

ACUERDOS



Revista de Derecho Económico Internacional

■ Edición 2 2015 <http://www.mincit.gov.co>



OALI
Oficina de Asuntos Legales Internacionales



**MINCOMERCIO
INDUSTRIA Y TURISMO**

ACUERDOS

Revista de Derecho Económico Internacional

Cecilia Álvarez -Correa Glen
Ministra de Comercio, Industria y Turismo

Mariana Sarasti Montoya
Viceministra Comercio Exterior

Nicolás Torres Álvarez
Jefe Oficina de Asuntos Legales Internacionales

María Elisa Abril Barreto
Ana María Garcés Escobar
Laura Veloza Blanco
Andrés Felipe Esteban Tovar
Luis Carlos Ramírez Martínez
Nicolás Torres Álvarez
Editores Comité Editorial

María Elisa Abril Barreto
Coordinadora Comité Editorial

Nicolás Torres Álvarez
Director Comité Editorial

Grupo Vector Ltda
www.grupovector.com
Diseño y Diagramación

Publicación Digital

2015 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Todos los derechos reservados
Calle 28 No. 13A - 15 PBX: (+571) 6067676
Fax: (+571) 6067522
contacto@mincit.gov.co
www.mincit.gov.co
Bogotá, Colombia



MINCOMERCIO
INDUSTRIA Y TURISMO



TODOS POR UN
NUEVO PAÍS

PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

Contenido

4 | Editorial

Mariana Sarasti Montoya
Viceministra de Comercio Exterior

7 | Artículos

- 8 | Análisis del Artículo 224 de la Constitución Política sobre la Aplicación Provisional de los Tratados celebrados por Colombia

Carolina Solano

- 20 | ¿Qué va a pasar con China en materia de antidumping con posterioridad al año 2016

Gabriel Ibarra

- 32 | Las investigaciones por derechos compensatorios en Colombia: perspectivas para su aplicación

Juan David Barbosa y Karla Cure Franco

- 44 | Las marcas notoriamente conocidas en el contexto jurídico de Estados Unidos: el caso de Almacenes Éxito S.A. V. El Gallo Meat Market, Inc.; 2005

Carlos Delvasto

53 | Conceptos

- 54 | Derecho de Petición Productos en Condiciones Especiales de Mercado

- 57 | Consulta sobre productos remanufacturados que no se acogen a ningún tratado

- 59 | Control aduanero en tránsito y transbordo entre Colombia y Cuba.

- 65 | Interpretación de algunas disposiciones del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú.

- 67 | Asignación del contingente de arroz bajo el Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos.

- 69 | Requisitos en importaciones de harina de trigo fortificada

- 75 | Análisis sobre la compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la Organización Mundial del Comercio (OMC) con un sistema similar al PROSEC de México.

- 79 | Análisis de la Ley 4 de 2006 por medio de la cual "se asignan recursos adicionales al Fondo de Desarrollo para la infancia" emitida en el Ecuador y la compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

- 82 | Verificación de Textiles en el marco del TLC entre Colombia y Estados Unidos

- 87 | Correcciones en certificados de origen en el TLC entre Colombia – México.

- 89 | Nómina de Bienes no Producidos en la CAN

- 91 | Determinar el alcance jurídico en el Derecho Internacional de las expresiones "afirmar", "ratificar", "confirmar" o "incorporar".

- 93 | Tratamiento otorgado a las mercancías procedentes y con certificado de origen de zona franca, exportadas a Argentina en el marco del ACE-59.

- 95 | Régimen bilateral con Argentina

- 98 | Funcionamiento de la secretaría en el capítulo ambiental entre Colombia y Estados Unidos

- 100 | Condiciones de acceso Alianza del Pacífico

- 105 | Membresía de Colombia a la Organización Internacional STEP

- 108 | Acuerdo de Cooperación en Investigación y Desarrollo Industrial Bilateral entre Colombia e Israel.

- 110 | Tarifa de retención al licenciamiento de software bajo el "TLC Colombia - Estados Unidos"

113 | Actualidad

- 114 | Corte Constitucional. Abril 15 de 2015

- 115 | Argentina — Medidas que afectan a la importación de bienes

- 119 | Informe del Órgano de Apelaciones en el caso Estados Unidos — Medidas antidumping sobre determinados camarones procedentes de Viet Nam

- 121 | Zonas Francas Permanentes Costa Afuera ("Offshore")

Editorial

Como Viceministra de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo me complace presentar el segundo número de la revista Acuerdos. Se trata de una publicación virtual que, la Oficina de Asuntos Legales Internacionales de este Ministerio, empezó a publicar desde el año 2014 y cuyo fin es convertirse en un espacio académico y de información jurídica, por medio del cual se divulgan conceptos, análisis interpretativos e información jurídica relacionada con los acuerdos internacionales y temas de actualidad que atañen a las funciones del sector comercio.

En los últimos años, Colombia ha concluido varios procesos de integración y liberalización, a través de acuerdos comerciales internacionales. Ahora es indispensable aprovecharlos de la mejor manera. En este sentido, la nueva orientación del quehacer misional del Ministerio tiene como base el trabajo articulado de todo el sector comercio, de la mano con las demás entidades públicas, y en asociación con el empresariado, en pro de aumentar los niveles de equidad y bienestar social de los colombianos.

Dicho esfuerzo debe desarrollarse intersectorialmente y deben cubrirse varios frentes, como el de la información especializada, la cual contiene esta revista. En ese sentido, Acuerdos busca hacer visibles entre los ciudadanos las realidades de nuestro comercio internacional, especialmente las oportunidades y ventajas que los acuerdos comerciales vigentes otorgan, aunado al objetivo que las empresas, con el apoyo del gobierno, adecúen sus procesos productivos, comerciales, logísticos y de prestación de servicios para ese gobierno.

Acuerdos es una herramienta académica y jurídica que se enmarca dentro de los objetivos del Ministerio de impulsar el crecimiento empresarial, incrementar la productividad de las empresas y generar empleo a partir de la sofisticación y diversificación del aparato productivo colombiano desde las regiones. El mejor conocimiento de las dinámicas jurídico-económicas de estas áreas, sin duda, nos permitirá lograrlo.

A tales efectos, son bienvenidos los aportes de la academia y la comunidad jurídico-económica del comercio de este país, de manera que se forjen alianzas en pro de difundir el conocimiento necesario para aprovechar y afrontar con éxito las oportunidades y retos que se vislumbran.

En este segundo número hemos tenido la fortuna de contar con artículos escritos por importantes expertos y académicos con experiencia en el sector. Vale la pena mencionar los artículos del Dr. Gabriel Ibarra, jurista experto en Comercio Internacional; del Dr. Juan David Barbosa, quien se desempeñó como Subdirector de Prácticas Comerciales de este Ministerio; la Dra. Carolina Solano, antigua colaboradora de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales de este Ministerio y del Dr. Carlos Andrés Delvasto, jurista y profesor universitario experto en Derecho Económico.

La presente publicación es promovida por la Oficina de Asuntos Legales Internacionales. La Oficina es una parte importante del engranaje institucional de la entidad, que cumple una función de apoyo a la Misión del Ministerio, brindan asesoría legal transversal respecto de los asuntos relacionados con la política de desarrollo empresarial mediante el comercio exterior.

Estamos seguros de que los interesados en temas afines al comercio internacional encontrarán aquí opiniones académicas de alta calidad y el desarrollo de los diferentes conceptos legales del Ministerio en dichas materias.

La revista estará atenta a los comentarios y sugerencias de todos sus lectores, con el fin de seguir proporcionándoles la mejor y más oportuna información.

Mariana Sarasti Montoya
Viceministra de Comercio Exterior





01

Artículos

Análisis del Artículo 224 de la Constitución Política sobre la Aplicación Provisional de los Tratados celebrados por Colombia



www.shutterstock.com



Carolina Solano¹

¹ Socia de VS+M Abogados firma en la que lidera la Unidad de Derecho de los Negocios Internacionales y Aduanero. Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho de los Negocios Internacionales de la Universidad de los Andes y Magister en Derecho de la Universidad de Londres. Es exbecaria del Japan International Cooperation Agency con quien asistió al curso sobre Comercio internacional y OMC en Tokio, Japón.

Experiencia en el sector privado como in house lawyer en compañía del sector de tecnología. En el sector público, fue asesora del Ministerio de Comercio Industria y Turismo en la Oficina de Asuntos Legales Internacionales desde donde lideró los temas relacionados implementación de tratados de libre comercio, fue responsable de la representación jurídica de Colombia en distintos foros de integración y fue miembro del Equipo Negociador de Colombia. Designada por Colombia como miembro de la lista de árbitros del Tratado de Libre Comercio con la UE para resolver posible disputas entre Colombia y la Unión Europea. Profesora de las especializaciones sobre Competencia y Libre Comercio de la Pontificia Universidad Javeriana y ha sido docente en la especialización de Competencia de la Universidad Externado de Colombia. Así mismo es conferencista en foros internacionales como la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional.

La Sentencia C-280 de 2014, que declaró inexecutable el Decreto 1513 de 2013, en virtud del cual se dio aplicación provisional al Acuerdo Comercial suscrito entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra (en adelante TLC-UE), obliga a examinar la naturaleza de la figura jurídica de la aplicación provisional de los Acuerdos Comerciales.

Para abordar esta materia, analizaremos primero los antecedentes de su uso y cuáles son los requisitos que establece la Constitución Política para la procedencia de la aplicación provisional. Luego evaluaremos qué tan acertada fue la interpretación de la Corte Constitucional del Artículo 224 de la Constitución Política, y por último revisaremos cuáles son los efectos prácticos de la interpretación de la Corte Constitucional frente a inquietudes que se podrán presentar en el futuro. En concreto, deberá cuestionarse la procedencia de la figura de la aplicación provisional en otros tratados como el TLC Colombia - Costa Rica o el TLC Colombia - Panamá, Acuerdos de Inversión, o Acuerdos sobre doble Tributación, y Acuerdos logrados en el marco de Alianza del Pacífico.

Estimamos que la interpretación de la Corte Constitucional es innecesariamente restrictiva e impide un uso provechoso de la figura. De ahí que pudiera esperarse que la Corte Constitucional reformule la línea jurisprudencial del Artículo 224 de la Constitución para dar prevalencia a la razonabilidad económica sobre el dogma.

Palabras clave: aplicación provisional, tratados comerciales, Constitución Política, Artículo 224.

1. Antecedentes de la Aplicación Provisional

- a. *Artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y Artículo 224 de la Constitución Política.*

La aplicación provisional de los tratados ha existido en la práctica internacional de los Estados mucho antes de que fuera permitida bajo el ordenamiento jurídico colombiano. En 1966, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas incluía esta figura dentro de su Proyecto de Articulado sobre el Derecho de los Tratados en el Artículo 22. En ese momento se explica que el artículo reconocía una práctica que se daba con alguna frecuencia y requería de mención en su proyecto (Comisión, 1966). La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT) del 23 de mayo de 1969, ratificada por Colombia el 10 de abril de 1985, contiene la aplicación provisional en el Artículo 25, en él se establecen dos formas en las que un tratado, o parte de éste, se aplique provisionalmente antes de su entrada en vigor: "a) si el propio tratado así lo dispone: o b) si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo" (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969).

Al momento de firmar y posteriormente ratificar la CVDT, la aplicación provisional de tratados internacionales no tenía cabida en nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución de 1886 no contenía un artículo similar o equivalente al Artículo 224 de la Constitución de 1991. Por ello, Colombia formuló una reserva al ratificar la Convención, en el Decreto de Promulgación No. 3703 de 1985.

Reserva de Colombia. En cuanto al artículo 25, hace la reserva de que la Constitución Política de Colombia no admite la entrada en vigor provisional de los Tratados; en virtud a

que corresponde al Congreso hacer las leyes, y por medio de ellas ejerce la atribución de aprobar o improbar los Tratados o Convenios que el Gobierno de Colombia celebre con otros Estados u otras entidades de Derecho Internacional, en general con sujetos de derecho internacional (Sentencia C-321/06).

Curiosamente, esta reserva no ha sido retirada por el Gobierno Nacional, ni ha sido denunciada por otro Estado parte de la Convención. De hecho, puede ser vista por cualquiera siendo publicada por las Naciones Unidas como depositaria del tratado (Sentencia C-321/06).

Como dicha reserva sigue vigente, la Corte Constitucional ha interpretado que el Artículo 25 de la CVDT “no surte efectos para el Estado colombiano” (Sentencia C-321/06). Ello con ocasión a una demanda de inconstitucionalidad contra dicho artículo frente al Artículo 224 de la Constitución. En su decisión, la Corte se declaró inhibida por “no existir objeto normativo sobre el cual pronunciarse” (Sentencia C-321/06). De esta forma, la Corte Constitucional no abarcó el problema de la compatibilidad entre el Artículo 224 Constitucional y el Artículo 25 de la CVDT.

Sin embargo, vale la pena rescatar la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores en el sentido que “hay perfecta armonía y compatibilidad” (Sentencia C-321/06) en la aplicación de las dos normas. Compartimos su postura, que busca dar aplicación al principio de armonización concreta, prefiriendo una interpretación simultáneamente compatible con normas constitucionales e internacionales.

Los requisitos del Artículo 25 de la CVDT pueden ser resumidos en una palabra: Consentimiento. La fuente de este consentimiento puede provenir del mismo tratado, o de otro modo, por ejemplo en un instrumento posterior. Lo importante es que exista consentimiento por parte del Estado. La CVDT no se entromete en la esfera doméstica de los Estados en tanto no dispone a qué deben

consentir los Estados¹, o la forma como dicho consentimiento se debe forjar al interior del Estado. En un Estado democrático con supremacía de una Constitución, el proceso seguramente involucrará la promulgación de una ley por un órgano de representación popular, y una revisión constitucional. Pero en una monarquía teocrática la situación será otra, la CVDT no impone requisitos al respecto.

Los requisitos del Artículo 224 de la Constitución son distintos, estos sí establecen cuándo y sobre qué materias, el Presidente de la República puede dar aplicación provisional a un tratado, como veremos posteriormente.

b. La exequibilidad de cláusulas habilitantes en tratados internacionales

Esta es la primera ocasión en que la Corte Constitucional se pronuncia sobre un decreto del Gobierno Nacional que hace uso de la aplicación provisional. En sentencias anteriores, la Corte Constitucional ha declarado la exequibilidad de las cláusulas y artículos que establecen la figura dentro de los tratados internacionales. Es decir, sobre la posibilidad de la aplicación genéricamente o en abstracto. Estos artículos habilitantes abren la puerta para que un tratado, o parte de este, se aplique antes de que entre en vigor. Por ejemplo, el Artículo 330(3) del TLC-UE establece “...las Partes podrán aplicar este acuerdo de forma provisional, íntegra o parcialmente...” (TLC-UE Art. 330.3). Los tratados internacionales que contienen este tipo de cláusulas habilitantes y han sido declarados exequibles por la Corte Constitucional son:

1. El Acuerdo Internacional del Café: Sentencia C-089 de 2014.
2. La Convención sobre Municiones en Racimo: Sentencia C-910 de 2013.

¹ Salvo el Artículo 53 que establece la nulidad de los tratados que estén en oposición con una norma de jus cogens.

3. El Convenio Internacional de Maderas Tropicales: Sentencia C-196 de 2012.
4. Los Protocolos Sexto y Séptimo Adicionales al Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela: Sentencias C- 923 de 2007 y C-248 de 2009 (Protocolo Modificatorio: Sentencia C- 051 de 2012).
5. El Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y el Salvador, Guatemala y Honduras: Sentencia C- 446 de 2009.
6. La Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares: Sentencia C- 536 de 2002.
7. El Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de Delfines: Sentencia C 1314 de 2000.
8. El Acuerdo sobre el Sistema Global de Preferencias Comerciales entre Países en Desarrollo: Sentencias C- 564 de 2002 y C-084 de 1993.
9. El Convenio Marco Relativo a la Ejecución de la Ayuda Financiera y Técnica de la Cooperación Económica en la República de Colombia: Sentencia C-280 de 2004.
10. El Acuerdo entre Colombia y el Programa Mundial de Alimentos: Sentencia C-109 de 1996.
11. El Acuerdo entre Colombia y Brasil para la Recíproca Exención de Doble Tributación en Favor de Empresas Marítimas o Aéreas de Ambos países: Sentencia C- 149 de 1994.
12. El Acuerdo de Complementación Económica suscrito entre los países del Mercosur y los países de la Comunidad Andina y del Protocolo: Sentencia C- 864 de 2006.
13. El Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica entre los países miembros de la Comunidad Andina y Brasil: Sentencia C-334 de 2002.

14. Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica entre Argentina y los países de la Comunidad Andina: Sentencia C-581 de 2002.

En todos estos tratados, la aplicación provisional no es una obligación que asume el Estado, por el contrario, se establece como una posibilidad, dejando el uso de la figura a la voluntad política del Estado (Sentencia C-280/14 p.4.2.3).

La Corte reconoce que en algunas ocasiones (Punto 10 a punto 14) la declaratoria de exequibilidad de la cláusula habilitante no fue precedida por “un examen del sentido y alcance del requisito del Artículo 224 de la Carta Política” (Sentencia C-280/14 p.4.2.4). Ello contribuye a que no haya un precedente consolidado, como anticipadamente admite la Corte (Sentencia C-280/14 p.4.2.1)

c. El uso de la aplicación provisional por parte del Gobierno

En el pasado, el Presidente de la República ha hecho uso de la facultad conferida en el Artículo 224 de la Constitución, dando aplicación provisional a tratados internacionales por medio de decretos. Estos antecedentes se dan en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración ALADI. A los Protocolos Sexto y Séptimo Adicionales al Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela, listado anteriormente, se les dio aplicación provisional por medio de los Decretos 4666 y 4667 del 19 de diciembre de 2005 (Dec. 4666/05 Art. 1; Dec. 4667/05 Art. 1).

El Acuerdo de Complementación Económica suscrito entre los países del Mercosur y los países de la Comunidad Andina, igualmente tuvo aplicación provisional a través del Decreto 141 de 2005 (Dec. 141/05 Art. 1) Protocolos adicionales a este tratado también han gozado de aplicación provisional, como el Segundo (Dec. 1700/06 Art. 1), y el Tercero (Dec. 2545/06 Art.1).

Uno de los últimos ejemplos es el Acuerdo de Alcance Parcial con Venezuela suscrito el 28 de noviembre de 2011, aprobado en Venezuela por ley en agosto de 2012, y aplicado provisionalmente por Colombia (Dec. 1860/12 Art.1).

d. *La inexequibilidad de cláusulas habilitantes en tratados internacionales*

Mencionamos, anteriormente, que por regla general la aplicación provisional es una facultad que tiene el Estado, no una obligación. En una oportunidad la cláusula habilitante sí imponía la obligación de dar aplicación provisional al tratado, sin embargo la Corte ha declarado su inexequibilidad. Este es el caso del Convenio de Cooperación Cultural y Educativa entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Cuba, el cual establecía que entraba provisionalmente en vigor el día de su firma. La Corte, en la Sentencia C-378 de 1993, declaró dicha cláusula habilitante inexecutable, ya que el tratado no era de naturaleza comercial y no había sido acordado en el ámbito de un organismo internacional, requisitos que calificó como concurrentes (Sentencia C-378/93).

Otro caso, en el que la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable de una cláusula sobre la aplicación provisional del tratado, se dio en la revisión del Acuerdo de Transporte Aéreo entre el Gobierno de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América. En Sentencia C-132 de 2014, la Corte reconoció que los antecedentes jurisprudenciales carecen de un análisis riguroso, y dan lugar a un “vacío interpretativo que obstaculiza una adecuada aplicación del Artículo 224 constitucional” (Sentencia C-132/14 p.5.3.3).

La Corte consideró que un tratado sobre transporte civil aéreo puede ser considerado de naturaleza económica y comercial al promover el intercambio comercial y turístico, contribuyendo al crecimiento económico y competitividad, y facilitando la integración de Colombia al mercado internacional (Sentencia C-132/14 p.5.3.3). Sin embargo,

su postura frente al requisito de que el tratado sea acordado en el ámbito de un organismo internacional, no fue tan flexible.

Expresó que “para considerar que un tratado se ha acordado en el ámbito de un organismo internacional, no basta demostrar una relación de conexidad temática con el organismo internacional” (Sentencia C-132/14 p.5.4.3.4). Una relación temática no equivale a que un tratado se forje en el ámbito de un organismo internacional. El organismo internacional debe mediar en el proceso de negociación o adopción como expresión de una de sus facultades, o debe proveer un mandato expreso para dicha negociación. En ese sentido, el Acuerdo revisado no había sido suscrito en el ámbito de un organismo internacional.

En cuanto a ¿qué se debe entender por organismo internacional?, la Corte reconoció que no existe un significado único, pero suple la definición que considera más compatible simultáneamente con el Artículo 224 constitucional y con el derecho internacional:

[s]e consideraran “organismos internacionales” los sujetos de derecho internacional creados por un tratado; con personería jurídica internacional entre cuyos miembros pueden estar Estados y otras organizaciones; que se rigen por el derecho internacional; y que disponen de estructura orgánica propia y definida, con funciones y competencias delimitadas en su instrumento constitutivo (Sentencia C-132/14 p.5.4.3.3).

e. *TLC-UE*

La cláusula habilitante para la aplicación provisional en el TLC-UE se encuentra prevista en el Artículo 330.3, anteriormente citado. Para la Unión Europea, dicha cláusula está prevista en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, en su Artículo 218.5 que contempla la facultad del Consejo para aplicar provisionalmente

un tratado (Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea Artículo 218.5). Para Colombia, la aplicación de esta cláusula se materializó a través del Decreto 1513 de 2013, lo que suscitó la controversia.

Afortunadamente, podemos discutir el tema desde una posición cómodamente académica, sin lidiar con las consecuencias de lo que habría significado el cese de la aplicación del tratado.

En la primera semana de noviembre, Colombia logró finalizar los procedimientos internos correspondientes para el TLC-UE, evitando por poco una incómoda situación diplomática. El salvavidas lanzado por la Corte, que en su decisión estableció que la sentencia sólo cobraría vigencia a partir del 8 de noviembre, al final fue efectivo.

2. Análisis de la Sentencia C-280 de 2014

La Corte manifiesta que el análisis en la Sentencia C-280 de 2014 es distinto al de los tratados anteriormente listados, porque “en esta oportunidad el juicio de constitucionalidad recaía sobre la orden misma impartida por el Presidente” (Sentencia C-280/14 p.4.2.2). No se discute si la facultad en abstracto es constitucional, se discute si el uso concreto frente al TLC-UE lo es.

a. *Requisitos Constitucionales para la aplicación provisional*

Como vimos anteriormente, a diferencia del Artículo 25 de la CVDT que se preocupa por la existencia



del consentimiento, los requisitos del Artículo 224 atienden a cómo y cuándo el Presidente de la república puede hacer uso de la facultad. Los requisitos se basan en el tenor literal del artículo.

b. Naturaleza económica y comercial

Este requisito no fue desarrollado en la Sentencia C-280 de 2014, ya que claramente el *quid* de la discusión no era si un TLC tiene dicha naturaleza. A la fecha, el análisis más riguroso sobre este requisito se encuentra en la Sentencia C-132, en la cual, como ya vimos, la Corte toma una postura relativamente flexible. Un tratado puede ser considerado de naturaleza económica y comercial, cuando entre sus finalidades o en sus efectos haya una conexión con el fomento al comercio, el turismo, la competitividad, el desarrollo económico, y la facilitación de acceso al mercado internacional.

c. Acordados en el ámbito de organismos internacionales

La compatibilidad con este requisito es el centro de la problemática en la Sentencia C-280/14. ¿Es un TLC acordado en el ámbito de la OMC?

El análisis de la Corte parte de una postura relativamente estricta que enfatiza el carácter excepcional de la aplicación provisional de los tratados. La regla general en nuestra forma de Estado es que los tratados sean aprobados por el Congreso, e incorporados al derecho interno a través de una ley que se somete a control constitucional previo. La actividad del Congreso se basa en el principio democrático. Un compromiso internacional que vincula al Estado debe ser precedido de “reflexión, discusión y ponderación, pública y abierta, sobre la conveniencia, dimensión e impacto del acuerdo, a nivel económico, político, social y ecológico, y en el corto, mediano y largo plazo” (Sentencia C-280/14 p.4.3.2). El control constitucional de la ley aprobatoria se fundamenta principalmente, en la compatibilidad del instrumento con el ordenamiento superior, y en la revisión no solo del texto del tratado, sino del proceso de aprobación en el Congreso (Sentencia C-280/14 p.4.3.2).

Considera además, que el efecto jurídico de la excepción no va encaminado a liberar el trámite interno mediante el cual el Estado se obliga internacionalmente, sino a diferirlo en el tiempo. La forma en la que el Estado se obliga será la



misma, pero se permite poner al instrumento en marcha antes de que se expida la ley aprobatoria, y ésta supere el control constitucional (Sentencia C-280/14 p.4.3.3).

el procedimiento y los requisitos para la aprobación de tratados no son formalistas, por el contrario, tienen base en objetivos constitucionalmente legítimos y por ende el alterar su curso ordinario debe ser excepcional. Bajo este supuesto, el Artículo 224 se interpreta de una forma más restringida.

Un tratado internacional se entiende acordado en el ámbito de un organismo internacional “en la medida en que el instrumento cuya vigencia se anticipa, constituya un desarrollo, una concreción o una materialización del objeto del organismo internacional” (Sentencia C-280/14 p.4.3.4). Colombia ya le ha dado luz verde a los objetivos del organismo internacional al volverse parte. El tratado que da nacimiento al organismo internacional suscrito por el Estado, o al cual nos adherimos, ya superó el procedimiento constitucional. Cuenta con legitimización democrática al ser aprobado por el Congreso, y es compatible con la constitución al ser revisado por la Corte Constitucional.

Al ser el tratado, que se aplica provisionalmente, una derivación del tratado que crea el organismo internacional y que ya fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano debidamente, existe menor riesgo al darle efectos antes de que complete el trámite ordinario.

De cierto modo, haciendo la salvedad que la Corte no lo expresa de esta forma, existe una presunción de que los objetivos del tratado que se aplica provisionalmente, son compatibles con el ordenamiento jurídico interno, al ser el desarrollo de los objetivos del organismo internacional, ya aprobados constitucionalmente.

Esto lleva a la Corte a concluir, que “el criterio determinante es que la negociación y suscripción del referido instrumento se encuentre comprendido dentro del objeto institucional del organismo internacional, determinado en el tratado constitutivo” (Sentencia C-280/14 p.4.3.4). Bajo este fundamento, la Corte Constitucional responde la pregunta planteada anteriormente de forma negativa: Un TLC no es acordado en el ámbito de la OMC por cinco razones.

1. **Ámbito de relaciones distintas:** el Acuerdo de Marrakech (en adelante Acuerdo OMC) regula las relaciones del comercio multilateral y el TLC-UE regula relaciones bilaterales.
2. **Los acuerdos se fundan en distintos principios:** la piedra angular del Acuerdo OMC es la no discriminación, que se compone de los principios de trato nacional y nación más favorecida. Las zonas de libre comercio, creadas por medio de los TLC, son excepciones, contempladas bajo los acuerdos abarcados de la OMC, a la regla general de nación más favorecida. La OMC acepta los esquemas bilaterales de comercio exterior pero estos no son una materialización de sus principios.
3. **La OMC sirve como foro de negociación** entre sus Miembros, pero en relación con acuerdos multilaterales.
4. **La notificación del TLC-UE a la OMC se realiza** para que se verifique el cumplimiento con los estándares mínimos para configurar la zona de libre comercio como una excepción, no porque el TLC-UE haga parte del marco jurídico de la OMC.

5. Los TLC no hacen parte del orden jurídico de la OMC, porque aunque son admitidos, no atienden al objetivo de fijar las bases comunes del comercio multilateral (Sentencia C-280/14 p.4.4.5).

d. *Aspecto temporal*

En la práctica, la provisionalidad de la aplicación se puede tornar flexible, operando de esta forma, sin entrar en vigencia por varios años. El ejemplo hito se da con uno de los tratados internacionales más conocidos: el GATT de 1947. En su época, se esperaba que la aplicación provisional para este tratado fuera de unos pocos años, pero por la negativa del Congreso Estadounidense de ratificar el tratado, y con el colapso de la Organización Internacional del Comercio, el GATT funcionó de esta manera hasta 1995 con la creación de la OMC (Bartels, 2012).

Con respecto a cuándo inicia la aplicación provisional, el Artículo 226 de la Constitución impone el principio de reciprocidad, por ende no puede haber una aplicación provisional unilateral por parte de Colombia. Ésta inicia cuando el tratado haya entrado en vigor para el otro Estado, por ejemplo el Acuerdo de Alcance Parcial con Venezuela, o cuando el otro estado igualmente comunique su aplicación provisional del tratado.

3. Opinión en contra de la tesis de la Corte Constitucional

La postura de la Corte para negar que un TLC se pueda forjar en el ámbito de la OMC se basa en una división dogmática que día tras día pierde relevancia. Sin duda, en 1947 cuando se suscribió el GATT, el Artículo XXIV que exceptuaba las zonas de libre comercio de la obligación de nación más favorecida era visto como una exótica o eventual posibilidad. Pero la realidad del comercio

internacional ha cambiado, y ante el estancamiento de las negociaciones multilaterales en el marco de la OMC, proliferan los TLC con mayor avidez.

Pretender separar los dos esquemas resulta inconveniente, especialmente cuando son los TLCs los que han seguido desarrollando los objetivos de la OMC de liberalización progresiva, que en un marco multilateral no se han materializado. Con excepción del Acuerdo sobre Facilitación al Comercio, históricamente logrado en la Ronda Ministerial de Bali, no hay acuerdos abarcados que continúen desarrollando los objetivos del Acuerdo de Marrakech.

El marco de los TLCs se construye sobre el orden jurídico de la OMC, dando continuidad a una edificación paralizada. En el mismo preámbulo del TLC-UE la voluntad de las partes es clara, mostrando convencimiento de estar “desarrollando sus respectivos derechos y obligaciones establecidos en el Acuerdo de Marrakech.”

4. Efectos Prácticos y Conclusiones

Consideramos útil analizar qué tan acertada es la interpretación de la Corte Constitucional sobre los requisitos del Artículo 224 constitucional y su aplicación, a la luz de sus efectos prácticos frente a tres supuestos distintos que se podrían presentar en un futuro. La aplicación provisional de TLCs con Estados que buscan integrarse a la Alianza del Pacífico, la aplicación provisional de acuerdos

en el ámbito de Alianza del Pacífico fuera de los tradicionalmente considerados de naturaleza económica y comercial, y frente a la aplicación provisional de acuerdos que hacen parte de la política comercial pero no son TLCs como Acuerdos de Doble Tributación (ADT) y Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

a. *TLC Costa Rica y Panamá*

La interpretación de la Corte Constitucional con respecto a cuándo se entiende que un tratado es acordado en el ámbito de un organismo internacional, claramente anula la posibilidad de aplicar provisionalmente un TLC bajo el velo de la OMC. Sin embargo, se puede aproximar una situación en el futuro cercano que no luce en blanco y negro. Costa Rica y Panamá han manifestado interés en adherirse a la Alianza del Pacífico, que en su Acuerdo Marco impone el requisito de tener un TLC vigente con cada una de las partes (Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico Artículo 11.1). En este sentido, a pesar de no ser un tratado derivado del Acuerdo Marco, estos TLCs comparten y desarrollan objetivos de dicho Acuerdo. Por ejemplo, algunos objetivos en el TLC Colombia-Costa Rica son: promover la competitividad de sus empresas, contribuir a la integración regional, y mejorar los niveles de vida con el propósito de reducir la pobreza (Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, Preámbulo párr.3,5 y 9) Todos ellos también se encuentran en el preámbulo del Acuerdo Marco.

Ante esta congruencia entre objetivos, y dada la estructura misma de Alianza del Pacífico dónde se debe partir de un TLC con todos los Miembros para la adhesión, surge la duda de si la interpretación de la Corte podría morigerarse para permitir la aplicación provisional de un TLC con un Estado observador como Costa Rica, que oficialmente se encuentra en proceso de adhesión. Consideramos que la postura de la Corte frente a este requisito es en general excesivamente restrictiva, ya que situaciones como ésta podrían quedar por fuera.

b. *Acuerdos en el ámbito de Alianza del Pacífico*

Otra inquietud que surge, en la órbita de Alianza del Pacífico, versa sobre acuerdos y protocolos adicionales negociados y suscritos en su ámbito, que desarrollan sus objetivos, pero que no son estrictamente comerciales en su esencia. Por ejemplo, un acuerdo sobre la movilidad de personas, o un acuerdo sobre cooperación educativa.

Bajo la interpretación de la Corte en la Sentencia C-132 de 2014, este tipo de acuerdos podría superar el requisito bajo lo que podríamos llamar un test de contribución al clima económico. La movilidad de personas contribuye a fomentar el turismo, el trabajo también es un factor de producción y su movilidad contribuye a una mayor competitividad. De otro lado, la cooperación educativa contribuye a fortalecer el capital humano de la región, incrementando la competitividad y facilitando la proyección de Colombia en el mercado internacional. Consideramos que la interpretación de la Corte con respecto al requisito de la naturaleza económica de los tratados es suficientemente flexible.

c. *ADTs y TBIs*

Como vimos anteriormente, uno de los tratados con cláusula habilitante para la aplicación provisional, declarado exequible por la Corte Constitucional, fue el Acuerdo entre Colombia y Brasil para la Recíproca Exención de Doble Tributación en Favor de Empresas Marítimas o Aéreas de Ambos países. En este sentido, y considerando la interpretación de la Corte frente al requisito de la naturaleza económica de los tratados, otros ADT podrán satisfacer el requisito. Igualmente para los TBI, su contribución al clima económico sería clara prueba de su naturaleza comercial. El inconveniente para uno de estos acuerdos se presentaría en el requisito de estar acordado en el marco de una organización internacional.



De otra parte, cabe resaltar que aunque sea posible darle aplicación provisional a un tratado internacional, puede ser al mismo tiempo inconveniente. Ello surge de la naturaleza misma de la figura, ya que con la aplicación provisional, el Estado no ha contraído obligaciones internacionales en estricto sentido, en vista que el proceso mediante el cual manifiesta su consentimiento aún no se ha completado. Es por esto que la CVDT en el párrafo segundo del Artículo 25 establece que, si no se ha acordado otra cosa, la aplicación provisional de un tratado termina cuando el Estado notifica su intención de no ser parte del mismo.

En consecuencia, los efectos de la aplicación provisional pueden ser precarios al carecer de seguridad jurídica. En este sentido, la aplicación provisional de un TBI, aunque en teoría posible, en la práctica puede no ser prudente considerando que su propósito es brindar estabilidad y seguridad jurídica a los inversionistas.

Por ende, vemos que el requisito sobre la naturaleza comercial y económica de los tratados es interpretado de una manera más adecuada por la Corte Constitucional. Es una interpretación más consciente de la realidad económica del comercio internacional, preocupándose no tanto por el tenor literal del acuerdo analizado, sino de sus implicaciones para clima económico. De otra parte, el requisito sobre el acuerdo en el marco de un organismo internacional es interpretado de una forma menos afortunada. Se basa en postulados dogmáticos, que aunque en teoría puedan ser sólidos, son algo añejos y no guardan armonía con la actualidad del comercio internacional.

Bibliografía

- Acuerdo Comercial entre Colombia y Perú de una parte y la Unión Europea y sus Estados Miembros de otra. (2012, Junio 26). Bruselas.
- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica. (2013, Mayo 22). Cali.
- Acuerdo Marco de Alianza del Pacífico. (2012, Junio 6). Paraná.
- Bartels, L. (2012). Withdrawing Provisional Application of Treaties: Has the EU made a mistake? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 112-118.
- Comisión, I. L. (1966). *Draft Articles on the Law of Treaties*. United Nations Yearbook.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (1969, Mayo 23). Viena, Austria.
- Decreto 141. (2005, Enero 26). Bogotá.
- Decreto 1700. (2006, Mayo 30). Bogotá.
- Decreto 1860. (2012, Septiembre 6). Bogotá.
- Decreto 2545. (2006, Agosto 1). Bogotá.
- Decreto 4666. (2005, Diciembre 19). Bogotá.
- Decreto 4667. (2005, Diciembre 19). Bogotá.
- Nations, U. (n.d.). *UNTC*. Retrieved from https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en
- Sentencia, C-378 (Corte Constitucional Septiembre 9, 1993).
- Sentencia, C-321 (Corte Constitucional Abril 26, 2006).
- Sentencia, C-280 (Corte Constitucional Mayo 8, 2014).
- Sentencia, C-132 (Corte Constitucional Marzo 11, 2014).
- Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea. (Versión Consolidada 2012, Octubre 26).



¿Qué va a pasar con China en materia de antidumping con posterioridad al año 2016?



Departamento de comunicaciones MINCIT



Por: Gabriel Ibarra Pardo¹

¹ Abogado de la universidad Javeriana, con Maestría en derecho (LL.M.) en International Business Legal Studies de la Universidad de Exeter, Inglaterra. Durante sus más de veinte años de ejercicio profesional, ha asesorado a compañías nacionales y multinacionales, al igual que a organizaciones multilaterales y a entidades estatales. En la actualidad se desempeña como socio de la firma Ibarra Abogados prestando asesoría jurídica en temas de comercio exterior, derecho de la competencia y derecho aduanero. Su experiencia en el área de comercio exterior se ha desarrollado asesorando a asociaciones en las áreas agrícola, azucarera y papelería en las negociaciones de tratados comerciales. Adicionalmente, ha representado a la Industria Colombiana en las más importantes solicitudes Antidumping y de Salvaguardias en Colombia.

Los puntos de vista consignados en este artículo corresponden única y exclusivamente a la opinión del autor y no representan ni comprometen de manera alguna al Ministerio de Comercio Industria y Turismo.

1. Introducción

Como bien es sabido, China ingresó formalmente a la Organización Mundial del Comercio en el año 2001. Sin embargo, quedó a discreción de cada país la decisión de considerarla o no como una economía de libre mercado para efectos de aplicar medidas antidumping.

Es preciso tener en cuenta que, el artículo 15 del Protocolo de Adhesión Provisional le permite a los socios comerciales de ese país, utilizar metodologías que no se basen en los precios internos o en los costos en China, cuando los productores objeto de una investigación antidumping no demuestren que en la respectiva rama de la producción prevalecen las condiciones de mercado. En virtud de esta disposición, los países acuden usualmente a los precios internos de un país sustituto con economía de mercado para determinar el valor normal.

No obstante, el Protocolo dispone que este aparte del artículo 15 dejará de aplicarse a finales del año 2016, ante lo cual cabe preguntarse si con posterioridad a esa fecha los países que usen el mecanismo antidumping van a tener que utilizar necesariamente los precios internos o los costos en China o podrán, no obstante la disposición referida, acudir a otras metodologías.

Lo anterior es de especial relevancia, toda vez que no hay de dónde inferir que los excedentes, las ayudas estatales y demás distorsiones que afectan el precio de las exportaciones originarias de la China vayan a desaparecer repentina y automáticamente después del 2016.

Se parte de la base de que los países abren su economía a unas importaciones exentas de distorsiones y por ello no pueden confundirse las medidas de defensa comercial con el incremento de aranceles. De ahí que es menester precisar que las medidas antidumping no tienen como finalidad incrementar la protección a la industria, sino contrarrestar las distorsiones derivadas de la práctica del dumping. Por este motivo, no son

de recibo aquellas tesis que abogan por lograr la competitividad a cualquier precio, aun valiéndose del dumping, la subfacturación, la errónea clasificación arancelaria y otros fenómenos reprochables que distorsionan las condiciones de competencia.

El panorama de lo que ocurrirá después del año 2016, en cuanto a las metodologías a las que podrán acudir los países con posterioridad a esa fecha, es bastante incierto, pues el texto del artículo 15 es en extremo confuso.

Ello ha determinado diversas interpretaciones y posiciones que se pretenden analizar mediante este artículo, ya que pueden servir de punto de referencia para que Colombia comience a diseñar su estrategia en torno del panorama que se avecina.

2. La importancia comercial de China

Durante los últimos años, la economía China registró un crecimiento del 10% promedio anual y pasó de representar un 4,3% del PIB mundial en 2002 a 12,2% en el 2013. Lo anterior llevó a este país a convertirse en la segunda economía del mundo y a liderar las economías de los países emergentes.

De hecho, entre los años 2000 y 2011 China superó a Estados Unidos como primer fabricante de manufacturas con una participación del 18% sobre el PIB industrial. (Sica & Belén, 2014, p. 30)

Las exportaciones de ese país crecieron 772% en los últimos 12 años. En el año 2002 China ya se

ubicaba de cuarto en el mundo, superando incluso las exportaciones del Reino Unido. En 2004 subió al tercer lugar, desplazando a Japón; en 2007 pasó al segundo, superando las exportaciones de Estados Unidos y en 2009 se convirtió en el primer exportador dejando atrás a Alemania. Así, hace ya dos años China llegó a representar el 14% de las exportaciones globales. (Sica & Belén, 2014, p. 30)

El siderúrgico es uno de los sectores en donde las distorsiones que afectan las exportaciones de ese país representan una amenaza dramática.

Entre el año 2000 y el 2005, la producción de acero de China se triplicó y en el año 2009, China ya producía casi el 50% del acero en el mundo. Los apoyos que brinda el gobierno chino a este sector se materializan en subsidios y fondos para investigación científica. De hecho, un estudio publicado en la revista Harvard Business Review, en 2013, encontró que, desde su entrada a la OMC, China subsidia anualmente el 20% de toda su capacidad productiva. (Haley & Haley, 2013)

Además una cifra superior a 27 millones de dólares en subsidios de energía fueron destinados en ese país al sector del acero, lo que contribuyó a que el acero chino se vendiera a precios que están por debajo del 25% de los precios a los que se vende el acero originario de Estados Unidos o el de Europa. (Haley & Haley, 2013)

Las cifras anteriores explican las inquietudes acerca de las posibles consecuencias en la aplicación del mecanismo antidumping, que se han generado entre los miembros de la OMC.

3. El artículo 15 del protocolo de adhesión de china y sus distintas interpretaciones

El Protocolo de Adhesión de la República Popular China a la Organización Mundial del Comercio, suscrito en Doha el 10 de noviembre de 2001, establece en su artículo 15 lo siguiente:

Comparabilidad de los precios para determinar las subvenciones y el dumping

En los procedimientos relacionados con importaciones de origen chino en un Miembro de la OMC se aplicarán el Artículo VI del GATT de 1994, el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("Acuerdo Antidumping") y el Acuerdo SMC, en conformidad con lo siguiente:

a) Para determinar la comparabilidad de los precios, de conformidad con el Artículo VI del GATT de 1994 y el Acuerdo Antidumping, el Miembro de la OMC importador utilizará o bien los precios o los costos en China de la rama de producción objeto de la investigación, o una metodología que no se base en una comparación estricta con los precios internos o los costos en China, sobre la base de las siguientes normas:

i) si los productores sometidos a investigación pueden demostrar claramente que en la rama de producción que produce el producto similar prevalecen las condiciones de una economía de mercado en lo que respecta a la manufactura, la producción y la venta de tal producto, el Miembro de la OMC utilizará los precios o costos en China de la rama de producción sometida a investigación para determinar la comparabilidad de los precios;

ii) el Miembro de la OMC importador podrá utilizar una metodología que no se base en una comparación estricta con los precios internos o los costos en China si los productores sometidos a investigación no pueden demostrar claramente que prevalecen en la rama de producción que produce el producto similar las condiciones de una economía de mercado en lo que respecta a la manufactura, la producción y la venta de tal producto.

b) En los procedimientos sometidos a las

disposiciones de las partes II, III y V del Acuerdo SMC, cuando se trate de las subvenciones descritas en los apartados a), b), c) y d) del Artículo 14 de dicho Acuerdo se aplicarán las disposiciones pertinentes del mismo; no obstante, si tal aplicación presenta dificultades especiales, el Miembro de la OMC importador podrá utilizar, para identificar y medir el beneficio otorgado por la subvención, metodologías que tengan en cuenta la posibilidad de que las condiciones que prevalecen en China no siempre se pueden utilizar como criterios adecuados. Para aplicar tales metodologías, cuando sea factible, el Miembro de la OMC importador deberá ajustar esas condiciones prevalecientes antes de considerar el uso de condiciones que prevalezcan fuera de China.

c) El Miembro de la OMC importador notificará las metodologías utilizadas de conformidad con el apartado a) al Comité de Prácticas Antidumping y las utilizadas de conformidad con el apartado b) al Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias.

d) Una vez que China haya establecido, de conformidad con la legislación nacional del

Miembro de la OMC importador, que tiene una economía de mercado, se dejarán sin efecto las disposiciones del apartado a) siempre que la legislación nacional del Miembro importador contenga criterios de economía de mercado en la fecha de la adhesión. En cualquier caso, las disposiciones del apartado a) ii) expirarán una vez transcurridos 15 años desde la fecha de la adhesión. Además, en caso de que China establezca, de conformidad con la legislación nacional del Miembro de la OMC importador, que en una rama de producción o en un sector determinado prevalecen unas condiciones de economía de mercado, dejarán de aplicarse a esa rama de producción o sector las disposiciones del apartado a) referentes a las economías que no son de mercado. (Subrayado y negritas fuera de texto) //

Se observa que la redacción de esta norma no es la más afortunada y que los escenarios que la misma contempla, dependen de que, en la fecha de adhesión de China a la OMC, las legislaciones internas de los países hubieran consagrado criterios específicos para calificar una economía de mercado.



En el primer caso, si China cumple con los criterios definidos en la legislación interna del país en cuestión, de conformidad con el artículo 15 d) del Protocolo, será obligatorio para ese país tratar a la China como una economía de mercado.

Por su parte, aquellos países que en el momento de la adhesión no hubieran incorporado esos criterios en su legislación, como es el caso de Colombia, están facultados para utilizar metodologías que no se basen en una comparación estricta con los precios internos o los costos en China.

Idéntica metodología pueden seguir aquellos países que han consagrado criterios específicos cuando los exportadores Chinos no puedan acreditar que cumplen con ellos.

En Colombia, tradicionalmente se ha acudido al procedimiento del país subrogado², en virtud del cual se toman los precios del producto en el mercado doméstico de un país con economía de mercado.

Los Estados Unidos, desde el año de 1960 también han utilizado los precios internos o de exportación de productores en un tercer país³. En 1968 esta metodología se consagró en el ordenamiento jurídico de ese país. (Cuneo & Manuel Jr., 1982, p. 290 y ss).

Este procedimiento no estuvo exento de problemas en sus inicios. Por ejemplo, en el caso *Electric Golf Cars from Poland*, la Autoridad comenzó a calcular el valor normal de un productor Canadiense, quien detuvo su producción de carros de golf eléctricos.

Como consecuencia, la autoridad Estadounidense se quedó sin fuente para calcular el valor normal pues, aparte de la compañía Canadiense, Estados Unidos y Polonia eran los únicos dos países productores⁴. (Cuneo & Manuel Jr., 1982, pp. 292-95).

La caída del muro de Berlín, así como lo que ocurrió posteriormente durante la década de los 80's y 90's, constituyó un acontecimiento que llevó a que los países en donde imperaban economías centralmente planificadas, comenzaran a hacer el tránsito hacia economías de mercado.

Esta transición vino acompañada de la expedición de múltiples estatutos, regulaciones y nuevas prácticas por parte de las agencias norteamericanas que estaban encargadas de aplicar el mecanismo antidumping. Surgió en ese entonces el "*market economy test*" que se consagró en el Trade Act de 1988 y que continúa hoy vigente⁵.

Once países de Europa del Este y los Estados que conformaban la Unión Soviética, fueron catalogados por Estados Unidos como economías de no mercado desde los noventa⁶, pero hay que aclarar que ninguno de los 9 países que conformaban la Unión Soviética han sido objeto de investigaciones antidumping después de la caída del comunismo.

4 40 fed. Reg. 25497 (June 11, 1975) en (Watson, 2014)

5 "En un sentido formal, Estados Unidos no tiene una lista de países que sean considerados como economía de no mercado (a diferencia de Europa). En virtud de la ley norteamericana, el Departamento de Comercio puede determinar si un país puede ser considerado como tal, en cualquier momento y esa determinación permanece vigente hasta que el Departamento de Comercio no la revoque." U.S.C. § 1677(18)(C) (Watson, 2014)

6 NME (como se conoce en Estados Unidos a los países de economías de no mercado, incluye a Polonia (1993), República Checa (1998), Eslovaquia (1999), Hungría (2000), Letonia (2001), Kazajistán (2002), Rusia (2002), Rumania (2002), Estonia (2003), Lituania (2003) y Ucrania (2006)

2 Sección 2 del Decreto 2550 de 2010.

3 Fur Felt Hoods, Bodies, and Caps from Czechoslovakia, 27 Fed. Reg. 6099 (June 22, 1962); Jalousie-Louvre-Sized Sheet Glass from Czechoslovakia, 27 Fd. Reg. 8457 (August 15, 1962) (Watson, 2014)

Cuatro de ellos son actualmente parte de la OMC⁷ y no consagran provisiones especiales en sus protocolos de adhesión, lo que implicaría una validación tácita de la metodología empleada por el gobierno norteamericano.

El “*market economy test*”, utilizado en Estados Unidos, consagra los siguientes criterios para determinar si el sector objeto de investigación se rige o no por las leyes del mercado:

1. La convertibilidad de la moneda,
2. El grado y alcance en el que los salarios son negociados libremente entre los trabajadores y las directivas de las compañías,
3. El grado y alcance de acceso de la inversión extranjera en el sector,
4. El grado de control del Gobierno sobre los medios de producción,
5. El grado y control del Gobierno en los precios y los volúmenes de producción,
6. Otros factores que se consideren apropiados⁸.

El test ha sido objeto de críticas por diversos autores, quienes afirman que el mismo no determina qué factores tienen más fuerza que otros, cuál es el significado de la palabra “grado o alcance” (extent) que utiliza cada uno de los criterios y cuáles son los otros factores a los que se refiere el numeral sexto. (Watson, 2014, p. 6). También se han expresado reparos por el hecho de que la

decisión que adopte el Departamento de Comercio no puede ser revisada por las Cortes⁹ y se convierte entonces en una decisión eminentemente política.

Críticas como las anteriores, llevaron al Gobierno de los Estados Unidos a adoptar mecanismos transitorios que reconocen la liberalización económica de los países que antes se consideraban economías de no mercado. Ejemplo de lo anterior es lo que se conoce como “*bubbles of capitalism*”, que permite que a pesar de que un país sea considerado como una economía de no mercado, si éste logra demostrar que uno o más de sus factores de producción fue adquirido de un proveedor de un país con economía de mercado o, por lo menos, bajo condiciones impuestas por la oferta y la demanda, el Departamento de Comercio tendrá en cuenta los costos del exportador para considerar ese único factor. (Bello, Holmer, & Preiss, 1992, pp. 691-696)

Con posterioridad a este mecanismo apareció el “*Market-oriented industry (MOI) test*”¹⁰, en virtud del cual el exportador puede demostrar que su industria, considerada como un todo, está lo suficientemente descontaminada del control del gobierno (Lantz, 1995, pp. 993-1059). En la aplicación de este test se utilizan criterios tales como: el hecho de que el gobierno no esté involucrado, controle o intervenga en la fijación de los precios ni en los volúmenes de producción; si la industria es propiedad privada o colectiva; y si los precios de los insumos están determinados por condiciones de mercado¹¹.

7 Georgia, Armenia, Kirguistán y Moldavia

8 “1. The extent to which the country’s currency is convertible. 2. the extent to which wage rates are determined by free bargaining between labor and management. 3. The extent to which foreign investment is permitted. 4. The extent of government control of the means of production. 5. The extent of government control over pricing and output decisions, and 6. Any other factors considered appropriate.” 19 U.S.C. §1677(18) (Watson, 2014)

9 19 U.S.C. §1677(18)(D): “Notwithstanding any other provision of law, any determination made by the administering authority under subparagraph (A) shall not be subject to judicial review in any investigation conducted under part II of this subtitle.”

10 Sulfuric Acid from the People’s Republic of China, 57 Fed. Reg. 9409 (March 18, 1992)

11 Chrome-Plated Lug Nuts from the People’s Republic of China, 57 Fed. Reg. 15052 (April, 24, 1992) e Import Administration Antidumping Manual, chapter 10, p. 32.

Hay que advertir que hasta la fecha, el Departamento de Comercio no ha reconocido a ninguna industria China como una industria independiente del gobierno y por tal razón siempre se le ha dado a ese país un tratamiento de economía centralmente planificada. (Watson, 2014, p. 6).

En lo que a Colombia concierne, no existe en nuestro país legislación que establezca los criterios (ni tests) para determinar cuándo existe o no una economía de mercado respecto de una rama de producción específica, pues las normas simplemente hacen mención a “*economías centralmente planificadas*”.

Colombia siempre ha considerado a la República Popular de China como un país con economía de no mercado.

Ahora bien, el Protocolo de Adhesión determina en el literal d) del artículo referido que después del 11 de diciembre de 2016 expirará el literal a) ii) del artículo 15, que es el que faculta a los países para utilizar las metodologías basadas en precios diferentes de los internos de la China.

En este sentido, se plantea la inquietud acerca del procedimiento que se aplicará a partir de la fecha enunciada, para así combatir las distorsiones generadas por las importaciones originarias de ese país.

El tema no ha sido pacífico, máxime si se tiene en cuenta que a China se le han aplicado alrededor del 40% del total de las medidas antidumping durante el periodo del 2009 al 2012. Bajo estas circunstancias, han surgido diferentes teorías acerca de la metodología a aplicar con posterioridad

al año 2016, las que se pueden resumir de la siguiente manera:

3.1. Primera interpretación: presunción de que China es una economía de mercado, salvo que se demuestre un monopolio total del estado

Según la primera interpretación, con posterioridad al año 2016, todos los países miembros de la OMC deberán tratar a China como una economía de mercado y, por tanto, habrán de utilizar los precios internos de ese país para establecer el margen de *dumping*.

Lo anterior significa que no podrá recurrirse a la metodología del país sustituto, salvo que se acredite que el comercio de ese país está bajo el monopolio completo del Estado y que los precios internos son prueba de que no es viable calcular el margen de dumping dadas las características de la economía China.

En este sentido, la segunda nota del artículo VI del GATT de 1994 señala que:

“Se reconoce que, en el caso de importaciones procedentes de un país cuyo comercio es objeto de un monopolio completo o casi completo y en el que todos los precios interiores los fija el Estado, la determinación de la comparabilidad de los precios a los fines del párrafo 1 puede ofrecer dificultades especiales y que, en tales casos, las partes contratantes importadoras pueden juzgar necesario tener en cuenta la posibilidad de que una comparación exacta con los precios interiores de dicho país no sea siempre apropiada.”

En tal virtud, de conformidad con esta primera interpretación, a finales del 2016 los países contratantes deberán considerar forzosamente a China como una economía de mercado, salvo que en la investigación se logre acreditar que en China existe un monopolio completo o casi completo del

Estado y que **todos** los precios internos son fijados por el mismo.

Esta primera hipótesis surge del hecho de que la OMC prohíbe aplicar las normas antidumping de manera discriminatoria, lo que significaría que cuando el permiso para acudir a otras metodologías diferentes del precio interno de la China expire en el año 2016, los países tendrán que darle a China el mismo tratamiento que le dan a los otros socios comerciales miembros de la OMC, a no ser que se demuestre que todos los precios internos en China son fijados por el Estado.

Lo que sí es cierto es que la posición que asuman los países frente a China, en diciembre de 2016, va a ser determinante en el talante de las relaciones estratégicas y económicas del futuro. Adviértase que la China ha establecido como requisito para negociar tratados de libre comercio, que sus contrapartes le confieran un tratamiento de economía de mercado. (Zee Ka Zeng, 2010, pp. 635-652)

3.2. Segunda interpretación: se invierte la carga de la prueba y el solicitante deberá acreditar que en el sector materia de investigación no imperan las leyes del mercado.

Bajo una segunda hipótesis, con posterioridad al año 2016, expira la presunción de que China es una economía de no mercado y por ende, se invertirá la carga de la prueba, lo que traerá como consecuencia que será a los peticionarios de la medida antidumping, y no a los exportadores, a quienes les corresponda acreditar que el sector en cuestión no se rige por las libres fuerzas de la oferta y la demanda y que las condiciones de mercado impiden que los precios domésticos sean propiamente comparables. (Watson, 2014, p. 12)

Si bien esta hipótesis cuenta con mucha acogida entre los lobistas de Estados Unidos, en mi opinión

contradice los principios que orientan la carga dinámica de la prueba que afirma que quien debe probar es a quién se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

En este sentido, es preciso evidenciar que son los exportadores y el gobierno Chino quienes efectivamente pueden probar con mayor facilidad que para una rama de producción específica existen condiciones de mercado que llevan a que los precios sean efectivamente comparables.

La dificultad en obtener la información y el desconocimiento que existe todavía hoy de las condiciones imperantes en el país asiático, llevan a que en ocasiones le sea completamente imposible al solicitante demostrar si China dejó de presentar las distorsiones al comercio que hasta hoy la siguen aquejando.

La teoría de la carga de la prueba y los inconvenientes probatorios a los que puede llevar esta segunda interpretación, son los responsables del surgimiento de una tercera interpretación, más exegética que las anteriores, en la cual deben ser, entonces, los exportadores o el mismo gobierno Chino, los llamados a evidenciar, después del 2016, que en China sí existen condiciones de mercado o que en la rama de producción nacional a la que representan, los precios están fijados por las reglas de la oferta y la demanda.

3.3. Tercera interpretación: los exportadores deben demostrar que en china existen condiciones de mercado.

Una tercera teoría, sostiene que a pesar de la eliminación del uso de metodologías alternas, a partir del año 2016, del artículo 15 permanecen vigentes los literales a) y a) i), normas que disponen que para efectos de comparar los precios y establecer el margen de dumping, se podrán utilizar o bien i) los costos de China o ii) una metodología que no se base en los precios o costos internos de ese país, cuando los productores o

exportadores Chinos no puedan demostrar que en su país prevalecen condiciones de mercado para el sector.

Esto quiere decir que a diferencia de la segunda hipótesis, bajo esta tesis no se produciría la inversión de la carga de la prueba.

De acuerdo con esta interpretación, cuando los productores sometidos a investigación pueden demostrar claramente que en la rama de producción que manufactura el producto similar prevalecen las condiciones de una economía de mercado, en lo que respecta a la fabricación, la

producción y la venta del producto considerado, para la investigación antidumping se utilizará los precios o costos en China de la rama de producción sometida a investigación a efectos de determinar la comparabilidad de los precios.

En mi opinión esta tercera hipótesis es la que mejor se ajusta al texto que efectivamente negociaron y firmaron los miembros de la OMC. El literal d) es claro en afirmar que **"las disposiciones del apartado a) ii) expirarán una vez transcurridos 15 años desde la fecha de la adhesión."** lo que significa que el literal a) i) que limita la utilización de los precios internos a que **los productores**



sometidos a investigación pueden demostrar claramente *que en la rama de producción que produce el producto similar prevalecen las condiciones de una economía de mercado en lo que respecta a la manufactura, la producción y la venta de tal producto” sigue plenamente vigente. (Negrillas fuera del texto)*

De todas maneras, y cualquiera que sea la tesis que se adopte, es de prever que con posterioridad al año 2016 se va dificultar en gran medida la posibilidad de aplicar medidas antidumping contra la China, tendientes a contrarrestar los perjuicios generados por las distorsiones que afecten sus exportaciones.

Por tal razón, es indispensable comenzar desde ya a diseñar la estrategia que se va a adoptar con posterioridad al año 2016, para aplicar con eficacia las medidas de defensa comercial a las exportaciones referidas.

4. Tareas que se podrían comenzar a acometer en Colombia.

Seguidamente se señalan algunas tareas que Colombia podría comenzar a realizar, antes del 2016, con el propósito de hacer frente a las distorsiones que afecten las exportaciones Chinas, con posterioridad a ese año.

En primer lugar, sería conveniente elaborar un listado de criterios que permitan señalar cuándo se puede considerar que un sector se rige por las leyes del mercado.

Si bien es menester considerar que la adopción de esos criterios no implica que se aplique el literal d) del artículo 15 a Colombia, pues ellos no existían en la legislación colombiana al momento de la adhesión de China a la OMC (2001), los mismos pueden ayudar a los peticionarios, o a los

exportadores, dependiendo de cuál sea la hipótesis que se acoja, a probar si en China existen o no condiciones de mercado.

También sería conveniente, y esta es una labor que corresponde no sólo al Gobierno, sino también al sector privado, realizar desde ya un estudio detallado de las ayudas y subsidios existentes en el país asiático, que pueden ser determinantes a la hora de analizar el tratamiento que se le va a dar a ese país.

Adicionalmente, es recomendable elaborar un listado de las industrias y de los productos sensibles más expuestos a las distorsiones de las importaciones originarias de China.

Por último, teniendo en cuenta la cercanía del año 2016, es recomendable que la vigencia de los derechos antidumping que Colombia imponga, no sea en ningún caso inferior a cinco años, de conformidad con lo permitido por las normas de la OMC y la legislación nacional.

En cuanto al tema relativo a quién debe tener la carga de la prueba, si se considera que son los exportadores chinos los que cuentan con la información respectiva deberían ser ellos a quienes se les exija la obligación de probar que las ramas de producción objeto de investigación se rigen por las reglas de la oferta y la demanda, y no están contaminados por factores gubernamentales que alteren los precios y falseen las condiciones del mercado, tal como parece desprenderse del literal a) i) del Artículo 15.

Al parecer, es entonces claro que si los exportadores mencionados no cumplen con la carga de acreditar esa circunstancia, nada obsta para que se siga acudiendo al método del país subrogado.

Pero aun en aquellos casos en los que los exportadores chinos cumplan con la carga de la prueba, será necesario estudiar si las ventas domésticas en China son o no objeto de ventas en el curso de operaciones comerciales normales¹² para efectos de determinar si el precio interno es aceptable.

Conclusiones

La confusa redacción del artículo 15 del Protocolo de Adhesión provisional de la China a la OMC lleva a concluir que el panorama acerca del procedimiento que se ha de seguir para las investigaciones antidumping que se adelanten en contra de ese país, a partir del año 2016, está rodeado de una total incertidumbre.

Es muy probable que la situación tenga que ser decidida finalmente a través del mecanismo de solución de controversias de la OMC.

Mientras ello ocurre, pareciera ser que la última interpretación que ha sido objeto de estudio es la que más se ajusta a lo dispuesto por el artículo 15 y a los intereses nacionales de Colombia, pues no ha de olvidarse que no hay de dónde inferir que las distorsiones que afectan a las exportaciones originarias de la China van a desaparecer por arte de magia después del año 2016.

Eso sí, es claro que esa misma interpretación debe aplicarse respecto de las investigaciones que se adelanten contra otros países que no cuenten

con economía de mercado, a efectos de evitar un tratamiento discriminatorio contra la China o contra alguno de ellos.

Bibliografía

- Sica, D., & Belén, M. (Mayo de 2014). Los desafíos que plantea China a América Latina: un análisis desde el marco del Protocolo de Adhesión a la OMC.
- Das, B. L. (2004). *La OMC y el sistema multilateral de comercio. Pasado, presente y futuro*. Barcelona: Icaria Editorial S.A.
- Watson, K. (2014). *Will Nonmarket Economy Methodology Go Quietly into the Night? U.S. Antidumping Policy toward China after 2016*. Policy Analysis (763).
- Cuneo, D., & Manuel Jr., C. (1982). *Roadblock to Trade: The State-Controlled Economy Issue in Antidumping Law Administration*. Fordham International Law Journal (2).
- Hornyak, J. (1991). *Treatment of Dumped Imports from Nonmarket Economy Countries*. Maryland Journal of International Law (1).
- Bello, J., Holmer, A., & Preiss, J. (1992). *Searching for Bubbles of Capitalism. Application of the U.S. Antidumping and Countervailing Duty Laws to reforming Nonmarket Economies*. George Washington Journal of International Law and Economics.
- Lantz, R. (1995). *The Search for Consistency: Treatment of Nonmarket Economies in transition under United States Antidumping and Countervailing Duty Laws*. American University International Law (3).
- Import Administration Antidumping Manual. (s.f.). Recuperado el 21 de Noviembre de 2014, de <http://enforcement.trade.gov/admanual/index.html>
- Haley, U., & Haley, G. (April de 2013). *Harvard Business Review. Obtenido de How Chinese Subsidies Changed the World*: <https://hbr.org/2013/04/how-chinese-subsidies-changed>
- Import Administration. (20 de September de 2010). *Issues and Decisions Memorandum for the Antidumping Duty Investigations of Certain Coated Paper Suitable for High Quality Print Graphics Using Sheet-Fed Presses from the People's Republic of China*. Obtenido de <http://enforcement.trade.gov/frn/summary/prc/2010-24184-l.pdf>

¹² Esto fue lo mismo que hizo Estados Unidos con Rusia. (Import Administration, 2002) En ese caso, el Departamento de Comercio solicitó ignorar los precios rusos basado en los mismos argumentos que justificaba la NME en los años cincuentas. Aseveró que la intervención estatal llevaba a que las transacciones domésticas no se hiciera normalmente. *Magnesium Metal from the Russian Federation*, 70 Fed.Reg. 9041 (February 24, 2005)

- Stewart, T. (18 de August de 2005). Any change to China's Non-market Economy Status Must Be Based on the Criteria Specified under U.S. Antidumping law. Recuperado el 22 de Noviembre de 2014, de http://origin.www.uscc.gov/sites/default/files/Research/o5_o8_l8_trade_group_law_position_paper.pdf
- O'Connor, B. (s.f.). Market-economy Status for China is not Automatic. Recuperado el 22 de Noviembre de 2014, de <http://www.voxeu.org/article/china-market-economy>
- Miranda, J. (2014). Interpreting paragraph 15 of China's Protocol of Accession. *Global Trade and Customs Journal* (3).
- Graafsma, F., & Kumashova, E. (2014). In re China's protocol of Accession and the Anti-Dumping Agreement: Temporary Derogation or Permanent Modification? *Global Trade and Customs Journal* (4).
- Pierce, K., & Nicely, M. (s.f.). Transitioning to China's Market Economy Antidumping Treatment in 2016. Obtenido de <http://apps.americanbar.org/intlaw/spring09/materials/TransitioningtoChina'sMarketEconomyAntidumpingTreatmentin2016.pdf>.
- Import Administration. (6 de June de 2002). Inquiry into the Status of the Russian Federation as a Non-market Econoy Country under the U.S. Antidumping Law. Recuperado el 23 de Noviembre de 2014, de <http://enforcement.trade.gov/download/russianme-status/russia-nme-decision-final.htm>.
- Zee Ka Zeng. (2010). Multilateral versus Bilateral and Regional Trade Liberalization: Explaining China's Pursuit of Free Trade Agreements. *Journal of Contemporary China* (66).
- Oviedo, Eduardo. (2005) *China en Expansión: La Política Exterior Desde la Normalización Chino-Soviética Hasta la Adhesión a la OMC*. Universidad Católica de Córdoba.
- Import Administration Memorandum, Antidumping Duty Investigation of Certain Lined Paper Products from the People's Republic of China-China's Status as a Non-market Economy. (30 de August de 2006).



Las investigaciones por derechos compensatorios en Colombia: perspectivas para su aplicación



Departamento de comunicaciones MINCIT



Juan David Barbosa Mariño¹ y Karla Cure Franco²

1 Abogado y especialista en impuestos de la Universidad Javeriana con maestría en la Universidad de Georgetown. Titular de la cátedra de Derecho Económico internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana.

2 Abogada y Politóloga de la Universidad Javeriana.

Introducción

A la fecha, a diferencia de las investigaciones sobre medidas antidumping y de salvaguardia, en Colombia no se ha iniciado la primera investigación para imponer derechos compensatorios.

Ello representa el desaprovechamiento de una medida de defensa comercial que, en un contexto de liberalización económica y globalización, le permite a un productor nacional competir, en condiciones justas, con bienes de otros países que son importados a Colombia, pero que en su país de origen están siendo beneficiados por subvenciones (subsidios), lo que ocasiona distorsiones en las condiciones de la competencia en el mercado colombiano.

Esas distorsiones pueden darse, directa o indirectamente, por políticas de los gobiernos, incluyendo políticas tributarias o financieras. En tales eventos, tienen especial relevancia las medidas compensatorias, que buscan neutralizar y contrarrestar los efectos de los subsidios que otros Estados otorgan a sus productores o exportadores.

Es, entonces, el propósito de este artículo, explicar en qué consisten los derechos compensatorios y presentar algunas hipótesis de las razones por las cuales no se han iniciado investigaciones por subsidios en Colombia³.

1. Los derechos compensatorios y las subvenciones

Para que se pueda iniciar una investigación en Colombia, o en cualquier otro país, en materia de derechos compensatorios, se requiere demostrar que existe un subsidio.

3 Contra Colombia el único antecedente de una investigación en materia de derechos compensatorios es la investigación que en el 2002 inició el Ministerio de Economía, Industria y Comercio de Costa Rica para determinar la imposición de derechos compensatorios contra las importaciones de margarina y oleína de palma originarias de Colombia.

Sobre los subsidios, sea lo primero destacar que se trata de un concepto que plantea una serie de dificultades en su definición⁴.

No obstante, parece haber un acuerdo en que el mismo involucra la participación directa o indirecta, del Estado y la obtención de beneficios por parte de agentes del sector privado, que se encuentran dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante.

En un esfuerzo por definir el concepto mencionado, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("ASMC") de la Organización Mundial de Comercio ("OMC") estableció en su artículo 1.1, los siguientes elementos para calificar a una medida como un subsidio:

- "...a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo "gobierno"), es decir:
- i. cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);
 - ii. cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales.

4 Es preciso indicar que este artículo versa sobre las subvenciones otorgadas para los productos que se regulan bajo el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial de Comercio. Por lo anterior, el artículo no analizará el caso especial de las subvenciones a los productos primarios o agrícolas consagrados en el Anexo No. 1 del Acuerdo sobre la Agricultura, ni los subsidios otorgados con respecto de servicios, cuya regulación se enuncia en el Acuerdo General Sobre Comercio y Servicios. En el caso de los productos agrícolas o agroindustriales, esto no significa que no pueda iniciar una investigación en materia de derechos compensatorios en Colombia, tal y como lo establece el propio artículo 10 del ASMC.

- iii. cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes;
- iv. cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos; o
- a. 2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994; y
- a. con ello se otorgue un beneficio”.

Así las cosas, se entienden como subsidio las contribuciones directas o indirectas realizadas por el gobierno o por organismos públicos o por particulares investidos con poderes para ello, que confieren un beneficio a una o varias empresas o una o varias ramas de la producción nacional. Se trata, entonces, de políticas de gobierno con respecto a agentes económicos de su jurisdicción.

Actualmente, existen en la práctica dos tipos de subvenciones dentro del ámbito de aplicación del ASMC: (i) las prohibidas; y (ii) las recurribles.

Las subvenciones prohibidas se conocen como aquellas que están supeditadas al logro de determinados resultados de exportación o las que se otorgan para favorecer la utilización de los productos nacionales sobre los importados (Requisitos de desempeño). Su implementación se encuentra expresamente prohibida en el artículo 3 del ASMC.

Por su parte, también existen aquellas subvenciones calificadas como recurribles, que no se encuentran vinculadas a la exportación o al favorecimiento de la producción nacional, pero que cumplen con las siguientes características: (i) son específicas en

los términos del artículo 2 del ASMC; y (ii) causan efectos desfavorables a los intereses de otro país⁵.

La clasificación de las subvenciones cobra especial relevancia a la hora de definir la estrategia para contrarrestar los efectos desfavorables que su otorgamiento ha ocasionado.

Al tratarse de subvenciones prohibidas y recurribles los países pueden solicitar, dentro del ámbito de aplicación de la OMC, la celebración de consultas. En el evento de no llegarse a una solución mutuamente convenida, podrá someter la controversia al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, de forma que la subvención sea impugnada. Si el OSD encuentra que la subvención otorgada por las autoridades del país miembro está prohibida, deberá proceder a su eliminación.

La diferencia entre los dos tipos de subsidios referidos radica entonces, en que para efectos de las subvenciones prohibidas, el país únicamente deberá demostrar la existencia de este tipo de contribución, de *jure* o de *facto*, sin ser necesario que se demuestren los efectos adversos, en los términos del artículo 2 del ASMC.

Ahora bien, si las subvenciones son recurribles, el país afectado deberá demostrar la existencia del subsidio, sea de *jure* o de *facto*, su especificidad, y los efectos adversos sufridos, sean en forma de daño, perjuicio grave o en la anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros

5 Los efectos desfavorables, según el artículo 2 del ASMC, son: “ a) daño a la rama de producción nacional de otro Miembro; b) anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros Miembros, directa o indirectamente, del GATT de 1994, en particular de las ventajas de las concesiones consolidadas de conformidad con el artículo II del GATT de 1994; c) perjuicio grave a los intereses de otro Miembro”

Miembros, directa o indirectamente, del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT").

Sin embargo, una alternativa a la que pueden acudir los países directa e internamente para neutralizar los efectos negativos de la subvención, es la aplicación de derechos compensatorios.

Su imposición resulta de una acción unilateral iniciada por lo general por la rama de producción nacional del país importador, en este caso Colombia, contra los efectos de los subsidios concedidos a los productos importados de otro país, que han causado un daño o amenazan causarlo a la rama de la industria nacional o está representando un retraso importante en la creación de ésta.

En Colombia, la aplicación de los derechos compensatorios debe someterse a lo estipulado en el ASMC, incorporado al ordenamiento jurídico mediante la Ley 170 de 1994, además de la reglamentación interna establecida por el Decreto 299 del 10 de febrero de 1995 y la normativa de la Comunidad Andina consagrada en la Decisión 457 del 4 de mayo de 1999⁶.

Adicionalmente, en los acuerdos de libre comercio celebrados por Colombia, con Estados Unidos, Chile, Honduras, Guatemala, Salvador y Canadá, se pactó que las partes conservan sus derechos y obligaciones según lo establecido por el ASMC en materia de derechos compensatorios⁷. En el caso de otros Acuerdos, como el que se tiene con la Unión Europea, si bien se establece la misma

remisión, se consagran disposiciones adicionales en materia de transparencia, interés público, menor derecho y no aplicación simultánea entre el ordenamiento nacional y la legislación interna en la materia⁸. Un caso similar ocurre en el Acuerdo con México, que incluso establece algunos temas procedimentales en la investigación para imponer cuotas compensatorias adicionales al ASMC⁹.

De conformidad con el Decreto 299 de 1995, los derechos compensatorios son un *"mecanismo que en la forma de un derecho aduanero a las importaciones restablece las condiciones de competencia distorsionadas por la subvención"*¹⁰.

2. ¿Cuándo puede ser necesaria una investigación por derechos compensatorios?

Lo primero que debe señalarse es que los derechos antidumping no son la medida adecuada para neutralizar los efectos de un subsidio.

Si bien en una investigación sobre medidas compensatorias debe probarse el daño, entendiendo también la posibilidad de alegar la amenaza o el retraso importante, y la relación causal entre las importaciones subvencionadas y el supuesto daño, el tercer elemento que debe demostrarse en una investigación sobre medidas compensatorias es la subvención o el subsidio, y de ser posible su cuantía, lo que diferencia estas investigaciones de una investigación por dumping.

Adicionalmente, es preciso destacar que según el párrafo 5 del Artículo VI del GATT, *"ningún producto del territorio de una parte contratante, importado en el de otra parte contratante, será objeto simultáneamente de derechos antidumping*

6 La Decisión 457 de 1999 regula las subvenciones que se aplican a importaciones de productos subvencionados originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.

7 Acuerdo Colombia-Estados Unidos, Artículo 8.8; Acuerdo Colombia-Canadá, Artículo 706; Acuerdo Colombia-Chile, Artículo 8.8; Acuerdo Colombia, Honduras, Guatemala y Salvador, Artículo 8.1.

8 Acuerdo Colombia-Unión Europea, Artículos 37, 38 y 39.

9 Acuerdo Colombia-México, Artículos 9-01 a 9-22.

10 Artículo 2 del Decreto 222 de 1995.



y de derechos compensatorios destinados a remediar una misma situación resultante del dumping o de las subvenciones a la exportación". Esto se encuentra también establecido en el Decreto 2550 de 2010 en el artículo 52 y ha sido ratificado por el Órgano de Apelación de la OMC.

De acuerdo con esa prohibición de imponer “dobles medidas correctivas”, ningún producto importado podrá estar sujeto simultáneamente a derechos compensatorios y antidumping destinados a remediar una misma situación.

Ello aplica para los eventos en los que, por ejemplo, un exportador reduce sus precios debido a una política de subsidios de la autoridad de su jurisdicción. Para estos casos, el monto del subsidio podrá ser igual al margen de dumping, por lo que la medida de defensa comercial aplicada neutralizaría los efectos de ambas distorsiones. No obstante, un mismo producto no podrá estar gravado con medidas compensatorias y antidumping en forma concurrente para remediar una misma situación.

Sobre el particular, vale la pena mencionar el informe del Grupo Especial en la controversia entre Estados Unidos y China por las Medidas compensatorias y antidumping impuesta a determinados productos de China, en el que se menciona lo siguiente¹¹:

...7.303. El Grupo Especial considera conveniente explicar lo que se entiende por “dobles medidas correctivas”, dado que ese concepto sirve de base a las alegaciones formuladas por China en la presente diferencia. En síntesis, en la medida en que una subvención da lugar a una reducción del precio de exportación de un producto, esa subvención estará necesariamente comprendida en el margen de dumping, si ese margen, y el derecho antidumping resultante, se calculan con arreglo a un método ENM en el que el cálculo del valor normal se basa en valores de sustitución correspondientes a un tercer país. De esto se infiere que, si un Miembro impone un derecho compensatorio en una cuantía equivalente a la cuantía total de la subvención en esas circunstancias y, para neutralizar el dumping, impone en forma concurrente a los mismos productos un derecho

11 Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping sobre determinados productos procedentes de China”, Informe del Grupo Especial, de 27 de marzo de 2014 (wt/ds449/r) párrafo 7.303.

antidumping equivalente a la cuantía total del margen de dumping, el resultado de ello será que la subvención se neutraliza dos veces, es decir, que se produce una doble medida correctiva. Por consiguiente, el hecho de que se produzca o no una doble medida correctiva dependerá de si la subvención da lugar a una reducción del precio de exportación del producto de que se trate (y de la medida en que lo haga). //

Así mismo, es menester tener en cuenta los casos en que los productos se exportan a precios de dumping y se encuentran cobijados bajo subsidios que buscan favorecer la exportación. El derecho antidumping puede corregir la práctica del exportador, pero si el subsidio es mayor que el margen de dumping, esa distorsión no será neutralizada, y la industria nacional continuará viéndose perjudicada por esa práctica.

Adicionalmente, es posible que la subvención no esté directa o indirectamente relacionada con la exportación, por lo que no existiría una diferencia entre el valor normal y el precio de exportación que evidencie un dumping.

Por ejemplo, ello puede darse en los eventos en que los subsidios favorecen los productos nacionales sobre los importados y, en su aplicación, benefician igualmente a los bienes que suplen la demanda en el mercado nacional y que son destinados para la exportación.

Bajo las circunstancias señaladas, podría suponerse que en este caso probablemente no existan diferencias entre el precio del producto exportado con el precio del bien similar que se produce en el mercado doméstico del país de exportación.

En ese sentido, y sin perjuicio que cada investigación debe ser analizada en detalle, no se configuraría un margen de dumping, por lo que no sería procedente la aplicación de una medida para contrarrestar esa distorsión.

Sin embargo, tal y como lo señalamos, la industria nacional del país que se está viendo afectado por esas importaciones podría verse afectada gravemente por el subsidio, y la misma no podría defenderse de otra manera si no es con la aplicación de un derecho compensatorio.

Es en estos escenarios en los que la implementación de un derecho de esa naturaleza es imprescindible para aliviar los efectos desfavorables sufridos por el país importador.

3. ¿Qué se requiere para considerar una investigación por derechos compensatorios?

El artículo 11 del ASMC establece, de forma general, los requisitos para solicitar un derecho compensatorio.

Para efectos de su aplicación en Colombia, la rama de producción nacional debe presentar una solicitud por escrito ante la Subdirección de Prácticas Comerciales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, considerando, entre otros:

- El volumen y valor de la producción del producto similar que está sufriendo daño por la subvención.
- Una descripción del producto presuntamente subvencionado.
- Pruebas acerca de la existencia, cuantía y naturaleza de la subvención de que se trate. En este punto, y considerando que, tal como lo indica la propia OMC, pueden existir subvenciones de *jure* o *facto*, el tema probatorio es más sensible, siendo preciso evaluar la exactitud e idoneidad de las mismas, antes incluso de presentar una solicitud. De igual forma, es necesario analizar si el subsidio es menos del 1% del ad valorem, ya que esto implica la terminación de la investigación.

- Pruebas del daño, amenaza o retraso a la rama de producción nacional.

Como tal, una investigación por medidas compensatorias tiene las mismas etapas procesales que una investigación antidumping, incluso también prevé la aplicación de medidas provisionales¹², así como la posibilidad de revisiones quinquenales¹³.

Excepcionalmente, una investigación de esta naturaleza puede iniciarse de oficio si la Subdirección de Prácticas reúne pruebas suficientes de la existencia de una subvención, del daño y de la relación causal¹⁴.

4. Algunas hipótesis de por qué en Colombia no se ha iniciado la primera investigación por derechos compensatorios.

Tal como indican las estadísticas, las investigaciones por subsidios y la imposición de medidas compensatorias son notablemente menores a las investigaciones realizadas y derechos impuestos por dumping.

En efecto, al año 2013, la OMC reporta que a la fecha se han iniciado por sus miembros 355 investigaciones en la materia¹⁵ y se han impuesto 193 medidas compensatorias¹⁶.

Por su parte, en materia de dumping, el mismo

reporte indica cómo se han iniciado 4.521 investigaciones¹⁷, de las cuales 2.901¹⁸ han culminado con la imposición de derechos.

Pareciera, entonces, que Colombia no ha sido un país ajeno a la tendencia mundial, y refleja, precisamente, la preferencia de iniciar investigaciones y aplicar derechos por dumping más que por subsidios.

Así mismo, vale la pena mencionar que no todos los países prevén en su legislación interna la posibilidad de adoptar medidas compensatorias¹⁹.

No obstante, en la región, Canadá, Estados Unidos; México, Perú y Brasil ya han iniciado este tipo de investigaciones.

Entre los países mencionados, ha sido Estados Unidos el que ha aplicado la mayor cantidad de medidas desde 1995 a 2013 y China el país con mayores medidas compensatorias impuestas a sus exportaciones.

De tener a Estados Unidos como referencia para explicar las razones por las cuales las industrias prefieren los derechos antidumping sobre los

17 Anti-dumping Initiations: By Exporter 01/01/1995 - 30/06/2014. Tomado de: http://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/AD_InitiationsByExpCty.pdf

18 Anti-dumping Measures: By Sector 01/01/1995 - 30/06/2014. Tomado de http://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/AD_MeasuresBySector.pdf

19 A 28 de octubre de 2014, los 29 Miembros siguientes habían presentado notificaciones únicas en las que indicaban que no tenían autoridad competente para llevar a cabo investigaciones en materia de derechos compensatorios, que nunca habían adoptado medidas en materia de derechos compensatorios y que no preveían hacerlo en el futuro próximo: Barbados; Belice; Burkina Faso; Burundi; el Camerún; el Congo; Côte d'Ivoire; Cuba; Dominica; Gambia; Georgia; Ghana; Guyana; Haití; Hong Kong, China; Kenya; Liechtenstein; Macao, China; Mauricio; Mongolia; Mozambique; Nepal; la República Democrática Popular Lao; Saint Kitts y Nevis; el Senegal; Sierra Leona; Sri Lanka; Suriname y Suiza. Ver, informe (2014) del comité de subvenciones y medidas compensatorias (adoptado el 28 de octubre de 2014), G/L/1077.

12 Artículo 11.7, ASMC.

13 Artículo 21, ASMC.

14 Artículo 11.6 ASMC.

15 Countervailing Initiations: By Exporter 01/01/1995 - 30/06/2014. Tomado de http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/CV_InitiationsByExpCty.pdf

16 Countervailing measures by reporting member 01/01/1995/-30/06/2014. Tomado de: http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/CV_MeasuresByRepMem.pdf

compensatorios, es preciso señalar el tratamiento que su Departamento de Comercio le otorgaba a los países con economía de no mercado en materia de subsidios.

En el año 1984 el Departamento de Comercio de ese país se negó a decidir sobre la solicitud de dos medidas compensatorias para países con economía centralmente planificada.

La negación obedeció, principalmente, a que el Departamento de Comercio no tenía facultades explícitas para aplicar derechos compensatorios a ese tipo de países.

Además, esa entidad consideraba que no podía llegar a conclusiones económicas acerca de los subsidios otorgados en países con economías centralmente planificadas y, en ese sentido, las medidas no podían ser aplicadas racionalmente.

En palabras del Departamento de Comercio²⁰:

Creemos que un subsidio es definitivamente una acción que distorsiona o subvierte los procesos de mercado y resulta en una mala asignación de los recursos... En países con economías de no mercado, los recursos no son asignados por el mercado. Con diferentes grados de control, la asignación o reparto de los recursos se logra a través de la planeación estatal. Sin un mercado, buscar una mala asignación o reparto de los recursos causado por el otorgamiento de subsidios pierde, obviamente, todo el sentido. Teniendo en cuenta que no hay procesos de mercado para distorsionar toda vez que en los países con economías de no mercado el gobierno no interfiere en el proceso de mercado sino que lo suplanta, ello nos ha llevado a concluir que los subsidios no tienen sentido fuera de los países con economía de mercado.

20 Decisión 19.370 y 19.374 del 7 de mayo de 1.984 del Departamento de Comercio de los Estados Unidos sobre las importaciones de alambón de acero de Checoslovaquia y de Polonia, respectivamente.





Esa posición fue reafirmada por la Corte de Apelación del Circuito Federal de los Estados Unidos de América en el caso *Georgetown Steel vs. United States*, quien señaló que en las economías centralmente planificadas es el gobierno quien define los términos de dónde, cuándo y qué se vende, por lo que si no existe mercado, los subsidios no pueden distorsionar sus procesos²¹.

Solo fue hasta el 2006 que el Departamento de Comercio expidió una decisión afirmativa sobre la imposición de un derecho compensatorio a las importaciones de papel revestido originario de China, Indonesia y Corea, que no finalizó con la imposición de un derecho gracias a que la Comisión de Comercio Internacional no encontró daño en la industria nacional²².

21 U.S. Government Accountability Office. "U.S.- CHINA TRADE. Commerce Faces Practical and Legal Challenges in Applying Countervailing Duties. June, 2005. Tomado de <http://www.gao.gov/new.items/d05474.pdf>.

22 Zhao, Longyue y Yan Wang. "Trade Remedies and Non-Market Economies: economic implications of the first US countervailing duty case on China". The World Bank Institute, Poverty Reduction and Economic Management Division. March 2008.

Sin embargo, fue esa decisión la que abrió la puerta en Estados Unidos a que se aplicaran derechos compensatorios a importaciones originarias de países con economías centralmente planificadas y, a la fecha, ese país ha aplicado múltiples medidas compensatorias a las importaciones de China.

De alguna manera, la lógica utilizada para la aplicación de medidas compensatorias retrasó su implementación en Estados Unidos, teniendo en cuenta que los países exportadores a los cuales más se les aplican las medidas de defensa comercial son aquellos con economía de no mercado.

Lo anterior sumado a que, según estudios comparativos realizados, los montos de los derechos compensatorios aplicados en Estados Unidos son inferiores a los de las medidas antidumping²³, circunstancia que desmotiva a la industria nacional a solicitar el inicio de este tipo de investigaciones.

23 U.S. Government Accountability Office. "U.S.- CHINA TRADE. Commerce Faces Practical and Legal Challenges in Applying Countervailing Duties. June, 2005. Tomado de <http://www.gao.gov/new.items/d05474.pdf>.

En el caso colombiano, no hay duda que la no utilización de las medidas compensatorias frente a la tendencia alrededor del mundo, se genere en el poco conocimiento y familiaridad de la industria nacional con este tipo de medida.

Es importante resaltar, que no porque otro país imponga un derecho compensatorio contra las importaciones de otro país, automáticamente esa decisión puede ser la justificación para imponer un derecho compensatorio en Colombia, puede ser un referente, e incluso el análisis realizado dentro de la investigación puede ayudar al material probatorio, pero será necesario estructurar una solicitud, analizando los efectos concretos de las importaciones subsidiadas al caso colombiano.

Un punto interesante es que los principales peticionarios de las medidas compensatorias alrededor del mundo son las empresas de la industria del acero²⁴ que, en nuestro país, ha sido un activo usuario de las medidas antidumping.

En ese orden de ideas, consideramos que la falta de familiaridad con las medidas y la incertidumbre que ello genera, aparejado con la dificultad de consecución de la prueba, son las principales razones por las cuales la industria no ha solicitado el inicio de una investigación para la aplicación de derechos compensatorios.

En efecto, y a diferencia del dumping, en las investigaciones por subsidios no se está atacando las acciones anticompetitivas del o los productores o exportadores sino la política del Estado, y ello comporta diferentes implicaciones.

Específicamente, cuando la política de subsidios de un país no es transparente, se vuelve extremadamente difícil identificar y cuantificar los subsidios. Tal y como se señaló al inicio de

este artículo, las subvenciones pueden ser tanto de *jure* como de *facto*. Ello, sin duda, representa un obstáculo para la industria a la hora de presentar una solicitud, teniendo en cuenta que la prueba reina de la investigación es la prueba del subsidio.

Por ende, ante esa circunstancia, se optará por solicitar el inicio de una investigación antidumping, si a ello hay lugar, con la presentación de facturas de venta en el mercado doméstico del país exportador o de un tercer país, en el caso de tratarse de países con economías de no mercado.

Cosa distinta ocurre cuando los subsidios se encuentran en documentos oficiales, en cuyo caso, la consecución de la prueba se le simplifica al peticionario, y la autoridad podrá identificar y cuantificar los subsidios con mayor facilidad.

De todas formas, a partir del 2016, muy probablemente la industria nacional volcará sus ojos a los derechos compensatorios dependiendo de la posición que asuma Colombia frente si se le da o no el estatus de economía de mercado a la República Popular China, en la medida que de otorgarse tal estatus no será posible *per se* acudir a un tercer país para efectos de establecer el valor normal y obtener el margen de dumping.

Más considerando que, a diferencia de lo que ocurre en materia de derechos antidumping, el Protocolo de Adhesión de China a la OMC, en su artículo 15, permite que después del 2016, se utilice la información de un tercer país para calcular los derechos compensatorios.

La disposición referida, en su literal b, establece lo siguiente:

En los procedimientos sometidos a las disposiciones de las partes II, III y V del Acuerdo SMC, cuando se trate de las subvenciones descritas en los apartados a), b), c) y d) del artículo 14 de dicho Acuerdo se aplicarán las disposiciones pertinentes del mismo; no obstante,

24 Countervailing Measures: By Sector 01/01/1995 - 30/06/2014. Tomado de: http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/CV_MeasuresBySector.pdf

si tal aplicación presenta dificultades especiales, el Miembro de la OMC importador podrá utilizar, para identificar y medir el beneficio otorgado por la subvención, metodologías que tengan en cuenta la posibilidad de que las condiciones que prevalecen en China no siempre se pueden utilizar como criterios adecuados. Para aplicar tales metodologías, cuando sea factible, el Miembro de la OMC importador deberá ajustar esas condiciones prevalecientes antes de considerar el uso de condiciones que prevalezcan fuera de China. //

En ese sentido, de no ser posible utilizar información de China, se podrá acudir a condiciones que se presenten en otros países, para efectos de generar un punto de referencia que pueda ser utilizado para cuantificar el subsidio y establecer un derecho compensatorio adecuado.

Esa posibilidad estará vigente aún después de que la economía de la República Popular China sea reconocida como de mercado, hecho que le permitirá a la industria nacional defenderse de una práctica anticompetitiva de manera más eficiente y que también explica las razones por las cuales, por ejemplo, la Unión Europea está acudiendo a la aplicación de derechos compensatorios con más frecuencia.

Por lo anterior, es menester que el Decreto 299 de 1995 ("Decreto 299") se ajuste a las disposiciones multilaterales del ASMC para facilitar la solicitud y aplicación de medidas compensatorias, específicamente ...en relación a temas tales como las definiciones de subvenciones, sus tipos, los criterios de especificidad, las exportaciones de un tercer país y la información confidencial.

Así mismo, será necesario regular el procedimiento para la aplicación de derechos compensatorios, para efectos de que a las partes interesadas les sea posible ejercer su derecho de defensa.

Lo anterior, toda vez que el procedimiento del Decreto 299 contempla las siguientes etapas: (i) la apertura de la investigación de oficio o a

petición de la rama de producción nacional; (ii) la realización de consultas; (iii) el envío y recepción de los cuestionarios; (iv) la determinación preliminar; (v) la celebración de la audiencia de intervinientes a petición de parte interesada; y, (vi) la conclusión de la investigación.

El Decreto, sin perjuicio de que prima el ASMC, no establece los términos para la presentación y práctica de pruebas, así como las oportunidades para que las partes interesadas presenten sus alegatos de conclusión y conozcan las conclusiones finales de la Autoridad Investigadora, que serán presentadas al Comité de Prácticas Comerciales.

Así, pareciera no existir un momento en el cual las partes pudieran expresar sus comentarios a las conclusiones finales de la investigación frente al órgano encargado de emitir la recomendación final sobre la adopción de la medida compensatoria, es decir, frente al Comité de Prácticas Comerciales.

Por ello, es menester modificar el Decreto 299, de forma tal que se garantice el derecho de defensa de todas las partes interesadas.

Conclusión

Tal como se señaló al comienzo de este artículo, a la fecha a diferencia de las medidas antidumping y de salvaguardia, en Colombia no se ha iniciado la primera investigación para imponer derechos compensatorios. El instrumento está disponible en Colombia y, aunque sería recomendable ajustar la norma que internamente lo rige, el ASMC establece un marco de aplicación. En este sentido, iniciativas como la de esta Revista permiten generar el debate necesario y se convierten en una herramienta de difusión.

Bibliografía

- Decisión 457 de 1999 regula las subvenciones que se aplican a importaciones de productos subvencionados originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.

- Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial de Comercio.
- Acuerdo Colombia-Estados Unidos, Artículo 8.8; Acuerdo Colombia-Canadá, Artículo 706; Acuerdo Colombia-Chile, Artículo 8.8; Acuerdo Colombia, Honduras, Guatemala y Salvador, Artículo 8.1.
- Acuerdo Colombia-Unión Europea, Artículos 37, 38 y 39.
- Acuerdo Colombia-México, Artículos 9-01 a 9-22.
- Decreto 222 de 1995.
- Estados Unidos - Medidas compensatorias y antidumping sobre determinados productos procedentes de China", Informe del Grupo Especial, de 27 de marzo de 2014 (wt/ds449/r)
- párrafo 7.303.
- Countervailing Initiations: By Exporter 01/01/1995 - 30/06/2014. Tomado de http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/CV_InitiationsByExpCty.pdf
- Countervailing measures by reporting member 01/01/1995/-30/06/2014. Tomado de: http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/CV_MeasuresByRepMem.pdf
- Anti-dumping Initiations: By Exporter 01/01/1995 - 30/06/2014. Tomado de: http://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/AD_InitiationsByExpCty.pdf
- Anti-dumping Measures: By Sector 01/01/1995 - 30/06/2014. Tomado de http://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/AD_MeasuresBySector.pdf
- Decisión 19370 y 19374 del 7 de mayo de 1984 del Departamento de Comercio de los Estados Unidos sobre las importaciones de alambro de acero de Checoslovaquia y de Polonia, respectivamente.
- U.S. Government Accountability Office. "U.S.- CHINA TRADE. Commerce Faces Practical and Legal Challenges in Applying Countervailing Duties. June, 2005. Tomado de <http://www.gao.gov/new.items/d05474.pdf>.
- Zhao, Longyue y Yan Wang. "Trade Remedies and Non-Market Economies: economic implications of the first US countervailing duty case on China". The World Bank Institute, Poverty Reduction and Economic Management Division. March 2008.
- Countervailing Measures: By Sector 01/01/1995 - 30/06/2014. Tomado de: http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/CV_MeasuresBySector.pdf



“Las marcas notoriamente conocidas en el contexto jurídico de Estados Unidos: El Caso de Almacenes Éxito S.A. v. El Gallo Meat Market, Inc. 2005”



www.grupoexito.com.co



Carlos Delvasto¹

¹ Profesor de Derecho Económico en la Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Colombia. Abogado de la Universidad San Buenaventura Cali, Magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá y Master en Leyes (LL.M.) de la University of Illinois en Urbana-Champaign.

1. Introducción

Considero importante empezar indicando que durante el siglo XIX al gran escritor y novelista inglés Charles Dickens le irritaba y molestaba la audacia y altanería de la ley de derechos de autor de Estados Unidos, pues, solamente protegía las creaciones literarias y artísticas de ciudadanos o residentes norteamericanos. En efecto, esta cuestión hacía que técnicamente las editoriales e imprentas de Estados Unidos actuaran como corsarios, es decir, con pleno derecho para copiar obras de ciudadanos extranjeros sin reconocer derechos o regalías a su autor. Ahora bien, y con el ánimo de contextualizar, el emblemático cuento de Dickens “Canción de Navidad” se vendía en Estados Unidos a 6 centavos de dólar mientras que en Inglaterra la misma copia tenía un valor de 2,50 dólares. Y muy a pesar que Dickens viajó a Estados Unidos en 1842 para en cierta medida crear un clima favorable para la protección de derechos de autor de extranjeros, fue solamente hasta el año de 1891 que el Congreso aprobó una primera ley de derechos de autor, porque para esta época ya existía una cultura literaria y una industria editorial que abogaba por la protección de los derechos de autor de nacionales en el extranjero. (The New York Times, 2002)

Esta anécdota sirve para ilustrar la relación entre incentivos económicos y la elaboración de política pública en materia de propiedad industrial en Estados Unidos, pues, como se evidenció con los derechos de autor de extranjeros durante gran parte del siglo XIX, en donde, solamente hasta que se vieron los beneficios de proteger los derechos de autor de nacionales de Estados Unidos en el extranjero, fue que existió interés en proteger los derechos de autor de ciudadanos extranjeros.

Ahora bien, y guardando las proporciones, algo similar se evidenció en la decisión del Segundo Circuito de Apelaciones en el caso Almacenes Éxito S.A. y el Gallo Meat Market Inc. (2005) y en ITC Ltd. v. Punchgini, Inc. (2007), donde categóricamente quedó claro, por lo menos para este Circuito, que

las marcas notoriamente conocidas no gozan de protección legal en la ley de marcas de Estados Unidos.

2. El segundo circuito de apelaciones y las marcas extranjeras notoriamente conocidas en Estados Unidos

En mi criterio, todo este asunto comienza con el caso Empresa Cubana del Tabaco v. Culbro Corp. (2005) en donde el Segundo Circuito de Apelaciones, no obstante cuestionarse sobre si una compañía extranjera que no ha utilizado una marca en Estados Unidos puede obtener un derecho a través de la doctrina de marca notoriamente conocida, no cierra la discusión y deja abierta la pregunta.

En el caso Almacenes Éxito S.A. y el Gallo Meat Market Inc. (2005) se dio respuesta a la anterior pregunta. El origen de la marca Éxito en el mercado de Colombia se presenta al momento en que Gustavo Adolfo Toro Quintero fundó, en el barrio Guayaquil de Medellín, su primer almacén de abarrotes (1949). Con el pasar de los años y el tesón de su fundador, esta empresa se ha venido consolidado como la más grande del sector *retail* de Colombia. Tanto es así que el Grupo Empresarial Éxito, para el año 2010, tenía una participación en ventas de un 50.9% en el mercado nacional.² (Superintendencia de Industria y Comercio, 2012).

Por otra parte, en la ciudad de Nueva York, en Estados Unidos, una pequeña cadena de supermercados situada en el Bronx y en otros puntos de la ciudad, utiliza la misma marca de la compañía colombiana. Sin la menor duda, lo que tenemos en esta situación es un problema tipo “*free rider*”, pues, los supermercados que operan en la ciudad de Nueva York desean beneficiarse de la buena reputación y reconocimiento de la compañía

2 El grupo empresarial éxito incluye: Éxito, Ley, Carulla, Pomona, Surtimax y Cafam.

fundada en Medellín por Gustavo Toro, sin pagar nada a cambio. Es decir, su propósito es igual al que tendría una tienda de Café que utilice la marca “Starbucks” o un establecimiento de comida rápida de estilo mexicano que se denomine “Chipotle”. Sin discusión, el propósito de usar la marca Éxito de Colombia por parte de la pequeña cadena de supermercado en Nueva York es confundir, por asociación o directamente, incluso llegando a engañar al consumidor.

Así pues, Almacenes Éxito de Colombia S.A. demandó al pequeño supermercado con operación en la ciudad de Nueva York, argumentando que éste había incurrido en violación de la marca “Éxito”, marca que no había sido usada o registrada por la compañía de Colombia en Estados Unidos, al igual que por competencia desleal, pues el pequeño supermercado había utilizado una réplica de la misma. El fallo es bastante instructivo, ya que en éste la Corte resaltó que en un caso anterior (*Empresa Cubana Del Tabaco v. Culbro Corp.*, 2005) el segundo Circuito no resolvió la pregunta de si ¿Puede una compañía extranjera sin haber usado o registrado una marca en los Estados Unidos, adquirir la misma a través de la doctrina de marca notoriamente conocida? Y, contrariamente a las pretensiones del Éxito de Colombia, en este fallo la respuesta fue que no (Gilson Lalonde, 2008; Bartholomew, 2013; Lockridge, 2011). En mi opinión, no debe causar sorpresa la decisión de la Corte, pues, así como ocurría en el siglo XIX, tratándose de derechos de autor, claramente,

existen ciertas doctrinas jurídicas que tienen un arraigo histórico en la cultura jurídica de Estados Unidos y que resultan difíciles de desconocer y modificar por parte de las cortes.

La Corte de Distrito de Nueva York ponderó entre, por una parte, el principio territorial, que señala como precondition para iniciar una acción por infracción al derecho de marcas, el registro previo o uso de la misma en Estados Unidos, lo que se traduce, en que la prioridad en la obtención del derecho es exclusivamente determinada por el uso en Estados Unidos y no en el extranjero y, por otra parte, el principio según el cual las marcas notoriamente conocidas son una excepción al principio territorial de marcas de la ley federal, pues en el suceso que la marca extranjera tenga esta condición existe riesgo de confusión al ser usada en el mercado interno, principio que constituyó el argumento que respaldó las pretensiones de la demanda por parte de Almacenes Éxito S.A.

Baste señalar que la Corte, en su buen entender y parecer, consideró que el principio en cuestión es una criatura del “Common Law” y por consiguiente podrían iniciarse acciones estatales, si fuese el caso. Sin embargo, sostuvo que ello no tiene lugar en la ley federal, en donde explícitamente el Congreso, a través de la Lanham Act, señaló las reclamaciones por infracción de marcas, dejando claro que no hay ninguna que incluya marcas notoriamente conocidas.



Consecuentemente, se descartó el argumento que pretendía deducir la protección de las marcas notoriamente conocidas en virtud de que Estados Unidos y Colombia son signatarios de la Convención de París, en especial, del artículo 6 bis y 8 de la Convención de París y la sección 44(b) de la Lanham Act (en adelante sección se identificará con el símbolo §), pues, en la opinión de la Corte, la Lanham Act incorporó en cierta medida el Convenio de París, sin que esto signifique que la Convención de París hubiese creado un nuevo derecho sustantivo diferente a los existentes en el Lanham Act. Adicionalmente, haciendo esta salvedad, deja claro que los derechos existentes en la Convención de París no pueden exceder los derechos concedidos por la Lanham Act, concluyendo que la Convención de París, al incorporarse en ley de marcas federal, solamente exige el reconocimiento de trato nacional.

Ahora bien, en resumen, es posible decir que la Corte del Segundo Circuito de Apelaciones contribuyó a generar ambigüedad y tensiones en la aplicación del Artículo 6 bis del Convenio de París a nivel de Cortes de Distrito de Estados Unidos (Lockridge; 2010), al considerar que la doctrina de una “marca conocida” como una criatura del “Common Law” no se encuentra establecida a nivel federal, argumentando que, en el “Lanham Act” se establecen puntualmente las bases para reclamos federales en asuntos de marcas y entre estos no se encuentra mencionada dicha doctrina. Agrega también, que a pesar de que la Convención de París se encuentra incorporada en cierto grado en el “Lanham Act”, como se observó previamente, esto no significa que la Convención de París hubiese creado diferentes derechos sustantivos a los existentes en la ley federal y que el único aspecto especial de la Convención de París es el requerimiento especial de “trato nacional.” (Almacenes Éxito S.A. v. El Gallo Meat Market, Inc.; 2005)

En ITC Ltd. v. Punchgini, Inc. (2007) la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito hace alusión a la doctrina de marcas notoriamente conocidas

y su relación con la “Lanham Act”. Este fallo se puede resumir diciendo que ITC Hotels Limited, el demandante, es propietario y operario del hotel Maurya Sheraton & Towers en la ciudad de Nueva Delhi, India, en donde funciona desde hace 36 años un restaurante considerado como de los mejores en India denominado Bukhara.

ITC Hotels Limited expandió operaciones del restaurante Bukhara a través de franquicias en Bangkok, Hong Kong, Montreal, y en otras ciudades del mundo. En 1986 ITC Bukhara abrió directamente un restaurante en Manhattan y en 1987 hizo lo mismo en Chicago a través de una franquicia. Inmediatamente después de iniciar operaciones en Nueva York, ITC Hotels Limited solicitó el registro de la marca Bukhara en la categoría de servicios de restaurante en la oficina de marcas y patentes de Estados Unidos, obteniéndolo el mismo el 13 de Octubre de 1987. Después de una década de operación cerró sus operaciones como restaurante en Estados Unidos, es decir, para mediados de 1997, pero, tres años después, ITC Hotels Limited empieza a producir comida empaquetada o lista para servir con la marca Dal Bukhara. En mayo del 2003 ITC Hotels Limited a través de distribuidores vende su producto en los Estados de California y New Jersey.

Por otra parte, los demandados son Raja Jhanjee, Vicky Vij, Dhandu Ram, Paragnesh Desai y Vijay Roa. Todas estas personas en 1999 constituyeron una sociedad llamada Punchgini Inc., con el propósito de operar un restaurante de la India en la ciudad de Nueva York. Tres de los seis propietarios habían trabajado previamente en el restaurante Bukhara, propiedad de ITC Hotels Limited, y curiosamente deciden nombrar el restaurante como Bukhara Grill e imitar el negocio en el que previamente algunos de los propietarios de Punchgini Inc., habían trabajado.

En el presente caso, la Corte del Circuito consideró que la doctrina de marcas notoriamente conocidas no es una excepción al principio territorial de las marcas en Estados Unidos, pues, en opinión de la

Corte, la Convención de París no se puede auto-aplicar y no existe una referencia en la ley de marcas federal que explícitamente incluya, como derecho, la marca notoriamente conocida, es decir, la inclusión del artículo 6 bis.

Por consiguiente, no puede ser parte de la ley federal, dejando claro que la Convención de París, al estar incorporada a la Lanham Act, sólo requiere trato nacional y que antes que ellos interpreten la ley federal de marcas para que se de aplicación al principio de territorialidad, esperarán que el Congreso exprese su interés más claramente.

3. El Noveno Circuito de Apelaciones y El límite al principio de la territorialidad en el caso Gigante SA de CV v. Dallo & Co., Inc. (2004)

Ciertamente, antes del Grupo Gigante dos casos a nivel de "Common Law" ya habían reconocido marcas extranjeras bajo la doctrina de "marca conocida", limitando así el principio de territorialidad. El primero, *Maison Prunier v Prunier's Restaurant and Café, Inc.* (1936), se presentó cuando un restaurante de Nueva York utilizó de manera exacta la marca "Prunier" y otras prestaciones mercantiles de un restaurante parisino fundado en 1872. En el presente caso la Corte consideró que permitir a una empresa utilizar una marca conocida, en este caso extranjera, sería cometer una injusticia, puesto que se estaría haciendo dinero con fama ajena, y por supuesto generando una confusión en el consumidor.

El segundo caso gravita en torno al uso de la marca Maxim's de París. En efecto, Maxime Gaillard fundó un restaurante en 1893 con el nombre de Maxim's. Posteriormente éste fue vendido al empresario Eugene Cornuché, quien le da un toque de modernismo y lo vuelve un símbolo del glamour parisino, hasta que en 1981 lo adquiere Pierre Cardin y lo expande a las principales ciudades del mundo, volviendo al restaurante un ícono del modernismo (*The Maxim's Restaurant*; 2012) Por

otra parte, en lado del Atlántico, Julius Keller, un inmigrante suizo, abre al público en 1908 una réplica del restaurante parisino, siendo totalmente independiente. De hecho, en un comienzo el nombre era el Café de París, pero, y en virtud de que nadie ingresaba, decidió utilizar la marca extranjera e imitar el negocio parisino para poder atraer al público (Taylor; 1991).

En el presente caso la Corte Suprema del Estado de Nueva York favoreció las pretensiones del demandante al considerar que se había presentado un acto de competencia desleal por parte del usuario de la marca en Nueva York, al apropiarse de una marca conocida e imitar las prestaciones, confundiendo así al público cosmopolita de Nueva York. Por lo tanto, la Corte concedió una orden coercitiva permanente para que el usuario de la marca de Nueva York se abstuviese de usar la misma en el mercado.

Es importante advertir, que, tanto el caso de la marca "Prunier", como el de la marca "Maxim's", fueron abordados por la Corte de Apelaciones de Nueva York para el Segundo Circuito en el caso *ITC Limited v Punchgini* (2007), concluyendo, que la Corte Suprema de Justicia de Nueva York reconoce reclamos de actos de competencia desleal, pero no la doctrina de marcas "notoriamente conocida".

El Noveno Circuito en *Grupo Gigante SA de CV v. Dallo & Co., Inc.* (2004), muy a pesar de la postura del Segundo Circuito, se apartó de la anterior

doctrina, explicando que al igual que el principio de “primero en el tiempo, primero en el derecho” tiene un límite, también lo tiene el principio de territorialidad, y que por esto, no es absoluto.

Como se observa de las palabras de la corte:

“[U]na regla absoluta de territorialidad sin una excepción de marca famosa promovería confusión en los consumidores y fraude...][... No puede existir justificación alguna en usar la ley de marcas para burlar inmigrantes para que piensen que ellos están comprando en la tienda que ellos les gustaba de vuelta en casa.”

4. ¿Existen tratados y convenios internacionales que obliguen a Estados Unidos a proteger las marcas notoriamente conocidas?

Es importante tener en cuenta que Estados Unidos ha sido signatario de tratados y convenios internacionales referentes a propiedad industrial en donde se obliga, entre muchas otras cosas, a brindar protección a las marcas notoriamente conocidas.

Efectivamente, la Convención de París, en su artículo 6 bis determina:

“Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Ocurrirá lo mismo cuando

la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con ésta.”

Adicionalmente, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) en el numeral 2° y 3° del artículo 16 extiende el espectro de protección del artículo 6 bis del Convenio de París a marcas de servicios, expresamente indicando que la protección incluirá bienes o servicios que no sean similares a aquellos para los cuales una marca de fábrica o de comercio ha sido registrada. Por otra parte, establece los criterios que deben ser tenidos en cuenta al determinar si una marca es notoriamente conocida. A manera de ejemplo, la notoriedad de la marca debe presentarse en el sector pertinente del público, debiendo tener en cuenta que incluso dicha notoriedad puede ser generada por la simple promoción. Como se observa a continuación:

«2. El artículo 6 bis del Convenio de París (1967) se aplicará mutatis mutandis a los servicios. Al determinar si una marca de fábrica o de comercio es notoriamente conocida, los Miembros tomarán en cuenta la notoriedad de esta marca en el sector pertinente del público inclusive la notoriedad obtenida en el Miembro de que se trate como consecuencia de la promoción de dicha marca...”



Y,

"3... El artículo 6 bis del Convenio de París (1967) se aplicará *mutatis mutandis* a bienes o servicios que no sean similares a aquellos para los cuales una marca de fábrica o de comercio ha sido registrada, a condición de que el uso de esa marca en relación con esos bienes o servicios indique una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca registrada y a condición de que sea probable que ese uso lesione los intereses del titular de la marca registrada."

Igualmente, Estados Unidos a través de Acuerdos Bilaterales de Comercio, a manera de ejemplo: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Sexta Parte, Propiedad Intelectual, Capítulo XVII, Artículo 1708, numeral 6°) o el Tratado de Libre Comercio con Colombia (Capítulo VXII, Derechos de Propiedad Intelectual, Artículo 16.2, Numeral 6°).

Ahora bien, pero, ¿Qué tan vinculantes pueden ser los anteriores convenios y tratados para que en Estados Unidos se protejan las marcas notoriamente conocidas? La respuesta, forzosamente debe empezar, diciendo, que existe un conflicto entre los tratados internacionales que ha suscrito Estados Unidos y el "Lanham Act" en cuanto no existe una protección clara de marcas extranjeras conocidas a nivel de Cortes federales en Estados Unidos.

El origen de esta controversia se observa en el rechazo continuo del Segundo Circuito a reconocer la existencia de una doctrina de "marca conocida" a nivel federal sin un mandato expreso del Congreso, pues, en su opinión, al hacerlo estaría menoscabando doctrinas y principios muy arraigados en el derecho de marcas federal como son el "principio de territorialidad".

Así, es posible afirmar que los compromisos

referentes a la protección de marcas extranjeras notoriamente conocidas en tratados y convenios internacionales suscritos por Estados Unidos aún no han sido honrados, es decir, las obligaciones adquiridas en ese punto no se ejecutan. Un dato fundamental a tener en cuenta, es el hecho de que los casos en que se han solicitado un "writ of certiorari" han sido denegados por la Corte Suprema de Justicia, quedando, en firme la decisiones de la Corte de Apelaciones o de Circuitos respectivas. Y, es muy posible que a falta de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, la única salida posible sea que el Congreso zanje la anterior problemática al incluir expresamente en una enmienda el artículo 6 bis del Convenio de París en la "Lanham Act", sospecho, que de lo contrario la ambigüedad en torno al tema continuará acrecentándose, en parte, por el vertiginoso avance tecnológico que ha ocasionado que los mercados cada vez sean más globales.

Por último, en mi opinión, no debe causar asombro la tesis que prevalece en la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, pues, al igual que ocurría con los derechos de autor extranjeros durante gran parte del siglo XIX, y que llegó a indignar a escritores como Charles Dickens, aún no existen suficientes incentivos económicos para que en la ley de marcas federal se incluya un remedio para proteger las marcas extranjeras notoriamente conocidas. Aquí debo aclarar que la relación opera a la inversa de lo que ocurrió con derechos de autor, pues, al observar la diferencia entre el tamaño de la torta de la economía de Estados Unidos con casi 16.8 trillones de dólares de producto interno bruto al año 2013, la mayor del mundo, en comparación con la economía de Colombia que tiene 363 billones de dólares al año 2013, cualquier intento legislativo a nivel federal por menoscabar una doctrina tradicional como el principio de territorialidad para beneficiar una marca notoriamente conocida extranjera será una labor titánica y quijotesca. A pesar de que la economía colombiana es más grande que muchos Estados de la unión su participación en el agregado de la unión es un poco menor a la economía del

Estado de Washington (U.S. Bureau of Economic Analysis; 2013).

Lo anterior se traduce en una gran dificultad al momento de incluir en la agenda legislativa federal propuestas que busquen honrar compromisos como el del artículo 6 bis del Convenio de París o el artículo 16.2.3 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC). Mientras esto no ocurra, seguirá existiendo ambigüedad en torno al entendimiento de la manera como el artículo 6 bis del Convenio de París y el artículo 16 del ADPIC son entendidos en la “Lanham Act”, pues, el segundo Circuito ha dejado patente la imposibilidad que tiene en construir en menoscabo del principio de territorialidad el de marcas extranjeras notoriamente conocidas.

Conclusiones:

En Estados Unidos no hay regulación de marcas a nivel federal que brinde protección a las marcas extranjeras.

A nivel de Cortes de Circuito de Apelaciones existe ambigüedad en torno a si se deben proteger las marcas extranjeras notoriamente conocidas.

Aún no existen suficientes incentivos económicos para que en la ley de marcas federal se incluya un remedio para proteger las marcas extranjeras notoriamente conocidas.

Los compromisos referentes a la protección de marcas extranjeras notoriamente conocidas en tratados y convenios internacionales suscritos por Estados Unidos aún no han sido ejecutados.

Por último, la revolución tecnológica que ha sufrido el mundo en la segunda mitad del siglo XIX, ha implicado, un proceso de creación destructiva sin precedentes, y a medida que se masifica el acceso a Internet, las barreras artificiales creadas por la intervención del Estado cada vez

se desdibujan más, al punto de poder decir, sin temor a la equivocación, que nos acercamos a un mercado más global con límites delineados por el avance de la tecnología. Así, pues, valdría la pena preguntarse, hasta qué punto es viable seguir inclinando la balanza a favor de principios como el de territorialidad, en vez de la protección a las marcas notoriamente conocidas.

Bibliografía

- 1. LaLonde, A. G. (2008). *Don't I Know You from Somewhere-Protection in the United States of Foreign Trademarks That Are Well Known but Not Used There*. *Trademark Rep.*, 98, 1379.
- 2. Bartholomew, M. (2013). *Trademark Morality*. *Wm. & Mary L. Rev.*, 55, 85.
- 3. Lockridge, L. A. W. (2011). *Honoring International Obligations in US Trademark Law: How the Lanham Act Protects Well-Known Foreign Marks (and Why the Second Circuit Was Wrong)*. *St. John's Law Review*, 84, 1347.
- 4. *The New York Times*, Steve Lohr. (2002) *New Economy; The intellectual property debate takes a page from 19th-century America*. Disponible en línea: <http://www.nytimes.com/2002/10/14/business/new-economy-intellectual-property-debate-takes-page-19th-century-america.html>
- 5. Superintendencia de Industria y Comercio. (2012) *Estudios de Mercado: Estudio Económico del Sector Retail en Colombia. Estudio Elaborado por la Delegatura de Protección de la Competencia. (2010-2012)*. Disponible en línea: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/promocion_competencia/Estudios_Economicos/Retail2012.pdf
- 6. Taylor, W. R. (Ed.). (1991). *Inventing Times Square: Commerce and culture at the crossroads of the world*. Russell Sage Foundation.
- 7. U.S. Bureau of Economic Analysis (2013). *Disponible en la página Web: http://www.bea.gov/newsreleases/regional/gdp_state/gsp_newsrelease.htm*



02

Conceptos

Concepto

Título:	Derecho de petición productos en condiciones especiales de mercado
	4 de octubre de 2013
Fecha	¿Cuáles son las disposiciones y/o acuerdos OMC que regulan los productos en “condiciones especiales de mercado”?
Problema Jurídico:	Artículo XI del GATT de 1994
Regla:	Artículo 2 del Acuerdo Medidas Sanitarias y Fitosanitarias Artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio

Concepto:

Con relación a su consulta en la cual nos solicita información para resolver un derecho de petición de un usuario que requiere conocer las disposiciones y/o acuerdos OMC que existen para los productos en “condiciones especiales de mercado”, a continuación respondemos en los siguientes términos:

“Los Acuerdos de la OMC abarcan los bienes, los servicios y la propiedad intelectual. Establecen los principios de la liberalización, así como las excepciones permitidas. Incluyen los compromisos contraídos por los distintos países de reducir los aranceles aduaneros y otros obstáculos al comercio y de abrir y mantener abiertos los mercados de servicios. Establecen procedimientos para la solución de diferencias. Prescriben un trato especial para los países en desarrollo. Exigen que los gobiernos den transparencia a sus políticas, mediante la notificación a la OMC de las leyes en vigor y las medidas adoptadas, y con el mismo objeto se establece que la Secretaría elabore informes periódicos sobre las políticas comerciales de los países”¹

Tal como se indica en el anterior párrafo, los Acuerdos sobre bienes de la OMC incluyendo el GATT de 1947, abarcan en comercio de todos los bienes y se establecen con el fin de liberalizar el comercio, así como también estipulan las excepciones que son permitidas dentro de los mismos. En la actualidad, dichos Acuerdos no contienen ninguna disposición específica sobre el comercio de saldos, bienes usados, remanufacturados, o como se denominan en Colombia, en condiciones especiales. No obstante, los Acuerdos sí definen unos lineamientos en cuanto a la aplicación de medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas, siempre y cuando aquellas medidas no se establezcan de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario e injustificable. Así mismo, existen disposiciones que permiten establecer prohibiciones o restricciones a la importación o exportación necesarias para el control de la calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional. Los Acuerdos que definen estas medidas para los bienes son:

Acuerdos OMC:

GATT de 1994

El artículo XI del GATT, establece la *eliminación*

¹ Tomado de: Panorama general de los Acuerdos OMC en <http://www.wto.org/>.

general de las restricciones cuantitativas. El numeral 1 del artículo en mención indica que 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. Sin embargo, el numeral 2 exceptúa de la aplicación de esta disposición, los siguientes casos:

(...)

b) Prohibiciones o restricciones a la importación o exportación necesarias para la aplicación de normas o reglamentaciones sobre la clasificación, el control de la calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional.

(...)

Así mismo, por medio de las excepciones generales del GATT (Artículo XX) se permite que toda parte contratante adopte o aplique medidas:

(...)

b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
(...)

El Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias:

«Los Miembros,

Reafirmando que no debe impedirse a ningún Miembro adoptar ni aplicar las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los

vegetales, a condición de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los miembros en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional».

Artículo 2: Derechos y obligaciones básicos del Acuerdo MSF:

Los Miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo.

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio – OTC:

Artículo 2: Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central

Por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central:

(...)

2.2 Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente.

Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre

otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexas o los usos finales a que se destinen los productos.

En virtud de lo anterior, los Estados miembros de la OMC pueden aplicar medidas que le permitan proteger la vida y la salud de las personas, el medio ambiente, así como también establecer prohibiciones o restricciones a la importación o exportación necesarias para el control de la calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional, dado que los productos en condiciones especiales de mercado son aquellos que presentan una o varias características particulares por las cuales puede ser catalogado por el fabricante, comercializador o importador como: usado, imperfecto, reparado, reconstruido, reformado, restaurado (refurbished), de baja

calidad (subestandar), remanufacturado, repotencializado, discontinuado, recuperado, refaccionado, de segunda mano, de segundo uso, segundas, terceras, fuera de temporada u otra condición similar definición tomada del Artículo 4 del Decreto 925 de 2013.

Por sus características especiales pueden llegar a amenazar la vida y la salud de las personas, así como el medio ambiente, y que adicionalmente requieren un control sobre su calidad para la comercialización; dichos bienes estarían cubiertos implícitamente por las excepciones mencionadas de los Acuerdos OMC y del GATT de 1947.

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Concepto

Título:	Consulta sobre productos remanufacturados que no se acogen a ningún tratado
Fecha	08 de octubre de 2013
Problema Jurídico:	Cuando un importador manifiesta que la mercancía remanufacturada, originaria de los Estados Unidos, que desea importar no se acoge al Acuerdo de Promoción Comercial con Estados Unidos o a ningún otro acuerdo ¿Se debe importar por el régimen de licencia previa o por libre importación?
Regla:	Decreto 2261 de 2012 Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú.

Concepto:

En atención a la consulta, en la cual se pregunta si se debe evaluar por el régimen de licencia previa o libre importación, remanufacturados originarios de Estados Unidos, donde el importador ha aclarado que dicha importación no se acoge al Acuerdo de Promoción Comercial con Estados Unidos (en adelante APC), ni a ningún otro Acuerdo, a continuación se responde en los siguientes términos:

De conformidad con el artículo 4.23 del APC, 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 u 85.16 del Sistema Armonizado, que:*

- *Estén compuestas completa o parcialmente de mercancías recuperadas; y*
- *Tengan una expectativa de vida similar y gocen de una garantía de fábrica similar a la de una mercancía nueva."*

Así mismo, la sección A del anexo 2.2 del APC *"Trato Nacional a la Importación y*

Exportación", establece que los Artículos 2.2 *"Trato Nacional"* y 2.8 *"Restricciones a la Importación y Exportación"*, no se aplicarán sobre los controles a la importación de mercancías usadas, imperfectas, saldos, sobrantes, desperdicios, desechos y residuos, de conformidad con el Decreto 925 de 2013 y sus modificaciones, **salvo en lo concerniente a las mercancías remanufacturadas** (nota incluida al pie de página del APC).

Lo anterior se confirma en el párrafo 2 del artículo 14 del Decreto 925 de 2013, en el cual se indica: *"para la importación de las mercancías remanufacturadas establecidas en los acuerdos comerciales internacionales vigentes, no se requerirá licencia de importación, siempre que dichos acuerdos así lo contemplen y se cumplan las condiciones establecidas en los mismos"* (subrayas fuera del texto).

// En el caso del APC, las condiciones establecidas para calificar como mercancía remanufacturadas son:

- Que las mercancías remanufacturadas en Estados Unidos o en Colombia provengan de alguno de los dos países, independientemente

de su origen;

- Que se trate de mercancías industriales ensambladas en el territorio de una de las Partes;
- Que estén 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 ahora asegurar que están en condiciones de funcionamiento normal); y
- Que cuenten con una expectativa de vida y una garantía similar a la de las mercancías nuevas y cumplan con estándares de desempeño similares a los de una mercancía nueva. //

En relación con los demás Acuerdos Comerciales en los cuales se han establecido obligaciones respecto a la no expedición de licencias previas no automáticas para las mercancías remanufacturadas, en cada uno de ellos se define explícitamente cuáles son las condiciones que se deben cumplir para que dichos bienes califiquen como tal.

Así las cosas, es claro que si el importador no se acoge al APC, ni ningún otro Acuerdo, es porque probablemente sus mercancías no clasifican como remanufacturadas según las condiciones establecidas en cada uno de los Acuerdos. En este sentido, dichas solicitudes no estarían cubiertas por el principio de Trato Nacional ni por las disposiciones de los Acuerdos sobre Restricciones a la Importación y Exportación y por lo tanto, debería tramitarse la licencia previa de conformidad con el Decreto 925 de 2013.

Cabe aclarar que el tratamiento arancelario preferencial-TAP al cual se hace mención en la consulta, es un criterio diferente que debe ser evaluado por la DIAN y nada tiene que ver con el requisito de expedir o no una licencia previa por parte de este Ministerio, ya que para que un importador pueda acogerse al TAP bajo el marco de un Acuerdo Comercial, éste deberá cumplir con los criterios de origen que se definan en el mismo.

En los anteriores términos se da respuesta a la consulta, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Concepto

Título:	AAP CE No 49 Colombia – Cuba. Control aduanero en Tránsito y Transbordo
Fecha	7 de marzo de 2013
Problema Jurídico:	¿Es posible negar el trato arancelario preferencial correspondiente a una mercancía originaria de Cuba porque en el proceso de importación no se probara que las mercancías permanecieron bajo control aduanero durante su tránsito por Panamá, país no signatario del acuerdo comercial en mención?
Regla:	AAP CE No 49 Colombia – Cuba, Arts. 11, 13 Resolución 252 del Comité de Representantes de la ALADI, Art. 4 Decreto Ley No 1 del 13 de febrero de 2008, de la República de Panamá, Arts. 15 y 16 Decreto de Gabinete No 27 de septiembre 27 de 2011, de la República de Panamá, Arts. 7 y 9 Notas del Apéndice I, numerales 2 y 20 Decreto 728 de 2012

Concepto:

Antecedentes del Caso

- La empresa "Laboratorios Delta S.A." interpone recurso de reconsideración contra la Resolución No 1-90-201-241-0639-00-0099 del 13 de enero de 2012, en la cual la Dirección Seccional de Aduanas de Medellín formula liquidación oficial de corrección y liquida un mayor valor a pagar por concepto de arancel a unas Declaraciones de Importación del año 2009, debido a que la mencionada empresa se acogió al tratamiento preferencial arancelario previsto para esas mercancías en el Acuerdo de Alcance Parcial-Complementación Económica (AAP.CE N° 49) suscrito entre Colombia y Cuba a efectos de la disminución en el pago de los tributos aduaneros por tratarse de mercancía originaria de ese país. Sin embargo, la mercancía al parecer no cumple con la condición de ser originaria, ya que en su tránsito por un país no signatario, Panamá, no estuvo bajo control de la autoridad aduanera, requisito indispensable para acceder al beneficio arancelario.
- Laboratorios Delta S.A. aduce que la Aduana Colombiana no tuvo en cuenta que la mercancía estuvo en Zona Primaria aduanera en Panamá (en el Aeropuerto Internacional de Tocumen), la que según el artículo 4 del Decreto de Gabinete No 41 de 11 de diciembre de 2012 de Panamá, define como *"los recintos aduaneros, los espacios acuáticos o terrestres destinados a las operaciones de desembarque, embarque, recepción, custodia, movilización de mercancía extranjera o no nacionalizada, autorizados por el comercio exterior, las oficinas, depósitos y dependencias oficiales destinadas al servicio directo de la aduana"*



y todo sitio autorizado por la aduana donde se cumplen las operaciones de comercio exterior". Por lo tanto, la Aduana de Medellín está desconociendo que la mercancía estuvo bajo control de la autoridad aduanera de Panamá dado que es en la zona primaria donde la Autoridad Nacional de aduanas, ejerce la potestad aduanera como tal.

- La Aduana de Medellín por su parte, resuelve el Recurso de Reconsideración de Aduanas mediante Resolución No 1-90-201-236-408-1880 del 27 de julio de 2012, confirmando la Liquidación Oficial de Corrección y el mayor valor a pagar por concepto de arancel motivadas en la primera Resolución de la Dirección Seccional. Adicionalmente, ordena el archivo del expediente.
- Por lo anterior, la Autoridad Cubana emite una comunicación oficial el 27 de noviembre de 2012, dirigida al Ministro de Comercio, Industria y Turismo argumentando que las medidas adoptadas por la DIAN contra la Empresa "Laboratorios Delta S.A." afecta

el avance alcanzado por los exportadores cubanos en busca de balancear el intercambio comercial bilateral que hoy es deficitaria para Cuba, más aun teniendo en cuenta que uno de los mercados de exportación más importantes para ese país está en el Sector Biofarmacéutico.

Consideraciones del AAP CE No 49 y de la Resolución 252 del Comité de Representantes de la ALADI sobre "Tránsito y Transbordo":

- Las mercancías fueron despachadas desde La Habana – Cuba, pero antes de llegar a Colombia, estuvieron de paso en la ciudad de Panamá.
- De acuerdo a lo que establece el artículo 13 "Tránsito y Transbordo" del AAP CE No 49, cada Parte dispondrá que una mercancía no se considerará originaria si:
 - a. sufre un procesamiento ulterior o es objeto de cualquier otra operación, fuera del territorio de las Partes, excepto la descarga, recarga

o cualquier otra operación necesaria para mantener la mercancía en buenas condiciones o para transportarla a territorio de una Parte; o

- b. no permanece bajo el control de las autoridades aduaneras en el territorio de un país no Parte.

El artículo 11 del capítulo III “Normas de Origen” del mismo Acuerdo establece:

- *“Las Partes adoptan, para su aplicación en este Acuerdo, el Régimen General de Origen de la Asociación, cuyo texto ordenado y consolidado fue aprobado mediante la Resolución 252 del Comité de Representantes de la ALADI”.*

Así las cosas, el artículo 4 de dicha Resolución define:

Para que las mercancías originarias se beneficien de los tratamientos preferenciales, las mismas deben haber sido expedidas directamente del país exportador al país importador. Para tales efectos, se considera como expedición directa:

- a. Las mercancías transportadas sin pasar por el territorio de algún país no participante del acuerdo.
- b. Las mercancías transportadas en tránsito por uno o más países no participantes, con o sin transbordo o almacenamiento temporal, bajo la vigilancia de la autoridad aduanera competente en tales países, siempre que:
 - i. El tránsito esté justificado por razones geográficas o por consideraciones relativas a requerimientos del transporte;
 - i. No estén destinadas al comercio, uso o empleo en el país de tránsito; y
 - i. No sufran, durante su transporte y

depósito, ninguna operación distinta a la carga y descarga o manipuleo para mantenerlas en buenas condiciones o asegurar su conservación.

Se observa que aunque estos dos artículos regulan el tránsito y transbordo para productos originarios de manera distinta, en cuanto en el Marco de la ALADI, las mercancías deben expedirse directamente del país exportador al país importador y solamente por razones excepcionales y justificadas se permite el tránsito, y en el AAP CE No 49 no se contempla la expedición directa; es importante también señalar que en ambos artículos existe un criterio común y es que para que las mercancías se consideren originarias, es necesario que *“permanezcan bajo control de la autoridad aduanera mientras se encuentran en el territorio del país no parte del acuerdo”*. Y es precisamente este último punto en el que se centra la discusión, entre la Aduana Colombiana y Laboratorios Delta S.A.

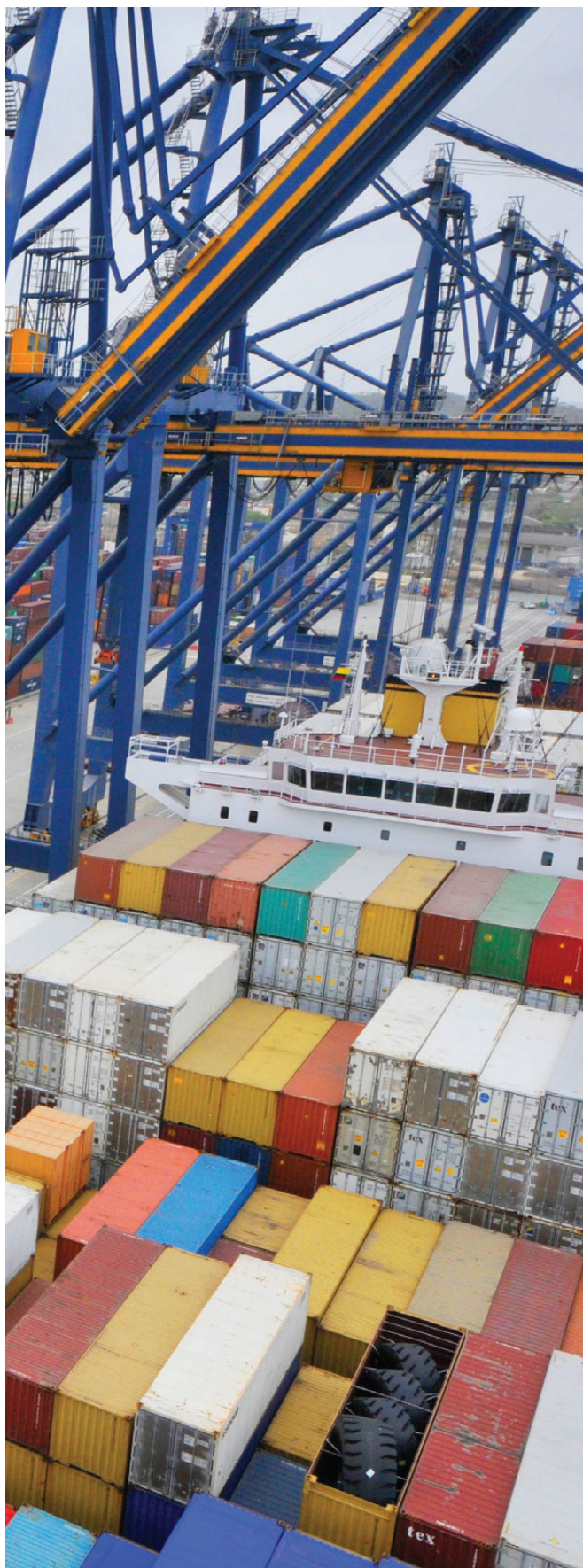
Análisis del caso:

En ese orden de ideas, consideramos importante analizar las razones por las cuales la Aduana de un país puede iniciar un proceso de verificación de Origen, así:

Las aduanas son las competentes para ejercer el control de las importaciones, eso incluye el control y verificación de las normas de origen. Con mayor razón cuando este trámite implica un pedido de exención arancelaria.

[...]

En términos generales, según los procedimientos de control aduanero del país importador, su autoridad competente -la aduana- lleva a cabo la verificación de origen de productos importados. **La verificación se puede iniciar de oficio, dentro de mecanismos aleatorios o en el marco de técnicas de análisis**



de riesgo, entre las que se puede incluir dudas motivadas por inconsistencias encontradas durante las inspecciones documentales o físicas¹ (Negrilla fuera de texto).

Lo anterior, teniendo en cuenta los principios del debido proceso, del derecho de defensa de los importadores y la proporcionalidad y racionalidad que debe seguir la actuación administrativa (artículo 209 de la CP).

Las preferencias arancelarias están diseñadas para que los importadores puedan usarlas, durante el procedimiento de verificación de origen. Así las cosas, cuando se inicia una verificación de origen, un primer paso es verificar las reglas generales y específicas con las cuales debe cumplir un producto para ser consideradas originarias. Las dudas sobre el origen de las mercancías por lo general parten de este análisis.

Una segunda etapa sería el análisis de si el origen se conserva durante el proceso de transporte y manejo logístico (administración, paso por una zona primaria aduanera de un tercer país, o una zona libre entre otros) que sufre una mercancía. En este caso, los acuerdos usualmente prevén que las mercancías pueden perder su condición de originaria al amparo de lo previsto por el mismo cuando no están sometidas a control aduanero o han sufrido un proceso de transformación en un tercer país, lo cual es objeto de análisis con esta empresa. Sin perjuicio de lo anterior, una mercancía debe cumplir con todas las reglas previstas por un Acuerdo para efectos de poder conservar su condición de ser originaria en la importación.

Adicionalmente, se debe definir el control aduanero y la forma como la Autoridad Panameña ejerce el mismo para las mercancías que transitan por su territorio. Al respecto, el expediente allegado a

¹ GUZMÁN, Gustavo. Certificación, control y verificación de origen. Las reglas de origen del comercio internacional. Bogotá, Colombia: LEGIS, 2012, 1ra. ed.; p. 131.

esta Oficina contenía respuesta sobre este tema emitida por la Oficina de Asesoría Legal de la Autoridad Nacional de Aduanas de la República de Panamá a una consulta jurídica presentada en representación de la empresa Laboratorios Delta S.A., con fecha del 17 de octubre de 2012. De la misma, se extractan las siguientes disposiciones relevantes:

El control aduanero se encuentra regulado en la República de Panamá en los artículos 15 y 16 del Decreto Ley No 1 del 13 de febrero de 2008, así:

Artículo 15. **Control Aduanero**, es el ejercicio de las facultades de la entidad regente de la actividad aduanera nacional en la aplicación, supervisión, fiscalización, verificación y evaluación del cumplimiento de este decreto Ley, de sus reglamentos y demás normas reguladoras de los ingresos o salidas de mercancías, medios de transporte y personas del territorio nacional, así como las personas físicas o jurídicas que intervienen en las operaciones de comercio exterior [...] (subrayado fuera de texto)².

Por su parte, el Decreto de Gabinete No 27 de septiembre 27 de 2011, que adopta el Sistema Integrado de Gestión de Aduanera – SIGA – y dicta otras disposiciones, señala en los artículos 7 y 9 del capítulo III, sobre las declaraciones del Manifiesto de Carga, lo siguiente:

Artículo 7. **Obligación de Declarar**. Toda carga que llegue al territorio nacional o salga del mismo, por vía aérea o terrestre, debe ser manifestada y registrada en el SIGA, por operador de carga autorizado, responsable por su manejo.

Artículo 9. **Inicio de las destinaciones aduaneras**: El manifiesto de carga registrado en el sistema informático aduanero oficial constituye el punto de partida para el trámite de todas las destinaciones aduaneras, incluyendo el tránsito internacional, transbordo, devolución al exterior o para permitir los cambios de ubicación o las necesidades de consolidación o desconsolidación de las mercancías (subrayado fuera de texto)³.

Al respecto de estos dos artículos, la Administración Regional, zona aeroportuaria remitió su opinión:

La potestad aduanera es el conjunto de facultades atribuciones que la Ley otorga a la Autoridad de Aduanas, para el control del ingreso, permanencia, traslado, traspaso y salida de mercancías del territorio aduanero nacional (TAN) [...].

Toda mercancías que llega en calidad de tránsito es registrada en el Sistema Informático (SIGA), a su vez aleatoriamente o bajo la búsqueda de perfiles se revisa físicamente, en las bodegas ubicadas dentro de la zona aeroportuaria (subrayado fuera de texto)⁴.

La respuesta a la pregunta sobre si “todas las mercancías que arriban al Aeropuerto Internacional de Tocumen, están sometidas a control aduanero por parte de la Autoridad Panameña y la explicación de en qué consiste el control”, es la siguiente:

Toda empresa que se encuentre dentro del TAN, o como lo es en este caso en una Zona Primaria Aduanera, y su actividad sea la carga o descarga y transbordo de mercancías, **no le será autorizada operación de comercio exterior sobre las mercancías mientras tanto, no se haya recibido a satisfacción en el Sistema Informático de aduanas o a través de los**

2 Documento emitido por la Oficina de Asesoría Legal, por medio de la Nota No 903-01-128-SG, el 17 de octubre de 2012 al señor José Alejandro Castaño Ospina en representación de la Empresa Laboratorios Delta S.A.

3 Ibídem

4 Ibídem

instrumentos contingentes que se autoricen, el manifiesto de carga (negritas fuera de texto).

Además, se señalan como **obligaciones de los transportistas: transmitir por vía electrónica o por otro medio autorizado, antes del arribo del medio de transporte, los datos relativos al manifiesto de carga, especificando los conocimientos de embarque** [en el caso del transporte marítimo, y guías aéreas en el caso de transporte aéreo] y el código o numeración de los contenedores de las mercancías destinadas localmente, así como las que serán objeto de transbordo, tránsito aduanero u otro tipo de operación aduanera⁵ (negrilla y subrayado fuera de texto).

Finalmente, respecto a la pregunta sobre “Si las guías aéreas detalladas en el documento y las cuales son objeto de requerimiento por parte de la Aduana Colombiana, estuvieron bajo control de la Autoridad Nacional Aduanera de Panamá durante su tránsito obligado”, la Aduana Panameña, responde:

Les informamos que funcionarios de la Sección de Estadísticas de esta institución verificaron en la base de datos del Sistema Integrado de Comercio Exterior – SICE, sistema que se utilizó para los períodos señalados en las guías aéreas, y no existen registros de las mismas (subrayado fuera de texto).

Conclusiones:

- La Aduana de Colombia señala que dado que el AAP CE No 49 no determina la forma en que se debe probar el control aduanero sobre la mercancía originaria que se encuentra en tránsito por un país no signatario del Acuerdo, ésta no hace la exigencia de un documento en particular para la prueba de tal situación;

sin embargo, es claro para la Aduana que no solo basta con que el transportista afirme que la mercancía estuvo almacenada por un tiempo determinado en un Depósito de la Empresa PANAMA AIR CARGO TERMINAL ubicado en Zona Primaria Aduanera, sino que se requiere demostrar en debida forma lo que así se afirma. Por lo tanto, es la autoridad aduanera panameña la entidad competente para certificar que la mercancía estuvo bajo su control durante el tiempo de permanencia en su territorio.

- Así mismo, del estudio de los documentos remitidos a esta Oficina, se concluye que para la Aduana panameña todas las mercancías que ingresen a territorio aduanero nacional deben ser presentadas a través del Sistema Informático Aduanero por el transportista, antes del arribo de la carga a ese país sin importar la destinación final y con el fin de ejercer el control aduanero sobre las mismas. Adicionalmente, se observa que en el caso objeto de la revisión, la autoridad aduanera panameña manifiesta no tener conocimiento de que las mercancías estuvieron en su territorio, porque las guías aéreas indicadas por Laboratorios Delta S.A. no aparecen registradas en sus Sistemas Informáticos.



⁵ Ibidem

Concepto

Título:	Interpretación de algunas disposiciones del acuerdo comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú.
Fecha	13 de noviembre de 2013
Problema Jurídico:	¿Qué se entiende por mercancía remanufacturada, para efectos de aplicar el Acuerdo Comercial suscrito con la Unión Europea? ¿Es compatible con el Acuerdo Comercial suscrito con la Unión Europea que se exija licencia de importación para la mercancía remanufacturada originaria de la Unión Europea? De conformidad con el Acuerdo con la Unión Europea, ¿es procedente interpretar que la máquina remanufacturada originaria de la Unión Europea no está sujeta a los demás permisos (diferentes a la licencia) establecidos en el Decreto 2261 de 2012, que contempla una autorización previa de la DIAN (artículo 2, numeral 1) y además, para mercancías usadas, una autorización “en situaciones especiales reguladas por el Gobierno Nacional” (artículo 3)? Decreto 2261 de 2012
Regla:	Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú.

Concepto:

En atención a la consulta, en la cual se solicita resolver algunos interrogantes relacionados con el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, (En adelante el Acuerdo o el TLC) y la aplicación del Decreto 2261 de 2012 “Por el cual se establecieron medidas para regular, registrar y controlar la importación de maquinaria”, a continuación nos permitimos manifestar los siguiente con respecto a cada uno de esos interrogantes:

1. ¿Qué se entiende por mercancía remanufacturada, para efectos de aplicar el Acuerdo Comercial suscrito con la Unión Europea?

Para iniciar, es importante tener en cuenta que en

Colombia no existe una definición específica de lo que significa mercancía remanufacturada.

No obstante, el Decreto 925 de 2013 contiene una reglamentación aplicable a los “productos en condiciones especiales de mercado”, dentro



de los cuales se encuentran las mercancías remanufacturadas. Los productos en condiciones especiales de mercado están sujetos al cumplimiento de dicha reglamentación, salvo que exista una disposición especial sobre el tema en un Acuerdo Comercial vigente.

Con relación al Acuerdo Comercial con la UE, en éste no se estableció ninguna obligación respecto a otorgar Trato Nacional y a no imponer Restricciones a la Importación y Exportación a las mercancías remanufacturadas. Por el contrario, el Acuerdo con la UE estableció que en Colombia se podrán continuar aplicando las medidas relativas a “los controles a la importación de mercancías previstos en los artículos 3 y 6 párrafos 1 y 2 del Decreto 3803 del 31 de octubre de 2006.”

De conformidad con lo anterior, salvo que Colombia haya acordado algo diferente en sus acuerdos comerciales internacionales vigentes, el régimen de licencia previa se debe mantener para las mercancías remanufacturadas. Dado que bajo el Acuerdo con la UE no existen las obligaciones arriba mencionadas, dicho régimen puede mantenerse para las mercancías remanufacturadas originarias de la UE.

2. ¿Es compatible con el Acuerdo Comercial suscrito con la Unión Europea que se exija licencia de importación para la mercancía remanufacturada originaria de la Unión Europea?

De conformidad con la respuesta anterior, sí es compatible.

3. De conformidad con el Acuerdo con la Unión Europea, ¿es procedente interpretar que la máquina remanufacturada originaria de la Unión Europea no está sujeta a los demás permisos (diferentes a la licencia) establecidos en el Decreto 2261 de 2012, que contempla

una autorización previa de la DIAN (artículo 2, numeral 1) y además, para mercancías usadas, una autorización “en situaciones especiales reguladas por el Gobierno Nacional” (artículo 3)?

De conformidad con lo expresado anteriormente:

- El Decreto 925 de 2013 prevé determinados requisitos para la importación de los productos en condiciones especiales de mercado, los cuales incluyen las mercancías remanufacturadas.
- El Acuerdo con la UE permite continuar aplicando dichos requisitos, sin que ello se considere incompatible con las obligaciones de Colombia de otorgar Trato Nacional y de no imponer Restricciones a las Importaciones o a las Exportaciones

El Decreto 2261 de 2012 establece el requisito de obtener licencia previa para la importación de mercancías clasificadas bajo determinadas subpartidas arancelarias. Tratándose de mercancías de ese tipo originarias de la UE que sean remanufacturadas y se importen a Colombia, el requisito previsto en el Decreto 2261 de 2012 es compatible con lo establecido en el Decreto 925.

Adicionalmente, el Decreto 2261 de 2012 establece otros requisitos para obtener licencia para el caso de la importación de las mercancías remanufacturadas:

1. Que el importador obtenga autorización de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para lo cual deberán formular solicitud escrita ante dicha Entidad (...)
2. Que se señale claramente el uso o destinación de la mercancía a importar.

De la misma manera, estos requisitos son aplicables a las mercancías remanufacturadas clasificadas en las subpartidas señaladas en el ámbito del Decreto 2261 de 2012, que sean originarias de la UE y que se importen a Colombia.

Concepto

- Título:** Asignación del contingente de arroz bajo el Acuerdo de promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos
- Fecha:** 1 de febrero de 2013
- Problema Jurídico:** ¿Es posible, a la luz de las disposiciones del APC COL-EE.UU, implementar una política de “tiempos muertos” sobre la validez de los certificados expedidos para efectos de exportación de arroz?
- Regla:** APC COL-EE.UU
- Artículos 2.3 y 2.8
 - Notas del Apéndice I, numerales 2 y 20
- Concepto:** Decreto 728 de 2012

Acorde con lo descrito por las Notas del Apéndice I, numeral 20 del Acuerdo, el contingente libre de arancel para la cantidad acumulada de arroz debe ser asignado en cumplimiento de los términos dispuestos por un Certificado de Asignación de Cuota, sujeto a la aprobación de una Export Trading Company de acuerdo a las disposiciones del Export Trading Company Act of 1982, 15 U.S.C. §§4011-4021 (2000).

Teniendo en cuenta lo anterior, los sectores gremiales representativos del arroz en Colombia y Estados Unidos conformaron la Export Trading Company COL-RICE, empresa autorizada por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos para la administración del contingente de arroz definido en el Acuerdo. Así mismo, con el fin de reglamentar la aplicación del compromiso descrito, el gobierno nacional expidió el Decreto 728 de 2012, «Por el cual se reglamenta la aplicación del



contingente arancelario de cuartos traseros de pollo y arroz del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”.

Es pertinente señalar que en el artículo 5 del mencionado Decreto se establece que el 50% de los socios de COL-RICE son representantes de la industria del arroz en Estados Unidos, por lo cual si se estuviera incumpliendo con los requisitos definidos en el Export Trading Company Act of 1982, al tomar la decisión de contar con tiempos muertos en la administración del contingente, ellos serían los llamados en primera instancia a prevenir tal situación. De otra parte en los términos del artículo 8, el certificado de asignación de cuota “tendrá la vigencia que determine la ETC y en todo caso no podrá tener una vigencia posterior al 31 de diciembre del año para el cual fue expedido.”

En relación al texto del Acuerdo, no podría predicarse un incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 2.3 y 2.8 causado por una acción o inacción de la COL - RICE, pues dichas acciones o inacciones no pueden considerarse como “medidas de Colombia” que restringen la importación de arroz, por cuanto el cumplimiento de los compromisos descritos por los artículos citados, sólo se predica de las Partes del Acuerdo,

es decir, de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América y adicionalmente, porque no se está hablando de subastar cantidades menores a las pactadas.

Finalmente, al definir en el Acuerdo que la importación de arroz a Colombia libre de arancel se adelanta en cumplimiento de los términos dispuestos por el Export Trading Company Act of 1982, 15 U.S.C. §§4011-4021 (2000), serán las autoridades de Estados Unidos las competentes para definir si las decisiones tomadas por la ETC desconocen las disposiciones del mismo. En todo caso, si las autoridades de Estados Unidos decidieran cancelar el Certificado de Revisión de Comercio de Exportación del arroz, entonces el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, según lo descrito en el parágrafo 1 del artículo 5 del Decreto 728 de 2012 verificaría el incumplimiento de las condiciones señaladas para su aprobación, por lo cual su decisión debería ser retirar la habilitación concedida en Colombia. Si esto ocurriera, debería darse aplicación al Acuerdo conforme lo dispuesto en las Notas del Apéndice I, numeral 2: «Si un ETC no es aprobado, las cantidades se asignarán de la manera que sea establecida mediante mutuo acuerdo entre Colombia y los Estados Unidos».



Concepto

Título: Requisitos en importaciones de harina de trigo fortificada

Fecha 4 de marzo de 2013

Problema Jurídico: ¿Es posible exigir que todas las importaciones de harina de trigo y de productos que utilicen esta materia prima (en adelante “productos derivados”) sean elaboradas con harina de trigo fortificada, de conformidad con el Decreto 1944 de 1996?

¿Es viable incluir de manera expresa en los acuerdos comerciales vigentes y en trámite el requisito que todos los productos derivados importados deben ser fabricados con harina de trigo fortificada, conforme a lo previsto en el Decreto 1944 de 1996?

Regla: Artículo III: 4 del GATT

Anexo 1.1 del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio

Concepto:

1. Apoyo para exigir que todas las importaciones de harina de trigo y de productos derivados sean elaboradas con harina de trigo fortificada

Sea lo primero analizar el alcance del Decreto 1944 de 1996 que prevé el requisito técnico de fortificación de la harina de trigo. Este decreto prevé que la harina de trigo que se comercialice en el país deberá estar fortificada con vitamina B1, vitamina B2, niacina, ácido fólico y hierro. Así mismo, el parágrafo al artículo 4 de manera expresa dispone que la harina de trigo que se comercialice en el país debe cumplir con el requisito de fortificación.

Ahora bien, el artículo 8 dispone que los industriales fabricantes de la harina de trigo son los responsables de velar por la fortificación de la harina de trigo. Adicionalmente, el artículo 8 prevé que los productos alimenticios en los cuales se utilice la harina de trigo (productos derivados), deberán elaborarse igualmente con harina de trigo fortificada.

En relación con la obligación de fortificación de los productos derivados, el INVIMA y el Ministerio de Salud y Protección Social (en adelante el “MinSalud”) tienen posiciones encontradas. Entendemos es la posición del INVIMA considerar que la obligación de fortificación es exigible a toda la harina de trigo que se comercialice en el país, incluyendo la harina de trigo importada, pero no es exigible a los productos derivados, importados o fabricados en el país.¹ El INVIMA considera que la obligación de fortificación no aplica a los productos derivados. Así las cosas, para aplicar dicha obligación a los productos derivados importados es necesario modificar el decreto 1944 con el fin de contemplar de manera taxativa la fortificación de los productos derivados importados.

Por su parte, el MinSalud considera que no es necesaria la modificación del decreto, toda vez

¹ La posición del INVIMA la obtuvimos de conversaciones telefónicas sostenidas con funcionarios del INVIMA. En estas conversaciones los funcionarios del INVIMA también resaltaron las dificultades técnicas que generaría exigir la obligación de fortificación a los productos derivados importados.



que debe entenderse que desde el año 1996 con la expedición del Plan Nacional de Alimentación y Nutrición (PNAN) mediante Documento CONPES 2847 y del Decreto 1944 de 1996, toda la harina de trigo y todos los productos que se elaboren con base de la misma, sin distinción de su origen, deben contar con la respectiva fortificación.²

Entendemos que el INVIMA, como autoridad encargada de la vigilancia y control del cumplimiento de las disposiciones del decreto 1944 de 1996,³ no exige que los productos derivados importados, sean elaborados con harina de trigo fortificada, pero sí exige que la harina de trigo importada y producida en el país sea fortificada. Esta forma de aplicar el decreto tiene como consecuencia que todos los productos derivados que se producen en el país son necesariamente elaborados con harina de trigo fortificada, comoquiera que toda la harina de trigo importada y producida en el país es fortificada. No sucede lo mismo con los productos derivados importados, los cuales pueden elaborarse en el exterior con harina de trigo sin fortificar y ser importados al país sin que se les exija la obligación de fortificación.

En el contexto anteriormente descrito, acceder a la primera petición de la ANDI (brindar apoyo para exigir la fortificación de los productos derivados importados) supondría apoyar la interpretación del MinSalud y adelantar gestiones ante dicha entidad y el INVIMA para garantizar que las importaciones de productos derivados cumplan con la obligación de fortificación. En este sentido,

2 Memorando 201211202356183 de 19 de noviembre de 2012.

3 El Artículo 10 del Decreto 1944 de 1996 dispone que el control y vigilancia en el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el decreto está a cargo del INVIMA y entidades territoriales competentes. Así mismo, el Decreto 1290 de 1994, mediante el cual se precisan las funciones del INVIMA, dispone que es competencia del INVIMA “otorgar el visto bueno sanitario a la importación y exportación de los productos de su competencia, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas vigentes.”

es necesario evaluar de manera preliminar las interpretaciones de ambas entidades a la luz de los compromisos comerciales internacionales asumidos por Colombia en el marco de los TLCs (vigentes y en negociación) y las normas de la OMC.

De un análisis preliminar de la medida, identificamos que la medida posiblemente sería calificada como un reglamento que afecta la comercialización de mercancías nacionales y extranjeras en los términos del Artículo III: 4 del GATT. Así mismo, la medida podría ser calificada como un reglamento técnico, en los términos del Anexo 1.1 del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (en adelante “Acuerdo OTC”), sujeto a los artículos 2.1 (obligación de trato nacional) y 2.2 (evitar la creación de obstáculos innecesarios al comercio).

Teniendo en cuenta que las anteriores normas de la OMC han sido incorporadas por referencia o reproducidas en los TLCs suscritos por Colombia, en este concepto analizaremos las interpretaciones del MinSalud y el INVIMA sobre el alcance de la obligación de fortificación a la luz de las obligaciones de la OMC exclusivamente.⁴

Interpretación del INVIMA:

Entendemos que el INVIMA actualmente no exige a los productos derivados importados que sean elaborados con harina de trigo fortificada, pero sí lo exige a la harina de trigo producida en el país e importada.

Artículo III:4 del GATT

El Artículo III:4 del GATT consagra la obligación

de todo miembro de la OMC de otorgar a la mercancías importadas un trato no menos favorable que el otorgado a la mercancías nacionales en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte, entre otros, la venta y la oferta para la venta de estos productos en el mercado interno de un miembro. Sin embargo, esta disposición no obliga a los miembros a otorgar a los productos nacionales un trato no menos favorable que aquel que se le otorga a los productos importados. En términos prácticos, la discriminación a favor de las importaciones no está prohibida por la obligación de trato nacional.

En el caso que nos ocupa, el INVIMA exige tanto a la harina de trigo importada como a la producida en el país, que cumpla con el requisito de fortificación previsto en el Decreto 1944 de 1996. Teniendo en cuenta que el INVIMA aplica la misma exigencia a los productos importados y al producto nacional similar, dicho accionar es consistente con la obligación del artículo III:4 del GATT.

Ahora bien, incluso en el evento en que el requisito de fortificación a la harina de trigo importada fuera inconsistente con el artículo III:4 del GATT, Colombia podría alegar que la medida es necesaria para la protección de la salud humana en los términos de la excepción contenida en el artículo XX(b) del GATT. En efecto, el Decreto 1944 de 1996 tiene como objetivo mejorar la nutrición de los colombianos, en otras palabras mejorar la salud de los colombianos.⁵

En relación con los productos derivados, la forma como el INVIMA aplica el decreto genera como resultado que todos los productos derivados elaborados en Colombia tiene necesariamente que elaborarse con harina de trigo fortificada, mientras que los productos derivados importados

4 El siguiente análisis se limita a evaluar la consistencia de la postura del INVIMA y el MinSalud exclusivamente con los compromisos internacionales en materia comercial asumidos por el país –TLCs y normas de la OMC. Por ende, este concepto no supone una evaluación de dichas posturas bajo el ordenamiento jurídico interno.

5 En el caso de los TLCs suscritos por Colombia, el Artículo XX del GATT ha sido incorporado por referencia en los TLCs y es aplicable, entre otros, al capítulo de obstáculos técnicos al comercio.

pueden comercializarse en Colombia aun cuando han sido elaborados con harina de trigo no fortificada. Asumiendo que la manera como el INVIMA aplica el decreto otorga a los productos derivados nacionales un trato que probablemente sería calificado como menos favorable que el que se les otorga a los productos derivados importados, nada en el Artículo III:4 del GATT, ni en ninguna otra disposición de los acuerdos abarcados de la OMC, prohíbe a los miembros de la OMC tratar de manera más favorable a los productos importados.

Artículo 2.1 del Acuerdo OTC

La obligación de trato nacional en el Acuerdo OTC está consagrada en el artículo 2.1. Los argumentos esbozados anteriormente para argumentar que la medida no viola el artículo III:4 del GATT son igualmente aplicables para argumentar que la medida no viola la obligación de trato nacional prevista en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

Artículo 2.2 del Acuerdo OTC

El artículo 2.2 del Acuerdo OTC impone límites a la autonomía regulatoria de los miembros al impedirles adoptar o aplicar reglamentos técnicos que tenga por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional.⁶ El Grupo Especial en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* estableció que, para ser compatible con esta disposición, un reglamento técnico (i) ha de perseguir un “objetivo legítimo”; y (ii) no ha de restringir el comercio más de lo “necesario” para alcanzar ese objetivo legítimo (teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo).⁷

⁶ En el caso que nos ocupa, los únicos importadores que podrían alegar la violación de esta disposición son los importadores de harina de trigo. Por su parte, los importadores de productos derivados no tendrían interés alguno para alegar que el reglamento crea obstáculos innecesarios al comercio debido a que la obligación de fortificación no aplica a los productos derivados.

⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos-Medidas que*

En el marco del primer elemento, la parte motiva del Decreto 1944 de 1996 nos permite identificar que el objetivo del requisito de fortificación es disminuir o contrarrestar las deficiencias en el consumo de micronutrientes en la población colombiana.⁸ Es evidente que las medidas para reducir la deficiencia en el consumo de micronutrientes están encaminadas a proteger la salud humana. El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC menciona explícitamente la “protección de la salud humana” como uno de los “objetivos legítimos” comprendidos en esa disposición. Por ende, podemos afirmar que el decreto persigue un objetivo legítimo.

Para efectos de demostrar que una medida es consistente con el segundo elemento del examen, la jurisprudencia de la OMC ha identificado que es necesario satisfacer los siguientes requisitos: (i) que la medida no exceda el nivel de protección que trata de alcanzar el miembro que adopta dicha medida; (ii) que la medida hace una “contribución importante” al objetivo legítimo que persigue la medida; y (iii) la cuestión de si existen medidas alternativas menos restrictivas que representan una contribución equivalente al logro del objetivo, teniendo en cuenta el nivel de protección que trata de alcanzar el miembro que adopta la medida.⁹

Es la opinión de esta Oficina que, el hecho que el INVIMA no prohíba el ingreso de productos derivados que no sean elaborados con harina de trigo fortificada, puede ser considerado por un Grupo Especial como evidencia que la obligación de fortificación no hace ninguna “contribución importante” a la protección de la

afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor, WT/DS406/R, para. 7.333.

⁸ Considerando No. 3, Decreto 1944 de 1996.

⁹ Reporte del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas que afectan la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/R, para.7.333 y Reporte del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/R, para. 7.388.

salud. No es coherente desde un punto de vista regulatorio que se prohíba la importación de un producto por ser nocivo para la alimentación de los colombianos (harina de trigo no fortificada) pero al mismo tiempo se permita la importación de productos que utilizan en su elaboración este mismo producto nocivo (productos derivados elaborados con harina de trigo no fortificada).¹⁰

Así las cosas, la aplicación del Decreto 1944 de 1996 por parte del INVIMA podría ser considerado por un Grupo Especial como un obstáculo innecesario al comercio en violación del artículo 2.2 del Acuerdo OTC.

Interpretación del MINSALUD:

Bajo la postura de MinSalud los productos derivados importados tendrían que ser elaborados con harina de trigo fortificado, así como todos los productos derivados producidos en el país, en cumplimiento de la obligación de fortificación prevista en el Decreto 1944 de 1996. Igualmente, la harina de trigo comercializada en el país, bien sea importada o producida en el país, deberá cumplir con dicha obligación de fortificación.

Artículo III:4 del GATT y Artículo 2.1 del Acuerdo OTC

Teniendo en cuenta que la postura de MinSalud exige el requisito de fortificación al producto importado y al producto nacional similar (i.e. harina de trigo y productos derivados), dicha postura es consistente con la obligación del artículo III:4 del

GATT. Por iguales razones la postura de MinSalud es consistente con la obligación de trato nacional en materia de reglamentos técnicos prevista en el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

Artículo 2.2 del Acuerdo OTC

A diferencia de la interpretación del INVIMA, bajo la interpretación del MinSalud no se permitiría la importación de productos derivados importados elaborados con harina de trigo no fortificada. En este escenario es muy probable que un Grupo Especial determine que exigir la obligación de fortificación a todos los productos derivados importados, así como a toda la harina de trigo importada, es una “contribución importante” para alcanzar el objetivo legítimo de la protección de la salud humana. Si el objetivo de la medida es reducir las deficiencias en la nutrición de los colombianos al exigir la fortificación de la harina de trigo, es entonces igualmente indispensable que todos los productos derivados sean elaborados con harina de trigo fortificada. De lo contrario, la medida sería ineficaz para alcanzar el objetivo legítimo que persigue: la protección de la salud humana.

La aplicación del Decreto 1944 de 1996 en línea con la interpretación del MinSalud acabaría con las inconsistencias técnicas que genera la aplicación de dicha norma en los términos fijados por el INVIMA. La aplicación del decreto de conformidad con la interpretación del MinSalud resultaría en una aplicación de la medida consistente con nuestros compromisos internacionales en el marco de la OMC y TLCs.

Para efectos de dar respuesta a la primera petición de la ANDI, la recomendación de esta Oficina es antes que nada reunirse con el MinSalud y el INVIMA para discutir el asunto desde un punto de vista de los compromisos comerciales internacionales asumidos por Colombia. Es importante explicar las

¹⁰ En este mismo sentido se pronunció el Grupo Especial en Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor al determinar que el hecho de que los Estados Unidos no hayan prohibido la importación de todos los productos de tabaco aromatizados que tiene una gran aceptación entre los jóvenes demuestra que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace ninguna “contribución importante” a la consecución del objetivo legítimo de la medida. Reporte del Grupo Especial, Estados Unidos – Medidas que afectan la producción y venta de cigarrillos de clavos de olor, WT/DS406/R, para. 7.393.

implicaciones jurídicas y técnicas de las distintas interpretaciones sobre el alcance de la obligación de fortificación presentada por estas entidades. Estamos convencidos que dicha reunión nos permitirá acordar una posición de gobierno sobre el asunto y, más importante, sobre la manera como responderemos a la ANDI.

2. Necesidad de incluir de manera expresa en los acuerdos comerciales vigentes y en trámite el requisito que todos los productos derivados importados deben ser fabricados con harina de trigo fortificada

Esta Oficina considera que no es necesario incluir de manera expresa en los TLCs vigentes o en trámite el requisito que todo producto derivado importado deba ser producido con harina de trigo fortificada.

Tal como se explicó en la sección anterior, la obligación de trato nacional en el marco de la OMC y los TLCs no coartan la facultad del Estado para exigir que los productos importados cumplan con un requisito de fortificación encaminado a proteger la salud humana que igualmente aplica a los productos nacionales. Así mismo, el GATT (Artículo XX), el Acuerdo OTC (Artículo 2.2) y los TLCs contienen excepciones generales que les permiten a los miembros adoptar medidas necesarias para la protección de la vida humana, aún en el caso

que dichas medidas sean inconsistentes con la obligación de trato nacional.

Conclusiones:

- La aplicación del Decreto 1944 de 1996 en línea con la interpretación del MinSalud [Que el requisito se exija tanto a al trigo como a sus derivados, nacional e importado] acabaría con las inconsistencias técnicas que genera la aplicación de dicha norma en los términos fijados por el INVIMA.
- La aplicación del decreto de conformidad con la interpretación del MinSalud resultaría en una aplicación de la medida consistente con nuestros compromisos internacionales en el marco de la OMC y TLCs.
- No es necesario incluir de manera expresa en los TLCs vigentes o en trámite el requisito que todo producto derivado importado deba ser producido con harina de trigo fortificada.
- El GATT (Artículo XX), el Acuerdo OTC (Artículo 2.2) y los TLCs contienen excepciones generales que les permiten a los miembros adoptar medidas necesarias para la protección de la vida humana, aún en el caso que dichas medidas sean inconsistentes con la obligación de trato nacional



Concepto

- Título:** Análisis sobre la compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la Organización Mundial del Comercio (OMC) con un sistema similar al PROSEC de México.
- Fecha:** 7 de mayo de 2013.
- Problema Jurídico:** ¿Es posible en Colombia adoptar el sistema PROSEC para el sector de electrodomésticos y gasodomésticos, y determinar si este es compatible con el marco normativo de la OMC?
- Regla:** Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC: Artículo 1°, numeral 1.1 a) 1), Artículo 2, Artículo 5 y Artículo 6.

Concepto:

El presente concepto analiza la compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de un sistema similar al PROSEC mexicano, adaptado al sector electrodoméstico colombiano.

1. Descripción de la medida

El sistema PROSEC es un instrumento dirigido a la industria (empresas productoras de determinadas mercancías), mediante el cual se permite la importación de determinados productos (bienes de capital o maquinaria, insumos y materias primas) con un arancel más favorable al que se le otorga al resto de los importadores. La importación puede ser temporal o definitiva. La importación definitiva permite la internación de bienes, materias primas o insumos para la industria con el pago de unos tributos aduaneros en condiciones más favorables que las aplicadas a otro tipo de importadores. La importación temporal (programa IMMEX) es similar al régimen aduanero colombiano del plan vallejo para perfeccionamiento activo; puntualmente los bienes que se importan sin el pago de tributos aduaneros serán utilizados en un proceso industrial o de servicios destinados a la elaboración, transformación o reparación de mercancías de procedencia extranjera, importadas temporalmente para su posterior exportación. La importación de

estos bienes libre de tributos aduaneros también es posible para la exportación de servicios. La aplicación del arancel más favorable no está condicionada a las exportaciones ni al reemplazo de importaciones, sino que busca disminuir los costos de transacción que tiene la industria en su proceso de producción.

2. Normas de la OMC aplicables

Artículo 1°, numeral 1.1 a) 1) del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC (Acuerdo SMC – OMC)

- W**a. 1) *cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro, es decir:*
- i. *cuando la práctica de un gobierno implique transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportes de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);*
 - ii. *cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales);*

iii. cuando un gobierno proporcione bienes o servicios – que no sean de infraestructura general - o compre bienes;

iv. cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos; o

a. 2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994; y b) con ello se otorgue un beneficio //

A la luz del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC) de la OMC en su artículo 1, una subvención o subsidio se define como la contribución financiera de un gobierno o una entidad pública, directa o indirectamente, a través de la transferencia de fondos, la *condonación de deuda*, la proporción de bienes y/o servicios y los pagos a un mecanismo de financiación o de créditos, entre otras prácticas, las cuales en cualquier caso requieren que se confiera un beneficio o ventaja.

El ASCM se encarga de regular subvenciones consideradas como específicas. Según el artículo 2° del Acuerdo, una subvención es específica cuando:

2.1. a) Cuando la autoridad otorgante, o la legislación en virtud de la cual actúe la autoridad otorgante, limite explícitamente el acceso a la subvención a determinadas empresas, tal subvención se considerará específica.

b) Cuando la autoridad otorgante, o la legislación en virtud de la cual actúe la autoridad otorgante, establezca criterios o condiciones objetivos que rijan el derecho a obtener la subvención y su cuantía, se considerará que no existe especificidad, siempre que el derecho sea automático y que se respeten estrictamente tales criterios o condiciones. Los criterios o condiciones deberán estar claramente estipulados en una ley, reglamento u otro documento oficial de modo que se puedan verificar.

c) Si hay razones para creer que la subvención puede en realidad ser específica aun cuando de la aplicación de los principios enunciados en los apartados a) y b) resulte una apariencia de no especificidad, podrán considerarse otros factores. Esos factores son los siguientes: la utilización de un programa de subvenciones por un número limitado de determinadas empresas, la utilización predominante por determinadas empresas, la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas, y la forma en que la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder una subvención. Al aplicar este apartado, se tendrá en cuenta el grado de diversificación de las actividades económicas dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, así como el período durante el que se haya aplicado el programa de subvenciones.

2.2. Se considerarán específicas las subvenciones que se limiten a determinadas empresas situadas en una región geográfica designada de la jurisdicción de la autoridad otorgante. Queda entendido que no se considerará subvención específica a los efectos del presente Acuerdo el establecimiento o la modificación de tipos impositivos de aplicación general por todos los niveles de gobierno facultados para hacerlo.

2.3. **Toda subvención comprendida en las disposiciones del artículo 3 se considerará específica.¹**

- 2.4. Las determinaciones de especificidad que se formulen de conformidad con las disposiciones del presente artículo deberán estar claramente fundamentadas en pruebas positivas” (subrayado nuestro)

Lo anterior, significa que un subsidio debe ser específico, es decir, debe estar dirigido a: 1) una empresa o grupo de empresas específicas; 2) a un sector o sectores industriales específicos; 3) a una región geográfica específica; o 4) ser de los subsidios denominados prohibidos de conformidad con las disposiciones del Artículo 3 del ASMC.

Ahora bien, el ASMC además establece tres tipos de subvenciones: prohibidas, recurribles y no recurribles.

- A. **Las prohibidas**, son las medidas, que sin importar su forma, constituyen una contribución financiera entregada por un gobierno o por un organismo público que lo represente y que van dirigidas a fomentar las exportaciones o a sustituir las importaciones. El mencionado artículo 3 del Acuerdo SMC – OMC, comprende las **subvenciones supeditadas de hecho o de derecho a los resultados de exportación**, como condición única o entre otras varias, incluyendo las enunciadas en el Anexo I del Acuerdo SMC – OMC, **y las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados**, como condición única o entre otras varias condiciones; y precisa que ningún país miembro de la OMC concederá ni mantendrá las mencionadas subvenciones.
- B. **Las recurribles**, aunque no están prohibidas, pueden ser demandables en la medida en que generen efectos desfavorables sobre los intereses de otro Miembro de la OMC acudiendo directamente ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC.

3. Análisis de la medida.

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC) de la OMC dispone que se otorga un beneficio a una industria determinada cuando se condonen o ***no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales).***

Al analizar esta disposición con relación a la medida que establece el sistema PROSEC, se podría considerar que este sistema eventualmente conllevaría una práctica gubernamental que implica el otorgamiento de una subvención.

El sistema PROSEC opera como un incentivo para determinadas empresas que al adquirir insumos con un arancel disminuido o más bajo al que realmente corresponde, ven disminuidos sus



costos de producción, con el consecuente aumento en la fabricación de determinados bienes, para ser competitivos en los mercados nacionales e internacionales. No parece que el incentivo esté supeditado a compromisos de exportación y el mismo no propende por la utilización de insumos o materias primas nacionales. En este sentido no pareciera que un sistema de esta naturaleza pueda encuadrarse en la definición de los llamados subsidios prohibidos.

No obstante lo anterior, la OMC ha entendido que “ (...) las subvenciones pueden distorsionar las corrientes comerciales si otorgan una ventaja competitiva artificial a los exportadores o a las ramas de producción que compiten con las importaciones (...)” también considera que “(...) el análisis económico debería poder ayudar a determinar la conveniencia de una intervención desde la perspectiva de bienestar social y a evaluar las ventajas de otras formas de intervención (...)”¹

En este orden de ideas se debe tener en cuenta que si se implementa el sistema en Colombia el mismo podría conllevar efectos desfavorables en algunos de nuestros socios comerciales, lo cual eventualmente podría permitir catalogarlo dentro de la categoría de subvenciones recurribles; en la medida que contraría lo dispuesto en los Artículos 5 y 6 del ASMC, así:

Artículo 5. Efectos desfavorables

“ Ningún Miembro deberá causar, mediante el empleo de cualquiera de las subvenciones que se refiere el párrafo 1 y 2 del artículo 1, efectos desfavorables para los intereses de otros Miembros, es decir:

- a. Daño a la rama de producción nacional de otro Miembro;

- b. Anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros Miembros, directa o indirectamente, del GATT de 1994, en particular de las ventajas de las concesiones consolidadas de conformidad con el artículo II del GATT de 1994;
- c. Perjuicio grave a los intereses de otro Miembro. (...)”.

Conclusión

El riesgo entonces de adoptar una medida como el sistema PROSEC estaría ligado a la posibilidad de ser impugnado mediante una medida compensatoria aplicada por algún socio comercial o eventualmente por el llamamiento a consultas de conformidad con el procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

En cualquier caso, “(...) para obtener un recurso multilateral contra una subvención recurrible debe establecerse la existencia de un efecto desfavorable en el sentido del artículo 5 del Acuerdo SMC, a saber, daño a la rama de producción de otro Miembro (norma que también se aplica en el caso de las medidas compensatorias), perjuicio grave a los intereses de otro Miembro, o anulación o menoscabo de las ventajas directas o indirectas resultantes para otros Miembros del GATT.

Además, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 6 del mencionado Acuerdo, puede establecerse la existencia de perjuicio grave sobre la base de alguna de las cuatro circunstancias siguientes: desplazamiento u obstaculización de otro Miembro en el mercado del Miembro que concede la subvención; desplazamiento u obstaculización de las exportaciones de otro Miembro al mercado de un tercer país; contención de la subida de los precios o reducción de los precios significativas, subvaloración de precios.²

¹ (Informe sobre comercio mundial 2006, II. Las subvenciones, el comercio y la OMC. F. las subvenciones y la OMC.)

² Informe sobre comercio mundial 2006, II. Las subvenciones, el comercio y la OMC. F. las subvenciones y la OMC.)

Concepto

- Título:** Análisis de la ley 4 de 2006 por medio de la cual “se asignan recursos adicionales al fondo de desarrollo para la infancia” emitida en el Ecuador y la compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la comunidad andina.
- Fecha:** 19 de julio de 2013
- Problema Jurídico:** ¿Constituye la “Ley Especial que asigna recursos adicionales al Fondo de Desarrollo para la Infancia” (Ley 4 de 2006 de Ecuador) un obstáculo al comercio, frente a las disposiciones del Acuerdo de Integración Subregional Andino?
- Regla:** Acuerdo de Cartagena, artículos 73 y 74.
Decisión 425 de la Comunidad Andina, artículos 46 a 55.

Concepto:

La Ley 4 de 2006 mediante la cual se asignan recursos adicionales al Fondo de Desarrollo para la Infancia, crea un impuesto adicional a las importaciones que recauda la Administración Distrital o por instituciones del sistema financiero nacional, autorizado por el Ministerio de Finanzas y Crédito Público Ecuatoriano, así:

“Art. 1. Asignase al Fondo de Desarrollo para la Infancia, creado mediante Ley N° 92, publicada en el Registro Oficial N° 934 de 12 de mayo de 1998. Los recursos provenientes de las siguientes fuentes:

1. Del impuesto adicional del cero punto cinco por ciento (0,5%) ad-valorem CIF a las importaciones, con excepción de los ítems del arancel de importaciones referentes a productos que se utilizan en la elaboración de fármacos de consumo humano y veterinario que sean especificados en el Reglamento de esta Ley; y
2. Del remate o venta directa de mercaderías declaradas en abandono expreso y en comiso administrativo” (subrayado nuestro)

En consecuencia, la empresa plantea que el gobierno ecuatoriano, a través de este impuesto, junto con el Impuesto a la Salida de Divisas, estaría generando una asimetría en el intercambio comercial con ese país y pone como ejemplo el intercambio comercial de tableros, de la siguiente manera.

“... Mientras que los tableros de ellos (aludiendo a Ecuador) entran a Colombia con cero arancel y sin ningún otro impuesto o requisito (y nos tienen inundados) nuestros tableros para entrar a Ecuador tienen que pagar un 5% por giro de divisas para pagar y además un 0,5% de un fondo para la infancia (FODINFA).”

I. Compatibilidad de la Ley 4 de 2006 por medio de la cual “se asignan recursos adicionales al Fondo de Desarrollo para la infancia” con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina

Dentro del ordenamiento jurídico andino se encuentra incorporado el concepto de “gravamen o restricción”, que resulta indispensable para determinar si la mencionada ley que asigna

recursos adicionales al Fondo de Desarrollo para la Infancia vulnera sus disposiciones. En particular se hace necesario revisar si el impuesto arriba descrito es compatible con el “*programa de liberación del comercio*”, que pretende eliminar las barreras de todo orden respecto de los intercambios comerciales entre los Países Miembros.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del Proceso 12-AN-99 Acción de Nulidad, interpuesta por la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CORPEI) contra las resoluciones No. 139 del 14 de octubre de 1988 y 173 del 14 de enero de 1999, expedidas por la Secretaría General de la CAN, manifestó:

“ (...) Al suscribir el Acuerdo de Cartagena, Tratado por el cual se da vida al proceso de Integración andino, los Países Miembros se comprometieron a adelantar un Programa de Liberación del comercio tendiente a eliminar las barreras de todo orden respecto del comercio intrarregional, dando lugar a la construcción del nuevo mercado común andino (...) ” //

Así las cosas, podemos decir que para salvaguardar el principio de integración y adoptar el programa de liberación, el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena definió qué se entiende por “gravámenes” y “restricciones” de todo orden, señalando como gravámenes, los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de

carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones.

El Tribunal precisa que “ ...el concepto de **gravamen y restricciones trasciende a todas aquellas situaciones con las cuales se pretende recargar el valor de las importaciones** que, por realizarse dentro de la zona de libre comercio no deben gravarse con suma alguna derivada del hecho mismo de la importación, a menos que se trate del cobro de los servicios que, directamente relacionados con tal hecho, deba sufragar el importador como contraprestación por tales servicios generalmente constituidos por operaciones de descargue, estiba, desestiba en la utilización de puertos, hangares, bodegas, en general trámites concernientes al levante de las mercancías...” (subrayado fuera del texto).

En ese orden de ideas, cualquier suma que cobre un País Miembro por concepto de importaciones a su territorio provenientes del territorio de otro País Miembro y que no se trate o tenga relación con los servicios conexos a la misma (operaciones de cargue, descargue, estiba, etc.) podrían ser calificados como “gravamen” en los términos del artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

En la misma sentencia, el Tribunal de Justicia



desarrolla aún más el concepto al manifestar que el legislador andino hizo una definición especial de carácter legal derivada del Tratado, cuando precisó, “...Cualquier suma que cobre unilateralmente un País por el hecho de importaciones que se efectúen en su territorio provenientes y originarias de otro País Miembro, sin que se pueda amparar bajo el concepto de “tasa” o de “recargos análogos” que correspondan al costo aproximado de los servicios prestados” muy probablemente sería calificado como “gravamen” en los términos del artículo 73.”

II. Procedimiento para establecer si una medida adoptada por un país miembro contradice la norma andina por constituirse en “gravamen” o “restricción”

El artículo 74 del Acuerdo de Cartagena estableció en cabeza de la Secretaría General de la CAN, la facultad para calificar una medida adoptada por un País Miembro como restricción o gravamen, o también para considerarla como permitida, si se adecua a lo estipulado como excepción. La Decisión 425 indica el procedimiento que se surte ante la SG de la CAN (artículos 46 a 55).

III. Conclusión

De lo anteriormente expuesto se puede concluir:

1. La Ley 4 de 2006 mediante la cual se asignan recursos adicionales al Fondo de Desarrollo para la Infancia, podría ser considerada como “gravamen”, al establecer un impuesto a las importaciones y no a las operaciones comerciales en general. El hecho generador del impuesto, al ser únicamente la importación y no como consecuencia del cobro de los servicios relacionados con ella o como contraprestación de servicios generalmente constituidos por operaciones de descargue, estiba, desestiba en la utilización de puertos, hangares, bodegas, etc., concernientes al levante de las mercancías,

contrariaría lo establecido en la normativa andina, al violar la prohibición prevista en el artículo xx del Acuerdo de Cartagena, sobre imponer restricciones o gravámenes a las importaciones.

2. Retomando el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la CAN en su sentencia derivada del proceso 12-AN-99, la prohibición de establecer restricciones o gravámenes solo tiene en la práctica una excepción que es la relativa a las tasas o recargos análogos “(...) los cuales no quedan comprendidos dentro de dicho concepto, siempre y cuando tales tasas o recargos correspondan al costo aproximado de tales servicios que prestan al importador, en relación con el hecho mismo de la importación. Dicha situación excepcional busca que los Países Miembros puedan razonablemente recuperar a través de este mecanismo los costos que asumen al facilitar las operaciones de importación mediante el concurso de su infraestructura física y administrativa (...)”

El impuesto adicional del cero punto cinco por ciento (0,5%) ad-valorem CIF a las importaciones, con excepción de los ítems del arancel de importaciones referentes a productos que se utilizan en la elaboración de fármacos de consumo humano y veterinario, está concebida para cubrir una finalidad específica, cual es la destinar recursos adicionales al Fondo de Desarrollo para la Infancia y no para recuperar por ejemplo, costos de inversión en infraestructura física y administrativa que facilite las operaciones de importación.

3. Corresponde a la SGCAN calificar si una medida adoptada por un País Miembro, es un “gravamen” o no, en los términos establecidos en el artículo 74 de Acuerdo de Cartagena.

Concepto

Título: Verificación de textiles en el marco del TLC entre Colombia y Estados Unidos

Fecha: 27 de mayo de 2013

Problema Jurídico: Proceso de Verificación de Origen de textiles bajo el marco del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos

Regla: Artículos 4.15, 4.17, 4.18 del TLC entre Colombia y Estados Unidos

Concepto:

1. ¿Es posible iniciar el proceso de verificación de origen solicitando al mismo tiempo información al importador, al exportador y al productor y en el proceso de verificación combinar solicitudes de información, cuestionarios y visitas de verificación?

El artículo 4.18 numeral 1 del Acuerdo con Estados Unidos (en adelante “el Acuerdo”), indica lo siguiente:

“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 utilizada 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. (subrayado fuera de texto).”

El Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Del Artículo 4.18.1 se observa que se trata de una lista enumerativa. Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra podrá significa:

Poder

(Del lat. *potēre, formado según potes, etc.).

1. **tr. Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo.**

En desarrollo de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena se entiende que los tratados deben aplicarse de conformidad con el principio de “**interpretación efectiva de los tratados**”; esto es que todas las disposiciones de un tratado deban interpretarse de manera tal que se haga efectiva su aplicación, que sean armoniosas (en su contexto) y no deben conllevar a interpretaciones que las haga redundantes, inútiles o inaplicables.

En concordancia con lo anterior, cuando el artículo 4.18.1 del Acuerdo menciona que **se podrá conducir una verificación de origen, mediante (...)**, esto significa que la Parte importadora tiene la facultad de hacer una verificación de origen por cualquiera de las opciones enumeradas en el

artículo. Además, éste no hace ninguna referencia a que únicamente se puede escoger una de las opciones, lo cual nos conduce a que la Parte podrá escoger cualquiera de las alternativas o todas.

Lo mismo sucede con cada una de las opciones mediante las cuales se puede conducir una verificación de origen; dado que no existe una exclusión expresa de que las solicitudes, los cuestionarios, las visitas o cualquier otro procedimiento se deba llevar a cabo a sólo uno de los sujetos (importador, exportador, productor), esto significa que éstos procedimientos se le podrán aplicar a cualquiera de ellos o a todos.

2. Cuando el certificado fue expedido por el importador se pueden solicitar las declaraciones juramentadas? Qué otros documentos se pueden solicitar al importador conforme al artículo 4.17 del Capítulo 4 del Acuerdo.

Según el Artículo 4.17.2 del Acuerdo **“Cada Parte dispondrá que un importador que solicite trato arancelario preferencial para una mercancía que se importe a territorio de esa Parte conserva, por**

un mínimo de cinco años a partir de la fecha de importación de la mercancía, todos los registros necesarios para demostrar que la mercancía calificaba para el trato arancelario preferencial.”
(Subrayado fuera de texto).

Cuando este artículo se refiere a que el importador debe mantener todos los registros necesarios para demostrar que la mercancía calificaba para el trato arancelario preferencial, esto significa que éste deberá tener toda la documentación que permita demostrar que una mercancía es originaria. Vale mencionar que el artículo 4.17.1 dispone que cuando un exportador o un productor proporcione un Certificado de Origen, éste deberá conservar por un mínimo de 5 años todos los registros necesarios para demostrar que la mercancía era originaria, incluyendo los registros relativos a:

- a) *la adquisición, los costos, el valor y el pago por la mercancía exportada;*
- b) *la adquisición, los costos, el valor y el pago de todos los materiales, incluso los indirectos, utilizados en la producción de la mercancía exportada; y*



- c) *la producción de la mercancía, en la forma en la cual ésta fue exportada.*

De acuerdo al artículo 4.17.1, se entiende que los registros que permiten demostrar que una mercancía es originaria son los listados en este numeral, por tanto cuando el numeral 2 del artículo en mención se refiere a que un importador debe mantener todos los registros necesarios para demostrar que la mercancía calificaba para el trato arancelario preferencial, quiere decir que se debe conservar toda la documentación listada en el numeral 1 que permita acreditar que el bien era originario.

Así mismo, consideramos importante revisar cuáles son las obligaciones de los importadores y los documentos que deben presentar éstos al momento en que la Aduana de Estados Unidos les haga una verificación de origen bajo el marco del Acuerdo:

Obligaciones del importador

- a) *General. Un importador que hace una solicitud de tratamiento arancelario preferencial bajo la Sección. 10.3003 (b)¹ de este subpárrafo:*

(1) *Se considera que ha certificado que el bien es elegible para tratamiento arancelario preferencial bajo el Acuerdo;*

(2) *Es responsable de la veracidad de la solicitud y de toda la información y los datos contenidos en el certificado de acuerdo a lo previsto en la Sección. 10.3004² de este Subpárrafo;*

(3) *Es el encargado de la presentación de los documentos justificativos solicitados por la CBP y de la veracidad de la información contenida en esos documentos. Cuando una certificación elaborada por un exportador o productor es la base de una solicitud de trato arancelario preferencial, y la CBP solicita la presentación de los documentos justificativos, el importador proporcionará a la CBP, o hará los arreglos pertinentes para la presentación directa por el exportador o productor, toda la información invocada por el exportador o productor en la preparación de la certificación. (Subrayado fuera de texto)*

De lo anterior se desprende que el importador será el responsable de presentar todos los documentos justificativos para la solicitud de tratamiento arancelario preferencial, es decir para la demostración del origen del bien, así como también de la veracidad de la documentación presentada a la CBP. Únicamente en los casos en que el exportador o productor sea el que aporta

¹ Del Código Federal de Regulaciones de los Estados Unidos "Título 19: Customs Duties". Proposed Sec. 10.3005 Importer obligation.

² Ibidem



el Certificado de Origen, el importador puede mediar para que la documentación que soporta la elaboración del certificado sea presentada por alguno de estos dos agentes a la CBP, en todo caso, el importador también podrá presentarlos directamente. El hecho de que un importador haya presentado una auto certificación de origen, no lo exime de las obligaciones que tiene frente a la CBP y esto es, que para hacer una solicitud de tratamiento arancelario preferencial la mercancía debe ser originaria, por lo tanto, es claro que cuando el importador es quien presenta una certificación, éste debe tener conocimiento del proceso de producción de la mercancía³.

También la CBP se refiere a la presentación de los registros necesarios para la demostración de origen. Entre estos:

- Los registros para demostrar que las mercancías o materiales están hechos en los EE.UU. o en Colombia
- Órdenes de Compra
- Facturas
- Avisos de Entrega
- Registros de Exportación y Documentos de Transporte
- Declaraciones Juradas (Affidavits).

En el caso de los textiles, las Declaraciones Juradas

deberán contener:

- Información de contacto
- El productor tanto del hilado y el tejido debe preparar la declaración jurada
- Información específica
- Tipo de hilado / tejido
- Deben estar vinculados a los documentos soportes: contratos, facturas, órdenes de compra

El importador, deberá mantener al menos por el término de 5 años "todos los registros y documentos que le permitan demostrar que los bienes califican para el tratamiento arancelario preferencial bajo el marco del Acuerdo"⁴.

Para el caso de Colombia, si la Aduana lo considera pertinente ésta podrá solicitar la misma documentación que la CBP requiere a sus importadores cuando se han acogido al tratamiento arancelario preferencial. Teniendo en cuenta lo que se ha manifestado anteriormente, las Declaraciones Juradas (Affidavits), constituyen documentos soportes de vital importancia para demostrar que las mercancías son originarias. Como se indicó, estas declaraciones se pueden requerir directamente al importador o éste puede solicitar al exportador o productor que le facilite los mismos cuando alguno de estos dos últimos

3 En el Foro Asia Pacific Economic Cooperation – APEC, los Estados Unidos presentaron el documento No 2010/CTI/WKSP/O10 Sesión 4 "Why the Importer-Based Self-Certification Model?". De acuerdo a lo establecido en esta presentación una autocertificación de origen:

- Allows an importer to make a claim for trade preference based on:
 - Importer knowledge of the production process (Subrayado fuera de Texto)
 - Reliance on certification by the producer or exporter with knowledge of the production process
- If the importer learns that the information on which he relied is incorrect, the importer must correct or withdraw the claim.

4 An importer claiming preferential tariff treatment for a good imported into the United States under Sec. 10.3003(b) of this subpart must maintain, for a minimum of five years after the date of importation of the good, all records and documents that the importer has demonstrating that the good qualifies for preferential tariff treatment under the CTPA. These records are in addition to any other records that the importer is required to prepare, maintain, or make available to CBP under part 163 of this chapter (Of the Federal Regulations Code). Los registros de la parte 163 del Código Federal de Regulaciones se refiere a todos los documentos de entrada de las mercancías a Estados Unidos (ver: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2012-title19-vol2/pdf/CFR-2012-title19-vol2.pdf>).

fue el que emitió el Certificado de Origen. Es importante entonces reiterar que en el caso que el importador es quien certificó el origen, él es quien será el responsable de suministrar esta información a la Autoridad competente, pues se presume que al haber presentado esta autocertificación está aceptando que conoce el proceso de producción⁵.

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta que el Acuerdo establece en su Artículo 4.18.2 numeral c) que:

"2. Una Parte podrá denegar el trato arancelario preferencial a una mercancía importada, cuando:

(c) La Parte que 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."

En caso de tratarse de mercancías textiles, si al momento de la verificación de origen la información que sustenta la solicitud de tratamiento arancelario preferencial se considera insuficiente, la Parte importadora podrá tomar las acciones que considere apropiadas bajo el Artículo 3.2.7.

3. Considerando los artículos 4.15 y 4.17 del Acuerdo, tratándose de una certificación de origen expedida por el exportador, se entiende que este (exportador) debe ser del territorio de las Partes.

Teniendo en cuenta que el artículo 4.17.1 establece que *"Cada Parte dispondrá que un exportador o un productor en su territorio, que proporcione una certificación de conformidad con el Artículo 4.15, conserve por un mínimo de cinco años a partir de la fecha de la emisión de la certificación, todos los registros necesarios para demostrar que la*

mercancía para la cual el productor o exportador proporcionó una certificación era una mercancía originaria incluyendo los registros relativos a (...)”(subrayado fuera de texto), se observa que la obligación de mantener los registros sólo podrá exigirse cuando el exportador o el productor que emitió el Certificado de Origen pertenece a alguno de los territorios de las Partes.

Así las cosas, cuando es el exportador el que está certificando el origen, éste debe estar en el territorio de alguna de las Partes con el fin de poder exigirle posteriormente la presentación de los documentos que demuestran el cumplimiento del origen, de lo contrario sería inútil la disposición que obliga a la conservación de estos registros. Caso contrario, cuando un exportador de un país que no es Parte del Acuerdo presenta un Certificado de Origen, éste deberá ser proporcionado o emitido por el productor que se encuentra en alguno de los territorios de las partes del Acuerdo, con el fin de exigir la obligación dispuesta en el Acuerdo.

Solo en estos casos, es indiferente si el exportador se encuentra o no en el territorio de las Partes, ya que es sobre el productor sobre quien recaerá la obligación de mantener la documentación que demuestre el cumplimiento del origen.



5 Foro Asia Pacific Economic Cooperation – APEC, Op. Cit.

Concepto

Título: Correcciones de certificados de origen en el TLC entre Colombia y México.

Fecha: 5 de octubre de 2013

Problema Jurídico: ¿Es posible conceder o negar el trato preferencial del acuerdo comercial correspondiente cuando los certificados de origen - CO emitidos con criterio de origen que no corresponde al determinado en el TLC con México (en adelante "TLC") para un producto son válidos (en el caso objeto de consulta, los CO se expidieron con base en un criterio de valor de contenido y no de cambio de clasificación)?

Regla: TLC Colombia – México, Art. 7-03, 7-04 y 7-07

Concepto:

El numeral 2 del artículo 7-04 del TLC "Obligaciones respecto a las exportaciones", establece:

Un exportador o un productor que haya llenado y firmado un certificado o una declaración de origen y tenga razones para creer que ese certificado o declaración contiene información incorrecta, debe comunicar sin demora y por escrito, cualquier cambio que pudiera afectar la exactitud o validez del certificado o declaración a todas las personas a quienes se les hubiere entregado así como, de conformidad con la legislación de la Parte de que se trate a la autoridad competente de la Parte exportadora. En ese caso no podrá ser sancionado por haber presentado un certificado o declaración incorrecto (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, el numeral 2 del artículo 7-03 del TLC "Obligaciones respecto a las importaciones", dispone:

Cada Parte requerirá del importador que presente o entregue una declaración corregida y pague los impuestos de importación correspondientes, cuando el importador tenga motivos para creer

que el certificado de origen en que se sustenta su declaración de importación contiene información incorrecta. Si presenta la declaración mencionada en forma espontánea, conforme a la legislación interna de cada Parte, no será sancionado.

Con relación al caso objeto de consulta, la DIAN manifiesta que la Autoridad Mexicana confirmó la autenticidad de los certificados de origen e indicó que los productos cumplen con el cambio de clasificación, es decir se consideran originarios bajo los parámetros del TLC. Sin embargo, indica que la empresa informó que existió un error involuntario al diligenciar el criterio de origen en dicho documento.

De lo anterior, se desprende lo siguiente:

1. El TLC contempla la posibilidad que un exportador o productor pueda haber llenado y firmado un CO que contenga información incorrecta, lo que puede afectar la validez y exactitud del documento y en cuyo caso, el exportador o productor debe comunicar sin demora y por escrito esta situación a todas las personas a quienes se les hubiere entregado el CO, así como a la autoridad competente de la Parte exportadora. Si se llega a presentar

este escenario, el exportador o productor no podrá ser sancionado por haber presentado un certificado o declaración incorrecto.

2. El TLC establece también que si el importador tiene conocimiento o motivos para creer que el CO que sustenta su solicitud de trato arancelario preferencial contiene información incorrecta, aquel corrija, presente y pague los derechos de aduana dejados de cancelar, ante dicha situación, el importador no será sancionado. Con relación a este punto, es claro que el TLC se refiere a un caso en el cual la información incorrecta conduce a que la mercancía no sea originaria, dado que el importador tendría que pagar los impuestos que no se liquidaron por hacer uso de una preferencia arancelaria bajo el Acuerdo a la que no se tenía derecho.
3. La DIAN informa que aunque se presentó un error en el diligenciamiento del criterio de origen en el CO, la empresa comunicó dicha situación a la Autoridad Exportadora, por lo cual cumplió parte de lo establecido en el artículo 7-04 del TLC (aún no se conoce si la empresa informó por escrito a todas las personas a las que se hubiera entregado el certificado). La empresa también manifiesta cumplir con el origen bajo el TLC.

De otra parte, el numeral 2 del artículo 7-07 *Procedimientos para verificar el origen* indica que para determinar si un bien importado de otra Parte califica como originario, cada Parte podrá, por conducto de la autoridad competente, verificar el origen del bien mediante cuestionarios o visitas a las instalaciones del productor o exportador. En caso tal que dichos sujetos no contesten el cuestionario dentro del plazo establecido o no otorguen el consentimiento para la realización de la visita, la Parte importadora podrá negar el trato arancelario preferencial al bien o bienes que hayan sido objeto de verificación. Así mismo, el numeral 12 del artículo en mención, establece que *cuando la verificación que haya realizado una Parte, indique que el exportador o el productor*

ha certificado o declarado más de una vez de manera falsa o infundada que un bien califica como originario, la Parte podrá suspender el trato arancelario preferencial a los bienes idénticos que esa persona exporte o produzca, hasta que la misma pruebe que cumple con lo establecido en el capítulo VI.

Conclusiones:

- De las anteriores disposiciones se deduce que para denegar o suspender el trato arancelario preferencial, necesariamente se debió iniciar un proceso de verificación de origen.
- Dado que en la actualidad no existe una disposición en el TLC, ni en la legislación colombiana, que indique cuál es el proceso a seguir cuando a pesar de que el CO contiene errores, el exportador o productor manifiesta sí cumplir con el origen, la DIAN deberá determinar si se requiere que el exportador o productor a través de su autoridad exportadora expida un nuevo CO, o simplemente con el documento escrito al cual hace referencia el TLC, y en el cual el exportador o productor haya informado el error, es suficiente soporte para aceptar el documento con el error.

En todo caso, esta Oficina considera que si el exportador o productor informó su error a la Autoridad exportadora, no es viable imponer una sanción al exportador o productor y mucho menos negar el trato arancelario preferencial al importador, ya que esto sólo será posible a través de una determinación negativa de origen, resultante de un proceso de verificación.

- En esta opinión no nos pronunciamos frente a situaciones similares en las que podrían encontrarse exportadores colombianos, según el mensaje con el que usted nos solicita nuestro concepto, pues habría que analizarlas conforme a sus aspectos particulares.

Concepto

Título: Nomina de bienes no producidos en la CAN

Fecha: 10 de mayo de 2013

Problema Jurídico: La función que cumple la Nómina de Bienes No Producidos de la Comunidad Andina – NBNP, en relación con el cumplimiento de las normas de origen, expedición de Certificados de Origen y el reconocimiento de las preferencias arancelarias establecidas en el marco de la Comunidad Andina.

Decisión 416 de 1997

Regla:

Concepto:

Marco jurídico en materia de Origen:

La Comunidad Andina mediante la Decisión 416 de 1997, estableció sus propias **“Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías”**. De esta manera, los bienes que cumplan los requisitos establecidos en esta norma, serán considerados originarios de la subregión y por lo tanto podrán acogerse a las preferencias arancelarias establecidas en el Acuerdo. El artículo 1 de la Decisión en mención define las mercancías originarias como **“todo producto, material o mercancía que cumpla con los criterios para la calificación del origen, establecidos en el Capítulo II de la presente Decisión”**. Por lo tanto, en el Capítulo II de la Decisión 416, artículos 2 a 11 se definen todos los criterios aplicables para calificar un bien como originarios de la subregión andina. Dentro de estos criterios no se incluye la nómina de bienes no producidos.

Así mismo, en su artículo 12 define que *“el cumplimiento de las normas y de los requisitos específicos de origen deberá comprobarse con un certificado de origen emitido por las autoridades gubernamentales competentes o las entidades habilitadas para tal efecto por el País Miembro exportador. Para la certificación del origen, las*

autoridades gubernamentales competentes o las entidades habilitadas deberán contar con una declaración jurada suministrada por el productor (...)” (subrayado fuera de texto).

Las Aduanas de los países miembros de la CAN tienen además la facultad de verificar el origen de las mercancías de importación. La misma Decisión 416 indica cuándo las autoridades competentes podrán revisar los Certificados de Origen y, si se requiere comprobar el no cumplimiento del origen, establece la posibilidad de aplicar las sanciones respectivas. El artículo 19 estipula: *“Las autoridades competentes de los Países Miembros podrán revisar los certificados de origen con posterioridad al despacho a consumo o levante de la mercancía y de ser el caso, aplicar las sanciones que correspondan de acuerdo con lo establecido en sus legislaciones internas (...)”*.

El Artículo 21 de la Decisión 416 especifica que: *“Las autoridades gubernamentales competentes en materia de origen, tendrán las siguientes funciones y obligaciones:*

a) Comprobar la veracidad de las declaraciones que le sean presentadas por el productor o exportador;

b) Supervisar a las entidades a las cuales haya autorizado el otorgamiento de certificaciones;

c) Seguir los procedimientos a que se refiere el Artículo 16 de esta Decisión; y,

d) Proporcionar a los Países Miembros y a la Secretaría General la información y cooperación relativas a las materias de esta Decisión;

e) Verificar si el producto y los materiales objeto de la declaración se encuentran en la nómina de bienes no-producidos en la Subregión.”

De la lectura del artículo anterior, en consonancia con los artículos 1 a 11 de la Decisión 416, se desprende que la comprobación de la veracidad de las declaraciones que le sean presentadas por el productor o exportador de un bien que se acredita como originario está relacionada con la evaluación de si un bien califica como originario en los términos previstos en los citados artículos y no con la simple comprobación de si un producto se encuentra incluido en la NBNP. En ese contexto, la verificación de si un producto y sus materiales objeto de certificación se encuentran en la NBNP tiene como propósito tener un elemento de control del origen de los productos subregionales, pero no resulta definitivo y es objeto de prueba en contrario cuando se han cumplido los criterios de origen en los términos descritos en la Decisión 416.

De lo anterior se observa que la Decisión 416 de la CAN es clara al establecer que siempre y cuando los bienes cumplan con los requisitos de origen, podrán acogerse a las preferencias establecidas en el Acuerdo y la demostración del cumplimiento de los requisitos debe acreditarse mediante la

presentación de un Certificado de Origen, que es emitido por las autoridades competentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, la NBNP es una lista indicativa que está principalmente relacionada con el establecimiento de un Arancel Externo Común (AEC) con el fin de proteger la producción nacional en dos sentidos:

1. Por medio del incentivo del consumo de los bienes producidos en la región, y
2. Permitiendo la importación de los bienes no producidos en la CAN con una tarifa diferida

Conclusiones:

La forma de acogerse al tratamiento arancelario preferencial es cumpliendo los criterios para la calificación del origen establecidos en el Capítulo II de la Decisión 416 de la CAN y acreditando el cumplimiento de tales requisitos mediante la presentación del Certificado de Origen.

No se puede negar el trato arancelario preferencial a unas mercancías, simplemente por el hecho de estar incluidas en la NBNP en la región, porque es probable que ésta no refleje idóneamente cuál es la producción nacional de un país. El referente para determinar el origen de un bien, es la comprobación del cumplimiento de los criterios de origen mencionados en el Acuerdo y por ende la presentación del Certificado de Origen de conformidad con lo estipulado en el respectivo capítulo del Acuerdo. Así las cosas, la NBNP es un referente que se estableció para el diferimiento de los aranceles de los bienes que no se producen en la Región.

Concepto

- Título:** Determinar el alcance jurídico en el Derecho Internacional de las expresiones “afirmar”, “ratificar”, “confirmar” o “incorporar”.
- Fecha:** 19 de abril de 2013
- Problema Jurídico:** Dependiendo de la intención de las partes es necesario establecer el alcance jurídico de las expresiones “afirmar”, “ratificar”, “confirmar” o “incorporar” en el marco de los Acuerdos Internacionales.
- Regla:** Artículo 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Concepto:

Por medio de la presente, la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo da respuesta a su memorando del 1° de abril de 2013, en el que se pregunta a esta dependencia por el alcance jurídico en el derecho internacional de las expresiones “afirmar”, “ratificar”, “confirmar” o “incorporar”.

Para comenzar, es importante aclarar que el uso de cualquiera de estas expresiones depende del efecto jurídico que se desee. En general, las cláusulas que contienen este tipo de expresiones pueden perseguir dos objetivos distintos:

1. Hacer una declaración que los derechos y obligaciones de un Acuerdo anterior no son modificados y por el contrario son respetados por un Acuerdo posterior; o
2. Incluir expresamente los derechos y obligaciones de un Acuerdo anterior en un Acuerdo posterior, de tal forma que hagan parte integral del mismo desde un punto de vista legal. Esto permitiría, por ejemplo, usar el mecanismo de solución de controversias del Tratado posterior para atacar violaciones del Tratado anterior.

Por esta razón, dependiendo de la intención de las partes de un determinado Acuerdo, se deberá escoger el lenguaje apropiado que responda al interés perseguido.

Para comprender la diferencia en el alcance jurídico de cada palabra que usted menciona en su memorando, es necesario recordar que la interpretación de los términos de un Tratado internacional se debe sujetar a las reglas establecidas en el Artículo 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Este primer artículo establece:

“Regla general de interpretación. 1. 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 fin. [...]” (subrayado por fuera del texto).

La práctica usual en el derecho internacional económico es que el sentido corriente se establece con base en la definición que los diccionarios contienen sobre la materia.

En el presente caso, se observa que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define estos términos de la siguiente forma:

“afirmar.

(Del lat. affirmāre).

1. tr. Poner firme, dar firmeza. U. t. c. prnl.

2. tr. Asegurar o dar por cierto algo.

3. prnl. Dicho de una persona: Estribar o asegurarse en algo para estar firme. Afirmarse

en los estribos.

4. prnl. Dicho de una persona: Ratificarse en lo dicho o declarado.

5. prnl. Esgr. Irse firme hacia el contrario, presentándole la punta de la espada.
ratificar.

(Del lat. *ratus*, confirmado, y *-ficar*).

1. tr. Aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos. U. t. c. prnl.

confirmar.

(Del lat. *confirmāre*).

1. tr. Corroborar la verdad, certeza o el grado de probabilidad de algo.

2. tr. Revalidar lo ya aprobado.

3. tr. Asegurar, dar a alguien o algo mayor firmeza o seguridad. U. t. c. prnl.

4. tr. Administrar el sacramento de la confirmación.

5. tr. Der. En los contratos o actos jurídicos con vicio subsanable de nulidad, remediar este defecto expresa o tácitamente.

6. prnl. Recibir el sacramento de la confirmación.

incorporar.

(Del lat. *incorporāre*).

1. tr. Agregar, unir algo a otra cosa para que haga un todo con ella." (subrayado por fuera del texto)

Conclusión

De estas definiciones se puede concluir que los primeros tres términos ("afirmar", "ratificar", "confirmar") se deben usar cuando se desea dar seguridad de que los derechos y obligaciones de un Tratado anterior serán respetados, pero no necesariamente incluidos en el nuevo Tratado. Es decir, no conformarían el nuevo Tratado y no serían exigibles bajo el mismo.

Por otro lado, el último término, incorporar, debe ser usado cuando se desee agregar los derechos y obligaciones de un tratado anterior a un tratado posterior, de forma tal que hagan parte de la estructura legal del tratado posterior. Como lo mencionamos anteriormente, este término es el

que debe usarse si se desea que el mecanismo de solución de controversias pueda usarse para atacar violaciones del tratado anterior.

En cuanto al término *mutatis mutandis*, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define de la siguiente manera:

Mutatis mutandis

(Loc. lat.).

1. loc. adv. Cambiando lo que se deba cambiar.

Para mejor ilustración, el Diccionario Oxford lo define de la siguiente manera:

mutatis mutandis

adverb

(used when comparing two or more cases or situations) making necessary alterations while not affecting the main point at issue: what is true of undergraduate teaching in England is equally true, *mutatis mutandis*, of American graduate schools.

Así mismo, en el caso Estados Unidos - Examen por extinción de los derechos antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistentes a la corrosión procedentes del Japón (DS244) el informe del Grupo Especial de la OMC indicó:

7.33 El párrafo 3 del artículo 12 declara que las disposiciones de ese artículo se aplicarán *mutatis mutandis* a los exámenes previstos en el artículo 11 (del Acuerdo Antidumping). En consecuencia, es evidente que las prescripciones en materia de aviso público del artículo 12 son aplicables *mutatis mutandis* a los exámenes por extinción. No obstante, la utilización de la expresión "*mutatis mutandis*" demuestra que los redactores preveían la posibilidad de que determinadas disposiciones del artículo 12 no fueran aplicables en absoluto, o al menos no fueran aplicables de forma idéntica, a los exámenes por extinción. Las disposiciones del artículo 12 son aplicables en los exámenes por extinción, con las modificaciones que pueda exigir la naturaleza de esos exámenes. (el subrayado es nuestro)

Concepto

- Título:** Tratamiento otorgado a las mercancías procedentes y con certificado de origen de zona franca, exportadas a Argentina bajo el marco del ACE-59.
- Fecha:** 11 de marzo de 2013
- Problema Jurídico:** ¿Determinar si las mercancías producidas en una zona franca pueden beneficiarse de las preferencias otorgadas en los distintos Acuerdos, en caso de que cumplan con los requisitos de origen, y las partes hayan pactado lo contrario?
- Regla:** Artículo 39¹ del ACE N° 59
 Artículo 2² del ACE N° 59
 Artículo 3 del ACE N° 59
 Artículo 31³ de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969
- Concepto:**

La Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo procede a emitir concepto sobre el tratamiento otorgado a las mercancías con certificado de origen de zona franca, exportadas a Argentina bajo el marco del ACE-59, y en particular el alcance del Artículo 39 del Acuerdo. A continuación presentamos la siguiente opinión:

Es importante recordar que las normas de origen preferenciales se aplican a los Estados Miembros o signatarios de un esquema preferencial establecido mediante un Acuerdo de naturaleza comercial. El objeto principal de las normas de origen es hacer que el trato arancelario pactado, sea aplicado a los productos obtenidos, extraídos, cosechados, fabricados, entre otros, en los territorios de las partes.

Como se demostrará en este concepto, bajo el principio antes mencionado, las mercancías producidas en una zona franca pueden beneficiarse de las preferencias otorgadas en los distintos Acuerdos, en la medida en que cumplan los requisitos de origen, siempre y cuando no se haya pactado lo contrario.

En particular, el ACE-59 describe dentro de sus objetivos es *"formar un área de libre comercio entre las Partes Contratantes mediante la expansión y diversificación del intercambio comercial y la eliminación de las restricciones arancelarias y de las no-arancelarias que afecten el comercio recíproco"*. Respecto a su ámbito de aplicación (Artículo 2), señala que éste comprende "el territorio de las partes signatarias".

Así mismo, el Artículo 3 del Acuerdo, establece que *"las partes contratantes conformarán una*

1 TÍTULO XXII ZONAS FRANCAS

Artículo 39. Las Partes Signatarias acuerdan continuar tratando el tema de las zonas francas y áreas aduaneras especiales.

2 Artículo 2. Las disposiciones del presente Acuerdo se aplicarán en el territorio de las Partes Signatarias.

3 Artículo 31. Regla general de interpretación 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 fin.

Zona de Libre Comercio a través de un Programa de Liberación Comercial, que se aplicará a los productos originarios y procedentes de los territorios de las Partes Signatarias. Dicho programa consistirá en desgravaciones progresivas y automáticas, aplicables sobre los aranceles vigentes para la importación de terceros países en cada Parte Signataria [...] (subrayado fuera de texto).

De lo anterior se deduce que aun cuando el ACE-59 no precisa que la expresión “territorio” comprende las zonas francas ubicadas dentro de los límites geográficos de cualquiera de los países signatarios, de acuerdo a la definición que existe en Colombia sobre las mismas, éstas forman parte del territorio nacional.

Ahora bien, con relación a las zonas francas el ACE-59 las menciona en el Artículo 39, indicando que *“las Partes Signatarias acuerdan continuar tratando el tema de las zonas francas y áreas aduaneras especiales”*. De este artículo se observa que las partes no definieron un tratamiento específico arancelario para las mercancías procedentes y originarias de las zonas francas, por lo cual, es necesario recurrir a lo establecido en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que dispone: *“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 fin”*.

Bajo el sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del Tratado, cuando señala que, *“las Partes Signatarias acuerdan continuar tratando el tema de las zonas francas y áreas aduaneras especiales”*, no se está haciendo una exclusión de la aplicación de las preferencias arancelarias a las mercancías originarias procedentes de zona franca, ya que en los Acuerdos las excepciones deben estar señaladas expresamente y deben precisar el alcance de lo que no será aplicable.

Teniendo en cuenta lo expuesto y haciendo alusión al Cuaderno No. 1 – Normas de Origen de la ALADI, se concluye que “[...] las mercancías producidas en zonas francas pueden beneficiarse de las preferencias otorgadas en los distintos acuerdos en la medida en que cumplan con los respectivos requisitos de origen. La excepción la constituyen los Acuerdos de Complementación Económica No. 18 (Mercosur, No.35 (Chile-Mercosur) y No.36 (Mercosur-Bolivia), donde se establece [expresamente] que los países participantes aplicarán el arancel vigente para terceros países a las mercancías producidas o provenientes de zonas francas o áreas aduaneras especiales de cualquier naturaleza”.

Conclusión

Finalmente y considerando que el tema de consulta no se enmarca dentro del artículo 19 del Anexo IV del Acuerdo, en el cual se listan las situaciones por las cuales se puede iniciar un proceso de consulta en materia de verificación de origen, el escenario idóneo de discusión sería la Comisión Administradora, cuyas funciones le permiten considerar el funcionamiento general del Acuerdo.

El presente concepto se emite con el alcance señalado en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Concepto

Título: Régimen bilateral con Argentina

Fecha: 26 de junio de 2013

Problema Jurídico: ¿Es posible acordar un régimen bilateral de profundización comercial con Argentina, teniendo en cuenta lo dispuesto en el ACE-59?

Regla: Artículo 3, 4 y 48 del ACE-59

Concepto:

Una profundización comercial con Argentina, país que hace parte, al igual que Brasil, del Acuerdo de Complementación Económica ACE-59, es posible a través de la firma de un Protocolo con la forma de acuerdo **inter-se** (un protocolo a un acuerdo principal, adoptado sólo entre algunas partes y no de toda la membresía del acuerdo principal) profundizando ciertos aspectos de la relación bilateral entre Colombia y Argentina. Para esto “no se podría otorgar el consentimiento del Estado en forma simplificada, sino que resulta necesario acudir al trámite propio de un Tratado o Acuerdo Internacional en forma solemne”, el cual debería estar sometido al trámite solemne previsto por la Constitución Colombiana para la entrada en vigencia de los Tratados Internacionales.

Por lo anterior, creemos necesario revisar la doctrina en materia de instrumentos **inter-se**. El Profesor Anthony Aust (Modern Treaty Law and Practice, Cambridge 2006, p 222) ha observado que un Protocolo o Acuerdo “**inter-se**” de conformidad con el artículo 41 de la Convención de Viena debe tener un objeto y efecto compatible con la finalidad y objeto del Acuerdo Original. De otra parte la inclusión en este nuevo acuerdo no debería implicar una vulneración de las obligaciones previstas en el acuerdo principal y menos ser prohibida por el instrumento citado. El acuerdo **inter-se** tampoco tiene la potencialidad de derogar disposiciones del acuerdo principal, incluso sólo entre las partes del instrumento

inter-se si dicha situación es incompatible con la finalidad y objeto del primero. Dicho acuerdo **inter-se** tampoco puede ampliar, restringir o afectar los derechos de terceros en línea con lo establecido por el principio **pacta tertiis nec nocent nec prosunt** consagrado en el artículo 34 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados (Ver. Ian Brownlie. Principles of Public International Law. Oxford 2008)

Analizado el ACE-59 como acuerdo principal, se observa que el artículo 3 de este instrumento distingue entre partes contratantes y partes signatarias y señala:

“Las Partes Contratantes conformarán una Zona de Libre Comercio a través de un Programa de Liberación Comercial, que se aplicará a los productos originarios y procedentes de los territorios de las Partes Signatarias. Dicho Programa consistirá en desgravaciones progresivas y automáticas, aplicables sobre los aranceles vigentes para la importación de terceros países en cada Parte Signataria, al momento de la aplicación de las preferencias de conformidad con lo dispuesto en sus legislaciones.”

El artículo 4 del citado ACE-59 señala por su parte: A los efectos de implementar el Programa de Liberación Comercial, *las Partes Signatarias acuerdan entre sí, los cronogramas específicos y sus reglas y disciplinas, contenidos en el Anexo II*. El artículo 41 del ACE-59 consagra entre

las funciones de la Comisión Administradora *"Por su parte el Artículo 48 del ACE-59 señala que las enmiendas o adiciones al presente Acuerdo solamente podrán ser efectuadas por consenso de las Partes Signatarias. Ellas serán sometidas a la aprobación por decisión de la Comisión Administradora y formalizadas mediante Protocolo"*. Observamos que el consenso obligatorio de las partes signatarias al que refiere esta disposición no implica "todas" las partes signatarias, lo cual permitiría interpretar que este consenso se puede dar entre algunas partes signatarias; y que se plantea un procedimiento adicional que es la aprobación del acuerdo alcanzado vía decisión de la Comisión formalizada en un protocolo. No obstante las disposiciones anteriores, también se observa que la operatividad de la Comisión Administradora ha sido muy poca, y actualmente existe un limbo en la misma dada la condición de Venezuela frente al ACE-59 y frente al MERCOSUR. Es claro que ante esta situación el desarrollo del Acuerdo tampoco puede detenerse.

En el marco de ALADI, la práctica en la aplicación de estos instrumentos ha sido la de interpretar estas disposiciones en sentido amplio, permitiendo que las partes signatarias celebren protocolos o acuerdos **inter-se**, en particular cuando se trata de materias distintas de las previstas en el acuerdo principal o que deben ser objeto de profundización.

Esto ha sucedido con Argentina y Brasil en el marco del ACE-55. En el marco del ACE 59, esto es posible al interpretar el artículo 4, que dispone las partes signatarias son las que acuerdan puntualmente los cronogramas y compromisos específicos de desgravación comercial, por ende dichas partes tienen la posibilidad de profundizar los compromisos citados. No obstante lo anterior, y en virtud de la disposición del Artículo 48 del ACE-59 existe algún riesgo de que se cuestionen los protocolos adicionales, en particular cuando se considera que los mismos enmiendan el espectro del acuerdo general y no solo los compromisos bilaterales de los que trata el artículo 4, y dichas enmiendas no se sometan a la formalidad prevista en el artículo 48 del ACE-59, que es ser sometidas



a decisión de la Comisión Administradora del Acuerdo. Tratándose de temas distintos a los cubiertos por el Acuerdo, un protocolo firmado entre Colombia y una parte signataria de este Acuerdo, no necesariamente se debería entender en el ámbito del artículo 48 del ACE-59, sino como un instrumento distinto eventualmente complementario del citado instrumento CAN-MERCOSUR, y en ese sentido no estaría cubierto por esta prescripción.

La firma de un instrumento como el que se propone una profundización comercial con la República de Argentina, tiene en el caso del ACE-55 un antecedente un tanto diferente al planteado en el caso del ACE-59. La cláusula correspondiente del ACE-55 México-MERCOSUR establece *"Artículo 16.- Las Partes Contratantes podrán, en cualquier momento, revisar y enmendar, de común acuerdo, las disposiciones contenidas en el presente Acuerdo, buscando ajustarlo a las condiciones que consideren más adecuadas al cumplimiento de los objetivos establecidos en el Artículo 1°."* En ese contexto el riesgo de cuestionamiento de cualquier protocolo o acuerdo inter-se, resulta menor que en el caso presente donde se pide someter una enmienda o modificación al procedimiento previsto en el artículo 48 del ACE-59.

En línea con lo antes expuesto, concluiríamos que es posible en virtud de la soberanía del Estado y de los principios reconocidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), celebrar acuerdos o protocolos inter-se de forma individual con los otros Estados signatarios del ACE-59, que sean miembros del MERCOSUR.

Estos acuerdos no deberían implicar una modificación que afecte los derechos de otros Estados signatarios previstos en el ACE-59, distintos de la parte celebrante del instrumento inter-se. En estos casos sería prudente obtener una Decisión de la Comisión Administradora del ACE-59, avalando el protocolo firmado, lo cual mitigaría el riesgo eventual de cuestionamiento de dichos instrumentos por un tercer país. El riesgo

de cuestionamiento de los instrumentos citados debería tener un alcance reducido al limitarse al no cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 48 del ACE-59, siempre y cuando se tenga cuidado de no afectar los derechos de los demás miembros del MERCOSUR en la negociación del instrumento inter-se.



Concepto

Título: Funcionamiento de la Secretaría en el capítulo ambiental entre Colombia y Estados Unidos

Fecha: 12 de diciembre de 2012

Problema Jurídico: ¿Sería posible que la Secretaría funcione en una de las Partes? Por ejemplo, un órgano del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, o algún otro órgano estatal de las Partes?

En concordancia con la anterior pregunta, ¿Exige el Acuerdo que la secretaría sea designada en cabeza de un tercero?

¿Quiénes deberían conformar la secretaría si se determina que debe ser un órgano independiente de las Partes?

¿Cómo se determinarían y repartirían internamente los costos de funcionamiento de la secretaría?

En caso que se determine que la secretaría debe ser designada en un órgano independiente, ¿Qué requisitos y trámites legales internos deberán surtir para su constitución? Artículo XXIV del GATT y V del AGCS

Regla: APC COL-EE.UU, Capítulo 18
CAFTA-DR, Art. 17.7

Concepto:

1. ¿Sería posible que la Secretaría funcione en una de las Partes? Por ejemplo, un órgano del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, o algún otro órgano estatal de las Partes?

Asuntos Ambientales”, consideramos que dicho órgano debería contar con cierta autonomía y subordinación al Consejo, si bien su designación puede ser hecha por las Partes.

El Acuerdo no descarta de manera expresa que la “Secretaría” pueda ser ejercida por una entidad gubernamental de alguna de las Partes, ni exige que funcione en una de ellas.

Sin embargo, bajo el entendido que la función de dicho órgano es recibir las solicitudes de personas residentes o constituidas en el territorio colombiano, relacionadas con el incumplimiento por parte de Colombia o Estados Unidos a sus legislaciones ambientales, para decidir si la solicitud amerita una respuesta de la Parte involucrada, y finalmente considerar si se justifica el desarrollo de un expediente de hechos que debe ser puesto en conocimiento del “Consejo de

Para los Estados Unidos la Secretaría de la Comisión de Cooperación Ambiental hará las veces de dicho órgano, según lo dispone el artículo 18.7.3 del TLC suscrito con ese país. La Comisión de Cooperación Ambiental es un órgano del Acuerdo Norteamericano de Cooperación Ambiental (NAAEC), suscrito entre Canadá, Estados Unidos y México en 1993. La Comisión está compuesta por un Consejo, una Secretaría y un Comité Asesor. El Consejo es el órgano directivo de la Comisión y está compuesto por representantes de las Partes, a nivel ministerial. A su turno, la Secretaría es el órgano ejecutivo de la comisión y tiene, entre otras, una función similar a la de la secretaría prevista en el artículo 18.7 del TLC (véase artículo 14 del

NAAEC). El Secretario es elegido por el Consejo.

En la implementación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, (CAFTA-DR) se designó como “Secretaría” para cumplir exactamente las mismas funciones descritas por el artículo 18.7 del TLC entre Colombia y Estados Unidos a la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), que es el órgano técnico y administrativo del Proceso de Integración Económica Centroamericana, con personalidad jurídica de derecho internacional.

En efecto, en desarrollo del artículo 17.7 del CAFTA-DR¹, las Partes decidieron celebrar “El Acuerdo para el Establecimiento de la Secretaría de Asuntos Ambientales”, entidad que si bien depende económicamente de las Partes, en su composición y funcionamiento solo está subordinada al Consejo de Asuntos Ambientales.

2. En concordancia con la anterior pregunta, ¿exige el Acuerdo que la secretaría sea designada en cabeza de un tercero?

RTA: El Acuerdo no exige que las funciones de la Secretaría deban ser desempeñadas por un tercero.

3. ¿Quiénes deberían conformar la secretaría si se determina que debe ser un órgano independiente de las Partes?
4. ¿Cómo se determinarían y repartirían internamente los costos de funcionamiento de la secretaría?
5. En caso que se determine que la secretaría debe ser designada en un órgano independiente,

¿qué requisitos y trámites legales internos deberán surtirse para su constitución?

RTA: Tal como se adoptó en el NAAEC y el CAFTA-DR, y en los términos del artículo 18.7.1 del TLC suscrito con Estados Unidos, se sugiere que a través de cartas de entendimiento entre las Partes se determinen las características y competencias del personal con el cual funcionaría la “Secretaría”.

Bajo el entendido que la “Secretaría” debe desempeñar sus funciones de manera neutral y responsable entendemos que debería estar compuesta por personas con conocimiento especializado o experiencia en temas ambientales, ya sean del sector privado, o de la academia, previa verificación de sus antecedentes penales, fiscales y disciplinarios.

También es necesario tener en cuenta que debe ser jurídicamente viable que la “Secretaría” cuente con suficientes recursos (de origen público o privado, según sea el caso) para su funcionamiento.

En cuanto la viabilidad de asignar las funciones de la “Secretaría” al Comité Consultivo del Punto Nacional de Contacto de Colombia de las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales, creemos que si bien dicho comité puede brindar las características de autonomía descritas anteriormente, podría no contar con las facultades o la experiencia o conocimientos académicos en temas ambientales necesarios para ejercer dichas funciones de “Secretaría”.

¹ Artículo 17.7: Comunicaciones Relativas a la Aplicación de la Legislación Ambiental

1. Cualquier persona de una Parte podrá remitir comunicaciones que aseveren que una Parte está incumpliendo en la aplicación efectiva de su legislación ambiental. Dichas comunicaciones serán dirigidas a una secretaría u otro organismo apropiado (“secretariado”), que las Partes designen

Concepto

- Título:** **Condiciones de acceso Alianza del Pacífico**
- Fecha:** 19 de noviembre de 2013
- Problema Jurídico:** ¿Qué trámite debe surtir para otorgar a la Comisión de Libre Comercio del Protocolo Adicional del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico la facultad de mejorar las condiciones arancelarias de acceso al mercado sobre mercancías originarias establecidas en las Listas de Eliminación Arancelaria?
- Regla:** Protocolo Adicional del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico
Artículo XXIV del GATT y V del AGCS
Sentencia C-608/10 del 3 de agosto de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)
Sentencia C-941/10 (M.P. Jorge Iván Palacio)

Concepto:

En atención a la consulta formulada sobre la posibilidad de otorgar a la Comisión de Libre Comercio del Protocolo Adicional del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico la facultad de **Mejorar las condiciones arancelarias de acceso al mercado sobre mercancías originarias establecidas en las Listas de Eliminación Arancelaria**, bajo el entendido que la misma se refiere a dos aspectos: i) acelerar la reducción arancelaria del programa de desgravación del Anexo XX (facultad que actualmente se encuentra entre las asignadas a la Comisión de Libre Comercio en el capítulo de Administración del Protocolo Adicional), y ii) incluir productos excluidos del programa de desgravación arancelaria, a continuación se presentan las siguientes consideraciones.

a. Análisis de acuerdos suscritos por Colombia

Del análisis de las funciones del órgano principal de administración de los acuerdos comerciales

suscritos por Colombia, en relación con las facultades para modificar las condiciones de acceso al mercado de las mercancías, éstas se podrían clasificar en dos categorías así:

1. Acuerdos en los que solamente se prevé la modificación de los calendarios de desgravación:

Es el caso de los Acuerdos con Chile (art.15.1.3) y Estados Unidos (art. 20.1.3 (b)(i)),

2. Acuerdos en los que expresamente se permite a la Comisión, tanto la modificación de las condiciones de acceso, como la incorporación de productos excluidos:

Es el caso de los acuerdos con Canadá (art.2001), Corea (art. 19.1.3.f), Costa Rica (art. 20.1), Unión Europea (art.13), Panamá (art.23.1), Israel (art.13.3) y México (art. 11 y su Anexo 9 del Octavo Protocolo Adicional que

modificó el artículo 20-1 y el anexo al artículo 20-1). En estos acuerdos, excepto en el caso de Corea y México, después de señalar las funciones que podrá ejercer la Comisión, se precisa que **“cada Parte implementará, en concordancia con sus procedimientos legales aplicables, cualquier modificación”** a las que se refiere el artículo (En el cuadro anexo al presente se encuentran los respectivos textos de los acuerdos en mención).

La pregunta que surge es si las facultades a la instancia de administración del acuerdo para mejorar las condiciones de acceso al mercado, generaría nuevos compromisos para los Estados signatarios, que para su aprobación e incorporación al ordenamiento jurídico interno requieran, en nuestro país el agotamiento de trámites adicionales a la adopción por el órgano de administración del acuerdo de las modificaciones relativas a ese asunto.

Sobre el particular, es preciso señalar que la Corte Constitucional ha distinguido entre los acuerdos de trámite simplificado y los acuerdos que requieren de un trámite completo. En el segundo caso se trata de acuerdos que por su naturaleza implican una enmienda de un acuerdo anterior que les da origen, de tal forma que implica nuevos compromisos. En esos casos, la Corte Constitucional ha señalado que se requiere contar con una nueva ley aprobatoria del acuerdo derivado y con su control previo de

constitucionalidad, antes de ser ratificado para su entrada en vigor e incorporación al ordenamiento jurídico interno. En cambio, los acuerdos simplificados no requieren los referidos trámites ante el Congreso y la Corte Constitucional, al considerar que se trata de desarrollos de los compromisos inicialmente adoptados por los países signatarios del acuerdo que les da origen el cual ya ha surtido el trámite completo para su incorporación. Es decir, que no hay nuevos compromisos.

Se estima que para conferir al órgano de administración de los acuerdos comerciales la facultad de mejorar las condiciones de acceso a mercado inicialmente previstas en ellos, sin que ello entrañe la necesidad de llevar a cabo posteriormente el procedimiento de aprobación ante el Congreso y de revisión en la Corte Constitucional, debe analizarse si ello se hace **en aras de aumentar el grado de integración comercial**, para alcanzar los objetivos de un acuerdo de libre comercio, como lo es el Protocolo Adicional del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

Según lo establece el artículo primero del capítulo de Disposiciones Iniciales de los textos de cierre que se encuentran en revisión legal del referido Protocolo Adicional, en virtud de dicho Protocolo



Alianza del Pacífico

Adicional se establece una zona de libre comercio, de conformidad con el artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS. De allí que nuestra opinión es que ello permite en principio, conferirle facultades al órgano de administración del Protocolo para mejorar las condiciones de acceso, en el entendido que ello incluye las facultades de acelerar el programa de reducción o desgravación arancelaria para una o varias mercancías o productos y de añadir nuevas mercancías o productos a dicho programa, sin que ello entrañe trámites adicionales a la adopción de una decisión por la Comisión de Libre Comercio.

En efecto, el artículo XXIV del GATT de 1994 dispone en su párrafo 8 lo siguiente, respecto a lo que debe entenderse por una zona de libre de comercio:

- 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 (subrayado fuera del texto).

Por su parte, el artículo V del AGCS dispone lo siguiente:

1. El presente Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte en un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las Partes en el mismo, o celebrar un acuerdo de ese tipo, a condición de que tal acuerdo:
 - a) tenga una cobertura sectorial sustancial, y
 - b) establezca la ausencia o la eliminación,

en lo esencial, de toda discriminación entre las Partes, en el sentido del artículo XVII, en los sectores comprendidos en el apartado a), por medio de:

- i) la eliminación de las medidas discriminatorias existentes, y/o
- ii) la prohibición de nuevas medidas discriminatorias o que aumenten la discriminación, ya sea en la fecha de entrada en vigor de ese acuerdo o sobre la base de un marco temporal razonable, excepto por lo que respecta a las medidas permitidas en virtud de los artículos XI, XII, XIV y XIV bis.

Siempre y cuando sea la voluntad de los Estados Parte, la Comisión Administradora podría ser la instancia que facilite la consecución del objetivo mismo de alcanzar el área de libre comercio respecto del mejoramiento de las condiciones de acceso al mercado, en cuanto a la aceleración del programa de reducción o desgravación arancelaria y la inclusión de mercancías o productos excluidos de dicho programa.

Sobre el particular, la Corte Constitucional se pronunció respecto del Tratado de Libre Comercio suscrito con Canadá, aprobado mediante Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009. En dicho instrumento internacional, el literal d), numeral 3 del artículo 2001, se prevé que la Comisión conjunta tiene las siguientes facultades:

"(...) (d) fomentar la implementación de los objetivos de este Acuerdo mediante la aprobación de cualquier modificación a:

- (i) las Listas del Anexo 203, con el fin de agregar una o más mercancías excluidas del cronograma de una Parte,

(ii) los periodos establecidos en el cronograma de eliminación arancelaria, con el fin de acelerar la reducción arancelaria...

(...) 5. Cualquier modificación a las que se refiere el subpárrafo 3(d) estará sujeta al cumplimiento de los procedimientos legales internos de cualquier Parte”.

En Sentencia C-608/10 del 3 de agosto de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) la Corte Constitucional manifestó que:

“El Capítulo 20 del TLC se refiere a la conformación de una Comisión Conjunta encargada de supervisar la implementación del Acuerdo, revisar su funcionamiento, vigilar a todos los comités, entre otras funciones.

La Corte considera que el Capítulo 20 es conforme con la Constitución, por los siguientes motivos.

La creación de órganos encargados de administrar el cumplimiento de tratados de libre comercio es una constante en el ámbito internacional. En efecto, aquellos han sido establecidos en acuerdos celebrados entre los países integrantes del MERCOSUR, en las negociaciones recientes entre El Salvador, Guatemala y Honduras con Canadá, al igual que en el caso de los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Al respecto, la Corte en sentencia C- 864 de 2006, al momento de examinar la constitucionalidad del Acuerdo de Complementación Económica CAN-MERCOSUR, respecto a la creación de una Comisión Administradora del mismo dijo lo siguiente:

‘Los artículos 40 y 41 crean la Comisión Administradora del Tratado y le asignan sus principales funciones, las cuales se dirigen primordialmente a evaluar los compromisos adquiridos, estudiar los mecanismos que permitan profundizar el proceso de integración

y servir de instancia para la solución de conflictos.

Una lectura sistemática de las citadas normas permite concluir, que se trata de un conjunto de disposiciones cuyo fin es consolidar la existencia de una instancia de coordinación internacional, para vigilar y supervisar la aplicación del presente Acuerdo sin que en ello sea posible encontrar contradicción alguna con la Constitución’.

No existe por tanto contradicción alguna entre el Capítulo 20 del tratado y la Constitución”.

Asimismo, en el Acuerdo de Libre Comercio que suscribió Colombia con los Estados de la AELC, el Capítulo 11 sobre la administración del Acuerdo, estableció el Comité Conjunto, el cual está facultado para *“decidir enmendar las listas de eliminación arancelaria en los Anexos II Productos Excluidos), IV (Productos de Pesca y Otros Productos Marinos), VIII (Desgravación de Aranceles Aduaneros para Productos Industriales)....”* (art. 11.1.3,b).

La Corte Constitucional, en oportunidad de realizar el control de constitucionalidad de dicho Acuerdo, aprobado mediante Ley 1372 del 13 de enero de 2013, señaló en sentencia C-941/10 (M.P. Jorge Iván Palacio) del 24 de noviembre de 2010, que el Capítulo sobre Administración del Acuerdo, conformado por dos artículos que *“aluden esencialmente: i) al establecimiento de un Comité Conjunto que velará por el cumplimiento y la correcta aplicación de las disposiciones del acuerdo, supervisará el ulterior desarrollo del mismo y considerará cualquier otro asunto que afecte su operación; y ii) la designación por cada Parte de un Coordinador del acuerdo, que trabajarán conjuntamente para desarrollar las agendas y realizar los demás preparativos para las reuniones del Comité Conjunto y actuarán como punto de contacto para facilitar las comunicaciones entre las Partes sobre cualquier asunto cubierto por este acuerdo.*

Para la Corte este capítulo armoniza con la Carta Política toda vez que es una expresión de los aspectos institucionales del presente acuerdo que tiene por objeto garantizar la aplicación y ejecución de la integración comercial entre las Partes a través de la supervisión y resolución de las dificultades que pudieran presentarse (arts. 9°, 226 y 227 superiores)”.

Bajo ese entendido, otorgar facultades, como las que se han venido mencionando a lo largo del presente, no entran en contradicción con la Constitución Política. Se advierte en todo caso que existen trámites previstos en el procedimiento legal interno de las Partes que deben agotarse a los efectos de que la responsabilidad internacional del Estado pueda quedar comprometida.

Conclusión

En el marco de la celebración de tratados de libre comercio, Colombia ha venido acordando con otros Estados la facultad para el órgano de administración de los mismos la capacidad de mejorar las condiciones de acceso a los mercados, otorgándole las capacidades de adoptar decisiones sobre la aceleración de los cronogramas de desgravación, y de incluir en el programa de desgravación mercancías que inicialmente no fueron incluidas o que fueron excluidas expresamente del mismo.

La Corte Constitucional ha revisado y declarado conforme a la Constitución los tratados de libre comercio en los que se previeron este tipo de facultades para el órgano de administración de mejorar las condiciones de acceso al mercado, al considerar que estos aspectos institucionales tienen por objeto garantizar la aplicación y ejecución de la integración comercial entre las Partes, que es el objetivo de los acuerdos internacionales por los cuales se conforma una zona de libre comercio, de conformidad con el Artículo XXIV del GATT de 1994.

En la medida en que el objeto del Protocolo Adicional del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico es el establecimiento de una zona de libre comercio, siempre que se cumplan las condiciones previstas para dicho establecimiento de conformidad con en el artículo XXIV del GATT de 1994, debería entenderse que válidamente puede otorgarse la facultad para mejorar las condiciones de acceso al mercado, incluida la aceleración del programa de reducción o desgravación arancelaria o la inclusión de mercancías o productos que inicialmente no fueron incluidos o que fueron excluidos. Dicha facultad debe acompañarse de una disposición en el sentido de que su implementación se hará de conformidad con los procedimientos legales internos de cada Parte que resulten aplicables.



Concepto

Título: **Membresía de Colombia a la organización internacional ST-EP**

Fecha: 10 de octubre de 2013

Problema Jurídico: Determinar “la pertinencia legal de enviar una expresión de interés suscrita por el señor Ministro, para ser parte como miembro fundador de la nueva organización internacional ST-EP”.

Regla: Constitución Política Art. 189, N° 2
Ley 300 de 1996
Organización Internacional ST-EP

Concepto:

De acuerdo con su solicitud, se contesta la consulta sobre la pertinencia legal de enviar una expresión de interés para ser miembro fundador de una nueva organización internacional.

I. Antecedentes

La República de Colombia manifestó su consentimiento de adhesión, mediante Nota el día 12 de junio de 1971 y es miembro de la Organización Mundial del Turismo, en adelante, OMT, desde el 2 de enero de 1975, fecha en la cual entró en vigor internacional los Estatutos.

El Gobierno Nacional, sometió a consideración del Congreso de la República los Estatutos, las enmiendas de los artículos 14, 15, 37 y 38 de los mismos, y las modificaciones de los párrafos 12 y 13 de las reglas de financiación anexas, los cuales fueron aprobados mediante la Ley 63 de 1989. Posteriormente, el 10 de junio de 1997, la República de Colombia, depositó el instrumento de ratificación ante el Depositario.

La OMT, en año de 2002 puso en marcha la iniciativa de “Turismo Sostenible” con el fin de eliminar la pobreza. En el marco de esta iniciativa la Asamblea General de la OMT con el apoyo de la República de Corea, emitió la Resolución N° 503, para crear la Fundación ST-EP por sus siglas en inglés, (Sustainable Tourism Eliminating

Poverty), siendo una fundación sin ánimo de lucro, que se encontraba bajo el control y supervisión de la OMT.

No obstante, la Asamblea General de la OMT, decidió en la sesión número 20, celebrada en Zambia/Zimbabue, mediante la Resolución N° 622, aprobar la propuesta de convertir la Fundación ST-EP en una Organización Internacional independiente, propuesta que fue aprobada en la sesión en mención:

1. Aprueba la propuesta del Secretario General de que la Fundación ST-EP de la OMT se independice totalmente de la dirección de la OMT, cumpliendo así la solicitud de la Asamblea General de que se establezca una relación de gobernanza clara con las entidades externas, reflejada en la resolución 602(XIX)^[1];

II. Análisis de los Compromisos en materia de Turismo por la República de Colombia en relación con la OMT y la nueva Organización Internacional ST-EP.

La OMT, es una organización de carácter

¹ ^[1] Informe del Secretario General, Vigésima reunión, Cataratas Victoria (Zambia/Zimbabue), 24-29 de agosto de 2013, A/20/5 l) f) Rev.1

intergubernamental que aboga por un turismo que incentive la economía y promueva políticas de turismo competitivo y sostenible^{2[2]}. Por otro lado, la nueva Organización Internacional ST-EP, cuenta con un mandato propio el cual fue heredado de la Fundación ST-EP, sin embargo, continúa compartiendo valores y objetivos con la OMT.

Asimismo, la nueva Organización Internacional ST-EP tiene como compromiso eliminar la pobreza a través, de la creación de proyectos de desarrollo sostenible del turismo que “contribuyan a la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas para 2015 y de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas para 2030”^{3[3]}. Además, creará programas que contribuyan a la inclusión social, sostenibilidad del medio ambiente, proyectos de investigación y competitividad, entre otros.

Colombia al ser miembro de la OMT, ha creado distintas políticas en el sector del turismo siendo este un instrumento de crecimiento socioeconómico^{4[4]} y un factor de desarrollo sostenible, por lo tanto los compromisos de la ST-EP se asimilan a los desarrollados por Colombia.

Las directrices que rigen el Turismo en Colombia se establecen en la Ley 300 de 1996, con ello, Colombia ha creado distintas políticas en el sector del turismo tales como:

- Política de Turismo Social
- Política de Ecoturismo
- Política de Turismo de Naturaleza

- Competitividad: El desafío para alcanzar un turismo de clase mundial.
- Lineamiento de Política para el Desarrollo del Turismo Comunitario en Colombia^{5[5]}.

Entra las políticas encaminadas a la formación de un turismo que proteja el medio ambiente, Ley 300 de 1996 dispone:

ART. 2°—Principios generales de la industria turística. La industria turística se regirá con base en los siguientes principios generales:

5. Protección al ambiente. En virtud del cual el turismo se desarrollará en armonía con el desarrollo sustentable del medio ambiente.

Dichas políticas que desarrolla Colombia, se encuentran en concordancia con las funciones establecidas en los Estatutos de la Organización Internacional ST-EP:

IV. Membresía de Colombia a la nueva Organización Internacional ST-EP

De acuerdo, al Derecho Internacional, la membresía de un Estado a una Organización Internacional requerirá de la “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, (Convención de Viena, Art. 2 literal b) del Tratado Internacional constituyente y los Estatutos de la Organización.

Se advierte, que el Tratado indica la forma en que se deberá manifestar el consentimiento. Por consiguiente, el texto del Tratado que propone la creación de la Organización Internacional ST-EP dispone:

Artículo VI Miembros: *La admisión para la Organización está abierta a todos los Estados Soberanos que sean miembros de*

² [2] Consultado: Acerca de la OMT (<http://www2.unwto.org/es/content/acerca-de-la-omt>), Fecha 9 de Octubre de 2013.

³ [3] Asamblea General, Vigésima reunión, A/20/5 l) f) Rev.1 Cataratas Victoria (Zambia/Zimbabwe), 24-29 de agosto de 2013.

⁴ [4] Declaración De La Haya Sobre Turismo (1989)

⁵ [5] Consultado: Políticas del Sector Turismo (<http://www.mincit.gov.co/minturismo/publicaciones.php?id=192>) Fecha 9 de octubre de 2013.

Naciones Unidas. Dichos estados serán Miembros a través de la ratificación del Tratado Internacional Constitutivo y adhesión a la Constitución de la Organización ST-EP 6[6] (Subrayado fuera de texto).

La Organización Internacional ST-EP, por ser un nuevo sujeto de derecho internacional dotado de personería jurídica, requiere para su constitución un Tratado que la establezca, el cual debe ser ratificado por el Estado colombiano expresando su consentimiento, cumpliendo para ello con el procedimiento establecido en la Carta Política.

En Colombia para perfeccionar el vínculo internacional de cualquier tratado se requiere que sea suscrito por el Ejecutivo (Constitución Política Art. 189, N° 2) (ya sea por el Presidente de la República, la Ministra de Relaciones Exteriores, el representante de Colombia ante la OMT o algún otro representante del Estado colombiano con plenos poderes - Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Art. 7), aprobado por el Congreso mediante Ley (Constitución Política Art. 150 N° 16) y que su constitucionalidad, así como la de la Ley aprobatoria, sea declarada por la Corte Constitucional (Constitución Política Art. 241, N° 10). Posteriormente, y cumpliendo lo que la Corte Constitucional le haya ordenado en materia de reservas o declaraciones interpretativas, el Presidente de la República podrá proceder a la ratificación del Tratado, de conformidad con lo que se haya previsto en el mismo (Constitución Política Art. 189, N° 2).

También es necesario que se efectúen los trámites presupuestales cuando haya necesidad de efectuar gasto público en virtud de la suscripción del Tratado.

6 [6] Traducción: *Article VI MEMBERSHIP: Membership of the Organization shall be open to all sovereign States that are members of the United Nations. Such states may become Members by ratifying the constituent international treaty and adhering to the Constitution of the ST-EP Organization*

Sin embargo, en el caso de la Organización Internacional ST-EP, no se señalan disposiciones relativas a contribuciones obligatorias de sus miembros para la financiación de la misma, ya que “El presupuesto de la Organización constará principalmente de los activos y los fondos heredados de la Fundación ST-EP tras su disolución y obtenidos gracias a la generosa contribución del Gobierno de la República de Corea. Además, el presupuesto de la Organización se financiará por medio de contribuciones de carácter voluntario de sus miembros, de organizaciones internacionales y de otras entidades públicas y privadas.”^{7[7]}. Por lo tanto, se determinó en el Tratado Constitutivo, la no recaudación de cuotas, al financiarse a través de donaciones voluntarias (Art. XVII Financiación^{8[8]})

V. Conclusión

Esta Oficina considera que al haberse gestado la nueva organización internacional ST-EP en el marco de la Organización Mundial del Turismo, de la cual nuestro país es miembro, y dado que las funciones establecidas en los Estatutos de la ST-EP están en concordancia con nuestras políticas de desarrollo económico y no son incompatibles con los compromisos de nuestro país bajo los acuerdos comerciales internacionales, no existe impedimento, desde la perspectiva de esta Oficina, para que se suscriba el tratado constitutivo de dicha organización. En todo caso, para perfeccionar el vínculo jurídico internacional con la nueva organización se deberá cumplir con las disposiciones normativas referentes al proceso de ratificación del Tratado dispuesto en la Carta Política.

7 [7] Asamblea General, Vigésima reunión, A/20/5 l) f) Rev.1 Cataratas Victoria (Zambia/Zimbabwe), 24-29 de agosto de 2013.

8 [8] *Article XVII FINANCING* 1. The budget of the ST-EP Organization shall be funded by member states, international organizations and other public or private agencies and institutions, who wish to make financial and other voluntary contributions to it. The ST-EP Organization may receive voluntary contributions from other sources. It may also receive contributions and gifts toward the establishment of an endowment programme.

Concepto

- Título:** Acuerdo de cooperación en investigación y desarrollo industrial bilateral entre Colombia e Israel.
- Fecha:** 10 de mayo de 2013
- Problema Jurídico:** ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Acuerdo de Cooperación en Investigación y Desarrollo Industrial Bilateral entre Colombia e Israel y es viable su ratificación?
Artículo 4 del decreto ley 2126 de 1992 y Ley 32 de 1985 aprobatoria de la Convención de Viena.
- Regla:**
Artículo 189-2, Artículo 150-16 y Artículo 241 de la Constitución Política.
Auto 288/10 del 17 de agosto de 2010.

Concepto:

En atención a la solicitud mediante Memorando OAPS-46-13 de marzo 13 de 2013, en la cual le pide el Visto Bueno de esta oficina sobre el Acuerdo de Cooperación Industrial que se busca firmar con el Gobierno de Israel, se considera lo siguiente:

Observamos que en el Acuerdo entre el Gobierno de la Republica de Colombia y el Gobierno de la República de Israel sobre Cooperación Bilateral en Investigación y Desarrollo Industrial, parece ser por su estructura un memorando de entendimiento, por cuanto en su contenido se manifiesta el interés de las partes en estimular la innovación y el crecimiento económico, así como el progresar en los campos de investigación y desarrollo industrial y las ventajas que del acuerdo se deriven.

En este sentido si bien se refiere a aspectos específicos en materia de ciencia y tecnología, no parece estar creando obligaciones entre las partes. Esto, teniendo en cuenta que dentro de las disposiciones finales, el Acuerdo establece que en la implementación y cualquier otra actividad que se realice bajo el mismo, se hará de conformidad con las leyes, normas, regulaciones, procedimientos y mecanismos de cada una de las partes.

Nuestra opinión es que se trata de un "Memorando

de Entendimiento", bajo la premisa que es acuerdo de buena fe y no existe la intención de obligar al Estado Colombiano. El Convenio citado podría ser firmado sin trámite adicional.

Ahora bien, si las partes quieren hacer de este instrumento un Acuerdo internacional obligatorio para ambos deberán, surtirse varias



modificaciones en el texto del instrumento, para lo cual será necesario considerar los diferentes tipos de trámites, según la forma de aprobación que tenga el tratado a celebrar.

Para que de este Acuerdo se deriven obligaciones específicas entre los Estados de Colombia e Israel, que sean eventualmente exigibles, se debe seguir un trámite puntual para su suscripción y aprobación.

En este escenario sería preciso adecuar las cláusulas relativas a considerandos, partes firmantes, y entrada en vigencia entre otras, para efectos de ponerlas en términos de un tratado internacional.

En primera instancia, para su suscripción es indispensable que se solicite a la Cancillería y se le otorgue por parte del Presidente plenos poderes al Ministro de Comercio, Industria y Turismo para poder suscribir el instrumento internacional¹.

Frente a su aprobación, existen dos alternativas: la solemne y la simplificada. Con respecto a la aprobación en forma solemne hay que seguir el procedimiento que implica su aprobación en el Congreso como Ley, su paso por la Corte Constitucional y su ratificación formal por el Gobierno a través de la Cancillería².

Una segunda alternativa, es celebrar un acuerdo de naturales simplificada, el cual debe tener sustento en un Acuerdo Marco Internacional vigente entre los Estados de Colombia e Israel.

De nuestro examen preliminar y salvo mejor opinión del Ministerio de Relaciones Exteriores, encontramos que este instrumento podría derivarse como Acuerdo Simplificado del Convenio General de Cooperación Técnica celebrado entre el Gobierno de Colombia e Israel el 15 de enero de

1965, cuya entrada en vigor fue el 25 de octubre de ese año. En particular el numeral 5 del artículo 2 que se refiere a la ejecución conjunta de proyectos en materia de investigación científica y el Artículo 4 relativo a la celebración de Acuerdos Especiales sobre cada proyecto específico de cooperación, sería su fundamento.

Dicho convenio fue aprobado en Consejo de Ministros durante el Gobierno del presidente Guillermo León Valencia y el Ministerio de Relaciones Exteriores lo refiere dentro del listado de los acuerdos internacionales vigentes.

Sobre los Acuerdos de naturaleza simplificada, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional los ha definido como aquellos “instrumentos que buscan dar cumplimiento a las cláusulas sustantivas de un tratado vigente y que no dan origen a obligaciones nuevas ni pueden exceder las ya contraídas por el estado Colombiano”³. Este tipo de acuerdos está previsto en los artículos 12 y 13 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que por ser de desarrollo de recto de otro Tratado negociado, suscrito y aprobado puede prescindirse del trámite de aprobación parlamentaria y ponerse en vigor por el presidente de la República.

Conclusión:

Por lo anterior, se concluye que el proyecto de instrumento internacional bajo estudio, podría ser derivado del Convenio General de Cooperación Técnica vigente, o si así lo consideran las partes, podría ser un instrumento no obligatorio, cuyo status equivale al de un Memorando de Entendimiento, que igualmente no requiere de ratificación, esto debido a que no contiene obligaciones o crea compromisos más allá lo establecido en el ordenamiento jurídico interno colombiano.

¹ Artículo 4 del decreto ley 2126 de 1992 y Ley 32 de 1985 aprobatoria de la Convención de Viena.

² Artículo 189-2, Artículo 150-16 y Artículo 241 de la CP.

³ Auto 288/10 del 17 de agosto de 2010.

Concepto

- Título:** Tarifa de retención al licenciamiento de software bajo el TLC Colombia - Estados Unidos
- Fecha:** 27 de junio de 2013
- Problema Jurídico:** ¿Tiene el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos alguna disposición sobre la tarifa de retención en la fuente aplicable por la adquisición de una licencia de software por un nacional a una compañía de Estados Unidos y sin domicilio en Colombia?
- Regla:** Artículo 22.3.4 del TLC entre Colombia y Estados Unidos
Artículo XIV (d) del AGCS
Artículo 411 del Estatuto Tributario

Concepto:

El TLC no contiene disposiciones que señalen tarifas de retención en la fuente. Sus disposiciones en materia tributaria se encuentran en el capítulo 22, que establece las Excepciones Generales a las obligaciones previstas en el acuerdo. En particular, dichas excepciones incluyen las que se aplican a las obligaciones en materia de trato nacional.

El artículo 22.3.4 numeral a) dispone que “el Artículo 11.2 (*Trato Nacional – Comercio Transfronterizo de Servicios*) y el Artículo 12.2 (*Trato Nacional – Servicios Financieros*), se aplicarán a las medidas tributarias sobre la renta, ganancias de capital, o sobre el capital gravable de las empresas referentes a la adquisición o al consumo de servicios específicos, SALVO QUE nada de lo dispuesto en este subpárrafo impedirá a una Parte a condicionar la recepción o continuación de la recepción de una ventaja relacionada con la adquisición o el consumo de servicios específicos, al requisito de suministrar el servicio en su territorio”. (subrayado y mayúsculas fuera de texto).

Adicionalmente, en virtud del numeral g) del mencionado artículo, se establece que se aplicará la excepción general de la obligación de trato

nacional establecida en el GATS, así: se exceptúa “la adopción o ejecución de cualquier medida tributaria encaminada a asegurar la aplicación y recaudación de impuestos de manera equitativa o efectiva (según lo permitido por el Artículo XIV (d) del AGCS)” (subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo estipulado en el AGCS, se permite a un Miembro en virtud de su régimen fiscal, aplicar de forma distinta impuestos directos respecto de los servicios o lugar de residencia de los proveedores del servicio, con el fin de garantizar la imposición o recaudación efectiva o equitativa de los mismos, sin que ello implique la violación de la obligación de trato nacional.

De otra parte, con relación a la legislación colombiana, el Estatuto Tributario - ET define en su artículo 411 la tarifa aplicable por concepto de retención en la fuente para rentas en explotación de programas de computador, “en el caso de pagos o abonos en cuenta relacionados con la explotación de programas para computador a cualquier título, la retención se hará sobre el

ochenta por ciento (80%) del respectivo pago o abono en cuenta, a la tarifa del treinta y cinco por ciento (35%), (hoy 33%, según artículo 408 del ET).

En el caso objeto de análisis, se ha adquirido el licenciamiento de un intangible (software) a un proveedor extranjero por parte de un nacional colombiano, por lo cual, como se explica en los documentos referenciados por el consultante,

“dicho ingreso (el de quien otorga la licencia) se considerará de fuente nacional por expresa disposición del numeral 7 del artículo 24 del Estatuto Tributario, y por tanto sometido al impuesto sobre la renta, caso en el cual, el adquirente colombiano deberá efectuar una retención sobre el 80 por ciento del respectivo pago o abono en cuenta, a una tarifa del 33 por ciento, según lo dispuesto por el artículo 411 del Estatuto Tributario”.





03

Actualidad

Actualidad

Comunicado No. 13. Corte Constitucional Expediente LAT 434 – Sentencia C-163/15 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

La Corte declaró exequible el acuerdo marco de la alianza del pacífico y su ley aprobatoria, pues tanto en su trámite como en su contenido se ajustan plenamente a lo previsto en la constitución

Fecha: Abril 15 de 2015

Norma revisada: **LEY 1721 DE 2014** (junio 27) por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico”, suscrito en Paranal, Antofagasta, República de Chile, el 6 de junio de 2012.

Decisión:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE la Ley 1721 del 27 de junio de 2014, *“por medio de la cual se aprueba el ‘Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico’ entre la República de Colombia, la República de Chile, los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú, firmado en la ciudad de Antofagasta, Chile, el seis de junio de 2012’ ”*.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el “Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico” entre la República de Colombia, la República de Chile, los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú, firmado en la ciudad de Antofagasta, Chile, el seis de junio de 2012.

Fundamentos de la decisión

Realizado el análisis de este Acuerdo, tanto en su aspecto formal como material, la Corte constató que se ajusta en todo a los preceptos constitucionales. De una parte, por cuanto se han cumplido los requisitos procedimentales exigidos por la Constitución y la ley para integrar el ordenamiento jurídico interno, y de otra, por cuanto los objetivos y el contenido del instrumento sometido a control constitucional, a través del cual se busca constituir un acuerdo de marco de cooperación e integración económica entre las Repúblicas de Colombia, México, Perú y Chile¹, que persigue avanzar de manera

progresiva hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas entre estos países, se enmarcan sin dificultad en el contenido de los preceptos constitucionales aplicables, en particular, dentro de los objetivos que la Carta Política le asigna al manejo de las relaciones internacionales y a la suscripción de tratados con otros Estados y/o organismos de derecho internacional (arts. 9º, 150.16, 189.2, 224 y 226 C. P.)

Sobre el objetivo del Acuerdo y el contenido de sus estipulaciones, la Corte señaló que además de tener un carácter general, ninguno de ellos resulta contrario a las disposiciones superiores relevantes en relación con el tema de la integración económica, ni implica la asunción de compromisos u obligaciones lesivos a los intereses del Estado colombiano, y se enmarcan dentro de los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional previstos en la Constitución.

Aclaraciones de voto

Las Magistradas María Victoria Calle Correa y Gloria Stella Ortiz Delgado se reservaron la posibilidad de presentar aclaraciones de voto sobre unos de los fundamentos de esta sentencia.

¹ En la fecha (20 de abril de 2015) se aclara que por un error involuntario, en la versión original de este comunicado, publicada el 16 de abril de 2015 se habló por error de que

los estados miembros de este tratado eran Colombia, México, Perú y Brasil, cuando en realidad son Colombia, México, Perú y Chile.

Actualidad

Argentina — Medidas que afectan a la importación de bienes (WT/DS438/444/445).

La Unión Europea, los Estados Unidos y el Japón como reclamantes y la Argentina como demandado ¹

Fecha: 15 de enero de 2015

Norma revisada: La controversia surge por la adopción de las prescripciones relacionadas con el comercio (PRC) y del procedimiento de declaraciones juradas anticipadas de importación (DJAI).

Decisión:

1. Prestaciones relacionadas con el comercio (PRC)

La PRC es una medida no escrita, compuesta por 5 compromisos relacionados con el comercio, que se exigen en ocasiones conjuntamente y en ocasiones por separado a distintos importadores de bienes. Los 5 compromisos han sido exigidos por el Gobierno argentino desde el 2009 a determinados importadores y otros operadores económicos que contraigan uno o varios de los siguientes compromisos relacionados con el comercio:

- a. *compensar el valor de sus importaciones con un valor al menos equivalente de exportaciones (prescripción uno por uno);*
- b. *limitar sus importaciones, ya sea en volumen o en valor (prescripción de reducción de las importaciones);*
- c. *alcanzar un determinado nivel de contenido nacional en su producción nacional (prescripción de contenido nacional);*
- d. *hacer inversiones en la Argentina (prescripción en materia de inversiones); y*

- e. *abstenerse de repatriar beneficios desde la Argentina (prescripción de no repatriación)”².*

2. Procedimiento de Declaración Jurada Anticipada de Importación (DJAI)

El procedimiento DJAI obliga al importador o al agente de aduanas a presentar una declaración juramentada a través de un portal electrónico en el que debe incluir la siguiente información:

- 1.** Nombre y código de identificación del contribuyente; **2.** Nombre e identificación del agente de aduanas; **3.** Oficina aduanera de registro; **4.** Cantidad, códigos, capacidad y tipo de los contenedores; **5.** Valor FOB total y por producto, y moneda correspondiente; **6.** Clasificación aduanera; **7.** Tipo y cantidad de las unidades de comercialización; **8.** Estado de la mercancía; **9.** País de origen; **10.** Fecha aproximada de envío y; **11.** Fecha aproximada de llegada.

Una vez se introduce la información en el sistema, la declaración puede atravesar las siguientes etapas o “estados”:

¹ El informe completo está disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds444_s.htm

² Informe del Grupo Especial, Argentina ~ Medidas que afectan la importación de bienes, Para. 6.155.

1. oficializada (cuando se autoriza la importación y se le dan 180 días al exportador para que termine el proceso de importación)
2. observada (cuando algún organismo del Gobierno puede realizar observaciones sobre la información requerida. La observación puede significar que los documentos están incompletos, o que alguno no es del todo auténtico, de acuerdo al organismo del Gobierno)
3. salida (si se cumplen con los requerimientos de la mercancía "observada", o si ningún organismo del Gobierno hace observaciones)
4. anulada (si el importador termina anticipadamente el proceso de importación o si la mercancía no es importada luego de 180 días)
5. cancelada (una vez se ha realizado la importación satisfactoriamente, el estado de la importación aparece como "cancelada")

Obligaciones en discusión: La Unión Europea,

los Estados Unidos y el Japón argumentaron que:

- La PRC era contraria al artículo XI párrafo 1 del GATT. Artículo X párrafo 1 del GATT y al Artículo III párrafo 4 del GATT
- La DJAI era contraria al Artículo XI párrafo 1 del GATT, al Artículo X párrafo 1 y párrafo 3 a) del GATT y a los Artículos 1 párrafo 3, 6, artículo 3 párrafo 2, párrafo 5 f), párrafo 3, Artículo 1 párrafo 4 a), artículo 5 párrafos 1, 2, 3 y 4, del Acuerdo sobre Licencias de Importación.

Reporte:

El Órgano de Apelación en su informe publicado el 15 de enero constató en su mayoría los hallazgos realizados por el Grupo Especial sobre la inconsistencia de las medidas adoptadas por Argentina (PCR y DJAI) frente a los artículos III:4 y XI:1 del GATT de 1994, así como sobre la decisión de ejercer economía judicial respecto de los reclamos presentados bajo el artículo X del GATT y las violaciones al Acuerdo relativo a Licencias de Importación.



1. Las Prescripciones Relacionadas al Comercio (PCR) violan el Artículo XI:1 del GATT

El Órgano de Apelación confirmó el entendimiento del Grupo Especial, en el entendido que considero que la PRC es una medida que entra bajo el ámbito de aplicación del Artículo XI del GATT, por ser una medida que hace parte de la categoría de “otras medidas”.

La PRC aplicada como una medida global e individualmente, es una medida que impone restricciones o prohibiciones a las importaciones de mercancías hacia la Argentina. El Órgano de Apelación constató que el PCR es una medida que impone una restricción o prohibición cuando limita las posibilidades de importación de las mercancías. Por lo tanto es una medida que es contraria al Artículo XI del GATT.³

2. La PRC viola el artículo III:4 del GATT

El Órgano de Apelación constató los hallazgos del Grupo Especial en el entendido que:

“la medida PRC es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994” debido a que “modifica las condiciones de competencia en el mercado argentino en detrimento de los productos importados”, de modo que “los productos importados reciben un trato menos favorable que el concedido a los productos nacionales similares”.⁴

La PRC en la obligación de contenido nacional, es una medida contraria al Artículo III:4 del GATT. Tanto Japón como la UE argumentaron que la medida que obliga a aumentar la cantidad de contenido nacional en la producción a cambio

de poder importar, es una medida que afecta las condiciones de competencia entre las mercancías nacionales e importadas similares. El Órgano de Apelación al igual que el Grupo Especial concordó con los argumentos de Japón y la UE, en tanto que exigir que los productores nacionales aumenten el contenido nacional de sus mercancías afecta de manera negativa las condiciones de competencia al otorgar un trato menos favorable a las mercancías nacionales.

3. DJAI viola el artículo XI:1 del GATT

Frente a la DJAI, el Órgano de Apelación al igual que el Grupo Especial, le dio la razón a los demandantes al determinar que la forma en que se adelanta el procedimiento DJAI, cuando los importadores no tienen la facilidad y transparencia de saber qué entidades gubernamentales levantan observaciones sobre sus importaciones, genera una restricción o prohibición a las importaciones.

Por otro lado, cabe resaltar que Argentina argumentó que la DJAI debía ser analizada bajo el amparo del artículo VIII del GATT sobre “Derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación” y que dicho análisis excluía mutuamente el análisis de la medida bajo el artículo XI: 1 del GATT. No obstante, primero el Grupo Especial y luego confirmado por el Órgano de Apelación, establecieron que:

“no todas las condiciones impuestas a la importación son incompatibles con el artículo XI, sino solo las que tienen un efecto limitativo en las importaciones”⁵

Según el Órgano de Apelación, dichas limitaciones pueden ser demostradas a través del diseño, arquitectura y estructura de la medida considerada bajo su contexto relevante.

Por lo tanto, los requisitos o formalidades impuestas

3 Informe del Órgano de Apelación, Argentina ~ Medidas que afectan la importación de bienes, para. 5.205

4 Ibíd.

5 Ibíd. Para. 5.241.



al amparo del artículo VIII no deben ser excluidas per se del ámbito de aplicación del artículo XI:1 del GATT y el análisis sobre la compatibilidad de las medidas puede ser indistintamente bajo lo dispuesto en el artículo VIII o el artículo XI: 1 o bajo los dos artículos.

4. Ejercicio de Economía Judicial frente al artículo X del GATT

El Órgano de Apelación se manifestó de acuerdo con el Grupo Especial frente a la decisión de ejercer economía procesal frente a las violaciones al artículo X del GATT y a las violaciones al Acuerdo relativo a Licencias de Importación.

Conclusiones

1. Los sectores más afectados por las medidas impuestas por Argentina son el sector de los farmacéuticos, el sector de los automóviles y el sector de la maquinaria agrícola.
2. El Informe del Grupo Especial establece que frente a violaciones de Artículo II, entre otros, no es necesario analizar el daño comercial (caída en las importaciones) que la medida genere.
3. Las medidas adoptadas como restricciones al comercio, pueden ser determinables así no se encuentren escritas y es procedente su análisis bajo la categoría de "otras medidas" del artículo XI: 1.
4. Los requisitos o formalidades impuestas al amparo del artículo VIII sobre "Derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación" no deben ser excluidas per se del ámbito de aplicación del artículo XI:1 del GATT y el análisis sobre la compatibilidad de las medidas puede ser indistintamente bajo lo dispuesto en el artículo VIII o el artículo XI: 1 o bajo los dos artículos

Actualidad

Informe del Órgano de Apelaciones en el caso Estados Unidos — Medidas antidumping sobre determinados camarones procedentes de Viet Nam (WT/DS429/AB/R)

Demandante Viet Nam y Estados Unidos como demandado

Fecha: 7 de abril de 2015

Problema Jurídico: En esta controversia, el Órgano de Apelaciones estudió de fondo tres investigaciones de antidumping adelantadas en Estados Unidos, adoptadas para cierto tipo de camarones procedentes de Viet Nam, así como ciertas leyes, metodologías y prácticas de Estados Unidos para la imposición de derechos antidumping.

Obligaciones en discusión:

GATT de 1994: Art. 1.1, VI:1, VI:2(a), VI:2, X

Antidumping (Artículo VI del GATT de 1994): Art. 1, 2.1, 2.4, 2.4.2, 6, 9, 11, 17.6(i), Anexo II

Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio: Art. XVI:4

Entendimiento sobre Solución de Diferencias: Art. 3.7, 19.1, 21.1, 21.3, 21.5

de la tasa para la entidad a escala de Viet Nam. A los productores/exportadores que no establecieron que eran independientes de la entidad a escala de Viet Nam se les asignó la tasa para la entidad a escala de Viet Nam.

Ante el Grupo Especial, Viet Nam alegó, entre otros argumentos, que la práctica del USDOC, en los procedimientos antidumping relativos a importaciones procedentes de ENM, con respecto a la tasa asignada a la “entidad a escala de la ENM” formada por productores/exportadores

Reporte:

En 2005 EE.UU impuso derechos antidumping contra las importaciones de camarones de Viet Nam. En el procedimiento relativo a los camarones, como Viet Nam fue designado por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (USDOC) como una economía que no es de mercado (“ENM”), el USDOC aplicó una presunción refutable de que todas las empresas de Viet Nam eran, en esencia, unidades operativas de una entidad única de ámbito gubernamental y, en consecuencia, debía asignárseles una única tasa de derechos antidumping (la “tasa para la entidad a escala de Viet Nam”). Los productores/exportadores vietnamitas debían pasar una “prueba de la tasa distinta” para que se les asignara una tasa distinta



que no demuestren una independencia suficiente del control gubernamental es, en sí misma, incompatible con el párrafo 10 del artículo 6, los párrafos 2 y 4 del artículo 9 y el párrafo 8 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping. De acuerdo con el razonamiento de Viet Nam, el USDOC, al realizar las investigaciones de antidumping, inicial y exámenes administrativos, agrupa a todas las empresas de Viet Nam bajo la premisa de que todas pertenecen o están vinculadas a una entidad gubernamental en virtud de la clasificación de ENM que tiene Viet Nam. Por lo anterior, todas las importaciones de camarones provenientes de Viet Nam están sujetas a una misma tasa denominada "tasa para la entidad a escala de Viet Nam". Si una empresa desea ser excluida de esta tasa, para recibir la tasa aplicada a otras empresas importadoras, debe demostrar que no está vinculada de hecho ni de derecho al gobierno de Viet Nam. En las investigaciones demandadas por Viet Nam, alega que en los casos en los que las empresas exportadoras solicitaron de ser excluidas de la tasa para la entidad a escala, el USDOC alegó falta de cooperación de las mismas, lo que llevó a que todas fueran incluidas, vía la presunción de ENM, a la tasa para la entidad a escala.

Según la posición de Viet Nam, es una práctica reiterativa del USDOC la de presumir un vínculo económico de dependencia entre las empresas de cualquier sector con el gobierno cuando hay una declaración de ENM, agruparlas y asignarles una tasa general de antidumping aplicable a todas ellas. En su informe, el Grupo Especial estableció que el conjunto de prácticas reiteradas en las que el USDOC le había dado este trato a las empresas de ENM sí constituía una norma o regla de aplicación general y prospectiva.

Posteriormente, en su análisis, el Grupo Especial estableció que la presunción del USDOC de considerar como una unidad dependiente del gobierno a las empresas de una ENM, y consecuentemente aplicarles una misma tasa generalizada a todas las empresas era contraria a las obligaciones contraídas por Estados Unidos

en virtud del Acuerdo Antidumping. "En otras palabras, la práctica del USDOC en litigio establece una presunción de que en los países ENM los exportadores individuales no tienen derecho a que se les asigne una tasa individual, salvo que logren demostrar su independencia del gobierno en cuanto a sus actividades exportadoras. Esa práctica... es incompatible con las obligaciones establecidas en el párrafo 10 del artículo 6 y el párrafo 2 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping."¹

En 2015, Vietnam notificó su solicitud de apelación varios aspectos legales del informe del GE, limitándose a:

Que la constatación del Grupo Especial de que Viet Nam no había establecido que el artículo 129(c) (1) excluye la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD con respecto a importaciones sin liquidar anteriores, y

Que la constatación consiguiente del Grupo Especial de que Vietnam no había establecido que el artículo 129(c)(1) sea "en sí mismo" incompatible con el artículo 1, los párrafos 2 y 3 del artículo 9, el párrafo 1 del artículo 11 y el párrafo 1 del artículo 18 del Acuerdo Antidumping

Conclusiones

En vista que las cuestiones descritas no fueron apeladas por las partes, quedaron en firme al adoptarse el informe del Grupo Especial junto con el Informe del Órgano de Apelaciones. Es importante anotar que, si bien en la práctica de la OMC, los informes de los Grupos Especiales son vinculantes únicamente entre las partes de la controversia, estas conclusiones a las que llegó el Grupo Especial en el caso particular sí son antecedentes guía para futuros casos de Antidumping ante la OMC. Por lo anterior, la decisión del Grupo Especial debe tenerse en cuenta para todos los Miembros de la OMC, en el trato que le dan a los exportadores de ENM.

¹ Informe del Grupo Especial párrafos 7.152 y 7.193

Actualidad

Zonas Francas Permanentes Costa Afuera ("Offshore")

El 23 de diciembre de 2014 se expidió el Decreto 2682, por medio del cual se establecen las condiciones y requisitos para la declaratoria de "Zonas Francas Permanentes Costa Afuera"

El Decreto tiene por objetivo extender los beneficios del régimen franco a las actividades de hidrocarburos en las costas colombianas, tanto Caribe como Pacífica y áreas continentales o insulares relacionadas. Lo anterior, para lograr mejor desarrollo exclusivo en las actividades de evaluación técnica, exploración y producción de hidrocarburos costa afuera, así como actividades de logística, compresión, transformación, licuefacción de gas y demás actividades directamente relacionadas con el sector de hidrocarburos costa afuera.

Se trata de un modelo aplicado también en otros países, como Irlanda, Singapur, Emiratos Árabes Unidos, India o Estados Unidos y que en Colombia se aplicaría modificando, en lo pertinente, las disposiciones del Decreto 2685 de 1999, 4051 de 2007 y concordantes.

De acuerdo con el Decreto, en países como Colombia hay estudios que estiman que hay un potencial en las cuencas sedimentarias costa afuera que, de probarse, aumentarían varias veces las reservas al hacerse nuevos hallazgos de éstas. De esta forma Colombia garantizaría su seguridad energética en el mediano y largo plazo.

Por lo anterior, se prevé que este nuevo instrumento normativo permita realizar exploración en lugares distintos, costa afuera, (*offshore*) de los convencionales en tierra firme (*onshore*) Esto al reducir los altos costos que estas actividades

generan, mediante los incentivos fiscales y arancelarios otorgados por virtud del régimen franco para atraer mayor inversión a este sector y la generación de más empleo altamente calificado.

En cuanto a los beneficios de este régimen particular, le son aplicables los mismos de las demás zonas francas actuales, teniendo en cuenta las recientes reformas tributarias. Es decir, los usuarios calificados de una ZF Offshore tendrían una tarifa de renta del 15% y pagarían el CREE, (Según Ley 1607/2012, cuyas tasas son de 5, 6, 8 y 9% en los años 2015, 2016, 2017, y 2018), por lo que la tarifa de renta para los proyectos *off shore* se consolidaría en 24%, esto es, 17% puntos menos que los que pagaría una empresa en el Territorio Aduanero Nacional, TAN. Los usuarios de estas zonas francas no pagarían sobretasa del CREE, por expresa disposición de la Ley 1739 de 2014 (Parágrafo del Art.21)

Adicionalmente, no se causarán aranceles e IVA para equipos, maquinaria, repuestos y materias primas que se introduzcan a ZF desde el resto del mundo; exención de IVA para materias primas, insumos y bienes terminados importados a la ZF desde el resto del TAN; las exportaciones desde la ZF gozarán de las preferencias de los TLCs vigentes para Colombia, etc.

Respecto de los requisitos para su declaratoria, sin perjuicio de tener que agotarse las etapas ordinarias de concepto favorable y aprobación del Plan Maestro ante la Comisión Intersectorial de ZFs del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la de revisión y declaratoria ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el Decreto establece algunos requisitos, adicionales a los de

cualquier zona franca, que el usuario operador del contrato con la ANH, como solicitante de este nuevo régimen deberán cumplir, de entre ellos, se destaca:

1. Acreditar la celebración del contrato con la ANH
2. Respecto del área para la declaratoria, deberá ser la misma demarcada en el contrato celebrado con la ANH y no requerirá cerramientos en la parte costa afuera y la continuidad deberá acreditarse sólo en el área continental o insular
3. En cuanto a la nueva inversión y el empleo, se exige:
 - a. Realizar, dentro de los (6) siguientes a la declaratoria de existencia, una nueva inversión por un monto igual o superior a ciento cincuenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (150.000 S.M.M.L.V.), acreditables con la inversión mínima comprometida en el contrato con la ANH, pendiente por ejecutar al momento de la declaratoria de ZF y con la inversión que realicen los demás Usuarios Industriales calificados en la misma, y
 - b. Crear y mantener, por lo menos, treinta (30) nuevos empleos directos, los cuales se podrán acreditar conjuntamente por todos los Usuarios Industriales la Zona Franca.
 - c. Como usuarios, se reconocerá al Usuario Operador del Contrato con la ANH como Usuario Industrial de la ZF y se autorizará al Usuario Operador de la ZF. Así mismo, podrán ser calificados como usuarios industriales de bienes y/o servicios los contratistas del contrato suscrito con la ANH y ciertas personas jurídicas proveedoras de bienes y servicios (Logística, compresión, transformación, licuefacción de gas) directamente relacionados con el sector, previa acreditación de los requisitos del

Decreto 2685 y concordantes.

- d. La duración de la declaratoria será igual a la del contrato con la ANH y sus prórrogas

Se espera que este nuevo régimen se convierta en una herramienta dinamizadora del sector colombiano de hidrocarburos, al contribuir a su competitividad en el plano internacional.

A continuación el texto del Decreto:

“El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confieren los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política, las leyes 1004 de 2005 y 1609 de 2013, y después de recibir las recomendaciones del Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior.

Considerando:

Que el Gobierno nacional está comprometido con las políticas que promuevan la generación de inversión y el desarrollo económico y social.

Que el artículo 2° de la Ley 1004 de 2005, señala que la finalidad de las Zonas Francas es ser polos de desarrollo que promuevan la competitividad de las regiones donde se establezcan.

Que el artículo 4° de la Ley 1004 de 2005, señala que corresponde al Gobierno nacional reglamentar el régimen de Zonas Francas Permanentes y Transitorias.

Que el Gobierno nacional está comprometido con el desarrollo de la actividad de exploración, explotación, transformación y comercialización de los hidrocarburos y que hay estudios que estiman un potencial en las cuencas sedimentarias costa afuera que, de probarse, podrían incrementar varias veces las reservas actuales del país.

Que los proyectos de hidrocarburos, costa afuera

exigen cuantiosas inversiones a largo plazo que requieren un marco fiscal y regulatorio competitivo a nivel internacional.

Que se hace necesario establecer unas condiciones especiales para atraer inversión al sector de hidrocarburos, en procura de obtener beneficios económicos para el país, tales como la captación de nuevas inversiones de capital, el desarrollo de procesos competitivos, promoviendo las economías de escala y simplificando los procedimientos del comercio de bienes y/o servicios, entre otros.

Que el sector de hidrocarburos es el mayor generador de divisas hoy del país y que es prioritario para Colombia garantizar su seguridad energética y promover el hallazgo de nuevas reservas petroleras.

Que el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior, recomendó en Sesión número 279 del 25 al 28 de noviembre de **2014** expedir una reglamentación especial en materia de Zonas Francas para promover el sector de hidrocarburos en las áreas costa afuera.

Que se dio cumplimiento a lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011, en cuanto a la publicación del presente **decreto**.

Decreta:

Artículo 1° Declaratoria de existencia de Zonas Francas Permanentes dedicadas exclusivamente a las actividades de evaluación técnica, exploración y producción de hidrocarburos costa afuera y sus actividades relacionadas

Sin perjuicio de lo establecido por el parágrafo 1° del artículo 392-1 del **Decreto** número 2685 de 1999, modificado por el artículo 2° del **Decreto** número 4051 de 2007, podrá declararse la existencia de Zonas Francas Permanentes en cualquier parte del territorio nacional costa afuera dedicadas exclusivamente a las actividades de evaluación

técnica, exploración y producción de hidrocarburos costa afuera, así como las actividades de logística, compresión, transformación, licuefacción de gas y demás actividades directamente relacionadas con el sector de hidrocarburos costa afuera.

Esta declaratoria podrá comprender áreas continentales o insulares para el desarrollo de las actividades descritas en el inciso anterior.

Artículo 2° Solicitud de declaratoria de existencia de Zonas Francas Permanentes dedicadas exclusivamente a las actividades de evaluación técnica, exploración y producción de hidrocarburos costa afuera y sus actividades relacionadas

Para obtener la declaratoria de existencia de una Zona Franca Permanente en los términos de este **decreto**, deberá presentarse la correspondiente solicitud ante la autoridad competente por parte del Operador del Contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos, conforme a lo dispuesto por el **decreto** número 2685 de 1999 y sus modificaciones, adiciones o normas que lo sustituyan.

Artículo 3° Requisitos del área

El área que se solicite declarar como Zona Franca Permanente, en los términos de este **decreto**, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que el área solicitada corresponda al área asignada en el contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos. El área costa afuera declarada como Zona Franca Permanente no requerirá de cerramientos.
2. También podrá comprender aquellas áreas continentales o insulares en las cuales se vayan a desarrollar las actividades de logística, compresión, transformación, licuefacción de gas y actividades directamente relacionadas con el sector de hidrocarburos costa afuera.
3. El requisito del área mínima establecida

en el numeral primero del artículo 393-1 del **decreto** número 2685 de 1999 modificado por el artículo 4° de **decreto** número 4051 del 2007 no se aplica para la declaratoria de existencia de Zonas Francas Permanentes de que tratan este **decreto**. El requisito de continuidad establecido en la norma citada solo será exigible para el área continental o insular.

El requisito dispuesto en el numeral tercero del artículo 393-1 del **Decreto** número 2685 de 1999 modificado por el artículo 4° del **Decreto** número 4051 de 2007 no se aplica para la declaratoria de existencia de Zonas Francas Permanentes de que trata este **decreto**.

Parágrafo. Cuando el área continental o insular se encuentre separada por una vía pública o un accidente geográfico, podrá considerarse

excepcionalmente continua, conforme con lo dispuesto por el **Decreto** número 2685 de 1999 y sus modificaciones, adiciones o normas que lo sustituyan.

Artículo 4° Requisitos generales para obtener la declaratoria de existencia de Zonas Francas Permanentes de que trata el presente decreto

Para obtener la declaratoria de existencia de una Zona Franca Permanente en los términos de este **decreto**, el operador del contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos deberá acreditar los siguientes requisitos:

1. Allegar copia del contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos.
2. Acreditar mediante certificado de existencia y representación legal que se trata de una persona



jurídica que desarrollará exclusivamente su objeto social dentro de una o varias Zonas Francas.

3. Acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en los literales b), c), f) y h) del artículo 76 del **Decreto número 2685 de 1999**.
4. Realizar, dentro de los seis (6) años siguientes a la declaratoria de existencia, una nueva inversión por un monto igual o superior a ciento cincuenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (150.000 s. m. m. l. v.) y crear y mantener, por lo menos, treinta (30) nuevos empleos directos. Para efectos del requisito de inversión, se podrá acreditar con la inversión mínima comprometida en el contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos pendiente por ejecutar al momento de la declaratoria de Zona Franca Permanente, y con la inversión que realicen los demás usuarios industriales calificados en la misma. En lo relativo al requisito de empleo, este se podrá acreditar conjuntamente por todos los usuarios industriales de la Zona Franca.
5. Presentar los programas y planes de evaluación técnica, de exploración, evaluación y/o desarrollo según lo establecido en los contratos suscritos con la Agencia Nacional de Hidrocarburos.
6. Allegar estudio de títulos de propiedad de los terrenos sobre los que se desarrollará físicamente el proyecto en el área continental o insular de la Zona Franca Permanente.
7. Adjuntar plano topográfico y fotográfico con la ubicación y delimitación precisa del área continental o insular para la que se solicita la declaratoria y los linderos de la misma. Para el caso del área costa afuera, deberá presentarse las coordenadas según lo establecido en los contratos suscritos con la Agencia Nacional de Hidrocarburos.
8. Para el área continental o insular, anexar certificación expedida por la autoridad competente en cuya jurisdicción se pretenda obtener la declaratoria de existencia de la Zona Franca Permanente, en la que se declare que el proyecto está acorde con el plan de desarrollo municipal o distrital, así como el uso del suelo.
9. Las licencias o permisos ambientales requeridos para desarrollar las actividades de evaluación técnica, exploración y producción de hidrocarburos costa afuera y sus actividades relacionadas, serán exigibles de acuerdo a la normativa ambiental vigente.
10. Para el área continental o insular, adjuntar certificados de tradición y libertad de los terrenos que formen parte del área que se solicita declarar como Zona Franca Permanente expedidos por la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.
11. Allegar certificación expedida por la autoridad competente que acredite que el área continental o insular que pretenda ser declarada como Zona Franca Permanente puede ser dotada de servicios públicos domiciliarios.
12. Determinar las áreas destinadas donde las entidades de control ejercerán el control y vigilancia de las actividades propias de la Zona Franca Permanente.
13. Presentar un cronograma en el que se precise el cumplimiento del cerramiento del ciento por ciento (100%) del área continental o insular que se pretenda declarar como Zona Franca Permanente, antes del inicio de las operaciones propias de la actividad de Zona Franca para dicha área, de manera que la entrada o salida de personas, vehículos y bienes deba efectuarse necesariamente por las puertas destinadas para el control respectivo.
14. Postular a la persona jurídica que ejercerá las funciones como Usuario Operador de la Zona

Franca Permanente, quien deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 393-15 del **Decreto** número 2685 de 1999, con excepción del numeral 6), el cual deberá entenderse como los programas y planes de evaluación técnica de exploración, evaluación y/o desarrollo según lo establecido en los contratos suscritos con la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

15. Anexar documento escrito del representante legal de la persona jurídica postulada como usuario operador en donde manifieste que acepta la postulación, y se compromete a establecer un programa de sistematización de las operaciones de la Zona Franca Permanente para el manejo de inventarios, que permita un adecuado control por parte del usuario operador, así como de las autoridades competentes y su conexión al sistema de comunicaciones y de transmisión electrónica de datos y documentos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y cronograma para su montaje.
16. Cuando se pretenda la declaratoria de existencia de una Zona Franca Permanente de que trata este **decreto**, sobre áreas continentales o insulares que no sean de propiedad de la persona jurídica que solicita la declaratoria de existencia de Zona Franca, se deberá acreditar con los contratos o concesiones correspondientes, que puede hacer uso de los mismos.

Parágrafo 1°. No se exigirá el cumplimiento del requisito mínimo de cinco (5) usuarios calificados, establecido en el literal b) del numeral 12 del artículo 393-2 del **Decreto** 2685 de 1999 modificado por el artículo 1° del **Decreto** número 1769 de 2010.

Parágrafo 2°. Para efectos de lo previsto en este **decreto**, la nueva inversión estará representada en los aportes de recursos financieros que se encuentren vinculados directamente con la actividad productora de renta de los usuarios

industriales de la Zona Franca Permanente. Hará parte de la nueva inversión las inversiones asociadas al cumplimiento de los compromisos del contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos pendientes de ejecutarse a partir de la declaratoria de la Zona Franca.

Artículo 5° Reconocimiento de usuarios

En el acto de declaratoria de existencia de Zona Franca Permanente de que trata este **decreto**, se reconocerá al operador del contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos como usuario industrial de la Zona Franca Permanente y se autorizará al usuario operador.

Además del operador del contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos, podrán ser calificados como Usuarios Industriales de Bienes y/o Servicios los contratistas del contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos y las personas jurídicas proveedoras de bienes y servicios de logística, compresión, transformación, licuefacción de gas y actividades directamente relacionadas con el sector de hidrocarburos costa afuera, previo a la acreditación del cumplimiento de los requisitos establecidos 393-24 del **Decreto** número 2685 de 1999, y sus modificaciones, con excepción de los numerales 3, 12, 13, 14, y 15.

Los demás Usuarios Industriales de Bienes y/o Servicios de la Zona Franca Permanente serán calificados por el Usuario Operador, previo a la acreditación del cumplimiento de los requisitos establecidos 393-24 del **Decreto** número 2685 de 1999, y sus modificaciones, con excepción de los numerales 12, 13, 14 y 15.

El usuario operador deberá calificar los nuevos contratistas como usuarios industriales, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en el segundo inciso de este artículo, previa la aprobación de la cesión del contrato por parte de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

Los nuevos Usuarios Industriales asumirán los compromisos adquiridos con la declaración de la Zona Franca Permanente, sin que les sean exigibles nuevos requisitos de inversión y empleo.

Artículo 6° Servicios prestados por Usuarios de Zonas Francas Permanentes en actividades costa afuera

Un usuario calificado dentro de cualquier Zona Franca Permanente, podrá prestar los servicios de su objeto social, para los cuales fue autorizado, a cualquier usuario de Zona Franca Permanente que tenga actividades costa afuera, sin necesidad de compromisos adicionales.

Artículo 7° Movimiento de mercancías y/o productos entre las áreas declaradas como Zona Franca objeto de este decreto, otras Zonas Francas y el resto del territorio aduanero nacional

Se permitirá el movimiento de mercancías y/o productos entre las áreas declaradas como Zona Franca objeto de este **decreto**, otras Zonas Francas y el resto del territorio aduanero nacional, de conformidad con los reglamentos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o quien haga sus veces.

Artículo 8° Operación de equipos que se encuentren fuera de la Zona Franca objeto del presente decreto

El usuario industrial de bienes y/o servicios, podrá tener y utilizar los equipos que sean indispensables exclusivamente para el traslado de los hidrocarburos entre las áreas costa afuera y las áreas continentales o insulares declaradas como Zona Franca, tales como oleoductos, gasoductos, buques y terminales.

Artículo 9° Ajuste del área declarada como Zona Franca Permanente objeto del presente Decreto

El usuario operador de la Zona Franca Permanente objeto de este **decreto**, podrá en cualquier



momento solicitar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o quien haga sus veces, ajuste del área costa afuera, de conformidad con las modificaciones realizadas al área asignada del contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos, para lo cual se deberá actualizar la resolución de declaratoria de Zona Franca Permanente.

Para las reducciones, extensiones y/o ampliaciones del área continental o insular declarada como Zona Franca Permanente aplicará lo dispuesto en los artículos 393-9 a 393-13 del Decreto número 2685 de 1999, adicionado por el artículo 1° del Decreto número 383 de 2007 o normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan.

Artículo 10 Comisión Intersectorial de Zonas Francas o quien haga sus veces

Cuando se presente una solicitud de Zona Franca Permanente objeto de este Decreto, el Presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, será invitado permanente a la Comisión Intersectorial de Zonas Francas o quien haga sus veces, y tendrá voz en las discusiones de la Comisión. El Presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, podrá delegar su participación en uno de sus Vicepresidentes.

Artículo 11 Término de declaratoria de las Zonas Francas Permanentes objeto de este decreto

La declaratoria de existencia de una Zona Franca Permanente de que trata este Decreto, será hasta por el plazo del contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Dicho plazo de declaratoria se prorrogará cuando el contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos sea objeto de prórroga, modificación o cuando se celebre la conversión del contrato.

Para el efecto, el Operador del Contrato con la Agencia Nacional de Hidrocarburos, conjuntamente con el Usuario Operador de la Zona Franca Permanente, remitirá a la Comisión

Intersectorial de Zonas Francas y a la dependencia competente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o a las entidades que las sustituyan, el documento en el que consten las prórrogas, modificaciones o conversión del contrato.

Artículo 12 Pérdida de la declaratoria de existencia como Zona Franca Permanente

Además de las causales de pérdida señaladas en el Decreto número 2685 de 1999, será causal de pérdida de la declaratoria de existencia como Zona Franca Permanente, la terminación del contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

Artículo 13 Remisión general

En lo no previsto en el presente decreto, se aplicarán todas las disposiciones relativas al régimen de Zonas Francas establecidas en el decreto número 2685 de 1999 y sus modificaciones.

Artículo 14 Vigencia y derogatorias

Este Decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el **Diario Oficial** y deroga o modifica en lo pertinente, las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá D. C., a 23 de diciembre de 2014.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Mauricio Cárdenas Santamaría.

La Ministra de Comercio, Industria y Turismo,

Cecilia Alvarez-Correa Glen."

2015 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Todos los derechos reservados
Calle 28 No. 13A - 15 PBX: (+571) 6067676
Fax: (+571) 6067522
contacto@mincit.gov.co
www.mincit.gov.co
Bogotá, Colombia



**MINCOMERCIO
INDUSTRIA Y TURISMO**



**TODOS POR UN
NUEVO PAÍS**

PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN