

ACUERDOS



Revista de Derecho Económico Internacional

Edición 1 • 2014 • <http://www.mincit.gov.co>



MinCIT
Ministerio de Comercio,
Industria y Turismo

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

10 Años
OALI
Oficina de Asuntos Legales Internacionales

ACUERDOS

Revista de Derecho Económico Internacional

Santiago Rojas Arroyo
Ministro de Comercio, Industria y Turismo

Claudia Candela Bello
Viceministra Comercio Exterior

Nicolás Torres Álvarez
Jefe Oficina de Asuntos Legales Internacionales

Ana María Garcés
Carlos Alberto Rojas
Laura Veloza Blanco
Luis Carlos Ramírez
María Elisa Abril Barreto
Nicolás Torres Álvarez
Editores Comité Editorial

María Elisa Abril Barreto
Coordinadora Comité Editorial

Nicolás Torres Álvarez
Director Comité Editorial

SCRAV - Estudio Creativo Audiovisual Ltda.
Diseño y Diagramación

Publicación Digital

© 2014 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Todos los derechos reservados
Calle 28 No 13 A – 15 • PBX: (+571) 6067676
• Fax: (+571) 6067522
contacto@mincit.gov.co
www.mincit.gov.co
Bogotá, Colombia



MinCIT
Ministerio de Comercio,
Industria y Turismo

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Contenido

- 4 | Editorial**
Santiago Rojas Arroyo
- 7 | Artículos**
- 8 |** Apertura Comercial, Industria y Cadenas de Valor
Carlos Ronderos
- 21 |** La disputa sobre el banano con la Unión Europea en la OMC
Eduardo Muñoz Gómez
- 28 |** Repensar la Institucionalidad del Comercio Internacional y la Política Comercial
Olga Lucia Lozano F.
- 32 |** Los Tratados de Libre Comercio y las Regiones
Hernán Avendaño Cruz
- 50 |** La "PETITE HISTOIRE" de la Creación de la OALI
Edgar Iván Ramírez
- 52 |** Acceso de mercancías remanufacturadas en el acuerdo de promoción comercial suscrito con los Estados Unidos
Miguel A. Castro Riberos
- 66 |** La Regulación de la Contratación Estatal y los Acuerdos Comerciales Celebrados por Colombia: Algunas Consideraciones Prácticas
Juan Pablo Moya Hoyos
- 77 | Conceptos**
- 78 |** Medidas sobre la exportación de cacao del Ecuador hacia Colombia
- 80 |** Venta de buques o navíos construidos en Colombia a los Estados Unidos
- 82 |** Importación a Colombia de productos remanufacturados en México y despachados desde los Estados Unidos
- 84 |** Importación a Colombia de llantas neumáticas rencauchadas provenientes de los Estados Unidos
- 86 |** Tributos a la cerveza de Bolivia – Acuerdo de Cartagena
- 88 |** Concepto sobre Certificado de reembolso tributario en Colombia
- 96 |** Acuerdos de acumulación regional en el marco del TLC con Estados Unidos, aspectos a considerar
- 99 |** Importación de mercancías usadas provenientes de los Estados Unidos
- 104 |** Memorando de entendimiento turismo Colombia - Andorra
- 108 |** Principios Unidroit contratación internacional
- 111 | Actualidad**
- 112 |** China – Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno
- 115 |** Comunidades Europeas – Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas.
- 118 |** Acción de Nulidad ante el Tribunal Andino -CAN Decisión 689
- 123 |** La aplicación provisional de los tratados de libre comercio acordados en el ámbito de la OMC

EDITORIAL

Como Ministro de Comercio, Industria y Turismo, me complace presentar la revista Acuerdos. Se trata de una publicación virtual que la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio comenzará a publicar periódicamente.

El objetivo de la revista es ser un espacio académico y de información, en donde el Ministerio divulgará análisis, conceptos e información jurídica relacionada con los acuerdos internacionales, con los que cuenta el país y en los que hemos trabajado desde este sector.

Acuerdos tendrá un espacio de reflexión e información, en el que se abordarán temas relacionados con el crecimiento empresarial y el aumento de la productividad de las compañías, a partir de la sofisticación y diversificación del aparato productivo colombiano desde las regiones, que es una de las razones de ser de esta cartera.

Justamente, para ello se requiere, entre otros, lograr el acceso a mercados internacionales para las empresas colombianas, en el marco de la estrategia de Internacionalización de la Economía, en ejecución del proceso de Negociación y Administración de Relaciones Comerciales y en cumplimiento de la política de calidad del Ministerio.

Como es bien sabido, Colombia está construyendo un modelo económico exitoso, basado en la integración al mundo, lo que nos permite ser hoy la tercera economía de América Latina y los Acuerdos Comerciales son eje indispensable de ese modelo económico. Ahora nos enfocamos en un eficaz aprovechamiento de los mercados internacionales.

El adecuado aprovechamiento de los mencionados acuerdos, requiere que haya consciencia sobre las oportunidades y ventajas que ellos otorgan y que las empresas, con el apoyo del Gobierno, adecúen sus procesos productivos, comerciales, logísticos y de prestación de servicios, para poder aprovechar dichas oportunidades y ventajas.

La tarea no es fácil y requiere conocimientos especializados que idealmente se deberían difundir cada vez más. Para ello, es importante que la academia el sector industrial y el comercial hagan alianzas y reciban el apoyo del Gobierno. Esta publicación pretende ser una de esas herramientas de información, en apoyo de tales alianzas.

En este primer número contamos con artículos escritos por expertos académicos, con experiencia en el sector.

Con este lanzamiento el Ministerio quiere conmemorar los 10 años de existencia de su Oficina de Asuntos Legales Internacionales, que es parte del engranaje institucional de la entidad, cumpliendo una función de apoyo a la Misión del Ministerio, brindando asesoría legal transversal respecto de los asuntos relacionados con la política de desarrollo empresarial mediante el comercio exterior.

Qué mejor motivo para que los interesados en temas afines al comercio exterior conozcan de cerca opiniones académicas de alta calidad y el desarrollo de diferentes conceptos legales del Ministerio en temas de interés.

Espero que esta publicación sea del interés de todos ustedes y estamos abiertos a las sugerencias, con el fin de que en los futuros números de la revista, sigamos proporcionando la información que resulte del mayor interés de todos ustedes.

Santiago Rojas Arroyo
Ministro de Comercio, Industria y Turismo



01

Artículos

APERTURA COMERCIAL, INDUSTRIA Y CADENAS DE VALOR

Carlos Ronderos *



freeimages.com

* El autor es Economista con Doctorado en Economía. Ha sido profesor en varias universidades en el área de Comercio Exterior. Es autor de varios libros sobre comercio internacional y fue Ministro de Comercio Exterior de Colombia.

INTRODUCCIÓN

“La evolución de la organización industrial a escala global afecta no solo la suerte de las firmas y la estructura de la industria, sino también define cómo y por qué los países avanzan en la economía global. El trabajo de investigación acerca de las cadenas de valor mundial y la política correspondiente examina las maneras diferentes en las cuales la producción global y los sistemas de distribución se integran, y la posibilidad que tienen las empresas de los países en desarrollo de desarrollar su posición en el mercado global” (Gereffi 2005). En la anterior cita, Gereffi pone de presente la que constituye la mejor oportunidad para los países emergentes tanto en su tarea por mejorar sus procesos industriales como para lograr la incorporación de nuevas tecnologías e inversión extranjera directa con valor agregado. Este escrito explora el alcance de esta nueva realidad del comercio exterior y alerta sobre la necesidad que tiene Colombia de lograr una integración al mercado global vía las nuevas estructuras industriales.

LA DICOTOMIA DE LA PROTECCIÓN Y EL DESARROLLO INDUSTRIAL

En América Latina, años de protección que tuvieron su origen en las teorías de la industria naciente, que inspiraron a muchos de los padres de los modelos de desarrollo industrial “hacia adentro”, han llevado a algunos a creer que la protección es indispensable para el avance de una estructura industrial de la región (Sunkel, O, Paz. P 1973). Tanto así, que los modelos de desarrollo económico que adoptaron varios países América Latina, y en particular Colombia, a partir de la década de los sesenta del siglo pasado se fundamentaron en una estructura arancelaria escalonada que fomentaba una industria doméstica de bienes de consumo permitiendo la importación de bienes de capital e insumos. Este modelo, que resulta en tasas de protección efectiva muy altas, que en el caso

del sector de ensamblaje automotriz llegaron al 130% (Ronderos 2013), era el responsable de generar un desarrollo industrial que, con contadas excepciones, a la postre resultó ineficiente y altamente vulnerable a la exposición a la competencia internacional.

Opuesto a este planteamiento, los defensores del liberalismo económico, que en la región ganó terreno a partir de los planteamientos del profesor Milton Friedman de la Universidad de Chicago (Friedman 1962), propugnaron por una política de apertura económica en la cual era el mercado y no el Estado, a través de aranceles, quien señalaba los patrones de producción. Chile fue el primer país de la región en seguir los lineamientos de esta política, lo que llevó a este país a retirarse del Pacto Andino, un sistema de integración regional diseñado para generar economías de escala en los procesos de industrialización protegidos. Dos décadas después de Chile, en la década de los noventa, otros países, entre ellos Colombia, iniciaron un proceso lento hacia un modelo de apertura con una serie de medidas que incluyeron, en el campo de las relaciones económicas internacionales, una disminución de los aranceles, un manejo más abierto de las divisas y una política de atracción a la inversión extranjera. Este tímido proceso conocido como “La Apertura”, provocó reacciones de parte de la industria manufacturera, que se sintió amenazada.

Los planteamientos teóricos de David Ricardo y de Heckscher & Ohlin, que reeditaron los defensores del liberalismo económico, señalaban que los países latinoamericanos debían dirigir sus economías hacia la producción de aquellos sectores en los cuales se tuvieran ventajas comparativas y, como era de esperarse, en los países de la región éstas se derivaban en buena parte de la existencia de la dotación abundante de mano de obra barata, eficiencia en algunos productos agrícolas y disponibilidad de recursos naturales. Con muy contadas excepciones, no era ciertamente en los sectores industriales

donde se encontraban las ventajas comparativas que les permitirían competir en los mercados internacionales y, como consecuencia de ello, los países de la región, y en particular Colombia, sufrieron un proceso de desindustrialización (Echavarría J.J 2006). Los recursos se fueron orientando a los sectores donde existían verdaderas ventajas derivadas de la dotación de factores y los países se convirtieron rápidamente en exportadores de productos agrícolas y materia primas. En la Tabla No.1 se puede observar cómo en Colombia este fenómeno se ha ido afianzando en los últimos años.

Atrapados en el dilema que resulta de la aparente dicotomía que existe entre apertura/globalización e industrialización, los países de América Latina, y en particular Colombia, enfrentan una nueva ola de liberalización comercial que surge de los avances del regionalismo y que se manifiesta en la suscripción de un serie de tratados de libre comercio que llevarán, en el mediano plazo, a la eliminación total de las barreras arancelarias que hoy protegen la industria manufacturera. La aprobación de los tratados de libre comercio suscritos por Colombia con los Estados Unidos, Canadá, la Unión

TABLA No. 1
PARTICIPACIÓN PRINCIPALES "COMMODITIES" EN EXPORTACIONES COLOMBIANAS

Descripción del producto	Valor exportado en 2009	% Primarias	Valor exportado en 2010	% Primarias	Valor exportado en 2011	% Primarias	Valor exportado en 2012	% Primarias	Valor exportado en 2013	% Primarias
Todos los productos	\$ 32.852.986		\$ 39.819.529		\$ 56.953.516		\$ 60.273.618		\$ 58.811.839	
Combustibles minerales, Aceites minerales	\$ 15.780.900	48.03%	\$ 22.564.446	56.67%	\$ 36.489.143	64.07%	\$ 39.617.936	65.73%	\$ 39.268.410	66.77%
Perlas finas o cultivadas, Piedras preciosas	\$ 1.702.196	5.18%	\$ 2.315.071	5.81%	\$ 3.033.537	5.33%	\$ 3.652.433	6.06%	\$ 2.507.322	4.26%
Café, té, yerba mate y especias	\$ 1.581.061	4.81%	\$ 1.921.672	4.83%	\$ 2.665.457	4.68%	\$ 1.964.992	3.26%	\$ 1.933.994	3.29%
Materias plásticas y manufacturas de estas materias	\$ 1.099.407	3.35%	\$ 1.256.802	3.16%	\$ 1.510.205	2.65%	\$ 1.541.056	2.56%	\$ 1.601.221	2.72%
Plantas vivas y productos de la floricultura	\$ 1.055.752	3.21%	\$ 1.248.464	3.14%	\$ 1.260.038	2.21%	\$ 1.278.532	2.12%	\$ 1.344.652	2.29%
Frutos comestibles; cortezas de agrios o de melones	\$ 885.726	2.70%	\$ 798.947	2.01%	\$ 873.745	1.53%	\$ 880.443	1.46%	\$ 827.376	1.41%
Fundición, hierro y acero	\$ 892.669	2.72%	\$ 1.193.150	3.00%	\$ 1.034.999	1.82%	\$ 1.047.294	1.74%	\$ 829.989	1.41%
Azúcares y artículos de confitería	\$ 626.031	1.91%	\$ 673.754	1.69%	\$ 878.090	1.54%	\$ 770.747	1.28%	\$ 649.962	1.11%
TOTAL 8 PRIMEROS COMMODITIES		71.91%		80.29%		83.83%		84.21%		83.25%

Fuente: Trademap con datos DANE

Europa, y Corea así como los avances en las negociaciones de un tratado de libre comercio con Japón, todos estos países de alta competitividad en los productos de la industria manufacturera, traerá como resultado la exposición de las industriales nacionales, nacidas al amparo de la protección, a una competencia por parte de industrias altamente eficientes. Los críticos de estos procesos de apertura vaticinan una nueva ola de desindustrialización y el temor a que, como resultado de ello, los países andinos vean afectados sus niveles de bienestar y sus tasas de empleo.

La pregunta que surge y que deben responder los gobiernos, empresarios y académicos es cómo salir de este dilema planteando una estrategia que permita, simultáneamente, avanzar en la apertura y garantizar un desarrollo industrial de alto valor agregado. La respuesta a esta pregunta requiere acciones prontas, pues el desarrollo de las tecnologías de comunicación, el avance de la globalización y la intensificación de los acuerdos regionales llevarán inevitablemente a Colombia a un ámbito de competencia mundial.

Desde la década de los setenta del siglo XX, los economistas empezaron a cuestionarse la vigencia de las teorías de las ventajas comparativas, por cuanto el comercio del mundo que más crecía era uno en cual el intercambio se daba entre países con similares dotaciones de factores y por ende, el tipo y la naturaleza de los productos que se intercambiaban eran fundamentalmente los mismos.

Como puede apreciarse en la Tabla No.2, cuando se compara el comercio bilateral entre dos naciones altamente industrializadas, en este caso los Estados Unidos y Alemania, se encuentra que los productos que se exportan mutuamente pertenecen a las mismas clasificaciones arancelarias en nueve de los once primeros renglones de intercambio. Lo que nos muestra esta tabla es que ambos países se exportan lo



freeimages.com

mismo y ello no es incompatible con la existencia de altos niveles de competitividad, sino que, por el contrario, demuestra que ambos son altamente competitivos en la producción de bienes de esos capítulos del arancel. Como bien lo plantea Porter (1998), los cuatro elementos de la competitividad no se basan en las ventajas comparativas sino en la segmentación de mercados, en la diferenciación de productos, en la diferenciación tecnológica y en las economías de escala.

TABLA No. 2
COMERCIO ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y ALEMANIA

Código del producto	Descripción del Producto	Importaciones EUA desde Alemania		Código del producto	Descripción del Producto	Importaciones EUA desde Alemania	
		Valor en 2012	Valor en 2013			Valor en 2012	Valor en 2013
TOTAL	Todos los productos	110602812	116924737	TOTAL	Todos los productos	68947713	66556879
'87	VEHÍCULOS: Automóviles, tractores, ciclos, demás vehíc. terrestres, sus part	29992279	33168142	'84	Máquinas, reactores nucleares, calderas, aparatos y artefactos mecánicos.	11778676	11181516
'84	Máquinas, reactores nucleares, calderas, aparatos y artefactos mecánicos.	22469147	22374261	'30	Productos farmacéuticos	8925914	9212693
'30	Productos farmacéuticos	10185517	11174901	'87	VEHÍCULOS: Automóviles, tractores, ciclos, demás vehíc. terrestres, sus part	6765519	7238703
'90	Instrumentos, aparatos de óptica, fotografía, cinematografía, medida, contr	8926945	9036842	'90	Instrumentos, aparatos de óptica, fotografía, cinematografía, medida, contr	7450173	7105265
'85	Máquinas, aparatos y material eléctrico; sus partes, aparatos de grabación	7849851	7808184	'85	Máquinas, aparatos y material eléctrico; sus partes, aparatos de grabación	7311044	6468885
'99	Materias no a otra parte especificadas	3492118	3717551	'88	Navegación aérea o espacial	2453361	3380859
'29	Productos químicos orgánicos	3137577	3444239	'27	Combustibles minerales, aceites minerales y prod. de su de estilación	3252611	2647594
'88	Navegación aérea o espacial	1523341	2973561	'29	Productos químicos orgánicos	2172533	1912043
'39	Materias plásticas y manufacturas de estas materias	2504781	2643734	'39	Materias plásticas y manufacturas de estas materias	2050141	1885844
'73	Manufacturas de fundición, de hierro o de acero.	2156193	1913667	'38	Miscellaneous chemical products.	1955613	1752127
'38	Miscellaneous chemical products.	1463370	1707361	'99	Materias no a otra parte especificadas	1828446	1125888

Mientras la teoría de las ventajas comparativas desarrollada con fundamento en la dotación de factores, vaticinaba un comercio inter industria, donde diferentes industrias que requerían diferente dotación de factores intercambiaban bienes generando, en ese proceso, un beneficio que no se logra en el mercado interno, el gran desarrollo del comercio exterior del mundo se está dando entre ramas industriales similares, entre países y compañías que producen bienes similares, en lo que se llama comercio Intra-Industria.

La pregunta que se planteó el estudio de la economía internacional era si las teorías clásicas eran compatibles con este escenario de intercambio. Tanto Krugman (1979, 1980) como Helpman (1981) buscaron dar respuesta a esta inquietud identificando las bases de lo que se conoce como la "Nueva Teoría de Comercio Exterior" en la cual se muestra que "el comercio internacional no necesita ser el resultado de diferencias internacionales en tecnologías o dotación de factores" ². Son el efecto de otros elementos, tales como la diferenciación de productos,

la competencia monopolística y las economías de escala los que ayuda a entender las razones del crecimiento del comercio intra-industria que caracteriza el comercio entre las naciones ricas con dotaciones de factores similares.

A medida que los países tienen mayores niveles de ingreso segmentan el consumo de los bienes industriales y esa segmentación permite producción a mayores economías de escala que originan los flujos de comercio internacional. Según Ruffin:

*“el comercio intra-industria incrementa las ganancias derivadas del comercio a través de una mayor explotación de las economías de escala – en lugar de que sea mediante las ventajas comparativas – en la medida en que el comercio lleva a los países a concentrarse en un limitado número de productos al interior de una industria en particular. Esto lleva a una expansión del comercio mundial que resulta del ahorro en los costos fijos”*³.

Las cifras del crecimiento del comercio intra-industria son indicativas de la importancia que en el mundo tiene este tipo de comercio y la tendencia que tiene la estructura de los bienes que se intercambian en el mundo.

El análisis de estas cifras la OECD⁴ recalca varios hechos que vale la pena recoger. En primera instancia, señala la alta coincidencia entre países en los cuales el comercio intra-industria es importante y aquellos países en los cuales

el comercio exterior es un porcentaje importante del PIB, lo que resalta el hecho que son los países que están más integrados a la “cadena global de valor” y que pertenecen al grupo de países superexportadores, expresión acuñada por Krugman.

El segundo hecho relevante, es que en el grupo de mayor crecimiento se encuentran países de “Transición” como República Checa, a los cuales han llegado grandes volúmenes de Inversión Extranjera Directa (IED) de parte de las grandes multinacionales que buscan nuevos centros de producción para una parte de sus cadenas de valor.

Señala como tercer elemento por destacar el caso de México, que tiene éste crecimiento como resultado de su incorporación al Área de Libre Comercio de Norte América (NAFTA) y comercio incremental con países de mayores ingresos y gran desarrollo industrial (EUA y Canadá), y como cuarto y quinto elemento, la creciente participación del comercio Intra-Industria en Japón y Corea, y el hecho que en los países en los cuales esta participación es baja se caracterizan por ser exportadores de productos primarios.

Sin pretender profundizar en la extensa bibliografía del comercio intra-industria, es claro que los teóricos, desde Grubel-Lloyd (1975) pasando por los trabajos pioneros de Krugman y Helpman ya mencionados, argumentan que el comercio intra-industria se da entre países ricos que tienen una alta diferenciación de sus productos y entre países con similares niveles de ingresos, porque la existencia de nichos de productos diferenciados es lo que permite que los consumidores con altos ingresos construyan la base de las economías de escala que se mencionaron al inicio de esta sección.

² Krugman, P(1979); Increasing Returns, Monopolistic Competition, and international Trade. En; Journal of International Economics, No. 9, Páginas 469 479 Holanda. Página 479.

³ Rffin, R (MMM) ; The Nature and Significance of Intra-Industry Trade. En; Federal Reserve Bank if Dallas.

⁴ OECD (2002) Intra-Industry and Intra-Firm Trade and the Internationalization of Production. En ; OECD Economic Outlook, 71.

TABLA No. 3
COMERCIO INTRA-INDUSTRIA DE BIENES MANUFACTURADOS COMO PORCENTAJE DEL COMERCIO TOTAL

	1988-91	1992-95	1996 2000	Variación
Comercio Intra - Industria Alto y Creciente				
República Checa	n.a.	66.3	77.4	11.1
República Eslovaca	n.a.	69.8	76.0	6.2
México	62.5	74.4	73.4	10.9
Hungría	54.9	64.3	72.1	17.2
Alemania	67.1	72.0	72.0	5.0
Estados Unidos	63.5	65.3	68.5	5.0
Polonia	56.4	61.7	62.6	6.2
Portugal	52.4	56.3	61.3	8.9
Comercio Intra - Industria Alto y Estable				
Francia	75.9	77.6	77.5	1.6
Canadá	73.5	74.7	76.2	2.7
Austria	71.8	74.3	74.2	2.4
Reino Unido	70.1	73.1	73.7	3.6
Suiza	69.8	71.8	72.0	2.2
Bélgica/Luxemburgo	77.6	77.7	71.4	6,2
España	68.2	72.1	71.2	3.0
Holanda	69.2	70.4	68.9	-0.3
Suecia	64.2	64.64	66.6	2.4
Dinamarca	61.6	63.4	64.8	3.2
Italia	61.6	64.0	64.7	3.1
Irlanda	58.6	57.2	54.6	-4.0
Finlandia	53.8	53.2	53.9	0.1

Fuente: OECD

COMERCIO INTRA-INDUSTRIA Y SEGMENTACIÓN DE LAS CADENAS DE VALOR

Conjuntamente con los elementos básicos de la "Nueva Teoría de Comercio Exterior" asociada a la explicación del comercio intra-industria, en la sección anterior se evidenciaron nuevos fenómenos asociados a esta manifestación del

comercio internacional y estos están relacionados con los proceso de fragmentación de las cadenas de producción global, que en el mundo globalizado son la manifestación de la nueva estructura productiva de las corporaciones multinacionales (CMN). Como lo señala Ernst "una liberalización y desregulación progresiva del comercio internacional y la inversión y el rá-

pido crecimiento y difusión de las tecnologías de la información y las comunicaciones (IT) ha cambiado fundamentalmente la dinámica competitiva en la cual operan las corporaciones multinacionales (CMN)⁵.

Esta nueva dinámica involucra fragmentar la cadena de valor en diferentes países lo que implica que el comercio de bienes crezca en proporciones mayores al valor agregado de las mercancías finales por el flujo de partes e insumos que viajan a través de las fronteras para integrarse a cadenas de producción. Este fenómeno dio origen a la necesidad de redefinir la forma en la cual se contabilizan los flujos de comercio y a entender que los bienes hoy son producidos fundamentalmente “en el mundo” (Made in the World, dice la OMC). La iniciativa “Made in the World” de la OMC, conjuntamente con OECD, busca, además de crear conciencia sobre esta nueva realidad, generar una contabilidad de los flujos de comercio que refleje verdaderamente el valor que en esas cadenas agrega el país exportador.

El nuevo esquema contable busca determinar el valor agregado en cada etapa de la cadena en cada país para no contabilizar el insumo que ingresa y que sale nuevamente incorporado en un paso más avanzado de la cadena de producción, o en términos de la OMC “el sesgo estadístico que genera la imputación de la totalidad del valor comercial al último país de origen puede falsear igualmente el debate político sobre el origen de los desequilibrios y hacer que se tomen decisiones mal fundamentadas y por lo tanto contraproducentes”⁶.

Esta nueva visión de la producción, del comercio y de la forma como se contabilizan

los flujos de comercio obliga a los países a replantear su política industrial y su política de comercio exterior, buscando encadenamientos con crecientes contenidos de valor. Diferentes autores han denominado este fenómeno como Fragmentación de la cadena de valor global, o como Cadenas globales de bienes o como Redes mundiales de producción, pero todos estos conceptos responden a los fundamentos competitivos de las empresas en el ámbito de la globalización e indican que “aquellas firmas que se apoyan en competencias complementarias de otras firmas y se focalizan en sus áreas de competencia tendrán un mejor desempeño que aquellas firmas que están verticalmente integradas o diversificadas de manera incoherente.”⁷

Gereffi (2005) define la fragmentación de las cadenas de valor como un proceso mediante el cual la tecnología se combina con materiales e insumos laborales y esos insumos procesados son ensamblados, mercadeados distribuidos y en el cual una firma puede ser un sólo eslabón de esta cadena.

La forma en la cual se articulan los diferentes actores de las cadenas resulta de mayor importancia porque en este relacionamiento se define el valor agregado y la apropiación de tecnología, entre otros temas. En este contexto resulta útil la categorización que trae Gereffi (2005), que integra las diferentes formas en las cuales proveedores de los países emergentes se articulan a procesos productivos guiados por CMN. Identifica este autor cinco tipos de relaciones entre los proveedores y demandantes así:

⁵ Ernt. D, Kim.L (2002); Global Production Networks, Knowledge Diffusion, and Local Capability Formation. Página 1417.En; Policy Research, 31, 1417-1419.

⁶ OMC: http://www.wto.org/spanish/res_s/statis_s/miwi_s/miwi_s.htm (Recuperado Febrero 2014)

⁷ Gereffi.G, Humphrey.J, Sturgeon.T (2005); The governance of Value Added Chains. En Review of International Political Economy ,12. Página 81.

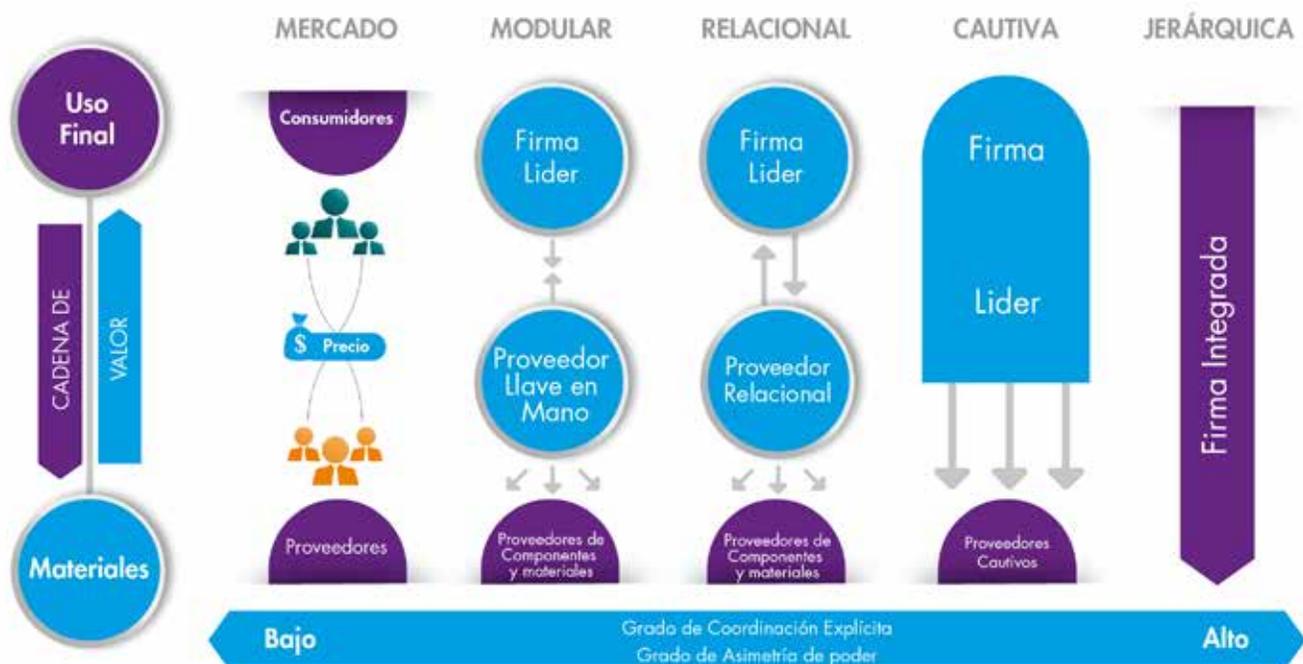
1. **Mercado:** Que pueden ser permanentes pero que se caracterizan por movilidad hacia nuevos socios, tanto del oferente como del demandante.
2. **Cadenas de Valor Modulares:** Oferentes producen bienes de conformidad con especificaciones del cliente, asumiendo total responsabilidad en el desarrollo de competencias, adopción de tecnología genérica y realizando inversiones por cuenta del cliente.
3. **Cadenas de Valor Relacionales:** Son relaciones más complejas que crean dependencia mutua y en las cuales los activos tiene niveles altos de especificidad. Los vínculos requieren altos niveles de confianza que suponen fidelidad y alta reputación.
4. **Cadenas de Valor Cautivas:** Se trata de proveedores pequeños que son transaccionalmente dependientes de los grandes compradores, en ese sentido están "cautivos". Su producción generalmente

monitoreada y controlada por los demandantes.

5. **Jerárquica:** Se trata de integración vertical en la cual los proveedores son de la misma corporación y son controlados desde la casa matriz.

Dos elementos fundamentales de esta tipología son, en primera instancia, el entendimiento de la existencia de proveedores que son societariamente independientes de la CMN así recibían inversión extranjera, colaboración, capacitación y tecnología y, en segunda medida, que en muchos casos se trata de empresas medianas y pequeñas con estructuras que son frecuentes en los países emergentes.

Estas dos características deben ser tenidas en cuenta al momento de diseñar una política que pretenda insertar los procesos de producción local a las redes globales, pues ello involucra estrategias de apoyo a la industria local, de promoción de la inversión extranjera directa y de transferencia y difusión de conocimiento.



Fuente; Gereffi et.al (2005)

En la figura anterior, se puede ver gráficamente la relación entre las empresas líderes, que en la gran mayoría de los casos pueden ser CMN, y los proveedores que, en el caso de las relaciones modulares y relacionales, denotan la existencia de las jerarquías y que se expresan en la existencia de empresas mediadoras en la cadena de valor entre el líder y los proveedores.

A medida que se avanza en los ejes verticales y horizontales de la gráfica se entiende que las empresas proveedoras encadenadas incrementan su participación en valor agregado, tienen una mayor coordinación con los compradores y disminuyen la asimetría de poder entre proveedores y compañías demandantes. Así, por ejemplo, en la primera columna (MERCADO) los proveedores ofrecen un bien o servicio que está mediado únicamente por precio, lo que significa que si alguien ofrece un mejor precio la relación puede terminar. Generalmente, en estos casos el valor añadido de proveedor es muy pequeño, no existe mucha coordinación con el demandante y la relación de poder favorece al comprador. Este es el caso de las confecciones en Colombia, donde se cosían prendas para grandes almacenes en Estados Unidos, que aportaban poco valor al valor final del bien y se vieron desplazadas por mejores precios en Centroamérica. En el otro extremo de la gráfica (JERÁRQUICA), hay transferencia de tecnología, clara coordinación, mutua dependencia y mayor aporte a la cadena de valor. En los casos de servicios de BPO, el tradicional "call center" se encuentra en la primera columna, mientras que los más avanzados KPO (Knowledge Process Outsourcing) se encuentran cada vez más a la derecha de la gráfica.

Esta descripción ayuda a entender los elementos que deben buscar los países en aspectos relacionados con agregación de valor en sus procesos de internacionalización industrial, con orientación de inversión extranjera directa y de transferencia de tecnología, buscando situarse en los módulos a la derecha de la gráfica.



Departamento Comunicaciones MINCIT

Dado que el elemento diferenciador en la estructuración de las ventajas competitivas – léase competitividad – de las naciones es el "Gap Tecnológico" (Porter 2002), entendido éste como la capacidad de incorporar elementos del conocimiento que permita a las naciones enfrentar el mercado internacional, generando niveles crecientes y sostenibles de bienestar en la población, es evidente que el tema de la transferencia de tecnología es un elemento que debe jugar un papel relevante al momento de definir cadenas. Ernst (2002) considera que las empresas líderes (Demandantes-CMN) en la construcción de las redes globales de producción logran transferencia de tecnología, bien mediante contratos formales de compra de una tecnología, que es necesaria para articular al proveedor, o simplemente de manera no contractual, dependiendo de la manera como se vinculan con sus proveedores jugando un rol activo o pasivo. La inversión extranjera directa tradicional, no relacionada con los procesos de fragmentación de la producción, ha sido poco eficiente en transferir tecnología, y este es, por ejemplo, el caso de los Estados Unidos (que es el principal inversionista en América Latina).

Para finales del siglo XX, la región generaba a las empresas norteamericanas con IED el 20% del total de empleo generado por esas compañías inversoras en el mundo. Sin embargo, en las subsidiarias de América Latina sólo se empleaba el 7% de la fuerza laboral contratada para labores de investigación y desarrollo, y este empleo se genera prioritariamente en Brasil y México (UNCTAD, 2005). Dado que la IED no está contribuyendo a los procesos de creación y transferencia de tecnología que permitan cerrar el "Gap Tecnológico", la vinculación a cadenas productivas de alta tecnología resulta un ejercicio fundamental para los países emergentes y claro ejemplo de ello es la experiencia de Costa Rica, que mediante su encadenamiento con empresas tecnológicas en los campos de los equipos ópticos y la computación le ha permitido un liderazgo regional en las exportaciones de alto contenido tecnológico.

México resulta un caso interesante de estudio, ya que diversos análisis muestran que la evolución industrial de este país se inscribe plenamente en los preceptos teóricos que en este documento se han expuesto. Para finales de la década de los noventa, transcurridos diez años de la firma del TLC con Estados Unidos, México había expandido sus exportaciones de cuarenta mil millones de dólares (1991) a ciento sesenta mil millones (2000) y el grueso de nuevo comercio se dirigió hacia los Estados Unidos que se convirtió en el destino de más del 85% de las exportaciones mexicanas. Contrario a lo que indicaría la teoría de las ventajas comparativas, esa enorme expansión del comercio mexicano no se dio en productos primarios con una abundante utilización de sus recursos disponibles sino en productos similares, si no idénticos a aquellos que estaba importando de los Estados Unidos (Ruffin 1999). Las conclusiones a las cuales llega el trabajo de Moreno y Viqueira (2007) son suficientemente elocuentes: "La evolución del índice de comercio intraindustrial de México

muestra que se ha dado un aumento notable de la parte del comercio internacional que corresponde a intercambios en bienes similares. Ello es un indicador del cambio estructural en el patrón del comercio exterior de México. El aumento del índice de comercio intraindustrial es un indicador más del cambio del patrón del comercio exterior que se ha operado en las últimas dos décadas. La expansión del comercio exterior observada se asocia no tanto a factores de ventaja comparativa de unas industrias sobre otras, como lo señala la teoría tradicional del comercio internacional, sino que se vincula a la expansión de modelos de producción compartida y a la especialización internacional dentro de cada sector."



Departamento Comunicaciones MINCIT

El caso mexicano y el hecho que en México fueron las empresas con exportaciones menores a cinco millones de dólares al año, las responsables por este crecimiento aportan elementos para plantear un modelo de integración con alta exposición a la competencia que promueva el desarrollo industrial, generando espacios económicos para la pequeña y mediana industria. Sin dudas el caso mexicano es par-

ticular por cuanto “la maquila” constituye un antecedente de los procesos de fragmentación que para el momento de la suscripción del TLC habían ganado un espacio en la estructura exportadora mexicana, pero los países andinos con estructuras industriales surgidas de sus procesos de integración regional deben constituir la base para un modelo similar.

Uno de los mayores retos de los países emergentes con larga tradición proteccionista es amortiguar el costo de transición de una economía cerrada a una economía abierta en razón a las amenazas que surgen contra una industria ancestralmente protegida. Los procesos de transformación de la industria doméstica en eslabo-



nes de las cadenas globales son fundamentales en la amortiguación de estos costos por cuanto la transición de la mano de obra dentro del mismo sector permite que el impacto social por desplazamiento de la mano de obra pase a ser una preocupación secundaria. En efecto, en los cambios resultantes de un comercio intra-industria los costos son considerablemente menores “y” los requerimientos laborales son similares

cuando la firma o el país se especializa en un nicho de una industria ya existente que cuando se cambia de sector (Pettersson 2002).

Colombia ha suscrito recientemente acuerdos de comercio que abren las puertas a esta integración industrial al formular una nueva visión del concepto de Norma de Origen.

Mientras en el pasado los países andinos trabajaban sobre la noción de normas de origen relacionadas con el contenido de insumos regionales, tratados como el de Estados Unidos consideran que toda generación de valor agregado genera origen y debe contabilizarse, de manera que el cálculo se basa en el valor de mercancía deduciendo el valor de los contenidos importados. Esta nueva metodología permite a las empresas nacionales y multinacionales integrarse a las cadenas de valor y consolidar origen sin que necesariamente se utilicen grandes cantidades de insumos locales, ya que la generación de valor podrá venir prioritariamente del mundo de los servicios.

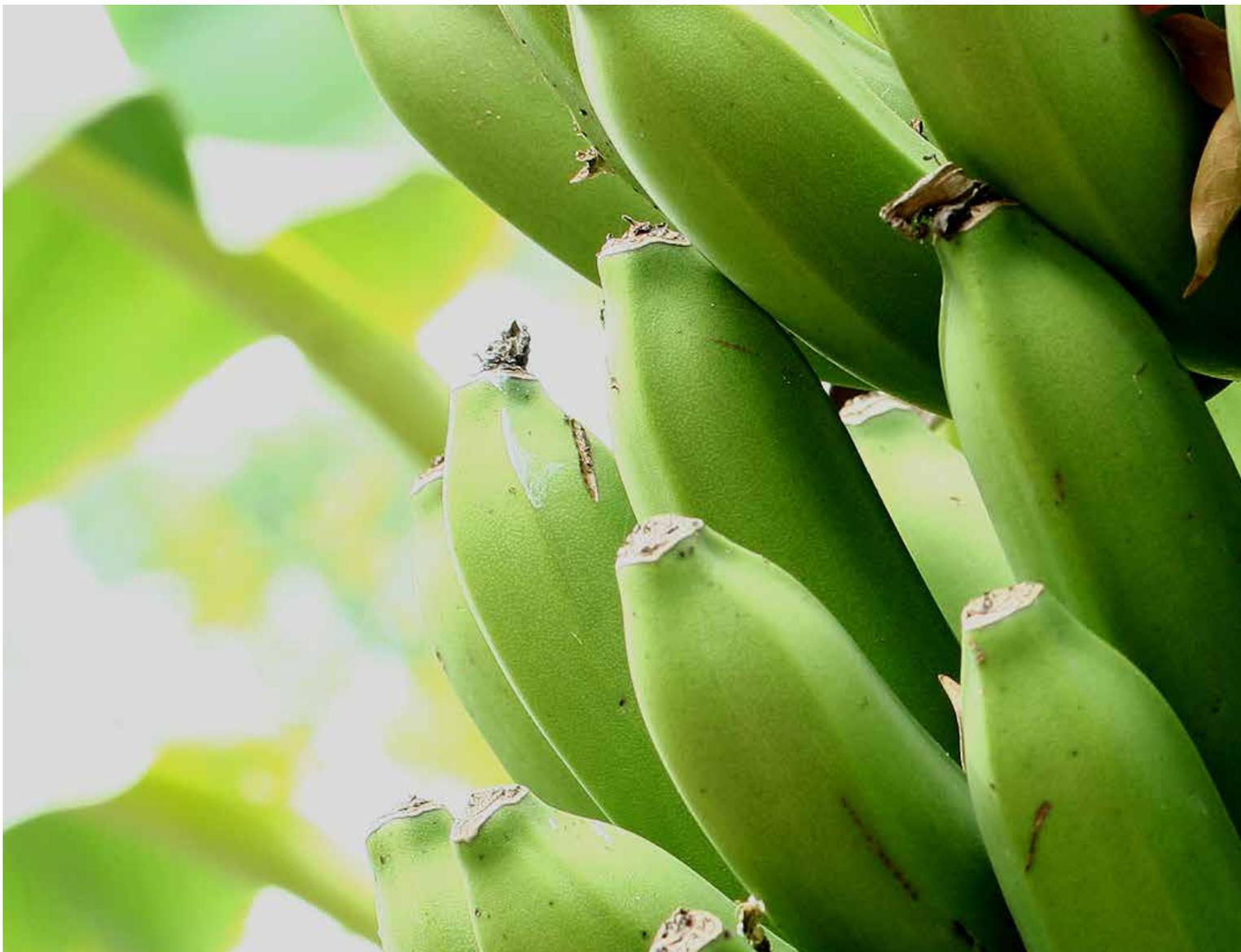
RECOMENDACIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Este documento recoge los principales elementos de lo que está sucediendo en los nuevos flujos de comercio en los cuales los factores dominantes son el comercio intra-industria y la fragmentación de los procesos de producción a escala global. Lo que claramente señala la lectura de esta nueva realidad, es que existe una enorme oportunidad para los países menos desarrollados que podrán, con las políticas y estrategias adecuadas, compatibilizar los procesos de apertura e integración con los del desarrollo industrial. Quedan muchas tareas por hacer, pues el camino de la integración con las economías más avanzadas apenas comienza y existe el tiempo para adelantar las investigaciones y diseñar las políticas que necesariamente tendrán que tener en cuenta, entre otras consideraciones:

1. La identificación de subsectores industriales en los cuales existan elementos de competitividad que permitan hacer una transición hacia esquemas de encadenamiento.
2. Identificar las limitaciones logísticas que puedan obstaculizar la articulación de los sectores identificados y diseñar políticas encaminadas a superar tales obstáculos. Especial cuidado debe darse a los temas relacionados con las tecnologías de la información y las comunicaciones.
3. Adelantar conjuntamente y con el apoyo de los nuevos socios comerciales una política de difusión del conocimiento asociada a procesos de articulación (I&D).
4. Crear un marco de promoción que debe incluir aproximación entre empresas, y promoción de inversión extranjera directa.

BIBLIOGRAFÍA

- Ernt. D, Kim.L (2002); *Global Production Networks, Knowledge Diffusion and Local Capability Formation.*; Policy Research, 31, 1417-1419.
- Feenstra R (1998); *Integration of Trade and Disintegration of Production in the Global Economy.* The Journal of Economic Perspectives, 12, 31-50.
- Gereffi.G, Humphrey.J, Sturgeon.T (2005); *The governance of Value Added Chains.* Review of International Political Economy ,12.
- Grubel, h.g.Lloyd PJ (1975), *Intra-industry Trade: The Theory and Measurement of International Trade in Differentiated Products.* Macmillan: London.
- Helpman E (1981); *International Trade in the Presence of Product Differentiation, Economies of Scales and Monopolistic Competition.* Journal of International Economics 11, 305-340.
- Isemonger A (2000); *The estimation of intra-industry trade in South Africa.* Development Southern Africa Vol 17, No 1.
- Krugman. P (1979). *Increasing Returns, Monopolistic Competition, and International Trade.* Journal of International Economics, 9, 469-479.
- Krugman P.(1980) *Scale Economies, Product Differentiation, and the Pattern of Trade* The American Economic Review, Vol. 70, No. 5., 950-959.
- Moreno L.W, Viqueira A.P (2007) *Comercio Intraindustrial en el Sector Manufacturero Mejicano; Comercio Exterior, Bancomex, México.*
- OECD (2002). *Intra-Industry and Intra-Firm Trade and the Internationalization of Production.* OECD Economic Outlook.
- Petersson L.(2002); *Integration and intra-industry trade adjustment in South Africa.* En Development Southern Africa, Vol 19, No 2.
- Porter M (1991); *Las Ventajas Competitivas de las Naciones.* Ed. Vergara.
- Ronderos C. (2006); *El Ajedrez del Libre Comercio.* Ed. Planeta- Gestión 2000.
- Ronderos C (2007); *Exportaciones Colombianas 1996-2006.* Ed. Universidad Sergio Arboleda.
- Sunkel O, Paz, P (1973). *El Subdesarrollo Latinoamericano y la Teoría del Desarrollo.* Ed Siglo XXI.
- Ruffin, Roy (1999), *Nature and Significance of Intra-Industry Trade.* En; Federal Reserve Bank of Dallas Economic and Financial Review, Fourth Quarter, 2-9.
- UNCTAD. (2005). *Transnational Corporations and the Internationalization of R&D.* World Investment Report.
- Venables A.J., Rice P. G. Stewart M. (2003); *The Geography of Intra-Industry Trade: empirics, Topics in Economic Analysis & Policy* Volumen 3, No. 1, Artículo 11.
- Wixted.B.L (2005); *Linked Clustering and the Role, Scale and Spatial Structure of Extraterritorial Interdependencies.* Ph.D Dissertation University of Western Sidney. Australia.
- <http://library.uws.edu.au/adtnuws/uploads/approved/adtnuws20060407.100831/public/01front.pdf>. fecha de consulta: 18 de Noviembre de 2007.



freeimages.com

LA DISPUTA SOBRE EL BANANO CON LA UNIÓN EUROPEA EN LA OMC¹

Eduardo Muñoz Gómez *

* Director del Centro de Aprovechamiento de Acuerdos Comerciales, Ex-Embajador y Representante Permanente de Colombia ante la OMC.

¹ Este artículo se basa en una presentación que el autor hizo durante el evento de conmemoración del 10º aniversario de fundación del Centro de Asesoría Legal ante la OMC -ACWL-, en Ginebra, Suiza, el 4 de Octubre de 2.011. Para esa presentación el autor recibió valiosos aportes del ex - consejero en la Misión de Colombia ante la OMC, Diego Prieto, así como del equipo de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, particularmente Mauricio Salcedo. El autor agradece igualmente a la Dra. Doris Jurado sus aportes editoriales.

RESUMEN

Dentro de las pocas disputas en que ha participado Colombia como demandante o demandado en la Organización Mundial de Comercio, ninguna ha tenido una duración tan larga y ha revestido tal complejidad como la diferencia con la Unión Europea sobre el acceso del banano al mercado comunitario. La experiencia colombiana en este caso muestra que una visión de largo plazo, coherencia en las posiciones negociadoras y la utilización de una buena estrategia legal que sea innovadora y creativa, pueden dar resultados positivos. El propósito del presente artículo es describir los pormenores de esa disputa y, en particular, resaltar cómo la estrategia legal sugerida por los asesores de Colombia, el Centro de Asesoría Legal ante la OMC, ACWL, y adoptada por el equipo de gobierno, fue central para lograr una culminación exitosa de este largo diferendo.

Palabras claves: disputas, comercio, banano, Unión Europea, Colombia

INTRODUCCIÓN

El Mecanismo de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio – OMC sirve para garantizar que los beneficios del sistema multilateral de comercio se extiendan a todos los miembros de la organización y no sólo a algunos de ellos. Históricamente, Colombia no ha sido un jugador importante en los conflictos comerciales multilaterales. Sin embargo, el aumento de su participación en el comercio internacional ha implicado para nuestro país un uso más activo del sistema de solución de diferencias de la OMC.

En los últimos años, Colombia ha venido incrementando su actividad en dicho mecanismo, no tanto como demandante o demandado, sino como tercera parte interesada en controversias que en él se ventilan. Esta es una buena forma de entender y manejar cada vez mejor el esquema de solución de controversias y también de crear capacidad institucional en el país para atender futuras disputas en que pueda verse involucrado.

Y, con un nuevo conjunto de acuerdos de libre comercio que hemos firmado en los últimos años, el comercio aumentará y con ello las posibilidades de tener que enfrentar conflictos comerciales.

En el sistema de solución de diferencias de la OMC², Colombia ha participado como reclamante en 5 casos, como demandado en 4 y como tercero en 41. En varios de ellos, Colombia ha utilizado los servicios del Centro de Asesoría Legal -ACWL- entidad creada para apoyar a los países en desarrollo a prevenir, manejar y resolver disputas en la OMC .

Quizás el caso más significativo en que Colombia ha participado dentro del esquema de solución de controversias de la OMC es la disputa comercial de larga data con la Unión Europea sobre el régimen para la venta y distribución de bananos en el mercado comunitario. Esta duró alrededor de 18 años con la participación de múltiples miembros de la organización, incluidos los países latinoamericanos exportadores de la fruta, las antiguas colonias europeas en África, Caribe y el Pacífico -ACP- y los Estados Unidos.

Si bien Colombia participó en esta controversia prácticamente desde sus inicios³, una etapa cru-

² Creado en 2001 como organización independiente de la OMC. Colombia jugó un papel preponderante como proponente e impulsora de la creación del Centro.

³ En la reunión del Consejo del GATT celebrada en julio de 1991, Costa Rica expresó la preocupación de que un régimen inminente de la UE para la importación de bananos discriminaría a los países de América Central. La preocupación fue compartida por Colombia, Honduras, México, el Perú y Venezuela. En junio de 1992, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua y Venezuela solicitaron la celebración de consultas con la UE.

cial comenzó en 2005, cuando nuestro país y otros latinoamericanos decidieron hacer uso de una cláusula de arbitraje para el banano que se había establecido en 2001 en la Conferencia Ministerial de la OMC en Doha, Qatar ⁴.

Durante esa Conferencia Ministerial y como parte de un acuerdo alcanzado con Ecuador y Estados Unidos, como consecuencia de sendas decisiones judiciales en el llamado caso Banano III ⁵, las Comunidades Europeas se comprometieron a transformar su sistema de importación de un contingente arancelario a un régimen exclusivamente arancelario.

El anexo de Doha sobre el banano señalaba que, durante el proceso de convertir el régimen de contingentes arancelarios a un sistema exclusivamente arancelario, las partes afectadas podían recurrir al arbitraje si creían que la nueva tarifa no “mantendría al menos el acceso total a los mercados”. Si el árbitro determinaba que el arancel propuesto por las Comunidades Europeas no cumplía esta condición, las CE tendrían que cambiar la tarifa y las partes afectadas podían recurrir a un segundo arbitraje en caso de que sintieran que la tarifa modificada volvía a incumplir la condición especificada.

Como era de esperar, la existencia de estas dos etapas de arbitraje no fue suficiente para impedir el ulterior desacuerdo. Por lo tanto, la paz que supuestamente había sido negociada en Doha se convirtió, por el contrario, en la base para un nuevo conflicto legal y comercial.

Un poco de especificidad sobre la situación del mercado es útil para entender el contexto

de esta etapa de la disputa. Antes de 2005 los bananos latinoamericanos entraban en el mercado común europeo con un arancel de 75€/tonelada para una cuota de 2.500.000 toneladas y 680 €/ton de arancel fuera de cuota. Las Comunidades Europeas consideraron que lo anterior sería equivalente a un arancel de 230 €/ton. Frente a esta propuesta, los principales países exportadores de banano de América Latina decidieron activar el mecanismo de arbitraje en marzo de 2005 ⁶.



freeimages.com

⁴ “Con respecto a las importaciones de bananos por las CE, a partir del 1 de enero de 2002 y hasta el 31 de Diciembre de 2005 se suspende la aplicación de las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo III del GATT de 1994 respecto del contingente arancelario separado de 750.000 toneladas de las CE destinados a los bananos de origen ACP”

⁵ El 19 de abril de 1999, la OMC autorizó a los Estados Unidos para imponer sanciones por un valor de hasta 191,4 millones de dólares EE.UU. por año a los productos de la UE que entraran en el mercado estadounidense. En mayo de 2000, autorizó al Ecuador para imponer sanciones por un valor de hasta 201,6 millones de dólares EE.UU. por año a las exportaciones de la UE al mercado del Ecuador. Ambos países aceptaron suspender las sanciones a cambio de la introducción por las CE de un régimen exclusivamente arancelario.

⁶ Brasil, Colombia, Costa Rica, el Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Venezuela.



freeimages.com

Cuatro países latinoamericanos buscaron los servicios del Centro de Asesoría Legal para este arbitraje. Para cada uno de estos países, los bananos eran o bien el principal producto de exportación a la UE o de uno de sus principales productos de exportación a ese mercado. Además, la diferencia entre los 75€/ton que veníamos pagando y el arancel propuesto de 230€/tonelada, era enorme. Por lo tanto, no es de extrañar que nuestras autoridades comerciales se alarmaran.

El ACWL tuvo la difícil tarea de estructurar la estrategia legal y encontrar las pruebas necesarias para demostrar que el arancel propuesto no "mantenía al menos el acceso total a los mercados". Por otra parte, tuvieron que adaptarse y manejar a la diversidad de opiniones entre sus clientes latinoamericanos.

El equipo legal del ACWL fue capaz de establecer su propia estrategia legal de una manera muy diplomática, en las dos etapas del arbitraje. Este se hizo durante numerosas reuniones preparatorias y con un paciente trabajo. En la primera etapa del arbitraje, los árbitros determinaron que el arancel de 230€/tonelada

propuesto por las CE no cumplía con los compromisos del anexo de Doha sobre los bananos⁷. ¿Qué debía seguir? En teoría, el inicio de negociaciones entre las partes.

Infortunadamente, los países de América Latina que era partes en la disputa no pudieron ponerse de acuerdo sobre un proceso de negociación y mucho menos en torno a un nivel arancelario a negociar con las Comunidades Europeas. Dadas las circunstancias, las CE propusieron unilateralmente una nueva tarifa de 187€/tonelada; esto activó la segunda etapa del arbitraje.

Los árbitros aceptaron por entero los argumentos del ACWL y estimaron una vez más que la nueva tarifa no era coherente con el anexo de Doha sobre los bananos⁸.

Las Comunidades Europeas aún enfrentaban la obligación de cambiar su régimen de contingentes arancelarios a un sistema exclusivamente arancelario a partir del 1o de enero de 2006. Entonces procedieron a fijar unilateralmente un arancel de 176€/ton, en contraste con el arancel dentro del contingente de 75 €/tonelada que estaba en vigor desde 1995⁹.

⁷ Grupo especial encargado del arbitraje - Agosto de 2005.

⁸ Informe del Segundo Arbitraje, publicado el 27 de octubre de 2005.

⁹ Decisión adoptada el 29 de Noviembre de 2005, que entraría en vigor el 1 de Enero de 2006.



Con esta acción, la frágil tregua que se había logrado en Doha daría lugar a otra disputa comercial. El nuevo arancel sobre el banano era prima facie incompatible con los compromisos de las Comunidades Europeas en la OMC. Pero esto aún quedaba por demostrar.

Las Comunidades Europeas siguieron expresando su disposición a negociar, pero con la condición expresa que no hubiera procedimientos de solución de diferencias en su contra. Los países de América Latina todavía no podían ponerse de acuerdo sobre la forma de negociar. Así, tras haber extinguido el recurso de arbitraje de Doha y en ausencia de condiciones favorables para negociar, no había otra alternativa que recurrir al mecanismo de solución de diferencias de la OMC. A principios de 2006, Ecuador y otros países de América Latina solicitaron el establecimiento de un grupo especial para buscar el cumplimiento de una sentencia anterior y así reactivar el antiguo caso Bananos III. Los Estados Unidos siguieron su ejemplo¹⁰.

Colombia no había sido demandante sino tercera parte en el caso Bananos III. Esto se debe a que, en el momento en que se inició ese caso,

la política europea sobre el banano cumplía con las aspiraciones comerciales de Colombia. Así que cuando los dos casos de cumplimiento fueron iniciados por el Ecuador y los EE.UU. en 2006, Colombia actuó en calidad de tercero pero esta vez en apoyo de los argumentos de los dos denunciantes.

Al mismo tiempo, Colombia decidió iniciar un nuevo caso contra la UE, el caso llamado Bananas IV. Panamá actuó de manera similar¹¹. Sin embargo, estos procesos fueron retrasados mientras esperábamos los resultados de los paneles de cumplimiento.

En los casos de cumplimiento, tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelaciones encontraron que el arancel de 176€/ton era incompatible con los compromisos de las Comunidades Europeas en la OMC. Las Comunidades se veían obligadas una vez más a modificar su arancel sobre los llamados bananos de la zona dólar.

Para entonces había una larga lista de fallos judiciales adversos a la política de las Comunidades Europeas para la importación de bananos.

¹⁰ El 12 de julio de 2007 el OSD estableció un grupo especial a solicitud de EEUU.

¹¹ 21 de marzo y el 22 de junio de 2007, respectivamente.

Las perspectivas en ese momento eran de alargar la serie de quejas ante el Órgano de Solución de Diferencias; los europeos podrían fijar un nuevo nivel arancelario de manera unilateral y los latinoamericanos podríamos impugnarla. Parecía que nos alistábamos para una guerra de trincheras.

Fue entonces cuando el ACWL mostró sus habilidades más creativas mientras asesoraba a Colombia en su propio caso: sugirieron que usáramos el artículo 3.12 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, que ningún país había utilizado en la OMC antes¹². Esta regla permite, entre otras cosas, utilizar los buenos oficios del Director General de la OMC en la disputa.

Colombia puso en práctica esta estrategia y el entonces Director General, Pascal Lamy, aceptó la petición y comenzó a trabajar en noviembre de 2007¹³. El método que utilizó fue uno de círculos concéntricos. Primero medió entre Colombia y las Comunidades Europeas para lograr un acuerdo sobre la arquitectura de la negociación. Luego comenzó a diseñar escenarios con opciones y a incluir nuevos actores progresivamente a medida que los demás países de América Latina pedían unirse al proceso.

En el curso de unas treinta reuniones, lo que había comenzado como un procedimiento judicial, se convirtió en una negociación a través de un facilitador. Además del objetivo inicial de encontrar la tarifa equivalente a los contingentes arancelarios que formaba parte de la lista de compromisos de las CE en la OMC, se introdujeron dos nuevos elementos: En primer lugar, la indemnización debida

por las Comunidades Europeas a Colombia, Costa Rica, Ecuador y Panamá, por la ampliación de la UE a 25 miembros y luego a 27 miembros, mejorando en el mercado de sus nuevos miembros las condiciones de acceso al banano. Además estaba el tema de las concesiones arancelarias para el banano, que hacían parte de las negociaciones de la Ronda de Doha.

El Sr. Lamy fue capaz de mantener a las partes alrededor de la mesa de negociación hasta la reunión ministerial de la OMC de julio de 2008. De hecho, hacia el final de la reunión se llegó a un acuerdo. Por desgracia, éste nunca se firmó, pues una vez fracasaron las negociaciones de la Ronda de Doha en su conjunto, los europeos afirmaron que el acuerdo que se había logrado en banano estaba condicionado a un resultado de Doha. No hace falta decir que hubo una gran decepción entre los latinoamericanos quienes nos sentimos engañados.

Un factor nuevo y exógeno vino en nuestra ayuda en 2009: el inicio de la negociación de acuerdos de libre comercio entre la Unión Europea y la mayoría de los países involucrados en la diferencia sobre el banano. Presionado por los fallos adversos en contra de su política de plátano y con la necesidad de concluir con éxito los acuerdos de libre comercio que negociaba con la región, la UE decidió cerrar el capítulo del banano en la OMC.

Con una serie de medidas negociadas, y gracias a una conjunción de voluntades de las diferentes partes, fuimos finalmente capaces de lograr un acuerdo sobre un nuevo arancel para el banano,

¹² "3.12. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 11 si un país en desarrollo Miembro presenta contra un país desarrollado Miembro una reclamación basada en cualquiera de los acuerdos abarcados, la parte reclamante tendrá derecho a prevalerse, como alternativa a las disposiciones de los artículos 4, 5, 6 y 12 del presente Entendimiento, de las correspondientes disposiciones de la Decisión de 5 de abril de 1966 (IBDD 14S/20), excepto que, cuando el Grupo Especial estime que el marco temporal previsto en el párrafo 7 de esa Decisión es insuficiente para rendir su informe y previa aprobación de la parte reclamante, ese marco temporal podrá prorrogarse. En la medida en que haya divergencia entre las normas y procedimientos de los artículos 4, 5, 6 y 12 y las correspondientes normas y procedimientos de la Decisión, prevalecerán estos últimos"

¹³ Entre noviembre de 2007 y julio de 2008, se realizaron varias reuniones dirigidas por el DG quien adicionalmente se reunió también con otros Miembros de la OMC interesados, entre ellos proveedores NMF, productores de bananos ACP y otros productores e importadores de bananos.

resolver los problemas de los productos tropicales y erosión de las preferencias en la Ronda de Doha y abrir la puerta a la conclusión de las negociaciones de acuerdos de asociación económica con varios países de América Latina. Todo esto se convirtió en realidad el 15 de diciembre de 2009 con el Acuerdo de Ginebra sobre el Comercio de Bananos¹⁴.

Fue de esta manera como Colombia, junto con otros países latinoamericanos exportadores de banano y miembros de la OMC, pudieron finalmente poner fin a la larga "saga" de la diferencia comercial sobre el banano.

CONCLUSIONES

El Director General de la OMC, Pascal Lamy, describió exactamente la naturaleza de esta disputa y el significado de su conclusión cuando señaló:

"Doy la bienvenida a la noticia de que se ha llegado a un acuerdo global sobre el banano. Esta ha sido una de las controversias jurídicas más complejas técnicamente, más sensibles políticamente y más significativas comercialmente, que hayan sido llevadas a la OMC. También ha sido una de las "sagas" más largas de la historia del sistema multilateral de comercio con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Después de largas consultas, exámenes jurídicos, negociaciones y un empujón suave por un "intermediario honesto", se ha encontrado una solución. Esto prueba que no hay problema comercial que esté más allá del alcance de los miembros de la OMC cuando exhiben buena voluntad y un espíritu de compromiso.

Espero que el mismo pragmatismo, creatividad y diplomacia ayudarán a avanzar las negociaciones de la Ronda de Doha"¹⁵.

Las enseñanzas de esta experiencia desde el punto de vista estratégico, son varias. En primer lugar, se hizo claro que cuando se trata de controversias comerciales, vale la pena defender nuestros derechos de manera persistente, sistemática y con visión de largo plazo. Adicionalmente, encontramos que por muy poderoso que sea un adversario, es posible lograr un resultado positivo con inteligencia y creatividad, haciendo alianzas para la lucha pero también estando dispuestos a transar en el momento oportuno. Y, finalmente, este caso nos enseñó que en el campo legal se hace imperativo explorar todas las alternativas, aún las más inusuales.

BIBLIOGRAFÍA

- Conferencia: "Perspectives on the ACWL by a developing country: The Bananas Dispute", Eduardo Muñoz Gómez, Embajador y Representante Permanente de Colombia ante la OMC, ACWL, Ginebra, Suiza, Octubre 4 de 2.011.
- Documento de Trabajo: "Participación de Colombia en la Disputa del Banano", Misión de Colombia ante la OMC, Octubre de 2.009
- Página Web Organización Mundial del Comercio: <http://www.wto.org/>
- Página Web Centro de Asesoría Legal: <http://www.acwl.ch/e/index.html>
- Página Web Ministerio de Comercio, Industria y Turismo: <http://www.mincit.gov.co/>

¹⁴ "Acuerdo de Ginebra sobre el comercio de bananos". "1.El presente Acuerdo se concierta entre la Unión Europea (en adelante la "UE") de un lado, y el Brasil, Colombia, Costa Rica, el Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, el Perú y Venezuela (en adelante "los proveedores latinoamericanos de banano NMF", de otro) en relación con la estructura y funcionamiento del régimen comercial de la UE para los bananos frescos, con exclusión de los plátanos, clasificados en la línea arancelaria 0803.00.19 del SA (en adelante "bananos") y las condiciones aplicables al mismo."...

¹⁵ Nota de Prensa /591 OMC - 15 de diciembre de 2009

REPENSAR LA INSTITUCIONALIDAD DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y LA POLÍTICA COMERCIAL

Olga Lucia Lozano F.*



Que mejor momento que éste, en el que se conmemoran diez años de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales, OALI, para hacer un alto en el camino y celebrar el gran papel institucional que ha prestado esta Oficina dentro de una institución como el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que este año cumplirá 22 años de liderar la política comercial de Co-

lombia. Buen momento, igualmente, para abrir espacios que permitan repensar la institucionalidad del comercio exterior y los lineamientos de la política comercial.

El entonces Ministerio de Comercio Exterior surge en el año de 1991 con la tarea de lograr implementar políticas transversales para

* Socia. Vali Consultores. Abogada con 23 años de experiencia en comercio internacional, 13 como funcionaria del Gobierno colombiano y 10 como consultora privada.

apoyar la actividad exportadora. En ese momento, en la organización institucional del Estado colombiano, el instrumento por excelencia para lograr que la reunión de altas autoridades generara la coordinación de políticas públicas eran los Consejos Superiores. Estos se inspiraron en las positivas experiencias de los Tigres Asiáticos¹, países en los que los analistas identificaban el liderazgo presidencial como el elemento que explicaba los logros alcanzados en su excepcional crecimiento. Estos Consejos en Colombia se diseñaron con la participación de Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos y bajo la dirección del Presidente de la República.

Además del Consejo Superior de Comercio Exterior, se crearon una serie de Comités dirigidos a lograr decisiones de policía comercial como la aplicación de derechos antidumping o compensatorios o los cambios en el arancel y que requerían un debate técnico. Esta institucionalidad surge en el marco de la decisión de política pública de internacionalizar la economía colombiana. Adicionalmente a estos instrumentos institucionales, la obligación constitucional de que los decretos del Ejecutivo sean firmados por los Ministros que tienen injerencia en la regulación que se adopta ha sido otra de las herramientas utilizadas en materia de coordinación interinstitucional.

Con posterioridad a la creación del Ministerio de Comercio diferentes retos han exigido por parte del Ministerio un esfuerzo de coordinación interinstitucional, principalmente las negociaciones de Tratados de Libre Comercio y de Acuerdos Bilaterales de Inversión desde la época en que estos se negociaban de manera independiente de los primeros; la preparación para eventuales controversias internacionales y; más recientemente, los esfuerzos de apro-

vechamiento precisamente de los TLCs negociados. Esa coordinación interinstitucional, si bien es una condición necesaria para lograr resultados, no es suficiente pues la misma debe estar acompañada del continuo diálogo con el sector privado a nivel sectorial y regional.

El reto de coordinar políticas públicas está presente en diversas áreas del quehacer del Estado Colombiano, pero se puede ver claramente en el área de comercio internacional.

Las alternativas descritas de Consejos Superiores y comités de segundo nivel que se implementaron en 1991 se mantuvieron en la fusión con lo que era el Ministerio de Desarrollo Económico.

Al revisar el modelo actual de institucionalidad con responsabilidades en comercio internacional vigentes en Corea o el Reino Unido se puede concluir que existe una tendencia en la que el modelo organizacional contempla, además de los temas propios de comercio internacional, responsabilidades en otro tipo de políticas que tienen un papel fundamental en la competitividad como la energía o la innovación. En el caso colombiano, la creación del Programa de Transformación Productiva y su organización con elementos transversales como capital humano, regulación, energía y lucha contra la ilegalidad, constituye igualmente una iniciativa interesante en materia de coordinación institucional.

Con los años de experiencia en Colombia, una de las preguntas que surge es ¿Cómo lograr la implementación de políticas que contribu-

¹ Denominación utilizada para los nuevos países industriales que se localizan en Asia (Corea del Sur, Hong Kong, Singapur y Taiwán) y que, entre 1960 y 1990, mantuvieron altas tasas de crecimiento e industrialización.

yan a lograr objetivos de comercio internacional como el aprovechamiento de los TLCs o la culminación de una negociación, o mejorar la competitividad del país? La solución implementada por la mayoría de las instituciones encargadas del tema de comercio internacional es especializar al interior de sus organizaciones a ciertos funcionarios en áreas sectoriales. Se ha optado, entonces, por designar un interlocutor agrícola, industrial, en propiedad intelectual, facilitación al comercio, reglamentos técnico, puertos o en medidas sanitarias o fitosanitarias. Esta solución, que podríamos denominar diplomacia institucional, se ha implementado con la búsqueda de funcionarios para estos cargos que se hayan desempeñado en estas instituciones sectoriales, con las que tendrán que interactuar.

Una respuesta a estos retos de coordinación interinstitucional podría ser darle injerencia a

las instituciones sectoriales en la designación de las personas que tendrán la responsabilidad de interactuar con ellas: En esta línea, podría implementarse un mecanismo de selección a cargo de una Comisión en la que participarían tanto la entidad de Comercio como la sectorial.

Otra alternativa podría ser la creación de una institucionalidad en la Presidencia de la República que se encargue de ser una especie de "incubadora" de proyectos dentro del Estado Colombiano y que tendría como responsabilidad, por ejemplo, lanzar el aprovechamiento de los TLCs, implementar políticas para Start Up y otra serie de proyectos, los que lideraría temporalmente hasta que tomaran suficiente entidad, momento en el cual los asignaría a una entidad para que los continuara.

En materia de política comercial las iniciativas del Trans-Pacific Partnership² y la negociación



¹ El TransPacific Partnership es una negociación que se adelanta entre Australia, Brunei, Chile, Canadá, Japón, Malaysia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur, Estados Unidos y Vietnam y que tuvo origen en el P4 Tratado firmado entre Chile, Brunei, Nueva Zelanda y Singapur.

Trasatlántica entre Estados Unidos y la Unión Europea, evidencian la búsqueda de nuevos esquemas de relacionamiento en los que el camino de fases o etapas sugeridas en el GATT³, de zona de libre comercio y de unión aduanera, que se consolidaron en el caso de la Unión Europea como un mercado común, se ve como un modelo del pasado.

Por el contrario, la identificación de la desregulación como uno de los factores que más contribuyó a la reciente crisis económica y los trabajos del Grupo Glienicker⁴ en Europa, evidencian la importancia que ha adquirido el tema regulatorio como parte de las preocupaciones que se deben abordar en cualquier esquema de relacionamiento entre socios comerciales.

Ciertamente, la propuesta diseñada por el mencionado Grupo, dirigida a unificar las regulaciones europeas para el sector financiero, evidencia que los esfuerzos regulatorios conjuntos parecerían ser la única respuesta a las actuales necesidades de los actores del mercado globalizado.

Los presupuestos del GATT, profundizados con la Ronda Uruguay, si bien han contribuido a la globalización, parecen haberse quedado cortos al momento de responder a las nuevas realidades.

Desde la negociación del TPP, pasando por la OCDE⁵, se puede observar el énfasis que se ha dado al diseño de sistemas que permitan evaluar cuidadosamente los impactos de cualquier cambio en el escenario de los mercados con su modelo de un sistema que permita me-

dir, en los diferentes países, el impacto de una regulación.

Sin tener que salir de América Latina, la Alianza del Pacífico también camina orientada en esta línea reconociendo la regulación como vehículo para apoyar la inserción en cadenas globales de valor. Específicamente los trabajos en los sectores cosméticos y farmacéuticos resultan claros ejemplos de los avances que se pueden lograr en el camino hacia la competitividad.

En este punto se cruzan la institucionalidad con las nuevas tendencias en política comercial, por lo que este aniversario de la OALI es la ocasión para reconocer los enormes logros de esta Oficina como la puesta en vigencia del TLC con Estados Unidos, que implicó un esfuerzo enorme de coordinación interinstitucional, las revisiones legales de los TLCs y la participación de Colombia en las controversias multilaterales en la Organización Mundial de Comercio, entre otros.

Igualmente, es tiempo para generar los espacios para pensar el papel de la OALI en el nuevo reto que tiene el país de implementar un sistema para evaluar el impacto de la regulación, pues en estos temas, como en la vida, a pesar de que se tenga la sensación de que se ha terminado la obra, al final, si existe la misión, hay que seguir encontrando nuevos caminos para cumplirla.

² Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio.

³ Grupo de pensamiento integrado por 11 alemanes economistas, abogados y politólogos. Armin von Bogdandy, Christian Callies, Henrik Enderlein, Marcel Fratzscher, Clemens Fuest, Franz C. Mayer, Daniela Schwarzer, Maximilian Steinbeis, Constanze Stelzenmüller, Jakob von Weizsäcker, Guntram Wolff.

⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y LAS REGIONES

Hernán Avendaño Cruz *



dreamstime.com

* Economista y Magister en Teoría y Política Económica de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Banca de la Universidad de los Andes. El autor se desempeñaba como Asesor Económico del Ministro de Comercio, Industria y Turismo cuando escribió este artículo. Actualmente es el Director de Estudios Económicos de Fasecolda.

ABSTRACT

The development model determines the spatial distribution of the economic activity in a country. Thus the theoretical hypotheses of the new economic geography postulate that as well, and find empirical evidence in several cases. With this conceptual framework, the essay finds that population agglomeration and production in major cities in Colombia is related to the import substitution model.

The economic liberalization of Colombia seems to be opposite to the theoretical formulation which states that trade liberalization induces the decentralization of population and production, but there is a wide range of factors that can explain this result. The FTA agenda that Colombia is negotiating hopefully induces to these effects and change the regional balances. Regions do not need to be passive regarding these dynamics and, otherwise, they can implement strategies for short, medium and long term, some of which are raised in this text.

Key words: Regional economics, Free Trade Agreements, Economic Geography

RESUMEN

El modelo de desarrollo determina la distribución espacial de la actividad económica de un país. Así lo postulan las hipótesis teóricas de la nueva geografía económica y encuentran evidencia empírica en diversos casos. Con ese marco conceptual, en el artículo se comprueba que la aglomeración de la población y de la producción en las principales ciudades de Colombia está relacionada con el modelo sustitutivo de importaciones.

La apertura económica de Colombia parece oponerse a la formulación teórica que señala que la liberalización comercial induce la desconcentración de la población y de la producción, pero hay una amplia gama de factores

que pueden explicar ese resultado. Se espera que los TLC que viene negociando Colombia induzcan esos efectos y cambien los equilibrios regionales. Las regiones no tienen que ser pasivas frente a esa dinámica y, por el contrario, pueden implementar estrategias de corto, mediano y largo plazo, algunas de las cuales son planteadas en este artículo.

Palabras clave: Economía regional, TLC, Geografía económica

INTRODUCCIÓN

Diversos analistas sostienen que Colombia no puede competir en el mundo globalizado porque los principales centros de producción se encuentran muy lejos de los puertos. Según esa opinión, los elevados costos del transporte terrestre y las deficiencias que caracterizan la infraestructura le quitan competitividad a las exportaciones y, por esa razón, son altos los riesgos del sector productivo con los tratados de libre comercio (TLC).

Son evidentes las dificultades de competir con fábricas ubicadas a mil kilómetros de los puertos, y este no es un fenómeno exclusivo de Colombia. Un estudio reciente de investigadores del BID (Mesquita; 2013, p. 2) enfatizó en el impacto de la distancia a los puertos en la competitividad de las regiones de América Latina alejadas de los puertos:

Aun cuando estas historias pueden ser consideradas anecdóticas y hasta cierto punto extremas, desafortunadamente reflejan en lo fundamental la realidad que confrontan la mayoría de las empresas localizadas en regiones apartadas de las principales aglomeraciones urbanas y puertos de sus respectivos países en ALC (América Latina y el Caribe). Lo cierto es que las firmas que poseen las destrezas y los recursos necesarios para producir bienes cuya demanda es elevada en los mercados regionales y mundiales incurrir en altos costos de

transporte interno, lo cual termina por destruir en el camino —literalmente hablando— sus ventajas comparativas. Esto es así cuando no resuelven simplemente dejar de exportar. En muchos casos, los costos prohibitivos de transporte impiden de entrada que estas compañías se conviertan en emprendedoras.

Sin embargo, el argumento es incompleto, pues deja en el aire muchos interrogantes: ¿Cómo se originó esa situación? ¿Se puede modificar? ¿Qué efectos tendrán los TLC en la distribución espacial de la producción? ¿Podrá el país aprovechar el acceso preferencial permanente que brindan los TLC o sólo dejarán en mayor riesgo la producción nacional?

En este documento se muestra que hay una estrecha relación entre el modelo de desarrollo económico que implementa un país y su geografía económica. Esto significa que si el modelo cambia, cabe esperar modificaciones en la distribución espacial de las actividades productivas y, por lo tanto, habrá impactos diferenciados en las regiones.

El artículo se divide en ocho partes, incluida la introducción. En la segunda parte se presentan algunos argumentos de la nueva geografía económica que ayudan a entender la ubicación espacial de la producción; específicamente, se menciona la hipótesis de Krugman–Livas sobre la relación que hay entre economías cerradas y concentración en grandes metrópolis y el efecto de la política comercial en la desconcentración.

En las dos secciones siguientes, se muestra que la experiencia de Colombia comprueba los planteamientos teóricos relacionados con la economía cerrada y que México es un ejemplo de

la relación entre apertura comercial y cambios espaciales en la distribución de la producción.

En la quinta sección se aborda el tema de por qué la apertura económica no generó en Colombia unos efectos similares a los observados en México. En la siguiente se plantea que en las actuales condiciones, sí cabe esperar esos efectos. Luego, se aborda el tema de las acciones que pueden adoptar las diferentes regiones del país para aprovechar el nuevo entorno, o para amortiguar los posibles impactos negativos. Por último, se presentan algunas reflexiones.

MARCO CONCEPTUAL

La nueva geografía económica ha formulado hipótesis que permiten explicar diversos fenómenos económicos, como la ubicación espacial de la producción en un país².

Paul Krugman y Raúl Livas (1996) observaron que en los últimos 50 años se registró un gran crecimiento en ciudades de países subdesarrollados, al punto que hoy en día las mayores metrópolis del mundo están ubicadas en ellas. En la búsqueda de una explicación para el caso de México, encontraron una aplicable a otras economías subdesarrolladas: las políticas de industrialización sustitutiva de importaciones, que fueron implementadas por varias décadas en el periodo de la segunda posguerra. Según estos autores,

“...el caso es más general: mercados cerrados promueven grandes metrópolis centrales; mercados abiertos las desincentivan” (p. 186).

² La nueva geografía económica es una línea de análisis formulada a comienzos de la década de los años noventa del siglo XX por Paul Krugman y otros autores, con el fin de encontrar explicaciones a la ubicación espacial de la actividad económica. De acuerdo con Fujita y Krugman (2004; 179), “la cuestión a destacar en la nueva geografía económica es que trata de proporcionar alguna explicación a la formación de una gran diversidad de formas de aglomeración (o de concentración) económica en espacios geográficos. La aglomeración o agrupación (clustering) de la actividad económica tiene lugar a distintos niveles geográficos y tiene una variedad de formas distintas”.



De acuerdo con los argumentos de la nueva geografía económica, hay un mecanismo de retroalimentación entre la aglomeración de la población y la aglomeración empresarial, que involucra fuerzas centrífugas y fuerzas centrípetas (Fernández, 1998; p. 88). Para las empresas resulta atractivo ubicarse cerca de los consumidores y de las materias primas producidas por otras empresas porque esto les permite el aprovechamiento economías de escala (fuerzas centrífugas). A su vez, esa localización fortalece los encadenamientos hacia atrás y hacia delante, pues las empresas proveedoras de los insumos también tienden a aglomerarse. Pero el proceso también implica costos tanto para las empresas como para los consumidores; ellos se manifiestan en los elevados precios del suelo, los problemas de contaminación y de congestiones de tráfico, entre otros (fuerzas centrípetas).

Con la aplicación de las políticas de sustitución de importaciones, estas fuerzas actuaron concentrando la población en grandes urbes y, de igual forma, localizando en ellas la mayor parte de la actividad productiva. Puesto que el modelo privilegiaba el desarrollo sobre la base del mercado interno y las economías de escala en los modelos de regionalismo cerrado, las activi-

dades industriales y de servicios se ubicaron en zonas distantes de los puertos, salvo en aquellos en que las ciudades de mayor influencia ya estaban cerca de las costas.

Pero con el proceso de globalización y el aumento de la competencia del resto del mundo, se planteó la necesidad de cambiar el modelo de desarrollo en las economías subdesarrolladas. Varios países que habían iniciado políticas de mayor apertura al comercio internacional, desde la década del sesenta, mostraron que podían ser más exitosas que las que se mantenían cerradas y que ello conllevaba cambios en la ubicación geográfica de las empresas.

Esa experiencia encontró un respaldo teórico en las investigaciones de la nueva geografía económica. Según Fujita, Krugman y Venables (2000; p. 333), "el comercio [internacional] puede generar una reorganización de la geografía económica interior, provocando una dispersión de la actividad industrial en su conjunto, así como la concentración de determinadas industrias".

Con la mayor inserción activa de las economías en el comercio internacional, los encadenamien-



freemages.com

tos hacia atrás y hacia delante de las empresas exportadoras e importadoras con la economía interna se debilitan, al tiempo que se fortalecen con el resto del mundo. Con la segmentación de los procesos de producción que ha generado la globalización, es mayor la provisión de insumos externos, al tiempo que el aprovechamiento de las economías de escala se incrementa con la mayor demanda internacional.

Colombia y el modelo de industrialización sustitutiva de importaciones

Aun cuando en la economía colombiana se observaron incipientes desarrollos industriales

desde finales del siglo XIX y comienzos del XX, este proceso sólo se consolidó durante la década de los treinta.

El cierre de los mercados internacionales como consecuencia de la Gran Depresión y de las políticas proteccionistas que implementaron economías como los Estados Unidos y varias europeas, crearon las condiciones adecuadas para el impulso industrial en las economías menos desarrolladas³.

Colombia no fue una excepción y, como lo señalan diversos autores, este proceso cambió profundamente la economía. El proceso normal

³ Según el World Bank (2002; p. 27), el cierre de los mercados internacionales no se dio solo durante la Gran Depresión, sino que se extendió hasta la Segunda Guerra Mundial: "Los gobiernos respondieron a la depresión con medidas proteccionistas en un vano intento por desviar la demanda hacia sus mercados internos. Los Estados Unidos lideraron el camino hacia el abismo; la tarifa Smoot-Hawley, que generó acciones de retaliación en el extranjero, fue un primer paso: entre 1929 y 1933 las importaciones de Estados Unidos cayeron en 30% y, significativamente, las exportaciones cayeron aún más, hasta casi el 40%. Globalmente, el aumento del proteccionismo ocasionó un fuerte retroceso del comercio internacional. Para 1950 las exportaciones como porcentaje del ingreso mundial habían caído hasta cerca del 5%, retrocediendo al nivel que habían tenido en 1870".

de urbanización se aceleró y concentró la población en las ciudades con mayor crecimiento de las actividades industriales y de servicios. Aun cuando el país se sale un poco del esquema de concentración en una sola ciudad que se registró en muchos países, es evidente que unas pocas urbes concentraron la actividad económica y la población.

...El impulso vigoroso del llamado “modelo de sustitución de importaciones” tuvo lugar en los años treinta, bajo el estímulo de la crisis del comercio y las finanzas internacionales que se produjo en ese periodo.

concentrada en un 60% en las cuatro ciudades más grandes (Moncayo; 2004, p. 213-215).

Como se puede observar en el cuadro siguiente, en las cinco ciudades listadas se concentraba el 11% de la población colombiana en 1938, mientras que en 2013 se concentró el 30%. Cabe destacar que en 1938 varios departamentos superaban a Bogotá en población, en tanto que en 2013 ninguno es mayor. Adicionalmente, Barranquilla, ciudad costera, tenía más habitantes que Cali en el primer año, mientras que en el segundo apenas la mitad.

CONCENTRACIÓN DE LA POBLACIÓN EN CINCO CIUDADES DE COLOMBIA 1938 y 2013

	Número de habitantes		% de la población total	
	1938	2013	1938	2013
Bogotá	355.506	7.674.366	4,1	16,3
Medellín	246.025	2.417.325	2,8	5,1
Cali	108.254	2.319.684	1,2	4,9
Barranquilla	164.403	1.206.946	1,9	2,6
Bucaramanga	68.909	526.827	0,8	1,1
Subtotal	943.097	14.145.148	10,8	30,0
TOTAL NACIONAL	8.701.816	47.121.089	100,0	100,0

Fuentes: Murad (2003) y Dane; cálculos del autor.

...Bogotá también emprendió el camino de la industrialización y de esta forma cada una de las cuatro grandes ciudades (Bogotá, Medellín, Barranquilla y Cali) se constituyó en el centro industrial de sus respectivas regiones.

Hacia 1945 la actividad manufacturera estaba asentada en cerca de 40 ciudades pertenecientes a 14 departamentos diferentes, pero

Esas mismas regiones (incluyendo la región Bogotá-Cundinamarca) contribuyeron con el 65% del PIB total en 2012, el 77% del PIB industrial y el 77% del valor agregado del sector de comercio.

En síntesis, se puede afirmar que el caso colombiano valida las hipótesis de la nueva geografía económica. El proceso de industria-

lización sustitutiva de importaciones fue simultáneo con la concentración de la población en cinco ciudades, que se encuentran lejos de las costas, con excepción de Barranquilla. De forma complementaria, toda la infraestructura se construyó en función de esa distribución regional de la producción.

Las caídas en el comercio internacional propiciadas por la Gran Depresión y posteriormente por la Segunda Guerra Mundial repercutieron en la quiebra de numerosas empresas fluviales que operaban en el río Magdalena y en la reducción de los ingresos de los puertos y de los ferrocarriles. Simultáneamente, en esos mismos periodos se fortaleció el desarrollo de carreteras con el objetivo de integrar el mercado interno.

Para finales de la década de los años cuarenta se formuló el desarrollo de las carreteras en función de la expansión de la actividad manufacturera.

“Uno de los principales objetivos del gobierno conservador de Mariano Ospina (1946-1950) fue promover el desarrollo de la industria manufacturera. De acuerdo con César Giraldo..., la inversión pública se canalizó hacia el desarrollo de la infraestructura de transporte, necesaria para la expansión de la actividad privada” (Ramírez; 2007, p. 400) ⁴.

Sin embargo, la falta de claridad sobre el desarrollo del país, el peso de los intereses políticos y la generación de la violencia impidieron

un adecuado desarrollo de la infraestructura. Se generó desde entonces un sistema ineficiente de transporte, que abandonó el modo fluvial, llevó al rezago tecnológico y a la quiebra de los ferrocarriles y a la construcción de un sistema de carreteras de mala calidad. “Los diferentes gobiernos mostraron su incapacidad para integrar un sistema en que tuvieran cabida los diferentes medios de transporte” (Ramírez; 2007, p. 401).

Adicionalmente, el crecimiento desordenado de la infraestructura de ferrocarriles y carreteras se concentró en la zona andina, lo que fortaleció el desarrollo de la actividad económica hacia el interior del país y propició el rezago relativo de la Costa Caribe, como lo demuestra Meisel (2011; p 186 y siguientes).

Cambio de modelo y distribución regional de la producción

La distribución regional de la producción se puede modificar como consecuencia de cambios en el modelo de desarrollo de una economía. Así lo postula la nueva geografía económica y hay evidencias que lo comprueban, como en el caso de los debates que se han dado en muchos países en torno a la relocalización de empresas.

Desde finales de los años ochenta un número creciente de economías ha adoptado políticas de apertura económica y los procesos de integración regional se han fortalecido. Gradualmente se han abandonado los instrumentos proteccionistas típicos del modelo sustitutivo de importaciones para dar paso a un comercio internacional con menos barreras.

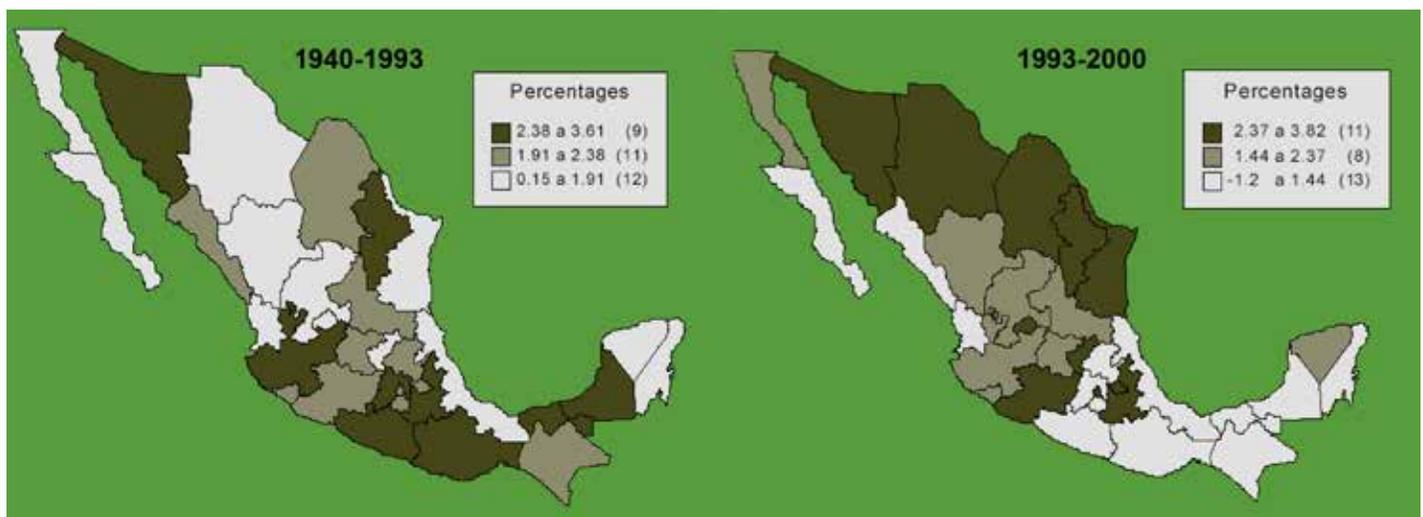
⁴ Esta autora señala que no siempre el desarrollo de la infraestructura obedeció a un plan claramente establecido y que la asignación de los recursos se vio viciada por otros intereses diferentes al desarrollo económico: “El caos legislativo en materia de transporte a lo largo de estas cuatro décadas se tradujo en una asignación inapropiada de recursos, una mala calidad de las vías y muchas obras inconclusas. Los intereses regionalistas de los políticos se manifestaron en un aumento del número de obras locales que frenó el avance de las obras en carreteras que se habían establecido como prioritarias y eso llevó a la atomización de los recursos que se invertían” (Ramírez; 2007, p. 400).

En economías relativamente cerradas y con altos aranceles, las industrias se tienden a localizar en las grandes ciudades, por la facilidad de acceso a los consumidores y las materias primas. Sin embargo, en presencia del comercio internacional, se vuelve menos importante estar cerca de los consumidores locales y de la producción local de bienes intermedios (puesto que es más probable que los productos sean exportados y los insumos importados). Por lo tanto, los empresarios tenderán a mover sus empresas hacia localizaciones con menores costos de transacción (Fernández; 1998, p. 86).

Krugman y Livas (1996; p. 140) comprobaron que las políticas de liberalización comer-

Esquivel (2003) afirma que México registró un cambio estructural en su proceso de convergencia regional, acentuado por el NAFTA. Como se observa en el gráfico, la dinámica de crecimiento en México cambió notablemente antes y después de ese tratado de integración. En el periodo 1940-1993 los estados que más crecían eran los del centro y sur del país, mientras que después de 1993 los de mayor crecimiento son los del norte. En este último caso, la explicación radica en la cercanía al principal mercado para las exportaciones mexicanas y la reducción en los costos de transporte que implicó la relocalización desde el centro hacia el norte del país.

Crecimiento anual del PIB per cápita en México 1940-2000

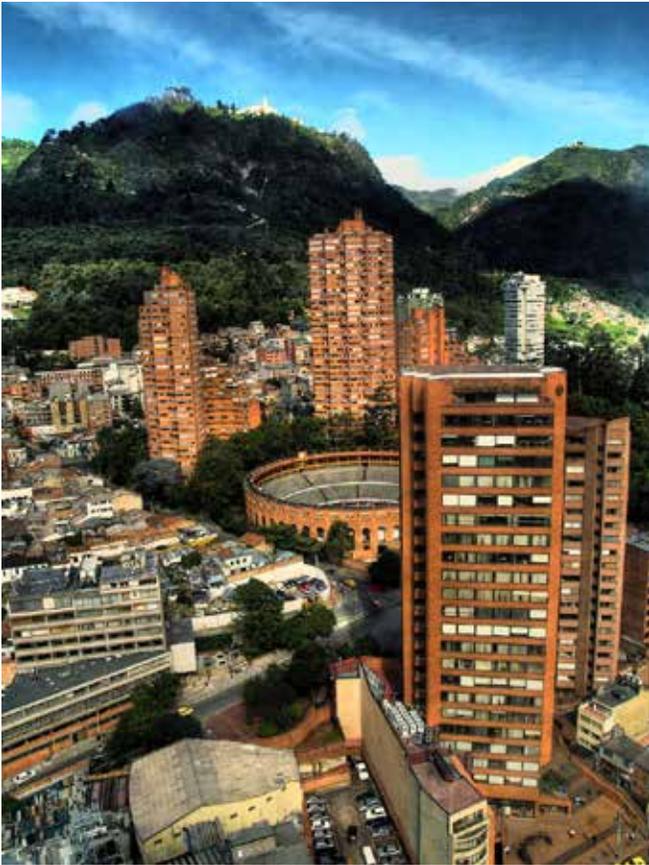


Fuente: Esquivel (2003)

cial adoptadas por México a comienzos de los ochenta empezaron a generar un proceso de desconcentración industrial, induciendo la relocalización de empresas hacia los estados del norte del país.

Esta dinámica se acentuó con la entrada en vigor del TLC de México con Estados Unidos y Canadá a mediados de la década del noventa.

En el caso de Colombia, con la adopción de la apertura económica a comienzos de los años noventa, teóricamente ha debido replicarse el proceso registrado en México. Sin embargo, ello no ocurrió y, como señala Fernández (1998; p. 112), a partir de esas políticas "parece que la liberalización comercial está aumentando el tamaño de Bogotá". Diversas hipótesis han surgido para explicar por qué en el caso de Colombia no ha ocurrido un



freeimages.com

proceso de relocalización empresarial a pesar de las reformas estructurales implementadas y de la adopción de medidas que eliminaron diversas barreras al comercio internacional.

Fernández (1998; p. 112-114) enumera entre las causas probables la posibilidad de que el modelo sea muy simple al suponer solo dos ciudades (Bogotá y Barranquilla), cuando en el caso de Colombia hay más ciudades con desarrollo industrial. Otra opción es que los efectos puedan tomar más tiempo en hacerse evidentes (sin embargo, transcurridos diez años de la realización de este estudio, no se observan los cambios esperados). También puede pesar la concentración del gobierno central y del gasto público en Bogotá. Las diferencias en infraestructura entre Bogotá y la costa posiblemente contribuyan a la explicación. Además, la coincidencia de la liberalización con la agudización de los problemas

de narcotráfico y una bonanza petrolera ha podido neutralizar el impacto de las reformas.

Aun cuando con otro propósito, Echeverry (2009) ha señalado diversos factores que impidieron a la apertura económica propiciar el esperado salto hacia adelante en el crecimiento económico. Ellos pueden contribuir a explicar por qué tampoco se dio el proceso de relocalización de empresas hacia las costas: la bonanza petrolera; la generación de un déficit fiscal estructural, como consecuencia de los nuevos gastos creados por la Constitución del 1991; el aumento en el gasto en defensa y en política social; los síntomas de enfermedad holandesa que afectaron la competitividad del sector agropecuario y de la industria; y la burbuja financiera de la construcción y el sector financiero que originó una de las peores crisis de la historia económica de Colombia.

A los factores mencionados habría que sumar otros como la carencia de un programa de modernización de la infraestructura, que permitiera cerrar rápidamente las brechas entre Bogotá y las ciudades de las costas. Otro elemento importante es que Colombia realizó su programa de apertura después de otros países que bajaron los aranceles en mayor medida; de esta forma, en términos relativos, la caída de los aranceles fue más tímida que la de los principales socios comerciales.

Por último, los rentistas del proteccionismo no se quedaron cruzados de brazos frente a la política de liberalización y pronto encontraron la forma de implementar mecanismos alternativos como las franjas de precios para productos agrícolas y diversas medidas de tipo no arancelario. La implicación de este último punto la destacó el exministro Hommes (2009):

Aún después de la Apertura de los años noventa, la protección de los productos industriales de consumo y de los del sector agropecuario es excesiva, como lo es la protección efectiva

de esos sectores. La CAN fue el vehículo que utilizaron los proteccionistas colombianos y los de la región andina para echar para atrás parte de lo que se había alcanzado con la Apertura al final del siglo XX.

El lobby de estos grupos parece haber tenido una fuerte incidencia, al punto de neutralizar los efectos buscados con la apertura económica. Es muy dicente el titular de Portafolio (2013), que resume las consecuencias de esas acciones:

“Colombia, segunda economía más cerrada de A. Latina”.

La noticia hacía eco de los resultados del último informe global de competitividad del Foro Económico Mundial (Schwab; 2013). Según este ranking, en la variable “Prevalencia de las barreras al comercio” Colombia ocupa el puesto 131 entre 148 países; en el indicador de importaciones sobre PIB el 143 y en el de exportaciones sobre PIB el 137. Estas posiciones en el contexto mundial muestran claramente que el país está lejos de ser considerado como una economía abierta.

En síntesis, en el caso de México se aprecia cómo el cambio de modelo de desarrollo económico puede inducir una modificación en la geografía económica de un país por la vía de la relocalización de empresas. Pero no siempre se aplica, como lo evidencia el caso colombiano, en el que, por diversas razones, se “bloquearon” los efectos esperados de la mayor relación con los mercados internacionales.

¿Los TLC inducirán una nueva geografía económica en Colombia?

La forma de relacionarse Colombia con la economía globalizada está cambiando radi-

calmente desde 2002, cuando el gobierno tomó la decisión de adelantar una agenda de negociaciones comerciales con los principales socios comerciales (Avendaño; 2011). De esta forma, el país pasará de un escenario en el que tenía tres acuerdos regionales con seis países (CAN, Chile y G3) a uno en el que tendrá quince TLC con más de 50 países y acceso preferencial a un mercado de más de 1.500 millones de consumidores.

Como consecuencia de esa agenda de negociaciones, Colombia asume el compromiso de eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias con los países con los que realiza más del 85% del comercio. Por lo tanto, se hace más difícil para los rentistas del proteccionismo ingeniar alternativas autárquicas, pues esas medidas estarán bajo el escrutinio permanente de los países socios.



freeimages.com

De forma complementaria, los TLC inducen la adopción de medidas que cambian la institucionalidad del país en aspectos que facilitan el comercio e incentivan a las empresas a tomar decisiones orientadas a la exportación o a la importación. Sin ser exhaustivos, cabe mencionar algunas decisiones que se vienen adoptando en esa dirección.

La modernización de puertos es una prioridad. Por eso la política actual se orienta a la ampliación de la capacidad de operación para eliminar los actuales problemas de congestión y reducir los costos logísticos. También se están adelantando estudios que permitan establecer la necesidad y ubicación de nuevos puertos. Por último, se fortalece el programa de concesiones, de forma que el sector privado adelante inversiones que amplíen la capacidad portuaria y mejoren la operación actual. Para estos objetivos, el Documento Conpes 3611 de septiembre de 2009 asignó \$551 mil millones para la realización de obras prioritarias en zonas portuarias del país.

Otro avance destacable es la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), que redujo el número de trámites en diferentes entidades y los centralizó en una página de Internet, lo que fa-

cilita el acceso y reduce los costos económicos y de tiempo a los empresarios.

De igual forma están en proceso de implementación las inspecciones simultáneas a la carga de exportación, al tiempo que se avanza en la fase de diseño del sistema de escáneres que permitirá el evolucionar hacia sistemas de inspección no intrusiva. Estos dos aspectos también tendrán repercusiones en costos y tiempos en las operaciones de comercio internacional.

Por último, cabe mencionar el nuevo régimen de zonas francas (ZF), tal vez el incentivo más importante en las decisiones de localización de las empresas. Desde su modificación en 2007, el número de ZF en el país ha crecido aceleradamente. Mientras que en el periodo 1958-2007 se establecieron en Colombia 11 ZF, hoy el país cuenta con 102. De las 91 ZF nuevas, el 53.8% están localizadas en los departamentos de las dos costas. Esto indica claramente que hay un número creciente de empresas nuevas que tiene la intención de ubicarse cerca de los puertos para aprovechar el nuevo entorno de relacionamiento con la economía mundial.

Los elementos mencionados contribuyen a superar problemas importantes que posiblemente



Departamento Comunicaciones MINCIT

neutralizaron los efectos esperados de la apertura económica en la relocalización geográfica de las empresas del país. Esto, desde luego, no significa que regiones como Bogotá y otras ciudades importantes perderán toda su actividad productiva en industria y servicios; los grandes centros urbanos del país no desaparecerán de la noche a la mañana, por lo que las empresas orientadas exclusivamente al mercado interno se mantendrán cerca de las aglomeraciones de consumidores. De igual forma, aquellas empresas que están localizadas en función de una materia prima, así sea para la exportación de los productos procesados, no necesariamente tenderán a moverse hacia las costas. Adicionalmente, las empresas productoras de servicios para el mercado nacional y para la exportación, no necesitan relocalizarse.

Lo que sí es cierto es que se están dando las condiciones para cambiar los pesos relativos de las regiones en la generación del PIB y esto abre oportunidades y crea riesgos para todas las regiones del país. El aprovechamiento y mitigación de unas y otros depende de cuáles sean las decisiones que adopten las autoridades nacionales y regionales, en alianza con el sector privado y la academia.

¿Qué pueden hacer las regiones?

Si bien es cierto que un cambio en la geografía económica del país ocasionará modificaciones en los balances regionales, es importante tener en cuenta que el punto de partida no es una situación de equilibrio. Por el contrario, fruto del modelo de desarrollo implementado en las décadas anteriores y de la presencia de recursos naturales como hidrocarburos o minería, hay grandes diferencias en los niveles de ingreso y desarrollo entre los departamentos.

En 1990 las cuatro regiones con mayor PIB per cápita eran Arauca, San Andrés, Casanare y Guaviare, mientras que las que aportan más a la generación del PIB total apenas figuraban

después del puesto cinco. En esa época Arauca más que duplicaba el ingreso per cápita de estas últimas, con excepción de Bogotá. En la cola del listado estaban Nariño, Chocó, Sucre y Putumayo, cuyo PIB per cápita apenas representaba entre el 14 y el 15% del de Arauca.

En 2012, último dato disponible, el departamento con el PIB per cápita más alto era Casanare, duplicando el de Bogotá, que ocupa el quinto lugar. En los dos últimos lugares quedan Vaupés y Guaviare, con un PIB per cápita que apenas equivale al 9.5% y al 12.4% del de Casanare, respectivamente.

Son evidentes las grandes diferencias de ingreso que existen entre las regiones. Pero ellas se hacen aún más evidentes con los indicadores de desarrollo relativo, como el de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI). El NBI es la síntesis de varios indicadores simples de bienestar de la población; la medición que hace el Dane para Colombia incluye: Viviendas inadecuadas (impropias para alojamiento de seres humanos); hogares con hacinamiento crítico (más de tres personas por habitación); viviendas con servicios inadecuados (carencia de sanitario o servicio de acueducto); hogares con alta dependencia económica (más de tres personas dependiendo de una persona ocupada) y hogares con niños en edad escolar (entre 7 y 11 años) que no asisten a la escuela.

En 2005, último año para el que existe cálculo de este indicador, Bogotá era la región con menor NBI (9.2% de los hogares), seguido de Valle del Cauca (15.7%), Quindío (16.2%), Risaralda (17.3%) y Caldas (17.8%). El departamento con mayor NBI es Chocó (79.6% de los hogares), seguido de Vichada (67.0%). Casanare, que registra el mayor PIB per cápita, tiene un NBI de 35.6%, similar al de Arauca (35.9%), que tiene actualmente el cuarto PIB per cápita más alto.

Con este panorama como punto de partida, las regiones pueden adoptar diferentes estrategias

frente a los potenciales cambios que se avecinan. Algunas de ellas son de corto plazo y otras de mediano y largo plazo.

Corto plazo

Las estrategias de corto plazo son aquellas en las que unos pocos cambios permiten a una región posicionarse, obteniendo una mayor participación de mercado con base en su estructura productiva actual. Pueden sintetizarse en el abastecimiento del mercado interno y el fortalecimiento de las exportaciones en las que el departamento es competitivo.

Puesto que algunas empresas y regiones que actualmente abastecen los grandes centros de consumo se orientarán hacia los mercados externos, quedarán espacios para sustituirlas en la atención del mercado interno. Prácticamente todas las regiones tienen alguna fortaleza en la producción de bienes de consumo, bien sea de origen agropecuario o industrial. Esa es una ventaja que se puede aprovechar rápidamente.

Un ejemplo es el de la carne de res. Actualmente ciudades como Bogotá obtienen la mayor parte de su abastecimiento con ganado que proviene de algunas regiones de la Costa Atlántica. Esas regiones son las llamadas a beneficiarse directamente de las oportunidades de exportación que están surgiendo como resultado de los TLC o de negociaciones específicas sobre productos cárnicos. Pero simultáneamente departamentos como Caquetá, Meta y Arauca, entre otros, pueden aumentar su participación en el abastecimiento de la capital, lo que implica el desarrollo de programas específicos de mejoramiento de la competitividad.

No se debe perder de vista que la opción de ganar participación en la atención del mercado interno no elimina la necesidad de ser más competitivos. En primer lugar, porque varios departamentos del país compiten por los mercados más grandes y, en segundo lugar, porque pue-

den entrar competidores del extranjero, toda vez que en varios TLC la desgravación arancelaria incluye todo el universo arancelario.

Con relación al mercado internacional, en la mayor parte de los departamentos del país la estructura de exportaciones comprende productos diferentes a los hidrocarburos y la minería. Su inserción en los mercados de otras economías, normalmente indica la existencia de ventajas competitivas.

En 2004 el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo elaboró estudios departamentales enfocados específicamente en el comercio con Estados Unidos (ver por ejemplo, Ministerio de Comercio 2004a y 2004b). Entre los diversos indicadores utilizados, se incluyó el cálculo del índice de ventaja comparativa revelada que muestra la posición competitiva de productos específicos en ese mercado.

La estrategia en este caso puede orientarse a actualizar esos cálculos o a obtener el índice de ventaja comparativa revelada para las exportaciones a otros países con los que se han negociado TLC.

El paso siguiente es fortalecer aspectos de las políticas de competitividad que permitan un rápido reposicionamiento de los productos con ventaja competitiva, con el fin de obtener mayores beneficios del acceso preferencial permanente.

Mediano y largo plazo

Las estrategias de mediano y largo plazo ofrecen un abanico de opciones más amplio y requieren de un mayor compromiso de parte de los actores regionales en coordinación con las instancias nacionales. Entre ellas se destacan las agendas regionales de competitividad, la

creación de nuevos polos de desarrollo, la diversificación hacia nuevos productos, las potencialidades de nuevos mercados y la política de transformación productiva.

Agendas regionales de competitividad:

El ejercicio adelantado en los últimos años y la nueva institucionalidad del sistema nacional de competitividad permiten contar con un inventario de las potencialidades productivas regionales. Los departamentos adelantaron una fase de priorización, que les permite enfocarse en las actividades más prometedoras (la información está disponible en la página del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la sección de competitividad <http://www.mincit.gov.co/competitividad/> y en la de las Comisiones Regionales <http://www.comisionesregionales.gov.co/>).

Las regiones deben ser conscientes de la importancia de ser constantes en este objetivo, pues de ello depende su futuro económico. Casos como el del turismo, en el que los 32 departamentos consideran que tienen potencial, sirven para ilustrar este aspecto. De entrada, todos compiten por atraer al turista nacional y al extranjero; por lo tanto, es necesario diferenciarse y especializarse en un nicho específico del turismo, fortalecer la cultura turística de la región, mejorar la capacitación de la mano de obra, construir nueva infraestructura, etc.

Es claro que obtener los resultados esperados toma un tiempo relativamente largo y que las tareas no se pueden dejar a medio camino.

Creación de nuevos polos de desarrollo

En pleno siglo XXI hay amplias regiones que no están plenamente integradas al resto del país. Es el caso de la Orinoquia y la Amazonia, que

se consideran una gran reserva de biodiversidad, pero que son víctimas de una desordenada colonización que destruye las ventajas que tienen.

El exministro Jorge Humberto Botero (2009) propuso la integración de esas regiones al resto del país, constituyéndolas en un polo de desarrollo agroindustrial, que, a la vez que saca ventaja de sus condiciones naturales, sea respetuoso de la biodiversidad. La Orinoquia y la Amazonia tienen 17 millones de hectáreas con vocación agrícola (casi tres veces el área total cultivada actual en el país), a partir de las cuales se podría potenciar, por ejemplo, la industria de biocombustibles del país a partir de la palma de aceite.

Recientemente el gobierno aprobó la “Política para el desarrollo integral de la Orinoquia” (Departamento Nacional de Planeación; 2014), que apunta en esa dirección: “esta política busca crear las condiciones sociales y económicas para un desarrollo incluyente y sostenible basado en la construcción de un modelo de región que parta de un ordenamiento territorial que balancee las oportunidades del sector agropecuario, minero-energético, y del sistema de ciudades con la oferta ambiental. Así mismo, de generar en la región las condiciones necesarias para propiciar su desarrollo y de contar con una institucionalidad que sea capaz de agenciarlo”. Este polo de desarrollo no sólo permitiría un uso ordenado del suelo, respetuoso de la biodiversidad, sino que generaría una gran fuente de empleo a departamentos con nivel de desarrollo relativo muy bajo, integraría estas amplias regiones a la economía nacional y posicionaría al país como exportador de biodiesel.

Diversificación hacia nuevos productos para aprovechar los TLC

Con las negociaciones de acuerdos comerciales han surgido inquietudes sobre la oferta exportable que permitirá el aprovechamiento

del acceso preferencial que se logra en ellos. Como respuesta a ellas se han elaborado diversos estudios con llamativos resultados.

A raíz de la negociación del TLC con Estados Unidos, la firma Araujo Ibarra & Asociados (2006) realizó un interesante estudio para detectar oportunidades que surgían para las regiones con el acceso preferencial permanente a ese mercado. Analizaron la estructura actual de las exportaciones de los departamentos, sus costos de logística para llevar los productos al mercado estadounidense, los principales competidores y la competitividad de los productos colombianos, especialmente a partir de la reducción permanente de los aranceles y la eliminación de las barreras no arancelarias.

El estudio identificó 590 productos a nivel nacional y realizó un análisis listando aquellos en los que tiene potencial cada uno de los departamentos. Los cálculos se hicieron con las condiciones de productividad y los costos reales de logística de 2006, por lo que cabe esperar que los avances en estas materias mejoren el potencial del país.

Proexport (2012) también ha desarrollado metodologías de identificación de productos con oportunidades en los países con los que se han negociado acuerdos. Por ejemplo, para el caso de la Unión Europea identificó 818 productos con potencial en ese mercado.

Esta entidad también hizo un ejercicio de identificación de los productos de cada departamento con potencial comercial en diferentes países del mundo, independientemente de si el acceso es en las condiciones preferenciales de los acuerdos o no (ver por ejemplo Proexport 2013a y 2013b).

Por último, en 2013 el gobierno dio vida al Centro de Aprovechamiento de los Acuerdos Comerciales (CAAC), para ampliar la misión que venía adelantando la Oficina de Apro-

vechamiento del TLC con Estados Unidos. El CCAC concluyó recientemente la definición de los productos con mayor potencial de cada departamento en los principales socios comerciales con los que tenemos acuerdos comerciales vigentes. El énfasis del CAAC está en identificar los obstáculos regulatorios y de otra índole que constituyen los cuellos de botella para que los empresarios puedan desarrollar la exportación de productos específicos.

En síntesis las regiones tienen unas herramientas importantes que pueden ser



utilizadas para fortalecer su producción agropecuaria e industrial y, de esta forma, moderar los impactos que puede ocasionarles el cambio en la geografía económica del país.

Potencialidades de nuevos mercados

La realidad es que hasta ahora la presencia comercial del país en el mercado de los principales socios comerciales es relativamente baja. Con el fin de identificar aquellos mercados

que podrían resultar de mayor interés para el país, Araujo Ibarra & Asociados (2008) realizó un estudio que priorizó 11 mercados: México, Chile, Argentina, Perú, Honduras, Canadá, Suiza, España, Polonia, China y Rusia; sólo dos de ellos (China y Rusia) no están en la agenda de negociaciones de TLC del país.

Para estos mercados se aplicó una metodología similar a la usada en el estudio de Estados Unidos y se identificaron los productos con potencial en cada departamento.



Política de transformación productiva

El gobierno viene adelantando el Programa de Transformación Productiva (PTP), orientada al desarrollo de sectores de clase mundial. Esto significa la creación de sectores que alcancen los estándares de competitividad similares a los más altos que registran los principales productores de cada sector en el mundo (ver Avendaño; 2009, p. 31; y Plata y Avendaño; 2010, p. 73 y siguientes).

La política se basa en la creación de las condiciones adecuadas para el desarrollo de los sectores con mayor potencial, que aseguren la modernización de la estructura productiva, sean creadores de valor agregado, generadores de empleos de calidad y contribuyan a la diversificación de las exportaciones de Colombia.

Actualmente, el PTP adelanta un trabajo con veinte sectores y/o cadenas de los sectores industrial, agroindustrial y de servicios. En el primero incluye cosméticos y artículos de aseo; editorial e industria de la comunicación gráfica; industria de autopartes y vehículos; metal-mecánico, siderúrgico y astillero; y el sistema moda que comprende textiles, confecciones, diseño de moda, cuero, calzado y marroquinería. En el agroindustrial están acuicultura; hortifrutícola; carne bovina; palma, aceites vegetales y biocombustibles; chocolatería, confitería y materias primas; y lácteo. Y en servicios se incluyen tercerización de procesos de negocios BPO&O; software y tecnologías de la información; energía eléctrica, bienes y servicios conexos; turismo de salud; turismo de naturaleza; y turismo de bienestar.

Todos estos sectores tienen mayor presencia en algunas regiones que en otras. No obstante, dado que se crearán las condiciones adecuadas para su desarrollo superando problemas en materia de recursos humanos, marco normativo, madurez de la industria e infraestructura, cabe la posibilidad de que otras regiones las aprovechen y, si cuentan con el interés y los recursos, puedan impulsar el desarrollo de estos sectores o el de industrias relacionadas con ellos.

CONCLUSIONES

En el artículo se ha mostrado que los argumentos de la nueva geografía económica contribuyen a explicar la distribución espacial de la producción. También es clara la relación que

existe entre la política comercial y la desconcentración de la producción.

En el caso de la apertura económica de Colombia no se generó un proceso de relocalización industrial, como se esperaba, por la coincidencia de múltiples factores que “bloquearon” esa dinámica. No obstante, varios de esos factores desaparecen con los TLC, lo que sumado a los cambios institucionales que se están precipitando, puede inducir cambios en la localización de la producción del país.

El punto de partida para esos cambios es la existencia de grandes desigualdades regionales, y ellas pueden acentuarse o moderarse con los TLC. Frente a ese escenario, las regiones pueden adoptar estrategias que les permitan obtener beneficios. Lo que es innegable es que las regiones deben hacer esfuerzos notables para fortalecer su competitividad, no sólo para mejorar su posición al interior del país, sino para ser exitosos frente a la competencia externa.

Está en manos de los líderes regionales, de los empresarios y de la academia la opción que van a escoger. Lo cierto es que quedarse quietos no es la mejor estrategia.

BIBLIOGRAFÍA

- Araujo Ibarra & Asociados S. A. (2006). “Nuevos destinos de exportación para Colombia”. Bogotá.
- Araujo Ibarra & Asociados S. A. (2006). “Quinientos nuevos productos y servicios, para nueve regiones de Colombia, con gran potencial de mercado en Estados Unidos”. Bogotá, noviembre.
- Araujo Ibarra & Asociados S. A. (2012). “Guía para aprovechar el TLC con EE.UU. TLCs de la negociación a los negocios”. Sena y Araujo Ibarra. Bogotá, abril.
- Avendaño Cruz, Hernán (2009). “Empresarialidad y transformación productiva”. *IGNIS Revista Científica*, no. 2, marzo; pp. 26-36.
- Avendaño Cruz, Hernán (2011). “¿Por qué negociar acuerdos comerciales?”. *Revista Civilizar de Empresa y Economía*; No. 4 Julio – Diciembre.
- Botero, Jorge Humberto (2009). “Internacionalización: ¿Cuál debe ser la agenda?”. Presentación en PowerPoint en el XXI Congreso Nacional de Exportadores. Bogotá, 3 y 4 de septiembre.
- Departamento Nacional de Planeación (2009). “Plan de expansión portuaria 2009-2011: Puertos para la competitividad y el desarrollo sostenible”. Documento Conpes 3611. Bogotá, 14 de septiembre. Recuperado el 16 de abril de 2014: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/CONPES/ConpesEcon%C3%B3micos/2009/tabid/907/Default.aspx>.
- Departamento Nacional de Planeación (2014). “Política para el desarrollo integral de la Orinoquia: Atillanura - Fase I”. Documento Conpes 3797. Bogotá, 12 de enero de 2014. Recuperado el 16 de abril de 2014 en: <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=GrmcQ5IN9OM%3D&tabid=1813>.
- Echeverry, Juan Carlos (2009). “Lessons from Colombian Economic Development”. 2009 Latin America Emerging Market Forum. Bogotá.
- Esquivel, Gerardo (2003). “Regional Convergence in Mexico before and after NAFTA”. Presentación en PowerPoint en el foro “El ALCA y el futuro de la integración en las Américas”; INTAL, México. Recuperado el 17 de abril de 2014: <http://idb-docs.iadb.org/WSDocs/getDocument.aspx?DOC-NUM=35248710>.
- Fernández, Cristina (1998). “Agglomeration and Trade: The Case of Colombia”. *Ensayos sobre Política Económica*, No. 33, junio. Banco de la República.
- Fujita, Masahisa y Krugman, Paul (2004). “La nueva geografía económica: Pasado, presente y futuro”. *Investigaciones Regionales, Primavera*, No. 004. Asociación Española de Ciencia Regional. Recuperado el 15 de abril de 2014 en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28900409>.
- Fujita, Masahisa; Krugman, Paul y Venables, Anthony (2000). *Economía espacial. Las ciudades, las*

- regiones y el comercio internacional. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Hommes, Rudolf (2009, 30 de octubre). "Política, comercio y geopolítica". *El Tiempo*; página 1-25.
 - Krugman, Paul y Livas Elizondo, Raul (1992) "Trade Policy and the Third World Metropolis". *Journal of Development Economics*, Vol. 49, No. 1; pp. 137-150.
 - Meisel Roca, Adolfo (2011). *Por qué perdió la Costa Caribe el siglo XX y otros ensayos*. Centro de Estudios Económicos Regionales. Banco de la República. Bogotá.
 - Mesquita, Mauricio (coord.) (2013). *Muy lejos para exportar: los costos internos de transporte y las disparidades en las exportaciones regionales en América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, DC.
 - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (2004a). "Estructura productiva y de comercio exterior del Departamento de Antioquia". Bogotá, marzo. Recuperado el 4 de abril de 2014 en: <http://www.mincit.gov.co/publicaciones.php?id=11528>.
 - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (2004b). "Estructura productiva y de comercio exterior del Departamento de Santander". Bogotá, julio. Recuperado el 4 de abril de 2014 en: <http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones.php?id=12574>.
 - Moncayo, Edgar (2004). *Nuevos enfoques del desarrollo territorial: Colombia en una perspectiva latinoamericana*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Naciones Unidas.
 - Murad, Rocío (2003). "Estudio sobre la distribución espacial de la población en Colombia". *Cepal Serie Población y Desarrollo*, No. 48, noviembre.
 - Plata Páez, Luis Guillermo y Avendaño Cruz, Hernán (2010). *Alcanzando el futuro deseado*. Trans-
- formación productiva e internacionalización de Colombia. D'vinni Impresos. Bogotá.
 - Portafolio (2013, 4 de septiembre). "Colombia, segunda economía más cerrada de A. Latina". Recuperado el 16 de abril de 2014 en: <http://www.portafolio.co/economia/economias-cerradas-america-latina>.
 - Proexport Colombia (2012, 9 de octubre). "Proexport identificó los 818 productos con oportunidades comerciales en la Unión Europea". Obtenido el 19 de abril de 2014 en: <http://www.proexport.com.co/noticias/proexport-identifico-los-818-productos-con-oportunidades-comerciales-en-la-union-europea>.
 - Proexport Colombia (2013a). "Huila aprovecha los TLC. Revista de las oportunidades". Septiembre. Recuperado el 19 de abril de 2014 en: <http://www.proexport.com.co/publicaciones/huila-aprovecha-los-tlc-0>.
 - Proexport Colombia (2013b). "Nariño aprovecha los TLC. Revista de las oportunidades". Noviembre. Recuperado el 19 de abril de 2014 en: <http://www.proexport.com.co/publicaciones/narino-aprovecha-el-tlc-revista-de-las-oportunidades>.
 - Ramírez, María Teresa (2007). "Efectos del eslabonamiento de la infraestructura de transporte sobre la economía colombiana: 1900-1950". En James Robinson y Miguel Urrutia (editores), *Economía colombiana en el siglo XX. Un análisis cuantitativo*. Fondo de Cultura Económica y Banco de la República. Bogotá.
 - Schwab, Klaus (editor) (2013). *The Global Competitiveness Report 2013–2014*. World Economic Forum. Ginebra.
 - World Bank (2002). *Globalization, Growth and Poverty: Building an Inclusive World Economy*. World Bank y Oxford University Press. Washington, DC.

LA "PETITE HISTOIRE" DE LA CREACIÓN DE LA OALI

Edgar Iván Ramírez Angel*

10 Años
OALI
Oficina de Asuntos Legales Internacionales



Desde mi llegada a la jefatura de la Oficina Jurídica del entonces Ministerio de Comercio Exterior en septiembre de 2001, percibí la necesidad de que el organismo rector del comercio exterior colombiano contara con una oficina especializada en la atención de los asuntos jurídicos, relacionados con el creciente número de acuerdos comerciales internacio-

nales que la dinámica tercera ola de integración económica estaba originando en el país y en el resto de América Latina.

En efecto, para esas fechas, la Oficina Jurídica del Ministerio estaba encargada de atender y asesorar en los temas legales tanto funcionales o administrativos, como misionales del orga-

nismo, sin estar dotada de una estructura que le permitiera estudiar los asuntos jurídicos de la integración económica con la especialización y dedicación requeridas por un ministerio de comercio exterior en una etapa de auge de celebración y puesta en marcha de acuerdos comerciales internacionales como la que ocasionó la entrada en el siglo XXI.

Basado, pues, en la mencionada necesidad, y en la más adecuada estructura que a la sazón tenían algunos otros entes estatales tales como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que de tiempo atrás contaba con algunas oficinas jurídicas especializadas en lugar de una sola oficina jurídica general, expuse a las directivas del Ministerio de Comercio Exterior la idea y la necesidad de crear en el nuevo ministerio la oficina especializada en lo jurídico externo, encontrando afortunadamente receptividad y apoyo a la iniciativa, particularmente de la entonces Viceministra de Comercio Exterior, Claudia Uribe Pineda.

La oportunidad de crear dicha oficina especializada se presentó con la fusión de los Ministerios de Desarrollo Económico y de Comercio Exterior y la consecuente creación del actual Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que, como anillo al dedo, ordenó el Congreso de la República por iniciativa del Gobierno Nacional, mediante la Ley 790 de diciembre de 2002.

De esta manera, con el entendimiento y aceptación de las áreas del Departamento Administrativo de la Función Pública, DAFP, encargadas de asesorar la fusión ministerial, la creación y funciones de la nueva oficina fueron contempladas desde el inicio de los trabajos preparatorios del decreto de estructura del nuevo organismo.

Dichos trabajos fueron adelantados conjuntamente por los ministerios que se fusionaron y con la asesoría y revisión legal de las oficinas

jurídicas tanto de Desarrollo como de Comercio Exterior.

Concluidos estos trabajos, fue expedido, como se sabe,

el Decreto Ley 210 del 3 de febrero de 2003, en cuyo Artículo 10º se establece la actual Oficina de Asuntos Legales Internacionales, bien pronto más conocida como la OALI.

Como tema anecdótico, recuerdo que inicialmente propuse bautizar la nueva dependencia como Oficina de Asuntos Jurídicos Internacionales, por entender que a nivel internacional no hay temas o asuntos propiamente legales -como quiera que técnicamente no hay "leyes internacionales"-, sino temas de derecho internacional o temas y asuntos jurídicos internacionales. Sin embargo, el DAFP insistió en llamarla como quedó, bajo el argumento de que por claridad y para evitar confusiones, las dos oficinas interdependientes en lo jurídico, no deberían llevar en su designación la palabra "jurídica" o "jurídicos".

Así, la más ajustada al derecho internacional OALI, quedó -un poco impropia- denominada como OALI.

Con estos antecedentes y con la muy importante e interesante misión de apoyar al nuevo Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en todo asunto relacionado con la actividad internacional del organismo y del país, particularmente en los campos del comercio exterior e internacional, del desarrollo industrial y empresarial, y del turismo, comenzó su andadura la actual OALI cuyo establecimiento y labores desde hace once años, a todas luces han contribuido positivamente a la mejor atención gubernamental de estos trascendentales temas de interés público para todos los colombianos.



Departamento Comunicaciones MINCIT

ACCESO DE MERCANCIAS REMANUFACTURADAS EN EL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL SUSCRITO CON LOS ESTADOS UNIDOS

Miguel A. Castro Riberos *

* Abogado y especialista en Derecho de la Competencia y Libre Comercio de la Pontificia Universidad Javeriana. Candidato a Maestría en Regulación de London School of Economics and Political Science (Reino Unido). Es becario Colfuturo y Chevening (Reino Unido). Ha sido profesor de comercio internacional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Su experiencia profesional la ha desarrollado en firmas de abogados (Cavelier Abogados, Ernst & Young y Brigard & Urrutia) enfocándose en comercio internacional y derecho de la competencia. Se desempeñó como asesor en la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en donde formó parte del equipo que lideró y coordinó la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos. También ha trabajado en organizaciones internacionales (ACWL, Ginebra, Suiza) asesorando a países menos desarrollados y en desarrollo en asuntos y litigios ante la OMC.

INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de los acuerdos bilaterales de libre comercio que Colombia ha suscrito durante los últimos años ha conllevado la modificación de algunas de las herramientas de comercio exterior de uso recurrente por parte del Gobierno Nacional.

Dentro de estas herramientas se encuentran las licencias de importación, las cuales constituyen un requisito previo para la importación de determinadas mercancías. Si bien las licencias de importación no son ajenas a la práctica comercial de muchos países y existe a nivel multilateral regulación sobre las mismas, el alcance que Colombia le ha dado a esta herramienta tiene un impacto directo en los compromisos que ha asumido bajo el marco de los acuerdos bilaterales de libre comercio, en especial en relación con el ingreso de mercancías remanufacturadas.

El acceso a las mercancías remanufacturadas que se ha negociado en el marco de los acuerdos ha tenido un efecto en el mercado colombiano. Es por ello que se hace necesario tener claridad respecto a los compromisos asumidos en relación con las mercancías remanufacturadas, puesto que su correcta interpretación garantiza, que el acceso que se permita efectivamente corresponda al que Colombia decidió otorgar.

El presente artículo tiene como objetivo analizar el alcance de las obligaciones de acceso que Colombia ha asumido bajo el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos (en adelante "APC") en materia de acceso de mercancías remanufacturadas; la compatibilidad de las mismas con nuestro ordenamiento jurídico y los retos que implica su aplicación.

COMPROMISO DE MERCANCÍAS REMANUFACTURADAS EN EL APC

A la fecha, Colombia ha asumido compromisos relativos a mercancías remanufacturadas en tres acuerdos bilaterales internacionales que se encuentran en vigor, a saber, el Acuerdo de Libre Comercio con Canadá, con la Asociación Europea de Libre Comercio y el APC con los Estados Unidos.

En el presente artículo se desarrollará únicamente el compromiso adquirido bajo el APC puesto que las obligaciones asumidas en los otros dos acuerdos comerciales son, en términos generales, de similar alcance.

Definición de mercancías remanufacturadas

La definición de mercancía remanufacturada se encuentra en el artículo 4.23 del capítulo Cuatro—Reglas de Origen y Procedimientos de Origen del APC. Conforme a esta definición una mercancía debe tener las siguientes características para ser clasificada como remanufacturada:

- Debe tratarse de mercancías industriales clasificadas en el Sistema Armonizado bajo los capítulos 84, 85, 87 ó 90 o la partida 94.02, salvo las mercancías clasificadas en las partidas 84.18 u 85.16 del Sistema Armonizado.
- Debe realizarse el proceso de ensamblaje de la mercancía remanufacturada en el territorio de Colombia o de los Estados Unidos².
- Debe tener esta mercancía una expectativa de vida y una garantía de fábrica, similar a la de una mercancía nueva; y,
- Debe estar compuesta completa o parcialmente de mercancías recuperadas: En el artículo 4.13 se definen las mercancías recuperadas como los "materiales en forma de partes individuales resultantes de: (a) desensamblaje de mercancías usadas en partes

² Remitirse a la definición de "territorio" contenida en el Anexo 1.3 del APC, la cual para efectos del territorio colombiano, corresponde al concepto constitucional del mismo.

individuales; y (b) la limpieza, inspección, verificación u otros procesos según sean necesarios para regresar el material a su condición de funcionamiento normal”.

Alcance del compromiso

El compromiso de acceso de mercancías remanufacturadas tiene dos dimensiones: una primera, consistente en eliminar cualquier restricción a la importación sobre éstas mercancías; y una segunda, consistente en otorgarle un trato arancelario preferencial. Estas dos dimensiones tienen una relación estrecha, pues es evidente que de nada serviría contar con un arancel preferencial si por la existencia de restricciones es imposible ingresar dichas mercancías al mercado de una de las partes.

En las siguientes dos secciones se analizará el alcance de cada una de estas dimensiones.

Restricciones a la importación.

El párrafo 1 del artículo 2.8 de la Sección C -Medidas no arancelarias- del APC, impone la obligación a las Partes de no establecer restricciones o prohibiciones a la importación o exportación de mercancías de la otra Parte, según se lee a continuación:

“Salvo disposición en contrario en este Acuerdo, ninguna Parte podrá adoptar o mantener alguna prohibición o restricción a la importación de cualquier mercancía de otra Parte o a la exportación o venta para exportación de cualquier mercancía destinada al territorio de otra Parte, excepto lo previsto en el Artículo XI del GATT de 1994 y sus notas interpretativas, y para tal efecto, el Artículo XI del GATT de 1994 y sus notas interpretativas se incorporan en este Acuerdo y son parte integrante del mismo, *mutatis mutandis*.”

Con esta disposición se incorpora al APC el artículo XI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT, por sus siglas en inglés). Por tal razón, se hace necesario profundizar previamente en el estudio de

esta última disposición para entender el alcance del artículo 2.8 del APC.

Artículo XI del GATT.

El artículo XI del GATT, titulado “Eliminación general de las restricciones cuantitativas” en su primer párrafo consagra la prohibición de adoptar medidas que restrinjan cuantitativamente el comercio, ya sea en las operaciones de importación o exportación.

Para que una medida contravenga esta obligación se requiere que se trate de una prohibición o restricción que conlleve un efecto limitativo en la cantidad de las mercancías a importar o exportar. Sobre el particular, en el caso China – Materia Primas, el Órgano de Apelación anotó:

El término “prohibition” (“prohibición”) se define como “a legal ban on the trade or importation of a specified commodity” (una prohibición legal impuesta al comercio o a la importación de un determinado producto). El segundo elemento de la expresión “[e]xport prohibitions or restrictions” (“[p]rohibiciones o restricciones a la exportación”) es el sustantivo “restriction” (“restricción”), que se define como “[a] thing which restricts someone or something, a limitation on action, a limiting condition or regulation” (algo que restringe a alguien o algo, una limitación de la acción, una condición o reglamentación limitativa) y por lo tanto se refiere en términos generales a algo que tiene un efecto limitativo⁴ .”

“En el caso que nos ocupa, consideramos que la utilización de la palabra “cuantitativas” en el título de la disposición informa la interpretación de los términos “restricción” y “prohibición” de los párrafos 1 y 2 del artículo XI. Indica que el artículo XI del GATT de 1994 abarca las prohi-

biciones y restricciones que tienen un efecto limitativo en la cantidad o cuantía de un producto importado o exportado.³

El concepto de prohibición y restricción bajo el artículo XI del GATT tiene un alcance amplio. Es así como en el mismo caso el Órgano de Apelación señaló:

“Tanto el párrafo 1 como el párrafo 2 a) del artículo XI del GATT de 1994 se refieren a “prohibiciones o restricciones”.

En este mismo sentido el Grupo Especial en el caso Estados Unidos – EPO se pronunció de la siguiente forma:

Como pone de manifiesto el párrafo anterior, el diccionario define ampliamente los términos “restrictivo” y “restricción”. No hay que respetar umbrales específicos para caracterizar una determinada medida como una “restricción” o calificarla como “restrictiva”. Una “restricción” puede ser también cualquier cosa que restrinja algo, cualquier limitación de actividad, o una condición limitadora. Además, a la luz del sentido del término “restrictivo”, cabe considerar que una medida “que tiene la naturaleza o el efecto de una restricción” es una medida “restrictiva”⁵.

En este caso se constató que esta misma interpretación había sido adoptada por otros Grupos Especiales en casos como India - Restricciones cuantitativas, India – Automóviles y Colombia – Puertos de Entrada⁶.

Ahora, en cuanto la determinación del efecto restrictivo de una medida a la luz del artículo XI

del GATT, se debe tener en cuenta que esta disposición tiene como objetivo proteger las oportunidades de competir en los mercados de los productos importados y no los flujos comerciales. En otras palabras, para declarar una violación de esta disposición no se requiere demostrar que la medida genera un efecto negativo en los flujos comerciales; basta sólo con demostrar que tiene un efecto en las oportunidades de competencia en el mercado⁷.

En conclusión, de la interpretación del artículo XI del GATT se identifica que, para decretar una violación a esta disposición, se debe tratar de una medida distinta a un derecho de aduana, un impuesto u otra carga, que imponga cualquier tipo de condición limitativa a las oportunidades competitivas de los productos importados en un mercado determinado.

Finalmente, se debe mencionar que el párrafo 2 del artículo XI contempla algunas situaciones bajo las cuales se puede justificar una medida que contraviene la obligación contenida en el párrafo 1. En términos generales, estas comprenden las acciones para prevenir o remediar la escasez de productos esenciales; las necesarias para la aplicación de reglamentaciones en materia de clasificación, control de calidad y comercialización; y para la ejecución de ciertas medidas sobre productos agrícolas y pesqueros.

Artículo 2.8 del APC.

Como se indicó en la sección anterior, el párrafo 1 del artículo 2.8 incorpora al APC el artí-

³ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, China – Medidas Relativas a la Exportación de Diversas Materias Primas, WT/DS394/DS395/DS398/AB/R, adoptado el 22 de febrero de 2012, párrafo 320.

⁴ *Ibid.*, párrafo 319.

⁵ Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Determinadas Prescripciones en Materia de Etiquetado Indicativo del País de Origen (EPO), WT/DS384/DS386/R, adoptado el 23 de julio de 2012, párrafo 7.568

⁶ *Ibid.*, párrafo 7.569 y 7.570.

⁷ Véase los Informes del Grupo Especial en los casos: (i) Argentina - Medidas que Afectan a la Exportación de Pieles de Bovino y a la Importación de Cueros Acabados, WT/DS155/R, adoptado el 16 de febrero de 2001, párrafo 11.20; y, (ii) Medidas que Afectan al Sector del Automóvil, WT/DS146/DS147/R adoptado el 5 de abril de 2002; (iii) Colombia –Puertos de Entrada, párrafo 7.236; y (iv) Estados Unidos – EPO, párrafo 7.572.

culo XI del GATT con sus notas interpretativas. Esto quiere decir que tanto la obligación dispuesta en el párrafo 1 del artículo XI como las justificaciones enlistadas en el párrafo 2 hacen parte del APC.

Ahora bien, el APC cuenta con una regulación más amplia en materia de restricciones a la importación o la exportación que el GATT. Es así como en los párrafos 2 y 5 las Partes listaron un conjunto de medidas que, de llegarse a adoptar por alguna de las Partes, se entienden prohibidas por el párrafo 1 del artículo XI del GATT. Adicionalmente, en el párrafo 4 de este artículo se regulan los casos en los cuales se imponga una prohibición o restricción a la importación de una mercancía de un país que no sea parte del APC.

Finalmente, el párrafo 3 contempla un conjunto de medidas que, si bien son consideradas por las partes como restricciones o prohibiciones a la importación o exportación, se exceptúan del cumplimiento de esta obligación⁸. Estas excepciones se encuentran en la Sección A del Anexo 2.2 que se titula "Trato Nacional y Restricciones a la Importación y Exportación" y que dispone en su encabezado "Los Artículos 2.2 y 2.8 no se aplicarán a: (...)".

En cuanto a las mercancías remanufacturadas, es importante destacar dos puntos. En primer lugar, el párrafo 1 del artículo 2.8 remite a un pie de página que dispone: "[p]ara mayor certeza, este párrafo se aplica, *inter alia*, a las prohibiciones o restricciones a la importación sobre las mercancías remanufacturadas".

En segundo lugar, en el literal c) del Anexo 2.2 del APC, en el cual se encuentra la excepción al régimen impuesto para ciertas mercancías en la Resolución 001 del 2 de enero de 1995 (actual régimen de licencia de importación), se



Departamento Comunicaciones MINCIT

aclara que "[l]os controles identificados en este párrafo no aplican a mercancías remanufacturadas".

En conclusión, la lectura comprensiva de estas dos disposiciones permite interpretar que las Partes del APC decidieron que el comercio de mercancías remanufacturadas estuviese cobijado por la obligación de no imponer restricciones cuantitativas a su importación o exportación, de forma tal que excluyeron, de las excepciones contempladas en el Anexo 2.2, los controles que la Resolución 001 de 1995 contemplaba para dichas mercancías.

Compromiso de acceso preferencial.

Las mercancías remanufacturadas que cumplan con las reglas de origen dispuestas en el capítu-

⁸ Véase el párrafo 3 del artículo 2.8 del APC.



lo cuarto del APC se benefician del trato preferencial establecido en la Lista de Desgravación de Colombia contenida en el Anexo 2.3.

No es el objetivo de este escrito profundizar en el estudio de las reglas de origen del APC, sin embargo es importante indicar que de acuerdo con el artículo 4.1 (a) una mercancía es originaria cuando “la mercancía es obtenida en su totalidad o producida enteramente en el territorio de una o más de las Partes”. Esta regla se encuentra desarrollada en el artículo 4.23 del APC, indicando que las mercancías obtenidas en su totalidad o producidas enteramente en el territorio de una o más de las Partes, incluyen las mercancías recuperadas en el territorio de una o más de las Partes, que hayan sido utilizadas en el territorio de una o más de las Partes en la producción de mercancías remanufacturadas.

Finalmente, es importante anotar que algunas mercancías remanufacturadas cuentan con un

esquema de desgravación especial conforme con la nota cuatro de las Notas Generales a la Lista Arancelaria de la República de Colombia. Todas aquellas mercancías remanufacturadas que conforme a la Lista de Colombia del Anexo 2.3 no se les aplica este cronograma de desgravación especial, se les aplicará el cronograma general dispuesto en la misma Lista.

En el Decreto 730 de 2012, que implementa compromisos del APC, se ve reflejada esta situación en el artículo 13. A su vez, en el artículo 15 de este mismo decreto se encuentran listadas las subpartidas que cuentan con el cronograma especial de desgravación que establece la nota cuatro de las Notas Generales a la Lista Arancelaria de la República de Colombia.

TRATAMIENTO DE LAS IMPORTACIONES DE MERCANCIAS REMANUFACTURADAS EN COLOMBIA Y COMPATIBILIDAD CON EL APC

El tratamiento que el ordenamiento jurídico interno le otorgaba al comercio de las mercancías remanufacturadas era incompatible con los compromisos adquiridos en el APC.

En las siguientes secciones se aborda este tema, a la luz de la normativa vigente al momento de entrada en vigencia del Acuerdo.

Decreto 3803 de 2006.

Para el momento en el cual el APC entró en vigencia, el Decreto 3803 de 2006 regulaba lo atinente a las solicitudes de registro y licencia de importación. Conforme al artículo 3 del mismo, la importación de mercancías remanufacturadas se encontraba bajo el régimen de licencia previa de importación.

Las licencias previas de importación son administradas por la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a través de la Ventanilla Única de Comercio Exterior – VUCE -. A fin de obtener las licencias,



Departamento Comunicaciones MINCIT

los importadores deben presentar una solicitud conforme a lo establecido en el artículo 6 de dicho decreto.

El Decreto 2680 de 2009 en su artículo 1 establece que, para efectos del registro, se entienden bienes nacionales como aquellos totalmente obtenidos, los bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en las disposiciones de dicho decreto. Para inscribirse en el Registro de Productores de Bienes Nacionales se requiere presentar una solicitud a la Subdirección de Diseño y Administración de Operaciones de la Dirección de Comercio Exterior.

Por su parte, el artículo 14 del Decreto 3803 establecía que para la evaluación de las solicitudes de importación de licencia previa que amparen bienes que no son nuevos (i.e. las mercancías remanufacturadas) se debería consultar y tener en cuenta el Registro de Producción Nacional (actualmente denominado Registro de Productor de Bienes Nacionales).

En la práctica, el mandato del artículo 14 del Decreto 3803 de 2006 implicaba que toda solicitud de licencia de importación para la importación de mercancías que no fueran nuevas (incluidas las remanufacturadas) sería rechazada, si dicha mercancía contaba con un Registro de Productor de Bienes Nacionales.

Compatibilidad con los compromisos del APC.

El efecto que tenía el Decreto 3803 de 2006 en el comercio de mercancías remanufacturadas era incompatible con la obligación asumida por Colombia bajo el artículo 2.8 el APC.

Los sistemas de licencias de importación y exportación han sido analizados en varios casos bajo el GATT 1947 y por el Órgano de Solución de Diferencia de la OMC. Por ejemplo, en el caso India - Restricciones cuantitativas el Grupo Especial encontró que el régimen de licencias generales y especiales de importación para ciertas mercancías era inconsistente con el párrafo 1 del artículo XI del GATT, como quiera que las licencias eran discrecionales o no automáticas⁹. En dicho caso se concluyó que la licencia era de este tipo por cuanto sólo se concedía a ciertas categorías de exportadores y no se concedía en todos los casos que se solicitaba¹⁰.

El análisis efectuado y la conclusión a la que llegó el Grupo Especial en dicho caso daría a entender que los sistemas de licencias de importación o exportación discrecionales o no automáticos son de cierta forma per se inconsistentes con el párrafo 1 del artículo XI del GATT.

Esta interpretación fue aclarada por el Grupo Especial en el caso China – Materias Primas, indicando que los sistemas de licencias que se califiquen como automáticos o discrecionales no generan una violación per se del párrafo 1 del

⁹ Informe del Grupo Especial, India – Restricciones Cuantitativas a la Importación de Productos Agrícolas, Textiles e Industriales, WT/DS90/R, adoptado el 22 de septiembre de 1999, párrafo 5.129.

¹⁰ *Ibid.*, párrafo 5.139.

artículo XI del GATT. Por el contrario, dichos sistemas sólo lo serán cuando quiera que hayan sido diseñados y funcionen de tal manera que produzcan un efecto restrictivo sobre las operaciones de importación o exportación¹¹. Esta jurisprudencia conlleva a que el análisis de todo sistema de licencias de importación no termine en la lectura solitaria de la norma. Por el contrario se requiere efectuar un análisis de la medida con el fin de establecerse si la misma tiene un efecto restrictivo o limitativo en los términos del artículo XI del GATT.

Teniendo las anteriores consideraciones en cuenta, de la lectura del artículo 14 del Decreto 3803 de 2006 se encontraba que para la expedición de las licencias previas de importación de mercancías que no son nuevas se requería consultar y tener en cuenta el Registro de Producción Nacional. Es claro que esta norma otorga una discrecionalidad amplia a favor de la autoridad al momento de evaluar una solicitud de licencia, puesto que la misma simplemente indica que este registro servirá de soporte en la evaluación de la solicitud, sin limitar de forma alguna las determinaciones a las que puede llegar la autoridad con base en la revisión del registro.

De esta observación se desprende la siguiente pregunta: ¿La sola existencia de esta facultad discrecional genera un efecto restrictivo en las operaciones de importación? En el caso China – Materias Primas el Grupo Especial encontró que en ciertas situaciones una facultad discrecional amplia puede generar una incertidumbre de tal nivel, que la sola existencia de dicho nivel de incertidumbre en el comercio equivale a una restricción a la exportación que es incompatible con el párrafo 1 del artículo XI del GATT¹².

La amplia discrecionalidad que otorga el artículo 14 del Decreto a la autoridad colombiana, de manera cierta generaba una incertidumbre en los operadores de comercio exterior sobre el otorgamiento o no de la licencia previa, la cual podría considerarse en sí misma una restricción a las operaciones de importación. Adicionalmente, de la aplicación de este requisito se encontraba que las licencias previas sólo se otorgaban cuando quiera que no existía un registro para la mercancía que se pretendía importar, lo cual constituía claramente una restricción cuantitativa al comercio de las mercancías remanufacturadas (cuota cero), en los casos en que hubiera un registro de producción nacional.

Estas consideraciones demostraban que la sola existencia de la condición dispuesta en el artículo 14 del Decreto 3803 de 2006 y la forma en que se aplicaba la misma, hacían que el sistema de licencias previas de importación para mercancías remanufacturadas contraviniera lo dispuesto en el artículo 2.8 del APC.

Por tal razón, para cumplir con los compromisos asumidos bajo el APC, el artículo 16 del Decreto 730 de 2012 excluyó del régimen de licencia previa las importaciones de mercancías remanufacturadas de los Estados Unidos¹³.

En consonancia con esta disposición, el Decreto 925 de 2013, con el cual se deroga el Decreto 3803 de 2006, incluyó como excepción al régimen de licencia, la importación de mercancías remanufacturadas que se importen bajo el amparo de los acuerdos comerciales que contemplen una obligación de este tipo, siempre y cuando se cumpla con las condiciones que se establezcan en los mismos (párrafo 2 del artículo 14).

¹¹ Informe del Grupo Especial, China – Medidas Relativas a la Exportación de Diversas Materias Primas, WT/DS394/DS395/DS398/R, adoptado el 22 de febrero de 2012, párrafo 7.934.

¹² *Ibid.*, párrafo 7.948.

¹³ Similar disposición se encuentra en los decretos de implementación de los acuerdos de libre comercio con Canadá y los países EFTA.

ASPECTOS DE IMPORTANCIA EN LA APLICACIÓN DEL COMPROMISO

Revisado el alcance del compromiso asumido por Colombia en materia de acceso de mercancías remanufacturadas y su compatibilidad con el APC, se abordarán ciertos aspectos que serán de suma importancia para las operaciones de importación de este tipo de mercancías.

Composición de bienes recuperados y procedimientos de recuperación

El primer asunto que se debe precisar es qué tipo de materias primas pueden conformar una mercancía para efectos de catalogarla como remanufacturada conforme lo dispuesto en el APC.

El literal a) de la definición de mercancía remanufacturada contenida en el artículo 4.23 del APC, establece que la misma debe estar compuesta completa o parcialmente de mercancías recuperadas. En cuanto al aspecto de la composición parcial, la lectura aislada de este condicionamiento puede llevar a concluir que las mercan-

cías remanufacturadas pueden estar compuestas tanto de mercancías nuevas y recuperadas como de mercancías usadas y recuperadas.

No obstante, atendiendo el objeto, contexto y fin de esta disposición la interpretación correcta es que este tipo de mercancías sólo pueden estar compuestas parcialmente por mercancías recuperadas y nuevas.

En el literal b) de la definición de mercancías remanufacturadas se establece que las mismas deben tener una expectativa de vida similar y gozar de una garantía de fábrica similar a la de una mercancía nueva. Es claro que este condicionamiento tiene como objetivo garantizar que el proceso de remanufactura se realice de forma tal que convierta partes usadas en una mercancía que funcionen como una mercancía nueva.

De plano, este condicionamiento excluye la utilización de materias primas usadas que se encuentran deterioradas puesto que las mismas no pueden reportar un funcionamiento o vida útil similar al de una mercancía nueva. Por tal



Departamento Comunicaciones MINCIT

razón se debe entender que son inherentes al proceso de remanufactura los procedimientos de recuperación cuyo objetivo es regresar el material a su condición de funcionamiento normal; de lo contrario, el condicionamiento de vida útil y funcionamiento similar al de una mercancía nueva no se cumpliría.

Esta interpretación se confirma a la luz de las excepciones a los compromisos de trato nacional y restricciones a la importación o exportación acordadas por las Partes en el Anexo 2.2 del APC.

Como se indicó anteriormente, de conformidad con este Anexo y con lo dispuesto en el artículo 2.8 del APC, Colombia no se comprometió a dar acceso a las mercancías usadas. Por ende, sería contradictorio interpretar que la importación de mercancías usadas se permitiría bajo la forma de mercancías remanufacturadas, siendo que no existe una disposición expresa que lo permita.

Finalmente, entendiendo que la composición parcial sólo puede acompañarse de mercancías nuevas, se debe indicar que los procesos de recuperación contenidos en la definición de mercancías recuperadas son una lista abierta y por ello no deben limitarse a los allí expresamente indicados. Así las cosas, cualquier procedimiento que lleve a una materia prima a regresar a su condición de funcionamiento normal, la convertirá en recuperada.

Esta situación hace que en la práctica las materias primas usadas puedan fácilmente entenderse como recuperadas puesto que, cuando las mismas se encuentran en un estado cercano al de funcionamiento normal, resulta suficiente adelantar procedimientos simples como el de limpieza para su recuperación.

Operaciones con zona franca.

Las operaciones de remanufactura de bienes en zonas francas permanentes y zonas francas

especiales son viables conforme lo dispuesto en el ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, es necesario determinar qué operaciones de comercio desde zona franca pueden acceder a los beneficios previstos dentro del APC. Para ello se debe recordar que conforme a la definición de mercancía remanufacturada el proceso de ensamblaje de la mercancía debe efectuarse en el territorio de Colombia o de los Estados Unidos.

La definición de territorio contenida en el Anexo 1.3 del APC comprende el territorio continental sin excluir las zonas francas. Por tal razón el proceso de ensamblaje al que se refiere la definición de mercancía remanufacturada, para efectos de obtener los beneficios dispuestos en el APC, puede efectuarse en zona franca colombiana.

Es claro entonces que las mercancías remanufacturadas en zona franca pueden acceder a los beneficios que dispone el APC al momento de ser importadas al territorio de los Estados Unidos. Ahora bien, cabe preguntarse si las mercancías remanufacturadas en estas zonas pueden gozar de los beneficios dispuestos en el APC cuando se pretenda ingresarlas al territorio aduanero colombiano.

Es decir, ¿Puede una mercancía remanufacturada en zona franca colombiana ingresar al territorio aduanero sin necesidad de licencia previa y acogiendo al arancel preferencial dispuesto en el APC?

Se podría llegar a una respuesta afirmativa a esta pregunta si se realiza una lectura aislada de la definición de mercancías remanufacturadas, dado que el condicionamiento referente al lugar de ensamblaje se refiere al "territorio de una Parte".

Sin embargo, este compromiso debe ser interpretado en su contexto relevante, que para el

presente caso lo provee el ámbito de aplicación del capítulo dos del APC. El artículo 2.1 establece que el ámbito de aplicación de los compromisos contenidos en el capítulo dos se acota al “comercio de mercancías de una Parte”. Como se puede observar, los compromisos que se asumen bajo este capítulo, tal y como el de mercancías remanufacturadas, buscan garantizar el comercio de mercancías entre ambas Partes del APC.

Esta conclusión se confirma a la luz de lo dispuesto en el artículo 1.1 del APC, en el cual se establece que las Partes del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo XXIV del GATT, establecen una zona de libre comercio.

Conforme al artículo XXIV: 8 del GATT una zona de libre comercio es:

“un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio.”

De la lectura de esta norma se encuentra que las zonas de libre comercio tienen como objetivo eliminar las restricciones al comercio entre las Partes que la componen.

Así las cosas, si bien la definición de mercancías remanufacturadas se refiere al ensamblaje en el territorio de una parte, al hacer una lectura comprensiva del APC se encuentra que el compromiso de Colombia sólo se asumió respecto de las mercancías remanufacturadas en los Estados Unidos, pues es con ese país con el que

se va a comerciar en el marco de la zona de libre comercio que crea el Acuerdo. Esto quiere decir que las mercancías ensambladas en zona franca colombiana no pueden acogerse a los beneficios del APC cuando quiera que se pretendan ingresar al territorio aduanero nacional.

No obstante lo anterior, este tipo de operaciones podrían acogerse a las prerrogativas del APC si se desarrollan bajo un proceso de acumulación conforme a lo dispuesto en el artículo 4.5.2 del APC. Este artículo dispone lo siguiente:

“Artículo 4.5: Acumulación

(...)

2. Cada Parte dispondrá que una mercancía es originaria, cuando la mercancía es producida en el territorio de una o más de las Partes, por uno o más productores, siempre que la mercancía cumpla los requisitos del Artículo 4.1 y los demás requisitos aplicables de este Capítulo.

En atención a esta regla de origen, una mercancía no pierde su calidad de originaria por el hecho que el proceso productivo se inicie en el territorio de una Parte y culmine en el territorio de la otra, siempre que cumpla los requisitos de origen dispuestos en el artículo 4.1 del APC. En otras palabras, una mercancía cuyo proceso de remanufactura comienza en el territorio de los Estados Unidos y culmina en el territorio de Colombia, incluyendo por supuesto las zonas francas, no pierde su calidad de originaria y por ende podría acogerse a los beneficios que para dicha mercancía prescribe el APC.¹⁴ ”

¹⁴ Sobre este aspecto la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se pronunció en el mismo sentido mediante concepto OALI – 141 de 2012.



Departamento Comunicaciones MINCIT

Apertura del Mercado de Remanufactura.

Como reflexión final es importante analizar la necesidad de continuar con los controles que actualmente se tienen sobre la introducción de mercancías remanufacturadas que se ensamblan en las zonas francas colombianas, a la luz de los compromisos internacionales.

Como se indicó en secciones anteriores, las mercancías remanufacturadas en dichas zonas que pretendan ingresar al territorio aduanero nacional no gozan de los beneficios dispuestos en el APC y por ende deben cumplir con las condiciones generales para la importación de este tipo de mercancías.

Esto quiere decir que los bienes remanufacturados en zonas francas que a su vez registren producción nacional no pueden ser ingresados al territorio nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 decreto 3803 de 2006.

Ahora bien, bajo el nuevo escenario que trazan los acuerdos comerciales en los cuales Colombia ha asumido compromisos en esta materia, puede pensarse que ya no resulta necesario la adopción de esta medidas que restringen el

comercio, puesto que lo que se está haciendo con las mismas es asegurar y proteger el mercado de los remanufacturadores de los países con los que tenemos acuerdos.

Es un hecho que la producción nacional de ciertas mercancías va a competir directamente con mercancías remanufacturadas provenientes de los Estados Unidos, entre otros países. Por ende, al impedir que las mercancías remanufacturadas (que tengan registro de producción nacional) en zonas francas se puedan servir del mercado interno, estamos reservando el mercado de remanufactura colombiano a las empresas de los socios comerciales de Colombia.

Esta situación podría obstaculizar la creación de una nueva industria en Colombia que pueda utilizar el mercado colombiano para la generación de economías de escala que le permitan competir mejor en los mercados internacionales en donde tengamos acceso.

Sobre este punto debe efectuarse un estudio económico que permita determinar o no la conveniencia de mantener este tipo de controles. En todo caso la situación ilustrada amerita que en Colombia se inicie el debate.

CONCLUSIÓN

La entrada en vigencia de los acuerdos bilaterales comerciales ha tenido implicaciones en diferentes sectores de la economía y del ordenamiento jurídico de Colombia. Los compromisos de acceso a mercancías remanufacturadas ilustra perfectamente esta situación. La implementación de este compromiso no sólo exigió la correcta interpretación del acuerdo y del ordenamiento jurídico colombiano, sino también tuvo como consecuencia la modificación de uno de los instrumentos regulatorios más tradicionales del comercio internacional, y, más importante aún, la apertura de un mercado que históricamente había sido cerrado. La importancia de la implementación jurídica

de los compromisos internacionales es garantía de que no se va a entregar o a restringir más o menos que lo que los negociadores desearon.

Esto es vital para la legitimidad de estos instrumentos comerciales por cuanto la voluntad del negociador, en el caso colombiano, refleja en gran medida la concertación interna que se presenta con los representantes de distintos sectores económicos.

Sin embargo, la implementación no se debe quedar en la esfera jurídica. El gran reto en la etapa de implementación y administración, es lograr que los mismos se conviertan en verdaderas herramientas de promoción económica y social en el país.

BIBLIOGRAFÍA

Normas

Título Corto	Nombre y Cita Completa del Caso
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947.
APC	Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos, aprobado mediante Ley 1143 de 2007 y su Protocolo Modificatorio, aprobado mediante Ley 1166 de 2007.
Decreto 3803 de 2006	Decreto 3803 del 31 de octubre de 2006, por el cual se establecen disposiciones relacionadas con las solicitudes de registro y licencia de importación.
Decreto 2680 de 2009	Informe del Órgano de Apelación de la OMC, Estados Unidos – Pautas para la Gasolina Reformulada y Convencional, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996.
Decreto 730 de 2012	Decreto 730 del 13 de abril de 2012, por el cual se da cumplimiento a los compromisos adquiridos por Colombia en virtud del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos.
Decreto 925 de 2013	Decreto 925 del 9 de mayo de 2013, por el cual se establecen disposiciones relacionadas con las solicitudes de registro y licencia de importación”
Resolución 001 de 1995	Resolución 001 del 2 de enero de 1995 del Consejo Superior de Comercio Exterior, por la cual se establecen las condiciones y requisitos que deben cumplir las solicitudes de registro o licencia de importación.
Resolución 331 de 2010	Resolución número 331 de 25 de junio de 2010 de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por la cual se establecen disposiciones relacionadas con el Registro de Productores de bienes Nacionales.

Casos

Título Corto	Nombre y Cita Completa del Caso
Argentina – Pieles y Cueros	Argentina - Medidas que Afectan a la Exportación de Pieles de Bovino y a la Importación de Cueros Acabados, WT/DS155/R, adoptado el 16 de febrero de 2001.
China - Materias Primas	Informe del Órgano de Apelación de la OMC, China – Medidas Relativas a la Exportación de Diversas Materias Primas, WT/DS394/DS395/DS398/AB/R, adoptado el 22 de febrero de 2012.
Colombia - Puertos de Entrada	Colombia – Precios Indicativos y Restricciones de los Puertos de Entrada, WT/DS366/R, adoptado el 20 de mayo de 2009.
Estados Unidos - EPO	Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Determinadas Prescripciones en Materia de Etiquetado Indicativo del País de Origen (EPO), WT/DS384/DS386/R, adoptado el 23 de julio de 2012.
Estados Unidos – Gasolina	Informe del Órgano de Apelación de la OMC, Estados Unidos – Pautas para la Gasolina Reformulada y Convencional, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996.
India – Automóviles	India – Medidas que Afectan al Sector del Automóvil, WT/DS146/DS147/ R adoptado el 5 de abril de 2002.
India – Restricciones Cuantitativas	India – Restricciones Cuantitativas a la Importación de Productos Agrícolas, Textiles e Industriales, WT/DS90/R, adoptado el 22 de septiembre de 1999.
Japón –Semiconductores	Informe del Grupo Especial del GATT, Japón – Comercio de Semiconductores, L/6309-35S/130, adoptado el 4 de mayo de 1988.
Turquía – Textiles	Informe del I Grupo Especial, Turquía – Restricción a las importaciones de Productos Textiles y del Vestido, WT/DS34/R, adoptado 6 de julio de 2001.



Departamento Comunicaciones MINCIT

LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y LOS ACUERDOS COMERCIALES CELEBRADOS POR COLOMBIA: ALGUNAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

Juan Pablo Moya Hoyos *

* Ex-asesor legal de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Abogado y Magíster en Economía de la Universidad de los Andes, LL.M. de la Universidad de Georgetown. Parte del equipo negociador de tratados internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la mesa de compras públicas. Anteriormente profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes a nivel de pregrado y maestría y profesor en la especialización de Derecho de la Competencia y Libre Comercio de la Facultad de Derecho Universidad Pontificia Javeriana.

ABSTRACT

El presente artículo presenta un panorama general sobre los compromisos internacionales en materia de compras públicas que Colombia ha adquirido en los distintos acuerdos comerciales que ha suscrito, y la forma en la que estos afectan el sistema legal colombiano de contratación estatal. Las principales disciplinas introducidas por estos capítulos son las de trato nacional y transparencia, que pretenden nivelar el terreno de juego entre los nacionales y extranjeros que deseen participar en el mercado de compras públicas colombianas. La legislación colombiana ha incorporado estos compromisos principalmente a través de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1510 de 2013, que establecen las condiciones particulares que deben seguir las entidades públicas que adelanten procesos de contratación para cumplir con estos compromisos.

1. INTRODUCCIÓN

Los tratados en materia de comercio² celebrados por Colombia tienen como principal objetivo establecer las reglas de juego que regulan la forma cómo Colombia y sus socios comerciales conducen sus relaciones de comercio internacional. Principalmente, tratan temas de acceso a mercado de bienes y servicios tales como los aranceles aplicables a las importaciones, las exigencias sanitarias y fitosanitarias y las medidas de defensa comercial que se pueden establecer a la importación de productos, entre otros temas.

Sin embargo, los tratados que Colombia ha venido celebrando en la última década contienen un gran número de disciplinas que trascienden los temas anteriormente mencionados y no se limitan a regular los asuntos que comúnmente

se asocian con los acuerdos comerciales. Estas “nuevas disciplinas” incluyen temas como protección a la inversión extranjera, comercio electrónico, política de competencia y otros más que reflejan el hecho que el comercio internacional es mucho más que solo importación y exportación de bienes y servicios. Una consecuencia desafortunada de lo anterior es la existencia de un alto desconocimiento por parte de los operadores jurídicos en Colombia de estas nuevas disciplinas debido, principalmente, a su novedad en el sistema jurídico colombiano. Un buen ejemplo de lo anterior son las reglas relacionadas con las compras públicas, esto es, con los procesos de contratación estatal que adelanta el Estado Colombiano y sus homólogos comerciales, tanto en el nivel central como descentralizado.

El propósito de este breve artículo es exponer las principales características de los capítulos de compras públicas en los tratados comerciales que Colombia ha celebrado hasta el momento y discutir algunas de las implicaciones más importantes en el sistema de contratación pública colombiano. Una idea fundamental que se desarrollará en este artículo es que estos capítulos, al igual que muchos otros, esconden un potencial importante para todos los participantes del mercado de compras públicas en Colombia.

2. ¿POR QUÉ EXISTEN CAPÍTULOS DE COMPRAS PÚBLICAS EN LOS ACUERDOS COMERCIALES?

Si bien la pregunta parece trivial, la relación entre los procesos de contratación estatal y los acuerdos comerciales no es obvia si se parte del supuesto tradicional de que los acuerdos comerciales están principalmente diseñados para

² Este artículo no usará la denominación que comúnmente se le ha dado a este tipo de tratados internacionales –“tratados de libre comercio” o TLC’s– por considerarla imprecisa. Sin embargo, para todos los efectos prácticos, el término “tratados internacionales comerciales” y “tratados de libre comercio” pueden ser usados intercambiabilmente en este artículo.



Departamento Comunicaciones MINCIT

regular temas arancelarios. En este sentido, la forma en la que un Estado compra bienes y servicios y celebra contratos con particulares pareciera estar por fuera de los temas que un acuerdo comercial normalmente trataría.

No obstante, la forma en la que el mercado de compras públicas se desarrolla alrededor del mundo obliga a repensar esta relación ya que la participación tanto de personas naturales y jurídicas como de bienes y servicios de origen extranjero en los procesos de contratación estatal es una característica común, y en algunos casos necesaria debido a la complejidad o requerimientos particulares de la contratación. En muchos casos, algunos países no cuentan con la capacidad técnica o financiera para llevar a cabo ciertas actividades. Un ejemplo de esto es la construcción de obras de infraestructura de gran envergadura, como hidroeléctricas, carreteras, túneles o proyectos sui generis como la ampliación del Canal de Panamá (el cual actualmente se encuentra en curso), los cuales requieren de firmas con experiencia que usualmente no se encuentran en los mercados nacionales.

Lo mismo ocurre con el uso de bienes y servicios de origen extranjero: en algunos casos los Estados se ven en la necesidad de adquirir ciertos bienes que no son producidos por el mercado nacional, como medicinas, maquinaria o productos de alta tecnología. De esta forma, es posible afirmar que los mercados de compras públicas incluyen a participantes nacionales y extranjeros.

Pero, aunque la participación de proponentes extranjeros en los procesos de contratación estatal sea algo común y hasta deseable, los Estados tienen incentivos a crear condiciones para que los procesos de contratación estatal se otorguen a sus nacionales y no necesariamente a los extranjeros. Estos incentivos pueden provenir de motivaciones de índole política, como garantizar que los ciudadanos tengan una percepción favorable del gobierno al proteger los intereses nacionales, hasta temas relacionados con la política económica, como medidas encaminadas a fomentar la industria y la economía nacional por medio de gasto público.

Aunque no es el propósito de este artículo discutir o juzgar las razones que puedan justificar este tipo de políticas, basta con decir que una gran cantidad de Estados alrededor del mundo tiene medidas que buscan garantizar la participación de los nacionales en los procesos de compras públicas, incluido Colombia.

De esta forma, es común encontrar prohibiciones a la participación de proponentes extranjeros en ciertos tipos de contrataciones, preferencias en materia de puntaje por el hecho de que el oferente o el producto ofrecido sea de origen nacional, requerimientos de uso de un determinado porcentaje de contenido de bienes o mano de obra nacional (comúnmente conocidos como offsets) y otras medidas que buscan garantizar la participación de los nacionales en los procesos de contratación estatal y que generan barreras de entrada a los extranjeros.

Sin embargo, favorecer un determinado oferente por el simple hecho de ser nacional, sin tener en cuenta otros factores importantes como su experiencia, capacidad financiera y razonabilidad de su oferta, puede generar grandes sobrecostos al Estado al usar un criterio de selección basado en el origen y no en la eficiencia económica. Es en este contexto en donde nacen los capítulos de compras públicas como una forma de nivelar el terreno de juego para evitar que la existencia de medias discriminatorias sea la única razón por la cual los oferentes extranjeros no puedan participar en los mercados de compras públicas nacionales.

De esta manera, e independientemente de las diferencias particulares que existan entre los distintos capítulos de compras públicas que Colombia ha celebrado hasta el momento, es posible afirmar que el principal objetivo de estos es garantizar que los proveedores extranjeros de bienes y servicios, que deseen participar en el mercado de compras públicas de Colombia, lo realicen en igualdad de condiciones con los proveedores nacionales. Las disciplinas particulares se discutirán a continuación.

3. OBLIGACIONES EN MATERIA DE COMPRAS PÚBLICAS A NIVEL INTERNACIONAL

Hasta febrero de 2014, Colombia tenía en vigencia 13 tratados comerciales,³ de los cuales 7 contienen capítulos de compras públicas⁴. Aunque existen diferencias entre el texto de los acuerdos, especialmente con aquellos que son relativamente más viejos como el G2, la mayoría de estos capítulos han sido redactados teniendo en cuenta el Acuerdo de Compras Públicas (el "ACP") de la Organización Mundial del Comercio ("OMC"), el cual es un acuerdo plurilateral, perteneciente al Anexo IV de los tratados abarcados en el marco de la Organización Mundial de Comercio y que en la actualidad cuenta a 42 Miembros de la OMC.⁵ Por esta razón, todos los capítulos que Colombia ha negociado contienen como mínimo dos disciplinas básicas:

- **No discriminación y Trato Nacional:** la obligación de trato nacional es, sin duda, una de

³ Tratados internacionales comerciales entre Colombia y Canadá, Colombia y Chile, Colombia y Estados Unidos, Colombia y los países del Triángulo Norte (El Salvador, Guatemala y Honduras), Colombia y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (Suiza y Liechtenstein), Colombia y México (G2) y Colombia y la Unión Europea. En este listado no se tiene en cuenta el Acuerdo de Cartagena (Comunidad Andina de Naciones). Ver Acuerdos Comerciales y de Inversión <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=5398> (Consultado el 15 de Marzo de 2014)

⁴ Tratados internacionales comerciales entre Colombia y Canadá, Colombia y Chile, Colombia y Caricom, Colombia y Cuba, Colombia y Estados Unidos, Colombia y los países del Triángulo Norte (El Salvador, Guatemala y Honduras), Colombia y la Unión Europea, Colombia y México (G2), Colombia y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (Suiza y Liechtenstein), Colombia y los países del Mercosur, Colombia y Nicaragua. Es importante mencionar que el sistema jurídico de la Comunidad Andina de Naciones sólo contiene la disciplina de trato nacional en materia de servicios. Ver Acuerdos Comerciales y de Inversión <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=5398> (Consultado el 15 de Marzo de 2014)

⁵ Colombia no es parte del ACP.

las cláusulas fundamentales del sistema legal de comercio internacional y, de esta forma, era de esperarse que estuviera contenida en los capítulos de compras públicas. Bajo esta obligación, las partes de un capítulo de compras públicas se comprometen a otorgar a los bienes y servicios de la otra parte y a los oferentes de dichos bienes y servicios un trato no menos favorable que el que reciben sus contrapartes de origen nacional. Esta disciplina busca equilibrar el terreno de juego entre los nacionales y extranjeros y así evitar que el origen sea la única razón para recibir un trato diferenciado; y

- **Transparencia:** Debido a que una participación exitosa en cualquier proceso de contratación estatal requiere de un acceso material a toda la información relacionada con el mismo, ésta disciplina busca que las entidades contratantes publiquen y den a conocer todos los aspectos relacionados con los procedimientos del proceso de contratación y con respecto a la información relacionada con la contratación.

Sin embargo, los procesos de contratación estatal son tan complejos que las anteriores disciplinas a veces no son suficientes para garantizar la participación de bienes y servicios y oferentes extranjeros. Por esta razón, algunos capítulos de compras públicas, como los contenidos en el tratado comercial con los Estados Unidos o la Unión Europea, contiene las siguientes disciplinas adicionales:

- **Plazos para la presentación de las ofertas:** esta disciplina busca que los plazos establecidos por las entidades, relativos a los procedimientos de contratación tengan una duración apropiada, que permita a los proponentes preparar y presentar sus ofertas. En el caso de algunos acuerdos no se establecen plazos mínimos, como es el caso del capítulo

de compras públicas con los países del Triángulo Norte, mientras que en otros casos sí.

- **Publicación de Pliegos de Condiciones:** como se mencionó cuando se discutió la obligación de transparencia, el acceso a los términos y condiciones particulares de cada contratación es una condición fundamental para garantizar una adecuada participación. Bajo esta disciplina se busca tener una obligación de transparencia mejorada, creando la obligación para las entidades contratantes de publicar en internet la documentación requerida para preparar la propuesta, o permitir que se pueda acceder a ella por medios electrónicos. Es de notar que en el caso colombiano esta obligación se cumple por medio del uso del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOPI).
- **Inclusión de Especificaciones Técnicas necesarias:** en algunos tipos de contrataciones existen requerimientos sobre la calidad de los productos o servicios a ser contratados. Esta disciplina busca garantizar que las entidades públicas no creen obstáculos al comercio por medio de la inclusión en los pliegos de especificaciones técnicas innecesarias, que puedan terminar favoreciendo a un determinado oferente o tipo de productos sin que esto redunde en un mejor resultado para el Estado.
- **Condiciones de Participación Objetivas:** esta disciplina busca garantizar que las entidades públicas establezcan requisitos de participación esenciales para garantizar las capacidades legales, comerciales, técnicas y financieras, del proponente, las cuales deberán ser evaluadas sobre la base de las actividades globales de negocio del mismo.
- **Requisitos de Experiencia Previa:** esta es probablemente una de las disciplinas más importantes para los oferentes extranjeros ya que garantiza que las entidades públicas impongan como condición para que un proponente participe en un proceso de selección, que éste haya sido adjudicatario previamente de uno o más contratos de una entidad del Estado en el cual se hace la contratación, o que el proponente tenga experiencia de trabajo previa en el territorio nacional, a menos que se demuestre la real necesidad de hacer tal exigencia.

- **Conservación de Registros:** es otra disciplina relacionada con la transparencia en la cual se pide que la entidad mantenga los registros e informes relacionados con los procedimientos de licitación y adjudicación de contratos por un término no inferior a 3 años.
- **Prohibición de Compensaciones (Offset):** como se discutió anteriormente, las compensaciones son medidas por medio de las cuales se obliga a los contratistas a usar un porcentaje determinado de mano de obra o de productos nacionales como parte de la labor que deben realizar bajo el contrato. Bajo esta disciplina, las entidades públicas no podrán imponer compensaciones en ninguna etapa de la contratación.

4. LA INCORPORACIÓN DE LOS CAPÍTULO DE COMPRAS PÚBLICAS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

En esta sección se discutirán algunas de las normas del sistema legal colombiano que incorporan los compromisos internacionales de Colombia en materia de compras públicas. Aunque no se pretende realizar un listado exhaustivo de las mismas, la idea es introducir al lector a la regulación más importante en esta materia.

El mejor punto de partida para comenzar el análisis de cómo la legislación colombiana en materia de contratación estatal implementa las obligaciones adquiridas en virtud de los capítulos de compras públicas es la Ley 80 de 1993. Si bien es cierto que es de esperarse que el estatuto general de la contratación pública en Colombia contenga disposiciones sobre el trato que recibirán los proponentes extranjeros y los compromisos internacionales en esta materia, lo curioso es la fecha en la cual esta ley fue expedida, teniendo en cuenta el contexto del comercio internacional del momento. En particular, hay dos hechos que son importantes resaltar: (i) para la fecha de expedición de la Ley

80, Colombia no contaba con ningún tratado internacional que contuviera disciplinas en materia de compras públicas. El primer tratado en contenerlas es el G2⁶, que entró en vigencia en enero de 1995; y (ii) para 1993, la OMC no había sido creada todavía y el ACP solo entró en vigor en enero de 1996. Estos hechos muestra que la Ley 80 de 1993 estaba adelantada en su época a los desarrollos de regulación de compras públicas a nivel internacional.



El artículo 20 de la Ley 80 introduce al sistema legal colombiano el principio de reciprocidad, que en este contexto puede ser descrito como una provisión similar al trato nacional contenida en los capítulos de compras públicas, condicionado a que el país de origen del proponente

⁶ Conocido inicialmente como el "G3" al incluir a Venezuela. Este país denunció el tratado en mayo de 2006, por lo que actualmente se conoce a este tratado como el G2.

de bienes y servicios extranjeros conceda a los proponentes de bienes y servicios colombianos el mismo trato.

El mencionado artículo establece que este principio de reciprocidad se extenderá en dos situaciones: (i) cuando exista un tratado internacional con otro país que otorgue a las ofertas de bienes y servicios colombianos el mismo trato que reciben los nacionales de dicho país y (ii) cuando, en ausencia de tratado internacional en la materia, el país de origen de los bienes y servicios extranjeros otorgue el mismo trato otorgado a sus nacionales a los proponentes de bienes y servicios colombianos. A continuación, se transcribe la norma para mayor claridad:

ARTÍCULO 20. DE LA RECIPROCIDAD. En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad.

Se entiende por principio de reciprocidad, el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional, en los acuerdos, tratados o convenios que celebre para estos efectos, deberá establecer todos los mecanismos necesarios para hacer cumplir el tratamiento igualitario entre el nacional y el extranjero tanto en Colombia como en el territorio del país con quien se celebre el mencionado acuerdo, convenio o tratado.

PARÁGRAFO 2o. Cuando para los efectos previstos en este artículo no se hubiere celebrado acuerdo, tratado o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la reciprocidad prevista en este parágrafo.

El segundo cuerpo normativo más importante en materia de compromisos internacionales de Colombia en compras públicas es el Decreto 1510 de 2013, por medio del cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

Dentro de este decreto existen dos provisiones fundamentales sobre la materia: (i) la obligación de mencionar si un determinado proceso de contratación pública está cubierto por las obligaciones de un tratado internacional y, (ii) la obligación de otorgar trato nacional a los oferentes, bienes y servicios de aquellos Estados con los que Colombia tenga un tratado internacional.

En cuanto a la primera provisión, es necesario resaltar que esta es probablemente la obligación con mayor efecto práctico sobre el sistema de contratación estatal en Colombia. Antes de explicarla, es importante mencionar que no todos los procesos de contratación estatal que adelanta el Estado colombiano están cubiertos por las obligaciones de los capítulos de compras públicas, pues se tienen que cumplir ciertas condiciones previas para que esto ocurra⁷. En este sentido, esta obligación busca que las entidades públicas realicen un análisis previo para establecer si un determinado capítulo de

compras públicas es aplicable y, en caso de ser así, que informen expresamente al público sobre la situación. Los artículos 20, 21 y 22 del mencionado decreto establecen esta obligación:

Artículo 20. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: [...]

8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.

Artículo 21. Aviso de convocatoria. El aviso de convocatoria para participar en un Proceso de Contratación debe contener la siguiente información, además de lo establecido para cada modalidad de selección: [...]

8. Mención de si la contratación está cobijada por un Acuerdo Comercial.

Artículo 22. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información: [...]

10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial
Estos artículos tienen varias implicaciones prácticas, siendo la primera que las entidades públicas deberán realizar el análisis de cobertura en todas las contrataciones públicas que

realicen, al ser esta la única forma para poder establecer si deben incluir la mención que la respectiva contratación pública está cubierta por un capítulo de compras públicas. De esta forma, los funcionarios públicos encargados de dichos procesos tendrán que conocer de forma adecuada el funcionamiento de estos capítulos ya que tendrán que realizar el procedimiento de verificación en todos los procesos de contratación que se adelanten. Otra consecuencia importante y probablemente no tan obvia de esta obligación es que es posible argumentar que una vez se menciona al público que la contratación está cubierta por un acuerdo comercial, la entidad pública está implícitamente asumiendo la obligación de respetar todas las disciplinas contenidas en los capítulos de compras públicas que cubran la contratación.

En otras palabras, esta obligación no solamente tiene una faceta procedimental (incluir la mención de cobertura) sino una sustantiva que obliga a la entidad pública a respetar todas las disciplinas sustantivas de los capítulos en el proceso de contratación.

La segunda provisión fundamental del Decreto 1510 de 2013, relativa a los capítulos de compras públicas, es la regulación de la aplicación del trato nacional.



⁷ Para obtener un análisis detallado de las condiciones bajo las cuales las obligaciones de los capítulos de compras públicas son aplicables a un determinado proceso de contratación estatal, se recomienda revisar el Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf (consultado por última vez el 15 de marzo de 2014)

Aunque el lenguaje que usa el artículo 150 de este decreto es parecido al contenido en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, existen dos diferencias importantes: (i) el artículo 150 establece la forma en cómo se puede extender el trato nacional aún en ausencia de un tratado comercial sobre la materia (una de las formas del principio de reciprocidad de la Ley 80 de 1993), delegando esta labor en el Ministerio de Relaciones Exteriores y (ii) menciona expresamente la aplicación del trato nacional a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina. A continuación se transcribe la norma:

Artículo 150. Existencia de trato nacional. La Entidad Estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno nacional haya certificado que los oferentes de bienes y servicios nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.

El Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir el certificado por medio del cual se acredite la situación mencionada en el literal (b) anterior en relación con un Estado en particular, lo cual no es requerido para acreditar las situaciones a las que se refieren los literales (a) y (c) anteriores. Para constatar que los oferentes de bienes y servicios nacionales gozan de trato nacional en un Estado, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública del respectivo Estado para lo cual

puede solicitar el apoyo técnico del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de Colombia Compra Eficiente, dentro de sus competencias legales.

Los certificados para acreditar la condición a la que se refiere el literal (b) anterior deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente. La vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de bienes y Servicios nacionales gozan de trato nacional y de revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado.

5. CONCLUSIÓN Y COMENTARIOS FINALES

Los capítulos de compras públicas en los tratados internacionales comerciales, que Colombia ha celebrado hasta el momento, tienen como objetivo garantizar que las partes de estos tratados permitan el acceso a sus respectivos mercados de contratación pública sin imponer condiciones que favorezcan a los nacionales en detrimento de los extranjeros.

A lo largo de este artículo se discutieron las principales disciplinas que surgen como consecuencia de estos capítulos y cómo éstas afectan el sistema legal colombiano de contratación pública. En particular, se discutieron las obligaciones de trato nacional, por medio de la cual se garantiza que los extranjeros no recibirán un trato menos favorable que los nacionales en las medidas relacionadas con la contratación pública; las obligaciones de transparencia, que



buscan garantizar que toda la información relacionada con los procesos de contratación sea pública y de fácil acceso disponible; y otras disciplinas que permitan la correcta participación de los oferentes extranjeros.

Si bien se mencionaron las regulaciones más importantes que incorporan estos compromisos al sistema legal colombiano, la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1510 de 2013, es importante resaltar que esto no es una lista taxativa y que por el contrario existen más normas jurídicas en las cuales se da cumplimiento a los compromisos internacionales de Colombia.

Para terminar este artículo, es importante mencionar dos grandes conclusiones. Primero, en la medida que las entidades estatales tienen la obligación de informar al público si una determinada contratación pública está cubierta por un capítulo de compras públicas, los operado-

res jurídicos en Colombia se verán obligados a conocer a profundidad el funcionamiento de cada uno de estos capítulos, sus condiciones de aplicación, y la forma en la que afectan las contrataciones. Segundo, las obligaciones que imponen los capítulos de compras públicas son bilaterales, es decir, afectan no solamente el sistema de contratación estatal colombiano, sino también los sistemas de contratación pública de los socios comerciales con los cuales Colombia haya celebrado dichos tratados. Esto significa que los oferentes de bienes y servicios colombianos y los bienes y servicios de origen colombiano también recibirán el mismo trato preferencial que Colombia otorga a sus pares comerciales. En otras palabras, los capítulos de compras públicas no solamente abren el mercado colombiano a la participación de extranjeros sino que les abren las puertas a los oferentes colombianos en los mercados de compras públicas internacionales.



02

Conceptos

Concepto

TÍTULO:	MEDIDAS SOBRE LA EXPORTACIÓN DE CACAO DEL ECUADOR HACIA COLOMBIA
FECHA:	20 de febrero de 2012
PROBLEMA JURÍDICO:	Identificar si constituye una restricción al comercio el Acuerdo 272 de 2006 expedido por el Ministerio de Agricultura de Ecuador, el cual establece medidas para controlar la salida informal del cacao hacia Colombia.
NORMA:	Acuerdo 272 de 2006 expedido por el Ministerio de Agricultura de Ecuador (derogado por el Acuerdo 071 del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca del Ecuador) ¹ .
CONCEPTO:	

La Oficina de Asuntos Legales Internacionales, OALI del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, da respuesta a la solicitud de identificar si el Acuerdo 272 de 2006 del Ministerio de Agricultura del Ecuador, que establece medidas para controlar el transporte de cacao que se exporta del Ecuador hacia Colombia puede ser potencialmente violatorio con los compromisos internacionales comerciales, en particular de las obligaciones de nación más favorecida y de no imponer restricciones cuantitativas a la exportación.

Según entendemos, el Acuerdo impone cuatro obligaciones para exportar cacao a Colombia: (i) la exportación debe realizarse por medio de transporte marítimo, (ii) debe cumplir los parámetros establecidos por la norma INEN 176, (iii) solamente podrá realizarse por los exportadores registrados en la Asociación Nacional de Exportadores de Cacao y (iv) debe presentarse el contrato original de compra de la industria colombiana. De otro lado, el Acuerdo es claro en establecer que estos requisitos sólo aplican a las exportaciones dirigidas a Colombia.

Bajo el régimen de la OMC, el artículo I del GATT dispone:

“ Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado. ”*

De esta forma, si se concede una ventaja a un producto destinado a cierto país, como la de escoger el método de transporte que se desee para exportar un producto o la de no tener que cumplir con un determinado reglamento técnico, esta ventaja debe ser extendida a todos los demás miembros de la OMC. En la medida que Ecuador impone cargas que sólo afectan a Colombia, está potencialmente en violación de esta

¹ El Memorando N° 255-CGAJ-2013-0255M de 23 de enero del 2013, la Coordinación de Asesoría Jurídica señala que el contenido del Acuerdo Ministerial N° 272 de 15 de agosto de 2006. Es contrario a los principios constitucionales de libre acceso e intercambio comercial en los mercados nacionales e internacionales y al fomento de las relaciones económicas internacionales; por lo cual considera procedente derogarlo.

obligación al discriminar las exportaciones de cacao hacia Colombia.

Este mismo análisis es aplicable bajo el régimen de la CAN ya que el artículo 139 del Acuerdo de Cartagena contiene una obligación muy parecida al artículo I del GATT:

// *Artículo 139- Cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que se aplique por un país miembro en relación con un producto originario de o destinado a cualquier otro país, será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de los demás países miembros.* //

Por otro lado, el artículo XI del GATT dispone:

// *Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá – aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.* //

De esta forma, aun si Ecuador decidiera aplicar estos requisitos a todos los países miembros de la OMC o de la CAN, no podría establecer restricciones que afecten la exportación de un producto. En este caso, se podría argumentar que los requisitos impuestos por Ecuador crean barreras al comercio ya que añaden costos a la exportación y estos pueden terminar por desincentivar este tipo de actividades. Adicionalmente, no consideramos que el Acuerdo se pueda enmarcar en las excepciones contenidas en el artículo XI del GATT. En consecuencia, podría existir una potencial violación de esta obligación ya que el Acuerdo podría crear restricciones a las exportaciones.

Bajo el régimen de la CAN ocurre lo mismo. Dentro del proceso de integración subregional, la Comunidad Andina ha adoptado diversos instrumentos que le permiten alcanzar sus objetivos integracionistas, como son el programa de

liberación de intercambio comercial, entre otros. El programa de liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre las importaciones de productos originarios de cualquier país miembro. En cambio aquellas medidas restrictivas sobre exportaciones, se califican como conductas que podrán generar distorsiones en la competencia.

La norma andina específica para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión generadas por las restricciones generadas por esta práctica debe ser iniciada ante la Secretaría General por solicitud del país miembro o la empresa que tenga legítimo interés. En su artículo 3, considera como restricción a las exportaciones, todas aquellas medidas de carácter cuantitativo o administrativo mediante las cuales los países miembros impidan, restrinjan o dificulten sus ventas dentro de la subregión e igualmente señala aquellas que quedan excluidas de este marco normativo, veamos: La decisión 284, que regula las distorsiones en la competencia, establece lo siguiente:

// *Artículo 3.- Constituyen restricciones a las exportaciones objeto de la presente decisión, todas aquellas medidas de carácter cuantitativo o administrativo, mediante las cuales los Países Miembros impiden, restringen o dificultan sus ventas dentro de la subregión. Asimismo, los derechos aduaneros u otros impuestos que graven exclusivamente las exportaciones a otro país miembro.* //

Conforme a lo dicho, bajo la CAN también existe una obligación homóloga del Artículo XI del GATT, la cual Ecuador podría estar eventualmente violando.

CONCLUSIÓN

Para concluir, es importante mencionar que tanto bajo el régimen de la OMC como el de la CAN, Ecuador podría alegar que las potenciales violaciones están justificadas bajo algún tipo de excepción, razón por la cual esta oficina no podría afirmar tajantemente que existen las violaciones mencionadas.

Concepto

- TÍTULO:** VENTA DE BUQUES O NAVÍOS CONSTRUIDOS EN COLOMBIA A LOS ESTADOS UNIDOS
- FECHA:** 4 de diciembre de 2012
- PROBLEMA JURÍDICO:** El contenido del TLC suscrito con Estados Unidos no impide la venta de buque o navíos construidos en Colombia, así como tampoco el suministro de servicios relacionados con la reparación, modificación o reconstrucción de navíos de bandera estadounidense.
- NORMA:**
- Ley 1143 del 4 de julio de 2007, por la cual se aprueba el “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos”, sus “Cartas adjuntas” y sus “Entendimientos”, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006.
 - Anexo 2.2., sección B del Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos”

CONCEPTO:

I. JONES ACT (Sección 27 de la Ley de Marina Mercante de Estados Unidos)

Esta legislación federal impone una serie de requisitos que deberá observar todo navío que pretenda suministrar servicios de carga o transporte de pasajeros entre puertos en los Estados Unidos, actividad conocida como cabotaje. Los requisitos son los siguientes:

- a. El navío tiene que ser construido en los Estados Unidos. Si bien este requisito no impone una prohibición a la importación de navíos construidos en el exterior (e.g. navíos construido en Colombia), si podría, en la práctica, desincentivar la compra de navíos producidos en el exterior toda vez que éstos no podrían ser utilizados para prestar servicios de cabotaje en los Estados Unidos.
- b. El 75% de la tripulación del navío deber ser nacional de los Estados Unidos o residente permanente en este país.
- c. El navío debe ser de propiedad de personas que sean nacionales de los Estados Unidos. En el caso de las personas jurídicas, éstas a su vez deberán ser controladas por nacionales de los Estados Unidos.
- d. El navío debe estar registrado en los Estados Unidos y operar bajo la ley estadounidense.
- e. El navío debe ser reconstruido en los Estados Unidos. Un navío que haya adquirido el dere-

cho de prestar servicios de comercio costero (coastwise trade) y luego haya sido reconstruido en el extranjero, perderá el derecho de suministrar dichos servicios. Este requisito si bien no prohíbe la reconstrucción de navíos en el extranjero, si desincentiva que propietarios de navíos que suministren servicios de cabotaje contraten la reconstrucción de sus navíos en el extranjero toda vez que al hacerlo perderían el derecho de desarrollar actividades de comercio costero. Adicionalmente, la sección 883a establece la obligación de notificar a la Secretaría de Estado de la reconstrucción en el extranjero de los navíos con las características descritas en la norma (inter alia, con un peso mayor a 500 toneladas), una vez que éstos lleguen a puerto.

De lo descrito anteriormente, el Jones Act no consagra disposición alguna que restrinja la reparación de navíos en el exterior. Adicionalmente, el Jones Act no contiene disposición alguna que prohíba o establezca una restricción a la venta de navíos que hayan sido construidos o reconstruidos en el exterior a empresas privadas o públicas en los Estados Unidos. Sin embargo, en la práctica, reconocemos que los requisitos (a) y (e) podrían considerarse como requisitos que desincentivan la construcción y reconstrucción, respectivamente, de navíos en el exterior.

II. Los compromisos de Estados Unidos bajo el TLC suscrito con Colombia y el contenido del Jones Act.

- a. De conformidad con lo dispuesto en el TLC, ninguna disposición del Jones Act puede ser considerada como violatoria de la obligación de Trato Nacional (Art. 2.2 del TLC) o una restricción a la importación o exportación (Art. 2.8 del TLC) de mercancías, como por ejemplo, exportación/importación de buques o cualquier otra clase de embarcación. En virtud del Anexo 2.2, Estados Unidos excluyó de la aplicación de la obligación de trato nacional y de la prohibición de imponer restricciones a la importación y exportación lo dispuesto en el Jones Act. Por ende, Estados Unidos puede continuar aplicando el Jones Act, sin que lo anterior suponga una violación de la obligación de trato nacional o violación de la prohibición de imponer restricciones a la importación o exportación de mercancías consagradas en el TLC.
- b. En materia de contratación pública de servicios de mantenimiento, reparación, modificación, reconstrucción e instalación de bienes y equipo relacionados con barcos, los Estados Unidos no ha adquirido ningún compromiso bajo el TLC suscrito con Colombia. En virtud de la Sección F del Anexo 9.1 del TLC, los Estados Unidos excluyó de la aplicación del Capítulo Nueve (Contratación Pública) los siguientes servicios: (i) mantenimiento, reparación, modificación, reconstrucción, e instalación de bienes/equipo relacionado con barcos, y (ii) reparación de barcos No-Nucleares. Así mismo, los Estados Unidos no contrajo ninguna obligación bajo el Capítulo Once (Comercio Transfronterizo de Servicios) del TLC debido a que este capítulo no aplica a temas de contratación pública. Por las consideraciones anteriores, la compra por parte de instituciones públicas de los Estados Unidos de navíos construidos en Colombia está sujeta a la mera liberalidad de los Estados Unidos.
- c. El Anexo II del TLC contiene una medida disconforme que establece que al Jones Act no le aplican las siguientes obligaciones, en aquello relacionado con el suministro del servicio de transporte:
 - i. obligaciones de trato nacional en materia de servicios e inversiones;
 - ii. trato de nación más favorecida en materia de servicios e inversiones;
 - iii. presencia local en materia de servicios;

- iv. requisitos de desempeño en materia de inversiones; y
- v. lo relacionado con los requisitos de nacionalidad de altos ejecutivos y miembros de juntas directivas en materia de inversiones.

Sin embargo, esta medida disconforme no excluye de la aplicación de las obligaciones antes descritas los servicios de construcción y reparación de buques. Es decir, los Estados Unidos debe observar las obligaciones del TLC en el comercio de servicios de construcción y reparación de buques. Así las cosas, no hay nada en el TLC que prohíba a empresas colombianas suministrar servicios de construcción y reparación de navíos a consumidores estadounidenses. En este sentido, es importante recordar que, como ya se dijo, el Jones Act no contiene disposición alguna que prohíba o restrinja expresamente la reparación de buques en el exterior, ni que prohíba la venta de navíos o embarcaciones en los Estados Unidos (tal como se indicó en el punto (i)).

III. Conclusiones

- d. El TLC permite la venta de buques o cualquier otro navío colombiano en los Estados Unidos. No obstante, Estados Unidos puede continuar aplicando el Jones Act, sin que lo anterior suponga una violación de la obligación de trato nacional o violación de la prohibición de imponer restricciones a la importación o exportación de mercancías consagradas en el TLC.
- e. No hay nada en el TLC que prohíba a empresas colombianas suministrar servicios de construcción y reparación de navíos a consumidores estadounidenses.
- f. El TLC no consagra ninguna obligación en relación con la contratación pública de servicios de mantenimiento, reparación, modificación, reconstrucción, e instalación de bienes/equipos relacionados con barcos y reparación de barcos no-nucleares.
- g. Si bien el TLC permite todo lo anterior, los Estados Unidos no adquirió ningún compromiso bajo el TLC en relación con las limitaciones al desarrollo de la actividad de cabotaje impuestas por el Jones Act.
- h. Los requisitos del Jones Act para el desarrollo de la actividad de cabotaje no prohíben la compra, reconstrucción o reparación de navíos en el exterior. Sin embargo, pueden resultar en la práctica en un desincentivo para adquirir o reconstruir navíos en Colombia.

Concepto

- TÍTULO:** IMPORTACIÓN A COLOMBIA DE PRODUCTOS REMANUFACTURADOS EN MÉXICO Y DESPACHADOS DESDE LOS ESTADOS UNIDOS
- FECHA:** 12 de diciembre de 2012
- PROBLEMA JURÍDICO:** ¿Es posible importar productos re-manufacturados ensamblados en México y despachados por los Estados Unidos sin licencia de importación bajo el Acuerdo con Estados Unidos?
- NORMA:**
- Ley 1143 del 4 de julio de 2007, por la cual se aprueba el “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos”, sus “Cartas adjuntas” y sus “Entendimientos”, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006.
 - Ley 172 del 20 de diciembre de 1994 “Por medio de la cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, suscrito en Cartagena de indias el 13 de junio de 1994. Decreto 3803 de 2006
 - Decreto 3803 de 2006

CONCEPTO:

En atención a su consulta radicada ante este Ministerio el pasado 03 de diciembre de 2012, a través de la cual solicita se aclare:

tados Unidos o en Colombia que provengan de alguno de los dos países, independientemente de su origen; adicionalmente:

// si es posible importar productos re-manufacturados que cumplen con las condiciones descritas en el acuerdo y que son ensamblados en México pero facturados y despachados por los Estados Unidos de Norte América, aplicando la facturación de tercer país teniendo en cuenta que existen acuerdos comerciales entre los 3 países. //

Le informamos lo siguiente:

El artículo 4.23 del Acuerdo de Promoción Comercial con Estados Unidos, define las mercancías re-manufacturadas como “las mercancías industriales, ensambladas en el territorio de una Parte, clasificadas en el sistema Armonizado en los capítulos 84, 85, 87 ó 90, salvo las mercancías clasificadas en las partidas 84.18 ú 85.16 del sistema Armonizado...”. (Negritas fuera de texto)

Es importante anotar que esta definición se refiere a las mercancías re-manufacturadas en Es-

- Se tratan de mercancías industriales ensambladas en el territorio de una de las Partes (Estados Unidos o en Colombia);
- Pueden estar compuestas totalmente de mercancías recuperadas o parcialmente junto con mercancías nuevas (las mercancías recuperadas son aquellas que provienen de un proceso de desensamblaje de mercancías usadas que son objeto de procesos de limpieza, inspección, verificación u otras necesarias para asegurar que están en condiciones de funcionamiento normal).
- Cuentan con una expectativa de vida y una garantía similar a la de mercancías nuevas y cumplen con estándares similares de desempeño de una mercancía nueva.

De otra parte, si bien es cierto que en el artículo 7-02 del TLC con México se permite que la factura sea emitida por persona distinta al exportador que haya llenado y firmado el Certificado de Origen, en ninguna parte del Acuerdo existen disposiciones sobre productos re-manufac-



freeimages.com

turados. Así las cosas, la única referencia que se encuentra en el Acuerdo es sobre vehículos reconstruidos y ésta se define en el artículo 4-07, así:

“ las Partes podrán adoptar o mantener prohibiciones o restricciones a la importación de vehículos automotores usados y otros bienes automotores usados, reconstruidos o refaccionados. ”

Esos bienes están excluidos del Programa de Desgravación.

En Colombia el Decreto 3803 de 2006, el cual derogó la Resolución 001 de 1995, en su artículo 3 establece que la licencia previa será obligatoria para los bienes que amparen mercancías re-manufacturadas, “la licencia previa será obligatoria para los bienes incluidos en las listas correspondientes a dicho régimen por las entidades competentes, así como [...] las que amparen mercancía usada, imperfecta, reparada, reconstruida, restaurada (refurbished), subestán-

dar, re-manufacturada, saldos de inventario; las que utilicen el sistema de licencia anual...(Negritas fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, no es posible importar productos re-manufacturados ensamblados en México pero facturados y despachados por los Estados Unidos sin licencia de importación bajo el Acuerdo con Estados Unidos, puesto que estos beneficios se otorgan únicamente para las mercancías que cumplen los requisitos mencionados anteriormente, como lo son que hayan sido ensambladas en el territorio de alguna de las dos partes del acuerdo (Estados Unidos o en Colombia) y que provengan de alguno de los dos países.

Adicionalmente, en el TLC con México no se establecieron disposiciones especiales para mercancía de ese tipo originaria de ese país. Por lo tanto, si se decidiera importar productos re-manufacturados, éstos no gozarían de un tratamiento preferencial arancelario y además tendrían que cumplir las condiciones del Decreto 3803 de 2006.

Concepto

- TÍTULO:** IMPORTACIÓN A COLOMBIA DE LLANTAS NEUMÁTICAS RENCAUCHADAS PROVENIENTES DE LOS ESTADOS UNIDOS
- FECHA:** 17 de diciembre de 2012
- PROBLEMA JURÍDICO:** ¿Cuál es el régimen aduanero que se debe aplicar para la importación a Colombia de llantas neumáticas reencauchadas provenientes desde los Estados Unidos?
- NORMA:**
- Ley 1143 del 4 de julio de 2007, por la cual se aprueba el “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos”, sus “Cartas adjuntas” y sus “Entendimientos”, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006.
 - Anexo 2.2., sección A del Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos”.
 - Convenio de Complementación en el Sector Automotor de la CAN.
 - Resolución 0481 de 2009
 - Decreto 3803 de 2006

CONCEPTO:

Con relación al tema de su consulta sobre si “es posible o será posible en el corto plazo, al amparo del TLC con Estados Unidos, importar llantas reencauchadas de ese país me permito informarle lo siguiente:

Con fundamento en lo señalado en el artículo 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotor de la CAN;

// con el propósito de garantizar condiciones mínimas de seguridad, de protección del medio ambiente, de defensa del consumidor y de propiedad industrial, los Países Participantes sólo autorizarán la importación de vehículos nuevos, [...]. Igualmente sólo se autorizarán importaciones de componentes, partes y piezas nuevos y sin reconstruir o reacondicionar. //

En relación a los compromisos adquiridos por Colombia en el marco del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos, el

anexo 2.2 “Trato Nacional y Restricciones a la Importación y Exportación”, en la sección A establece que los artículos 2.2 “Trato Nacional” y 2.8 “Restricciones a la Importación y a la Exportación” del acuerdo, no se aplicarán sobre los controles a la importación de

y tampoco sobre “mercancías usadas, imperfectas, saldos, sobrantes, desperdicios, desechos y residuos, por lo que dichos controles se seguirán realizando de conformidad con la Resolución 001 de 1995 y sus modificaciones”; salvo en lo concerniente a las mercancías remanufacturadas (nota incluida al pie de página del acuerdo).

De otra parte, de conformidad con el capítulo 4 “Reglas de Origen y Procedimiento de Origen” del Acuerdo, las mercancías remanufacturadas están definidas como aquellas que han sido ensambladas en el territorio de una Parte, clasificadas en el Sistema Armonizado en los capítulos 84, 85, 87 o 90 o la partida 94.02, salvo las mercancías clasificadas en las partidas 84.18 ú 85.16 del Sistema Armonizado.

En Colombia, la Resolución 0481 de 2009 modificada por la Resolución 230 de 2010,

“ Por la cual se expide el Reglamento Técnico para llantas neumáticas que se fabriquen, importen o se reencauchen y se comercialicen para uso en vehículos automotores y sus remolques ”

define que las disposiciones contenidas en dicha norma se aplican tanto a las llantas nuevas como a las llantas neumáticas que sean factibles de reencauche en Colombia, y que se encuentren clasificadas en las partidas 4011 (Partida aplicable a llantas neumáticas nuevas) y 4012 (Partida aplicable a llantas neumáticas reencauchadas) del Arancel de Aduanas.

“ Así mismo, el Decreto 3803 de 2006, el cual reemplazó la Resolución 001 de 1995, en su artículo 3 establece que la licencia previa será obligatoria ”

para los bienes incluidos en las listas correspondientes a dicho régimen por las entidades competentes, así como [...] las que amparen mercancía usada, imperfecta, reparada, reconstruida, restaurada (refurbished), subestándar, remanufacturada, saldos de inventario; las que utilicen el sistema de licencia anual...

Dado que las llantas neumáticas reencauchadas son llantas recuperadas a las que se les ha reemplazado una parte con el objeto de prolongar su vida útil y que éstas se clasifican por la partida 4012 del Arancel de Aduanas la cual está por fuera de las mercancías remanufacturadas amparadas por el TLC con Estados Unidos y que fueran antes citadas, esta Oficina considera que se debe seguir cumpliendo los requisitos que buscan prevenir o minimizar los riesgos para la vida e integridad de las personas ocasionados por fallas en las llantas reencauchadas, es decir, lo que establece el Decreto 3803 de 2006 y el Convenio de Complementación en el Sector Automotor de la CAN.



freeimages.com

Concepto

TÍTULO:	TRIBUTOS A LA CERVEZA DE BOLIVIA – ACUERDO DE CARTAGENA
FECHA:	20 de febrero de 2012
PROBLEMA JURÍDICO:	La Cámara de Diputados de la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia aprobó el 15 de diciembre de 2011 la Ley N° 204 del 15 de diciembre de 2011 en relación a la Soberanía Alimentaria de Lácteos que crea una retención a las importaciones de cerveza, la cual es mayor a la retención que tendrá que pagar la cerveza nacional bolivariana.
NORMA:	La normativa para el análisis es la Ley N° 204 y se realizará bajo el Acuerdo de Cartagena.

CONCEPTO:

La Oficina de Asuntos Legales Internacionales se dispone a conceptuar sobre si la Ley N° 204 del 15 de diciembre de 2011 es violatoria de las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Cartagena.

El artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, señala lo siguiente:

// *En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales.* //

Por esta razón, bajo el régimen de la Comunidad Andina de Naciones, en adelante CAN, en los productos importados deben recibir un trato no menos favorable que el que reciben los productos similares nacionales en lo que respecta a impuestos y gravámenes internos.

El Artículo 8 de la Ley N°204¹ establece un sistema de tributación, en donde el hecho generador está relacionado con la producción e importación de bebidas alcohólicas.

En particular, el monto del impuesto varía dependiendo según los productos sean importados o nacionales. Adicionalmente, es claro

¹ Ley 204 del 15 de diciembre de 2011 de Bolivia:
Artículo 8°.- (Retención por comercialización de cerveza e importación de bebidas alcohólicas)

I. Se crea la Retención por Comercialización de Cerveza - RCC y la Retención por Importación de Bebidas Alcohólicas - RIBA, que se aplicará a las personas naturales o jurídicas productoras de cerveza o importadoras de bebidas alcohólicas, según el siguiente cuadro:

Descripción	Cuota de retención Productos Importados (Bs. por litro)	Cuota de retención Productos Nacionales (Bs. por litro)
Cerveza	0.40	0.10
Alcohol etílico sin desnaturalizar con grado alcohólico volumétrico inferior al 80% vol; aguardientes, licores y demás bebidas espirituosas (por ejemplo: Pisco, singani, grappa y similares, Whisky, ron, gin, ginebra, vodka y demás licores y aguardientes).	1.30	—

que el artículo 8 establece que las bebidas alcohólicas de origen extranjero están sujetas a una carga impositiva mucho más alta.

En cuanto a la interpretación del Artículo 74 del Acuerdo de Cartagena en materia de bebidas alcohólicas², el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha expresado lo siguiente en un caso contra Colombia con unos hechos similares a las acciones tomadas por Bolivia:

// Los conceptos emitidos por el Tribunal sobre lo que significa el trato discriminatorio conciernen a la conducta de un Estado que mediante normas internas impone condiciones de cualquier orden a los productos importados o extranjeros, los cuales como consecuencia de ello se encuentran en una situación desfavorable en comparación con el trato o beneficios concedidos a favor de los productos nacionales. [...]

El artículo 75 del Acuerdo de Cartagena contiene una obligación de trato nacional expresada en los siguientes términos “En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un País Miembro gozarán en el territorio de otro País Miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a los productos similares nacionales” [...]

En consecuencia, en el caso de Colombia los licores originarios de los Países Miembros deben disfrutar de trato nacional, y no discriminatorio, no sólo en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes sino “en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y uso de estos productos en el mercado interior”, según el lenguaje de la OMC y del G-3 arriba citados. //



dreamstime.com

CONCLUSIÓN

En este caso concreto, se observa que los elementos necesarios para establecer una violación de la obligación de tratamiento nacional están potencialmente presentes: (i) que exista productos similares y (ii) que otorguen un trato no menos favorable a los productos importados.

En cuanto al primer elemento, se observa que en el artículo 8 de la Ley 204 no distingue entre los productos, sino únicamente en su origen, en otras palabras, el mismo producto recibe un trato tributario distinto dependiendo de su origen. Por esta razón, existen productos similares.

En cuanto al segundo elemento, es claro que la diferencia tributaria, en donde las bebidas alcohólicas importadas están sujetas a una tarifa mayor, es un trato menos favorable que cuando se compara con los productos similares nacionales.

Por estas razones, consideramos que la Ley podría ser eventualmente violatoria del Acuerdo de Cartagena.

² PROCESO N° 03-AI-97. Tribunal de la Comunidad Andina.

Concepto

- TÍTULO:** CONCEPTO SOBRE CERTIFICADO DE REEMBOLSO TRIBUTARIO EN COLOMBIA
- FECHA:** 6 de septiembre de 2012
- CONTEXTO:** Este memorando responde a las consultas que se han recibido de SOFASA S.A. y Acoplásticos, y toma en consideración el concepto emitido por los asesores del Consejo Superior de Comercio Exterior, con respecto a la posibilidad de establecer un mecanismo de devolución de impuestos similar al Certificado de Reembolso Tributario ("CERT") para apoyar al sector automotor en Colombia.
- PROBLEMA JURÍDICO:** Analizar la compatibilidad del Certificado de Reembolso Tributario ("CERT") con los compromisos asumidos por Colombia bajo el régimen de la Organización Mundial del Comercio ("OMC") y los diferentes acuerdos comerciales celebrados (los "Acuerdos")
- NORMA:**
- Ley 48 de 1983
 - Decreto 636 de 1984
 - Acuerdo de Subsidios y Medidas Compensatorias de la OMC, "ASMC"
 - Decisiones 330, 388 y 457 de la Comisión de la CAN

CONCEPTO:

INTRODUCCIÓN

1. En este documento se integran todos los conceptos que esta oficina ha emitido sobre la compatibilidad del CERT con los compromisos de Colombia en materia internacional, y en los cuales se ha sostenido que bajo ciertas condiciones particulares este instrumento podría considerarse como un subsidio prohibido.
2. Bajo el marco jurídico de la OMC y de la CAN es posible establecer mecanismos de devolución de impuestos indirectos sin que éstos se consideren como subsidios prohibidos. Sin embargo, existen condiciones que se deben cumplir para que ello ocurra.
3. La regla más importante que debe cumplir el CERT para ser consistente con las obligaciones asumidas bajo el marco de la OMC y de la CAN es que no se devuelvan más impuestos indirectos que los efectivamente pagados. Si ello llegara a ocurrir, el CERT sería un subsidio prohibido.
4. El principal impuesto indirecto que se cobra en Colombia es el Impuesto sobre el Valor Agregado (IVA). Por disposición del Estatuto Tributario, el IVA ya se devuelve para la mayoría de los productos exportados independientemente del mecanismo establecido por el CERT. En consecuencia, el análisis para determinar si el CERT devuelve o no más impuestos indirectos que los efectivamente pagados, se haría sobre la base de impuestos diferentes al IVA, los cuales habría que determinar, con el fin de garantizar que el CERT no sea un subsidio prohibido.
5. Este Ministerio ha sostenido que un CERT por debajo de una tasa del 2.5% de devolución, podría ser consistente con la regulación de OMC. No obstante lo anterior, y de conformidad con lo expresado en los dos numerales anteriores, sería necesario establecer cuál(es) impuesto(s) indirecto(s) se estaría(n) devolviendo por medio de esta tarifa para evaluar la validez de esta afirmación y poder revisar este porcentaje.
6. Para implementar un CERT que sea consistente con los compromisos internacionales de Colombia, sería recomendable establecer una tasa de devolución que esté atada

a los impuestos indirectos que efectivamente paguen los productos exportados y no una tasa fija.

DESCRIPCIÓN DE LA MEDIDA

El Certificado de Reembolso Tributario (CERT) fue establecido por la ley 48 de 1983 como un instrumento de apoyo a las exportaciones, el cual consiste en la devolución de ciertos impuestos indirectos y otros tributos:

ARTICULO 4o. A través del Certificado de Reembolso Tributario, CERT, el Gobierno podrá:

1o. Estimular las exportaciones mediante la devolución de sumas equivalentes a la totalidad o una proporción de los impuestos indirectos, tasas y contribuciones pagados por el exportador.

[...]

ARTICULO 5o. De la exoneración del impuesto a las ventas. Sin perjuicio de las exenciones previstas en las normas vigentes sobre sistemas especiales de importación - exportación y con el propósito de fortalecer el comercio exterior, están exentas del impuesto sobre las ventas las siguientes operaciones:

1o. La exportación de productos procesados.

2o. La venta de bienes de capital elaborados en el país que se utilicen exclusivamente en la producción de bienes de exportación.

3o. La venta en el país de bienes de exportación a sociedades de comercialización internacional siempre que vayan a ser efectivamente exportados.

El decreto 636 de 1984 reglamentó los aspectos operativos del CERT y reiteró el ámbito de aplicación de este instrumento:

Artículo 5° Del Certificado de Reembolso Tributario como instrumento de devolución de impuestos. Mediante el Certificado de Reembolso Tributario el Gobierno devolverá al exportador

la totalidad o una porción de los impuestos indirectos, tasas y contribuciones que éste hubiere pagado y promoverá la actividad exportadora.

El gobierno nacional a través de varios decretos ha venido regulando el monto efectivo de devolución. Anexo a este memorando se encuentra un recuento de los diferentes decretos que han regulado este tema.

De esta forma, y para efectos de análisis jurídico que se realizará a continuación, las características más importantes del CERT son (i) se otorga únicamente a exportadores de los productos definidos por el gobierno nacional y (ii) consiste en la devolución de impuestos indirectos, tasas y contribuciones que los exportadores hayan pagado, en los montos establecidos por los decretos que reglamentan esta materia.

COMPATIBILIDAD DE LA MEDIDA

En esta sección se analizará la consistencia del CERT con (i) el régimen de la OMC y (ii) los compromisos adquiridos por Colombia bajo los Acuerdos.

i. Régimen de la OMC

Como se mencionó anteriormente, esta oficina ha sostenido que mecanismos como el CERT deben cumplir con ciertos requisitos no ser considerado como un subsidio prohibido. Dependiendo de la forma en la que se estructure la devolución otorgada por el CERT, podrá existir un potencial problema con el régimen legal de la OMC.

En este caso particular, y teniendo en cuenta que el IVA pagado por los productos exportados ya se devuelve por mecanismos independientes del CERT, esta oficina observa que existe una alta probabilidad que el CERT sea considerado como un subsidio prohibido a la luz de los tratados cubiertos por el régimen de la OMC, en particular del Acuerdo de Subsidios y Medidas Compensatorias de la OMC ("ASMC").

Para llevar a cabo este análisis, esta sección analizará: (a) la definición legal de este concepto, (b) los diferentes tipos de subsidios existentes bajo el ASMC y (c) bajo qué condiciones se podría afirmar que el CERT es un subsidio prohibido

a. Definición de un subsidio

Según el artículo 1° ASMC, se considera como un subsidio una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público de un país de la OMC, específica para una empresa o rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, y que con ello se otorgue un beneficio.

De esta forma, para que se pueda hablar legalmente de la existencia de un subsidio, es necesario que (i) exista una contribución financiera (ii) de un gobierno o de cualquier organismo público de un país de la OMC y que con ello (iii) se otorgue un beneficio. Adicionalmente, es necesario que la subvención sea (iv) específica en los términos del artículo 2 del ASMC.

b. Tipos de subsidios

Ahora bien, aunque una determinada medida gubernamental se ajuste a la definición de un subsidio bajo el ASMC esto no necesariamente implica que dicha medida está prohibida en el régimen de la OMC. Esto se debe a que el ASMC distingue entre diferentes categorías de subsidios y dispone diferentes consecuencias legales.

Bajo este acuerdo existen tres categorías de subsidios:

1. **Prohibidos:** son los establecidos en el artículo 3 del ASMC. Debido a sus efectos distorsivos en el comercio, están expresamente prohibidos y los miembros de la OMC pueden acudir al mecanismo de solución de controversias o iniciar investigaciones para imponer medidas compensatorias:

- a. Supeditadas de jure o de facto a los resultados de exportación, es decir, las subvenciones a la exportación. En este caso, se existe una presunción de especificidad, por lo que el cuarto elemento de los subsidios mencionado anteriormente no será necesario cuando se esté en presencia de un subsidio prohibido.
- b. Supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, es decir, las subvenciones para la sustitución de importaciones y subvenciones al contenido local.

2. **Recurribles:** son aquellos subsidios que pueden impugnarse únicamente si se considera que causan efectos desfavorables. Los efectos desfavorables en que un Miembro puede basar su reclamación contra el subsidio aplicada por otro Miembro son de tres tipos:

- a. perjuicio grave;
- b. daño; o
- c. Anulación o menoscabo de ventajas.

3. **Permitidos:** Son aquellos que aun cumpliendo con los requisitos legales para ser considerados como subsidios, están expresamente permitidos. El artículo 8 del ASMC los define.

En este caso particular, se observa que en el evento que el CERT cumpla con la definición de un subsidio, este sería catalogado como un subsidio prohibido ya que su asignación es contingente en los resultados de exportación.

- c. Análisis del CERT como un subsidio cubierto bajo el ASMC

Según lo visto en las secciones anteriores, se analizarán cada uno de los elementos del CERT para determinar si este instrumento constituye un subsidio a la luz del ASMC.

Contribución financiera

El artículo 1.1a)1.(ii) del ASMC establece que una de las formas de contribución financiera proveniente de organismos públicos se presenta

// cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales). //

El Órgano de Apelación de la OMC en el caso Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a empresas de ventas en el extranjero, interpretando el artículo arriba mencionado estableció que:

// la ‘condonación’ de los ingresos ‘que en otro caso se percibirían’ implica que el gobierno ha recaudado menos ingresos de los que habría recaudado en una situación distinta (...). Además, las palabras ‘se condonen’ sugieren que el gobierno ha renunciado a la facultad de percibir ingresos que ‘en otro caso’ podría haber percibido. //

Así mismo, indicó que el término “en otro caso se percibirían” busca que se compare los ingresos que se perciben en virtud de la medida impugnada y los ingresos que se percibirían en alguna otra ocasión; con base en las normas fiscales aplicadas por el País Miembro.

En este caso particular, se observa que el CERT se ajusta a lo dispuesto por el artículo 1.1a)1.(ii) del ASMC en la medida que consiste en la devolución de varios tipos de tributos que en condiciones normales serían recibidos por la DIAN. Por esta razón, el CERT otorga una contribución financiera.

Otorgada por un Organismo Público

En cuanto a la noción de organismo público, el Grupo Especial en el caso Corea- embarcaciones comerciales estableció que “el concepto de ‘contribución financiera’ está redactado ampliamente para abarcar actuaciones de gobiernos y de organismos públicos que puedan conllevar subvenciones”. Una entidad puede ser considerada organismo público cuando es controlada por el gobierno u otros organismos

públicos. En ese caso, cualquier acción de la entidad es imputable al gobierno y, por lo tanto, se encuentra bajo la definición del artículo 1 del ASMC.

En este caso concreto, la contribución financiera establecida en el CERT es otorgada por el gobierno, por lo que se cumple con este elemento

Otorgamiento de un beneficio

En relación a este elemento, el Grupo Especial en el caso Canadá-Aeronaves estableció que, “es evidente que el sentido corriente de ‘beneficio’ supone algún tipo de ventaja. “Para determinar si una contribución financiera (...) confiere un “beneficio”, es decir, una ventaja, es necesario determinar si coloca al receptor en una posición más ventajosa que la que habría tenido de no ser por ella”.

Para determinar el alcance de este requisito, se debe hacer referencia al pie de página número 1 del artículo 1.1 a)1.(ii) del ASMC, el cual establece que:

// De conformidad con las disposiciones del artículo XVI del GATT de 1994 (Nota al artículo XVI), y las disposiciones de los anexos I a III del presente Acuerdo, no se considerarán subvenciones la exoneración, en favor de un producto exportado, de los derechos o impuestos que graven el producto similar cuando éste se destine al consumo interno, ni la remisión de estos derechos o impuestos en cuantías que no excedan de los totales adeudados o abonados. //

Desarrollando el pie de página arriba citado, el Anexo I al ASMC contiene una lista ilustrativa de clases de subsidios a la exportación, el cual establece en su literal h) lo siguiente:

“La exención, remisión o aplazamiento de los impuestos indirectos en cascada que recaigan en etapas anteriores sobre los bienes o servi-

cios utilizados en la elaboración de productos exportados, cuando sea mayor que la exención, remisión o aplazamiento de los impuestos indirectos en cascada similares que recaigan en etapas anteriores sobre los bienes y servicios utilizados en la producción de productos similares cuando se venden en el mercado interno; sin embargo, la exención, remisión o aplazamiento, con respecto a los productos exportados, de los impuestos indirectos en cascada que recaigan en etapas anteriores podrá realizarse incluso en el caso de que no exista exención, remisión o aplazamiento respecto de productos similares cuando se venden en el mercado interno, si dichos impuestos indirectos en cascada se aplican a insumos consumidos en la producción del producto exportado (con el debido descuento por el desperdicio).

Este apartado se interpretará de conformidad con las directrices sobre los insumos consumidos en el proceso de producción, enunciadas en el Anexo II.¹

De esta forma, se entenderá que los sistemas de devolución de impuestos sobre productos exportados, tales como el CERT, no otorgan un beneficio si:

1. La remisión de los impuestos a los que hace referencia el artículo 1.1a)1.(ii) del ASMC se realiza en cuantías que no excedan de los totales adeudados o abonados; y si
2. La remisión de los impuestos indirectos en cascada que recaigan en etapas anteriores sobre los insumos usados en la elaboración de productos exportados son igual o menores a la remisión de los impuestos indirectos en cascada similares que recaigan en eta-

pas anteriores sobre los insumos utilizados en la producción de productos similares destinados al mercado interno se venden en el mercado interno;

o,

3. la remisión con respecto a los productos exportados, de los impuestos indirectos en cascada que recaigan en etapas anteriores podrá realizarse si dichos impuestos indirectos en cascada se aplican a insumos usados en la producción del producto exportado (con el debido descuento por el desperdicio), aun cuando no exista exención, remisión o aplazamiento respecto de productos similares cuando se venden en el mercado interno

Por esta razón, el CERT concederá un beneficio cuando no se cumplan alguno de los tres supuestos anteriores.

Analizando la forma en la que el CERT está estructurado en Colombia, se observa que los valores de devolución de los tributos son montos fijos que no están atados al valor de los tributos que efectivamente se cobran (siguiendo lo dispuesto en el artículo 1.1a)1.(ii) del ASMC), los tributos pagados por los productos similares que se destinan al mercado interno o los pagados por los insumos del bien final (literal h del Anexo I del ASMC). Por esta razón, desde un punto de vista teórico esto crea la posibilidad que en algunos escenarios se esté otorgando un beneficio ya que el porcentaje otorgado por el CERT no está atado a los tributos mencionados.

Adicionalmente, y como ya se ha mencionado, los impuestos indirectos tales como el IVA ya son devueltos para ciertos tipos de bienes por

¹ La nota numero 58 del ASMC define ciertos elementos de este literal h):

“Por impuestos indirectos ‘que recaigan en etapas anteriores se entenderán los aplicados a los bienes y servicios utilizados directa o indirectamente en la elaboración del producto.

Por impuestos indirectos ‘en cascada’ se entenderán los que se aplican por etapas sin que existan mecanismos que permitan descontar posteriormente el impuesto si los bienes o servicios sujetos a impuestos en una etapa de la producción se utilizan en una etapa posterior de la misma.

La ‘remisión’ de impuestos comprende el reembolso o la reducción de los mismos.”

medio de mecanismos diferentes al CERT². De esta forma, no es claro que impuestos indirectos se podrían devolver por medio del CERT. En este orden de ideas, es necesario confirmar con la autoridad tributaria competente en esta materia qué otro tipo de impuesto indirecto están pagando actualmente los productos que se exportan en Colombia y que se podría devolver por medio de este mecanismo.

En el anexo 1 a este documento se encuentra una tabla con todos los valores históricos que se han devuelto bajo el CERT desde 1984. Como se podrá observar, la devolución máxima que se ha otorgado ha sido del 35% (establecida en el decreto 985 de 1984 para las subpartidas 02.01.01.00 y 02.01.01.01 por ejemplo).

Actualmente, este Ministerio ha mantenido la tesis que una devolución otorgada por el CERT por debajo del 2.5% no otorgaría un beneficio (y en consecuencia no sería un subsidio prohibido). Sin embargo, el elemento central para determinar este umbral son los impuestos indirectos que efectivamente estén pagando los productos exportados actualmente, especialmente teniendo en cuenta el hecho de que el IVA ya se devuelve.

Especificidad del Subsidio

El artículo 2 del ASMC define el concepto de especificidad y establece las reglas para su determinación. Dentro de estas reglas se encuentra la contenida en el numeral 3 que establece:

// *Toda subvención comprendida en las disposiciones del artículo 3 se considerará específica.* //

Como se explicó anteriormente, una de las categorías de subsidios establecidos en este artículo

son los supeditados de jure o de facto a los resultados de exportación.

En el presente caso, el CERT podría razonablemente ser considerado como supeditado de jure a los resultados de exportación, en la medida que sólo se asigna a los exportadores. Por esta razón, el requisito de especificidad se cumpliría.

Conclusiones

Del análisis anterior se desprende que bajo ciertas condiciones el CERT podría ser considerado como un subsidio en la medida que no es claro si se están devolviendo impuestos indirectos por encima de lo efectivamente pagado por los productos exportados. Por esta razón, es necesario discutir este tema con la autoridad tributaria competente para determinar el asunto de los impuestos indirectos referido anteriormente.



freeimages.com

² Artículo 4 de la Ley 48 de 1983, el artículo 7 de la Ley 7 de 1991, artículos 481 y 489 del Estatuto Tributario, artículos 1, 2, 3, 4 del Decreto 1000 de 1997.

ii. Compromisos de Colombia bajo los Acuerdos

En esta sección se analizará la compatibilidad del CERT con los diferentes Acuerdos que Colombia ha celebrado.

a. Compatibilidad con la regulación de la Comunidad Andina de Naciones

Dentro del marco jurídico de la CAN, las Decisiones 330, 388 y 457 de la Comisión regulan los temas relativos a los subsidios.

La Decisión 330, por medio de la cual se eliminan los subsidios y se armonizan los incentivos a las exportaciones intrasubregionales, en su artículo 12 dispone que:

Artículo 12.- Se consideran subsidios a la exportación de naturaleza tributaria, entre otros, los siguientes:

- a) La exención, devolución o aplazamiento total o parcial de los impuestos directos o de las cotizaciones de seguridad social, que paguen o deban pagar las personas naturales o jurídicas, en tanto dichas ventajas se concedan específicamente en función de las exportaciones;
- b) La concesión, para el cálculo de la base sobre la cual se aplican los impuestos directos, de deducciones especiales directamente relacionadas con las exportaciones o los resultados obtenidos en la exportación, superiores a las concedidas respecto de la producción destinada al mercado doméstico; y,
- c) La exención, devolución o aplazamiento total o parcial de los impuestos indirectos sobre la producción y distribución de productos exportados, incluidos los impuestos indirectos sobre los insumos, por una cuantía que exceda a los impuestos percibidos sobre la producción y distribución de productos similares cuando se venden en el mercado doméstico.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, podrá ser objeto de exención, devolución



o aplazamiento, la totalidad de los impuestos sobre los insumos consumidos en la producción del producto exportado, con el debido descuento por el desperdicio.

Como se observa, la citada disposición replica las disposiciones del ASMC, por lo que el análisis bajo los Acuerdos de la OMC que se realizó anteriormente es aplicable a la regulación bajo la CAN.

Adicionalmente, la Decisión 388 permite mantener incentivos a las exportaciones vía la devolución de los impuestos indirectos (IVA) pagado durante el proceso de producción de un producto exportado. Para que proceda esta devolución es necesario que el exportador acredite los requisitos del artículo 4 de dicha Decisión:

- i) que los impuestos cuya devolución se solicitan hayan sido efectivamente pagados en la adquisición de materias primas, insumos intermedios, servicios y bienes de capital, nacionales o importados, consumidos o utilizados en el proceso de producción, fabricación, transporte o comercialización de bienes de exportación; y

ii) en el caso de la devolución de impuestos indirectos a bienes de capital, dicha devolución no se puede conferir exclusivamente por razones de exportación.

No obstante, y como ya se explicó anteriormente, el IVA ya se devuelve en Colombia de una manera independientemente del CERT. Por esto el CERT no podría ser justificado bajo esta Decisión.

Por último, los artículos 1 y 2 de la Decisión 330 establecen que los incentivos a las exportaciones, tales como el CERT, deben ser armonizados, por lo que se podría argumentar que hasta que esto no ocurra, el CERT no se podría otorgar para exportaciones dirigidas a países CAN, aun si solo se devuelven impuestos indirectos.

Conclusión

Al igual que ocurre en el régimen de la OMC, en determinadas circunstancias el CERT podría llegar a ser incompatible con nuestras obligaciones bajo la CAN.

Esto debido a que no es claro qué otro impuesto indirecto se estaría devolviendo por medio de este mecanismo, en la medida que el IVA ya se devuelve.

b. Compatibilidad con los compromisos en los distintos acuerdos comerciales bilaterales ("TLC's")

Colombia ha adquirido compromisos bilaterales en donde expresamente se compromete a no mantener subsidios sobre productos agrícolas destinados a sus socios comerciales. En la mayoría de estos TLC's, se hace una remisión expresa a las disciplinas en materia de subsidios de la OMC.

Algunos de los productos que históricamente se han beneficiado del CERT son de carácter agrícola. Por esta razón, los problemas que se men-

cionaron cuando se analizó el régimen de la OMC también podrían presentarse bajo estos regímenes jurídicos. En el anexo 2 a este documento se encontrará una lista con los diferentes compromisos que Colombia ha adquirido en esta materia.

CONCLUSIONES:

Los subsidios son objeto de regulación en los regímenes de la OMC y de la CAN. Ambos definen las características que debe tener un incentivo para considerarse un subsidio. Definido que un incentivo es un subsidio, se debe evaluar si sus características lo hacen un subsidio prohibido por tales regímenes.

Para que el CERT no sea considerado como un subsidio prohibido bajo el régimen de la OMC, de la CAN o de los diferentes TLC's se deben cumplir ciertos requisitos, en particular que no se devuelvan más impuestos indirectos de los que efectivamente sean pagados.

En este caso particular, no se tiene claridad cuáles impuestos indirectos se podrían devolver bajo el CERT. Como se dijo, el impuesto indirecto más importante –el IVA– ya se devuelve respecto de los productos exportados por mecanismos diferentes del CERT.

Por esta razón, es necesario definir cuáles impuestos indirectos darían lugar al CERT, con el fin de hacer la determinación que se indica en los dos párrafos anteriores.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que es fundamental poder establecer la diferencia entre los valores efectivamente pagados por los impuestos indirectos y el valor del CERT para determinar si éste último es inferior o igual a los primeros, es recomendable fijar una tasa de devolución del CERT que esté atada a los impuestos indirectos que efectivamente paguen los productos exportados en lugar de una tasa fija.

Concepto

TÍTULO:	ACUERDOS DE ACUMULACIÓN REGIONAL EN EL MARCO DEL TLC CON ESTADOS UNIDOS, ASPECTOS A CONSIDERAR
FECHA:	29 de mayo de 2012
PROBLEMA JURÍDICO:	¿Es necesario firmar un nuevo acuerdo que sea conocido por el Congreso y estudiado por la Corte Constitucional para realizar un acuerdo sobre acumulación regional en el marco del Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos?
NORMA:	Constitución Política de Colombia Anexo 3-A y 4.1 del Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos.
CONCEPTO:	

Para aclarar la forma como se debe suscribir, aprobar y eventualmente ratificar un acuerdo sobre acumulación regional en el marco del Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos (el "TLC"), deben tenerse en cuenta los siguientes puntos: (i) El alcance de las facultades de la Comisión Libre de Comercio; (ii) La existencia de cláusulas marco para la negociación de la acumulación de origen.

En cuanto al primero punto, conforme a lo establecido en el artículo 20.1.3 (b.ii) del TLC, la Comisión podrá modificar las reglas de origen establecidas en el Anexo 3-A (Reglas de Origen de Textiles) y en el Anexo 4.1 (Reglas Específicas de Origen). En este orden de ideas, se el acuerdo de acumulación regional se hace mediante la modificación de las reglas específicas de origen, la Comisión tendrá competencia para ello. Al tratarse de una decisión de un órgano creado por el TLC, que ya fue aprobado y ratificado, no se requeriría presentarla al Congreso para su aprobación ni expedir un decreto de promulgación. Sería un desarrollo del TLC mediante una decisión de su comisión administradora.

De llegar a determinar en el caso particular que la regla de acumulación de origen no puede ser acordada mediante la modificación de las reglas específicas de origen se tendría que efectuar una enmienda en el TLC, conforme lo previs-

to en el artículo 23.2 del mismo. Sin embargo, en desarrollo del segundo punto antes mencionado, si existen cláusulas en el TLC que permitan que la regla de acumulación que se convenga tenga el carácter de un Acuerdo Simplificado, éste no requerirá surtir el trámite ordinario de aprobación.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha abordado con amplitud las disposiciones constitucionales en relación con la asunción de compromisos internacionales por Colombia y la aprobación y ratificación de los tratados internacionales. Sobre este punto particular, en su jurisprudencia, ésta Corporación ha desarrollado la teoría de los Acuerdos Solemnes y los Acuerdos Simplificados.

La jurisprudencia sostenida por la Corte desde 1998 se resume en lo siguiente:

- Los Acuerdos Simplificados son acuerdos internacionales con eficacia jurídica en el derecho internacional que se diferencian de los Acuerdos Solemnes en la forma en que se perfeccionan.
- "Los acuerdos simplificados son también acuerdos internacionales y por lo mismo actos con eficacia jurídica tanto en el derecho internacionales como en el derecho interno, La diferencia entre tratados solemnes y acuerdos simplificados radica esencialmente en la

forma como se perfecciona el convenio y expresa el consentimiento, pues mientras en los tratados solemnes “su perfeccionamiento exige un acto de ratificación autorizada por el Parlamento, la intervención en su proceso formativo del Jefe de Estado como órgano supremo de las relaciones internacionales, y el intercambio o depósito de los instrumentos de ratificación”, los acuerdos de forma simplificada “obligan en virtud de un acto distinto a la ratificación, manifestándose mediante la autenticación del texto del acuerdo o por un acto posterior a la autenticación, distinto a la ratificación, como la aprobación, la notificación, la aceptación o la adhesión.”

- Los Acuerdos Simplificados solo tienen validez si se trata en efecto de acuerdos de ejecución de un tratado.
- “La línea jurisprudencial descrita es absolutamente consistente en cuanto al alcance y límites de los acuerdos simplificados. En este sentido, la Corte ha señalado con claridad, de manera consolidada y cada vez con mayor rigor, que los acuerdos simplificados. En este sentido, la Corte ha señalado con claridad, de manera consolidada y cada vez con mayor rigor, que los acuerdos simplificados “sólo tendrán validez si la norma habilitante reúne los requisitos establecidos en la Constitución y si se trata, materialmente, de un convenio de ejecución y no de un nuevo tratado internacional.
- Bajo el esquema diseñado en la Constitución de 1991, la forma tradicional prevista para que el Estado colombiano pueda asumir o modificar sus obligaciones en el escenario internacional es mediante la suscripción de un tratado sujeto a las solemnidades dispuestas en la propia Carta Política, mientras que los acuerdos simplificados, si bien son válidos como instrumentos para dinamizar las relaciones internacionales, no pueden contener obligaciones nuevas, distintas o adicionales a las previamente asumidas en el tratado solemne del cual se derivan, de manera que no pueden modificar su alcance”
- Solo se entenderán Acuerdos Simplificados aquellos que no amplíen, rebasen o superen las obligaciones adquiridas por Colombia en el tratado marco al que se circunscriben.

“Desde sus primeros fallos la Corte ha reconocido que, aun cuando la forma tradicional como se expresa el consentimiento y se asumen nuevas obligaciones internacionales es mediante la celebración de tratados solemnes, es decir, mediante el trámite complejo y cualificado antes descrito, la evolución de las relaciones internacionales hace necesario que existan procedimientos mediante los cuales se dinamice el perfeccionamiento de las obligaciones internacionales, en particular en lo relativo a los asuntos de cooperación técnica y económica. No obstante, ha insistido en el carácter limitado del Presidente para adquirir autónomamente compromisos en el plano internacional por la vía de los acuerdos simplificados.

En este sentido siempre ha advertido que si bien los acuerdos simplificados son un instrumento legítimo y constitucionalmente válido para facilitar las relaciones en asuntos de cooperación internacional, a través de ellos el Presidente de la República no puede adquirir obligaciones internacionales que excedan, amplíen, rebase o superen las que han sido previamente asumidas mediante un tratado celebrado con las formalidades anteriormente anotadas.

Teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial arriba descrito, para efectos de determinar si una enmienda del TLC por medio de la cual se

// (...) En suma, los Acuerdos Simplificados no pueden ser utilizados como instrumentos para crear o modificar las obligaciones internacionales del Estado colombiano, de modo que por medio de ellos no es posible exceder, ampliar o superar el alcance de las obligaciones adquiridas previamente mediante un tratado celebrado de manera solemne. **//**

implementa una regla de acumulación regional puede tener el carácter de un Acuerdo Simplificado, se debe proceder a analizar caso por caso el alcance de la modificación y si la misma cumple con los requisitos desarrollados por la Corte Constitucional.

En el capítulo 3 del TLC existe una cláusula que reconoce la posibilidad de negociar acuerdos de acumulación regional en materia textil. Así las cosas, el artículo 3.3.14 establece que:

En vista del deseo de promover la integración regional, las Partes entrarán en discusiones, dentro de los seis meses de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, u otra fecha que las partes determinen, con miras a decidir, sujeto a sus requisitos internos aplicables (tales como requisitos de consultar con su legislatura y su industria doméstica), si materiales que son mercancías de países en la región pueden ser contados para propósitos de satisfacer el requisito de origen bajo este Capítulo, como un paso para la realización de la integración regional.

Esta cláusula es un marco directo en el TLC para efectos del desarrollo e implementación de reglas de acumulación regional para textiles y vestidos. En este sentido, se encontraría que un acuerdo en este sentido para mercancías textiles y de vestido, se encuadraría dentro de los parámetros dispuestos por la Corte Constitucional en cuanto a los acuerdos simplificados, al tratarse de un desarrollo de una cláusula de un Acuerdo ya ratificado, que desarrolla prácticas dispuestas en el mismo.

La situación en materia de reglas de origen para mercancías distintas a los textiles de vestidos es distinta. En el capítulo 4 no se encuentra una cláusula similar a la citada. Esto no quiere decir que por dicha razón la enmienda para implementar una regla de acumulación regional para este tipo de mercancías sea considerada un Tratado Solemne. Sin embargo, si hace más difícil su justificación, El debate central sería si dicha regla estaría creando nuevas obligaciones y derechos. Podría interpretarse que esto no es así, puesto que lo único que se está haciendo es profundizar las reglas particulares de origen que no implican más o menos obligaciones que las ya estipuladas, dado que la obligación marco en esta materia es permitir el acceso preferencial



Departamento Comunicaciones MINCIT

de mercancías de la otra parte, cuando se cumplan las reglas de origen, las cuales son modificables en el curso del tiempo.

En conclusión se encuentra que:

1. La negociación e implementación de las reglas de acumulación de origen como una modificación de las reglas específicas de origen contenidas en los Anexos 3-A y 4-1 no constituye un tratado separado ni una enmienda del TLC sino un desarrollo del mismo, por lo que no requiere sino una decisión de la Comisión de libre Comercio:
2. Si por el contrario, fuera necesario realizar una enmienda al TLC, ésta deberá ser analizada para efectos de determinar si se trata de un Acuerdo Simplificado. A primera vista un acuerdo sobre la regla de acumulación de origen en materia textil y del vestido tiene carácter de Acuerdo Simplificado. Tratándose de los demás bienes, al no encontrarse una cláusula similar a la contenida en el artículo 3.3.14 del TLC, habría que analizar más detalladamente el acuerdo de acumulación de origen, para determinar si cumple con los dos requisitos arriba mencionados, es decir, si se convino para la ejecución del TLC y si no amplía, rebasa o supera las obligaciones adquiridas por Colombia bajo el TLC.

Concepto

- TÍTULO:** IMPORTACIÓN DE MERCANCIAS USADAS PROVENIENTES DE LOS ESTADOS UNIDOS
- FECHA:** 03 de octubre de 2012
- PROBLEMA JURÍDICO:** Sobre una consulta formulada por una peticionaria relacionada con la importación de mercancías usadas procedentes de los Estados Unidos, se dio respuestas en lo relativo a:
- El cumplimiento de requisitos de origen para las mercancías usadas al momento de ser importadas a territorio colombiano.
 - Derechos y obligaciones de los importadores y de la Aduana durante el proceso de importación
- NORMA:** Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos
- o Disposiciones del Capítulo 2
 - o Disposiciones del Capítulo 4

CONCEPTO:

Consultados los expertos de origen del MCIT y revisado el Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos (el "Acuerdo") en su artículo 1 se observa que no existe una disposición expresa que permita considerar a las mercancías usadas importadas para su distribución y venta como mercancías originarias, pero el Acuerdo tampoco dice lo contrario.

En cualquier caso la autoridad y el usuario deben revisar la aplicación de los criterios de mercancías originarias, para determinar en cada caso cuando es posible que una mercancía este cubierta por las preferencias del Acuerdo. Al respecto, me permito citar las normas correspondientes del Tratado:

// El Artículo 2.1 del Capítulo Dos del Acuerdo que trata sobre Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado, establece que salvo disposición en contrario en este Acuerdo, este Capítulo se aplica al comercio de mercancías de una Parte. **//**

El Artículo 2.3 del Acuerdo establece con respecto a la Eliminación Arancelaria que: salvo disposición en contrario en este Acuerdo, ninguna Parte podrá incrementar ningún arancel aduanero existente, o adoptar ningún arancel aduanero nuevo, sobre una mercancía originaria.

1. Salvo disposición en contrario en este Acuerdo, cada Parte eliminará progresivamente sus aranceles aduaneros sobre las mercancías originarias, de conformidad con su Lista de Desgravación del Anexo 2.3.

Por su parte el Anexo 2.2 del Acuerdo establece sobre excepciones a la obligación de Trato Nacional y Restricciones a la Importación y Exportación, establece que Los Artículos 2.2 y 2.8 no se aplicarán a:

- c) los controles sobre la importación de mercancías usadas, imperfectas, saldos, sobrantes, desperdicios, desechos y residuos, de confor-

midad con la Resolución 001 del 2 de enero de 1995¹;

En este sentido se observa que los Estados Parte pueden mantener los controles a la importación de mercancías usadas y que sobre ellas no se aplicarán la prohibición de Colombia a imponer restricciones a las importaciones y el principio de trato nacional, de conformidad con lo previsto por la Resolución 001 del 2 de enero de 1995, siendo excluidos de ese control las mercancías remanufacturadas tal como lo prevé el pie de página de la disposición.

Por otra parte para ser considerada una mercancía originaria un bien debe cumplir con el APC en lo previsto por el capítulo 4 del Tratado y su Anexo 4.1.

Al respecto se debe tener en cuenta que el APC prevé en Artículo 4.1 sobre las Mercancías Originarias, que “Salvo que se disponga lo contrario en este Capítulo, cada Parte dispondrá que una mercancía es originaria cuando:

- (a) la mercancía es obtenida en su totalidad o producida enteramente en el territorio de una o más de las Partes;
- (b) es producida enteramente en el territorio de una o más de las Partes y
 - i) cada uno de los materiales no originarios empleados en la producción de la mercancía sufre el correspondiente cambio en la clasificación arancelaria, especificado en el Anexo 4.1 o en el Anexo 3-A (Reglas Específicas de Origen del Sector Textil y del Vestido), o
 - ii) la mercancía, de otro modo, satisface cualquier requisito de valor de contenido regional aplicable u otros requisitos especificados en el Anexo 4.1 o en el Anexo 3-A (Reglas Específicas de Origen

del Sector Textil y del Vestido), y la mercancía cumple con los demás requisitos aplicables de este Capítulo; o

- (c) la mercancía es producida enteramente en el territorio de una o más de las Partes, a partir exclusivamente de materiales originarios.

Por su parte las definiciones de este capítulo establecen entre otros los siguientes criterios:

mercancías obtenidas en su totalidad o producidas enteramente en el territorio de una o más de las Partes significa entre otros:

- (j) desechos y desperdicios derivados de:
 - (i) operaciones de manufactura o procesamiento en el territorio de una o más de las Partes; o
 - (ii) mercancías usadas recolectadas en el territorio de una o más de las Partes, siempre que dichas mercancías sean adecuadas sólo para la recuperación de materias primas;
- (k) mercancías recuperadas en el territorio de una o más de las Partes derivadas de mercancías usadas, y que hayan sido utilizadas en el territorio de una o más de las Partes en la producción de mercancías remanufacturadas; y

Visto lo anterior se anota que no hay una referencia expresa a mercancías usadas que al momento de ser importadas a territorio colombiano puedan ser consideradas originarias, como si sucede con los desechos y desperdicios, los remanufacturados y las mercancías recuperadas. Adicionalmente, se observa que las mercancías usadas están sometidas a controles a su importación, que prevé la legislación colombiana en materia de trato nacional y restricciones a la im-

¹ Los controles identificados en este párrafo no aplican a mercancías remanufacturadas.



freeimages.com

portación. Estos controles deben cumplirse antes de importar cualquier mercancía usada al país.

Finalmente resulta importante recordar lo relativo a los derechos y obligaciones de los importadores y de la Aduana durante el proceso de importación, a la luz de los términos del tratado. En ese sentido el artículo 4.19 del APC establece:

“Artículo 4.19: Obligaciones Respecto a las Importaciones

1. Cada Parte concederá cualquier solicitud de trato arancelario preferencial, realizada de conformidad con este Capítulo, a menos que la Parte emita una determinación escrita de que la solicitud es inválida por cuestiones de hecho o de derecho.
2. Una Parte podrá negar el trato arancelario preferencial a una mercancía si el importador no cumple con cualquiera de los requisitos de este Capítulo.
3. Ninguna Parte someterá a un importador a cualquier sanción por realizar una solicitud de trato arancelario preferencial inválida, si el importador:
 - (a) no incurrió en negligencia, negligencia sustancial o fraude, al realizar la solicitud y pague cualquier derecho aduanero adeudado; o
 - (b) al darse cuenta de la invalidez de dicha solicitud, la corrija voluntaria y pronta-

mente y pague cualquier derecho aduanero adeudado.

4. Cada Parte podrá requerir que un importador que solicite trato arancelario preferencial para una mercancía importada a su territorio:
 - (a) declare en el documento de importación que la mercancía es originaria;
 - (b) tenga en su poder, al momento de hacer la declaración a la que se refiere el subpárrafo (a), una certificación escrita o electrónica, como se describe en el Artículo 4.15, si la certificación es la base de la solicitud;
 - (c) proporcione una copia de la certificación, a solicitud de la Parte importadora, si la certificación es la base de la solicitud;
 - (d) cuando el importador tenga motivos para creer que la declaración a la que se refiere el subpárrafo (a) está basada en información incorrecta, corrija el documento de importación y pague cualquier derecho aduanero adeudado;
 - (e) cuando una certificación de un productor o exportador es la base de la solicitud, el importador, a su elección, proveerá o hará los arreglos para que el productor o exportador provea, a solicitud de la Parte importadora, toda la información sobre la cual dicho productor o exportador sustenta tal certificación; y
 - (f) demuestre, a solicitud de la Parte importadora, que la mercancía es originaria conforme al Artículo 4.1, incluyendo que la mercancía cumple con los requisitos del Artículo 4.13.
5. Cada Parte dispondrá que, si una mercancía era originaria cuando fue importada a su territorio, pero el importador de la mercancía no hizo una solicitud de trato arancelario preferencial al momento de la importación, el importador pueda, a más tardar un año después de la



fecha de importación, hacer la solicitud de trato arancelario preferencial y solicitar un reembolso de cualquier exceso de derechos pagados como resultado de no haber solicitado el trato arancelario preferencial, presentando a la Parte:

- (a) una declaración por escrito, manifestando que la mercancía era originaria al momento de la importación;
 - (b) una copia escrita o electrónica de la certificación, si una certificación es la base de la solicitud, u otra información que demuestre que la mercancía era originaria; y
 - (c) otra documentación relacionada con la importación de las mercancías, según lo requiera la Parte importadora.
6. Cada Parte podrá disponer que el importador sea responsable de cumplir los requisitos del párrafo 4, no obstante que el importador haya fundamentado su solicitud de trato arancelario preferencial en una certificación o información que un exportador o productor le proporcionó.
7. Nada de lo dispuesto en este Artículo impedirá que una Parte tome acción bajo el Artículo 3.2.7."

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que ante la duda sobre el origen de la mercancía, el Estado Colombiano puede ade-

lantar el procedimiento dispuesto en el artículo 4.18 del APC, el cual establece:

"Artículo 4.18: Verificación

1. Para propósitos de determinar si una mercancía importada a su territorio proveniente del territorio de otra Parte es una mercancía originaria, la Parte importadora podrá conducir una verificación, mediante:
 - (a) solicitudes escritas de información al importador, exportador o productor;
 - (b) cuestionarios escritos dirigidos al importador, exportador o productor;
 - (c) visitas a las instalaciones de un exportador o productor en el territorio de la otra Parte, con el propósito de examinar los registros a los que se refiere el Artículo 4.17 o inspeccionar las instalaciones utilizadas en la producción de la mercancía, de acuerdo con cualquiera de las directrices que desarrollen las Partes de conformidad con el Artículo 4.21.2; o
 - d) otros procedimientos que la Parte importadora y la Parte exportadora puedan acordar.
2. Una Parte podrá denegar el trato arancelario preferencial a una mercancía importada, cuando:

- (a) el exportador, productor o importador no responda a una solicitud escrita de información o cuestionario, dentro de un plazo razonable, que se establezca en la legislación de la Parte importadora;
- (b) después de recibir la notificación escrita de la visita de verificación que la Parte importadora y la Parte exportadora hayan acordado, el exportador o el productor no otorgue su consentimiento por escrito para la realización de la misma dentro de un plazo razonable, que se establezca en la legislación de la Parte importadora; o
- (c) la Parte encuentre un patrón de conducta que indique que un importador, exportador o productor ha presentado declaraciones o certificaciones falsas o infundadas en el sentido de que una mercancía importada a su territorio es originaria.
3. Una Parte que lleve a cabo una verificación, proporcionará al importador una determinación escrita acerca de si la mercancía es originaria. La determinación de la Parte incluirá las conclusiones de hecho y la base legal de la determinación.
4. Si la Parte importadora hace una determinación de conformidad con el párrafo 3, de que una mercancía no es originaria, la Parte no aplicará esa determinación a una importación realizada antes de la fecha de la misma, cuando:
- (a) la Parte exportadora emitió una resolución anticipada respecto de la clasificación arancelaria o valoración de uno o más materiales utilizados en la mercancía, conforme al Artículo 5.10 (Resoluciones Anticipadas);
- (b) la determinación de la Parte importadora esté basada en una clasificación arancelaria o valoración para tales materiales que es diferente a la proporcionada en la resolución anticipada referida en el subpárrafo (a); y
- (c) la Parte exportadora emitió la resolución anticipada antes de la determinación de la Parte importadora.
5. Cuando una Parte importadora determina mediante una verificación, que un importador, exportador o productor ha incurrido en un patrón de conducta al proporcionar declaraciones, afirmaciones o certificaciones de que una mercancía importada en su territorio es originaria, de manera falsa o infundada, la Parte podrá suspender el trato arancelario preferencial a las mercancías idénticas cubiertas por afirmaciones, certificaciones o declaraciones subsecuentes hechas por ese importador, exportador o productor, hasta que la Parte importadora determine que el importador, exportador o productor cumple con este Capítulo.”

CONCLUSIONES:

- La actuación de la autoridad aduanera debe respetar los principios del APC.
- El importador cuenta con ciertos derechos en el proceso de importación pero también está obligado a la acreditación de origen de una mercancía en los términos previstos en el APC.
- La consecuencia de no hacerlo puede ser controlada o verificada por la autoridad de conformidad con las disposiciones antes citadas.



freeimages.com

Concepto

- TÍTULO:** MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO TURISMO COLOMBIA - ANDORRA
4 de octubre de 2013
- FECHA:**
- PROBLEMA JURÍDICO:** Consulta de la Oficina Asesora de Planeación Sectorial, OAPS, en relación con los aspectos particulares del Protocolo de Entendimiento en Materia de Turismo, el Protocolo, que los ministros de Turismo y de Comercio de los gobiernos de Colombia y de Andorra, respectivamente, se proponen suscribir:
- 1°. Si es un tratado o si es otra clase de instrumento internacional, con el fin de establecer cuál es el trámite que se debe seguir para su aprobación, y
- 2°. Si el instrumento estaría en armonía con las obligaciones contraídas por Colombia en sus acuerdos comerciales internacionales vigentes
- NORMA:**
- Convención de Viena de 1969 del Derecho de los Tratados
 - Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
 - Constitución Política de Colombia

CONCEPTO:

El análisis jurídico

Sobre los dos puntos consultados, se estima que el alcance de lo estipulado en el Protocolo:

- 1°. No permite identificarlo como un Tratado o Acuerdo internacional y, por ende, no requiere del correspondiente trámite de aprobación previsto en nuestra legislación, y
- 2°. Sin perjuicio de lo anterior, sus disposiciones no serían incompatibles con las obligaciones contraídas por Colombia en sus acuerdos internacionales vigentes

Las anteriores estimaciones se pasan a explicar en detalle previo a la siguiente descripción del Protocolo.

Descripción resumida del Protocolo

En el texto del documento del Protocolo analizado se aprecia que:

- Desde su encabezamiento, las partes que lo celebran no son dos Estados, sujetos de derecho internacional, con capacidad para celebrar tratados o acuerdos internacionales, sino entidades de la rama ejecutiva del poder público de cada Estado.
- Contiene una parte motiva, que indica la intención de las partes suscriptoras.
- Entre los párrafos 1 al 8, las partes, en materia de turismo, dicen haber decidido acordar diversas acciones futuras de fortalecimiento, promoción, cooperación mutua e intercambios de información y conocimientos.
- En el párrafo 9, designan a sus respectivas autoridades encargadas de implementar las acciones enunciadas en los números anteriores.
- En el párrafo 10, las partes, de manera expresa e inequívoca, fijan el objeto y aclaran el alcance de sus voluntades al suscribir dicho Protocolo.

- o Allí dejan claro que se trata de:



Departamento Comunicaciones MINCIT

...un documento que sólo recoge la intención de las partes y no constituye o crea (ni tiene la intención de crear) ninguna obligación a nivel interno o de derecho internacional; no puede dar lugar al inicio de ningún procedimiento judicial; no implica la constitución o la creación de nuevas obligaciones vinculadas y exigibles legalmente (de manera expresa o implícita)...

- o Como se ve, se deja claro que no se trata de un acuerdo de voluntades encaminado a crear relaciones jurídicas de contenido obligacional internacional
- En el párrafo 11, las partes estipulan lo relativo al término de duración de ese Protocolo y las condiciones de su renovación (prórroga, como debería llamarse)
- En el párrafo 12, las partes estipulan que, salvo acuerdo contrario, la implementación de los programas y otros proyectos de turismo que llegasen a acordar durante el período de validez del Protocolo no se afectará por el hecho de su extinción

Este Protocolo no sería un Tratado

Conviene tener en cuenta algunas precisiones sobre las notas esenciales y diferenciadoras del concepto de Tratado, su naturaleza y efectos.

Este Protocolo carece de elementos subjetivos y objetivos necesarios para ser reconocido y tramitado como un Tratado, Acuerdo o como quisiera denominarse al instrumento internacional ajustado entre sus partes suscriptoras.

De acuerdo con la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en adelante, la Convención:

- ...2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:
- a. se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;
 - b. se entiende por "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión", según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;
 - c. se entiende por "plenos poderes" un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el con-

sentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.

// *En relación con el elemento subjetivo, no es un acuerdo entre "Estados". Se trata de una mera declaración conjunta de intenciones de ministros de gobierno que no son, o no detentan plenos poderes de los jefes de Estado de dichos países. Este es un requisito esencial para manifestar el consentimiento de un Estado para la celebración de un Tratado.* //

De acuerdo con la Convención, Art.7 Plenos Poderes, para la manifestación del consentimiento para obligarse un Estado se requiere de plenos poderes o no cuando de la práctica se deduzca que los otros Estados reconocen a esa persona como representante sin necesidad de plenos poderes. Estas situaciones no parecerían presentarse en el caso del Protocolo. Así mismo, en dicho Artículo se considera que no requieren plenos poderes, para representar y obligar a su Estado, el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, lo mismo que algunos jefes de misiones diplomáticas o representantes ante conferencias internacionales, casos que tampoco son predicables respecto de los suscriptores de este Protocolo.

Es preciso recordar que, de acuerdo con el Art. 189 C.N., corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado,

// *...2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso...* //

De otra parte, en relación con el elemento objetivo, esa declaración conjunta de intenciones nace carente de los efectos jurídicos vinculantes

predicables respecto de cualquier acto jurídico convencional en el ámbito internacional, llámese Tratado, Acuerdo, Convención, Pacto, Carta, etc, llamado a tenerse como fuente formal de obligaciones del Derecho Internacional, como lo establece el Art.38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Específicamente, la enfática estipulación del párrafo 10, en el sentido de no contemplar la creación de ninguna clase de obligaciones exigibles deja claro que no se está ante un Tratado, en los términos mencionados, del cual se predicara lo previsto en el Art. 26 de la Convención:

// *..."Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe...* //

Por lo anterior, este Protocolo, no siendo un Tratado, no estaría sujeto a las formalidades que exige nuestra Constitución Política para verificarse la prestación del consentimiento en obligarse, para el caso, el trámite de su ratificación (Art. 14 de la Convención), acompañado del control previo de su constitucionalidad por la Corte Constitucional (Art. 241, Núm.10, C.N)



freeimages.com



Vale la pena aclarar que el de este Protocolo tampoco sería el caso de los tratados simplificados, los cuales, siguen siendo Tratados no obstante no requerir de ratificación (solo firma o canje de notas, Arts. 12 y 13 de la Convención) Adicionalmente, conviene precisar que en el caso colombiano, el Art. 150, número 16 constitucional se prevé que corresponde al Congreso.

// ...Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional... //

Esto sin perjuicio de que, como lo ha entendido nuestra doctrina y la Corte Constitucional, si los acuerdos simplificados se limitan a reglamentar un tratado previamente aprobado por el Congreso, no requieren aprobación de éste.

Este tampoco es el caso del Protocolo analizado, toda vez que mediante éste no se desarrollan o implementan los compromisos pactados entre Andorra y Colombia en un Tratado con disposiciones relativas a Turismo.

Finalmente, en cuanto a la armonía de las disposiciones del Protocolo con las disposiciones de los acuerdos comerciales vigentes de Co-

lombia, por las razones antedichas, no se advierte contradicción alguna.

De hecho, si bien las disposiciones del Protocolo responden a la lógica de las de los capítulos de Cooperación de dichos acuerdos comerciales, se trata de disposiciones específicas sobre turismo, los cuales tampoco son materialmente equiparables.

CONCLUSIONES:

El señor ministro podría firmar dicho Protocolo en su viaje de visita programado, por cuanto, el Protocolo analizado, no es un Tratado, como lo prevé el Derecho Internacional y el Ordenamiento Jurídico colombiano. En consecuencia:

- Sus disposiciones carecen de efectos vinculantes en el Derecho interno e internacional
- No requiere de los trámites de ratificación, ni de control previo de constitucionalidad
- Sus disposiciones en materia de turismo no contravienen las de otros acuerdos comerciales de Colombia.
- Si, hipotética y materialmente, dichas disposiciones llegaren a ser contrarias a las de los demás acuerdos comerciales de Colombia, formalmente no podrían ser incompatibles con éstas, toda vez que carecerían de la validez formal requerida.

Concepto

- TÍTULO:** PRINCIPIOS UNIDROIT CONTRATACIÓN INTERNACIONAL
- FECHA:** 11 de noviembre de 2011
- PROBLEMA JURÍDICO:** Sobre un contrato relacionado con transferencia de tecnología, se consultó:
- 1) Puede considerarse el contrato contrario al principio UNIDROIT con tenido en el artículo 3.10, denominado “principio de excesiva desproporción”. Solicito informarme el sustento jurídico para esta respuesta.
 - 2) En materia de Contratación internacional en Colombia, ¿Pueden catalogarse los principios UNIDROIT como límites a la autonomía de la voluntad contractual? Solicito informar el sustento jurídico para la respuesta.
 - 3) Puede considerarse que en el contrato, dada la asimetría prestacional, no existe una contribución y relación efectiva de la tecnología importada con la estimación de sus utilidades probables, el precio de los bienes que se incorporan a la tecnología, u otras formas de cuantificación del efecto de la tecnología, conforme el artículo 12 de la decisión 291?
- NORMA:**
- Principios Unidroit sobre la Contratación Comercial Internacional
 - Decisión Andina 291

CONCEPTO:

1. Artículo 3.2.7 de los principios UNIDROIT

El artículo 3.2.7¹, así como todos los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, hace parte de la fuente conocida en derecho comercial internacional como Soft Law, que son normas que en principio no tienen fuerza vinculante pero que sirven al propósito de armonización del Derecho Comercial Internacional.

De esta forma, para poder determinar si una prestación contenida en una cláusula o todo el contrato es contrario al principio de excesiva desproporción invocado, primero debe contener dicho contrato la vinculación de las partes a los Principios UNIDROIT sobre los Contratos

Comerciales Internacionales. Cumplido éste requisito, en la eventualidad que alguno de los contratantes considerara que se violan las estipulaciones contractuales que obligan a observar los Principios UNIDROIT, podría acudir ante la autoridad judicial competente para que declare sobre sus pretensiones.

2. Principios UNIDROIT en el marco de la autonomía de la voluntad contractual

Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales sólo son vinculantes cuando las partes contractuales en ejercicio de su autonomía de la voluntad hayan acor-

¹ En la actualidad artículo 3.2.7 (versión 2010) anteriormente artículo 3.10 (versión 2004)

dado que su contrato se rija por ellos². Por lo tanto, los particulares que celebran un contrato, al tener la facultad de escoger acerca de si incorporan en sus cláusulas todos, varios, uno o ninguno de los Principios descritos, no limitan la autonomía de la voluntad contractual.

5. Artículo 12 de la Decisión Andina 291

Las prestaciones de un contrato tecnológico pueden influir en las estimaciones de sus utilidades probables, el precio de los bienes que se incorporen a la tecnología, u otras formas específicas de cuantificación del efecto de la mercancía importada. En todo caso este ministerio no sería la autoridad competente para efectuar dicha determinación en específicas controversias.

Respecto a las demás consultas contenidas en el derecho de petición, me permito informarle que dichas materias no son competencia de este Ministerio. En consecuencia, y de conformidad con el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, su consulta número 3 ha sido remitida a la Superintendencia de Industria y Comercio y sus consultas número 4 y 6 al Departamento Nacional de Planeación.

CONCLUSIONES:

- Para poder determinar si una prestación contenida en una cláusula o todo el contrato es contrario al principio de excesiva desproporción invocado, primero debe contener dicho contrato la vinculación de las partes a los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.
- Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales sólo son vinculantes cuando las partes contractuales en ejercicio de su autonomía de la voluntad hayan acordado que su contrato se rija por ellos.



² Preámbulo (Propósito de los Principios)



03

Actualidad

Actualidad

TÍTULO:

China — Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno¹
DS431/DS432/DS433:

REPORTE SOBRE EL INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

FECHA:

Marzo 26 de 2014

PROBLEMA JURÍDICO:

Los Estados Unidos, las Comunidades Europeas y Japón demandan medidas adoptadas por China relacionadas con cargas, contingentes y licencias de exportación impuestas por la China sobre metales denominados "Tierras raras". Colombia, ejerciendo su derecho como tercero bajo el marco del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio, participa como tercero en la disputa.

NORMA:

Las partes demandantes argumentan que varias medidas de la China son contrarias a los párrafos 1.2, 5.1 y 11.3 del Protocolo de Adhesión de la China a la OMC y al Artículo XI:1 del GATT de 1994. Por su parte, China se defiende argumentando que las medidas se pueden justificar por las Excepciones Generales del Artículo XX.

REPORTE:

El 13 de marzo de 2012 los Estados Unidos, la Unión Europea y Japón presentaron ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) la solicitud de consultas con la República Popular de China (China) para discutir cuestiones referentes a medidas adoptadas por la China que imponen contingentes, derecho y licencias de exportación a algunas tierras raras.

Las "Tierras Raras", nombre que se le da comúnmente a 15 elementos químicos de la tabla periódica con números atómicos del 57 al 71, son utilizadas en productos de alta tecnología como computadores, automóviles, lentes y cámaras entre otros. Los reclamantes sostienen que la China ha adoptado medidas para controlar la exportación de estos materiales (a través de derechos de exportación, contingentes de exportación y licencias) que son

contrarias a sus compromisos de adhesión a la OMC—compromisos que están contenidos en el Protocolo de Adhesión de la República Popular China a la OMC, WT/L/432—y al Artículo XI del GATT de 1994.

La China argumentó, que era posible invocar las Excepciones Generales contenidas en el Artículo XX del GATT de 1994 para justificar las supuestas violaciones al Artículo 11.3 del Protocolo de Adhesión, particularmente que las medidas en disputa referentes a derechos de exportación estaban cubiertas por el subpárrafo (b) del Artículo XX del GATT de 1994. Frente a los contingentes de exportación, que de acuerdo a los argumentos de los reclamantes, eran contrarios al Artículo XI:1 del GATT de 1994, la China argumentó que las medidas estaban cubiertas bajo la excepción contenida en el subpárrafo (g) del Artículo XX del GATT de 1994.

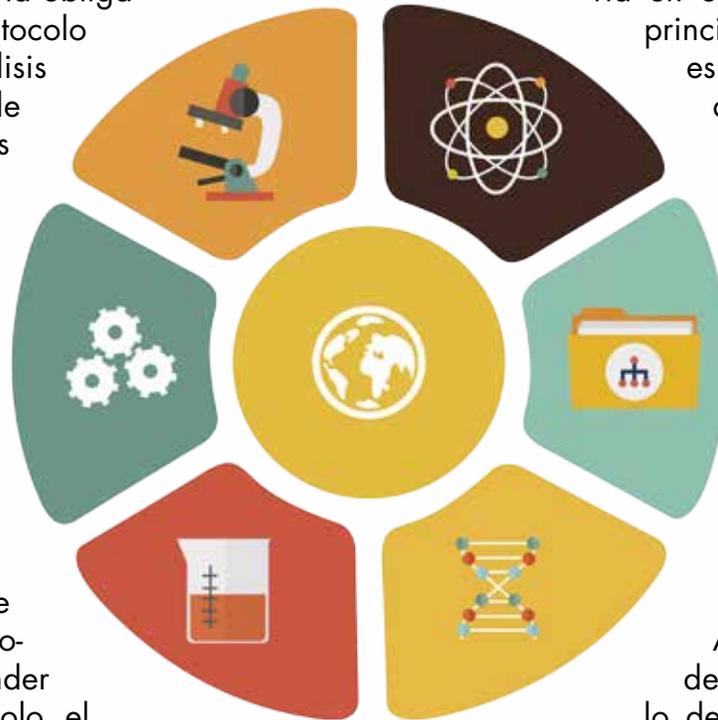
¹ Disponible en: http://wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds432_s.htm

El pasado 26 de marzo el Grupo Especial circuló el Informe Final sobre la disputa. En dicho informe se encuentra el razonamiento que llevó al Grupo Especial a declarar que las medidas adoptadas por la China eran contrarias a las disposiciones de la OMC, particularmente al Artículo XI:1 del GATT y a varias disposiciones del Protocolo de Adhesión de China. Adicionalmente, el Grupo Especial consideró que las medidas adoptadas por la China referentes a los contingentes de exportación no se encontraban justificadas bajo el Artículo XX (g) del GATT de 1994 y que la China no podía hacer uso de las Excepciones Generales del Artículo XX (b) para justificar violaciones al Artículo 11.3 del Protocolo de Adhesión.

A grandes rasgos, los argumentos propuestos por la China para permitir el uso de las Excepciones Generales del Artículo XX del GATT de 1994, se desprenden de interpretar el Artículo XII:1 del Acuerdo de Marrakech y el párrafo 1.2 del Protocolo de Adhesión. Según la China, el intérprete del Protocolo de Adhesión debe determinar si la obligación contenida en el Protocolo que es objeto de análisis hace parte integral de alguno de los Acuerdos Multilaterales de Comercio parte de la OMC, o si pasa a ser una obligación independiente a éstos, pero parte integral del Acuerdo de Marrakech. Por su parte, los demandantes argumentan que haciendo una interpretación textual de las mismas disposiciones se tiene que entender que es todo el Protocolo el que pasa a ser parte integral del Acuerdo de Marrakech, sin que las obli-

gaciones particulares tengan que pasar a ser parte integral de los Acuerdos Multilaterales con los que tienen una relación sistemática. Es así como, siguiendo los argumentos de la China, el párrafo 11.3 del Protocolo, al estar relacionado con cargas a las exportaciones de bienes, obligación que está regulada en el artículo XI:1 del GATT de 1994, debería ser parte integral del GATT de 1994.

En su razonamiento el Grupo Especial hizo énfasis al interpretar las obligaciones contenidas en el Protocolo de Adhesión y de acuerdo al párrafo 1.2 del mismo, se entiende que todo el protocolo en su totalidad pasará a ser parte integral del Acuerdo de Marrakech, sin que esto signifique que las obligaciones particulares pasarían a ser parte integral de los Acuerdos Multilaterales con los que tienen una relación sistemática, dándole así la razón a los demandantes. Entre los tres miembros del Grupo Especial hubo uno que se apartó de la decisión adoptada por la mayoría. La razón de apartarse de la decisión mayoritaria en este punto particular, fue principalmente que la OMC es un sistema de Acuerdos que rigen distintos aspectos del comercio, es por esto que una lectura aislada de cada uno de los Acuerdos sin armonizarlos o darles una lectura coherente y sistemática, priva al sistema de sentido. Para este miembro del Grupo Especial, una interpretación tan textualista del Artículo XII:1 del Acuerdo de Marrakech y del párrafo 1.2 del Protocolo de Adhesión conlleva una interpretación aislada e incoherente de los acuerdos. Particularmente





en este caso donde la materia regulada por el párrafo 11.3 del Protocolo y el Artículo XI:1 del GATT está altamente relacionada.

POSICIÓN DE COLOMBIA: Colombia ejerciendo su derecho como tercero, participa en la disputa pronunciándose frente a asuntos particulares referentes a los dos argumentos principales expuestos por la China. Es así como ante el Grupo Especial, Colombia propuso una visión sobre la viabilidad de utilizar las Excepciones Generales del GATT de 1994 para justificar violaciones bajo otro instrumento de la OMC distinto al GATT. Adicionalmente, Colombia se pronunció sobre el estándar jurídico que ha sido desarrollado por el Órgano de Apelaciones frente a la segunda frase del subpárrafo (g) del Artículo XX del GATT de 1994.

De acuerdo a la posición de Colombia, las medidas que dice haber tomado la China para restringir el consumo y la producción nacional, en virtud de la segunda frase del subpárrafo g del Artículo XX del GATT, no están

consiguiendo realmente ese objetivo ya que tanto la producción como el consumo nacional de tierras raras superan los máximos niveles.

Adicionalmente, Colombia en su intervención se pronunció sobre la viabilidad que debería tener el uso de las excepciones generales del Artículo XX frente a una posible violación de una disposición contenida en otro instrumento de la OMC distinto al GATT de 1994.

Colombia consideró durante su intervención, que este era un tema de interés sistemático donde el Grupo Especial debía realizar una interpretación más teleológica de las disposiciones y no una interpretación tan textualista de los mismos.

La discusión sigue abierta y es de gran importancia para el sistema de la OMC. Las partes presentaron sus solicitudes de apelación de algunos apartes del Informe del Grupo Especial entre las que se encuentra este punto particular. Colombia nuevamente ejercerá su derecho de participar en este proceso.

Actualidad

TÍTULO:

DS400, DS40. Comunidades Europeas — Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas. Reporte del Grupo Especial ¹.

FECHA: 25 de noviembre de 2013

PROBLEMA JURÍDICO: Noruega y Canadá demandan medidas adoptadas por las Comunidades Europeas relacionadas con la prohibición a las importaciones y comercialización de productos derivados de las focas. Particularmente, medidas que prohíben toda la importación y comercialización de productos derivados de las focas, siempre y cuando, esos productos no provengan de focas cazadas de manera tradicional por comunidades indígenas inuit o cuando los productos que se estén comercializando sean consumidos para uso personal de viajeros o familias o cuando son productos que se derivan de una caza destinada a la gestión sostenible de los recursos marítimos. Colombia, ejerciendo su derecho bajo el marco del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio, participa como tercero en la disputa.

NORMA: Canadá argumenta que las medidas son contrarias a los artículos 2.1, 2.2, 5.1.2 y 5.2.1 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), a los Artículos I:1, III:4 y XI:1 del GATT de 1994. Noruega presenta los mismos argumentos a excepción de la violación al Artículo 2.1 del OTC y adicionalmente, argumenta que las medidas son violatorias al Artículo 4.2 del Acuerdo sobre Agricultura. Por su parte, las Comunidades Europeas argumentan que las medidas se encuentran justificadas por los subpárrafos (a) y (b) del Artículo XX del GATT de 1994.

REPORTE:

El informe del Grupo Especial empieza por resolver algunos asuntos preliminares planteados por las partes, entre los que se incluyen; el aumento de los derechos otorgados a los terceros participantes en la diferencia, el retiro de unos documentos del expediente y el ejercicio del principio de economía procesal frente a las violaciones alegadas por una de las partes del Artículo XXI:1 (b) del GATT.

El análisis de la parte sustantiva que realiza el Grupo Especial empieza con el análisis de las violaciones alegadas por parte de Canadá y Noruega a las distintas disposiciones del OTC. De tal manera, empieza su análisis determinando si

las medidas demandadas son regulaciones técnicas de acuerdo a la definición que introduce el Anexo 1.1 del OTC. Como la medida reúne las tres características de las regulaciones técnicas —determina características de productos, aplica a un grupo determinable de productos y es de carácter obligatorio— se procede al análisis de la conformidad de esta regulación técnica con las obligaciones impuestas por el OTC.

Últimamente en la OMC se han presentado varios casos sobre violaciones a los Artículos 2.1 y 2.2 del OTC², que han llevado a que distintos Grupos Especiales y el mismo Órgano de Apelaciones se pronuncien sobre distintos ele-

¹ Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds401_s.htm

² Estados Unidos — Cigarrillos de clavo de olor; Estados Unidos — Atún II (México) y Estados Unidos—EPO

mentos de estos Artículos. El Grupo Especial en este caso, dedica parte de su informe a analizar la relación entre las disposiciones del GATT de 1994 con las disposiciones del OTC. Las disposiciones del OTC son extensiones de las obligaciones adquiridas por los Miembros de la OMC, es así como el Órgano de Apelaciones ha determinado que ambos Acuerdos deben ser interpretados de manera coherente y consistente. Tanto el OTC como el GATT de 1994, procuran crear un balance entre, el objetivo de la OMC de disminuir los obstáculos del comercio internacional por un lado, y el poder y libertad que inherentemente tiene un Estado Miembro de regular temas que considere importantes, entre los que se encuentran el medioambiente y la conservación de los recursos no renovables. Mientras que en el GATT de 1994 este balance se encuentra en las Excepciones Generales del Artículo XX, en el OTC se encuentra tanto en el preámbulo como en el Artículo 2.2. Sin embargo, el hecho de permitir a un Miembro adoptar ciertas medidas que pueden ser obstáculos al comercio no es la única similitud entre estos dos Acuerdos; ambos incluyen obligaciones de no discriminación que

son consideradas como la piedra angular de la OMC. El GATT de 1994, en sus Artículos I y III regula los principios de Nación Más Favorecida y de Trato Nacional. Por su parte, el OTC los regula en el Artículo 2.1.

El Grupo Especial, tuvo la tarea de analizar si el estándar jurídico que para determinar la violación de estos Artículos, que aunque en Acuerdos diferentes regula la misma materia, es el mismo. Utilizando lo establecido por el Órgano de Apelaciones, el Grupo Especial concluye que los estándares no pueden ser iguales porque el contexto en el que se regulan estos principios de no discriminación, es distinto para cada uno de los Acuerdos. De esta manera, dice el informe que mientras que la violación al principio de no discriminación bajo la obligación de Trato Nacional en el GATT de 1994, implica que una medida modifique las condiciones de competencia en un mercado de productos similares en detrimento de los productos importados con respecto a los productos nacionales, por otro lado, para que una regulación técnica contraríe la obligación de Trato Nacional bajo el Artículo 2.1 del



OTC no es suficiente demostrar que la medida otorga un trato menos favorable a los productos importados frente a los productos similares nacionales, sino que se tiene que demostrar que ese trato menos favorable no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

Teniendo esta definición en mente, el Grupo Especial determina que las medidas impuestas por las Comunidades Europeas son contrarias al Artículo 2.1 del OTC por considerar que son medidas que generan una discriminación que no se deriva exclusivamente de las distinciones regulatorias legítimas. Al analizar las excepciones que la misma medida introduce a la comercialización de productos derivados de las focas—que sean productos provenientes de la caza tradicional de comunidades inuit o que sean productos para el uso privado de viajeros o familias o que provengan de animales cazados bajo la regulación interna del país—el Grupo Especial concluye que la discriminación entre los productos nacionales y los productos importados no se deriva exclusivamente de una diferenciación impuesta por una medida regulatoria legítima. Así mismo, el Grupo Especial determina que la medida es contraria tanto al Artículo I:1 como al Artículo III:4 del GATT. Por otro lado, el Grupo Especial considera que la medida no es contraria al Artículo 2.2. del OTC, ya que no impone un obstáculo al comercio más restrictivo que lo necesario para cumplir el objetivo legítimo propuesto por la medida—protección de los recursos no renovables.

Frente a la defensa propuesta por las Comunidades Europeas bajo el Artículo XX (a) y (b) el Grupo Especial concluye que, teniendo en cuenta los análisis realizados bajo el Artículo 2.2. del OTC, las medidas son necesarias, tanto para la protección de la moral pública como para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservación de los vegetales. Sin embargo al hacer el análisis de la conformidad de la medida con el preámbulo del Artículo XX del GATT de 1994, considera

que la discriminación que la medida hace entre los productos cubiertos por las excepciones y los que no lo están, es injustificada.

Este caso entra a formar parte del grupo de casos que se han pronunciado sobre la relación ente el Artículo III:4 y el Artículo 2.2. del OTC y parece ratificar la posición de que los elementos que el Grupo Especial debe tomar en cuenta para determinar violaciones a cada uno de esos Artículos son, en últimas, muy parecidos o casi idénticos. Es importante esperar a las aclaraciones que haga el Órgano de Apelaciones al respecto.

POSICIÓN DE COLOMBIA: Ejerciendo su derecho de participar como tercero, Colombia intervino en la presente disputa pronunciándose sobre la multiplicidad de objetivos legítimos que busca proteger la medida y la contribución que la medida hace a dichos objetivos. Es así como, Colombia resalta que los dos objetivos aducidos por las Comunidades Europeas, por un lado, el objetivo de garantizar el bienestar de los animales y, por otro, la protección de los intereses económicos y sociales fundamentales de las comunidades indígenas y el fomento de la gestión sostenible de los recursos marinos, no actúan de manera coherente en el diseño, arquitectura y estructura de la medida adoptada.

Para Colombia hay incoherencia en el sentido que, si la medida lo que quiere es proteger a las focas y evitar el uso de métodos crueles e inhumanos en su caza, en las excepciones que ésta introduce no discriminen por el uso de métodos crueles e inhumanos sino que discriminen por el origen o uso de los productos. Se pregunta Colombia, cuál es el sentido de adoptar una medida para proteger a una especie animal, si igualmente en las excepciones a la regla se permitirán métodos de caza inhumanos. Es así como para Colombia, independientemente de la legitimidad o no de los objetivos que busca proteger la Unión Europea, el diseño de la medida en su aplicación crea un obstáculo innecesario al comercio exterior.

Actualidad

TÍTULO:

Acción de Nulidad ante el Tribunal Andino -CAN
decisión 689

Acción de Nulidad interpuesta por el Estado Plurinacional de Bolivia el 10 de febrero de 2010, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina -TJCA, en contra de la Comisión de la Comunidad Andina por la emisión de la Decisión N° 689 que trata sobre "Adecuación de determinados artículos de la Decisión 486 -Régimen Común sobre Propiedad Industrial-, para permitir el desarrollo y profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa interna de los Países Miembros".

FECHA:

19 de junio de 2013 (fallo).

PROBLEMA JURÍDICO:

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deberá pronunciarse sobre la Acción de Nulidad interpuesta por el Estado Plurinacional de Bolivia contra la Comisión de la Comunidad Andina por la emisión de la Decisión 689, por presuntos vicios de nulidad, tanto en la forma como en el fondo, lo que implica la revisión y análisis de la forma de aprobación de las Decisiones de la Comisión a la luz de los Artículos 26 y 27 del Acuerdo de Cartagena, el quorum necesario para la aprobación de una Decisión, así como el procedimiento en caso de voto negativo de alguno de los países Miembros a la luz del Artículo 26 inciso a) del Acuerdo de Cartagena.

NORMA:

se analizó (i) la Decisión 689 frente a las normas del Acuerdo de Cartagena, particularmente los artículos 26 y 27, (ii) las "facultades conferidas a la Comisión de la Comunidad Andina" a lo largo de su creación, (iii) "el procedimiento relativo a la adopción de Decisiones" desde su creación y el "sistema de votación utilizado en la aprobación de la Decisión 689".

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

El Tribunal Parte del presupuesto de que en caso de duda en la interpretación y aplicación de una norma, es necesario encontrar una solución jurídicamente admisible a la cuestión propuesta, que abarque todos los casos posibles en los que, según las partes en la controversia, no exista una respuesta directa y acoge los principios generales del derecho como herramienta interpretativa, sistemática, teleológica e histórica de los artículos 26 y 27 del Acuerdo de Cartagena, de manera que se encuentre una solución "jurídicamente admisible". Así mismo hace énfasis en la impor-

tancia que reviste para la CAN el proceso de integración andino.

Bajo este contexto y en desarrollo del método teleológico el TJCA analizó y concluyó lo siguiente:

"En el proceso de adecuación de la Decisión 689 (...), la Comisión de la Comunidad Andina aplicó el referido artículo 27 del Acuerdo de Cartagena a efectos de viabilizar el cometido principal del proceso de integración andino, teniendo en cuenta que la "Propiedad

Industrial constituye una herramienta de desarrollo económico y tecnológico que debe redundar en el bienestar social de la población” y que, “Los Países Miembros de la Comunidad Andina, de manera individual o en conjunto vienen participando y asumiendo compromisos en los foros multilaterales sobre la materia y con terceros países en el marco de lo dispuesto en la Decisión 598 (...)”.

El Tribunal consideró que la Decisión 598 autoriza a los Países Miembros de la Comunidad Andina a negociar acuerdos comerciales con terceros países, prioritariamente de forma comunitaria o conjunta y excepcionalmente de manera individual.

Destacó que la Decisión 598 no fue objeto de una acción de nulidad por ninguno de los Países Miembros de la CAN, ni siquiera del propio Estado Plurinacional de Bolivia, que es ahora el actor de la demanda contra la Decisión 689.

El TJCA concluyó que “el procedimiento relativo a la adopción de la Decisión 689 que empleó la Comisión fue el adecuado, es decir, el establecido en el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena...” y que éste órgano comunitario actuó en ejercicio de las facultades señaladas en el Acuerdo de Cartagena, encontrando que no existe ningún vicio de nulidad que afecte la validez de la Decisión 689.

El Tribunal analizó la “desviación de poder” en la que supuestamente incurrió el Presidente de la Comisión de la Comunidad Andina, sobre este punto resolvió:

“La desviación de poder emerge cuando una autoridad administrativa al ejercitar sus facultades o poderes lo hace con un objetivo distinto de aquel para el que fueron otorgados, así como cuando sigue un procedimiento diferente a aquel previsto y autorizado por una disposición específica del ordenamiento jurídico,

o cuando teniendo facultades discrecionales regladas actúa apartándose de las opciones que le confiere la ley. (...)”

Concluyó el Tribunal:

// (...) El procedimiento seguido por la Comisión de la Comunidad Andina no refleja que la aprobación de la Decisión 689 se haya realizado con “desviación” de poder por parte de ese órgano comunitario. Se observa que la Comisión obró en consonancia con las facultades otorgadas por el Acuerdo de Cartagena y establecidas adicionalmente, en su reglamento. //

Enfatizó el Tribunal que: “(...) la Comisión otorgó desde la presentación de la propuesta por parte de la República de Perú, hasta el Período 100 de Sesiones Ordinarias, momento en el cual se aprobó la Decisión 689, varias oportunidades para que el Estado Plurinacional de Bolivia, así como los demás países Miembros de la Comunidad Andina presentaran sus comentarios y sus análisis técnicos.” Sobre el régimen común y el régimen armonizado el Tribunal retomó el análisis previamente elaborado en el proceso 02-AN-2007, en el cual precisó el alcance e implicaciones de los regímenes de armonización normativa y común a los que se refiere el Acuerdo de Cartagena, de la siguiente manera:

“(...) el régimen de armonización normativa tiene como característica fundamental la aproximación de las legislaciones de los Países Miembros, sin que esta armonización exceda de los parámetros establecidos; en otras palabras la armonización significa la reducción de diferencias de las legislaciones de los Países Miembros a partir de la identificación de elementos comunes y del establecimiento de normas que estén destinadas a una reducción progresiva de las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, sin que ello conlleve la imposición o establecimiento

de un régimen común, desde que en el régimen armonizado sólo se pretende disminuir las diferencias a través de una estrategia o programa, destinado a reducir de forma gradual las mismas.”

El Tribunal reiteró, la importancia de regular a nivel comunitario el tema de propiedad industrial que ha sido considerado dentro del mismo texto del Acuerdo de Cartagena, como uno de los pilares fundamentales para la armonización económica de los Países Miembros. En este sentido el TJCA indicó, que “...la Decisión 486 entró en vigencia el 1 de diciembre de 2000 con el fin de armonizar las legislaciones nacionales de los Países Miembros y adecuar sus compromisos a lo establecido en el Acuerdo de Cartagena sobre los aspectos de los derechos de propiedad industrial a través de su legislación interna.”

El Tribunal explicó que, “...siendo la Propiedad Industrial una herramienta de desarrollo económico y tecnológico que debe contribuir en el bienestar social de la población, los Países Miembros de la Comunidad Andina, de manera individual o en conjunto, han participado y asumido compromisos en los foros multinacionales sobre la materia y con terceros países en el marco de lo que dispone la Decisión 598.”

Los cambios más relevantes autorizados por la Decisión, señala el Tribunal, son los relativos a: (i) la introducción de especificaciones adicionales sobre condiciones de divulgación de la invención, (ii) la compensación por retrasos en el otorgamiento de una patente, (iii) uso de la materia presentada para obtener información requerida para aprobar la comercialización de un producto, (iv) la autorización de establecimiento de un registro multimarca, (v) la prohibición de proteger una denominación de

origen cuando pueda generar confusión con una marca, (vi) la eliminación de la obligatoriedad de registrar los contratos de licencia de uso de marcas, entre otros.

La adecuación realizada por la Decisión 486 “Régimen común de propiedad Industrial constituye mínimos que pueden ser aumentados de conformidad con las legislaciones internas de los Países Miembros que quisieron acogerse a dicha facultad antes del 20 de agosto de 2008.” Y continúa “... muchos otros temas a los ya relacionados, constituyen un régimen de excepción a los asuntos tratados en los asuntos de la Decisión 689”.

Finalmente, enfatiza que la armonización normativa tiene como característica la aproximación de las legislaciones de los Países Miembros y la reducción de sus diferencias.



freeimages.com

¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones PROCESO N° 01-AN-2010, Fecha 19 de junio de 2013. Consultar fallo en: <http://www.tribunalandino.org.ec/>.

Decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ¹

Mediante oficio 427-S-TJCA-2013 del 17 de julio de 2013 se notificó la decisión de dicho órgano, cuya parte decisoria dispone: "Primero: Declarar sin lugar la demanda de nulidad interpuesta por el Estado Plurinacional de Bolivia en contra de la Decisión 689 de la Comisión de la Comunidad Andina.

Segundo: Exonerar del pago de las costas a la parte demandante."

POSICIÓN DE COLOMBIA COMO APODERADO DE LA COMISION:

En ejercicio del poder otorgado en el período 138 de Sesiones Extraordinarias de la Comisión en el cual se acordó que Colombia sería

el apoderado a partir de ese momento de ese órgano comunitario en la causa analizada, actuó como apoderado judicial por intermedio del Jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia, hasta la conclusión de la reclamación.

En tal sentido, la Comisión en su defensa se pronunció sobre la multiplicidad de objetivos legítimos que busca proteger la Decisión impugnada, sin embargo y en esencia fundamentó su defensa en que:

1. "El Artículo 27 del Acuerdo (...) estableció un procedimiento preciso que deberá seguirse para el tratamiento de aquellas propuestas que tuviesen el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros, pero que fueren objeto de algún voto negativo".
2. "(...) debe entenderse que el citado artículo 27 se refiere a propuestas donde el ejercicio de algún voto negativo ha impedido la aprobación de una propuesta por parte de la Comisión, es decir, debe tratarse de las materias reguladas en el Artículo 26 como excepciones a la regla general de aprobación de Decisiones por la Comisión. (...) basta que cualquier propuesta obtenga el voto favorable de la mayoría absoluta para ser aprobada y, aún si hay voto no favorable o negativo, dicha propuesta no tendría por qué someterse al procedimiento "de segunda vuelta" del Artículo 27, ello teniendo en cuenta que el voto mayoritario es condición necesaria y suficiente para que entre a formar parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina".
3. "Así, entonces, se concluye que el procedimiento del Artículo 27 del Acuerdo de Cartagena sólo se aplica cuando la Comisión vota en segunda instancia alguna propuesta relacionada con las materias contempladas en el (sic) literales a) (Anexo I), literal c) (Anexo III) y literal d) (Programas y Proyectos de Desarrollo Industrial) del Artículo 26 del Acuerdo de Cartagena, en aquellos casos en que se haya presentado voto negativo en la primera votación".



4. "Habiendo consenso por parte de tres Miembros de la Comisión (Colombia, Ecuador y Perú) que constituyen mayoría de la misma, no es dable que el Estado Plurinacional de Bolivia pretenda imponer su posición única a los demás miembros; sin tomar en consideración los mecanismos de votación establecidos en el Acuerdo de Cartagena".
5. "(...) el artículo 55 del Acuerdo de Cartagena, contrariamente a lo señalado por el demandante, no contempla necesariamente la obligación de desarrollar un régimen común sobre propiedad industrial, que involucra otros aspectos tales como observancia, medidas en frontera, indicaciones geográficas, protección de la información no divulgada, entre otros, que hacen parte de las disciplinas que integran la propiedad industrial".
6. "(...) la Decisión 689 es un paso más en la evolución y carácter dinámico de la profundización de los derechos de propiedad industrial en la integración andina; tal como reconoce ese Honorable Órgano Jurisdiccional, las variaciones de sus interpretaciones sobre los derechos de propiedad industrial a lo largo del tiempo se debe a las modificaciones de la base legislativa a ser aplicada; en este sentido, desconocer estas características constituirá negar el desarrollo de la normativa comunitaria".

IMPORTANCIA DEL FALLO

Esta Sentencia constituye un precedente relevante dentro del ordenamiento jurídico andino porque aclara el verdadero sentido y el alcance de la aplicación de la Decisión 589 de la CAN.

La Decisión que autoriza a los Países Miembros de la Comunidad Andina a negociar acuerdos comerciales con terceros países (prioritariamente de forma comunitaria o conjunta y excepcionalmente de manera individual), constituye el fundamento necesario para res-

guardar los valores, principios y ventajas de la integración andina, respetando los objetivos establecidos en el Acuerdo de Cartagena.

Sin embargo, la necesidad de los Países Miembros de asumir sus compromisos adquiridos en foros multilaterales o con terceros países, no se ve afectada o limitada en su calidad de País Miembro de la Comunidad Andina, sino por el contrario, les permitiría asumir compromisos para alcanzar objetivos de desarrollo económico y tecnológico que contribuyen en el bienestar social de su población.

La obligación preservar el ordenamiento jurídico andino, se materializa, sin perjuicio de que los Países Miembros puedan desarrollar y profundizar determinados asuntos, a través de su legislación interna.

Bajo estos parámetros, se ven protegidos los valores, principios y ventajas de la integración andina, sin deteriorar los objetivos, mecanismos e instituciones establecidos en el Acuerdo de Cartagena.



Obtenido: <http://www.comunidadandina.org>

Actualidad

TÍTULO:

La aplicación provisional de los tratados de libre comercio¹ acordados en el ámbito de la OMC

Tal como lo anuncia en su comunicado de Prensa número 17, a través de la Sentencia 280 del 18 de mayo de 2014, la Corte Constitucional de Colombia declaró la inexecutable del Decreto 1523 del 18 de julio de 2013, "Por el cual se da aplicación provisional al "Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra", firmado en Bruselas, Bélgica, el 26 de junio de 2012".

En dicho comunicado la Corte afirmó:

En este caso, la Corporación encontró que, pese a que en los considerados del Decreto 1513 de 2013 se afirma que el tratado suscrito entre Colombia y la Unión Europea fue acordado en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), los tratados bilaterales o plurilaterales de comercio no hacen parte del orden jurídico de la referida organización y aunque están permitidos a la luz del Acuerdo de Marrakech, constituyen una excepción a los principios generales que rigen el comercio mundial relacionados con la igualdad y la no discriminación, la obligación de trato nacional y la cláusula de nación más favorecida. Por este motivo, el decreto 1513 de 2013 no satisface las condiciones previstas en el artículo 224 de la Carta Política para la aplicación provisional de los tratados internacionales, razón por la cual fue declarado inexecutable.

En opinión de la Corte Constitucional los tratados bilaterales o plurilaterales de comercio no hacen parte del ordenamiento jurídico de la Organización Mundial de Comercio, motivo por el cual el Decreto 1513 de 2013 no satisface una de las condiciones previstas en el artículo 224 de la Constitución, a saber, que sea acordado en el ámbito de un organismo internacional.

La citada sentencia se convierte en un abrupto cambio de jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional, quien, tal como pasará a demostrarse, en anteriores oportunidades, manifestó que este tipo de Tratados se desarrollan o se crean en el ámbito de la OMC.

Adicionalmente, el presente documento acreditará las razones de índole jurídica que permiten concluir que el TLC con la Unión Europea fue acordado en el ámbito de la OMC de conformidad con el artículo 224 de la Constitución Política.

I. ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

A continuación se analizarán los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto del Acuerdo de Tratado de libre Comercio entre la República de Colombia, los Estados Unidos

¹ En el orden jurídico de la OMC se regula la firma de Acuerdos Comerciales Regionales (ARC) que son de dos tipos: Uniones Aduaneras (UA) y Zonas de Libre Comercio (ZLC). Los Tratados de Libre Comercio (TLC) son un tipo de Zonas de Libre Comercio. A efectos del presente documento el alcance de las expresiones ARC, ZLC y TLC es el mismo.

Mexicanos y la República de Venezuela (G-3) y sus recientes modificaciones, así como del Tratado de Libre Comercio celebrado entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras (Triángulo Norte).

1. APLICACIÓN PROVISIONAL Y MARCO JURÍDICO DEL G-3

El 13 de junio de 1994 Colombia, México y Venezuela suscribieron el "Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de Estados Unidos Mexicanos, La República de Colombia y la República de Venezuela" en adelante G-3, el cual fue aprobado por la Ley 172 de 1994.

Dicho TLC, cuyo artículo 23-04 contempla la posibilidad de dar aplicación provisional, fue sometido al análisis de la Corte Constitucional, quien al respecto manifestó que aquel

// ...está enmarcado tanto dentro del Acuerdo General de Aranceles y Tarifas Aduaneras (GATT) como dentro de la Asociación Latinoamericana de Integración ALADI creada en 1960 con el nombre de ALALC... //

Es decir, es un desarrollo y hace parte del orden jurídico de dichas organizaciones.

En este sentido señaló en Sentencia C – 178 de 1995:

// En lo atinente al GATT, cabe anotar que de acuerdo con el artículo XXIV del Acuerdo General, se permite a los países profundizar en sus relaciones mediante la constitución de zonas de libre comercio y de uniones aduaneras. Así mismo el G-3 es un desarrollo de la Decisión adoptada por las Partes contratantes del GATT en 1978 sobre Tratamiento Diferenciado y más favorable, reciprocidad y participación entre países en desarrollo denominada Cláusula de

Habilitación. Es claro entonces que el Acuerdo de Libre Comercio del Grupo de los Tres como Zona de Libre Comercio entre tres países miembros del GATT, constituye un desarrollo de las disposiciones a nivel multilateral que obligan a nuestro país. (Resaltado fuera del texto)

El Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres además de ser un desarrollo del GATT, confirma en su artículo 1-02 los derechos y obligaciones adquiridas en ejecución de dicho Acuerdo Multilateral.

Adicionalmente, cabe precisar que en la mayoría de los capítulos del Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres simplemente se replicaron los compromisos adquiridos a nivel multilateral dentro de la Ronda Uruguay y que hoy hacen parte de las obligaciones consignadas en el Tratado mediante el cual se creó la Organización Mundial de Comercio.

A título de ejemplo se pueden citar los capítulos de normas técnicas, el de medidas fito y zoosanitarias y el de solución de controversias para verificar la total identidad de los mismos con los apartes del GATT 1994 que regulan dichas materias.

Respecto a la Asociación Latinoamericana de Integración ALADI cabe anotar que el G3 al adoptar el carácter de Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica, utilizó uno de los instrumentos consagrados en dicho Tratado para profundizar las relaciones entre tres de sus países miembros.

De acuerdo con el artículo cuarto del Tratado de Montevideo de 1980, los países miembros de la ALADI establecen un área de preferencias económicas compuesta por una preferencia arancelaria regional (PAR), por acuerdos de alcance regional y por acuerdos de alcance parcial.

El artículo noveno del Tratado de Montevideo establece normas que rigen los Acuerdos de Al-

cance Parcial las cuales fueron acatadas en su totalidad en el Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres. //

Bajo este entendido, el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia, México y Venezuela, además de ser compatible con los compromisos multilaterales y regionales, es un desarrollo del GATT artículo XXIV, y, en consecuencia, hace parte del orden jurídico de la OMC.

2. APLICACIÓN PROVISIONAL Y MARCO JURÍDICO DEL TRIÁNGULO NORTE

A través de la Sentencia C-446 de 2009, la Corte Constitucional declaró exequible la Ley 1241 de 30 de Julio de 2008,

// Por medio de la cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio celebrado entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, hecho y firmado en Medellín, República de Colombia, el 9 de agosto de 2007 //

En adelante Triángulo Norte.

En aquella ocasión la Corte determinó que el artículo 21.6. del Acuerdo se ajustaba a la Constitución en atención a las siguientes razones:

// El Tratado de Libre Comercio con el Triángulo Norte Centroamericano, forma parte de la estrategia de internacionalización de la economía y liberación de los mercados emprendida por el Gobierno colombiano, con sus distintos socios comerciales, y entre los fines perseguidos por las Partes con la suscripción de este Convenio, se encuentra el objetivo de promover el desarrollo social y económico de los Estados miembros, por medio de la eliminación de las barreras al comercio, la simplificación de la circulación transfronteriza de bienes y servicios y la liberalización económica, con el propósito de gene-

rar crecimiento y mejorar el nivel de vida de los ciudadanos. A su vez, propende por lograr la promoción y protección de las inversiones entre los Estados parte, favoreciendo la transferencia de tecnología, la generación de empleo y el desarrollo de la competitividad, optándose por la creación de una Zona de Libre Comercio entre Colombia y cada uno de los países del Triángulo Norte Centroamericano, para incrementar las oportunidades comerciales de los empresarios y permitir la diversificación y expansión del comercio de bienes y servicios, así como el establecimiento de reglas y procedimientos claros y transparentes, que permitan la ejecución y el cumplimiento efectivo del tratado. Todo en consonancia con los derechos y obligaciones de las Partes como miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y de otros convenios internacionales en materia comercial." (...)

El tratado incluye una disposición de aplicación provisional para Colombia del TLC, que va desde el momento de la firma del Convenio hasta su plena entrada en vigor, cláusula que se ajusta a la Carta Política, teniendo en cuenta que a partir de la Constitución de 1991 en Colombia existe la posibilidad de aplicar provisionalmente los tratados de naturaleza económica y comercial negociados en el marco de una organización internacional, de acuerdo con el artículo 224 superior, siendo ésta una excepción al procedimiento ordinario previsto por la Carta en esta materia. En ese orden de ideas, en el caso particular del TLC con los países del Triángulo Norte, se establece que la zona de libre comercio se crea de conformidad con el GATT y el AGCS de la OMC. Esta aplicación provisional además se enmarca en los parámetros establecidos en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que autoriza la aplicación provisional de dichos instrumentos internacionales en ciertas circunstancias. //

En conclusión, la Corte Constitucional en sus sentencias C-178/95 y C- 446/2009 fijó una posición jurisprudencial al tenor de la cual los

TLCs se crean o desarrollan de conformidad o partir de las disposiciones de la OMC, particularmente a partir del artículo XXIV del GATT.

Lamentablemente la Sentencia C-280/14, se convierte en un abrupto cambio de jurisprudencia al señalar que los tratados bilaterales o plurilaterales de comercio no hacen parte del orden jurídico de la OMC.

II. EL TLC CON LA UNIÓN EUROPEA FUE ACORDADO EN EL ÁMBITO DE LA OMC

1. Interpretación del término “ámbito” en el contexto de la Organización Mundial del Comercio

De acuerdo con la regla general de interpretación de Tratados Internacionales dictada por la costumbre internacional, fuente de derecho internacional, consagrada en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados,

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin²

El Acuerdo de la OMC, el cual Colombia aprobó a través de la Ley 170 de 1994, debe ser interpretado de acuerdo a la regla ya mencionada. De hecho, el Órgano de Solución de Diferencias, quien es una de las autoridades competentes para interpretar los instrumentos que hacen parte de la OMC, ha respetado en su totalidad esta regla de interpretación³.

Por lo tanto, para comprender si el TLC suscrito por Colombia con la Unión Europea se acordó en el ámbito de la OMC, es necesario interpretar las disposiciones que a dichos efectos resulten relevantes,

de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Los acuerdos comerciales internacionales que se celebran en el ámbito de la OMC son un desarrollo de los objetivos del Acuerdo de la OMC y del orden jurídico del sistema multilateral de comercio en él previsto.

En efecto, en los considerandos del Acuerdo de la OMC se lee

Deseosas de contribuir al logro de estos objetivos mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales.

Ese desarrollo se manifiesta en la profundización en la liberalización del comercio, por la vía de mayores rebajas a los aranceles y mayores compromisos en materia de acceso a los mercados de servicios y la confirmación de las disciplinas aplicables a otras medidas en frontera e internas que pueden resultar en restricciones al comercio. Así mismo, se incluyen principios de facilitación del comercio, con el fin de hacer más ágiles, razonables, predecibles y menos costosos los procedimientos y trámites de aduanas y de comercio exterior. De otra parte frente a las medidas de defensa comercial distintas a las de la OMC, éstas siempre deben ser acordes al marco jurídico de dicha organización. Por lo anterior, se evidencia cómo los TLCs son herramientas reconocidas y desarrolladas en el

² Artículo 31 de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados

³ Informe del Órgano de Apelaciones Comunidades Europeas — Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados. WT/DS269/AB/R adoptado el 12 de septiembre de 2005. Párrafo 282.

marco de la OMC que permiten a los Miembros profundizar en sus relaciones comerciales. La OMC busca liberar el comercio internacional con el fin de promover el crecimiento y desarrollo económico mundial. Así lo establece el artículo II, párrafo 1 del Acuerdo mediante el cual se constituye la Organización Mundial del Comercio cuando señala:

(...)

Artículo II Ámbito de la OMC

1. La OMC constituirá el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos del presente Acuerdo. (...)
2. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante "Acuerdos Comerciales Multilaterales") forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros.

(...)

Bajo este entendido, la OMC se define como un marco institucional para el desarrollo de las relaciones comerciales de sus miembros.

Así las cosas, el ámbito de la OMC no está circunscrito a sus Acuerdos y textos jurídicos de manera estricta y cerrada ⁴, por el contrario incluye el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros que se deriven de dichos Acuerdos e instrumentos jurídicos.



Departamento Comunicaciones MINCIT

Al efecto propuesto, del artículo anterior se identifican como requisitos que: i) el TLC sea un desarrollo de las relaciones comerciales entre los Miembros de la OMC y ii) la existencia de instrumentos jurídicos en los Acuerdos que conforman la OMC de los que se deriven asuntos relacionados con la firma de TLCs.

Ambos requisitos se cumplen al amparo de los Artículos que regulan la celebración de TLCs bajo el marco de la OMC. Estos Artículos son el XXIV del GATT de 1994 y el V del Acuerdo General sobre Comercio en Servicios (AGCS). Ambas disposiciones regulan la forma cómo los Miembros deben celebrar TLC o Acuerdos Comerciales Regionales (ACR); sin embargo, para efectos del presente documento centraremos el análisis en el Artículo XXIV del GATT por haber sido el primero en negociarse.

Artículo XXIV: Aplicación territorial - Tráfico fronterizo Uniones aduaneras y zonas de libre comercio

(...)

⁴ Incluso, el párrafo 3 del artículo II del Acuerdo OMA reconoce que los Acuerdos Comerciales Plurilaterales forman parte del Acuerdo: "Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en el Anexo 4 (denominados en adelante "Acuerdos Comerciales Plurilaterales") también forman parte del presente Acuerdo para los Miembros que los hayan aceptado, y son vinculantes para éstos. Los Acuerdos Comerciales Plurilaterales no crean obligaciones ni derechos para los Miembros que no los hayan aceptado.

4. *Las partes contratantes reconocen la conveniencia de aumentar la libertad del comercio, desarrollando, mediante acuerdos libremente concertados, una integración mayor de las economías de los países que participen en tales acuerdos. Reconocen también que el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos y no erigir obstáculos al de otras partes contratantes con estos territorios.*
5. *Por consiguiente, las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, entre los territorios de las partes contratantes, el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio, así como tampoco la adopción de un acuerdo provisional necesario para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, a condición de que: (...)*
 - b) *en el caso de una zona de libre comercio o de un acuerdo provisional tendiente al establecimiento de una zona de libre comercio, los derechos de aduana mantenidos en cada territorio constitutivo y aplicables al comercio de las partes contratantes que no formen parte de tal territorio o acuerdo, en el momento en que se establezca la zona o en que se concierte el acuerdo provisional, no sean más elevados, ni las demás reglamentaciones comerciales más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la zona antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso; y*
 - c) *Todo acuerdo provisional a que se refieren los apartados a) y b) anteriores comprenda un plan y un programa para el establecimiento, en un plazo razonable, de la unión aduanera o de la zona de libre comercio.*
7.
 - a) *Toda parte contratante que decida formar parte de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, o participar en un acuerdo provisional tendiente a la formación de tal unión aduanera o de tal zona de libre comercio, lo notificará sin demora a las PARTES CONTRATANTES, facilitándoles, en lo que concierne a la unión o zona en proyecto, todas las informaciones que les permitan someter a las partes contratantes los informes y formular las recomendaciones que estimen pertinentes.*
 - b) *Si, después de haber estudiado el plan y el programa comprendidos en un acuerdo provisional a que se refiere el párrafo 5, en consulta con las partes en tal acuerdo y teniendo debidamente en cuenta las informaciones puestas a su disposición de conformidad con el apartado a) de este párrafo, las PARTES CONTRATANTES llegan a la conclusión de que dicho acuerdo no ofrece probabilidades de dar por resultado el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio en el plazo previsto por las partes del acuerdo, o consideran que este plazo no es razonable, las PARTES CONTRATANTES formularán sus recomendaciones a las partes en el citado acuerdo. Éstas no lo mantendrán o no lo pondrán en vigor, según sea el caso, si no están dispuestas a modificarlo de conformidad con tales recomendaciones.*
 - c) *Toda modificación substancial del plan o del programa a que se refiere el apartado c) del párrafo 5, deberá ser comunicada a las PARTES CONTRATANTES, las cuales podrán solicitar de las partes contratantes interesadas que inicien consultas con ellas, si la modificación parece que puede comprometer o diferir indebidamente el establecimiento de la unión aduanera o de la zona de libre comercio.*

8. *A los efectos de aplicación del presente Acuerdo,*

(...)

b) *se entenderá por zona de libre comercio, un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio.*

9. *El establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio no influirá en las preferencias a que se refiere el párrafo 2 del artículo I, pero podrán ser suprimidas o ajustadas mediante negociaciones con las partes contratantes interesadas.* Este procedimiento de negociación con las partes contratantes interesadas será utilizado especialmente para suprimir las preferencias cuya eliminación sea necesaria para la observancia de las disposiciones del inciso i) del apartado a) del párrafo 8 y del apartado b) del mismo párrafo.*

(...)

En relación con el primer requisito, esto es, el desarrollo de las relaciones comerciales entre los miembros, es apenas evidente que el párrafo 4 del Artículo XXIV reconoce explícitamente que los TLC o ACR son instrumentos deseables para la liberalización del comercio.

En cuanto al cumplimiento del segundo requisito, la existencia de instrumentos jurídicos en el Acuerdo OMC de los que se deriven o regulen asuntos relacionados con la firma de TLC, además de los párrafos 5 (b), 7, 8 (b), 9 del artículo XXIV del GATT, V del AGCS, en el orden jurídico de la OMC se cuenta con:

- Un Entendimiento Relativo a la Interpretación del Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994⁵.
- Un Comité de Acuerdos Comerciales Regionales (CARC) de la OMC⁶.
- Mecanismo de Transparencia para los Acuerdos Comerciales Regionales⁷.

A continuación se describe de forma detallada los anteriores instrumentos que hacen parte del orden jurídico de la OMC.

1.1. Los artículos XXIV del GATT y V del AGCS en el marco de la OMC

Los artículos XXIV del GATT y el V del AGCS no se circunscriben únicamente a estos Acuerdos. La OMC ha reconocido en varias ocasiones la importancia que tienen los Acuerdos Regionales Comerciales para el desarrollo y profundización de la liberalización del comercio prevista como objetivo cardinal de ésta desde su génesis⁸.

Para garantizar que estos instrumentos respeten las obligaciones del Acuerdo de la OMC, se han desarrollado textos jurídicos, creado organismos internos y adoptado decisiones que faciliten y aclaren las obligaciones que tienen los Miembros frente a los Acuerdos Regionales que decidan suscribir.

⁵ Ver Anexo I: Entendimiento Relativo a la Interpretación del Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994

⁶ Ver Anexo III: Mandato del Comité de los Acuerdos Comerciales Regionales de la OMC

⁷ Ver Anexo IV: Mecanismo de Transparencia para los Acuerdos Comerciales Regionales.

⁸ Párrafo 3 de la parte considerativa: Deseosas de contribuir al logro de estos objetivos mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales.

1.2. Entendimiento Relativo a la Interpretación del Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994

Como lo establece el párrafo 4 del Artículo XXIV del GATT los Miembros de la OMC reconocen la importancia de liberalizar el comercio mediante acuerdos entre dos o más Miembros que permitan profundizar las relaciones comerciales. En razón de la gran aplicabilidad que ha tenido este Artículo en el desarrollo del comercio internacional⁹, los Miembros de la OMC desarrollaron un Entendimiento Relativo a la Interpretación del Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994. Este Entendimiento hace parte de los textos jurídicos que componen la Organización Mundial del Comercio y aclara las obligaciones que tienen los Miembros de la OMC frente a los Acuerdos de Integración Económica que firmen en virtud del Artículo XXIV del GATT.

Es importante resaltar que en ningún momento, ni el texto del Artículo XXIV del GATT, ni el texto del Entendimiento les permite a los Miembros de la OMC desconocer sus obligaciones bajo el Marco de esta Organización en sus Acuerdos de Integración Económica. Es más, en el lenguaje de ambos se expresa explícitamente que éstos Acuerdos son herramientas con las que cuentan los Miembros de la OMC para profundizar sus compromisos comerciales.

Comité de Acuerdos Comerciales Regionales (CARC) de la OMC

El Comité de Acuerdos Comerciales Regionales (CARC) de la OMC se creó en 1996 para conocer los temas relativos a los Acuerdos Comerciales Regionales firmados por los Miembros. En el documento WT/L127 se estableció el mandato del CARC y se definen sus funciones. El Artículo XXIV del GATT en su párrafo 7 establece la obligación a los Miembros que firmen

Acuerdos Comerciales Regionales de notificar sin demora la celebración de estos acuerdos. Una vez notificados, el CARC se encarga de hacer un análisis de los mismos de acuerdo a los procedimientos y mandatos adoptados por el Consejo de Comercio de Mercancías, el Consejo del Comercio de Servicios o el Comité de Comercio y Desarrollo.

Mecanismo de Transparencia para los Acuerdos Comerciales Regionales

Posterior a la creación del CARC y como parte del desarrollo de los acuerdos parciales conseguidos en la Ronda de Doha en 2006, el Consejo General de la OMC adoptó el Mecanismo de Transparencia para los Acuerdos Comerciales Regionales. Con esta nueva decisión se pretende establecer normas claras respecto a las notificaciones y procedimientos de examen que se deben adelantar cada vez que un Miembro notifica un nuevo Acuerdo Comercial Regional. Para garantizar la transparencia en el procedimiento y examen de los ACRs, los Miembros que negocien ACR deben notificar y remitir el texto completo del acuerdo con las listas de compromisos tanto en materia de bienes como de servicios. El CARC se compromete a examinar el contenido de los Acuerdos en un periodo que normalmente no superior a un año después de que se pone en conocimiento todo el texto del ACR.

El Artículo XXIV del GATT y el Artículo V del AGCS no constituyen una excepción

Contrario a lo descrito en la parte motiva de la Sentencia C-280 de 2014, los Artículos XXIV del GATT y V del AGCS no son en esencia excepciones al GATT o al AGCS. Si bien, dichas disposiciones se han entendido como tal, éstas no tienen una estructura y función similar a la que tienen los artículos XX del GATT o XIV del AGCS (Excepciones Generales), XXI del GATT

⁹ Ver Anexo II: Informe de Comercio de la Organización Mundial del Comercio de 2011



o XIV Bis del AGCS (Excepciones relativas a la seguridad), y XIX del GATT (Salvaguardias). Todas estas prevén situaciones en las que los Miembros pueden suspender el cumplimiento de las obligaciones contraídas bajo la OMC, contrario a lo que disponen los Artículos XXIV del GATT y V del AGCS no lo permiten.

En este mismo sentido, mientras que los Artículos XX del GATT y el XIV del AGCS son mecanismos que tienen los Miembros para regular o proteger unos objetivos legítimos distintos a la liberalización del comercio internacional, los Artículos XXIV del GATT y V del AGCS constituyen mecanismos para profundizar el comercio internacional entre Miembros de la OMC. El único lenguaje contenido en el Artículo XXIV que indicaría que se pueden limitar algunas obligaciones de la OMC, es decir que tiene una función de excepción, es el párrafo 9 del citado artículo, que permite a las partes contratantes de una Zona de Libre Comercio (ZLC) o de una Unión Aduanera (UA) suprimir o disminuir los compromisos del Artículo II del GATT (Listas de Concesiones) con respecto a las partes de la ZLC o la UA.

Al leer integralmente los Artículos XXIV del GATT y V del AGCS, se puede concluir que son disposiciones que permiten profundizar el objetivo último de liberalización comercial, que promovió la creación de la OMC, cumpliendo para ello, una serie de requisitos estrictos. Por lo tanto, los artículos XXIV del GATT y V del AGCS imponen obligaciones a los Miembros de la OMC que garantizan la armonía entre los tratados bilaterales y el orden jurídico de aquella. En ese sentido, si bien los tratados bilaterales no se incorporan a los textos jurídicos del Acuerdo de la OMC, estos sí pasan a formar parte del orden jurídico aplicable en materia de comercio internacional.

Entre los TLC y los Acuerdos de la OMC se identifican dos diferencias: i) los sujetos comprometidos; esto en vista de que las obligaciones solo se predicán de los Miembros que hacen parte del TLC; y ii) la profundidad, extensión y alcance de las obligaciones adquiridas. Estas últimas se fundamentan en los principios y compromisos adquiridos bajo la OMC, razón por la cual estos acuerdos bilaterales se califican como Acuerdos OMC-Plus; los cuales, al tiem-

po que profundizan los entendimientos OMC, aceleran el cumplimiento del objetivo último de dicha organización.

De otra parte, no se comparte la opinión de la Corte Constitucional expresada en su comunicado de prensa 017 de 2014, cuando manifiesta que los TLC

// constituyen una excepción a los principios generales que rigen el comercio mundial relacionados con la igualdad y la no discriminación, la obligación de trato nacional y la cláusula de nación más favorecida. //

Los TLC no constituyen una excepción, en el sentido antes señalado, ya que en ningún momento el orden jurídico de la OMC le da vía libre a los Miembros para que desmejoren las condiciones de los otros Miembros. El principio de trato nacional establece que un Miembro no puede otorgar un trato menos favorable a los productos o servicios de otro Miembro, que a sus productos o servicios nacionales. Si los TLC fuesen una excepción al principio de trato nacional, no se negociarían, porque irían en contravía de todos los objetivos que persigue, no solo la OMC, sino los mismos TLCs.

III. CONCLUSIONES

La OMC es una organización que propende por la liberalización del comercio internacional. El Acuerdo de la OMC está conformado por una gran variedad de acuerdos que hacen parte de su orden jurídico y delimitan su jurisdicción. Bajo este entendido, los TLCs hacen parte de los instrumentos reconocidos por la OMC para lograr el objetivo de liberalizar el comercio.

Aunque el texto de los de los TLCs no sea parte integral del Acuerdo de la OMC no se puede concluir que éstos no se negocien y desarrollen bajo el ámbito de la OMC. Tanto es así, que en

el caso del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea, en el documento de notificación se establece “El Acuerdo [Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea] establece una zona de libre comercio de mercancías, en el sentido del artículo XXIV del GATT de 1994, y de libre comercio de servicios, en el sentido del artículo V del AGCS. El Acuerdo contiene asimismo disposiciones sobre contratación pública, DPI, competencia, comercio y desarrollo sostenible, y un mecanismo de solución de diferencias”. Así las cosas, una interpretación que excluya del ámbito de aplicación de la OMC a los TLCs, vaciaría de contenido y haría inocua la aplicación de las disposiciones, instrumentos y decisiones mencionadas en los acápite anteriores.

Por otro lado, tal como lo anunció la Corte Constitucional en su comunicado de Prensa No. 17, la parte motiva de la Sentencia C-280 de 2014,



Departamento Comunicaciones MINCIT

acogerá los planteamientos que respecto de la aplicación provisional fueron descritos por la Sentencia C-132 de 2014, al tenor de los cuales, ... un tratado concertado entre dos sujetos de derecho internacional, de manera bilateral, en el que no mediare negociación, adopción y suscripción en nombre y representación del organismo internacional, sino, exclusivamente, motu proprio, no puede considerarse en el ámbito de aquel, considerando que el propio organismo internacional no intervino, ni emitió un mandato para el efecto y, en consecuencia, tampoco consintió su conclusión. (Sic)

Como consecuencia de lo anterior, tales tratados cuyo proceso de negociación y/o adopción no haya sido administrado por el organismo internacional o como consecuencia del ejercicio de una facultad, actividad o atribución asignada al mismo y desarrollada por aquel o por uno de sus órganos comisionado para tal efecto; ni en virtud de un mandato expreso de aquel para negociar tal proyecto de tratado en su nombre o a sus instancias, no son susceptibles de integrar el acervo convencional del organismo internacional. En ese sentido, no se predica su celebración en el ámbito de tal sujeto de derecho internacional.”

Motivar la inexecutable de la aplicación provisional de los TLCs a partir del anterior contenido, sería dejar sin efecto el artículo 224 de la Corte Constitucional.

La potestad del Presidente para dar respuesta a los Tratados de Libre Comercio, que por su especial naturaleza requieren de una decisión rápida, será totalmente nugatoria y, como consecuencia, los posibles socios comerciales sopesaran su decisión de suscribir acuerdos comerciales. Esto siempre que la vigencia del TLC en Colombia está supeditada al agotamiento de los procedimientos internos exigidos por nuestra legislación (trámite legislativo y revisión constitucional), los cuales pueden sumar fácilmente 2 años.

Así las cosas, el nuevo alcance que la Corte Constitucional da al artículo 224, parecería desconocer los preceptos constitucionales que propenden por la integración económica, social y política de nuestro país con las demás naciones; o aquellos dirigidos a fomentar unas relaciones fundadas en la equidad, reciprocidad y conveniencia nacional que consoliden nuestra integración económica con otros Estados; o a promover la prosperidad general, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población como finalidad social del Estado.

El desvanecimiento de la figura de la aplicación provisional en los tratados bilaterales y plurilaterales, relega a nuestro país en la construcción de un modelo de política económica internacional efectivo. De esta manera, se frustraría el reconocimiento de las diferencias en los niveles de desarrollo respecto de las economías de los demás Estados, alejándonos de la materialización de plazos diferentes de desgravación, conforme a los niveles de sensibilidad y desarrollo de sectores económicos del país.

También se frustraría el establecimiento de mecanismos, creados en razón a las particularidades de cada TLC, donde se instituyan tratamientos especiales y diferenciados.

Este tratamiento asimétrico, que busca atenuar los efectos económicos negativos, propios de una negociación con un país con mayores ventajas productivas en ciertos sectores, es prácticamente imposible de lograr en el marco multilateral, en vista de que no es fácil obtener una posición unánime de los miembros de la OMC frente a aranceles, salvaguardias, barreras de acceso a los mercados de servicios, inversión y agricultura, entre otros. Evidencia de lo anterior, es la reconocida Ronda de Doha, en la cual los Miembros de la OMC han fracasado en lograr un acuerdo relacionado con estos temas.



ACUERDOS

Revista de Derecho Económico Internacional



© 2014 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Todos los derechos reservados
Calle 28 No 13 A – 15 • PBX: (+571) 6067676
• Fax: (+571) 6067522
contacto@mincit.gov.co
www.mincit.gov.co
Bogotá, Colombia



MinCIT
Ministerio de Comercio,
Industria y Turismo

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**