuatoriano, la evaluación se realizará con los datos obtenidos de la base de datos SICEXT de la SGCAN, la cual es alimentada con los datos oficiales que remiten mensualmente los países a nivel de 8 dígitos.

²⁷⁰ Al respecto ver párrafo **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este Informe.

²⁷¹ Al respecto ver párrafo **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este Informe.



Cuadro N° 13

Ecuador: importaciones de productos abarcados por FEPA, según subpartida
NANDINA

(Expresados en USD)

| AÑO | 17011110 | 17011190 | 17011200 | 17019100 | 17019910 | 17019990 | 17029010 | 17029040 | 17029090 |
|------|----------|-----------|----------|----------|----------|------------|----------|----------|-----------|
| 2000 | 5,884 | 49,144 | 830 | 4,745 | 2,670 | 5,170,902 | 337 | 15,277 | 21,691 |
| 2001 | 32,316 | 116,613 | 3,999 | 1,001 | 5,779 | 1,466,016 | 8,427 | 3,363 | 28,365 |
| 2002 | 174 | 151,719 | 1,651 | 1,398 | 9,841 | 14,775,326 | 9,511 | 2,919 | 120,433 |
| 2003 | 1,173 | 84,073 | - | 2,061 | 4,623 | 2,561,349 | 17,931 | 32,960 | 342,817 |
| 2004 | 49,315 | 38,706 | - | 263 | 1,460 | 5,476,275 | 3,399 | 19,026 | 440,940 |
| 2005 | 1,128 | 538,785 | 87 | 133 | 3,406 | 10,191,707 | 2,520 | 30,736 | 696,420 |
| 2006 | 25,661 | 34,660 | 119 | 162 | 138,535 | 4,371,518 | 1,308 | 33,538 | 777,810 |
| 2007 | 335 | 129,860 | - | 197 | 159 | 6,878,922 | 670 | 38,513 | 832,075 |
| 2008 | 785 | 546,624 | - | - | 486 | 3,953,229 | 1,404 | 53,948 | 764,511 |
| 2009 | - | 1,074,478 | - | 2,374 | 704 | 4,369,180 | 116 | 62,713 | 667,187 |
| 2010 | 54,454 | 51,574 | - | 1,164 | 684 | 24,970,681 | 2,682 | 8,138 | 739,447 |
| 2011 | - | 112,484 | - | 2,080 | 15,698 | 49,097,921 | 2,197 | 12,994 | 859,466 |
| 2012 | - | 117,004 | - | 1,425 | 15,545 | 26,549,747 | 4,707 | 144,199 | 1,142,497 |
| 2013 | - | 86,230 | - | 638 | 235,248 | 1,372,831 | 2,441 | 120,889 | 885,643 |
| 2014 | - | 151,176 | - | 244 | 9,557 | 12,075,641 | 1,665 | 116,623 | 215,237 |
| 2015 | - | 465,515 | - | 64 | 42,277 | 24,473,610 | 4,013 | 171,069 | 234,845 |
| 2016 | - | 247,778 | - | 113,075 | 454,236 | 24,314,033 | 5,826 | 263,855 | 182,603 |
| 2017 | - | 605,929 | - | 147,659 | 23,926 | 41,173,462 | 43,547 | 309,012 | 527,335 |
| 2018 | - | 50,111 | - | 173,463 | 16,946 | 17,233,102 | 41,083 | 269,453 | 521,876 |
| 2019 | - | 1,869,851 | - | 131,183 | 28,066 | 7,751,916 | 7,951 | 106,726 | 499,550 |

Fuente: Datos SICEX
Elaboración: DG1

- [588] Como puede observarse Ecuador realiza importaciones de los productos abarcados por el FEPA, por lo cual corresponde analizar el origen de estos productos para determinar si son las exportaciones de Perú y Colombia las proveen de productos similares al mercado ecuatoriano.

Cuadro N° 14

Ecuador: importaciones de productos abarcados por FEPA, según subpartida
NANDINA, provenientes de Perú y Colombia

(Expresados en USD)

| Año | Colombia | | | | | | Peru | | | | | |
|------|----------|-----------|----------|------------|----------|----------|------|----------|----------|----------|-----------|----------|
| | 17011110 | 17011190 | 17019910 | 17019990 | 17029040 | 17029090 | Año | 17011190 | 17019100 | 17019910 | 17019990 | 17029090 |
| 2000 | 5,639 | 0 | 0 | 5,157,748 | 0 | 0 | 2000 | 492 | 0 | 0 | 4,709 | 0 |
| 2001 | 4,594 | 110,722 | 0 | 1,465,780 | 0 | 0 | 2001 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2002 | 0 | 145,095 | 0 | 14,769,965 | 0 | 22,645 | 2002 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2003 | 0 | 76,426 | 0 | 2,477,003 | 0 | 779 | 2003 | 0 | 0 | 2 | 45,187 | 0 |
| 2004 | 45,285 | 26,674 | 0 | 5,217,206 | 0 | 0 | 2004 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2005 | 0 | 521,138 | 0 | 10,133,180 | 0 | 0 | 2005 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2006 | 25,487 | 0 | 135,267 | 4,288,029 | 0 | 0 | 2006 | 0 | 0 | 0 | 18,416 | 0 |
| 2007 | 0 | 76,377 | 0 | 4,705,501 | 0 | 0 | 2007 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2008 | 0 | 478,373 | 0 | 3,929,171 | 0 | 0 | 2008 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2009 | 0 | 340,573 | 0 | 3,282,226 | 0 | 0 | 2009 | 673,475 | 0 | 0 | 1,062,307 | 0 |
| 2010 | 54,454 | 8,498 | 0 | 12,123,820 | 0 | 10,712 | 2010 | 0 | 0 | 0 | 2,016,556 | 20,246 |
| 2011 | 0 | 29,213 | 0 | 32,717,382 | 7,890 | 1,727 | 2011 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2012 | 0 | 22,086 | 0 | 26,094,421 | 83,707 | 0 | 2012 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2013 | 0 | 34,507 | 0 | 1,140,075 | 92,808 | 9,949 | 2013 | 0 | 0 | 0 | 82,518 | 0 |
| 2014 | 0 | 75,816 | 0 | 11,368,275 | 97,863 | 11,073 | 2014 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2015 | 0 | 410,792 | 0 | 17,384,932 | 119,527 | 0 | 2015 | 0 | 0 | 0 | 145,659 | 0 |
| 2016 | 0 | 216,879 | 0 | 23,149,157 | 243,207 | 66,889 | 2016 | 0 | 113,075 | 0 | 43,065 | 0 |
| 2017 | 0 | 601,360 | 0 | 36,031,157 | 283,149 | 107,095 | 2017 | 0 | 137,618 | 0 | 20,393 | 0 |
| 2018 | 0 | 50,096 | 0 | 13,943,398 | 263,313 | 26,744 | 2018 | 0 | 173,113 | 0 | 11,681 | 0 |
| 2019 | 0 | 1,868,243 | 0 | 5,712,433 | 91,996 | 40,818 | 2019 | 0 | 131,183 | 0 | 2,956 | 0 |

Fuente: Datos SICEX
Elaboración: DG1



- [589] A fin de analizar un supuesto efecto las importaciones ecuatorianas de productos provenientes del Perú, se tomará en cuenta aquella subpartida NANDINA donde ha existido mayor flujo de comercio bilateral entre Ecuador y Perú. Como se aprecia del Cuadro N° 14, dicha subpartida NANDINA corresponde a la 1701.90.90 (pues en otras subpartidas NANDINA la participación del Perú ha sido marginal).
- [590] Para analizar la participación de Perú y Colombia de productos abarcados por el FEPA en el mercado regional y considerando las observaciones presentadas por la Republica del Ecuador, es necesario analizar un mercado regional donde ambos gocen de condiciones igual y donde ambos tengan una participación en exportaciones, por lo cual se evaluará la participación de ambos países en el mercado ecuatoriano. A continuación, se muestra el ejercicio efectuado para la subpartida NANDINA 1701.99.90.

Cuadro N° 14

Ecuador: importaciones de la subpartida NANDINA 1701.99.90, según proveedor extranjero

(En USD y en porcentaje de participación)

| Año | Y ECUADOR | COLOMBIA | | PERU | | GUTEMALA | |
|------|------------|------------|------------|-----------|--------|--------------|-------------|
| | 17019990 | 17019990 | % COLOMBIA | 17019990 | % PERU | 17019990 | % GUATEMALA |
| 2000 | 5,170,902 | 5,157,748 | 100% | 4,709 | 0.09% | | |
| 2001 | 1,466,016 | 1,465,780 | 100% | | | | |
| 2002 | 14,775,326 | 14,769,965 | 100% | | | | |
| 2003 | 2,561,349 | 2,477,003 | 97% | 45,187 | 2% | 7,080.00 | 0.28% |
| 2004 | 5,476,275 | 5,217,206 | 95% | | | 14,767.00 | 0.27% |
| 2005 | 10,191,707 | 10,133,180 | 99% | | | 5,393.00 | 0.05% |
| 2006 | 4,371,518 | 4,288,029 | 98% | 18,416 | 0% | 44,071.00 | 1% |
| 2007 | 6,878,922 | 4,705,501 | 68% | | | 2,158,799.00 | 31% |
| 2008 | 3,953,229 | 3,929,171 | 99% | | | 9,813.00 | 0.25% |
| 2009 | 4,369,180 | 3,282,226 | 75% | 1,062,307 | 24% | 10,204.00 | 0.23% |
| 2010 | 24,970,681 | 12,123,820 | 49% | 2,016,556 | 8% | 5,498,670.00 | 22% |
| 2011 | 49,097,921 | 32,717,382 | 67% | | | | |
| 2012 | 26,549,747 | 26,094,421 | 98% | | | | |
| 2013 | 1,372,831 | 1,140,075 | 83% | 82,518 | 6% | | |
| 2014 | 12,075,641 | 11,368,275 | 94% | | | 1,483,801.00 | 12% |
| 2015 | 24,473,610 | 17,384,932 | 71% | 145,659 | 1% | 6,905,283.00 | 28% |
| 2016 | 24,314,033 | 23,149,157 | 95% | 43,065 | 0.18% | 1,091,370.00 | 4% |
| 2017 | 41,173,462 | 36,031,157 | 88% | 20,393 | 0.05% | 5,069,619.00 | 12% |
| 2018 | 17,233,102 | 13,943,398 | 81% | 11,681 | 0.07% | 3,213,536.00 | 19% |
| 2019 | 7,751,916 | 5,712,433 | 74% | 2,956 | 0.04% | 1,999,178.00 | 26% |

Fuente: Datos SICEX
Elaboración: SGCAN

- [591] Como puede verse, la participación de Colombia en el mercado ecuatoriano ha disminuido, al pasar de ser prácticamente el único abastecedor extranjero de los productos clasificados en la subpartida NANDINA 1701.99.90 (100% en los primeros años: 2000, 2001, 2002) a reducir su participación a niveles de entre 80% y 74% (como en los últimos años). Por su parte, Guatemala ha registrado un crecimiento en su participación, en tanto que Perú fue reduciéndose.



- [592] No obstante, es importante recalcar que la participación de Perú en el mercado ecuatoriano no ha sido representativa.
- [593] Ahora bien, tomando en cuenta la información disponible en el expediente, presentada por la República de Colombia se pudo observar que los envíos de azúcar crudo y blanco se efectuaron al mercado del Ecuador a niveles similares a los de la cotización internacional.
- [594] Así las cosas, no se acredita que Colombia haya aumentado su participación de azúcar desplazando por completo al Perú como otro proveedor extranjero del mercado ecuatoriano, así como tampoco se evidencia que tales envíos de azúcar colombiana se hayan efectuado a precios por debajo de la cotización internacional
- [595] Sin perjuicio de lo anterior, toda vez que conforme el artículo 3 de la Decisión 425²⁷², la SGCAN debe pronunciarse sobre las cuestiones que se ponen en su consideración, este Órgano Comunitario procederá a atender las demás cuestiones que han sido puestas en su consideración por las Partes, Ecuador y Asocaña en el presente procedimiento.

2.5 Cuestiones adicionales presentadas por las partes, Ecuador y Asocaña

Alegatos de las Reclamantes

- [596] Las Reclamantes presentan cuestionamientos sobre la situación real del mercado de azúcar como resultado de la medida. En esta línea, han indicado que el FEPA está diseñado para asegurar que la producción de azúcar que se coloca en el mercado nacional no exceda su pico histórico, que los productores no tengan que competir agresivamente entre sí en el mercado local y mantener un equilibrio de precios más alto y cantidades más bajas en el mercado nacional (y mayores ganancias) que los que resultarían naturalmente en franca competencia.²⁷³
- [597] Sumado a ello, también indican las Reclamantes que el FEPA permite absorber excesos de producción garantizando un retorno mayor que el que ofrece el mercado internacional. La oferta colombiana excedente se coloca a precios tan bajos como el internacional en mercados como el peruano, compitiendo con ventaja artificial frente a la oferta de azúcar del Perú.²⁷⁴
- [598] Señalan además las Reclamantes que la medida afecta concretamente el mercado subregional en tanto, luego de la creación del FEPA (2001), las importaciones de Perú de azúcar rubia y blanca provenientes de Colombia han aumentado en mayor medida que las otros Países.²⁷⁵
- [599] Indican también las Reclamantes, que del análisis de los precios nacionalizados de azúcar blanca en Perú, provenientes de Colombia, Brasil y Guatemala, se concluye que la ventaja que otorga el FEPA a las exportaciones colombianas les permite ubicarse a

²⁷² Decisión 425. Artículo 3.- El Secretario General no podrá dejar de resolver todos los asuntos que dentro de su ámbito de competencia sean sometidos a su consideración.

²⁷³ Foja 5 del informe "La distorsión a la competencia del FEPA en el mercado peruano" adjunto al escrito de las Reclamantes recibido el 7 de enero de 2020.

²⁷⁴ Foja 5 del informe "La distorsión a la competencia del FEPA en el mercado peruano" adjunto al escrito de las Reclamantes recibido el 7 de enero de 2020.

²⁷⁵ Foja 8 del informe "Comentarios sobre aspectos de competencia incluidos en la contestación al reclamo presentado por la Asociación Peruana de Agroindustriales de Azúcar y Derivados (APAAD)" presentado por las Reclamantes con el escrito del 28 de enero de 2020.



niveles de precios muy inferiores a los de sus principales competidores en el mercado peruano, lo que les permite desplazar la oferta de países dentro y fuera de la subregión.

Alegatos de la Reclamada

- [600] Por su parte, la Reclamada indica que para acreditar el incumplimiento del artículo 36, la medida de naturaleza regulatoria o de política pública, debe causar una afectación, en cuanto impida, entorpezca o distorsione el mercado subregional. Indica así que *“en otras palabras, es necesario que los afectados demuestren el efecto nocivo en la Subregión.”* Para ello, destaca que *“dicha afectación debe dirigirse, conforme lo prevé la Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608, a las características estructurales de la industria en el mercado subregional andino.”*²⁷⁶
- [601] Destaca asimismo la Reclamada que al momento de regular, los gobiernos deben considerar los efectos que la regulación tiene o puede tener sobre la libre competencia, de manera que, en principio, el mecanismo de intervención debiera utilizarse únicamente donde las fuerzas del mercado por sí solas no pueden alcanzar los objetivos de la política pública de un país, como ocurre en el sector agrícola donde la estacionalidad y las grandes fluctuaciones conllevan a épocas de extrema abundancia o escasez²⁷⁷.
- [602] Señala además que la actividad regulatoria del Estado no tiene la capacidad de contraponerse al ejercicio de la libre competencia en tanto ambas características son formas de actuación gubernamental en la economía o por mejor decirlo, ambas constituyen expresiones complementarias frente a ámbitos que no se trastocan o imbrican, sino que mantienen una relación dimensional inversamente proporcional, lo que suprime cualquier escenario de contradicción²⁷⁸.
- [603] La Reclamada señala sobre el particular que:
- “Es entonces evidente que la atención a los requerimientos alimentarios y nutricionales de la población en procura de la menor dependencia posible de los abastecimientos procedentes del exterior, el abastecimiento oportuno y adecuado del mercado y, el incremento de la producción de los alimentos básicos y de los niveles de productividad, es una preocupación compartida por los Países Miembros de la Comunidad Andina, y en ese sentido bien pueden generar instrumentos de política económica que promuevan dichas finalidades.”*²⁷⁹
- “El sector agropecuario es altamente sensible a las decisiones de política pública que tienen lugar en los mercados nacionales e internacionales. El comercio internacional del azúcar se desarrolla en un mercado con una alta volatilidad, lo cual tiene un efecto en la oferta y por ende en el precio final del producto.”*²⁸⁰
- [604] Con relación a la supuesta afectación al mercado subregional, la Reclamada indica inexistencia de elementos que permitan determinar la existencia de un “grave daño” o una afectación al mercado de la subregión²⁸¹.

²⁷⁶ Foja 40 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²⁷⁷ Foja 24 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

²⁷⁸ Foja 26 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

²⁷⁹ Foja 41 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²⁸⁰ Foja 43 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²⁸¹ Fojas 19 a 20 del escrito de la República de Colombia de 7 de enero de 2020.



- [605] Con relación al estado del comercio exterior, la Reclamada señala que las importaciones de Colombia han crecido entre 1996 y el 2018, siendo los principales proveedores de la subregión, Ecuador y Perú²⁸². Asimismo, indica la Reclamada que existe una correlación entre el incremento de la producción y el incremento de la exportación de azúcar desde Perú a Colombia, siendo que las afectaciones a la primera inciden en la segunda²⁸³.
- [606] Ha destacado también la Reclamada que no existe una variación en las exportaciones de azúcar al Perú con ocasión de la creación del FEPA²⁸⁴ y que el precio implícito de las exportaciones de azúcar blanco colombiano se mueve conforme el precio internacional²⁸⁵. Sobre este último punto, indicó además que no tiene capacidad de influir en los mercados de azúcar en el mercado mundial²⁸⁶.
- [607] Señala además la Reclamada, que es común que las ventas de azúcar en el exterior se coticen a precios internacionales, y que los precios de exportación de Colombia al mercado peruano, menores al precio doméstico, es una realidad que comparten los Países Miembros (precios internos superiores a los precios de exportación)²⁸⁷.
- [608] Puntualiza además la Reclamada que su país no tiene la capacidad para influir en los precios del mercado mundial y distorsionar el comercio como lo sugiere Ecuador (su producción representó 1.3% de la producción mundial entre 2016 y 2018). Menciona además que, en el Informe del Ecuador se aprecia que su precio interno resulta siendo siempre superior al precio de importación de azúcar de Colombia, lo cual permite inferir que la producción ecuatoriana no se encuentra vinculada con el mercado internacional ni con la aplicación del FEPA. También indica que no se acredita la existencia de una afectación sobre elementos estructurales del mercado subregional andino (por ejemplo, la participación de Colombia en el total de azúcar importado por Ecuador disminuye desde 2018 y las exportaciones de azúcar colombiana a Ecuador disminuyen después del FEPA, en lugar de aumentar)²⁸⁸.
- [609] De igual manera, la Reclamada ha indicado que no se ha acreditado la existencia de una afectación cierta a los elementos estructurales del mercado subregional andino, conforme lo señala la Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608²⁸⁹.

Argumentos del Ecuador

- [610] El gobierno del Ecuador, por su parte, indica que el FEPA es un mecanismo que tiende a incentivar las exportaciones de azúcar, dichas exportaciones con incentivo causan daño grave a las ventas de la producción nacional de azúcar del resto de los Países Miembros de la CAN. Asimismo, la Reclamada genera distorsiones en la libre competencia del mercado intrarregional andino, al desplazar la oferta doméstica de otros Países Miembros. Así también se constituyen en el propio mercado colombiano barreras de acceso a las importaciones de azúcar²⁹⁰.
- [611] El gobierno del Ecuador señaló que el FEPA permite que Colombia exporte azúcar al Ecuador a precios internacionales que están por debajo de su precio interno, pues según

²⁸² Fojas 49 a 51 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²⁸³ Fojas 54 a 55 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²⁸⁴ Foja 47 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²⁸⁵ Fojas 51 a 52 del escrito de contestación de la República de Colombia de fecha 29 de noviembre de 2019.

²⁸⁶ Fojas 20 a 25 del escrito de la República de Colombia de 7 de enero de 2020.

²⁸⁷ Fojas 28 a 31 del escrito de la República de Colombia de fecha 4 de febrero de 2020.

²⁸⁸ Al respecto ver párrafo [103] de este Dictamen.

²⁸⁹ Fojas 20 a 25 del escrito de la República de Colombia de 7 de enero de 2020.

²⁹⁰ Fojas 3 a 4 del Oficio N° MPCEIP-SODYNC-2019-0200 presentado por el gobierno del Ecuador el 29 de noviembre de 2019.



sugiere se trata de precios de exportación compensados con el precio interno, distorsionando el comercio subregional del azúcar. A juicio del Ecuador, este mecanismo tiende a incentivar las exportaciones que causan daño grave a las ventas de la producción nacional de azúcar del resto de Países Miembros, generando distorsiones en la libre competencia del mercado subregional andino al desplazar la oferta doméstica de los países receptores²⁹¹.

Argumentos de ASOCAÑA

- [612] En su escrito, ASOCAÑA indica que no es cierto, como lo afirma las Reclamantes, que el FEPA sea contrario al artículo 36 de la Decisión 608. Por el contrario, se trata de un instrumento concebido y dirigido a cumplir con los principios y objetivos señalados en el artículo 87 del Acuerdo de Cartagena y no se ha aportado ninguna prueba que acredite lo contrario²⁹².
- [613] ASOCAÑA indica la intervención del Estado en la agricultura es imperiosa además por la estabilidad de los ciclos económicos que caracterizan al sector agrícola y la urgente necesidad de alcanzar su estabilidad. Se trata de una necesidad común a todos los países, más aún aquellos de vocación eminentemente agrícola como lo son los Miembros de la Comunidad Andina²⁹³.
- [614] Destaca ASOCAÑA que el Acuerdo de Cartagena reconoce la realidad y particularidades del sector agrícola y, en consecuencia, permite, respecto del comercio con los otros países Miembro, la adopción de medidas destinadas a *“limitar las importaciones a lo necesario para cubrir los déficit de producción interna y nivelar los precios del producto importado a los del producto nacional”* (Artículo 90). La aplicación de estas medidas, asimilables a una salvaguardia, está contemplada en el marco de los programas de desarrollo agropecuario que fomenta el Acuerdo²⁹⁴.
- [615] En esta misma línea, presenta ASOCAÑA algunas políticas de la Unión Europea, Estados Unidos, Japón, y Australia adoptan para fomentar la industria azucarera, así como la política comercial azucarera de Brasil, México e India. Sobre ello, destaca la política agrícola no es otra cosa que una expresión más de la soberanía del Estado, ya que los mercados locales y el mercado internacional de productos agrícolas no operan las libres fuerzas del mercado, por lo que hablar de libre y leal competencia es un verdadero dislate. Las políticas agrícolas y las medidas de intervención del Estado en la agricultura deben ser valoradas a la luz de las particularidades que caracterizan al sector. Resulta inconcebible pensar que habiendo los principales productores agrícolas fijado políticas encaminadas a promover, fortalecer y estabilizar la producción de sus bienes agropecuarios, países como Colombia y los demás miembros del Acuerdo de Cartagena, con mercados más débiles e inestables no pudieran contar con mecanismos básicos de estabilización y tuvieran que dejar a la merced de las distorsiones y ciclos económicos la viabilidad de sus industrias y la garantía de su seguridad alimentaria²⁹⁵.
- [616] Bajo dicho entendido, ASOCAÑA indica que los fines del sector agropecuario priman sobre el derecho a la competencia. En este sentido, resalta que el artículo 87 del Acuerdo dispone que los países ejecutaran programas con el fin de impulsar el desarrollo agroindustrial y alcanzar la seguridad alimentaria subregional. Conforme a dicho artículo, los Países Miembros estarían obligados de manera prioritaria la

²⁹¹ Al respecto ver párrafo [122] de este Dictamen.

²⁹² Foja 40 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019

²⁹³ Foja 8 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019

²⁹⁴ Foja 26 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019

²⁹⁵ Foja 29 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019



consecución de la soberanía alimenticia, el abastecimiento oportuno y adecuado de productos –lo cual implica la protección y prevención frente a los riesgos de desabastecimiento-, así como el incremento de la producción de los alimentos básicos. Estos objetivos estarían desarrollando mediante la Decisión 742 por medio de la cual se aprueba el Programa Andino para Garantizar la Seguridad Alimentaria²⁹⁶.

- [617] De igual manera, indica ASOCAÑA que *“no es posible aducir que el artículo 36 de la Decisión 608 se quebranta cuando el Estado expide una regulación cuyo fin es el cumplimiento de los mandatos y finalidades superiores del Derecho Comunitario, más aún si se tiene en cuenta que, como se explica seguidamente, los mercados agrícolas adolecen de graves distorsiones que solo pueden ser corregidas por la intervención del Estado”*²⁹⁷.

ASOCAÑA, de igual manera indica que:

El artículo 36, que es la norma invocada por el peticionario como quebrantada por el FEPA, es un desarrollo del artículo 93 del Acuerdo de Cartagena, establece una obligación de no hacer para los Países Miembros en relación con el mercado subregional cuando dispone:

*“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” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

*De la disposición citada se advierte que en ningún momento se establece prohibición o restricción alguna para los Estados de expedir normas o de establecer mecanismos de intervención en la economía, que usualmente, por definición, tienen impacto en las condiciones de competencia, sino que su obligación es adoptar o aplicar estas normas y políticas de manera tal que no se impida, distorsione o entorpezca la competencia en el mercado subregional.*²⁹⁸

- [618] ASOCAÑA destaca ante lo supuestos precios altos internos del azúcar en el mercado Colombiano, que en todo caso estos no se derivan del FEPA, que estos permitirían que entren al mercado colombiano importaciones a precios competitivos. Además señala que Perú es uno de los principales orígenes de las importaciones de azúcar en Colombia.²⁹⁹

ANÁLISIS DE LA SGCAN

- [619] En vista de los argumentos presentados, encuentra esta Secretaría General que hay cuestiones que han sido puestas en su consideración por las Partes, Ecuador y Asocaña, que se resumen conforme lo indicado previamente, en los siguientes temas:

- [620] *La justificación sobre la intervención de los Países Miembros en el sector Agrícola*

- [621] *Aspectos del estado del mercado del azúcar:*

- 1) *Oferta del mercado colombiano del azúcar que proviene del Perú.*
- 2) *Estado del mercado peruano del azúcar, y el presunto desplazamiento de la oferta doméstica peruana y la de terceros países.*

²⁹⁶ Foja 32 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.

²⁹⁷ Foja 34 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.

²⁹⁸ Foja 38 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.

²⁹⁹ Fojas 55 a 56 del escrito de ASOCAÑA de fecha 28 de noviembre de 2019.



- 3) *Estado de las exportaciones de azúcar peruana, presuntamente en situación de desventaja respecto a las exportaciones de azúcar colombiana.*

[622] Sobre las cuestiones enunciadas, esta Secretaría General encuentra lo siguiente:

Acerca de la justificada intervención de los Países Miembros en el sector Agrícola

[623] Como primera cuestión cabe indicar que la norma comunitaria no excluye expresamente del ámbito de aplicación de la Decisión 608 las políticas y medidas regulatorias adoptadas por los Países Miembros en los temas vinculados al sector agrícola.

[624] En lo que respecta al argumento de que el FEPA va dirigido a cumplir con los principios y objetivos señalados en el artículo 87 del Acuerdo de Cartagena, cabe indicar que el referido artículo establece lo siguiente:

Artículo 87.- *Con el propósito de impulsar el desarrollo agropecuario y agroindustrial conjunto y alcanzar un mayor grado de seguridad alimentaria subregional, los Países Miembros ejecutarán un Programa de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial, armonizarán sus políticas y coordinarán sus planes nacionales del sector, tomando en cuenta, entre otros, los siguientes objetivos: (...) (Énfasis agregado)*

2.6 Sobre el alegado incumplimiento del 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

[625] En el escrito de reclamo, las Reclamante ha señalado que la República de Colombia incumple lo dispuesto en el 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el cual dispone lo siguiente:

*“Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.
Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”*

[626] Como se puede observar, el precitado artículo establece la obligación que tienen los Países Miembros de cumplir con las disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico andino y adoptar las medidas que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento de dichas disposiciones.

[627] Sobre el particular, en el presente caso al haberse determinado que la Reclamada no ha incumplido con sus obligaciones derivadas del artículo 36 de la Decisión 608, corresponde también determinar que la reclamada no ha incumplido el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

2.7 Sobre la flagrancia alegada

[628] Sobre el particular, esta SGCAN considera, a la luz de los alcances expuestos en el acápite 2.3 del presente Dictamen y tomando en cuenta el análisis desarrollado, no habiendo incumplimiento del artículo 36 de la Decisión 608 por parte de la reclamada mucho menos hay flagrancia.

3. CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS. –

[629] Según la metodología implementada, se han revisado dos elementos que permiten calificar la existencia o no de un incumplimiento por parte de la República de Colombia



al adoptar y aplicar el FEPA en los términos de la Decisión N° 623, a saber: (i) si la adopción del FEPA se constituye como política y medida regulatoria de mercado; y, (ii) si la aplicación del FEPA impide, entorpece o distorsiona la competencia en el mercado subregional.

- [630] Respecto al punto (i) precedente, se pudo observar que, de todas las medidas denunciadas por la APAAD (diez en total), únicamente el Decreto 569 de 2000 (por el cual se organiza el FEPA) y las Resoluciones N° 1 y 2 de 2019, N° 3 de 2013, N° 4 de 2011 y N° 2 de 2007 (que reglamentan disposiciones específicas del FEPA) califican como política y medida regulatoria de mercado, por las siguientes razones:
- [631] Bajo los criterios implementados, según lo señalado por el TJCAN, se pudo verificar que el Decreto 569 de 2000 y cinco (5) Resoluciones del FEPA califican como medidas gubernamentales, por que corresponden a actos administrativos del Estado colombiano (primer criterio), y además, todas ellas contienen disposiciones que regulan aspectos de mercado (segundo criterio).
- [632] Por el contrario, las otras tres (3) Resoluciones del FEPA no fueron incluidas en el análisis por que corresponden a normas que se encuentran actualmente derogadas. Así como tampoco fue incluida en el análisis una Circular emitida por el Secretario Técnico del FEPA, por corresponder a una nota informativa y no tener carácter regulatorio.
- [633] Respecto al punto (ii) precedente, sobre la aplicación del FEPA y sus posibles efectos en los términos del Decreto 569 de 2000 y las Resoluciones del FEPA que califican como política y medida regulatoria de mercado se pudo observar lo siguiente:
- [634] Sobre el supuesto efecto de impedir o dificultar las importaciones de azúcar en el mercado de Colombia alegado por la APAAD, se pudo evidenciar que ninguna de las normas antes mencionadas contempla disposiciones que tengan la finalidad de crear algún tipo de obstáculos a las importaciones provenientes de la CAN o de terceros países. Eso se verifica también en la data económica y comercial disponible en el expediente, pues se observó que luego de entrar en vigencia el funcionamiento del FEPA (en 2001), a partir de 2010 hasta 2018 se mantuvo una relación comercial fluida del comercio de azúcar entre Perú y Colombia, incluso las exportaciones de Perú a Colombia para el periodo enero – octubre de 2019 superaron en cantidad a lo registrado en todo el año 2018.
- [635] Sobre el supuesto efecto de distorsionar la competencia en el mercado peruano a través de las exportaciones colombianas, se debe indicar que de la lectura de las normas antes mencionadas no se puede verificar el supuesto efecto distorsionador de la competencia alegado por la APAAD sobre el mercado peruano. Si bien la aplicación de tales normas permite que los productores colombianos realicen exportaciones al mercado peruano recibiendo una compensación por dicha actividad comercial en determinadas circunstancias, la evidencia económica demuestra que los envíos efectuados al Perú se hicieron a precios que no estuvieron por debajo de la cotización internacional. Además, no se acreditó un desplazamiento de la oferta nacional, sino más bien un comportamiento fluctuante durante el periodo 2014 – 2018 que guardó correlato con la participación de azúcar proveniente de Colombia, Guatemala, Brasil o Cuba que ingresaron todos, a precios menores a los que registró APAAD.
- [636] Sobre el supuesto efecto de distorsionar la competencia en el mercado de terceros países andinos a través de las exportaciones colombianas, se debe indicar que únicamente de la lectura de las normas antes mencionadas no se puede verificar el supuesto efecto distorsionador de la competencia alegado por la APAAD. Si bien la aplicación de tales normas permite que los productores colombianos realicen exportaciones al mercado subregional recibiendo una compensación por dicha actividad comercial en determinadas circunstancias, la evidencia económica demuestra que, las



marginales exportaciones del Perú a otro mercado andino (Ecuador) no fueron desplazadas.

- [637] Por todo lo anterior, la SGCAN, con base en las consideraciones que se anteponen, la información suministrada por las Partes o solicitada por la Secretaría General y los motivos expuestos en el presente Dictamen, considera que la República de Colombia, mediante las disposiciones que regulan el mecanismo de cesiones y compensaciones contenidas en el Decreto 569 de 2000 y las Resoluciones 1 de 2019, N° 2 de 2019 y N° 4 de 2011 y N° 2 de 2007 del FEPA, no incumple lo dispuesto en el artículo 36 de la Decisión 608 dado que si bien la adopción del FEPA se constituye como política y medida regulatoria de mercado, se ha evidenciado que su aplicación no impide, ni entorpece, ni distorsiona la competencia en el mercado subregional y al no concurrir los dos supuestos fácticos de la norma, la misma no resulta vulnerada.

Jorge Hernando Pedraza
Secretario General