

ACUERDOS

Revista de Derecho Económico Internacional

■ Edición 4 ■ 2016 ■ <http://www.mincit.gov.co>



MINCOMERCIO
INDUSTRIA Y TURISMO



TODOS POR UN
NUEVO PAÍS
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

OALI

Oficina de Asuntos Legales
Internacionales

ACUERDOS

Revista de Derecho Económico Internacional

María Claudia Lacouture Pinedo
Ministra de Comercio, Industria y Turismo

Mariana Sarasti Montoya
Viceministra de Comercio Exterior

Nicolás Torres Álvarez
Jefe Oficina de Asuntos Legales Internacionales

María Elisa Abril Barreto
Nicolás López Piñeros
Andrés Felipe Esteban Tovar
Luis Carlos Ramírez Martínez
Nicolás Torres Álvarez
Editores Comité Editorial

Laura Veloza Blanco
Coordinadora Comité Editorial (e)

Nicolás Torres Álvarez
Director Comité Editorial

Grupo Vector SAS
www.grupovector.com
Diseño y Diagramación

Publicación Digital

2016 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Todos los derechos reservados
Calle 28 No. 13A - 15 PBX: (+571) 6067676
Fax: (+571) 6067522
consultasoli@mincit.gov.co
www.mincit.gov.co
Bogotá, Colombia



MINCOMERCIO
INDUSTRIA Y TURISMO



TODOS POR UN
NUEVO PAÍS
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

Contenido

5 | Editorial

Mariana Sarasti Montoya
Viceministra de Comercio Exterior

7 | Artículos

- 8 | Los tiempos modernos de la productividad
Daniel Arango Ángel, Viceministro de Desarrollo Empresarial

- 20 | Calidad para la productividad: más allá de los obstáculos técnicos al comercio
Santiago Ángel Jaramillo, Mario A. Pinzón Camargo

31 | Conceptos

- 32 | Acuerdo de Asistencia Mutua en Materia Aduanera

- 34 | Compras Públicas en Acuerdo Comercial Col-UE

- 38 | Decreto 1471 de 2014 Comercio de Servicios

- 43 | Diferencias APC COL-EE.UU Vs Decreto 730 Preferencias Arancelarias

- 45 | Proyecto Convenio GIZ Colombia Alemania

- 49 | Contingente de exportación de cuero y alambón

- 54 | Adhesión de Croacia al Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra.

- 57 | Cuestionario sobre Derechos Humanos y Medidas Coercitivas Unilaterales.

- 61 | Consulta referente al Acuerdo Colombia - Unión Europea.

- 63 | Activación del Artículo 64.2 del Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio

- 77 | Memorando de Entendimiento sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias entre Colombia y Perú

- 80 | Programa de Cooperación en el Sector Turismo entre México y Colombia

- 82 | Procedimientos Aduaneros Relacionados con el Origen de las Mercancías en el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Colombia y los países del Triángulo Norte

- 87 | Consulta de Skinco Colombit Grupo ETEX (producción de placas de yeso -drywall-) sobre posición de desventaja al importar materias primas de países con los que Colombia tiene acuerdos comerciales con Perú, Chile y México y posible situación de dumping con México.

- 94 | Consulta DIAN ventas sucesivas declaración en factura bajo Acuerdo con la Unión Europea - preservación de regla de origen.

97 | Actualidad

- 98 | Resumen Informe del Órgano de Apelación DS453 Argentina - Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios

- 100 | Comunicado No. 14 Corte Constitucional abril 13 y 14 de 2016, Acuerdo De Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea

- 103 | Comunicado No. 13 Corte Constitucional abril 6 y 7 de 2016 la corte declaró exequible el tratado de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, pues tanto en su trámite como en su contenido se ajustan plenamente a lo previsto en la Constitución.

Agradecimiento

El Comité Editorial de la Revista "Acuerdos" quiere hacer un especial reconocimiento a la Viceministra de Comercio Exterior, la Señora Mariana Sarasti Montoya, quien lastimosamente se retira de nuestra Entidad.

Queremos manifestarle nuestros más sinceros agradecimientos, por ser parte de este esfuerzo académico, que refleja el gran compromiso y la transparencia de la Entidad con nuestros usuarios que son los industriales, los prestadores de servicios, los comerciantes, también con la academia y los asesores en comercio exterior.

Agradecemos su apoyo a la Revista en cada una de las ediciones anteriores, con las cuales, el Ministerio ha podido propiciar espacios de reflexión y debate en torno a temas de interés para los sectores industrial y de comercio exterior del país.

Esperamos que a donde la lleve su exitosa carrera continúe siendo una inspiración para nuestro proyecto.

Cordialmente,

Comité Editorial

OALI

Editorial

La revista Acuerdos es una publicación de Derecho Económico Internacional, que pretende crear entre sus lectores un ambiente que fomente el análisis jurídico y económico de temas relacionados con la Industria y el Comercio. Para ello, ofrece temas de interés en materias afines a la misión del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, incluyendo artículos académicos, conceptos e información jurídica de interés.

En este número nos hemos enfocado en las ventajas y oportunidades de los acuerdos comerciales internacionales, así como el desarrollo de nuevos esquemas en el camino de la internacionalización de la economía colombiana. En ese sentido, contamos con artículos sobre procesos de innovación y productividad en la industria nacional. Hechos como la caída de los precios del petróleo y la apreciación del dólar nos exigen sofisticar y diversificar nuestra oferta exportable para no depender mayoritariamente del sector minero-energético. Si bien, por un lado, la situación ha parecido adversa en el corto plazo, plantea magníficas oportunidades para la industria nacional en el largo plazo.

Entre los autores de este número figuran el Viceministro de Desarrollo Empresarial, Daniel Arango Ángel, el Director de Regulación, Santiago Ángel Jaramillo, y Mario A. Pinzón Camargo, asesor de la Dirección de Regulación. Sus artículos explican y proponen claves para el fortalecimiento de la industria a través de la innovación, el desarrollo del capital humano, la competitividad, la productividad y la construcción de la infraestructura necesaria para la calidad.

Por lo anterior, me es grato presentarles este trabajo, que contribuirá a enriquecer el debate entre empresarios, académicos, estudiantes y personas interesadas en conocer conceptos y temas de actualidad afines al comercio internacional.

El Comité Editorial de la revista estará atento a los comentarios y sugerencias de todos sus lectores, con el fin de seguir proporcionándoles la mejor y oportuna información.

Mariana Saristi Montoya
Viceministra de Comercio Exterior

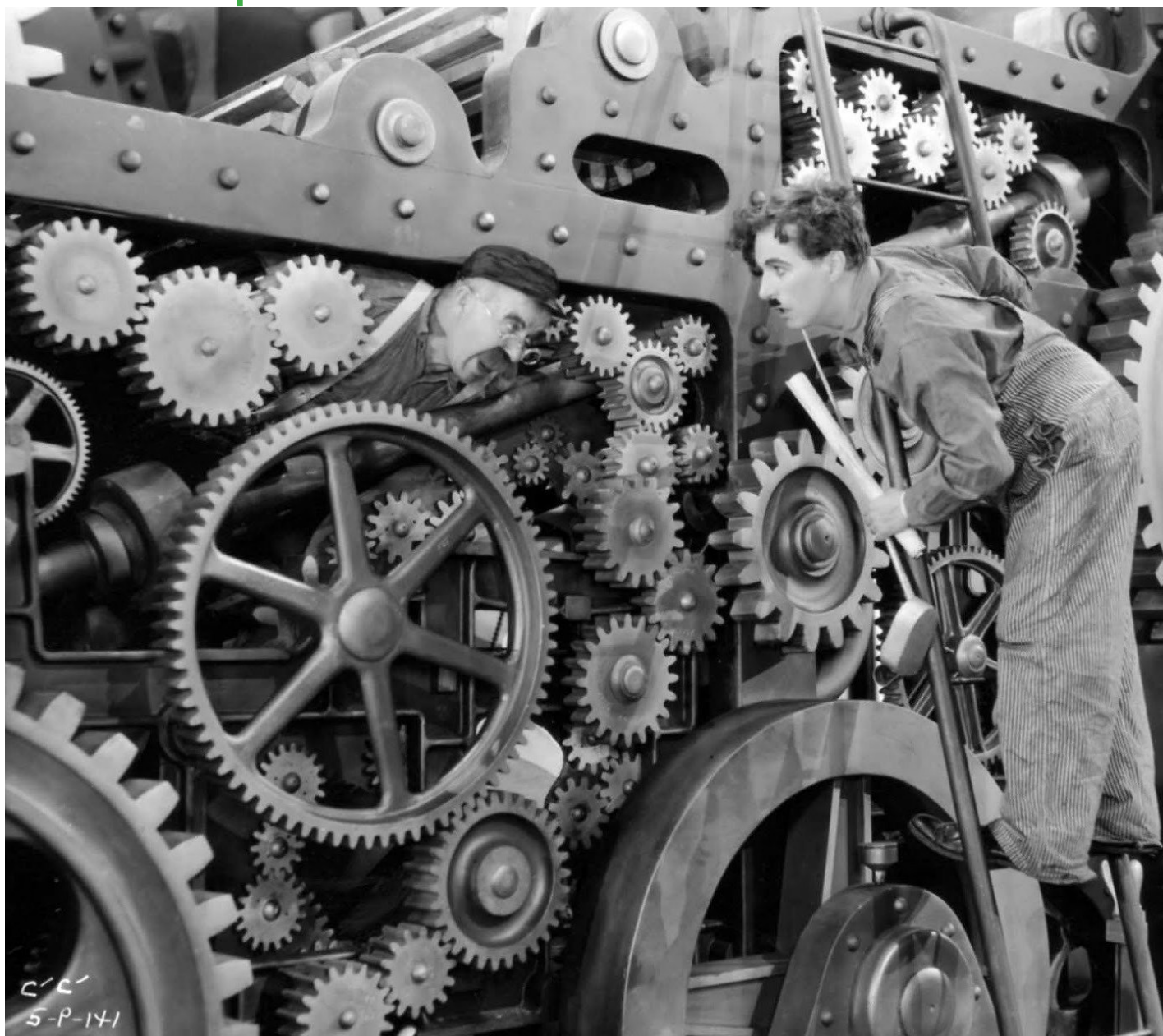




01

Artículos

Los Tiempos Modernos de la Productividad



Fuente: <http://www.taringa.net>



Daniel Arango Ángel, Viceministro de Desarrollo Empresarial¹

¹ Daniel Arango Ángel es administrador de negocios de la Universidad Eafit, con énfasis en comercio internacional de la Universidad Sup de Co, de Montpellier. Es especialista en Administración de Empresas y candidato a un MBA de la Universidad Eafit. Además, es egresado del programa de Alta Dirección Ejecutiva del Inalde, de la Universidad de la Sabana. Luego de ocupar la Dirección de Competitividad de la Cámara de Comercio de Pereira, se vinculó al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo donde ha ocupado los cargos de gerente de Formalización, director de Mipymes y director de Competitividad y Productividad. Actualmente se desempeña como Viceministro de Desarrollo Empresarial.

Resumen

Este artículo hace un diagnóstico de la productividad en Colombia, teniendo como base la productividad laboral y su comportamiento en los últimos años, así como su aporte al desarrollo económico.

Analiza y describe diversas metodologías, particularmente de Japón, que han surgido como repuesta a las necesidades empresariales, y que hoy son replicadas por buena parte del aparato productivo mundial, con resultados extraordinarios en el crecimiento de las industrias.

De igual forma, recoge casos de éxito de empresas colombianas que diseñaron sus propios modelos para incrementar su productividad y explica el plan piloto de un grupo de empresas antioqueñas para fortalecer la cadena de proveedores, como estrategia de productividad integral.

Finalmente, expone el alcance de los instrumentos de política para fomentar el desarrollo empresarial del país, a través del fortalecimiento de componentes como la innovación, el capital humano y la financiación. Así mismo, detalla la estrategia del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para generar un entorno que facilite la competencia en los mercados de bienes y servicios sofisticados de talla mundial.

Palabras clave: productividad, competitividad, transformación, sofisticación, metodología.

Introducción

La globalización, las transformaciones en las tendencias empresariales y los cada vez más exigentes consumidores obligan a adoptar modelos que lleven a las empresas por la senda del crecimiento sostenible y sustentable.

El reto de hoy para el universo empresarial, es tener una competitividad inteligente, con la receta perfecta para combinar y hacer eficientes

los factores que influyen directamente en la productividad.

No basta con tener un producto o servicio novedoso, atractivo y que supla las necesidades de los consumidores, el desafío está en alcanzar la excelencia máxima, y esto sólo se logra con el mejoramiento continuo.

En este entorno cambiante, cada vez más competitivo y con las complejidades que se desprenden del mercado, surge la necesidad de poner en marcha acciones que orienten a las unidades productivas a acelerar su productividad, variable crucial para obtener mejores indicadores en competitividad.

La experticia de cientos de empresas ha demostrado que la complejidad no es sinónimo de productividad. El reto de las organizaciones de hoy está en construir rutas que faciliten la operatividad, así como la funcionalidad de todos los factores inmersos en la cadena y, justamente, el conocimiento acompasado de destrezas y habilidades adaptadas a cada entorno puede significar una gran diferencia para las industrias que desean agilizar sus procesos con un foco claro en calidad.

Precisamente, la mezcla de metodologías adecuadas a cada contexto empresarial, con instrumentos efectivos de política pública, propiciará un entorno favorable para optimizar los indicadores de las organizaciones, que serán el reflejo de un crecimiento empresarial sostenido.

Contenido

En los últimos años, la productividad se ha reinventado y se ha alimentado con nuevas metodologías, que parten de la aplicación de técnicas efectivas en los espacios de trabajo. Éstas se han convertido en poderosas dinamizadoras de los procesos al interior de las unidades productivas e impactan positivamente en las utilidades de las compañías.

Probablemente, una parte de las empresas colombianas cuente con programas de mejora inherentes a la productividad y muchas de ellas logren resultados sorprendentes. Sin embargo, los últimos datos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MinCIT), el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y otras entidades, dan cuenta del rezago de la productividad del país, dado que *“la contribución de la productividad al crecimiento de la economía colombiana ha sido baja en las últimas décadas, y el crecimiento ha sido consecuencia más de aumentos en la fuerza laboral que de crecimientos en la productividad laboral”*.

En consecuencia, el tejido empresarial colombiano no ha alcanzado los niveles de productividad deseados y tampoco está al nivel de los indicadores mundiales.

De acuerdo con un estudio de la compañía estadounidense Premiere Global Services Inc (PGI), realizado con datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)², Alemania es el país con los trabajadores más productivos del mundo, seguido de Francia, Estados Unidos, Rusia y Grecia. El estudio también revela que los mayores índices de productividad no están asociados con un alto número de horas de trabajo.

De igual forma, el análisis asevera que un trabajador alemán no usa más de 1.500 horas al año de su tiempo para trabajar, 368 horas menos que la media europea y, sin embargo, son los más productivos del mundo. Por su parte, los surcoreanos son quienes dedican más tiempo a su trabajo con 2.600 horas por año. Los colombianos trabajan, en promedio, 2.496 horas anuales, pese a esto, la productividad por persona no es comparable con la escala internacional.

De hecho, las preocupaciones de los grandes organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), apuntan a optimizar los recursos, a generar mayores y mejores capacidades productivas, dado el aumento acelerado de la población que para 2050 se calcula en 9.100 millones de habitantes (FAO, 2009). Así las cosas, a largo plazo, el incremento de la productividad y el uso responsable de los recursos, es decir, *“hacer más, con menos”*, será uno de los principales desafíos.

Lo que las coyunturas económicas han dejado y lo que falta por aprender

Las crisis económicas nos recuerdan los errores del pasado que cobran vigencia en el presente. Sin embargo, son la oportunidad para analizar con cuidado todos los procesos, las apuestas de mejora y el futuro, convirtiéndose en la ocasión para aplicar cambios transformadores para las economías. De hecho, históricamente las grandes crisis fueron la antesala para procesos de desarrollo extraordinarios.

De los errores se aprende. Por ejemplo, con la caída de los precios del petróleo Colombia corroboró su alto grado de dependencia de la producción minero-energética y de las exportaciones de estos



² Estudio realizado con datos del documento “Perspectivas sobre el Desarrollo Global 2014”, de la OCDE.

productos. A pesar de esto, fue la oportunidad para trasladar la mirada a otros sectores y lanzarse a la metamorfosis productiva.

En efecto, las cifras han venido cambiando. En el acumulado de los últimos doce meses la producción industrial aumentó 1,7%. En 2016, la industria arrancó con pie derecho: para enero la producción industrial aumentó 8,2% con relación al mismo mes de 2015, y mantuvo la tendencia positiva por octavo mes consecutivo. Los subsectores de artículos de viaje, bolsos de mano y el de vehículos automotores se convirtieron en jalonadores de la industria, lo que demuestra que el país avanza en diversificación de la oferta.

Pero cuando las estadísticas mejoran no se puede bajar la guardia. Al respecto, Deming (1989) explica muy bien esta premisa, *“la industria occidental se queda satisfecha con mejorar la calidad solo hasta el nivel en el que las cifras visibles despejen las dudas sobre el beneficio económico de seguir mejorando”*.

El mensaje es claro: los procesos de mejora deben ser constantes e independientes de las cifras. Para el caso, los japoneses son los maestros de este principio, *“siguen adelante y mejoran el proceso haciendo caso omiso de las cifras. Así es como mejoran la productividad, disminuyen los costes, y conquistan el mercado”*, (Deming, 1989).

Por 1948, los japoneses daban un giro a su concepción de productividad y calidad. Luego de diferentes análisis realizados a partir de Walter A. Shewhart, entre otros autores, concluyeron que *“el mejorar la calidad engendra de manera natural e inevitable la mejora de la productividad”*, (Deming, 1989). El reflejo de este proceso es reducción de costos, disminución de errores, menores atrasos en las entregas, mejor aprovechamiento de mano de obra, maquinaria y, por supuesto, eficiencia del tiempo.

De esta forma, *“una vez que los directivos adoptaron la reacción en cadena en Japón a partir de 1950, todos tenían un objetivo común, es decir, la calidad”*,

(Deming, 1989). A partir de ese momento el reto de Japón ha sido poner en marcha metodologías para alcanzar el grado máximo de calidad y, en este camino, el consumidor ha cobrado un papel protagónico a lo largo de la cadena. Así, un país que tenía un valor neto negativo se convertiría en un poderoso protagonista de la economía mundial y en un ejemplo de productividad empresarial.

¿Qué es la productividad?

La productividad puede ser entendida desde diferentes ópticas. Tal vez sea preciso remitirse a los conceptos de quienes han estudiado esta capacidad a fondo.

Una de las definiciones que aún cobra vigencia es la declarada por la Asociación Europea de Centros Nacionales de Productividad (EANPC) en 1959: *“la productividad es ante todo, un estado de la mente. Es una actitud que busca el mejoramiento continuo de todo cuanto existe. Es la convicción de que las cosas se pueden hacer hoy mejor que ayer y mañana mejor que hoy. Adicionalmente, significa un esfuerzo continuo para adaptar las actividades económicas y sociales al cambio permanente de las situaciones con la aplicación de nuevas teorías y nuevos métodos”*.

Por su parte, el Centro de Productividad de Japón (JPC, por sus siglas en inglés) define la productividad como *“un concepto de la mente, una marcha hacia la perfección”*.

Por ejemplo, para Elizondo (2007), la Productividad representa un elemento empresarial diferenciador.

Es el engranaje de varios factores que tienen una función que va más allá de la producción neta de bienes y servicios. Es, sin duda, un elemento diferenciador a todas las escalas que constituye un factor clave para el éxito de las empresas. Al respecto, Garay (1998) sostiene que *“en el marco de la globalización económica, los incrementos de la productividad laboral se convierten en un mecanismo*

para alcanzar una mayor competitividad, siempre y cuando se deriven de mejoras en los procesos productivos y en los indicadores de gestión de los trabajadores, así como de la introducción de innovaciones que fortalezcan incrementos en el valor agregado”.

Los avances en productividad coadyuvan a tener la competitividad para participar en los mercados. Más allá de alcanzar los niveles deseados, tendrá un efecto multiplicador al interior de las empresas y en el crecimiento económico de los países.

Sin duda, es una forma para hacer los negocios más prósperos y, paralelamente mejorar la calidad de vida de la sociedad.

La productividad, un estado empresarial

No se puede confundir productividad con aumento de la eficiencia y la racionalización, dado que estas tienen relación con la emisión de bienes o servicios, que pueden derivar en desempleo o reducciones salariales.

Al respecto, Elizondo (2007) cita cómo el CPJ puso en marcha el ‘Movimiento de la Productividad’, el cuál sería la semilla de este país para alcanzar la competitividad internacional, alrededor del trabajo, a través de lo que ellos denominaron los ‘tres principios guías’:

1) A largo plazo, un incremento en productividad siempre crea, eventualmente, mayor empleo: en la medida en la que la productividad aumente, la diversificación se convertirá en un factor esencial para ofertar productos con más calidad y, paralelamente, estos factores proporcionarán un mayor crecimiento para la empresa, reflejado en la demanda de más trabajadores.

2) La gerencia y los empleados deben trabajar uno al lado del otro para resolver problemas y mejorar la productividad: los directivos o jefes deben contar con el conocimiento y la

experticia para resolver situaciones junto con sus subalternos. Esto permitirá afluencia de ideas que redundarán en el mejoramiento continuo de las organizaciones, así como en la reducción de costos, “además, brindarían un valor agregado que satisfaga las necesidades del cliente, en compatibilidad con el medio ambiente” (Elizondo, 2007).

3) Las ganancias por productividad deben distribuirse equitativamente entre la gerencia, los trabajadores y los consumidores: los resultados deben propiciar la equidad para quienes hacen parte del proceso de producción, de manera que las ganancias deben ser un incentivo para todos y constituyen un atractivo para el esfuerzo, la motivación permanente y una oportunidad para invertir en diversificación y sofisticación. Un ciclo de producción basado en la productividad generará más utilidades para las empresas.

Para Elizondo (2007), el mejoramiento y la capacitación deben basarse en datos e información calificada que proporcione las herramientas a los colaboradores para que aliente su creatividad con miras al desarrollo de soluciones aplicadas a sus puestos de trabajo. El mismo autor recomienda el uso de herramientas de calidad, tales como: tablas de datos, histogramas, diagramas de Pareto, de dispersión, de causa-efecto, lluvia de ideas, gráficos de control, entre otros. Paralelo a esto, sugiere brindar herramientas básicas de ingeniería industrial, como el análisis de indicadores del trabajo, tiempos y movimientos para identificar estrategias de mejora a partir de patrones cuantitativos.

Perfeccionamiento del capital humano como instrumento dinamizador

No hay fórmula completa para todo. Pese a esto, los ensayos, la prueba y el error de siglos de trabajo pueden dar luz de prácticas óptimas en los núcleos empresariales de diferentes países que consiguen ser adaptados a las culturas organizacionales en la búsqueda de procesos de mejora.

Existen varios caminos para alcanzar la productividad. Probablemente, el desarrollo del capital humano sea el más recurrente, por supuesto, acompañado de otras acciones como transferencia de tecnología, innovación, calidad, generación de encadenamientos productivos, *clusterización*, entre otras.

Justamente, el capital humano es quizá uno de los componentes más importantes que debe concentrar buena parte de las estrategias de impacto en la aplicación de programas que incrementen la productividad. A escala intra-empresarial, los líderes, en especial los jefes de producción o de los procesos, deben traspasar sus propias fronteras de conocimiento. Es decir, tener el dominio completo de los procesos a lo largo de la cadena, con la capacidad para ser el formador estrella de sus colaboradores (Elizondo, 2007).

De hecho, el capital humano otorga una “*contribución distintiva*” a la innovación y a la productividad en un país en desarrollo como Colombia. En efecto, la adquisición, adaptación y creación de conocimiento se ha convertido en un factor importante en el progreso económico, y es el común denominador de las estrategias exitosas de desarrollo aplicadas por la República de Corea, Finlandia e Irlanda, entre otros. (Banco Interamericano de Desarrollo, 2010).

De acuerdo con el Banco Interamericano de Desarrollo (2010), esto posibilita implementar estrategias aceleradoras de desarrollo, adaptando conocimiento de otras economías avanzadas.

Los expertos coinciden en la relación entre capital humano con productividad. Por ejemplo, Elizondo (2007) aconseja ver el recurso humano como una fuente constante de mejoramiento que agrega valor al producto.

En esta vía, el liderazgo en las empresas debe ser más que un currículum exitoso. Los nuevos líderes deben estar acompañados de desafíos en diferentes frentes, que hagan equipo con la armonía durante todas las etapas de la cadena productiva. Esta



persona debe ser un sorprendente inspirador de conocimiento y pasión, un administrador con todos los quilates, un integrador del recurso humano con conocimiento, así como un gladiador del funcionamiento del aparato productivo.

El recurso humano forma parte de la receta para mejorar la productividad. La gestión del compromiso resulta un factor estimulante. Sin embargo, y como diría Dueñas (2012), el compromiso suele dar buenos resultados en épocas de bonanza, pero estos pueden fluctuar con la escasez.

Productividad de las empresas colombianas

La noticia fue desalentadora. *“En Colombia se necesitan 4,5 trabajadores para hacer la misma actividad de un empleado en EE. UU.”* (Morales, 2014).

Acaso, ¿Los colombianos no somos productivos en el trabajo? Es la primera pregunta que surge luego de ver la publicación. Para la fecha, Colombia ocupaba el puesto 66 entre 144 países analizados en productividad, según la medición del Foro Económico Mundial.

Ahora bien, los análisis realizados por el Departamento Nacional de Planeación (2015) le confieren un aporte al crecimiento de la economía colombiana explicado por el aumento de la fuerza laboral, más no de la productividad.

Por su parte, la Encuesta de Opinión Industrial Conjunta (Andi, 2014) identificó que los factores que más afectan la productividad son la falta de mejoras en los procesos de producción, la desactualización tecnológica, la ineficiencia en los procesos organizacionales y la falta de pertinencia del recurso humano.

No obstante, el universo empresarial del país es grande y muchas compañías han realizado una reinversión productiva transformadora de sus propias estructuras, y hoy son ejemplo de emprendedoras de productividad.

Unos de los casos destacados es el de Haceb, que basa su sistema de excelencia operacional en los líderes de grupos de trabajo, los valores que cultivan en su gente y en la innovación en producto proceso. Haceb integró diversos sistemas hasta obtener uno propio y adaptado a sus patrones culturales (Aguilar, 2014).

Alpina, una de las compañías más innovadoras del país, desde 2009 cuenta con equipos de profesionales enfocados en aplicar técnicas y metodologías de incremento de productividad y eficiencia operacional a los procesos de la compañía. Justamente, en 2016, su Dirección de Productividad estableció el *“Modelo de Productividad de Alpina”*, el cual plantea el método de aplicación de prácticas, herramientas



y técnicas para la definición, priorización e implementación de proyectos de productividad en la organización. La compañía aplica conceptos clave para el monitoreo de la cadena de valor, identificación de productividades y generación de sinergias, que permitan adaptabilidad, eficiencia operacional y mayor competitividad de la compañía. También incluye dentro de sus herramientas Kaizen y 5S, entre otras herramientas. De acuerdo con Alpina, los resultados son evidentes: ahorro, mayor agilidad en los procesos, disminución de puntos de integración tecnológica, incremento en la capacidad de despacho, entre otros.

Estas organizaciones analizaron sus determinantes productivos y ajustaron sus procesos para lograr ser más competitivas. Específicamente, los determinantes a nivel de la unidad productiva, de los factores de producción y del entorno competitivo, reflejan los aspectos que requieren mayor atención y que permiten inferir cuáles son las estrategias para cada caso.

Con un diagnóstico adecuado, a partir de programas de escalonamiento a la productividad que originen acciones específicas para su puesta en marcha, seguramente más empresas podrán convertirse en protagonistas de mejoramiento continuo y generarán efectos multiplicadores en el desarrollo empresarial y, por supuesto, en la economía.

Moraleja de la productividad empresarial mundial

Diferentes compañías internacionales han desarrollado sistemas de producción que las han llevado a una escala supra-competitiva, por supuesto, incrementando sus indicadores de productividad y calidad. Justamente (Aguilar, 2014) reseña algunos casos de éxito destacados como: Toyota, con el TPS (*Toyota Production System*), cuyos pilares son la detección de errores antes de afectar la calidad del producto y hacer las cosas justo a tiempo; Dell, con un sistema basado en la Administración de la Cadena de Suministro; Nissan,

que incluye en su estrategia la estricta aplicación de 5S, TPM, el apoyo a sus proveedores y otras, que han revolucionado sus ecosistemas internos.

Tendencias de la productividad: el legado japonés

Definitivamente, no todas las respuestas están en la tecnología y no todas las soluciones requieren de inversiones millonarias.

Históricamente, diferentes técnicas administrativas han sido puestas en marcha por las empresas para mejorar sus procesos: Justo a Tiempo, Calidad Total, *Lean Manufacturing* unas con resultados más visibles que otras.

En este ir y venir de diseños tradicionales y otros vanguardistas, los japoneses han llevado la batuta en distintos procesos que han revolucionado la forma de hacer las cosas en las empresas, a partir de su filosofía "*El mejoramiento de la productividad es para todos*". Lo único repetitivo en esta iniciativa es la búsqueda de soluciones a situaciones que las requieran. Así el mejoramiento va a ir de la mano con cada una de las actividades diarias que se realizan en una empresa.

Kaizen: Quizás es una de las filosofías de producción más conocidas y acondicionadas en la producción industrial en el mundo. Kai, quiere decir 'cambio' y Zen 'bueno' con esta filosofía los japoneses han logrado dar impulso a una economía reconocida por ser organizada, productiva y por tener altos niveles de competitividad.

De acuerdo a Garay (1998), *Kaizen* se puede combinar de tres formas: la primera, usando los principios de *ECRS* y los 5 ¿Por qué?, para lograr la resolución de problemas a través de la experiencia y la creatividad; la segunda, por análisis utilizando datos y, la tercera, introduciendo nueva tecnología como maquinaria.

En resumen, los principios de *Kaizen* se pueden identificar por los conceptos ECRS: Eliminar, Combinar, Re-organizar y Simplificar.

Es totalmente transversal e inclusiva, siendo los directivos los primeros que se deben incorporar y ayudar a dar solución a todos los problemas de las organizaciones.

Los expertos en esta metodología señalan que, de ponerse en funcionamiento, deben ser bien analizados los cambios que se incorporarán a la rutina de producción, además, se deben incluir la seguridad, calidad y productividad de la empresa.

De igual forma, *Kaizen* también hace uso de otras herramientas como *Círculo de Deming*, siendo fiel a su filosofía de mejoramiento continuo. Este círculo no es más que el resumen de Planear, Hacer, Verificar y Actuar. (Manufactura Inteligente, 2016).

5 ¿Por qué?: Preguntarse 5 veces el ¿por qué? le brindará el conocimiento necesario y será útil para encontrar la verdadera base del problema.

Sistema Keiretsu: esta invención japonesa propone que las empresas sean aliadas de su cadena de proveedores, a través de apoyo directo para mejorar las fallas detectadas durante su cadena de producción, de manera que el producto que intercambien tengan mejoras significativas y con ello, la relación comercial y el crecimiento paulatino tanto de proveedor como de cliente.

Todo puede resolverse en el puesto de trabajo, el conocimiento y la técnica que requiere el trabajador para tener dominio total de la maquinaria, la materia prima y los métodos para producir el producto final. Así pues, los nuevos administradores deben asumir el papel de facilitadores. Creando una red de trabajo articulado en la que todos pueden ser creativos y desarrolladores de técnicas de optimización operativa.

5S: los japoneses han propuesto 5 técnicas para mejorar la productividad. No es física cuántica, ni mucho menos. Son 5 estrategias aplicables para

cualquier lugar de trabajo y para todos los sectores. Cosas sencillas como mantener el lugar de trabajo organizado, puede significar aumentos destacables de la productividad para cualquier tipo de organización. Los japoneses desagregan las 5S así:

- **Seiri o clasificar:** eliminar lo innecesario, en cantidad innecesaria y descartarlo.
- **Seiton u organizar:** tener únicamente lo necesario ordenado. Un lugar para cada cosa y cada cosa en su lugar. Debe cumplir con 3 principios: 1. Cualquier persona debe encontrar las cosas en menos de 30 segundos, 2. Tomar un objeto y dejarlo exactamente en el mismo lugar y 3. El primero en entrar es el primero en salir.
- **Seiso o limpiar:** A través de la limpieza se conoce la máquina y el equipo, de tal manera que si se observa una anomalía se debería reparar o reportar al departamento de mantenimiento.
- **Seiketsu o estandarizar:** recoge las anteriores para establecer reglas, estándares y el uso de controles visuales. Con esto se busca interiorizar al máximo la técnica para sea utilizada a largo plazo y de forma permanente.
- **Shitsuke o hábito:** disciplina para mantener las actividades a través de la capacitación. Busca el cambio cultural por medio de los buenos hábitos de trabajo (Elizondo, 2007).

¿Por qué las cadenas de valor son esenciales?

¿Qué factores diferenciadores tienen las grandes factorías asiáticas que hacen difícil tener competidores de su talla? Probablemente la respuesta esté en sus procesos de fabricación, diferentes a los de los países en desarrollo. Los llamados '*gigantes asiáticos*' han desarrollado competencias diferentes que les han otorgado una ventaja competitiva superior, en lo que a fabricación industrial se refiere.

Entre otros aspectos claves para el desarrollo empresarial, se les confiere a los *‘gigantes asiáticos’* su capacidad de insertarse en cadenas globales de valor. Así, la selección de proveedores eficientes y coherentes con las necesidades empresariales, seguido de un trabajo sintonizado con la calidad y el mejoramiento permanente, se convierten en un excelente ingrediente para la receta de la productividad.

Un programa de desarrollo de proveedores desde la perspectiva de lograr tener una empresa extendida no se basa en una acción altruista, sino más bien, en una acción de sostenibilidad mutua (Alcaldía de Medellín - Andi, 2015). Es decir, en el gran universo de la producción cada uno de los proveedores es un socio vital durante la cadena productiva.

Precisamente, la Alcaldía de Medellín, junto con la ANDI (Asociación Nacional de Empresarios de Colombia), estructuraron un modelo para crear cadenas globales de valor adaptados a la idiosincrasia de cada empresa, dada la gran falla de muchas técnicas exitosas en otros países que, queriendo ser adaptadas al caso colombiano, fracasan por excluir variables culturales.

Dentro de las premisas de este modelo³, se puede destacar el *“relacionamiento de las Pymes con el SENA (Servicio Nacional de Aprendizaje), y cómo se deben buscar acuerdos para resolver coyunturas de educación que hoy son urgentes en ciertos micro-sectores”*. Con la aplicación de tres componentes, esta estrategia busca impactar la necesidad de cada empresa-sector: modelo de desarrollo táctico, modelo de desarrollo integral y desarrollo de micro-sectores. (Alcaldía de Medellín - Andi, 2015).

En todos los casos, estos modelos se sirven de aciertos y desaciertos, basados en el relacionamiento para la obtención de resultados que tengan beneficios bilaterales. Aquí, el modelo usa la Matriz de

Riesgo de Sostenibilidad del Suministro⁴.

De acuerdo con la experiencia reseñada por la Alcaldía de Medellín y la Andi (2015), en la puesta en marcha del *Piloto de Desarrollo de Proveedores de la Red de Ensamble de Alto Valor Agregado del Valle de Aburrá*, se adhirieron empresas con características homogéneas como: AKT, Haceb, Renault-Sofasa, Incolmotos Yamaha, Mitsubishi Electric y Auteco quienes, con el apoyo de la Secretaría de Productividad y Competitividad de la Alcaldía de Medellín, iniciaron el proceso de desarrollo de proveedores bajo la metodología *Monozukuri*.

Causa y Efecto, una consultora en el desarrollo de estrategias para incrementar la competitividad de las empresas, ha descrito muy bien la implementación del método *Monozukuri*. De hecho, ha sido esta consultora quien ha acompañado los procesos de implementación de programas piloto, junto con el SENA, con resultados destacados en cuanto a la transformación de una cultura orientada a la productividad y al mejoramiento continuo, en donde el conocimiento preciso y la medida forman parte fundamental de la estructura operativa.

El documento *Monozukuri, método de aumento de competitividad en una red de proveedores*, escrito por Carlos Aguilar (2014), explica muy bien los alcances de esta técnica japonesa que, a partir de ajustes en la cadena de producción, ha logrado revolucionar la forma de hacer las cosas en las empresas que conforman la Red Ensamble, en Antioquia.

Aunque cada sistema de producción es único, puede utilizar técnicas que sin una tecnología de punta, pueden significar mejoras sustanciales. Por ejemplo, *Kaizen* o *5S*.

En palabras de Aguilar (2014), *“Monozukuri-*

³ Documentado en Modelo de Desarrollo de Proveedores ANDI, 2015.

⁴ Esta matriz es una adaptación de la matriz de Kraljic, cuyo fin es clasificar los proveedores en cuatro categorías, las cuales determinarán el modelo de relacionamiento, de esta forma, esclarece donde orientar los esfuerzos de desarrollo. Ver: (Alcaldía de Medellín - Andi, 2015).

Genba no es un fin por sí mismo, es un medio: no es un QUÉ, es un CÓMO". Se resume en hacer lo adecuado en el sitio de trabajo. Así, esta metodología logra reunir tres aspectos esenciales: qué se aprende, cómo se adapta a la industria y cómo se generan cambios culturales.

Cada fase de este plan está estructurada de forma que involucra y genera comunicación a todos los integrantes de la comunidad empresarial. No deja nada al azar y contempla los riesgos que pueden surgir durante la evolución del proyecto, de hecho, promueve la autogestión para la solución de problemas.

Aunque este ejercicio fue aplicado a sectores específicos, por ejemplo, en el ensamble de vehículos, motos, electrodomésticos de línea blanca, entre otros, lo destacable es el trabajo colaborativo, tanto en conocimiento como en metodología, que hizo posible generar un cambio transformador en las operaciones de procesos y generador de una metamorfosis en la visión de la productividad a partir de la aprehensión del conocimiento.

Si bien no hay modelos para todo, sí es posible adaptar metodologías de intervención global que aporten soluciones, tanto en los ámbitos interno como externo, de cara al mejoramiento integral de la cadena productiva.

Una nueva Política de Desarrollo Productivo

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con el apoyo de las entidades gubernamentales, avanza en la consolidación de la Política de Desarrollo Productivo (PDP): la punta de lanza para promover la transformación del aparato productivo colombiano. Esta política reúne acciones concretas para generar aumentos sostenidos de la productividad a través de la corrección de fallas de mercado o de Gobierno.

De esta forma, la PDP busca promover incrementos en la productividad laboral y mejoras en las capacidades de competir e innovar de las unidades productivas. Los objetivos apuntan a

fomentar aumentos de eficiencia y efectividad en la provisión de factores de producción (capital físico, capital humano y capital financiero, entre otros) y, finalmente, generar un entorno que promueva la competencia en los mercados de bienes y de factores, aumente la participación del país en el comercio internacional y facilite el desarrollo de encadenamientos productivos y la inserción de la economía nacional en cadenas globales de valor.

Para el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la productividad siempre ha sido un eje fundamental en la maquinaria que mueve el desarrollo empresarial del país y, en la contemporaneidad, está dispuesto a enriquecer sus instrumentos para incentivar a las empresas y brindarles las herramientas para obtener más y mejores resultados en productividad y competitividad.

Movimiento por la Productividad en Colombia

Con un nuevo giro a la relación Empresa-Universidad-Estado y, a partir de un diagnóstico detallado acompañado de la creación de modelos que incluyen la adopción y adaptación de metodologías japonesas y la formación como base para replicar sistemas colaborativos de trabajo, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo busca que todos los actores del circuito empresarial se sumen al gran Movimiento por la Productividad.

El Movimiento promueve el diálogo y el intercambio continuo de experiencias y saberes, así como el trabajo articulado entre el aparato productivo y el Gobierno para desarrollar proyectos que generen las condiciones necesarias para lograr aumentos sostenidos en la productividad de los sectores.

Es objetivo de la cartera de Comercio es que el Movimiento por la Productividad se multiplique y tenga impacto en todos los municipios y departamentos, de manera que se materialicen alianzas conjuntas para el desarrollo y la competitividad empresarial.

Sin duda, un modelo colaborativo va a ser la cuerda que conduzca a las empresas a la cima de la productividad. Todos deben ser parte de esta cuerda y, con los instrumentos de política adecuados como la PDP, Colombia avanzará en el perfeccionamiento del aparato productivo y posicionará sus bienes y servicios en los mercados más exigentes del mundo.

Conclusiones

Los constantes cambios en los mercados plantean nuevos desafíos para el aparato empresarial y, por supuesto, para el Gobierno. Ciertamente, estas circunstancias exigen una competitividad integral para responder a la rigurosa demanda.

Justamente, una integración de productividad y calidad, sintonizada con el fortalecimiento transversal de la cadena productiva, generará cambios transformadores en el aparato productivo nacional que le permitirá alcanzar nuevos mercados y competir con sus poderosos pares internacionales.

Es momento de analizar con cuidado las principales variables que afectan la productividad de las empresas. En este proceso un diagnóstico detallado, acompañado del diseño y la implementación de metodologías efectivas, puede significar mejoras sustanciales en productividad. En este sentido, vale la pena retomar algunas prácticas japonesas que han sido acondicionadas, ejecutadas y probadas por empresas de gran reconocimiento en el mundo, con resultados extraordinarios.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo es un aliado para los empresarios. Precisamente, su músculo ejecutor cuenta con políticas y estrategias que facilitan la operatividad de los empresarios y les ofrece alternativas para renovar y sofisticar sus unidades productivas.

Bibliografía

- Aguilar, C. (2014). *Monozukuri, método de aumento de competitividad en una red de proveedores*. Medellín.
- Alcaldía de Medellín - Andi. (2015). *Modelo de Desarrollo de Proveedores Andi*. Medellín.
- Andi. (Abril de 2014). [www.andi.com.co](http://www.andi.com.co/SitEco/Documentos%202015/Informe%20EOIC%20Abril%202015.pdf). Obtenido de Andi: <http://www.andi.com.co/SitEco/Documentos%202015/Informe%20EOIC%20Abril%202015.pdf>
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2010). *La era de la productividad*. Washington: Oficina de Relaciones Externas del BID.
- Deming, W. E. (1989). *Calidad, productividad y competitividad: la salida de la crisis*. Madrid: Díaz de Santos.
- Dueñas, J. A. (2012). *Cómo mejorar la productividad y la competitividad de su empresa a través de las personas: la gestión del compromiso*. Recursos Humanos.
- Elizondo, R. L. (2007). *Fundación Dialnet*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3200801>
- FAO. (12 de 10 de 2009). Obtenido de FAO: <http://www.fao.org/wsfs/forum2050/wsfs-forum/es/>
- Garay, L. J. (1998). *Colombia: estructura industrial e internacionalización 1967-1996*. Bogotá.
- *Manufactura Inteligente*. (13 de Marzo de 2016). Obtenido de <http://www.manufacturainteligente.com/kaizen/>
- Morales, M. (19 de Septiembre de 2014). *Los colombianos trabajan mucho, pero les rinde poco*.

Calidad para la Productividad: más allá de los Obstáculos Técnicos al Comercio



Las ideas y puntos de vista presentados en este documento sólo comprometen a los autores; y las omisiones son responsabilidad de los mismos.



Santiago Ángel Jaramillo¹, Mario A. Pinzón Camargo²

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia y Master en Administración Pública y Desarrollo Económico de la University of London

² Profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, Máster en Derecho Económico de la misma universidad, y Máster en Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Colombia.

Resumen

El artículo tiene como finalidad presentar la situación de Colombia respecto del desarrollo de la infraestructura de la calidad como una plataforma fundamental para apoyar la protección al consumidor, impulsar procesos de innovación y con ello incrementar la productividad en la industria nacional. Para ello se adelanta un análisis de la relación entre la calidad, el acceso a mercados, la innovación, la productividad y el incremento de la competitividad industrial, el cual sirve de marco para estudiar los avances y principales retos del país respecto de la política de calidad. Entre estos últimos se destaca la necesidad de avanzar en el desarrollo del campo voluntario y con ello superar el equívoco de pensar que la calidad es un sinónimo de reglamentación técnica.

Palabras clave: Política de Calidad, Innovación, Productividad, Comercio.

Introducción

La segunda mitad del Siglo XX estuvo marcada por una notable profundización del proceso de globalización, la cual se ve representada, según autores como Herrera Valencia, por una mayor intensidad en las relaciones comerciales, esto es, “(...) en el sentido que penetra más profundamente las economías nacionales, incluso en sectores hasta ahora protegidos (...)” (2005, pág. 66). Dicha intensidad resulta bastante notable en el incremento de los flujos comerciales, lo cual se puede corroborar al examinar el incremento del tráfico marítimo internacional. Así, mientras en 1980, de acuerdo con la UNCTAD, se alcanzaron los 102 millones de toneladas cargadas, para el 2013 se transportaron cerca de 1.524 toneladas (UNCTAD, 2014). Paralelo a este proceso se avanzó en el desarrollo institucional que permitiera hacer realidad la idea de los mercados libres. Es así como, luego de varios años de negociaciones en torno al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés), y una

vez culminada la 8va Ronda de Negociaciones, más conocida como Ronda de Uruguay, se dio origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el año 1995. Hasta este punto, uno de los temas que concentró la atención de los Estados alrededor del mundo fue la eliminación progresiva de barreras arancelarias y respecto de lo cual se han alcanzado consensos y acuerdos en varios campos.

En conjunto con la puesta en marcha de la OMC, tomaron mayor visibilidad otras disciplinas que como el caso del Obstáculos Técnicos al Comercio fueron el producto de la Ronda de Tokio (1973 – 1979). En particular y por ser de interés de este análisis, el Acuerdo OTC como se conoce hoy en día, tiene por objetivo “(...) que los reglamentos, las normas y los procedimientos de prueba y certificación no creen obstáculos innecesarios al comercio” (OMC, 2014, pág. 5). Este acuerdo ha incrementado su importancia para los Estados miembros de la OMC durante los últimos años. Lo anterior, particularmente, por la dificultad de establecer barreras arancelarias y la oportunidad que se crea para algunos países de recurrir a “nuevos” aranceles a través de prácticas en las cuales se apela a un interés legítimo³, definido en el marco del Acuerdo OTC, para regular las características o atributos de un producto de manera tal que se restrinja la competencia.

Esto ha llevado a que el desarrollo de capacidades técnicas e institucionales para garantizar el cumplimiento de exigencias de acceso, incentivar la innovación y la productividad o advertir de manera temprana la aparición de medidas cuyo único propósito sea obstaculizar el comercio, tome cada vez más importancia, particularmente, en países en desarrollo, como Colombia, que buscan incrementar sus exportaciones no minero

³ De acuerdo con el Acuerdo OTC, por intereses legítimos se contemplan: “la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error (...)” (OMC, 1995).

energéticas y alcanzar una canasta exportadora más diversificada.

En este contexto, el análisis que se presenta a continuación tiene como propósito mostrar la situación de Colombia respecto del desarrollo de la infraestructura de la calidad como una plataforma fundamental para apoyar la protección al consumidor, impulsar procesos de innovación y, con ello, incrementar la productividad en la industria nacional. Con esta finalidad, este documento se ha dividido en cuatro secciones, incluyendo esta breve introducción. La segunda sección presentará la importancia de la Infraestructura de la Calidad (IC) como soporte para la protección al consumidor, la innovación en procesos productivos y el incremento de la productividad de la industria nacional; la tercera presentará los avances más notables de la IC en Colombia durante los últimos años; y finalmente, la cuarta presentará algunos de los principales retos que se han identificado para fortalecer la política de calidad en el país.

I. Importancia de la Infraestructura de la Calidad (IC)

De acuerdo con Sanetra & Marbán, por IC se hace referencia "(...) a todos los aspectos de metrología, normalización, ensayos, y administración de la calidad incluyendo certificación y acreditación. Esto incluye las instituciones públicas y privadas así como el andamiaje regulador dentro del cual operan" (2001, pág. 13). Para comprender de mejor manera la forma como la IC se relaciona con la innovación, la protección al consumidor, el incremento a la productividad y las exportaciones de una economía, resulta necesario examinar de manera preliminar cada uno de sus componentes.

En este sentido, para iniciar con un breve repaso de los componentes de la IC, resulta necesario detenerse un segundo en una pregunta que subyace tanto a la IC como a la misma existencia del Acuerdo OTC, ¿Qué es la calidad? Esta pregunta, que resulta sencilla en su formulación, pareciera

tener serias dificultades para ser resuelta de manera acertada. En muchos casos se ha corroborado que en el ámbito nacional se confunde la calidad de un producto con la idea de "querer hacer bien las cosas" o "hacer las cosas con compromiso". Si bien las dos posturas anteriores son un valioso activo en un proceso productivo, desde el punto de vista de la evaluación del cumplimiento o de la conformidad de los atributos de un producto, resulta casi imposible corroborarlas de manera objetiva.

Es en este contexto que surge la normalización. Esta es una actividad que agrupa todo el proceso para establecer los estándares o normas técnicas que permiten tener un referente contra el cual identificar si un producto los cumple y, con ello, dictaminar si es o no calidad. En el caso de Colombia esta actividad se encuentra en cabeza del ICONTEC. Además de servir de mecanismos de verificación, de acuerdo con Maskus, Wilson, & Otsuki (2000) y Swann (2010), el cumplimiento de estándares internacionales o normas técnicas bridan una señal importante de confianza en el comercio, ayudan a promover la competitividad de aquellos que cumplen de manera rigurosa dichos estándares y promueven la reducción de costos de transacción en los procesos productivos. A manera de ejemplo, se puede citar el trabajo de Swann, Temple, & Shurmer, quienes para el caso del Reino Unido identificaron que el cumplimiento de 100 nuevos estándares de calidad durante la década de los años 80s y parte de los 90s tuvo el potencial de incrementar las exportaciones en un 48% (1996, pág. 1306). Finalmente, es importante resaltar que la implementación de normas técnicas se consolida como un referente para facilitar que la industria de un país pueda insertarse en cadenas globales de valor. Lo anterior al brindar los criterios de cumplimiento para que un insumo pueda articularse con otros en un proceso de producción completamente descentralizado.

Otra actividad de gran importancia en la IC corresponde a la metrología, conocida como la ciencia de las mediciones. Para un país resulta

fundamental saber si las mediciones que adelanta su industria están acordes y tienen trazabilidad internacional. El campo de aplicación de esta ciencia es bastante amplio y puede cubrir desde la identificación del peso de un niño recién nacido hasta el desarrollo de superficies con bajos coeficientes de fricción y aumentar con ello la aerodinámica de un vehículo. Desde el punto de vista del apoyo al acceso a mercados, resulta fundamental, a través de la medición de niveles de metales pesados en productos como el cacao o el aguacate, o la identificación de un manejo adecuado de la temperatura en una cadena de frío, esencial para las exportaciones de productos frescos como la Tilapia.

Es importante resaltar que dentro de la metrología existen dos campos de acción bastante delimitados, a saber, el primero de ellos, denominado metrología científica e industrial, que se encuentra en el caso Colombiano en cabeza del Instituto Nacional de Metrología (INM) y el segundo, metrología legal, que está a cargo la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). En el primer campo, el papel del INM es brindar la guía científica y técnica para desarrollar nuevos procesos de medición físicos o químicos e irradiar dicho conocimiento a través de la red de laboratorios que prestan servicios a la industria, como a aquellos que hacen parte de esta última. Así mismo, tiene la tarea de representar al país en foros internacionales en los cuales se demuestre la competencia técnica en diferentes magnitudes de medición, esto último a través de la publicación de sus Capacidades de Medición y

Calibración (CMC). Por su parte, la SIC se encarga de la protección al consumidor a través de la verificación de un uso adecuado de instrumentos de medición como las balanzas en plazas de mercado, el funcionamiento de las bombas de gasolina o el cumplimiento de contenido mínimo de un producto que es ofrecido al público.

De la mano con la normalización y la metrología aparecen dos actividades fundamentales en la IC, la acreditación y certificación. Estas dos actividades tienden a presentar cierto nivel de confusión al momento de ser explicadas. De manera general, mediante la acreditación, que en Colombia es liderada por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC), se corrobora que un organismo evaluador de la conformidad (laboratorio de ensayo, organismo de certificación, inspector) cuenta con las capacidades técnicas y la idoneidad para efectuar procesos de evaluación. En este punto es fundamental que el acreditador sea reconocido internacionalmente en foros como la Cooperación Interamericana de Acreditación (IACC, por sus siglas en inglés) o el Foro Internacional de Acreditación (IAF, por sus siglas en inglés) garantizando que las capacidades de certificación que se acreditan sean reconocidas en otros mercados. Por su parte, la certificación corresponde a una actividad que desarrollan los organismos evaluadores de la conformidad y que tiene como propósito brindar una evaluación de tercera parte a través de la cual se establezca si un proceso o un producto cumple con las exigencias definidas en una norma técnica.

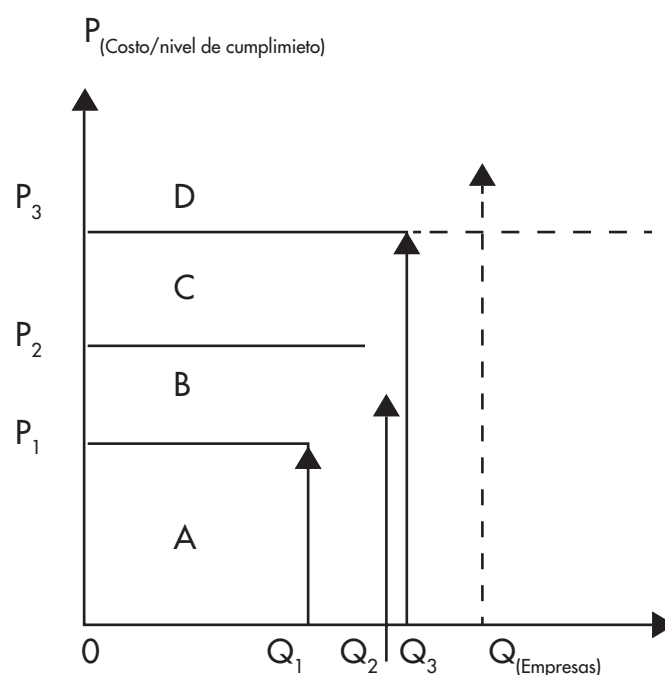


Finalmente, aparecen las actividades de regulación, inspección, vigilancia y control. En el caso concreto de las actividades de regulación se encuentran los procesos de elaboración de reglamentos técnicos, los cuales se consolidan como una herramienta para proteger alguno de los intereses legítimos definidos al inicio de este documento. No obstante, este instrumento resulta ser bastante sensible a posibles capturas de los reguladores, con lo cual puede ser utilizado como un mecanismo para cerrar mercados y restringir la competencia. En razón a ello, requiere de la implementación de mecanismos más transparentes y que, basados en evidencia, puedan garantizar la relación entre la creación de un reglamento técnico y la protección de uno de los objetivos legítimos. En lo que respecta a los organismos de supervisión, vigilancia y control, su papel central recae en la verificación del cumplimiento de requisitos establecidos en reglamentos técnicos y medidas sanitarias y fitosanitarias con la finalidad de proteger al consumidor.

La suma de todas las actividades que se acaban de mencionar, de manera general conforman la IC. Desde un punto de vista económico, la IC se puede asemejar con un bien público⁴ en la medida que el Estado debe garantizar que el acceso a estos servicios no fuese rival ni excluyente para ningún agente. Sin embargo, dadas las características de cada una de las actividades, resulta evidente la existencia de diversas fallas de mercado que requieren de un trabajo coordinado entre el Estado y los actores que conforman la IC para su corrección o debida administración. En primera instancia, y tomando como marco la teoría de las fallas del mercado, una IC con un entendimiento y articulación de sus componentes generan externalidades positivas para la innovación, el consumidor y la industria y, con ello, facilita el comercio y el acceso a mercados.

En detalle, una IC que funciona articuladamente se consolida como una plataforma que puede apoyar los procesos de innovación industrial. Como lo sugiere Sanetra (2016), la IC en países en desarrollo se ha concentrado en brindar servicios que permitan a la industria local cumplir con los requisitos obligatorios definidos en reglamentos técnicos en su país. Esta situación se representa por el área "A" en el Gráfico 1, mientras, en otras circunstancias, la IC se esfuerza por brindar apoyo para el cumplimiento de requisitos obligatorios en mercados externos, área "B". En algunos casos las IC que se orientan a brindar servicios y condiciones para el cumplimiento de requisitos voluntarios o definidos por los consumidores (canales de comercialización o grupos organizados de consumidores), área "C". Finalmente, en muy pocos casos la IC logra ser orientada para que brinde servicios e instrumentos que, además de brindar cumplimiento de requisitos voluntarios, provea de atributos que generen valor agregado y diferencien al producto que se está comercializando, zona "D".

Gráfico 1: Innovación en la Infraestructura de la Calidad



Fuente: Elaboración propia con base en Sanetra (2016).

⁴ Esta definición se presenta desde una lectura económica, en el marco de la cual se considera que los bienes públicos corresponden a aquellos que no son rivales ni excluyentes. Para mayor detalle se recomienda ver Mankiw (2004).

Una empresa que se apoya en la IC para acumular mayores niveles de calidad en su producto, el costo total del esfuerzo está dado por la suma de los costos que implicó alcanzar cada uno de los niveles de cumplimiento. Esto se puede expresar de la siguiente manera:

$$CTC = P_1 + P_2 + P_3 + P_n$$

Donde, CTC corresponde al Costo Total de Cumplimiento, y P_n señala el costo de cumplimiento de cada nivel de calidad. De acuerdo con el Gráfico 1, los procesos de innovación resultarán de la necesidad de parte del empresario de alcanzar cada nivel de cumplimiento a un menor precio, de tal manera que resulte más competitivo respecto de su competencia. Esta situación, se puede representar de la siguiente manera:

$$CTC_i < CTC_j$$

Donde "i" y "j" representan empresas que compiten con un mismo producto en el mismo mercado. De esta forma, una empresa "i" será más competitiva en la medida que pueda alcanzar niveles de cumplimiento a un costo inferior que el de la empresa "j" y con un mayor nivel de valor agregado.

Por otra parte, en el Gráfico 1 el eje "x" presenta la cantidad de empresas (Q) para cada nivel de cumplimiento, en donde el incremento marginal de la cantidad de empresas para cada nivel de cumplimiento es menor al inmediatamente anterior. Éste, en principio, se explica por los costos de cumplimiento y el interés en acceder a mercados más sofisticados. En este punto es necesario señalar un posible equívoco respecto del nivel óptimo de cumplimiento de estándares de calidad en relación con los procesos de exportación. Dicho mal entendido corresponde a considerar que la IC debe responder exclusivamente al cumplimiento de requisitos obligatorios derivados en la mayoría de los casos en reglamentos técnicos. Si bien este es el primer paso para acceder a un mercado, es tan sólo el inicio desde el punto de vista del desarrollo



de una política de calidad para los productos que buscan ser posicionados en mercados externos.

A manera de ejemplo, es posible que dos productos cumplan con los requisitos básicos de acceso a un mercado. Sin embargo, es probable que el consumidor dará por descontado dicho cumplimiento, en razón a lo cual el cumplimiento no será una variable diferenciadora del producto. En este sentido, el primer escenario de diferenciación de valor agregado de un producto corresponde a la zona "C" del Gráfico 1, en donde el cumplimiento de requisitos "adicionales" a los obligatorios brindará una posición más competitiva respecto de aquellos que tan sólo cumplen con lo obligatorio. No obstante, si existe un interés real por tener un mejor posicionamiento en el mercado y, con ello, un mayor nivel de competitividad, es necesario avanzar a la zona "D" del Gráfico 1. Ésta se encuentra caracterizada por la ausencia de normas voluntarias, lo cual hace necesario dar paso a la creación de un proceso completamente novedoso e innovador que permita verificar el cumplimiento de

atributos que otros productos no tienen y que, por tanto, reportan mayor niveles de calidad o lo que para Hausmann & Hidalgo (2010) corresponde a un incremento en el nivel de sofisticación de los productos y, con ello, una disminución de su nivel de ubicuidad.

De acuerdo con lo anterior, la lucha por incrementar la calidad de los bienes que se transan en otros mercados genera externalidades positivas para los consumidores del país de origen de dichos productos, en la medida en que se beneficiarán con acceso a mejores productos con menores costos. Así mismo, se beneficiará la industria nacional dado que la búsqueda de productos más competitivos, en los términos mencionados, impactará positivamente los niveles de productividad industrial. De manera transversal, se incentiva la innovación en los procesos industriales y se favorece la competencia en el mercado. Lo anterior, toda vez que mayores niveles de productividad requieren mejores procesos productivos, menores niveles de reprocesos y de pérdidas en las líneas de producción. Todo lo anterior, está directamente ligado a la calidad del proceso industrial y de los bienes que devienen de éste.

Ahora bien, pese a la existencia de externalidades positivas que requieren de una adecuada administración de la IC, tal y como se acaba de ilustrar, es necesario advertir la existencia de otras fallas que en conjunto justifican la intervención del Estado a través de la formulación e implementación de una política de calidad para la productividad⁵. Problemas como la existencia de mercados incompletos, provisión óptima de bienes públicos, y riesgos de captura, han llevado a que los últimos años se hayan alcanzado notables avances en la coordinación de los actores que hacen parte de la IC, como de las capacidades técnicas de éstos.

⁵ De acuerdo con Agosin et al (2014), el desarrollo de políticas públicas en general y en particular aquellas que orientan el desarrollo de productivo de una sociedad deben partir por la identificación de fallas de mercado que justifiquen la intervención del Estado para procurar su corrección.

II. Avances de la IC en Colombia durante los últimos años

A manera de recuento, es fundamental destacar que han sido numerosos los esfuerzos por construir un marco institucional que permita articular tanto la IC como a sus actores al servicio de la productividad, por ejemplo, el Decreto 2269 de 1993, donde se conforma El Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología. Sin embargo, es con la expedición del documento CONPES 3446 de 2006, el cual definió los *lineamientos para una política nacional de calidad*, que marcó uno de los hitos más importantes en materia de calidad de Colombia. Este documento definió el arreglo institucional que, bajo la coordinación de la Dirección de Regulación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, permitiría contar con una IC al servicio de la productividad, la protección del consumidor y el acceso a mercados. De acuerdo con la evaluación adelantada sobre los resultados de este documento CONPES, los principales objetivos fueron alcanzados de manera satisfactoria⁶ como por ejemplo la creación del Instituto Nacional de Metrología (INM) en el año 2011 y el Organismo Nacional de Acreditación (ONAC) en el año 2007.

Sumado a lo anterior, con la expedición del Decreto 1595 de 2015 se establecen las bases para el funcionamiento del Subsistema Nacional de la Calidad (SICAL). A través de este Decreto se avanzó en la modernización del SICAL al fijar lineamientos claros para avanzar en la unificación de criterios y roles que permiten consolidar una IC más robusta. Adicionalmente, se incluyeron mejores prácticas de mejora normativa para la producción de reglamentos técnicos en consonancia con los lineamientos del documento CONPES 3816 de 2014 de política de mejora normativa. Este último tema, presenta una importancia particular en el ámbito

⁶ Para mayor detalle de los resultados de la ejecución del documento CONPES 3446 de 2006 se recomienda ver: Castro, Arboleda, Balcázar, & Estupiñán (2013).

obligatorio de la política de calidad. En particular, con implementación de la metodología de Análisis de Impacto Normativo y el mejoramiento de los procesos de consulta pública que se contemplan en el Decreto 1595 que brindan las herramientas a reguladores y agentes regulados para que la expedición de los reglamentos técnicos sean el resultado de un examen profundo y detallado que con base en evidencia permita concluir que es la única forma de proteger un interés legítimo, acorde con los lineamientos del Acuerdo OTC.

De manera paralela, las entidades tanto públicas como privadas que hacen parte del SICAL fueron desarrollando e incrementando su competencia técnica. En el caso del INM, durante el año 2015 se alcanzó el reconocimiento de sus primeras 50 CMC por parte de la Oficina Internacional de Pesas y Medidas en las magnitudes de temperatura, humedad, tiempo y frecuencia y hoy se avanza en la aceptación por parte del Sistema Interamericano de Medidas (SIM) de cuatro magnitudes que miden densidad, fuerza, PH y conductividad electrolítica. Estos avances han implicado que el INM de Colombia se esté posicionando como uno de los institutos de metrología más importantes de la región. En esta misma línea, el área de la acreditación el ONAC, además de ser reconocido para la acreditación de laboratorios por el ILAC (Cooperación Internacional de Acreditación de Laboratorios) en 2014; en el 2015 fue reconocido en sus capacidades de acreditación ante la Cooperación Interamericana de Acreditación (IACC) y el Foro Internacional de Acreditación (IAF). Todo esto hace del ONAC el organismo de acreditación más robusto de la región.

Finalmente, luego de la expedición del Decreto 1595 del 2015 resultó evidente la necesidad de fortalecer el Subsistema Nacional de la Calidad a través de una mayor coordinación y reconocimiento de los actores que lo conforman, particularmente buscando estrechar los vínculos entre la IC y la industria. Para ello, se diseñó una estrategia de relanzamiento y posicionamiento del Subsistema Nacional de la Calidad. Ésta responde

a una evaluación que identificó que el Subsistema Nacional de Calidad no sólo estaba desarticulado sino que carecía de identidad, reconocimiento y valor. Dentro de las principales razones que debilitaban al subsistema se identificó una asimetría de información entre actores y servicios. Esto explicado principalmente por la ausencia de un espacio donde se encontrara unificada la información sobre la calidad del país y por la falta de participación y comunicación de los diferentes actores y beneficiarios. Derivado de lo anterior, se cuentan con dos resultados. El primero de ellos corresponde a la construcción de una nueva imagen institucional que tiene por objetivo generar mayor pertenencia frente al subsistema. Así, se creó la marca SICAL que tiene como slogan “Dile sí a la calidad”, tal y como se presenta en la Ilustración 1.

Ilustración 1. Nueva Imagen Subsistema Nacional de la Calidad



Fuente: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (2015)

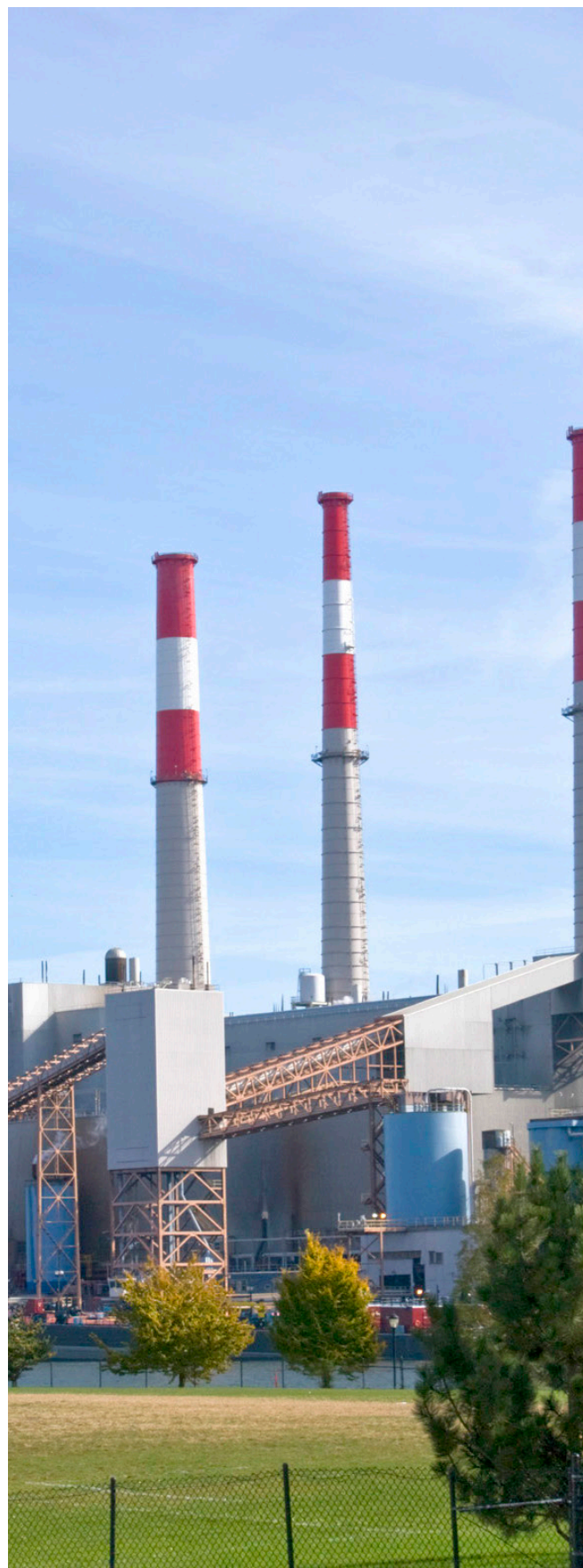
El segundo está asociado al desarrollo de un portal web que, además de servir de nodo para la articulación de servicios, proveedores y usuarios, corrigiendo con ello la asimetría de información antes mencionada, permitirá potenciar el funcionamiento del punto de contacto ante la OMC, la CAN y demás socios comerciales. Lo anterior, en la medida que permitirá que aquellos interesados en las iniciativas de modificación o expedición de reglamentos de otros países puedan recibir de manera automática, previa inscripción, aquellas iniciativas de su interés y frente a las cuales podrán manifestarse en caso de considerar que

puedan tratarse de un potencial obstáculo técnico al comercio. Así mismo, se espera que a través de este portal pueda ser más fácil y transparente el proceso de expedición de un reglamento técnico, en caso que el análisis de impacto normativo haya concluido que es la única forma para proteger un interés legítimo.

Pese a los notables avances en el desarrollo de capacidades técnicas, así como el diseño de estrategias de política que permitan mejorar la coordinación entre las entidades que hacen parte del SICAL, la política de calidad en Colombia aún encara retos para lograr que ésta sea vista como un motor para la innovación, la productividad y la base para potenciar las exportaciones y la protección al consumidor. En este sentido, y para finalizar el análisis desarrollado en este documento, a continuación se presentan algunos de los retos más importantes para la política de calidad en el país.

III. Principales retos para fortalecer la política de calidad en Colombia

En primera instancia, es necesario romper con la falsa idea que la política de calidad es sinónimo de reglamentación técnica. Para ello se debe reconocer que un reglamento técnico es un mecanismo para proteger un objetivo legítimo en los términos definidos en la OMC, lo cual no quiere decir necesariamente que los productos sujetos al cumplimiento de reglamentos técnicos son aquellos que presentan un mayor nivel de calidad en el mercado, o que puedan considerarse como innovadores. En países con IC más desarrolladas la reglamentación técnica representa un conjunto bastante reducido de las actividades de las que se encarga la política de calidad. Por el contrario, en dichos países la política gira en torno al mundo voluntario, es decir, a la zona C y D del Gráfico 1. En esta medida, se requiere construir una cultura de la calidad en la industria y en el consumidor que sea proclive al mejoramiento de los atributos de los bienes que se tranzan tanto en el mercado local como en aquellos que incentiven



a la industria nacional a diversificar y sofisticar su oferta exportable.

Sumado a lo anterior, resulta incuestionable que las regulaciones técnicas pueden ser utilizadas para propósitos incorrectos. Por ello, y para no descuidar el ámbito obligatorio, se requiere introducir las mejores prácticas que garanticen la transparencia, la toma de decisiones basadas en evidencia, y que justifiquen la relación de la regulación técnica con la protección de un objetivo legítimo. En este caso, el principal reto es mejorar las capacidades de reglamentación técnica de todas aquellas entidades con competencia para esta tarea.

En tercera instancia, para avanzar en el mundo voluntario de la calidad se requiere fortalecer los procesos de normalización, que en Colombia se encuentran en cabeza del ICONTEC. Para ello, es imprescindible la generación de incentivos y mecanismos que faciliten la participación de todos los posibles interesados (industria, academia, Estado, consumidores, etc.) en los procesos de normalización. De igual manera, es fundamental avanzar en el estudio y entendimiento de las normas internacionales con el propósito de contar con verdaderos referentes en materia de calidad que, a su vez, sirvan de faros para identificar rápidamente la ubicación del estado del arte de un producto. Adicionalmente, es fundamental el uso de referentes normativos internacionales que garanticen que no se establezca un nivel de cumplimiento para el mercado nacional y otro para el internacional. Esta situación, en la práctica implica, en algunos casos un doble estándar, y en otros la generación de costos innecesarios para aquellos que tienen el deseo de competir.

Así mismo, se requiere de un mayor compromiso de parte de los evaluadores de la conformidad para que de la mano de ellos, la industria nacional encuentre procesos de certificación que resulten estratégicos para acceder a nuevos mercados. En este caso, es necesario romper un círculo vicioso

respecto de la provisión óptima de servicios de certificación. De acuerdo con los resultados de la última Encuesta de Desarrollo e Innovación Tecnológica (EDIT, versión VII) del DANE, para el periodo 2013 – 2014, de una muestra de 8835 empresas 850 manifestaron contar con algún tipo de certificado de calidad (sin discriminar entre certificado de proceso o de producto), lo cual representó el 9,6% del total de las empresas encuestadas (DANE, 2015). Este resultado, corresponde a una tendencia al menor uso de certificaciones, la cual se evidencia al consultar los resultados de las encuestas EDIT anteriores⁷. En este punto, el desafío principal es mostrar como las certificaciones son un mecanismo para demostrar valor agregado en el área C del Gráfico 1, y que más allá de ser un gasto, son un activo para incrementar la competitividad de los productos nacionales en el mercado global.

Finalmente, desde el punto de vista institucional aparecen dos desafíos. El primero de ellos corresponde a evaluar la forma como el SICAL se articulará con el nuevo arreglo institucional que propone el artículo 186 de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1753 de 2015. En este marco, el papel que puede cumplir el SICAL para incentivar la innovación, incrementar la productividad, proteger al consumidor, y apoyar el acceso a mercados no puede pasar desapercibido en el nuevo Sistema de Competitividad, Ciencia, Tecnología e Innovación. De esta manera será posible corregir las debilidades de coordinación que hoy persisten entre el SICAL y el Sistema Nacional de Competitividad e Innovación (SNCI). El segundo desafío implica que el SICAL se proyecte más allá del sector comercio, industria y turismo. La calidad no es un tema que solo compete a la industria, es una materia fundamental para sectores como salud, ambiente, defensa, entre otros tantos, y por ello es necesario una interacción entre los sectores y el SICAL.

⁷ A continuación se presentan los resultados para las versiones IV a VI de la EDIT, de las empresas que manifestaron contar con algún tipo de certificado de calidad: EDIT IV (Periodo 2007 – 2008), 24,4%; EDIT V (Periodo 2009 – 2010), 17,8%; EDIT VI (Periodo 2011 – 2012), 12,3%.

Conclusión

En resumen, y a manera de conclusión, la política de calidad en Colombia enfrenta un doble reto. Desde el punto de vista del Estado se requiere incentivar que un mayor número de empresas ingresen al área "D" del Gráfico 1, y a su vez brindar y garantizar el buen funcionamiento de los servicios que se requieren para avanzar del área "A" a la "D". Desde el punto de vista del sector privado, es necesario que la industria nacional avance de manera innovadora en la disminución de costos en sus procesos productivos para ello permita que su CTC sea inferior al de un mismo producto de un país "j". De esta manera, la industria nacional incrementará su competitividad en la medida que alcance mayores niveles de calidad a menores costos, es decir, se concretará la idea que la calidad está al servicio de la productividad.

Bibliografía

- Agosin, M. R., Fernández Arias, E., Crespi, G., Maffioli, A., Rasteletti, A., Wagner, R., y otros. (2014). *¿Cómo repensar el desarrollo productivo?: Políticas e instituciones sólidas para la transformación económica*. (G. Crespi, E. Fernández-Arias, & E. Stein, Edits.) Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Castagnino, T. (2006). Estándares Internacionales de Calidad y Desempeño Exportador: Evidencia a Nivel de Firma. *Revista del Centro de Economía Internacional de Argentina*, 93 - 105.
- Castro, F., Arboleda, O., Balcázar, Á., & Estupiñán, F. (2013). *Evaluación institucional y de resultados del Subsistema Nacional de la Calidad*. Bogotá D.C.: Fedesarrollo.
- DANE. (26 de Noviembre de 2015). Encuesta de Desarrollo e Innovación Tecnológica - EDIT VII. Bogotá D.C.: DANE.
- Fliess, B., & Busquets, C. (2006). The role of trade barriers in SME internationalisation. *OECD Trade Policy Working Paper N° 45*, 1-20.
- Giraldo López, A. (2015). *Exigencias de calidad en mercados nacionales e internacionales*. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.
- Hausmann, R., & Hidalgo, C. A. (2010). Country diversification, product ubiquity, and economic divergence. *Working Papers Center for International Development at Harvard University*, 1 - 43.
- Herrera Valencia, B. (2005). *Globalización: Proceso real y financiero*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Johnson, C. (2008). Technical Barriers to Trade: Reducing the Impact of Conformity Assessment Measures. *Office of Industries Working Paper*, 1 - 37.
- Mankiw, N. G. (2004). *Principios de Economía* (Tercera edición ed.). Madrid: McGraw Hill.
- Maskus, K. E., Wilson, J. S., & Otsuki, T. (2000). Quantifying the Impact of Technical Barriers to Trade: a framework for analysis. *Working Paper*, 1-51.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2015). *Estrategia de Posicionamiento del Subsistema Nacional de la Calidad*. Bogotá D.C.: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
- OMC. (1995). *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio*. OMC.
- OMC. (2014). *Serie de Acuerdos de la OMC: Obstáculos Técnicos al Comercio*. Suiza: Organización Mundial del Comercio.
- Sanetra, C. (27 de Abril de 2016). *Infraestructura de la Calidad e Innovación*. Bogotá, Colombia: PTB.
- Sanetra, C., & Marbán, R. M. (2001). *Enfrentando el desafío global de la calidad: una infraestructura nacional de la calidad*. Guatemala: Organización de Estados Americanos.
- Swann, G. (2010). International Standards and Trade: A Review of the Empirical Literature. *OECD Trade Policy Working Papers*, N° 97, 1-52.
- Swann, P., Temple, P., & Shurmer, M. (1996). Standards and trade performance: the UK Experience. *The Economic Journal*, 1297 - 1313.
- Torres Velásquez, F. M. (2010). *El Sistema Nacional de Calidad y los Estándares en Colombia: el impacto de las Certificaciones de Calidad en el Desempeño Exportador de las Empresas*. Bogotá: Universidad Nacional.
- UNCTAD. (2014). *El transporte marítimo 2014*. Nueva York: Publicación de las naciones unidas.



02

Conceptos

Concepto

Título:

Acuerdo de Asistencia Mutua en Materia Aduanera

Fecha

Mayo de 2015

Problema Jurídico:

¿Es posible crear alguna figura legal bajo el APC con Estados Unidos para que los gobiernos negocien la actualización del Acuerdo existente sobre Asistencia Mutua en Materia Aduanera, o si existe algún instrumento o mecanismo legal fuera del APC que permita que este Acuerdo obtenga la fuerza legal requerida para darle validez probatoria a los documentos que sean intercambiados bajo su amparo?

Regla:

Acuerdo de Promoción Comercial Colombia – Estados Unidos, Capítulo de Administración Aduanera y Facilitación del Comercio, Art. 5.5

Concepto:

Acuerdo Simplificado sobre Asistencia Mutua en Materia Aduanera

El instrumento jurídicamente viable para que los gobiernos de Estados Unidos y Colombia establezcan compromisos de asistencia mutua en materia aduanera vinculantes para los dos Estados, es mediante la celebración de acuerdo simplificado sobre dicha materia. El cual, a diferencia del celebrado anteriormente, debe contar con la firma de las personas que ostenten los plenos poderes para manifestar el consentimiento de los Estados a obligarse frente al nuevo acuerdo de asistencia mutua y ser realizado al amparo de un tratado previo entre las partes como lo es el APC.

Un Acuerdo Simplificado es aquel que desarrolla Tratados ya incorporados a la legislación, pues buscan dar cumplimiento a las cláusulas sustantivas de un tratado vigente y no dan origen a obligaciones nuevas, ni puede exceder las ya contraídas por el Estado¹.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el APC entre Colombia y Estados Unidos entró en vigor para el Estado Colombiano desde el 15 de mayo de 2012, y que dicho acuerdo dispone un capítulo para Administración Aduanera y Facilitación del Comercio, así como un artículo específico sobre Cooperación (Artículo 5.5), es posible que el nuevo Acuerdo sobre Asistencia Mutua en Materia Aduanera se desarrolle al amparo de dichas disposiciones del APC para vincular a las partes.

Es necesario tener en cuenta que el texto que sea propuesto, no puede exceder las disposiciones del APC entre Colombia y Estados Unidos, en el entendido que debe desarrollar obligaciones preexistentes y no crear nuevas obligaciones para los Estados.

Trámite requerido para la aprobación de Acuerdos Simplificados

Ahora bien, tal como lo expresó el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, en su Guía Jurídica de Instrumentos Internacionales y

¹ Sentencia C-363 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis

Acuerdos Interadministrativos, es necesario tener en cuenta que la entrada en vigor de los Acuerdos Simplificados, no requieren del cumplimiento de los requisitos constitucionales internos previstos para los tratados, a saber:

La adopción, autenticación del texto y manifestación del consentimiento en obligarse respecto de los acuerdos de procedimiento simplificado, se produce con la suscripción del instrumento en un mismo momento o en un trámite simple, sin necesidad de cumplir los requisitos constitucionales internos previstos para los tratados.²

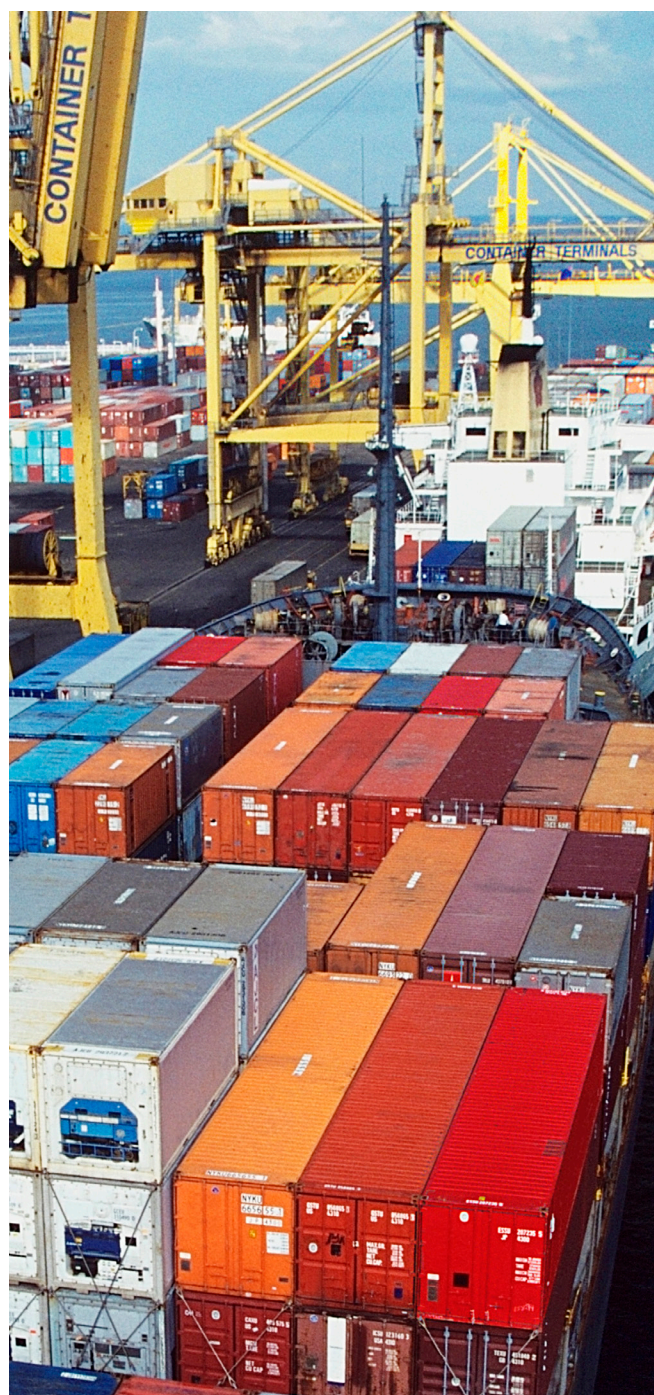
Así mismo, lo ha reiterado la Corte Constitucional en Sentencia C-363 de 2000 del Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, al expresar que:

A juicio de la Corporación, si se trata de un instrumento internacional que no genera nuevas obligaciones para Colombia, por ser desarrollo directo de un tratado negociado, suscrito, aprobado y revisado en la forma prevista en la Constitución Política (artículos 189, numeral 2, 150, numeral 16, 241, numeral 10) puede prescindirse del trámite de aprobación parlamentaria....) y del control constitucional por parte de esta Corporación.

Por lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que el Acuerdo que sea propuesto, entrará en vigor una vez sea suscrito por las personas que ostenten los plenos poderes, y que dicho instrumento no requerirá de los trámites constitucionales internos previstos para los tratados.

Conclusiones:

En conclusión, es posible proponer un Acuerdo de Asistencia Mutua en materia Aduanera, cuya naturaleza jurídica sea la de un Acuerdo Simplificado, y por lo tanto no requeriría cumplir con los requisitos constitucionales internos previstos para los tratados para su entrada en vigor y obligaría a los Estados signatarios.



² Guía Jurídica de Instrumentos Internacionales y Acuerdos Interadministrativos, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, pág. 17. Disponible en <http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/Guia%20y%20Manual%20Tratados/Guia-de-Tradados.pdf> consultado el 22 de mayo de 2015.

Concepto

Título:	Compras Públicas en Acuerdo Comercial Colombia - Unión Europea
Fecha	Noviembre de 2014
Problema Jurídico:	Se solicita concepto y análisis del carácter jurídico y del alcance normativo de los literales a) y b) del artículo 150 del Decreto 1510 de 2013 frente al carácter jurídico y alcance normativo del acuerdo comercial vigente con los estados de la Unión Europea, en lo concerniente a la aplicación del principio de trato nacional en los procedimientos de compras públicas.
Regla:	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 - "Observancia, aplicación e interpretación de los tratados". Artículo 26 Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra. Decreto 1510 de 2013, artículo 150 literales a) y b).

Concepto:

Para dar respuesta a las tres preguntas planteadas en la solicitud, iniciaremos por precisar que bajo el alcance del principio hermenéutico del efecto útil de las normas, esta Oficina es del criterio que tanto las obligaciones del capítulo de compras como las listas del Anexo de ese capítulo del acuerdo comercial que se analiza quedaron convenidas según la negociación efectuada en su momento entre los Estados participantes. En tal sentido, lo no previsto en el capítulo o en el Anexo, según el criterio de interpretación utilizado, no fue comprometido y, por lo tanto, mal podríamos vía interpretación modificar lo pactado en el acuerdo.

Partiendo de esta premisa, pierde vigencia la tesis esbozada en la solicitud referida a situaciones en que una Entidad estatal colombiana determina que un acuerdo comercial no es aplicable a determinado procedimiento de contratación pública, y que

en esos casos procedería aplicar el beneficio del trato nacional al amparo de la reciprocidad legislativa sustentados en el literal b) del artículo 150 del Decreto 1510 de 2013, porque perdería todo efecto la existencia del acuerdo comercial negociado entre las Partes.

Proceder en el sentido anterior, es decir, aplicar el acuerdo comercial vía reciprocidad en aquellos casos no cubiertos por un acuerdo comercial, supondría una modificación del alcance del acuerdo vía interpretación y ello comporta, entre otras situaciones, desconocimiento de la institucionalidad del acuerdo en sí misma, en particular en el caso del acuerdo que analizamos, de las facultades asignadas al Subcomité de Contratación Pública según lo establecido en el artículo 194 numeral 2 del capítulo, al igual que de las funciones del Comité de Comercio previstas en el Título II de Disposiciones Iniciales artículos 13 numeral 1 (f) y (g), numeral 2(c),(d) y (g) (iv).

Efectivamente, en criterio de esta Oficina, no es facultativo que las entidades estatales concedan el beneficio del trato nacional por la vía de la reciprocidad legislativa aunque esté reconocida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, es imperativo que en aquellos casos en que existe un acuerdo comercial vigente, resulte aplicable o no al procedimiento de contratación que se esté adelantando, se deben cumplir sus obligaciones tal como fueron negociadas.

Como quiera que las disposiciones sobre Compras Públicas de un acuerdo comercial pueden no ser aplicables 1) porque la entidad estatal colombiana que adelante la compra no esté cubierta por el mismo, 2) porque no esté cubierto el bien o servicio que ofrece una entidad estatal cubierta, 3) porque el contrato no esté cubierto en razón a que su valor no excede del umbral de valor a partir del que se cubren los contratos por el acuerdo, o 4) en consideración a que la entidad que adelanta el procedimiento se excluye de tales obligaciones al amparo de alguna de las excepciones previstas en el capítulo, representaría un riesgo imponderable avalar hipótesis bajo las cuales las entidades estatales basadas en la existencia de una norma interna amplíen, limiten o de alguna manera modifiquen el alcance y cobertura de

un acuerdo comercial fundamentándose en la aplicación de una disposición interna y dejando de lado el acatamiento de normas elevadas a rango superior como lo son aquellas mediante las cuales se adopta el acuerdo comercial.

En nuestro criterio tanto el literal a) como el literal b) del artículo 150 del Decreto 1510 de 2013 estipulan por parte del legislador precisos contextos en los que procede la aplicación del beneficio del trato nacional para oferentes, en primer lugar, cuando existe un acuerdo comercial y, en segundo lugar, cuando no existe dicho acuerdo. En este sentido, no procedería la aplicación simultánea de estos literales porque cada uno posee particularidades distintivas. Por ejemplo, cuando existe acuerdo comercial no se requiere del análisis riguroso de la normatividad sobre compras públicas del socio comercial al que se le va a expedir el certificado de reciprocidad por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, porque bajo el acuerdo comercial se consolidan los principios generales, el ámbito de aplicación, la cobertura y la forma de participación de los oferentes tanto nacionales como extranjeros, entre otros aspectos. Por lo tanto, podríamos considerar que las dos situaciones son excluyentes y con ello daríamos respuesta a la primera pregunta formulada en la solicitud.



Cuando existe un acuerdo comercial con un capítulo de compras, se descarta la tesis relativa a que lo no previsto en un determinado acuerdo puede ser discrecionalmente concedido/negado por la otra Parte, en este sentido, el párrafo 2 del artículo 3 del Entendimiento Sobre Solución de Diferencias-ESD establece que las disposiciones vigentes deben aclararse “de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”. La más importante de esas “normas usuales” tal vez sea el concepto de “buena fe”, establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que dispone: *“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*; el cumplimiento de buena fe de las obligaciones de todos los tratados es obligación que deben cumplir todas las entidades estatales en Colombia que adelanten procedimientos de contratación pública; cambiar el alcance o la cobertura del acuerdo bajo figuras como la de la reciprocidad contradice el principio de *Pacta Sunt Servanda*, previsto en el artículo 26 de la Convención de Viena citado.

De otra parte, un acuerdo comercial regula de forma exhaustiva las diversas disciplinas que se negocian 1) porque es el propio acuerdo el que establece el alcance y cobertura de las obligaciones acordadas, 2) porque en el acuerdo se establece el contenido de cada obligación, 3) porque para cada disciplina que se acuerda se establece el procedimiento que se debe seguir en aquellos casos en que se presentan vacíos, y 4) porque cada acuerdo comercial fija la institucionalidad para el mismo, y en tal sentido, no se puede aducir que al amparo de una disposición interna se pueda alterar el acuerdo comercial.

Bajo este escenario, las obligaciones previstas en los acuerdos establecen las pautas para aplicar el procedimiento a seguir en la realización de una compra pública cubierta por el acuerdo comercial y por lo tanto podemos

entenderlas como las reglas preliminares que contienen, por su propia naturaleza, el nivel de detalle acordado con determinado socio comercial. Esto no implica que la exclusión de bienes y servicios del capítulo de compras públicas del Acuerdo con la UE puedan considerarse como “no existencia de un Acuerdo Comercial”, en los términos del literal b) del artículo 150 del Decreto 1510 de 2013 para esos bienes y servicios y por consiguiente expedir un certificado vía reciprocidad legislativa respecto de cada Estado miembro de la UE individualmente considerado. De esta forma damos respuesta a la segunda inquietud planteada en la solicitud referida a que por el hecho de que existan aspectos no acordados en un acuerdo comercial no se puede inferir que no existe acuerdo comercial en esos campos o materias. Sencillamente se trata de bienes y servicios que pudieron haber quedado excluidos del acuerdo en su momento.

Conclusiones:

En conclusión, los tratados plasman y elevan a obligación del derecho internacional los compromisos mutuamente alcanzados entre los Estados que los suscriben. En tal sentido, los acuerdos comerciales no han sido negociados con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística absolutamente todo evento ligado a los derechos o beneficios que se derivan de los mismos. Cuando se presentan situaciones que no fueron consideradas en la cobertura puede acudir a la interpretación de los mismos y paralelamente a la institucionalidad del acuerdo, que entre otras funciones prevé negociaciones adicionales con el objetivo de ampliar la cobertura del capítulo, si fuere necesario. En este contexto, damos respuesta a la tercera pregunta de la solicitud, en el sentido de que no sería viable expedir certificados de reciprocidad para estados miembros de la Unión Europea individualmente considerados precisamente porque existe un acuerdo

comercial con un capítulo de compras públicas con ese socio comercial, compuesto por la Unión Europea y cada uno de sus Estados miembros, y tratar de alterar lo negociado justificándose en una disposición interna, como otorgar el beneficio del trato nacional por reciprocidad, a un estado miembro de la Unión Europea individualmente considerado puede contrariar el propio acuerdo.

Situación distinta se presenta cuando no exista Acuerdo Comercial pero exista un Certificado de reciprocidad y el mismo esté vigente. En este preciso contexto la Entidad Estatal procederá tal como lo indica el literal b) del artículo 150 del Decreto 1510 de 2013.

Finalmente, sugerimos que las inquietudes puntuales que se presenten en esta materia sean del conocimiento de las áreas competentes de nuestro Ministerio para la administración de relaciones comerciales, bien sea a la Dirección de Integración Económica o a la Dirección de Relaciones Comerciales según la ubicación geográfica del socio que corresponda, particularmente cuando se requiera opinión sobre determinadas cláusulas que puedan generar dudas al momento de aplicar el acuerdo.



Concepto

Título:	Decreto 1471 de 2014 Comercio de Servicios
Fecha	Marzo de 2015
Problema Jurídico:	¿Se ajusta el artículo 97 del Decreto 1471 de 2014 a los compromisos adquiridos el marco de los diferentes Acuerdo Comerciales suscritos por Colombia?
Regla:	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)

Concepto:

I. El artículo 97 del Decreto 1471 de 2014 debe ajustarse al principio de Trato Nacional contemplado por el Acuerdo General sobre el Comercio en Servicios (AGCS)

En los términos del Acuerdo General sobre el Comercio en Servicios, en adelante AGCS, cada país miembro se compromete a brindar el mismo trato ofrecido a sus nacionales respecto de aquellos sectores que figuren inscritos en la lista de compromisos. Por lo tanto, para que el acuerdo de otorgar trato nacional pueda ser vinculante para Colombia, es necesario que se encuentre inscrito en la lista de compromisos específicos del país.

De esta manera, definir si al imponer a un importador la obligación de tener un establecimiento de comercio en Colombia con el fin de ejercer su actividad se desconoce el AGCS, dependerá de si dicha actividad ha sido liberalizada por Colombia en las referidas listas.

Las listas de compromisos específicos de los Miembros de la OMC tienen la característica de ser listas "positivas". Lo anterior significa que cada país debe inscribir: primero, los sectores de los servicios sobre los cuales desea adquirir compromisos; segundo, el tipo de compromisos que desea adquirir sobre cada sector en cada uno de los modos de suministro de servicios

reconocidos en el artículo I:2 del AGCS; y tercero, si el compromiso que se adquiere pretende *liberar* o no el sector o subsector.

Los servicios que un Miembro puede suministrar han sido clasificados en 12 sectores que a su vez se clasifican en subsectores. Los sectores de servicios suministrados son:

1. Servicios prestados a las empresas
2. Servicios de comunicaciones
3. Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos
4. Servicios de distribución
5. Servicios de enseñanza
6. *Servicios relacionados con el medio ambiente*
7. *Servicios financieros*
8. *Servicios sociales y de salud*
9. *Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes*
10. *Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos*

11. Servicios de transporte

12. Otros servicios N.C.P.

Teniendo en cuenta lo anterior, entonces, sería necesario analizar la lista de Colombia ante la OMC para determinar si hay algún compromiso relativo al trato nacional inscrito en cualquiera de los sectores antes enumerados y si ese compromiso es el de liberar la prestación de los servicios identificados previamente.

La lista de Colombia, que se puede consultar en la página web de la OMC, se identifica con el código GATS/SC/20, y tiene inscritos compromisos en el modo tres de prestación de servicios en la columna de Trato Nacional para los siguientes sectores: de servicios prestados a las empresas; comunicaciones; servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos; servicios relacionados con el medio ambiente; servicios financieros y servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes. En su mayoría, el compromiso inscrito de Colombia en su lista frente al modo tres es el de otorgar Trato Nacional a estos sectores sin restricción, salvo unos casos particulares relativos a algunos servicios profesionales legales y de contaduría, un sector de las telecomunicaciones y unos aspectos específicos en la prestación de servicios financieros a través del modo tres que incluyen la liberalización total en cuanto a Trato Nacional, salvo que “las condiciones especiales en los procesos de enajenación de la participación estatal en una empresa serán ofrecidas exclusivamente a personas naturales o jurídicas nacionales”. Los anteriores servicios corresponden a los sectores 1, 2, 3, 6, 7, y 9.

Recordando que las listas de compromisos específicos del AGCS implican que el país inscriba los sectores que quiere liberalizar, así como la forma en que desea hacerlo, la adopción de medidas que constituyan restricciones a dicha liberalización, puede llegar a constituir una violación a la obligación de Trato Nacional del Artículo XVII del AGCS.

Por este motivo, resulta pertinente analizar si el artículo 97 del Decreto 1471 de 2014 es una restricción a la obligación de Trato Nacional asumida por Colombia en los sectores 1, 2, 3, 6, 7 y 9.

Para que se constituya una violación al Trato Nacional, se tiene que analizar si los servicios prestados por los extranjeros son similares a los servicios prestados por los nacionales y si a los nacionales se les estaría otorgando un trato preferencial frente a los extranjeros. El texto del Artículo 97 del Decreto 1471 de 2014 obliga a los importadores de instrumentos de medición sujetos a control metrológico a tener un establecimiento de comercio. Al obligarlos se les está imponiendo una carga adicional a la que no está obligado el productor o distribuidor nacional de instrumentos de medición sujetos a control metrológico.

Es por este hecho que la medida en discusión puede llegar a ser una violación a la obligación de Trato Nacional para los sectores 1, 2, 3, 6, 7, y 9 en los cuales Colombia se ha comprometido a garantizar un trato no menos favorable a los prestadores de servicio extranjeros, que el trato que le otorga a los prestadores de servicio similares nacionales.

II. Obligación de transparencia en la OMC

Adicionalmente, el artículo 97 del Decreto 1471 de 2014, puede conducir a vulnerar el principio de transparencia descrito en el Artículo III del AGCS y en el del GATT. Ambos artículos establecen que un Miembro debe publicar las medidas que afecten tanto el comercio de servicios como el comercio de bienes, para que todos los afectados tengan pleno conocimiento de su contenido.

La aplicación del Artículo 97 del Decreto 1471 de 2014 tiene una implicación en el principio de transparencia regulado por los Artículos III del AGCS y X del GATT, a saber, no existe una lista taxativa o medio de publicación que le permita al importador conocer si el producto que está importando es un instrumento de medición

sujeto a control metrológico y aunque el artículo 94 del Decreto 1471 enumera algunos tipos de instrumentos que eventualmente estarían sujetos a control metrológico, dicha lista no es taxativa.

Lo anterior, puede llegar a constituir una violación al principio de transparencia de la OMC que es transversal a todos los acuerdos.

III. Excepciones del AGCS

El Artículo XIV del AGCS establece una serie de excepciones que permiten la adopción de medidas contrarias a los compromisos asumidos por los Miembros, bajo el entendido que la medida amparada en la excepción propenda por el cumplimiento de un objetivo legítimo. Entre dichas medidas se cuentan las necesarias para: lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, con inclusión de los relativos a la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas

Lo anterior quiere decir que, aun si un Miembro adopta una medida contraria a la obligación de Trato Nacional podría justificarla al amparo del artículo XIV del AGCS.

Análisis de la medida en discusión de acuerdo al Artículo XIV del AGCS

El preámbulo del Decreto 2269 de 1993 y los artículos 92 a 96 y 98 del Decreto 1471 de 2014, permiten inferir el interés del Estado colombiano en ejercer un control estricto sobre los instrumentos de medición que se encuentran en el territorio colombiano. El texto del preámbulo del Decreto 2269 de 1993 y del mismo Decreto 1471 señala: *“le corresponde al Gobierno intervenir en la fijación de normas sobre pesas y medidas, calidad, empaque y clasificación de los productos, materias primas y artículos o mercancías con miras a defender el interés de los consumidores...”*

Así mismo, entre las definiciones contenidas en el

artículo 7° del Decreto 1471 de 2014, se cuenta la de control metrológico, que dice lo siguiente:

“Todas las actividades de metrología legal que contribuyen al aseguramiento metrológico, es decir, las actividades de supervisión efectuadas por la entidad competente o por quien haya sido designada por ella, de las tareas de medición previstas para el ámbito de aplicación de un instrumento de medida, por razones de interés público, salud pública, seguridad, protección del medio ambiente, recaudación de impuestos y tasas, protección de los consumidores, lealtad de las prácticas comerciales o actividades de naturaleza periciales, administrativas o judicial. También incluye el control de contenido de productos preempacados listos para su comercialización y la utilización de las unidades que hacen parte del sistema legal de unidades.”

En este sentido, y teniendo claro que entre los objetivos legítimos que persigue el control metrológico, se cuenta el de proteger intereses legítimos de los consumidores tales como la salud, el medio ambiente, la observancia de las leyes con inclusión de las relativas a la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas, sería viable que el artículo 97 del Decreto 1471 de 2014 se interprete como una de las excepciones descritas por el artículo XIV del AGCS. No obstante, el control metrológico al que se sujetará cada instrumento de medición y sus especificaciones técnicas pueden variar de un instrumento a otro, por lo cual se aconseja que en el análisis de impacto normativo de cada reglamento técnico se describa de manera el cumplimiento del objetivo legítimo que persigue.

Adicionalmente, el importador deberá cumplir con las fases de control metrológico que señala el artículo 95 del decreto 1471 de 2014.

Que el importador tenga un establecimiento de

comercio, podría facilitar un control más eficiente por parte de las entidades reguladoras, con lo cual se protegería al consumidor, previniendo prácticas que induzcan a error y fraudulentas.

Así mismo, es fundamental que la entidad reguladora establezca parámetros para que los importadores cuenten con reglas claras y tengan la oportunidad de cumplir con los requisitos legales al momento de importar los instrumentos de medición que estén sujetos control metrológico. Por lo anterior, es posible argumentar que el Artículo 97 del Decreto 1471 de 2014 puede llegar a justificarse bajo el subpárrafo c) literal i) del Artículo XIV del AGCS.

Adicionalmente, en una eventual controversia, se tendría que demostrar que el artículo 97 del Decreto 1471 de 2014 no constituye *“un medio de discriminación arbitrario o injustificable”* ni *“una restricción encubierta al comercio internacional”*, de acuerdo a lo mencionado en el preámbulo del Artículo XIV del AGCS, es decir, que la medida no tenga por objetivo proteger a la industria nacional.

Por lo anterior, es recomendable que se publique el estudio de impacto normativo del reglamento técnico que califica a los productos importados como instrumentos de medición sujetos a control metrológico, de esta manera se garantiza la transparencia relacionada con las razones de calidad y seguridad que conllevan a un mayor control por parte de las autoridades competentes, lo que a su vez justifica la imposición, a los importadores de instrumentos de medición sujetos a control, de tener establecimientos de comercio. Así mismo es muy importante que al hacer dicho estudio se tengan en cuenta los parámetros descritos por el artículo XIV del AGCS. En este punto se enfatiza que, si el estudio de impacto normativo del reglamento técnico de los instrumentos de medición incluye un análisis sobre la importancia de ejercer control metrológico de esos instrumentos, basándose en los parámetros del párrafo c) literal i) del Artículo XIV del AGCS, se facilita la justificación del artículo 97 del citado Decreto, en una eventual controversia.

Finalmente es pertinente señalar que la obligación descrita por el artículo XVII de AGCS ha sido negociada en los acuerdos comerciales suscritos con el EFTA (Suiza, Liechtenstein, Noruega, Islandia), Unión Europea e Israel.

IV. El contenido del artículo 97 del Decreto 1471 de 2014 y los Acuerdos de Libre comercio suscritos por Colombia.

Al contrario de la práctica establecida por la OMC, según la cual los países deciden activamente qué sectores desean liberalizar y los inscriben en su lista de compromisos específicos, en el marco de un Acuerdo Bilateral se liberaliza en su totalidad el suministro de servicios entre las partes. No obstante es frecuente que los países negocien medidas disconformes, o excepciones, a la liberalización de algún servicio, lo que implicaría que dicha medida disconforme, aunque impone una barrera a la prestación de ese servicio, no estaría contrariando las obligaciones de Colombia en el marco de ese Acuerdo.

Consecuentemente, la mayoría, sino todos, los TLC suscritos por Colombia, en los que se haya negociado un capítulo de servicios, tienen una obligación de liberalizar el suministro de los servicios en su territorio.

Esta liberalización de servicios cambia dependiendo



del modelo de Acuerdo negociado. De una parte están los Acuerdos Comerciales suscritos con el EFTA (Suiza, Liechtenstein, Noruega, Islandia), la Unión Europea e Israel en los culés la liberalización de servicio, analizada en el presente caso, se hace a través de la obligación de Trato Nacional. Por otra parte tenemos el modelo según el cual la liberación de servicio se hace a través de la obligación de presencia comercial, modelo suscrito con Estados Unidos, Chile, Canadá, México, Triángulo Norte, Corea, Panamá, Costa Rica y el Acuerdo de la Alianza del Pacífico, cuyo alcance se describe a continuación, La obligación de presencia comercial establece que “ninguna parte podrá exigir al proveedor de servicios de otra Parte establecer o mantener oficinas de representación o cualquier otra forma de empresa, o ser residente en su territorio como condición para el suministro transfronterizo de un servicio.

Si bien, el Artículo 97 del Decreto 1471 de 2014 establece una obligación para el importador y no para el distribuidor, el hecho de exigirle al importador tener un establecimiento de comercio para poder importar instrumentos de medición sujetos a control metrológico, puede derivar en una restricción a los distribuidores del servicio. Por lo anterior, dicho artículo podría eventualmente llegar a ser contrario a una obligación como la de Presencia Local.

Sin embargo, es importante aclarar, que así como los Acuerdos Comerciales en los que se ha negociado un capítulo de servicios, usualmente

existe una obligación de liberalizar su suministro, también incluyen disposiciones que le permiten a las Partes adoptar medidas contrarias a la obligación de Presencia Comercial bajo ciertas circunstancias. Usualmente estas disposiciones incorporan expresamente el artículo XIV del AGCS.

Por lo tanto el análisis antes realizado respecto de esta disposición permite justificar una violación a la obligación de presencia local en el marco de los Acuerdos Comerciales suscritos por Colombia.

Conclusiones:

1. Siempre que se expida un reglamento técnico sobre instrumentos de medición sujetos a control metrológico, su análisis de impacto normativo debe comprender los elementos descritos en el artículo XIV del AGCS, de manera que si el artículo 97 del Decreto 1471 de 2014 llega a violar el principio de trato nacional o presencia local, la misma se encuentre justificada.
2. Es indispensable que exista algún tipo de registro público o medio a través del cual el importador pueda determinar si su producto es un instrumento de medición sujeto a control metrológico, de tal manera que a los efectos de la importación tenga claro si debe o no tener un establecimiento de comercio. De esta manera se previene vulnerar el principio de transparencia descrito en artículo III del AGCS.



Concepto

Título: Diferencias APC COL-EE.UU Vs Decreto. 730 Preferencias Arancelarias

Fecha: Marzo del 2015

Problema Jurídico: Consulta sobre la correcta aplicación de las preferencias arancelarias del Acuerdo de Promoción Comercial, APC, entre Colombia y Estados Unidos, según lo establecido en el Decreto 730 de 2012.

Regla: Acuerdo de Promoción Comercial Colombia – Estados Unidos; Decreto 730 de 2012, Art. 86A

Concepto:

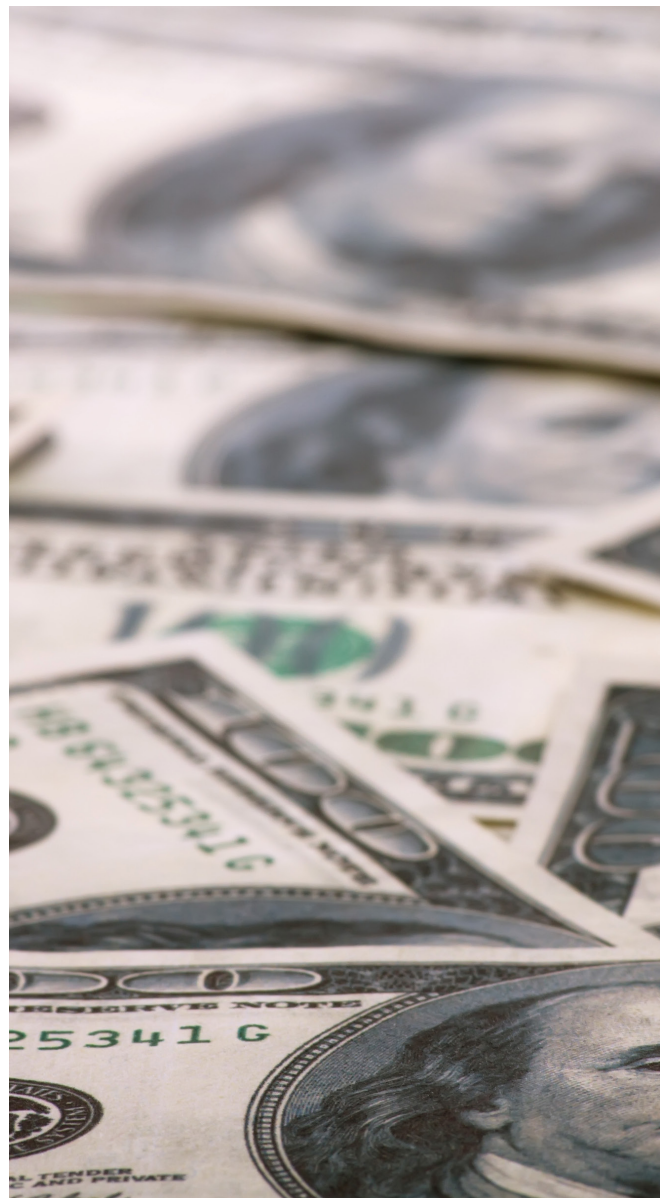
En el oficio remitido a esta Oficina se explica que se advierte una discrepancia entre las tasas base y las categorías de desgravación aplicables a unas subpartidas arancelarias por las que se clasifican ciertos papeles.

Dicha diferencia se verifica entre lo inicialmente estipulado en el APC COL-EE.UU. respecto de las subpartidas 4811.41.00.00 y 4811.49.00.00 y lo posteriormente reglamentado en el Decreto 730 de 2012 para ambas subpartidas, las cuales sufrieron desdoblamientos arancelarios posteriores a la firma del APC y anteriores a la expedición del Decreto 730.

En ese sentido, se consulta si ante tal discrepancia se debe observar lo consagrado en el Decreto 1546 de 2012, que modificó el 730 para corregir inconsistencias de éste.

El Decreto 1546 adiciona un Artículo 86A al Decreto 730, prescribiendo que *“...En caso de discrepancia entre lo previsto por el presente Decreto y el Acuerdo prevalecerá este último...”*

A efectos de analizar la consulta planteada, a continuación se incluye un cuadro resumen en el que se describe la evolución de los tratamientos arancelarios sufridos por las subpartidas bajo estudio:



Subpartida	APC COL-EE.UU (Nandina Inicial 2004)		Decreto 4341/04 (Modifica Arancel de Aduanas)	Decreto 730/12 (Implementa APC COL-EE.UU)	
	Tasa Base	Categoría	NMF	Tasa Base	Categoría
4811.41.00.00	15%	U (5 años)			
4811.41.10.00			15%	20%	C (10 años)
4811.41.90.00			15%	20%	C (10 años)
4811.49.00.00	15%	U (5 años)			
4811.49.10.00			15%	20%	C (5 años)
4811.49.90.00			15%	20%	C (5 años)

Como se ve, en ambas subpartidas desdobladas se les incrementó en 5 puntos porcentuales la tasa base para las respectivas desgravaciones. En cuanto a las categorías de desgravación, mientras una de ellas (La 4811.49.00.00 desdoblada) se mantuvo en la categoría U con 5 años, la otra (La 4811.41.00.00 desdoblada) pasó de la categoría U a la C, 10 años, esto es, se incrementó en 5 años su período de desgravación.

Verificados estos cambios, y al consultarlo con la dependencia competente de este Ministerio, se confirmó que, efectivamente, se dio un error técnico al momento de determinar las tasas base y períodos de desgravación para las correlativas resultantes de los desdoblamientos anotados. Esto, con ocasión de la expedición del Decreto 730, respecto de los decretos previos que modificaron la nomenclatura arancelaria para dichas subpartidas, Decreto cuyo proyecto fue consultado en su oportunidad con la DIAN.

En ese sentido, se estima que esta situación configuraría una de las inconsistencias que remedia el Decreto 1546, Art. 86A citado.

Conclusiones

Visto lo anterior, se verifica una discrepancia entre lo inicialmente estipulado en el APC COL-EE.UU y lo posteriormente establecido en el decreto por el que 730 de 2012.

Finalmente, se considera que los hechos analizados se adecúan a lo consagrado en el Artículo 86A del Decreto 1546 citado y, en ese sentido, a la importación de dichas subpartidas debe otorgársele el tratamiento arancelario preferencial inicialmente estipulado en el APC COL-EE.UU.



Concepto

Título: Proyecto Convenio GIZ Colombia Alemania

Fecha: Junio de 2015

Problema Jurídico: ¿Cuál sería la naturaleza jurídica del proyecto de Convenio de Cooperación, el Convenio GIZ, por celebrarse entre la Agencia Alemana de Cooperación Internacional, la GIZ, y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, el Ministerio”?

Regla: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

Concepto:

Descripción Resumida del Convenio GIZ

De la lectura del texto del proyecto de Convenio GIZ se destacan varios elementos, en particular.

En cuanto a su denominación

El proyecto Convenio GIZ se denominará “Convenio de Cooperación” y se suscribirá para el proyecto común titulado “Formación de Ejecutivos “Global Business Exchange Programme” (GloBus) En su preámbulo se explica que la GIZ fomenta diálogo entre PYMEs colombianas y alemanas para hacerlas competitivas en su comercio, a través de la transmisión de conocimiento sobre el mercado alemán.

En cuanto a sus suscriptores

En el encabezado se identifica al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de Colombia, como el “socio del acuerdo” y la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, como la “GIZ”.

En cuanto a su contenido y obligaciones

El proyecto tiene cuatro acápites, a saber, un 1. Preámbulo, una 2. Estructura del Programa, unas 3. Convenciones entre el socio del acuerdo/GIZ y la 4. Programación del GloBus. En el acápite 1 se describe la naturaleza, objetivos y funcionamiento

del GloBus en materia de Competitividad y el papel de la GIZ en su ejecución.

En el 2, se detallan los objetivos del GloBus, su población objetivo (PYMEs), su duración, condiciones de participación, actividades y financiamiento.

En el 3, se describen, en forma abstracta o casi indeterminada, lo que se entenderían como compromisos de las partes, particularmente, en términos de una promoción adecuada a cargo del socio del acuerdo, consistente en identificar las empresas atractivas para el proyecto. De una parte, el acápite de “Contribuciones de la GIZ” contiene un listado de actividades de “promoción”, “organización”, “asesoría”, etc, que se entiende estarían a cargo de la GIZ con ocasión del Convenio GIZ. De otra parte, y en forma similar, el acápite de “Convenciones entre el socio del acuerdo y la GIZ” contiene un listado de actividades de “apoyo” y “participación”. Tomamos nota de que en dicho acápite, o en uno subsiguiente, no se verifican cláusulas que evidencien el carácter vinculante y/o coercible de dichas actividades como prestaciones a cargo de una parte y en favor de la otra, o un acápite de solución de diferencias.

Por último, en el 4, se describen las distintas etapas en las que se desarrollará el GloBus, con fechas precisas, actores identificados y metodologías enunciadas.



Naturaleza Jurídica del Convenio GIZ

De acuerdo con el análisis de la descripción anterior sobre el Convenio GIZ, se estima que se trata de un Convenio de Cooperación no regido por el Derecho Internacional.

Como se dijo, es un Convenio con una sociedad de responsabilidad limitada ubicada en otro Estado, esto es, no se trata de una persona legitimada para la suscripción de un tratado de conformidad con las disposiciones sobre capacidad jurídica para la celebración de tratados, en la forma prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. De acuerdo con la Convención:

“...2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por **“tratado”** un **acuerdo** internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

...c) se entiende por **“plenos poderes”** un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la

adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado (Subrayado y negritas aparte) //

Dicho Convenio no reúne las demás características de un instrumento vinculante para un Estado, como un Tratado o un Acuerdo de Procedimiento Simplificado, en el sentido de dicha Convención, el cual seguiría siendo un Tratado no obstante no requerir de ratificación (sólo firma o canje de notas, Arts. 12 y 13 de la Convención)

Adicionalmente, y en particular por la carencia del elemento subjetivo calificado citado, éste tampoco configuraría un instrumento internacional no vinculante para un Estado, como podría serlo un Memorando de Entendimiento o una Declaración Unilateral, no obstante contener algunas cláusulas más o menos parecidas a las de estos instrumentos.

El proyecto analizado no contiene las estipulaciones propias de un Tratado, como obligaciones formales y exigibles, cláusulas de solución de diferencias, entrada en vigor, enmiendas o denuncias, entre otras. El proyecto actual de Convenio GIZ nacería carente de los efectos jurídicos vinculantes predicables respecto de cualquier acto jurídico convencional en el ámbito internacional, llámese

Tratado, Acuerdo, Convención, Pacto, Carta, etc, de los que se tienen como fuente formal de obligaciones del Derecho Internacional, como lo establece el Art.38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Por lo anterior, y sin perjuicio de que la Oficina Jurídica de este Ministerio verifique el cumplimiento de sus requisitos como contrato o convenio de este tipo, se considera que el régimen aplicable a este Convenio se ubicaría, en principio, en las normas pertinentes del Derecho Administrativo colombiano. Conviene destacar que desde la Ley 80 de 1993, en su Art. 14. Parágrafo, se preveía que, para cumplir con su objeto contractual, las entidades pudieran celebrar, entre otros, contratos de cooperación, ayuda o asistencia en los que se prescindiera del uso de cláusulas o estipulaciones excepcionales.

De hecho, en la actualidad, en cuanto a la reglamentación aplicable en materia de contratación con organismos internacionales, se prevé la posibilidad de someter dicho contrato a los reglamentos de la entidad colombiana o de la extranjera¹, dependiendo de la mayor participación porcentual de las partes en los fondos de financiación del Convenio.

Facultades de sus Suscriptores

Como se anticipó, en cualquiera de los dos casos, es claro que su suscripción no está a cargo del Presidente de la República ni de la Ministra de

Relaciones Exteriores. Es decir, no es un acuerdo entre "Estados". Se trata de un acuerdo cuyos suscriptores no son, o no detentan plenos poderes de, los jefes de Estado de dichas partes.

Este acuerdo no lo celebrarán las personas con la capacidad jurídica para suscribir tratados, de acuerdo con el Art.7 de la Convención de Viena. De acuerdo con la Convención, Art.7 Plenos Poderes, para la manifestación del consentimiento para obligarse un Estado, se requiere de plenos poderes o cuando de la práctica se deduce que los otros Estados reconocen a esa persona como representante sin necesidad de plenos poderes. Así mismo, en dicho Artículo se considera que no requieren plenos poderes, para representar y obligar a su Estado, el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, lo mismo que algunos jefes de misiones diplomáticas o representantes ante conferencias internacionales, casos que tampoco serían predicables respecto de los suscriptores de este proyecto de Convenio.

Al preverse su firma por parte de la Ministra de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, y por la sociedad de responsabilidad limitada del otro Estado, el mencionado instrumento queda excluido de la órbita del Derecho Internacional, particularmente de la Convención de Viena. Este es un requisito esencial para manifestar el consentimiento de un Estado para la celebración de un Tratado en Derecho Internacional.

Sin perjuicio de lo anterior, Conviene recordar que, por virtud del Decreto 210 de 2003, la Ministra de Comercio, Industria y Turismo sí podría celebrar dicho convenio de cooperación.

El mencionado Decreto enuncia, entre las facultades del despacho del Ministro:

...2. Formular la política y los planes de acción del sector administrativo y ejercer las funciones de dirección, coordinación y control en las materias de su competencia...

¹ En el reciente decreto único reglamentario 1082 de mayo de 2015, por el que se compiló los decretos reglamentarios sobre contratación estatal, se reprodujo el texto del Art. 20 de la Ley 1150 de 2007 y, se estableció que "...Artículo 2.2.1.2.4.4.1. Régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación Internacional. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, pueden someterse a los reglamentos de tales entidades incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a estas operaciones en los acuerdos celebrados, o sus reglamentos, según el caso. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán al presente título."

... 4. Ejercer la coordinación necesaria para mejorar el clima para la inversión tanto nacional como extranjera en el país y para incrementar la competitividad de los bienes y servicios colombianos...

... 11. Suscribir en nombre de la Nación y de conformidad con el Estatuto General de Contratación y la Ley Orgánica de Presupuesto, los contratos relativos a asuntos propios del Ministerio, previa delegación del Presidente de la República, cuando esta se requiera. //

En todo caso, se tiene que no siendo un Tratado ni un Memorando de Entendimiento, por ejemplo, el Convenio GIZ no estaría sujeto a las formalidades que exige nuestra Constitución Política para verificarse la prestación del consentimiento en obligarse, para el caso, el trámite de su ratificación (Art.14 de la Convención) con aprobación del Congreso y acompañado del control previo de su constitucionalidad por la Corte Constitucional (Art. 241, Núm.10, C.N).

De acuerdo con lo anterior, el régimen jurídico aplicable es el del Derecho Administrativo, o normas similares y pertinentes de Colombia en las circunstancias previstas. Esto comoquiera que se trata de acuerdos o compromisos contraídos por sus representantes en ejercicio de las facultades inherentes a su cargo, conforme a la norma orgánica/estatutaria de la entidad respectiva. De ahí que el efecto vinculante y la eventual responsabilidad sería predicable respecto de la entidad administrativa, como gestora de los fines constitucional y legalmente previstos para ésta y no del Estado propiamente tal.

Conclusiones:

Conforme a lo anterior, en el caso del Convenio GIZ analizado se concluye que, por virtud de su celebración no se estaría frente un instrumento celebrado por el Estado Colombiano como



sujeto del Derecho Internacional. En tal sentido, dicho Convenio no estaría gobernado por las disposiciones del Derecho Internacional. Es decir, no sería un Tratado, ni un Memorando de Entendimiento.

Se estaría, entonces, frente a un Convenio de Cooperación suscrito con una sociedad de responsabilidad limitada de otro Estado. Su régimen aplicable sería el del Derecho Administrativo colombiano o el de la otra parte, según proceda.

Salvo mejor opinión de la Oficina Asesora Jurídica, la señora Ministra de Comercio, Industria y Turismo tiene capacidad para suscribir el acuerdo. Su vigencia no está sujeta a los trámites de los instrumentos de Derecho Internacional, sino a la que se señale en el propio instrumento en el marco del derecho interno administrativo de las Partes.

Concepto

Título: Contingente de exportación de cuero y alambrón

Fecha: 4 de junio de 2014

Problema Jurídico: Determinar si el proyecto de medida modificatoria del Artículo 5° del Decreto 2469 de 2013, artículo por medio del cual se dispuso la distribución del contingente fijado en dicho Decreto, entre exportadores tradicionales y nuevos exportadores permite un control a determinar la existencia de las empresas.

Regla: Decreto 210 de 2003
Decreto 2469 de 2013

Concepto:

Consulta relativa al proyecto de medida modificatoria del Artículo 5° del Decreto 2469 de 2013, artículo por medio del cual se dispuso la distribución del contingente fijado en dicho Decreto, entre exportadores tradicionales y nuevos exportadores.

En particular la consulta está referida a cuestionamientos sobre la “realidad” de los nuevos exportadores a quienes se les adjudicó el cupo. En ese sentido, se solicita el concepto de la OALI sobre la posibilidad de establecer algún tipo de control enfocado a verificar:

La verdadera existencia de las empresas que solicitan un cupo como “nuevos exportadores” y;

Su efectiva operación en el mercado

Lo anterior dado que, de acuerdo con las inquietudes de los demás empresarios, lo dispuesto en el actual Decreto “...ha permitido que se creen empresas de papel, que no son más que los exportadores tradicionales pero en una sociedad recién constituida...”

El Proyecto de Medida

Por lo anterior, se ha estimado someter a consideración del Comité Triple A una modificación

al Decreto 2469 por el cual se impuso el contingente, para adicionar su Artículo 5° con el siguiente párrafo:

...Artículo 5° Los contingentes establecidos en el presente decreto, serán reglamentados y administrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a través de la Dirección de Comercio Exterior, bajo el criterio de 70% para los exportadores tradicionales y 30% para nuevos exportadores.

Parágrafo: El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo podrá realizar visitas y solicitar documentos que acrediten la realidad y la verdadera intención de exportar de aquellas empresas que soliciten la asignación de un cupo en calidad de nuevos exportadores. Cuando se demuestre que una empresa solicitante no tiene operación real en el mercado, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo podrá abstenerse de asignarle el cupo solicitado, o reasignarlo cuando ya haya sido autorizado...(Resaltado aparte)

El Análisis Legal de la Medida

Respecto de este proyecto de medida, conviene advertir que es poco probable alcanzar la redacción



de una medida absolutamente eficaz y legal para el control de la administración de estos cupos, sin hacer farragoso el texto del Decreto, dadas las diferentes formas de elusión que los interesados podrían intentar.

Se debe iniciar por tener en cuenta que, sin perjuicio de que se pueda verificar fácilmente la existencia legal de una sociedad, por su inscripción en el registro mercantil de una cámara de comercio, la verificación de su “operación real de mercado” no necesariamente puede ser un criterio de asignación del cupo citado. Esto comoquiera que una sociedad recién constituida no está obligada a realizar inmediatamente el objeto social (exportar bienes) previsto en su estatuto de constitución, aun cuando su intención de realizarlo sea verificable o altamente viable. Vale la pena recordar que por virtud del principio de la buena fe, se debe presumir la observancia de este por parte de los particulares en la creación de las sociedades que solicitaran cupo como “nuevos exportadores”.

La Constitución Nacional de Colombia en su artículo 38 permite la libertad de asociación y de la libre empresa estableciendo:

Artículo 38. Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.

Igualmente, cabe destacar que no siempre las calidades de productor y comercializador deben confluir en la persona de quien realiza una exportación, como tampoco es ilegal la exportación de un producto desde un país que no es su país de origen¹. En ocasiones se crean empresas con el

¹ En las investigación de Defensa Comercial sucede con frecuencia que los productores tienen, dentro de su grupo societario, compañías dedicadas exclusivamente a la actividad de comercialización del bien que aquellos producen y esta situación no comporta ilegalidad alguna en materia de comercio internacional.

objeto social exclusivo de comercializar y revender, bienes producidos por otras personas y destinarlos a mercados de exportación. Estas consideraciones restan solidez al supuesto del proyecto de modificación.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante aclarar que las facultades de reglamentación y administración conferidas en este Decreto, por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a la Dirección de Comercio Exterior, son compatibles con las facultades generales de ese Ministerio, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 2°, numeral 20 del Decreto 210 de 2003.

En el citado Artículo 2°, numeral 20, se establece que:

Artículo 2°. Funciones Generales. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tendrá las siguientes funciones generales:

...20. Establecer los trámites, requisitos y registros ordinarios aplicables a las importaciones y exportaciones de bienes, servicios y tecnología, y aquellos que con carácter excepcional y temporal se adopten para superar coyunturas adversas al interés comercial del país. Todo requisito a la importación o exportación en tanto es una regulación de comercio exterior, deberá establecerse mediante decreto suscrito por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo y el Ministro del ramo correspondiente. (Resaltado aparte)

No obstante, del resto del texto del Decreto 210 no advierte la previsión de funciones relacionadas con las visitas, inspecciones o verificaciones que se contemplan en el proyecto de párrafo analizado. Por ello, dicha redacción no se estima legalmente viable, en el entendido que no son actividades que le competen a este Ministerio.

De la situación planteada en la consulta se entiende que el fin del proyecto de modificación

es evitar que los cupos de nuevos exportadores sean indebidamente aprovechados por los mismos exportadores tradicionales, perjudicando, con ello, a otras personas que siendo nuevos exportadores no alcancen a participar o no participen debidamente del reparto de dicho cupo.

En ese sentido, conviene tener en cuenta que, de acuerdo con el Artículo 5° citado, la Dirección de Comercio Exterior es la facultada para reglamentar y administrar los contingentes establecidos. Por lo tanto, ésta puede disponer posteriormente los medios para verificar las calidades de “exportadores tradicionales” y “nuevos exportadores”, requisitos para la asignación de los cupos de dichos contingentes.

Acciones de Desestimación de la Personalidad Jurídica

Sin perjuicio de que en el Decreto no se hagan distinciones entre personas jurídicas y naturales, para efectos de asignar los cupos en ambas categorías, conviene recordar que en el caso de personas jurídicas, como la Sociedad por Acciones Simplificada, SAS², creada por la Ley 1258 de 2008, existen acciones legales aplicables a situaciones similares.

Se trata de acciones que podrían intentar los particulares (nuevos exportadores) que se vean perjudicados por actos de interposición societaria, esto es, el uso indebido que hicieran del cupo de nuevos exportadores los exportadores tradicionales a través de sociedades comerciales como la SAS para tales propósitos. Cabe destacar, que este tipo de conducta es un abuso y acto contrario a la ley el cual requiere de medidas de fiscalización judicial que permitan contrarrestar este tipo de conductas a través de la sanción.

Vale la pena tener en cuenta que la SAS es un

² Sucede de igual manera en el caso de la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada (Art. 71, Ley 222 de 1995)

modelo societario de reciente creación legal y muy frecuente uso, dadas sus características de limitación de responsabilidad (separación patrimonial) flexibilidad y simplicidad legal en su constitución, por documento privado, composición de socios y capital, funcionamiento, entre otros.

Dado que por las características anotadas de dicho modelo societario los particulares pueden abusar jurídicamente del mismo, mediante actividades en fraude de la ley o que perjudiquen a terceros, en el Artículo 42 de la Ley 1258 se consagra la “Desestimación de la Personalidad Jurídica” de la sociedad como sanción aplicable a dichos casos, declarando responsabilidades y ordenando indemnizaciones. En el Artículo 42 se establece la responsabilidad y sanción procedente al verificarse la siguiente condición:

Artículo 42. Desestimación de la Personalidad Jurídica. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario. (Resaltado aparte)

Tiene dicho la doctrina que “...El concepto general de allanamiento de la personalidad jurídica consiste en imponerles a quienes utilicen la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, una responsabilidad por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Dentro de los sujetos pasivos de esta responsabilidad están, por supuesto, los accionistas y los administradores sociales...”

La acción prevista en la norma citada consiste en que la Superintendencia de Sociedades, Supersociedades, en sede jurisdiccional (como juez) conoce de la demanda que interponga el tercero (nuevo exportador) perjudicado con el uso indebido que se haga de una SAS (por parte de un exportador tradicional, por ejemplo) para adquirir mayor participación dentro del cupo de nuevos exportadores. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la actuación referida se puede declarar la extensión de la responsabilidad patrimonial de los socios o administradores de la sociedad y, adicionalmente, la indemnización de los perjuicios causados al demandante.

Es importante destacar que la Supersociedades ha conocido casos similares en el pasado este tipo de situaciones de abuso de personas jurídicas societarias por interposición indebida de sociedades. El año pasado, en el caso Finagro Vs. Mónica SAS y otros, en el que se investigó el uso fraudulento de las sociedades demandadas por un grupo empresarial para tener acceso a unos incentivos de capitalización rural otorgados por Finagro, la Supersociedades declaró la nulidad de los actos jurídicos mediante los cuales se otorgaron dichos incentivos a las sociedades demandadas y se les condenó a la restitución del dinero recibido indebidamente.

De otra parte, cabría la posibilidad de redactar una modificación que buscara evitar la vinculación societaria entre un exportador tradicional y un nuevo exportador, lo cual no solucionaría completamente el problema planteado. La redacción podría ser la siguiente:



“...Artículo 5° Los contingentes establecidos en el presente decreto, serán reglamentados y administrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a través de la Dirección de Comercio Exterior, bajo el criterio de 70% para los exportadores tradicionales y 30% para nuevos exportadores...”

Parágrafo. En ejercicio de las facultades otorgadas en este artículo a la Dirección de Comercio Exterior, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, ésta podrá negar la asignación de cupos a nuevos exportadores, entre otros, en los casos en que se trate de nuevos exportadores en situación de subordinación frente a un exportador tradicional como controlante de ésta y titular de un cupo de exportador tradicional.

De la redacción anterior, podría verificarse que un exportador tradicional evadiera dicha prescripción al constituir una nueva sociedad, que solicite la asignación de un cupo como nuevo exportador, sociedad respecto de la que aquel detente control por su participación en el capital, la toma de decisiones o los demás casos previstos en la Ley.

Conclusión

Finalmente, y de acuerdo con las consideraciones previas, se estima que una redacción alternativa para

el parágrafo del Artículo 5° citado, por medio de la cual se procure el control en la asignación y el Ministerio siga actuando en el marco de sus competencias, podría adicionarse en los siguientes términos:

“...Artículo 5° Los contingentes establecidos en el presente decreto, serán reglamentados y administrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a través de la Dirección de Comercio Exterior, bajo el criterio de 70% para los exportadores tradicionales y 30% para nuevos exportadores...”

Parágrafo. En ejercicio de las facultades otorgadas en este artículo a la Dirección de Comercio Exterior, ésta reglamentará los requisitos pertinentes a los efectos de acreditar las condiciones de exportadores tradicionales y de nuevos exportadores exigidas para la asignación de los cupos en los contingentes establecidos mediante el presente decreto, sin perjuicio de las acciones legales procedentes ante las autoridades competentes en los casos de defraudación a la ley o perjuicio a terceros.

Concepto

- Título:** Adhesión de Croacia al Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra.
- Fecha:** 21 de enero de 2015
- Problema Jurídico:** ¿Es competente el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en ordenar a la DIAN la inclusión en su sistema MUISCA de todos aquellos países que integren la Unión Europea, y en el entretanto, expedir los Certificados EUR1?
- Regla:** El Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, y la Unión Europea
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 1969
Decreto 210 de 2003
Decreto 4176 de 2011

Concepto:

(i) Contexto

El Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, en adelante el Acuerdo, fue firmado en la ciudad de Bruselas, Bélgica, el 26 de junio de 2012, cuya ley aprobatoria de tratado, la Ley 1669 de 2013, fue sancionada por el Presidente de la República, y posteriormente declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-335 de 2014.

Cabe señalar, que el Decreto 1513 de 2013 dispuso la aplicación provisional del Acuerdo, sin embargo, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-280 de 2014 lo declaró inexecutable, pero otorgó mantener su vigencia hasta que se surtiera el estudio de la ley 1669 de 2013 que fue finalmente declarada exequible por la sentencia antes citada, la C-335 de 2014.

Por otro lado, el Tratado relativo a la adhesión de la República de Croacia (en lo sucesivo denominada «Croacia») a la Unión Europea, se firmó en Bruselas el 9 de diciembre de 2011 y entró en vigor el 1

de julio de 2013; es decir 5 días después de que Colombia y Perú firmarán su tratado con la UE. Por este tratado, Croacia se comprometió en virtud del Artículo 6, apartado 2, del Acta de adhesión de Croacia, adjunta al Tratado de adhesión, que debe formalizarse su incorporación al Acuerdo Comercial con Colombia y Perú mediante la celebración de un Protocolo, tal como se señala a continuación:

¶ Croacia se compromete a adherirse, en las condiciones establecidas en la presente Acta, a los acuerdos celebrados o firmados por los Estados miembros actuales y por la Unión con uno o más terceros países o una organización internacional.

A menos que se disponga otra cosa en los acuerdos específicos a que se refiere el párrafo primero, la adhesión de Croacia a dichos acuerdos se aprobará mediante la celebración de un protocolo a dichos acuerdos entre el Consejo, pronunciándose por unanimidad en nombre de los Estados miembros, y el tercer país o países u

organización internacional de que se trate.
(Subrayado fuera de texto) //

Cabe señalar que el Acuerdo dentro de su articulado no preveía la situación en que un país se adhiriera a la Unión Europea antes de que el Acuerdo se aplicara en las tres Partes. Adicionalmente, cuando se firmó el Acuerdo Comercial con la Unión Europea, dicho Acuerdo fue aprobado en Colombia a través de la ley 1669 de 2013. Ésta ley transcribe el texto del Acuerdo, y dentro de la cual trae un listado de los Miembros de la Unión Europea signatarios del mismo. Sin embargo, Croacia no hace parte de ese listado porque no era parte de la Unión Europea al momento en que Colombia firmó su tratado con el citado bloque comercial.

(ii) Análisis

La Unión Europea es parte del Acuerdo como persona jurídica, así mismo lo son sus Estados Miembro de manera individual. Consecuentemente, cada uno de los Estados Miembro de la Unión Europea suscribieron y aceptaron ser parte del Acuerdo Comercial. Por lo tanto, se requiere el consentimiento de Croacia ya que “un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento” (Artículo 34 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, en adelante la Convención). Así mismo, la

Convención establece en el Artículo 11 las formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado y el cual se cita a continuación:

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido. (Subrayado fuera de texto).

Siendo entonces, el Protocolo de Adhesión de Croacia, el instrumento por el cual las partes manifiestan su intención de que el Acuerdo sea vinculante para Croacia como nuevo miembro de la Unión Europea. No obstante, dicho Protocolo no ha sido suscrito por las Partes, ni mucho menos han surtido los trámites internos de un Tratado para perfeccionar el vínculo internacional, ya que al ser un instrumento jurídico el cual modifica un Acuerdo Internacional deberá ser suscrito, de esta forma, Croacia se entendería parte una vez haya “consentido en obligarse por el tratado” (Artículo 2 Literal g de la Convención).

En consecuencia, es determinante que la adhesión de Croacia al Acuerdo Comercial se haga a través del Protocolo de Adhesión, y éste



sea suscrito por las Partes para que pueda ser formalizado en el derecho interno colombiano por el trámite constitucional previsto para ese tipo de instrumentos. De lo contrario, Colombia no podría ni se vería obligada a otorgar los beneficios del Acuerdo Comercial a Croacia, entre ellos los beneficios arancelarios, ni tampoco podría exigir los mismos.

(iii) Competencia del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo respecto de las peticiones de la Agencia de Aduanas SERCODEX S.A. Nivel 2

Ahora bien, frente a las siguientes peticiones por parte de la Agencia de Aduanas SERCODEX S.A.:

1. Sírvasse ordenar a la DIAN, que expida, en la forma en que sea procedente, y a la mayor brevedad posible, a fin de evitar sobrecostos en destino, la forma 290 "Certificado de circulación EUR1", para la venta efectuada por Riopaila Cartilla S.A. a Destinee Marketing Limited, correspondiente a 50 TM azúcar turbinado, producto que zarpó en la MN MSC Acapulco, el mismo 8 de diciembre de 2014, con destino al puerto Rijeka, en Croacia.

2. Sírvasse ordenar a la DIAN la inclusión en su sistema MUISCA de todos aquellos países que integren la Unión Europea, y en el entretanto, expedir los Certificados EUR1 en forma manual.

Conclusión

Nos permitimos informar que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo no es superior jerárquico de la DIAN y en ese sentido no es competente para ordenar a la DIAN que expida el certificado de circulación EUR1, de acuerdo al Decreto 210 de 2003 y siendo la DIAN el órgano competente de acuerdo al Decreto 4176 de 2011, el cual fija los criterios de origen y expide la respectiva certificación de los productos colombianos con destino a la exportación.

1 Artículo 1º, Reasignar las siguientes funciones actualmente en cabeza del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN:

Numeral 2. Fijar criterios de origen y expedir la certificación del origen de los productos colombianos con destino a la exportación.



Concepto

- Título:** Cuestionario sobre Derechos Humanos y Medidas Coercitivas Unilaterales
- Fecha:** 3 de octubre de 2014
- Problema Jurídico:** Analizar el Cuestionario sobre Derechos Humanos y Medidas Coercitivas Unilaterales, elaborado por el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, a fin de preparar un informe con recomendaciones sobre un mecanismo para evaluar las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos y para promover la rendición de cuentas, de conformidad con la resolución del Consejo 24/14.
- Regla:** Resolución del Consejo 24/14 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos*
 Artículo 10 del Decreto 210 de 2003
 Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio

Concepto:

1. ¿Considera que las medidas coercitivas unilaterales tienen un impacto sobre los derechos humanos de los ciudadanos de los Estados contra los cuales éstas van dirigidas? En caso afirmativo, ¿de qué manera? Si no, ¿por qué?

De acuerdo a la Asamblea General de las Naciones Unidas, varios de sus órganos, tales como la propia Asamblea General, el Consejo de Derechos Humanos y la antigua Comisión de Derechos Humanos "han abordado la cuestión de la repercusión de las medidas coercitivas unilaterales en el pleno disfrute de los derechos humanos"¹. Estas medidas generan un impacto negativo y violan disposiciones de diversos tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario². Por tanto, cuando las

medidas unilaterales coercitivas son de índole económico, como es el caso de los embargos comerciales, pueden obstaculizar gravemente los servicios de salud, la seguridad alimentaria, el comercio internacional, la inversión extranjera y muchos otros sectores que afectan de manera directa los derechos humanos de la población³, tales como "la vida, el derecho a un nivel de vida adecuado, la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre y el derecho a la salud"⁴, que son derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵ y demás Tratados de derechos humanos.

En el Caso Relativo a las Actividades Militares

¹ Consultado: Derechos humanos y medidas coercitivas unilaterales <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Seminars/Pages/WorkshopCoerciveMeasures.aspx>. Fecha: 7 de octubre de 2014.

² Naciones Unidas, Asamblea General A/HRC/19/33, 11 de enero de 2012. Pág. 4

³ Amnesty International Publications, 2009. The US embargo against Cuba Its impact on economic and social rights.

⁴ Ibídem nota 1. Pág. 4.

⁵ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

y *Paramilitares en Nicaragua contra Estados Unidos*, en el cual Nicaragua denunció ante la Corte Internacional de Justicia las medidas de carácter económico adoptadas por los Estados Unidos, como la suspensión de ayudas de tipo económico, negarles la concesión de préstamos por organismos financieros internacionales, reducir la cuota de importaciones de azúcar a casi un 90%, y declararles un embargo comercial el 1° de mayo de 1985, medidas que se adoptaron con el fin de intervenir de forma indirecta en los asuntos internos de Nicaragua.

2. (a) ¿Qué aspectos específicos de los derechos humanos se ven afectados por las medidas coercitivas unilaterales en los Estados contra los cuales éstas van dirigidas? ¿Podría dar ejemplos de los grupos particulares más afectados por las medidas coercitivas unilaterales y de qué manera lo son?

Según la Asamblea General de las Naciones Unidas, este tipo de medidas consistentes en sanciones económicas pueden llegar a tener un gran impacto y repercusiones negativas sobre los derechos humanos de la población, por lo tanto, los más afectados o víctimas *“suelen ser las clases más vulnerables, en particular las mujeres, los niños, los enfermos y los ancianos, así como los pobres. Esos grupos sufren más las consecuencias de la denegación del acceso a material y medicamentos que pueden salvarles la vida, a productos alimenticios básicos y a material educativo. A otros se les impide incorporarse al mercado de trabajo”*⁶. Así mismo, estas medidas pueden tener efectos a largo plazo causar graves problemas sociales y suscitar preocupaciones humanitarias que están relacionadas con los sectores más vulnerables de la población⁷.

b) ¿Tales medidas coercitivas unilaterales tienen un impacto en los ciudadanos de terceros Estados

contra quienes éstas no van dirigidas? ¿Podría dar ejemplos de este impacto?

Según la Asamblea General de las Naciones Unidas, estas medidas sí tienen un efecto negativo en los intereses de terceros Estados y de sus nacionales, pues sus efectos se extienden de manera extraterritorial⁸, ya que *“está claro que las medidas coercitivas unilaterales abarcan una serie de medidas, entre las que figuran los embargos comerciales, las restricciones financieras, las restricciones de la adquisición de bienes inmuebles, la congelación de activos, las restricciones en materia de visados y la retención de suministros médicos básicos y de piezas de repuesto para diversos tipos de maquinaria”*⁹.

3. ¿Son las normas y los mecanismos actuales de derechos humanos eficaces para lidiar con los impactos negativos de las medidas coercitivas unilaterales sobre los derechos humanos en los Estados contra los cuales éstas van dirigidas?

Continúa la Asamblea General indicando que, *“El derecho internacional humanitario y los tratados sobre los derechos humanos”*¹⁰ pueden contener limitaciones a la imposición de sanciones económicas”, además de las distintas resoluciones como la 15/24 del Consejo de Derechos Humanos la cual limita las medidas coercitivas unilaterales sobre los derechos humanos, y las Resoluciones 66/156¹¹, 66/186¹², 52/182¹³ entre las distintas normas y principios contenidas en distintos instrumentos de derecho internacional.

⁸ Ibidem nota 1. Pág. 3.

⁹ Ibidem nota 1. Pág. 10

¹⁰ Ibidem nota 1. Pág. 4.

¹¹ Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011 sobre Derechos humanos y medidas coercitivas unilaterales

¹² Resolución aprobada por la Asamblea General el 22 de diciembre de 2011, sobre Medidas económicas unilaterales como medio de ejercer presión política y económica sobre los países en desarrollo

¹³ Resolución aprobada por La Asamblea General, sobre Medidas económicas unilaterales como medio de ejercer coacción

⁶ Ibidem nota 1. Pág. 11.

⁷ Ibidem nota 1. Pág. 11.

Frente a los temas de carácter comercial, Colombia hace parte del sistema multilateral del comercio de la OMC, donde sus compromisos comerciales están ligados a normas y principios, por lo cual, el Gobierno de Colombia y los demás miembros de la OMC no pueden afectar el comercio o aplicar medidas discriminatorias que obstaculicen el tráfico de bienes y servicios, tal como lo disponen el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC y sus anexos. El Preámbulo de dicho Acuerdo indica que:

Las Partes en el presente Acuerdo reconocen:

... que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico (subrayado fuera de texto).

4. ¿Qué mecanismos de derechos humanos específicos pueden ser utilizados para evaluar el impacto negativo de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos en los Estados contra los cuales éstas van dirigidas o en cualquier otro tercer Estado, y para promover la rendición de cuentas?

En virtud del Comercio Internacional, los Países Miembros de la Organización Mundial del Comercio, en adelante OMC, de la cual Colombia es Miembro desde el 30 de abril de 1995, están sometidos al examen de políticas comerciales, el cual revisa todas las medidas comerciales adoptadas,

determinando si se encuentran dentro del marco de la OMC y no atentan contra los principios fundamentales del comercio internacional.

A su vez, la OMC establece un procedimiento para resolver las controversias comerciales de manera pacífica, el cual es de vital importancia para garantizar el cumplimiento de las normas y asegurar así la fluidez del comercio, evitando que los Miembros adopten medidas discriminatorias o que obstaculizan el comercio de bienes y servicios.¹⁴

5. ¿Podría dar ejemplos concretos del impacto de las medidas coercitivas unilaterales en materia de derechos humanos en su país, si los hay?

Esta Oficina desconoce si hay ejemplos o casos concretos sobre medidas coercitivas unilaterales que afecten las relaciones comerciales internacionales y con ello el disfrute de derechos humanos, pues según el informe sobre Examen de las Políticas Comerciales del año 2012 Colombia cumple con sus compromisos comerciales internacionales tal como se señala a continuación:

la política comercial colombiana ha continuado orientándose hacia una mayor apertura, buscándose una más estrecha integración con América Latina y el Caribe, pero también con el resto del mundo por medio de la negociación de acuerdos preferenciales para incrementar los flujos de comercio exterior y de inversión extranjera. En este sentido, Colombia ha participado en diversas negociaciones para profundizar los acuerdos bilaterales y regionales existentes, y ha suscrito y continúa negociando activamente nuevos acuerdos a fin de asegurar el acceso preferencial a mercados estratégicos. Esto sin desmedro a la particular importancia que Colombia le concede dentro de su estrategia de

¹⁴ Consultado: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm. Fecha 8 de octubre de 2014.



política comercial a su participación en la OMC. Por lo tanto para Colombia, el mantener un régimen comercial abierto en el marco de un sistema multilateral transparente, que se complemente con esfuerzos regionales y bilaterales, es de gran importancia.¹⁵(subrayado fuera de texto). //

Conclusión:

En virtud del derecho internacional y los compromisos comerciales suscritos por Colombia, se dio respuesta al Cuestionario sobre Derechos Humanos y Medidas Coercitivas Unilaterales, elaborado por el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, en el cual se señala que Colombia al ser parte del sistema multilateral de comercio y frente a sus compromisos bilaterales establecidos en los Tratados de Libre Comercio, no impone medidas adversa o que vulneren los derechos humanos.

¹⁵ Examen de sus Políticas Comercial, Informe de la Secretaría, COLOMBIA, WT/TPR/S/265/Rev.2. 1º de agosto de 2012.

Concepto

Título:	Consulta referente al Acuerdo Colombia –Unión Europea
Fecha:	26 de diciembre de 2014
Problema Jurídico:	En el marco del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú determinar unas inquietudes referentes al tema de origen y planteadas por algunos usuarios del comercio exterior.
Regla:	Acuerdo Colombia –Unión Europea, Anexo II Anexo I y III del Acuerdo de Alcance Parcial con Panamá (AAP.A25TM N° 29)

Concepto:

1. Si un importador en Colombia, compra un producto a un proveedor en Panamá, pero el producto es originario y procedente de Francia. ¿Es posible la facturación por un tercer país? ¿Es decir, es posible que la factura comercial la genere un país no Parte del Acuerdo?
2. Es posible acogerse a las preferencias arancelarias del Acuerdo?
3. ¿En estos casos debe el Certificado de circulación de mercancías EUR.1 o la Declaración en Factura cumplir algún requisito en especial?
4. ¿Qué se consideraría nota de entrega? y ¿Qué se considera como documentos comerciales?
3. Importación procedente de Panamá, de una mercancía que podría ser objeto de acumulación extendida bajo el Acuerdo Comercial con la Unión Europea.
4. Importación procedente y originaria de la Unión Europea de una mercancía que ha hecho tránsito por Panamá.

Sea lo primero distinguir las diferentes situaciones de importaciones a Colombia que pueden estar implícitas en su pregunta:

1. Importación procedente de Panamá, de una mercancía originaria de un Estado miembro de la Unión Europea.
2. Importación procedente de Panamá, de una mercancía que cumple reglas de origen preferenciales bajo el Acuerdo de Alcance Parcial actualmente vigente con Panamá, no obstante que tenga incorporadas materias primas de un Estado miembro de la Unión Europea.

En todas esas situaciones, puede darse el caso de que haya una factura inicial expedida en un Estado miembro de la Unión Europea y otra factura expedida por un proveedor en Panamá a su cliente en Colombia. Esa situación no es extraña en el comercio internacional.

Si la mercancía que se importa es despachada desde un país al cual Colombia le concede preferencias comerciales, entonces para tener derecho a las mismas deberán cumplirse los requisitos aplicables a dichas preferencias respecto del origen de las mercancías, sin perjuicio de que existan dos facturas como se acaba de indicar.

En esa medida, para determinar cuáles son dichos requisitos y la manera cómo deben cumplirse sería necesario que se distinga a cuáles de las situaciones arriba descritas se refiere la consulta.

Frente a las mercancías que se despachan

desde Panamá hacia Colombia, el Anexo I del Acuerdo de Alcance Parcial con Panamá (AAP A25TM N° 29) contiene las reglas de origen y los requisitos para certificar dicho origen y el Anexo III señala los productos de Panamá que Colombia desgravará en el marco de dicho acuerdo. En tal reglamentación no se establecen reglas específicas para la facturación de un tercer país, en adición a la facturación del país de despacho. Vale la pena anotar, que el Tratado de Libre Comercio entre Panamá y Colombia aún no se encuentra en vigor.

Respecto de las mercancías que se despachan desde alguno de los Estados miembros de la Unión Europea hacia Colombia, el Anexo II del Acuerdo Comercial con la Unión Europea señala los requisitos y la prueba del origen. De conformidad con las reglas contenidas en dicho anexo, hay dos maneras de probar el origen. Una, mediante la utilización del certificado de circulación de mercancías (EUR.1) y otra, en ciertos casos (artículos 20 y 21 del Acuerdo), una declaración emitida por un exportador en una factura, una nota de entrega o cualquier otro documento comercial que identifique los productos.

De conformidad con lo anterior, las mercancías despachadas desde Panamá hacia Colombia pueden estar facturadas en un tercer país, pero para tener derecho a las preferencias arancelarias otorgadas por Colombia a Panamá, deben cumplir los requisitos de origen previstos en el AAP A25TM N° 29 arriba mencionado. Dado que en dicho acuerdo no hay reglas especiales sobre las facturas que deben acompañar al certificado de origen, en los documentos de importación deben relacionarse todas las facturas que se hayan emitido respecto de la circulación comercial de la mercancía.

Así mismo, las mercancías despachadas desde la Unión Europea hacia Colombia también pueden estar facturadas en un tercer país y para tener derecho a las preferencias arancelarias otorgadas

por Colombia a la UE y sus Estados miembros deben cumplir los requisitos de origen previstos en los Acuerdos Comerciales arriba mencionados. Para solicitar la expedición del certificado de circulación de mercancías (EUR.1) se deberá presentar los documentos justificativos, entre otros, las facturas que se refieren a los productos empleados en la fabricación. De otro lado, si se utiliza una declaración en factura del exportador de la Unión Europea, ésta puede estar acompañada de la factura emitida por un tercero proveedor.

En cuanto a los términos “nota de entrega” y “cualquier otro documento comercial”, el Acuerdo con la UE no los define, pero el contexto en el que aparecen dispone que ellos “describan los productos en cuestión con suficiente detalle para hacer posible su identificación”. En ese sentido, se entiende que ese es el elemento esencial para los documentos con los que se pueda cumplir el requisito de insertar la nota del exportador, cuyo texto aparece en el Apéndice 4 del Anexo II del Acuerdo.

Conclusión

Para importar mercancías a Colombia y acogerse a las preferencias arancelarias, es necesario determinar las distintas situaciones de importaciones, y en cumplimiento de los requisitos de origen previstos en los Acuerdos Comerciales



Concepto

- Título:** Activación del artículo 64.2 del Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio
- Fecha:** 24 de febrero de 2015
- Problema Jurídico:** ¿Cuál es el alcance jurídico que podría tener la aplicación del artículo 64.2, teniendo en cuenta la falta de jurisprudencia al respecto y las posibles contradicciones que existirían entre la aplicación del mencionado artículo y los objetivos y fines del Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (en adelante ADPIC)?
- Regla:** Artículo 64.2 ADPIC

Concepto:

De acuerdo a las competencias de esta Oficina, los comentarios que relacionamos a continuación, abordarán únicamente la discusión desde el ámbito jurídico, más no político. En esta respuesta no se pretende dar lineamientos políticos a la discusión, ni tampoco proponer una alternativa de negociación al conflicto que parece generar este asunto. Por el contrario, con este concepto se pretende dar luces sobre el alcance jurídico que podría tener la aplicación del artículo 64.2, teniendo en cuenta la falta de jurisprudencia al respecto y las posibles contradicciones que existirían entre la aplicación del mencionado artículo y los objetivos y fines del Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Así mismo, esta Oficina manifiesta que el presente análisis se circunscribe únicamente al ámbito del Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, y que dicho análisis no se puede hacer extensivo a otros Acuerdos abarcados por la OMC, ya que este tipo de análisis debe hacerse caso por caso.

Antes de realizar el análisis jurídico, esta Oficina manifiesta que está de acuerdo con la actualización del documento relativa a la jurisprudencia que se ha emitido con posterioridad a la versión original del mismo.

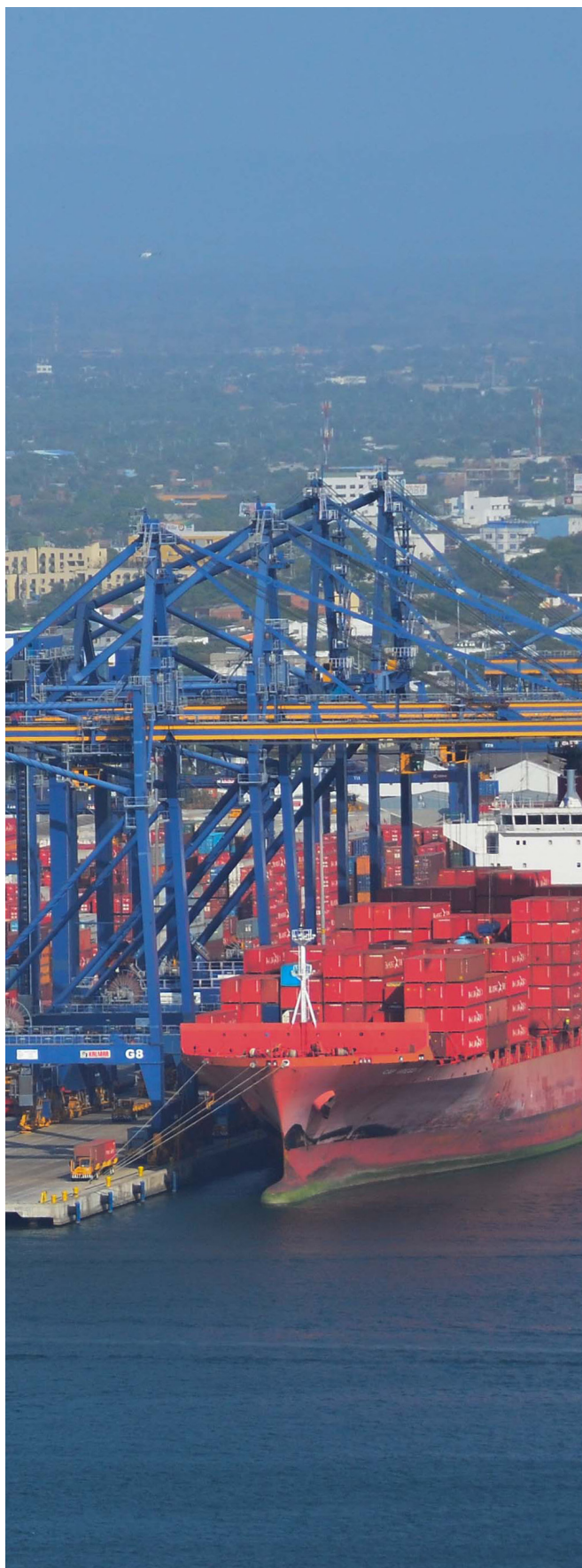
A continuación se procederá con el análisis jurídico bajo los parámetros antes mencionados:

El artículo 64.2 del Acuerdo sobre Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) establece:

2. Durante un período de cinco años contados a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, para la solución de las diferencias en el ámbito del presente Acuerdo no serán de aplicación los párrafos 1 b) y 1 c) del artículo XXIII del GATT de 1994.

El artículo XXIII:1 b) del GATT de 1994 le otorga la posibilidad a los Miembros de iniciar acciones en contra de medidas, contrarias o no a otras disposiciones de la OMC, que anulen o menoscaben los derechos de otros Miembros. De acuerdo a la jurisprudencia que existe hasta el momento, al artículo XXIII:1 b) se le ha dado el alcance de una acción por anulación o menoscabo cuando no hay infracción de otra disposición de la OMC.

Por lo tanto, la discusión de la conveniencia de activar el artículo 64.2 del ADPIC, se centra



en la posibilidad de permitir qué medidas que están alineadas con todas las obligaciones de la OMC, puedan ser de todas maneras contrarias al ADPIC por generar anulación y menoscabo de los derechos de los otros Miembros.

Así las cosas, en el presente escrito se desarrollarán las siguientes ideas que pretenden dar luces sobre este asunto: primero, se estudiará el objeto y fin del artículo 64.2 del ADPIC a la luz de los objetivos y fines de dicho Acuerdo para así determinar qué tanto alcance puede tener ese artículo frente a los objetivos del ADPIC; segundo, se analizará la jurisprudencia del artículo XXIII:1b) del GATT de 1994, para así entender el alcance que tiene dicha acción, como también identificar los vacíos de esta jurisprudencia que pueden generar riesgos; tercero, se hará un breve análisis de la práctica de negociación en los Acuerdos Comerciales suscritos y vigentes por Colombia, para así determinar qué es lo común y; finalmente, se harán unas breves conclusiones.

A) Identificación del objeto y fin del acuerdo sobre los ADPIC

Con el fin de determinar el alcance del párrafo 2 del artículo 64 del ADPIC, es necesario realizar un ejercicio interpretativo del mencionado artículo a la luz de su objeto y fines, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT).

El artículo 31 de la CVDT prevé la regla general de interpretación de los tratados internacionales, en el entendido 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 estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”*.

A continuación se determinarán el objeto y fin del ADPIC, para posteriormente interpretar el párrafo 2 del artículo 64 del mencionado acuerdo a la luz del objeto y fin identificados.

El ADPIC es uno de los acuerdos abarcados por

el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC y su objeto y fin se deriva de tres fuentes principales a saber: i) las negociaciones previas al GATT de 1994; ii) las disposiciones de su Preámbulo y; iii) las disposiciones de los artículos 7 y 8 del ADPIC.

I. Negociaciones previas al GATT de 1994

La inclusión de las disciplinas sobre propiedad intelectual relacionadas con el comercio en el marco del GATT de 1994, se remontan a la Declaración Ministerial de Punta del Este (Uruguay) de 1986, que estableció tres mandatos principales para el desarrollo de las negociaciones sobre las mencionadas disciplinas, a saber:

- 1) La clarificación de las disposiciones del Acuerdo General y la elaboración, según proceda, de nuevas normas y disciplinas relacionadas con la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual, velando porque las medidas y los procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan en obstáculos al comercio legítimo.
- 2) La elaboración de un marco multilateral de principios, normas y disciplinas en relación con el comercio internacional de mercancías falsificadas
- 3) Iniciativas complementarias que se puedan tomar en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) o en cualquier otro foro para tratar de resolver estas cuestiones.¹

Tomando como referencia el mandato de la Declaración Ministerial de Punta del Este, los países involucrados en la negociación identificaron como objetivos, de lo que posteriormente sería el ADPIC, los siguientes: i) fomentar una protección eficaz y adecuada a los derechos de propiedad intelectual;

ii) velar porque las medidas y procedimientos para hacer respetar dichos derechos no se convirtieran en obstáculos al comercio legítimo; iii) elaborar un marco de normas y principios para luchar contra el comercio internacional de mercancías falsificadas y iv) establecer un marco institucional para resolver las cuestiones sobre propiedad intelectual.

No obstante lo anterior, dichos objetivos fueron perfeccionados en el desarrollo de las negociaciones previas al GATT de 1994. Es así como, producto de las rondas de Montreal y Ginebra, se extendieron dichos objetivos a la provisión de medios efectivos y ágiles para la prevención y solución de controversias entre gobiernos, incluyendo la aplicabilidad de los procedimientos del GATT de 1947, entre otros.

En conclusión, el objeto y fin del ADPIC identificado en la declaración de Punta del Este de 1986, se debe aplicar en el sentido que las disposiciones del Acuerdo deberían: i) proteger eficaz y adecuadamente los derechos de propiedad intelectual, sin que dicha protección afecte el comercio legítimo, ii) luchar contra el comercio internacional de mercancías falsificadas y; iii) articular la institucionalidad frente a cuestiones de propiedad intelectual entre la OMPI y lo que posteriormente sería la OMC.

II. El Preámbulo del ADPIC

Tal como lo han establecido los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC, al aplicar las normas de interpretación del artículo 31 de la CVDT, el objeto y fin del Acuerdo se encuentra a lo largo su texto, incluyendo un análisis del Preámbulo, y teniendo en cuenta su carácter relevante para la construcción de un contexto armónico entre las obligaciones y los derechos allí desarrollados.

El principal objeto y fin explícito del ADPIC, se encuentra consagrado en el primer considerando del Preámbulo, el cual recoge en esencia el mandato de la Declaración Ministerial de Punta del Este, a saber:

¹ Declaración Ministerial de Punta del Este, 20 de Septiembre de 1986

“Deseos de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo.”

En desarrollo del mencionado objeto y fin, el Preámbulo reconoce entre otros: i) que **los derechos de propiedad intelectual son derechos privados**; ii) la necesidad de establecer procedimientos eficaces y ágiles para la prevención y **solución multilateral de diferencias** y; iii) las necesidades especiales de los países menos adelantados Miembros por lo que se refiere a la aplicación, a nivel nacional, de las leyes y reglamentos con la **máxima flexibilidad requerida** para que esos países estén en condiciones de crear una base tecnológica sólida y viable.

De otro lado, el preámbulo **insiste** en la importancia de reducir las tensiones mediante el logro de **compromisos más firmes para resolver, por medio de procedimientos multilaterales, las diferencias sobre cuestiones de propiedad intelectual** relacionadas con el comercio.

El ADPIC, frente a la solución de diferencias entre los Miembros, prevé como objeto y fin, primero, proveer procedimientos eficaces y ágiles y, segundo, establecer compromisos más firmes para resolver las diferencias sobre propiedad intelectual. Es necesario resaltar, por un lado, que la primera finalidad mencionada sobre los procedimientos de solución de diferencias, se debe guiar por medio del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC (en adelante ESD), que en su artículo 3.2 dispone:

3.2. El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de

comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

Por lo tanto, las diferencias que involucren la aplicación del ADPIC deben desarrollarse en el marco del elemento esencial de seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio, al ser el mecanismo de Solución de Diferencias, el procedimiento diseñado para la prevención y solución de cuestiones sobre propiedad intelectual relacionadas con el comercio.

Por otro lado, respecto de la segunda finalidad del ADPIC, en materia de solución de diferencias, es necesario resaltar que el espíritu del acuerdo es que los miembros resuelvan, a través de compromisos más firmes, las diferencias sobre propiedad intelectual relacionados con el comercio. Es decir, que con el ánimo de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual, los miembros desean resolver sus diferencias con compromisos que desarrollen sus obligaciones en el marco del ADPIC.

En resumen, el objeto y fin del ADPIC derivado del Preámbulo, comprende “la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual”² que no se convierta en un obstáculo al comercio, teniendo en cuenta que dichos derechos son de carácter privado y que la solución de diferencias sobre las cuestiones de propiedad intelectual se debe resolver a través del logro de compromisos más firmes por medio de procedimientos multilaterales.

² Informe del Órgano de Apelación, India – Patentes DS50, par. 57

III. Artículos 7 y 8 del ADPIC como objeto y fin

Adicionalmente, como ha sido reconocido por la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, en el marco de la Conferencia Ministerial de Doha del 14 de Noviembre de 2001, "al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios³. Los objetivos y principios de dicho acuerdo, se encuentran consagrados en sus artículos 7 y 8, a continuación descritos:

Artículo 7 Objetivos

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.

Artículo 8 Principios

1. Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.

2. Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad

intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.

En palabras del Órgano de Solución de Diferencias, "estos principios responden al hecho de que en general el Acuerdo no prevé que se concedan derechos positivos para explotar o utilizar una determinada materia, sino que prevé que se concedan derechos negativos para impedir determinados actos."⁴ Razón por la cual, es posible afirmar que dicha capacidad para impedir determinados actos, que fomente una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual, es instrumento suficiente que brinda seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio.

En conclusión, los artículos 7 y 8 del ADPIC, propenden por alcanzar un equilibrio entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y las políticas socioeconómicas de cada Miembro, en donde las flexibilidades contenidas en el Acuerdo juegan un papel fundamental para ajustar los derechos de propiedad intelectual y mantener el equilibrio deseado.

En vista de lo anterior, es necesario analizar los alcances que tendría la aplicación del artículo 64.2 del ADPIC a la luz de su objeto y fin. Por lo tanto, se procederá a analizar la obligación del artículo 64.2 mencionado, en el marco del artículo XXIII 1 b) del GATT de 1994, para luego precisar la coherencia entre el artículo 64.2 y los objetivos y fines del ADPIC.

B) Alcances del artículo xxiii:1 B) del gatt de 1994 de acuerdo a la jurisprudencia disponible

El Artículo XXIII:1 del GATT de 1994 establece lo siguiente:

³ Declaración Relativa al Acuerdo Sobre Los ADPIC y la Salud Pública, Conferencia Ministerial de Doha, adoptada el 14 de Noviembre de 2001, parágrafo 5 a)

⁴ Informe del Grupo Especial, Comunidades Europeas - Protección De Las Marcas De Fábrica O De Comercio Y Las Indicaciones Geográficas En El Caso De Los Productos Agrícolas Y Los Productos Alimenticios, par. 7.246.

Artículo XXIII: Anulación o menoscabo

1. En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

- a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; o*
- b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o*
- c) que exista otra situación,*

Dicha parte contratante podrá, con objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda parte contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas.

Este artículo tiene como propósito establecer los parámetros y lineamientos que debe seguir un miembro cuando considere que los beneficios adquiridos en virtud del GATT de 1994 estén sufriendo anulación o menoscabo por las acciones de otro Miembro. De tal forma, el artículo citado establece las tres razones que pueden llevar a un Miembro a considerar que sus beneficios están sufriendo anulación o menoscabo. A saber, puede ocurrir anulación y menoscabo de los beneficios de alguno de los Miembros cuando otro: i) adopte medidas que no cumplan con sus obligaciones bajo el GATT de 1994; ii) adopte medidas que sean o no contrarias a las disposiciones del Acuerdo OMC o iii) que exista otra situación.

En el análisis que nos compete, nos concentraremos en las medidas adoptadas que pueden ser o no

contrarias a las disposiciones del GATT de 1994, y que, sin embargo, le generan una anulación o menoscabo a los beneficios de otro Miembro, es decir lo previsto en el artículo XXIII:1 b). Al interpretar la relación entre los subpárrafos a) y b) de este artículo, el Órgano de Apelaciones dijo:

W En el párrafo 1 a) se establece una base jurídica para formular una alegación en el sentido de que un Miembro no ha cumplido una o varias de las obligaciones que ha contraído en virtud del GATT de 1994.

Por lo tanto, una alegación basada en el párrafo 1 a) del artículo XXIII está fundada cuando un Miembro ha actuado de manera incompatible con una disposición del GATT de 1994. En el párrafo 1 b) del artículo XXIII se establece un fundamento diferente para hacer una alegación en el sentido de que, a consecuencia de la aplicación de una medida, “contraria o no a las disposiciones” del GATT de 1994, un Miembro ha “anulado o menoscabado” “ventajas” resultantes para otro Miembro. Por consiguiente, de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo XXIII, no es necesario demostrar que la medida en cuestión es incompatible con una disposición del GATT de 1994 o que la infringe. Por este motivo, los asuntos basados en el párrafo 1 b) del artículo XXIII se denominan a veces asuntos planteados “en casos en que no hay infracción de disposiciones”; sin embargo, señalamos que la expresión “casos en que no hay infracción de disposiciones” no aparece en esta disposición. La finalidad de este recurso, bastante inusitado, fue descrita por el Grupo Especial que entendió en el asunto Comunidad Económica Europea - Primas y subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal (“Comunidad Económica Europea - Semillas oleaginosas”) en los siguientes términos:

La idea [...] subyacente [a las disposiciones del párrafo 1 b) del artículo XXIII] es que la

*mejora de las posibilidades de competencia que cabe legítimamente esperar de una concesión arancelaria puede verse frustrada no sólo por medidas contrarias al Acuerdo General sino también por medidas compatibles con este instrumento. Para animar a las partes contratantes a otorgar concesiones arancelarias debe por tanto concedérseles el derecho a buscar resarcimiento cuando otra parte contratante menoscabe una concesión recíproca a consecuencia de la aplicación de cualquier medida compatible o no con el Acuerdo General (sin cursivas en el original)*⁵ //

En otras palabras, cuando los Miembros adoptan medidas que son coherentes con la letra y las obligaciones de los Acuerdos de la OMC, casi siempre, esas medidas serán coherentes con el espíritu de esos Acuerdos. Sin embargo, puede haber ocasiones en las que una medida que se adopta de conformidad con las obligaciones de un Acuerdo, no sea compatible con el espíritu de otro acuerdo, lo que quiere decir que frustran las oportunidades de competencia, que son al fin y al cabo el objetivo de adquirir esos compromisos⁶.

Adicionalmente, la acción contenida en el artículo XXIII:1 b) ha sido interpretada como un desarrollo del principio de buena fe contenido en el artículo 26 de la CVDT. Este artículo describe el principio general del derecho *pacta sunt servanda* todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. La premisa básica de esta disposición es que los Miembros no deben tomar medidas que, aunque sean compatibles con la letra del tratado, puedan servir para socavar las expectativas razonables de los interlocutores en la negociación. Es así como la doctrina sobre casos no basados en infracción va más allá del mero respeto del objeto y fin del tratado, tal como se expresan

en su letra, y pretende otorgar una protección más que formal de esas concesiones. Lo anterior quiere decir que las disposiciones vigentes (es decir, las concesiones) deben respetarse teniendo en cuenta su efecto material en las posibilidades competitivas⁷.

Desde su constitución en 1994, en el ámbito de la OMC, se han presentado 8 controversias que versan sobre el artículo XXIII:1 b)⁸. De estos 8 casos, solo 49 avanzaron lo suficiente para que se adoptara un informe en el cual el grupo especial o el Órgano de Apelación se pronunciara de fondo sobre los elementos y alcance del artículo XXIII:1 b).

El primer caso, y tal vez el más citado, que desarrolla los elementos de la obligación es el caso DS44 Japón — Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo. En ese caso, Estados Unidos argumentó que las medidas adoptadas por el Japón que afectaban al mercado de las películas y el papel fotográfico, anulaban y menoscababan los derechos de los Estados Unidos bajo el GATT.

Lo primero que resulta relevante recordar es que el Grupo Especial, haciendo alusión a los 810 casos

⁷ Informe del Grupo Especial en el caso Corea- Medidas que afectan a la contratación pública, WT/DS163/R para 7.95.

⁸ DS44, DS52, DS135, DS172, DS173, DS369, DS384, DS400

⁹ Japón-Películas DS44; CE-Amianto DS135; Estados Unidos- Medidas que afectan el Etiquetado DS384 y CE- Productos derivados de las focas DS400. Adicionalmente, bajo el Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública, se adelantó el caso Corea-Medidas relativas a la contratación pública DS163.

¹⁰ Report of the Working Party on Australian Subsidy on Ammonium Sulphate, adopted on 3 April 1950, BISD II/188; Panel Report on Treatment by Germany of Imports of Sardines ("Germany - Sardines"), G/26, adopted on 31 October 1952, BISD 1S/53; Uruguayan Recourse, adopted on 16 November 1962, BISD 11S/95; Panel Report on EC - Tariff Treatment on Imports of Citrus Products from Certain Countries in the Mediterranean Region ("EC - Citrus Products"), GATT document L/5576, dated 7 February 1985 (no adoptado); Panel Report on EEC - Production Aids Granted on Canned Peaches, Canned Pears, Canned Fruit Cocktail and Dried Grapes ("EEC - Canned Fruit"), GATT document L/5778, dated 20 February 1985 (no adoptado); Japan -Semi-conductors, adopted on 4 May 1988, BISD 35S/116; EEC - Oilseeds, adopted on 25 January 1990, BISD 37S/86; United States - Agricultural Waiver, adopted on 7 November 1990, BISD 37S/228);

⁵ Informe del Órgano de Apelaciones en el caso WT/DS135/AB/R Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto. Párrafo 185.

⁶ Informe del Grupo Especial en el caso Corea- Medidas que afectan a la contratación pública, WT/DS163/R para 7.99.

que se adelantaron en el GATT del 47, distintos a los 8 casos que se han adelantado bajo el GATT de 1994, sobre el presente asunto, confirmó la necesidad de adoptar un enfoque prudente respecto de la acción por anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones y consideró que ese concepto es excepcional¹¹.

Los tres elementos de la acción por anulación y menoscabo sin infracción de disposiciones son: i) la aplicación de una medida por un Miembro de la OMC; ii) una ventaja resultante del acuerdo pertinente; y iii) la anulación o menoscabo de la ventaja a consecuencia de la aplicación de la medida¹².

I. Aplicación de una medida

En cuanto al primer requisito, al analizar el concepto de “medida” bajo el párrafo 1 b) del artículo XXIII, se debe tener en cuenta que abarca las leyes o reglamentos publicados por un gobierno, pero, su alcance es más amplio e incluye otros actos del Gobierno distintos de la publicación

de normas legalmente exigibles. Sin embargo, este término no es lo suficientemente amplio como para considerar que cualquier declaración de un funcionario público o cualquier estudio preparado por una institución no gubernamental a instancia del gobierno o con cierto grado de apoyo del mismo, constituya una medida adoptada por un Miembro¹³. Dice el informe del Grupo Especial:

W 10.49 Concretamente, [no debe] aplicarse [una] definición a la cual es necesario que una medida proporcione una ventaja o imponga una obligación jurídicamente vinculante o que su contenido equivalga al de una obligación jurídicamente vinculante, para delimitar lo que puede constituir una medida en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII. [...] no es necesario que una política o un acto gubernamental tengan una naturaleza sustancialmente vinculante u obligatoria para que sea probable que los particulares se atengan a ella en una forma que anule o menoscabe expectativas legítimas de ventajas incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 b) del artículo XXIII. De hecho, es evidente que actos no vinculantes, que incluyan incentivos o desincentivos suficientes para que

¹¹ Informe del Grupo Especial Japón-Películas. Para 10.36

¹² CEE - Semillas oleaginosas, IBDD 37S/93, párrafos 142 a 152; Australia - Subvenciones al sulfato amónico, BISD II/188, páginas 192-193 del texto inglés.

¹³ Informe del Grupo Especial en el caso Japón-Películas, para 10.43



los particulares actúen de una determinada manera, pueden tener efectos desfavorables en las condiciones de competencia en la esfera del acceso a los mercados.¹⁴ //

Por lo tanto, es importante resaltar que el ámbito de cobertura del párrafo 1 b) del artículo XXIII, se debe entender como más amplio que el ámbito de cobertura del concepto de “medida” del resto del GATT; que las medidas que se encuentran cubiertas por el ámbito de aplicación del artículo XXIII:1 (b) incluyen medidas que no regulan aspectos comerciales y que pueden encontrarse en el ámbito de aplicación del artículo de Excepciones Generales 15; y que también entran bajo el ámbito de aplicación del citado artículo medidas que pueden ser contrarias a otras disposiciones de otros Acuerdos de la OMC¹⁶.

II. Ventaja resultante de otros Acuerdos OMC

El segundo elemento, que se debe analizar es la existencia de una ventaja resultante para un Miembro de la OMC del acuerdo correspondiente (en este caso, el GATT de 1994). Para estudiar este segundo elemento, se debe tener en cuenta que la medida tenga el efecto de perturbar la relación de competencia de los productos del Miembro demandante y que ese Miembro no hubiera podido prever razonablemente la adopción de esa medida al momento de negociar las diversas concesiones arancelarias o ventajas que abarcan los productos de que se trata.

En la mayoría de casos analizados hasta el momento en el marco del GATT, la ventaja bajo estudio ha sido la expectativa legítima de mejores oportunidades de acceso a los mercados derivada

de las concesiones arancelarias correspondientes. De esos mismos casos, se desprende que para que las expectativas sean legítimas es necesario que se tengan en cuenta todas las medidas del Miembro que haga la concesión, que podrían haberse previsto razonablemente en el momento de la concesión. En consecuencia, le corresponde al Miembro reclamante demostrar la existencia de esa ventaja resultante.

Especial énfasis se le ha dado a las expectativas legítimas de los Miembros de la OMC al momento de analizar las ventajas resultantes de los Acuerdos de la OMC. De tal manera, en el caso Corea — Medidas que afectan a la contratación pública, el Grupo Especial estableció que un elemento adicional en el examen de las ventajas, es que la anulación o menoscabo de la ventaja a consecuencia de la medida, debe chocar con las expectativas razonables del Miembro reclamante en el momento de concertarse el acuerdo. Por tanto, las reclamaciones no basadas en infracción de disposiciones requieren determinar si existe anulación o menoscabo de la ventaja a consecuencia de la aplicación de la medida que el Miembro exportador no hubiera podido razonablemente prever.¹⁷

Es importante resaltar que en este análisis de las expectativas, se tiene que tener en cuenta que parte de las concesiones realizadas por los países al volverse parte del Acuerdo de la OMC, incluyen aceptar la posibilidad de que, en algunos casos, los Miembros adopten medidas que vulneren los derechos de otros Miembros, pero que se encuentran justificadas por buscar perseguir una serie de intereses legítimos. En el caso del GATT de 1994, estos intereses legítimos se encuentran en el artículo XX.

Como se mencionó en el análisis del primer requisito (la aplicación de una medida por un Miembro de la OMC), los grupos especiales han

¹⁴ Informe del Grupo Especial en el caso de Japón-Películas 10.49

¹⁵ Informe del Órgano de Apelaciones en el caso Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/AB/R para 188-189

¹⁶ Informe del Órgano de Apelaciones en el caso Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/AB/R para 187.

¹⁷ Informe del Grupo Especial en el caso Corea- Medidas que afectan a la contratación pública, WT/DS163/R para 7.85-7.86.

reconocido que las medidas que se encuentran en el ámbito de aplicación del artículo XX, es decir aquellas medidas que se adoptan con el fin de proteger unos intereses no comerciales, también se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo XXIII, gracias a la interpretación amplia que se le ha dado al ámbito de esa disposición. Sin embargo, el Grupo Especial que reconoce esa posibilidad, llega a la conclusión de que las situaciones reguladas por el artículo XX justifican, dada la importancia que les ha concedido a priori el GATT de 1994 en relación con las normas por las que se rige el comercio internacional, que se haga recaer una carga de la prueba más estricta en ese contexto sobre la parte que invoca el párrafo 1 b) del artículo XXIII, en particular en lo que se refiere a la existencia de expectativas legítimas y al hecho de que el Decreto podía preverse razonablemente¹⁸.

La discusión no se encuentra del todo cerrada, pero en el caso de CE-Amianto, el Grupo Especial reconoce la posibilidad que una medida que se encuentra en el ámbito de aplicación del artículo XX (medidas encaminadas a proteger ciertos intereses de política pública, distintos a la liberalización del comercio) pueden también encontrarse en el ámbito de aplicación del Artículo XXIII¹⁹.

Lo anterior puede llegar a ser contradictorio, ya que uno supone que si la medida está justificada bajo el artículo XX, no sería coherente que pudiera ser demandada por el XXII:1 b). Sin embargo, se está analizando únicamente el ámbito de aplicación. Es decir, que medidas de política pública que se adoptan con el fin de proteger los intereses reconocidos en el Artículo XX del GATT, también pueden llegar a ser contrarias al “espíritu” de ese Acuerdo, razón por la cual pueden ser demandadas por los Miembros bajo el XXIII:1 b).

¹⁸ Informe del Grupo Especial en el caso Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/R para. 8.282.

¹⁹ Ibidem para 8.283-2.303.

Ahora, en la etapa del análisis que nos compete en este momento, ventajas otorgadas por los acuerdos, lo que dijo el Grupo Especial es que como parte del análisis deben tenerse en cuenta las expectativas legítimas de los Miembros. Es así como, las medidas adoptadas, para que realmente generen una pérdida de las ventajas, no pueden haber sido anticipadas por el Miembro demandante. En otras palabras, cuando la medida genera una violación del Artículo XXIII:1 b), no es posible que sea una medida que de alguna manera haya podido ser prevista por el Miembro que la demanda.²⁰

Para efectos de la discusión entre medidas que se encuentran bajo el ámbito de aplicación del artículo XX y del artículo XXIII:1 b), como sí es previsible que un Miembro adopte medidas para salvaguardar intereses de política pública, como los enunciados en el Artículo XX, el estándar de prueba para demostrar que esas medidas son reclamaciones por anulación y menoscabo sin infracción de disposiciones, debe ser más alto. Esto es así, porque los Miembros razonablemente pudieron haber anticipado que otro Miembro adoptaría ese tipo de medidas amparado en el artículo XX del GATT de 1994.

III. Nexo causal

El tercer elemento que debe analizarse para determinar si procede la acción de anulación y menoscabo sin infracción de disposiciones es el nexo causal entre la medida adoptada y la anulación y menoscabo que debe desprenderse de la misma. Es necesario hacer un análisis general de cuatro elementos en relación con la causalidad²¹.

En primer lugar, se tiene en cuenta el grado de causalidad que debe acreditarse. Es decir, si es

²⁰ En los párrafos anteriormente citados del Informe del Grupo Especial en el caso Comunidades Europeas-Amianto, es claro que el estándar probatorio, al discutir si la prohibición total de productos que contienen amianto era previsible o no, es bastante más alto ya que se analiza el contexto político y el direccionamiento de la política de salud en Francia para determinar su previsibilidad.

²¹ Informe del Grupo Especial en el caso de Japón-Películas para. 10.83

necesario que la medida sea “causa necesaria” o se requiere un grado menor. Al respecto, se ha determinado que la medida si debe ser una causa necesaria y cercana al menoscabo y anulación²².

En segundo lugar, la pertinencia de la neutralidad en cuanto al origen de una medida a la realización de una anulación o menoscabo. Es decir, que la medida no sea una medida discriminatoria en términos de origen y, si llegase a serlo, qué tan pertinente es esa discriminación en la generación de una anulación o menoscabo²³.

En tercer lugar, la pertinencia de la finalidad de la medida en la determinación de la relación causal. Aunque las intenciones de un gobierno al momento de adoptar una medida no son siempre relevantes, en el estudio de causalidad del artículo XXIII:1 b) puede resultar pertinente, sobre todo si, por ejemplo, la finalidad de esa medida es una de las permitidas por el artículo de excepciones generales²⁴.

Finalmente, cuando las medidas demandadas son múltiples, resulta relevante analizar el impacto conjunto de todas las medidas para determinar la relación causal entre las mismas y la anulación y el menoscabo²⁵.

IV. Insuficiencia de la jurisprudencia disponible

Hasta el momento, son pocos los casos²⁶ que han abordado la discusión de los elementos de la disposición del artículo XXIII:1 b). Por lo anterior, no hay claridad frente al alcance que tiene cada uno de esos elementos, lo que a su vez genera

incertidumbre entre los Miembros. El desarrollo jurisprudencial hasta el momento, no ha aclarado discusiones, tales como si las medidas que se encuentran justificadas o hacen parte del ámbito de aplicación de los artículos de excepciones generales, como es el artículo XX del GATT, o el XIV del ACGS, o los artículos 13, 17, 26 y 30 del ADPIC, también hacen parte del ámbito de aplicación del artículo XXIII:1 b) del GATT incorporado en el 64.2 del ADPIC.

Lo anterior significa que no hay claridad frente a si las medidas de política pública que buscan proteger intereses como la vida o la salud, pueden de todas maneras ser demandadas bajo los artículos de acciones de anulación y menoscabo sin infracción de disposiciones de otros Acuerdos.

Es así como la falta de jurisprudencia sobre el alcance de estas acciones, genera incertidumbre entre los Miembros y sobre todo puede llegar a vulnerar los derechos de los Miembros en la OMC, al alterar el balance que buscan todos los acuerdos en conjunto, entre la liberalización del comercio y la protección de otros intereses legítimos.

Aunque en ningún caso hasta el momento ha prosperado una demanda bajo el artículo XXIII:1 b), la posibilidad de abrir ese camino en un acuerdo como el ADPIC puede generar poca previsibilidad en el sistema, así como fallas sistémicas de falta de balance entre el comercio exterior y otras políticas públicas.

C) Interpretación del alcance del párrafo 2 del artículo 64 del adpic a la luz de su objeto y fin

La figura consagrada en el artículo XXIII 1 b) del GATT sobre reclamaciones basadas en anulación y menoscabo, le permite a los Miembros adelantar una acción que haga exigibles las ventajas concedidas por otros Miembros, aun cuando las medidas adoptadas por esos otros Miembros, sean conformes con sus obligaciones bajo la OMC, pero aun así, generen distorsiones en las ventajas competitivas concedidas por el GATT. En otras

²² ibídem

²³ ibídem

²⁴ ibídem

²⁵ ibídem

²⁶ Los casos que han tenido un desarrollo sustancial de asunto son: Japón-Películas, Canadá-Amianto y Corea-Medidas que afectan las compras públicas.



palabras, el objetivo del mencionado artículo, es ampliar las opciones de elevar reclamaciones en el marco de la OMC, pretendiendo proteger las expectativas de los Miembros.

Por otro lado, las disposiciones del párrafo 2 del artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC, al tratarse sobre solución de diferencias, debe ser interpretado a la luz del objeto y fin del ADPIC, en el sentido que su aplicación se desarrolle en el marco del elemento esencial de la seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio, y además, que insista en resolver las diferencias sobre las cuestiones de propiedad intelectual relacionadas con el comercio, a través de compromisos más firmes, establecidos en el marco de las relaciones multilaterales. Es decir, que con el ánimo de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual, los miembros deberían resolver sus diferencias mediante compromisos que desarrollen sus obligaciones del ADPIC.

Ahora bien, siguiendo los lineamientos de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación sobre el alcance del artículo XXIII 1 b) del GATT, encontramos que dicha figura, al eventualmente ser aplicada en virtud del artículo 64.2 del ADPIC, presenta serias inconsistencias frente al objeto y fin de dicho Acuerdo, por las siguientes razones:

Primero, el hecho que el alcance del artículo XXIII 1 b) del GATT sea más amplio e incluya otros actos del Gobierno distintos de la publicación de normas legalmente exigibles, para la determinación de las medidas por las cuales se pueden elevar este tipo de reclamos, presenta incoherencias entre los acuerdos abarcados de la OMC, pues permite que las obligaciones que un Miembro de la OMC ha acordado aceptar como un todo único (por ejemplo, el GATT o el AGCS), puedan ser cuestionadas, sobre la base de que podría anular o menoscabar ventajas en otra área (por ejemplo, el Acuerdo sobre los ADPIC). La mencionada situación, contraría el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC, en el entendido que dicha incoherencia y amplitud en la determinación de la medida objeto

de reclamación, vulnera el elemento esencial de seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio, establecido en el artículo 3.2 del ESD.

En segundo lugar, el hecho de que la premisa básica del artículo XXIII 1 b) del GATT, sea que los Miembros no deben tomar medidas que, aunque sean compatibles con la letra del tratado, puedan servir para socavar las expectativas razonables de los interlocutores en la negociación; permite afirmar que la aplicación de dicha disposición, en el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, vulnera el objeto y fin del tratado, en el entendido que las expectativas a proteger, son i) difícilmente determinables; ii) pretenden otorgar una protección que va más allá de las obligaciones consentidas por los Estados de acuerdo a la CVDT y; iii) no preservan los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados de la OMC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.2 del ESD.

En tercer lugar, el hecho de que el ámbito de cobertura del párrafo 1 b) del artículo XXIII, se deba entender como más amplio que el ámbito de cobertura del concepto de “medida” del resto del GATT; y que las medidas que se encuentran cubiertas por el ámbito de aplicación del artículo XXIII:1 (b) incluyan medidas que no regulan aspectos comerciales y que pueden encontrarse en el ámbito de aplicación del artículo de Excepciones Generales o en otros Acuerdos²⁷, contraría el objeto y fin de Acuerdo sobre los ADPIC, en el entendido que el Acuerdo “no prevé que se concedan derechos positivos para explotar o utilizar una determinada materia, sino que prevé que se concedan derechos negativos para impedir determinados actos.”²⁸

Por lo tanto, se imposibilita la aplicación del artículo

XXIII 1 b) en el marco del ADPIC, dado que las medidas adoptadas en dicho acuerdo versan sobre derechos negativos para impedir determinados actos y no sobre derechos positivos o excepciones que generen situaciones de anulación o menoscabo en relación a otros Acuerdos abarcados de la OMC.

D) Política de Colombia en materia de admitir reclamos por anulación y menoscabo en temas de propiedad intelectual y sus consecuencias

Si se analiza la práctica de Colombia en la negociación de Acuerdos Comerciales con capítulos de propiedad intelectual, se puede corroborar que en la mayoría de los casos **no se negocia en estos capítulos la posibilidad de adelantar reclamos por anulación y menoscabo de ventajas sin infracción**. Lo anterior responde a las preocupaciones y reservas que puede generar permitir dichas acciones. El único caso en el cual se permiten reclamaciones por anulación y menoscabo sin infracción es en el Acuerdo Comercial con los Estados Unidos, que en el artículo 21. 2: Ámbito de Aplicación (Solución de Controversias) establece:

1. Salvo que en este Acuerdo se disponga otra cosa, las disposiciones para la solución de controversias de este Capítulo se aplicarán a la prevención o a la solución de las controversias entre las Partes relativas a la interpretación o aplicación de este Acuerdo, o cuando una Parte considere que:

c) un beneficio que la Parte razonablemente pudiera haber esperado recibir bajo el Capítulo Dos (Trato Nacional y Acceso a Mercados de Bienes), Tres (Textiles y Vestido), Cuatro (Reglas de Origen y Procedimientos de origen), Nueve (Contratación Pública), Once (Comercio Transfronterizo de Servicios) o Dieciséis (Propiedad Intelectual) esté siendo anulado o menoscabado como resultado de una medida de otra Parte que no es incompatible con este Acuerdo. Ninguna de las Partes podrá invocar

²⁷ Informe del Órgano de Apelaciones en el caso Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/AB/R para 188-189

²⁸ Informe del Grupo Especial, Comunidades Europeas - Protección De Las Marcas De Fábrica O De Comercio Y Las Indicaciones Geográficas En El Caso De Los Productos Agrícolas y Los Productos Alimenticios, para. 7.246.

este subpárrafo con respecto a un beneficio bajo el Capítulo Once (Comercio Transfronterizo de Servicios) o Dieciséis (Propiedad Intelectual) si la medida es objeto de una excepción bajo el Artículo 22.1 (Excepciones Generales).

Si bien este es el único Acuerdo en el que Colombia permite que se adelante una controversia por anulación y menoscabo en el área de la propiedad intelectual, la forma en la que se encuentra redactada la citada disposición, mitiga el riesgo de generar incertidumbre al cerrar la posibilidad de adelantar una controversia por anulación y menoscabo, cuando la medida sea objeto de una excepción del Acuerdo.

Frente a la razón por la cual se negoció esta disposición de esa manera, es importante anotar que los balances alcanzados en el nivel multilateral son muy distintos a los que se encuentran en los tratados bilaterales, puesto que los dos regímenes legales son independientes, por ello Colombia tiene divergencia entre la aplicación de esta figura en el tratado comercial con EEUU y la aplicación del acuerdo sobre los ADPIC.

Conclusión

En conclusión, teniendo en cuenta la poca jurisprudencia que hay al respecto y los vacíos que ésta ha dejado frente a asuntos importantes, permitir reclamos por anulación y menoscabo sin

infracción de disposiciones en el ADPIC, podría generar un riesgo considerablemente alto de desestabilizar el balance entre las políticas que puede adoptar un Miembro y la liberalización del comercio a la que dicho Miembro se comprometió.

Así mismo, habría una alta probabilidad de vulnerar el principio de previsibilidad que se encuentra consagrado en el preámbulo del ADPIC y de generar incertidumbre frente al alcance de los compromisos adquiridos por cada Miembro en el ADPIC.

Cabe resaltar, como se hizo en la primera parte del que presente concepto, que de acuerdo a las competencias de esta Oficina, los comentarios abordaron únicamente la discusión desde el ámbito jurídico, más no político. Pues esta respuesta no pretende dar lineamientos políticos a la discusión, ni tampoco proponer una alternativa de negociación al conflicto que parece generar este asunto.

Por el contrario, con este concepto se pretendió dar luces sobre el alcance jurídico que podría tener la aplicación del artículo 64.2, teniendo en cuenta la falta de jurisprudencia al respecto y las posibles contradicciones que existirían entre la aplicación del mencionado artículo y los objetivos y fines del Acuerdo sobre los ADPIC. Así mismo, esta Oficina reitera que el presente análisis se circunscribió únicamente al ámbito del Acuerdo sobre los ADPIC, y que dicho análisis no se puede hacer extensivo a otros Acuerdos abarcados por la OMC, ya que este tipo de análisis debe hacerse caso por caso.

Concepto

- Título:** Memorando de Entendimiento sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias entre Colombia y Perú
- Fecha:** 20 de marzo de 2015
- Problema Jurídico:** Revisión de la propuesta de memorando de entendimiento sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) entre Colombia y Perú, preparado en el marco de la Declaración de Iquitos del 30 de septiembre de 2014.
- Regla:** Decisión 328 y 515 de la Comunidad Andina
- Concepto:**

I) Viabilidad del Memorando de Entendimiento sobre MSF en el marco de la Comunidad Andina

El Memorando de Entendimiento es viable en el marco de las obligaciones contraídas por el Estado Colombiano en la Comunidad Andina, por las siguientes razones:

Las normas sobre medidas sanitarias y fitosanitarias aplicables a los países signatarios del Acuerdo de Cartagena, como lo son Perú y Colombia, se encuentran establecidas en las Decisiones 328 y 515 de la Comisión de la Comunidad Andina. Dichas decisiones establecen el marco jurídico andino aplicable a MSF (artículo 1, Decisión 515).

A su vez, el artículo 6 de la Decisión 515, establece el Comité Técnico Andino de Sanidad Agropecuaria, que tiene “carácter permanente y estará encargado de emitir opinión técnica no vinculante en el ámbito de los temas de la **sanidad animal y vegetal**, y de asesorar a la Comisión o a la Secretaría General para un mejor desempeño de sus actividades”. No obstante, la existencia del mencionado comité, no existe mención alguna a la prohibición de establecer un comité sobre MSF bilateral entre los Estados miembros de la Comunidad Andina.

Por el contrario, el artículo 23 de la Decisión 515, prevé la posibilidad de celebrar Acuerdos Bilaterales

entre los Países Miembros sobre MSF, siempre y cuando sean concordantes con el ordenamiento jurídico andino y sean puestos en conocimiento de la Secretaría General de la Comunidad Andina a saber:

Artículo 23.- Los Acuerdos Bilaterales que adopten los Países Miembros entre sí sobre temas sanitarios y fitosanitarios deberán ser concordantes con el ordenamiento jurídico andino y ser puestos en conocimiento de la Secretaría General antes de cumplirse treinta (30) días calendario desde la fecha de entrada en vigencia. La Secretaría General los hará del conocimiento de los restantes Países Miembros.

En conclusión, la suscripción por parte del Estado colombiano de un memorando de entendimiento entre las autoridades competentes de los dos países, sobre MSF, sería viable en el marco de la Comunidad Andina, toda vez que no contraría disposición alguna existente sobre MSF; siempre y cuando el contenido de dicho memorando, no implique obligaciones diferentes a las pactadas en el ordenamiento jurídico andino y sea debidamente comunicado a la Secretaría General antes de cumplirse los 30 días de su entrada en vigor.

II) La Creación del Comité MSF bajo el Memorando de Entendimiento

En vista que la intención de las partes que suscriben el Memorando de Entendimiento es la creación de un comité MSF bilateral entre Colombia y Perú, es necesario definir el alcance del instrumento internacional que se plantea, así como nuestras consideraciones al respecto:

De acuerdo a la “Guía Jurídica de Instrumentos Internacionales y Acuerdo Interadministrativos” del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, un memorando de entendimiento se define como:

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO: *Un acuerdo en forma simplificada en el cual se incluyen **compromisos de menor entidad o que desarrollan instrumentos pre-existentes**. Se utiliza mucho también para los llamados convenios o acuerdos interinstitucionales.*

De lo anterior, podemos afirmar que la naturaleza de un memorando de entendimiento puede ser,

la de incluir “compromisos de menor entidad”, que pueden ser definidos como aspiraciones o compromisos generales de cooperación, y por otro lado, puede incluir “el desarrollo de instrumentos pre-existentes”, el cual daría alcance a los compromisos pactados en un Acuerdo entre las partes con anterioridad al memorando.

En concreto, frente al memorando de entendimiento propuesto, encontramos que: i) es un acuerdo entre autoridades competentes y en ese marco se podría clasificar como un acuerdo interinstitucional; ii) pretende establecer la obligación de crear un “Comité MSF” para las partes y; ii) dicho Comité tendría como función, el desarrollo de los compromisos pactados principalmente en materia de cooperación.

El fundamento de esta iniciativa se encuentra en el mandato presidencial contenido en la Declaración de Iquitos del 30 de septiembre de 2014, en el marco del Encuentro Presidencial y Primera Reunión del Gabinete Binacional de Ministros Perú-Colombia, cuyo Anexo II, contiene los compromisos sobre “Comercio, Desarrollo Económico y Turismo”, entre los que encontramos:



“Compromiso/Actividad

1. Establecer una hoja de ruta entre **entidades sanitarias** con el fin de facilitar la comunicación y el entendimiento en cuanto a procedimientos en materia sanitaria para productos de origen animal y otras áreas de su competencia. El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos de Colombia (INVIMA), presentó al Servicio Nacional de Sanidad Agraria del Perú (SENASA) un proyecto de **hoja de ruta** que **contempla la negociación de un memorando de entendimiento**, realización de teleconferencias, intercambio de información y visitas técnicas.” (negritas no son del texto citado)

De acuerdo al anterior compromiso, que fue firmado por los Presidentes de cada Estado, si bien no es expresa la intención de crear un comité MSF, es posible el establecimiento del mismo siempre y cuando dicho comité tenga como función “facilitar la comunicación y el entendimiento en cuanto a procedimientos en materia sanitaria para productos de origen animal y otras áreas de su competencia” y la “realización de teleconferencias, intercambio de información y visitas técnicas.”, lo anterior como desarrollo de la Declaración antes transcrita.

Por lo anterior, es posible concluir que la creación

del comité MSF propuesto en el memorando de Entendimiento, sería viable siempre y cuando sus funciones no excedan el desarrollo de lo pactado en la declaración de Iquitos y el mismo se encuentre de conformidad con la normativa andina sobre MSF

Conclusión

En vista de lo anteriormente expuesto, es posible concluir lo siguiente:

El memorando de entendimiento propuesto, que prevé la creación de un comité binacional MSF entre Colombia y Perú, es viable bajo la normativa de la Comunidad Andina, siempre y cuando el mismo se acoja a dicha normativa y se siga el procedimiento dispuesto por el artículo 23 de la Decisión 515;

El comité MSF propuesto en el memorando, entendido como el desarrollo de los compromisos establecidos en la Declaración de Iquitos del 30 de septiembre de 2014, es viable si limita sus funciones a “facilitar la comunicación y el entendimiento en cuanto a procedimientos en materia sanitaria para productos de origen animal y otras áreas de su competencia” y la “realización de teleconferencias, intercambio de información y visitas técnicas.”



Concepto

- Título:** Programa de Cooperación en el Sector Turismo entre México y Colombia
- Fecha:** 27 de abril de 2015
- Problema Jurídico:** Revisión jurídica al instrumento “Programa Específico de Cooperación para 2015 – 2016 entre México y Colombia”
- Regla:** Programa Específico de Cooperación para 2015 – 2016 entre México y Colombia

Concepto:

El Programa específico se compone de seis (6) secciones, en las cuales se desarrollan objetivos aspiracionales de cooperación en el sector Turismo entre la República de Colombia y los Estados Unidos Mexicanos, a saber:

Preámbulo: Contiene el marco en el cual se desarrollará el Programa, esto es, el Acuerdo de Cooperación Turística entre las partes, celebrado el 7 de diciembre de 1998 y el Memorando de Entendimiento del 29 de febrero de 2012. Igualmente, expresan las partes, el deseo de cooperar mediante actividades conjuntas y concretas en el sector turismo.

Intercambio de Experiencias: Las partes prevén desarrollar dos seminarios a celebrarse en cada país, para intercambiar experiencias y buenas prácticas frente a i) plataformas tecnológicas de concientización y socialización para el desarrollo sostenible; ii) gestión de determinados productos turísticos y; iii) campañas de sensibilización para evitar la trata de niños en el sector de viajes y turismo.

Grupo de Trabajo: Para desarrollar el intercambio de experiencias mencionado, las partes desean establecer un grupo de trabajo, integrado por la unidad de asuntos y cooperación internacionales, por parte de México, y el Viceministerio de Turismo por parte de Colombia.

Marco de Cooperación Internacional: Establece que las partes ampliarán su cooperación en el marco de la Organización Mundial del Turismo,

Alianza Pacífico y otros foros internacionales en los que participen.

Disposiciones Generales: Prevé que el programa no es un documento jurídicamente vinculante a la luz del derecho internacional público y además, condiciona los eventuales gastos que ocasione el programa de cooperación a la disponibilidad presupuestal de cada una de las partes.

Vigencia: Dispone que el programa entrará en vigor el día de su firma y permanecerá vigente hasta el 31 de diciembre de 2016. De igual manera, dispone la posibilidad de dar por terminado el programa, previa notificación por escrito a la otra parte.

I) Naturaleza Jurídica del Proyecto de Acuerdo sobre Evaluación de Conformidad

El Programa Específico de Cooperación para 2015 – 2016 entre México y Colombia, es un instrumento internacional que puede ser catalogado como un Acuerdo Simplificado por las siguientes razones:

Un Acuerdo Simplificado es aquel que desarrolla Tratados ya incorporados a la legislación, pues buscan dar cumplimiento a las cláusulas sustantivas de un tratado vigente y no dan origen a obligaciones nuevas, ni puede exceder las ya contraídas por el Estado.¹

¹ Sentencia C-363 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis

Teniendo en cuenta que Colombia y México hacen parte de la Alianza del Pacífico, la Organización Mundial del Turismo, que de igual manera celebraron un Tratado de Libre Comercio, y el Programa propuesto hace una referencia expresa a los Acuerdos mencionados, en el entendido que pretende desarrollar las disposiciones sobre Cooperación en el sector turismo que prevén los Tratados suscrito por las Partes.

Y que adicionalmente, el texto propuesto en el Programa no excede las disposiciones de los Acuerdos mencionados, y por lo tanto, no da origen a obligaciones nuevas entre las partes.

Es posible concluir que el Programa Específico de Cooperación para 2015 – 2016 entre México y Colombia, es un Acuerdo Simplificado, tal como ha sido descrito en líneas precedentes.

II) Trámite requerido para la aprobación de Acuerdos Simplificados

El Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, en su Guía Jurídica de Instrumentos Internacionales y Acuerdos Interadministrativos, expresó que es necesario tener en cuenta que, la entrada en vigor de los Acuerdos Simplificados, no requieren del cumplimiento de los requisitos constitucionales internos previstos para los tratados, a saber:

La adopción, autenticación del texto y manifestación del consentimiento en obligarse respecto de los acuerdos de procedimiento simplificado, se produce con la suscripción del instrumento en un mismo momento o en un trámite simple, sin necesidad de cumplir los requisitos constitucionales internos previstos para los tratados.²

Así mismo, lo ha reiterado la Corte Constitucional en Sentencia C-363 de 2000 del Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, al expresar que:

A juicio de la Corporación, si se trata de un instrumento internacional que no genera nuevas obligaciones para Colombia, por ser desarrollo directo de un tratado negociado, suscrito, aprobado y revisado en la forma prevista en la Constitución Política (artículos 189, numeral 2, 150, numeral 16, 241, numeral 10) puede prescindirse del trámite de aprobación parlamentaria....) y del control constitucional por parte de esta Corporación.

Por lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que el Programa, entrará en vigor una vez sea suscrito por las delegadas plenipotenciarias, y que dicho instrumento no requerirá de los trámites constitucionales internos previstos para los tratados.

III) Consideraciones sobre el Programa Específico

En términos generales encuentra esta Oficina, que el Programa propuesto para Cooperación en el sector Turismo se encuentra acorde a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia y no excede los mismos, ni crea nuevas obligaciones entre las partes.

Conclusión

En conclusión, el programa objeto de estudio, se encuentra acorde a los compromisos internacionales de Colombia, sin embargo se sugiere que la viabilidad técnica del mismo, sea definida por la Dirección de Calidad y Desarrollo Sostenible del Turismo.

² Guía Jurídica de Instrumentos Internacionales y Acuerdos Interadministrativos, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, pág. 17. Disponible en <http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/Guia%20y%20Manual%20Tratados/Guia-de-Tratados.pdf> consultado el 24 de marzo de 2015.

Concepto

- Título:** Procedimientos Aduaneros Relacionados con el Origen de las Mercancías en el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Colombia y los países del Triángulo Norte
- Fecha:** 17 de diciembre de 2014
- Problema Jurídico:** ¿Cuándo se entiende por concluido el proceso de verificación de origen?
- Regla:** Capítulos 4 y 5 del TLC entre Colombia y los Países del Triángulo Norte

Concepto:

En el artículo 13 definiciones, se encuentra la definición del Procedimiento de verificación de origen, como: "Procedimiento de verificación de origen significa un proceso administrativo que comienza con la notificación del inicio del procedimiento de verificación de origen de una mercancía por parte de la autoridad competente de la parte importadora y concluye con la emisión y notificación de la determinación de origen."

En la Decisión 4 mencionada, se entiende que el Proceso de verificación de origen empieza con la notificación del inicio del procedimiento por la autoridad competente de la parte importadora y concluye con la emisión y notificación de la determinación de origen. En este entendido, el Proceso de verificación de origen no se da por concluido con el hecho de suscribir el acta, sino hasta que finalmente se emita y se notifique la determinación de origen.

En el numeral 17 del artículo 5.7 se indica que concluida la visita de verificación, se elabora un acta de la misma, en este numeral no se está haciendo mención a la conclusión del proceso de verificación, ya que, como lo indica la Decisión No.4, el procedimiento de verificación concluye con la emisión y notificación de la determinación de origen. Sin embargo, en el numeral 18 del mencionado artículo, se indica que "Dentro de un periodo de ciento veinte (120) días a partir

de la conclusión de la verificación, la Autoridad competente de la Parte importadora, emitirá una resolución de origen, en la que se determine si la mercancía califica o no como originaria..."

Lo anterior confunde, ya que si se define el proceso de verificación como un proceso administrativo que termina con la emisión y notificación de la determinación de origen, y en el numeral 18 indica que a partir de la conclusión de la verificación se emitirá la resolución por lo tanto, se podrían generar diversas interpretaciones.

De otra parte, es importante tener en cuenta lo establecido en el numeral 19 del artículo 5.7, que indica que el procedimiento de verificación no puede exceder de un año, con una única prórroga de 30 días, si la autoridad competente de la parte importadora lo solicita. Tiempo que es fundamental considerar para el desarrollo de un proceso de verificación en este Acuerdo.

Para absolver las inquietudes planteadas, procedemos a analizar las disposiciones del Capítulo 5 "Procedimientos Aduaneros Relacionados con el Origen de las Mercancías" del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, en adelante TLC Colombia- Triángulo Norte, y sus Reglamentos Uniformes, con el fin de encontrar el alcance y fin del proceso de verificación.

Procedimiento de verificación de origen

En la primera parte del Artículo 5.7 del Capítulo 5, se establece la manera por medio de la cual la autoridad competente de la parte importadora, deberá llevar a cabo la verificación del origen de las mercancías. Sobre el particular se observa, que el Acuerdo no establece un orden riguroso sobre cual procedimiento deberá adelantar la autoridad verificadora para lograr establecer si las mercancías objeto de verificación son originarias o no. La autoridad competente del País importador puede entonces escoger el procedimiento que se adecúe más a sus posibilidades y necesidades para llevar a cabo la verificación.

Los procedimientos se circunscriben a:

- (i) *Solicitudes de información escritas dirigidas al importador en el territorio correspondiente a la autoridad que verifica o al exportador o productos de la mercancía en el territorio de la otra Parte. (Art. 5.7.2 (a) del TLC)*
- (ii) *Cuestionarios escritos dirigidos al importador en su territorio o al exportador o al productor de la mercancía en el territorio de la otra Parte (5.7.2 (b) del TLC).*
- (iii) *Visitas de verificación a las instalaciones del exportador o del productor de la mercancía en el territorio de la otra Parte, y examinar los registros contables y documentación relacionada a que se refiere el Artículo 5.6. del TLC. (5.7.2 (c) del TLC)*
- (iv) *Cualquier otro procedimiento que las Partes acuerden (5.7.2 (d) del TLC).*

De los cuestionarios y las solicitudes

El Artículo 5.7 del TLC sobre Procedimiento de verificación de origen establece:

W ...3. Para los efectos de este Artículo, los cuestionarios, solicitudes, cartas oficiales,

resoluciones de origen, notificaciones o cualquier otra comunicación por escrito que se efectúen directamente por la autoridad competente de la Parte importadora al importador, exportador o al productor y a la autoridad competente de la Parte exportadora para la verificación de origen, se considerarán válidas, si son realizadas por medio de: (a) correo certificado con un acuse de recibo u otras formas que confirmen que el importador, exportador o productor ha recibido los documentos o comunicaciones referidos en este párrafo; o

(b) cualquier otra forma que las Partes acuerden.(...) //

Los cuestionarios o solicitudes de información se deben contestar en un término de 30 días desde la fecha de recepción. Este término se puede prorrogar por 30 días más. (Total 60 días). De conformidad con el numeral 19 del artículo 5.7, la autoridad aduanera tendrá 1 año y 30 días para determinar origen desde la remisión de las solicitudes de información o de los cuestionarios, salvo que decida adelantar visitas de verificación, caso en el cual este término se verá reducido como se explicará más adelante.

Obligaciones a las que deberá estar sujeta la autoridad competente de la Parte importadora frente a las visitas de verificación.¹

- La notificación por parte de la Parte importadora, de su intención de efectuar la visita de verificación.
- La solicitud del consentimiento por escrito del exportador o productor para realizar la visita de verificación y el contenido de la solicitud de visita de verificación, la cual

¹ Numerales 8, 9 y 11 del artículo 5.7 del Capítulo 5 "Procedimientos Aduaneros Relacionados con el Origen de las Mercancías" del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia, las repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras.

deberá contener entre otros: (i) nombre o identificación de la Autoridad Competente de la Parte importadora (ii) nombre del exportador o productor a ser visitado; (iii) fecha y lugar de la visita de verificación propuesta; (vi) objetivo y alcance de la visita (v) los nombres y cargos de los funcionarios que efectuarán la visita de verificación; (vii) base legal de la visita de verificación. El consentimiento debe proporcionarse de forma casi inmediata debido a que el TLC tiene errores en su redacción que hacen que los términos de otorgamiento del consentimiento se superpongan con el término máximo para realizar la visita y con el término de la prórroga.

- La visita debe realizarse en un período no mayor de treinta (30) días contados a partir de la fecha de recepción de la notificación. Este plazo solo se puede ampliar si las autoridades de ambas partes del tratado así lo acuerdan. -La posibilidad de ampliación de éste término por solicitud del importador en realidad no existe debido al error en la redacción de esta disposición tanto en el tratado como en la Decisión 4, ya que en ningún caso la prórroga puede superar el término de 30 días contados desde la recepción de la notificación²

Obligaciones a las que deben estar sujetos tanto el exportador como el productor, en cuanto a la visita de verificación:

- Al exportador o productor de la mercancía sujeto a verificación de origen, le corresponde poner a disposición de la autoridad competente de la Parte importadora, los registros contables y documentos relacionados en el Artículo 5.6 del Acuerdo. Si los registros y documentos no

están en posesión del exportador o productor, él podrá solicitar al productor de la mercancía o proveedor de los materiales, según corresponda, que los pongan a disposición de la autoridad competente de la Parte importadora.³

- El exportador o productor que emita un certificado de origen debe conservar, por un período mínimo de cinco (5) años a partir de la fecha de la firma del certificado, todos los registros contables y documentación relacionada con el origen de las mercancía incluyendo aquellos que se refieren a: (i) la compra, costos, valor y pago de la mercancía exportada desde su territorio; (ii) la compra, costos, valor y pago de todos los materiales, incluyendo los indirectos, utilizados en la producción de la mercancía exportada desde su territorio; y (iii) la producción de la mercancía en la forma en que se exporte desde su territorio.⁴
- El exportador o productor debe otorgar su consentimiento por escrito para la realización dentro de los treinta (30) días, contados a partir del día siguiente al de la notificación por parte de la autoridad competente de la Parte importadora.⁵ Pero como se mencionó antes,

³ No. 15 del Artículo 5.7. "... Cada Parte requerirá que un exportador o un productor ponga a disposición de la autoridad competente de la Parte importadora que realiza la visita de verificación, los registros y documentos a que se refiere el Artículo 5.6 (1). Si los registros y documentos no están en posesión del exportador o productor, él podrá solicitar al productor de la mercancía o proveedor de los materiales, según corresponda, que los pongan a disposición de la autoridad competente de la Parte importadora.(...)"

⁴ 2. Cada Parte dispondrá que un importador que reclame tratamiento arancelario preferencial por una mercancía importada al territorio de esa Parte, mantendrá copia del certificado de origen y la documentación relacionada con la importación por un período mínimo de cinco (5) años a partir de la fecha de la importación de la mercancía.

⁵ No. 10 del Artículo 5.7. "Si el exportador o el productor de una mercancía no otorga su consentimiento por escrito para la realización de la visita dentro de un plazo de treinta (30) días, contados a partir del día siguiente al de la notificación a que hace referencia el párrafo 8, la Parte importadora podrá denegar el tratamiento arancelario preferencial a la mercancía sujeta a verificación, emitiendo al importador, exportador o productor, una resolución de origen en la que se incluyan los hechos y la base legal para esa decisión, notificándola de conformidad con el párrafo 3."

² Numerales 8, 9 y 11 del artículo 5.7 del Capítulo 5 "Procedimientos Aduaneros Relacionados con el Origen de las Mercancías" del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia, las repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras.



tanto el TLC como la Decisión 4 tienen una superposición de términos en el sentido que el término para el otorgamiento de la autorización o consentimiento para la visita es el mismo en el que se puede realizar la visita o se puede producir la prórroga.

Aspectos finales: las visitas de verificación

El numeral 17 del Artículo 5.7, señala que: "... Cuando se haya concluido la visita de verificación, la Parte importadora deberá elaborar un acta de la visita, que incluirá los hechos constatados por ella. El exportador o productor sujeto de la visita podrá firmar dicha acta. (...)”

Las visitas de verificación se entienden concluidas en el momento de la elaboración del acta de la visita, que incluye los hechos constatados en ella, como es la relación de los documentos e información aportada por el exportador o productor y desde luego con la firma de los que participaron en la visita, incluidos los funcionarios acreditados para llevarla a cabo como el visitado exportador o productor.

La visita de verificación de origen tiene como propósito además de conocer las instalaciones de la planta de producción, almacenamiento y disposición de las materias primas, el proceso

productivo, etc. el de recabar la información y los documentos contables que reflejen la trazabilidad de la mercancía desde la orden de compra de los materiales, la producción o elaboración del producto exportado, la venta para la exportación, hasta su despacho o salida de la mercancía, incluida la declaración de exportación.

Aun así se desprende claramente del conjunto de disposiciones del Acuerdo que la fecha de conclusión de la visita no implica que la verificación de origen haya concluido.

De manera tal que con posterioridad a la visita se debe analizar la información recabada y proporcionada por el exportador o productor. Es posible que durante la visita el exportador o productor no cuente con toda la información que se requiere para demostrar el origen de la mercancía, por lo que es usual que la autoridad competente de la Parte importadora, le permita al exportador o productor allegar la información con posterioridad.

Sin embargo, cuando el numeral 18 del artículo 5.7 refiere a la conclusión de la verificación, pareciera referirse a los términos del numeral 17 de dicho artículo que se refiere a la conclusión de la visita de verificación. Desde el artículo 31 de la Convención de Viena y los métodos de interpretación 1 y 2 allí descritos, se puede analizar lo siguiente:

El tratado no plantea una definición del proceso de verificación y su extensión. La Decisión 4 plantea una definición en la que indica que la verificación empieza con la notificación del inicio del procedimiento por la autoridad competente de la parte importadora y concluye con la emisión y notificación de la determinación de origen. En este entendido, el proceso de verificación no se da por concluido con el hecho de suscribir el acta, sino hasta que finalmente se emita y se notifique la determinación de origen.

Esta definición no se refiere al numeral 18 del artículo 5.7 por cuanto la conclusión de la verificación de dicho artículo implica un momento anterior a la emisión de la resolución de determinación de origen, con lo cual concluiría el procedimiento de verificación.

Ese momento anterior a la conclusión de la verificación de conformidad con el artículo 31.2 de la Convención de Viena debe partir de la lectura del sentido corriente de los términos del tratado (Art. 31.1 de la Convención de Viena). Sin embargo el tratado tiene imprecisiones por lo cual es necesario acudir al contexto de la disposición a interpretar (Artículo 31.2).

Los numerales 8 a 17 del artículo 5.7 del TLC vienen refiriéndose a las visitas de verificación. Por lo cual una interpretación del contexto con base en la estructura del tratado indicaría que el artículo 18 se refiere a lo mismo, es decir a la visita de verificación, a pesar del uso impreciso del término "conclusión de la verificación". En este contexto del artículo 5.7 conclusión de la verificación se refiere es a la conclusión de la visita de verificación, no a la conclusión de la verificación a la que refiere la Decisión 4 en las definiciones.

Bajo este análisis interpretativo se debe concluir que en efecto la conclusión de la verificación atañe es a la conclusión de la visita de verificación. En este sentido, concluida la visita de verificación la DIAN cuenta con 120 días para emitir la determinación de origen.

Conclusión:

La autoridad competente de la Parte importadora deberá tener en cuenta que el procedimiento para verificar el origen no podrá exceder de un (1) año, prorrogable por un periodo no mayor de treinta (30) días, esto es, contado a partir de la fecha de inicio del proceso de verificación.⁶

Transcurrido este término, se entiende que si la autoridad competente de la Parte importadora NO ha emitido una resolución de origen, la mercancía objeto de la verificación de origen recibirá el mismo tratamiento arancelario preferencial como si se tratara de una mercancía originaria.⁷ Ahora, este término corre en realidad para el procedimiento de solicitudes/cuestionarios o respuestas, ya que si se realizan visitas de verificación, el procedimiento se acelera como fue antes explicado.

Lo anterior por cuanto dentro de un periodo de 120 días con posterioridad a la conclusión de la visita de verificación, la autoridad de la parte importadora debe emitir una resolución de origen.

⁶ Numeral 19 del Artículo 5.7 "... El procedimiento para verificar el origen no podrá exceder de un (1) año. No obstante, la autoridad competente de la Parte importadora, en casos debidamente fundados y por una sola vez, podrá prorrogar dicho plazo por un período no mayor a treinta (30) días, debiendo notificar la misma a los involucrados. (...)"

⁷ Núm. 20 del Artículo 5.7 "... Transcurrido el plazo o la prórroga correspondiente establecidos en el párrafo anterior, sin que la autoridad competente de la Parte importadora haya emitido una resolución de origen, la mercancía objeto de la verificación de origen recibirá el mismo tratamiento arancelario preferencial como si se tratara de una mercancía originaria.(...)"

Concepto

Título: Consulta de producción de placas de yeso -drywall- sobre posición de desventaja al importar materias primas de países con los que Colombia tiene acuerdos comerciales con Perú, Chile y México y posible situación de dumping con México.

Fecha: 9 de agosto de 2015

Problema Jurídico: ¿Existe de desventaja al importar materias primas a ZF de países con los que Colombia tiene acuerdos comerciales con Perú, Chile y México? ¿La liquidación de los tributos aduaneros en la importación de materiales e insumos a zona franca e incorporados al bien final son más gravosos, que cuando dichos insumos se importan directamente al territorio aduanero colombiano? ¿El menor precio al que México exporta una mercancía a menores precios en sus costos de fabricación, se configura como una práctica Antidumping?

Regla: Estatuto Aduanero, Decreto 1750 de 2015 y Decreto 2550 de 2010, Acuerdo Antidumping de la OMC.

Concepto:

Liquidación de los tributos aduaneros y aplicación del gravamen arancelario que corresponde a la subpartida del producto final en operaciones de zonas francas con destino al resto del territorio.

En nuestra opinión cabe precisar que la legislación aduanera vigente en materia del régimen de comercio exterior para las ZFs, para efectos de liquidación de tributos aduaneros, no desconoce el tratamiento arancelario preferencial de las mercancías originarias de países con los cuales Colombia tiene Acuerdos Comerciales vigentes, al igual que sucede en las operaciones de importación desde el resto del mundo por usuarios ubicados fuera de ZF.

La introducción de una mercancía a zona franca no se considera importación.

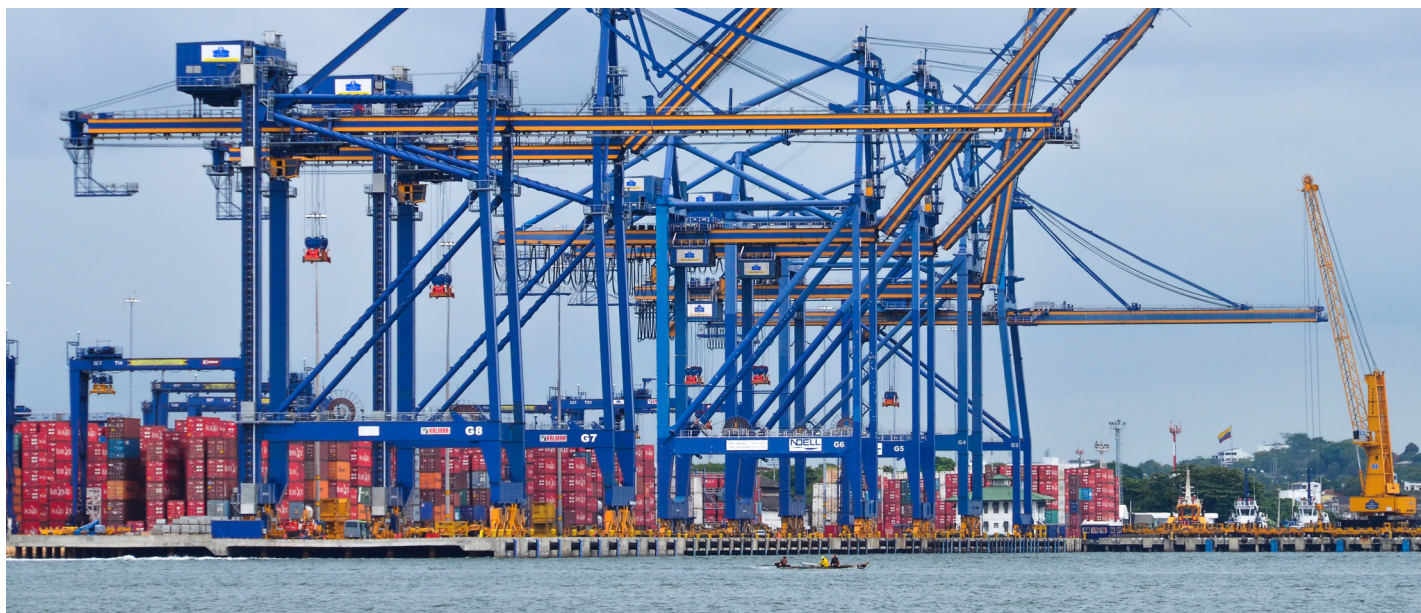
Conforme al Art. 394 E.A, "...La introducción a Zona Franca Permanente de bienes procedentes

de otros países por parte de los usuarios no se considerará una importación, y sólo requerirá que los bienes aparezcan en el documento de transporte consignados a un usuario de la zona, o que el documento de transporte se endose a favor de uno de ellos..."¹

De acuerdo con lo anterior, la operación descrita no configura una importación en el sentido del E.A., de la cual se predique la obligación legal de liquidación de tributos aduaneros previsto para la importación ordinaria del Art. 117 E.A., esto es, la importación de mercancías desde el resto del mundo al Territorio Aduanero Nacional²,

¹ Art. 394

² ARTICULO 117. DEFINICIÓN DE LA IMPORTACIÓN ORDINARIA. Es la introducción de mercancías de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional con el fin de permanecer en él de manera indefinida, en libre disposición, con el pago de los tributos aduaneros a que hubiere lugar y siguiendo el procedimiento pue a continuación se establece.



TAN, ni tampoco en la correspondiente a la importación de mercancías desde zona franca al resto del TAN, de acuerdo con el Art. 399, E.A.³.

Conviene, entonces, destacar que, con respecto a la forma de liquidar los tributos en estas modalidades de importación, el E.A. prevé situaciones particulares, como se verá a continuación:

Liquidación de Tributos Aduaneros en la Importación Ordinaria

En el caso de una importación ordinaria, el Art.89 E.A. establece que "...Los tributos aduaneros que se deben liquidar por la importación, serán los vigentes en la fecha de presentación y aceptación de la respectiva Declaración de Importación..."

Se recuerda que, conforme al E.A., el tributo aduanero comprende los derechos de aduana

y el impuesto sobre las ventas. En ese sentido, los gravámenes arancelarios, que son un tipo de derecho de aduana⁴, se liquidan dependiendo de si se trata de una mercancía originaria de un país con el que Colombia tenga, o no, un acuerdo comercial vigente. Si no existiera tal acuerdo, a la mercancía se le aplicará el gravamen arancelario general, en adelante el arancel NMF, de lo contrario el importador puede acogerse al trato arancelario preferencial estipulado en dicho acuerdo comercial.

Es importante tener en cuenta que al diligenciar la declaración de importación, el importador tendrá la oportunidad de llenar la casilla correspondiente al "Acuerdo" con el código correspondiente al acuerdo comercial al amparo del cual solicitará el tratamiento arancelario preferencial previsto para esa mercancía en el

³ ARTÍCULO 399. RÉGIMEN DE IMPORTACIÓN. <Título IX modificado por el artículo 1 del Decreto 383 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La introducción al resto del Territorio Aduanero Nacional de bienes procedentes de la Zona Franca será considerada una importación y se someterá a las normas y requisitos exigidos a las importaciones de acuerdo con lo previsto en este decreto.

⁴ DERECHOS DE ADUANA. Son todos los derechos, impuestos, contribuciones, tasas y gravámenes de cualquier clase, los derechos antidumping o compensatorios y todo pago que se fije o se exija, directa o indirectamente por la importación de mercancías al territorio aduanero nacional o en relación con dicha importación, lo mismo que toda clase de derechos de timbre o gravámenes que se exijan o se tasen respecto a los documentos requeridos para la importación o, que en cualquier otra forma, tuvieran relación con la misma. No se consideran Derechos de Aduana, el impuesto sobre las ventas, ni los impuestos al consumo causados con la importación, las sanciones, las multas y los recargos al precio de los servicios prestados.

nivel aplicable en ese momento. En caso de no diligenciarlo, se entenderá que la mercancía se someterá al tratamiento arancelario NMF mencionado, no obstante la eventual existencia de un acuerdo comercial vigente.

Liquidación de Tributos Aduaneros en la Importación desde ZF al TAN

De otra parte, en el caso de las importaciones desde ZF al TAN, la situación se reglamenta por el Art. 400 E.A., que establece un procedimiento particular en el que se tienen, debidamente, en cuenta el tipo y origen de las materias primas incorporadas en el producto final, como parece ser la situación objeto de la presente consulta. Conforme al Art. 400 en mención:

...Cuando se importen al resto del Territorio Aduanero Nacional mercancías fabricadas, producidas, reparadas, reacondicionadas o reconstruidas en Zona Franca, los derechos de aduana se liquidarán y pagarán sobre el valor en aduana de las mercancías importadas, en el estado que presenten al momento de la valoración, deduciendo del mismo el valor agregado nacional y/o el valor de los bienes nacionalizados que se les haya incorporado en la Zona Franca. El gravamen arancelario aplicable corresponde a la subpartida del producto final... (Subrayado aparte)

A su vez, el Art. 402 prevé que “...Para efectos de lo establecido en el artículo 400 de este Decreto, se considerarán nacionales las materias primas, insumos y bienes intermedios, provenientes de terceros países, desgravados en desarrollo de acuerdos de libre comercio celebrados por Colombia, cuando dichos productos cumplan con los requisitos de origen exigidos...”

De acuerdo con lo anterior, si al importarse al TAN un bien final producido en ZF, en el cual se incorporaron insumos o materias primas

originarias de un país con el que Colombia tiene un acuerdo comercial vigente, entonces dicho insumo o materia prima se asimilan al valor agregado nacional que se permite descontar del valor en aduana sobre el que se liquidan los tributos aduaneros, esto siempre que aquel cumpla con la calidad de originario.

Si por el contrario, al bien final producido en ZF se le incorporaron insumos o materias primas de un país con el cual Colombia no tiene un acuerdo comercial vigente, los derechos de aduana se liquidarán y pagarán sobre el valor en aduana de estas mercancías en el estado que se presenten al momento de la valoración deduciendo del mismo el valor agregado nacional y/o el valor de los bienes nacionalizados que se les haya incorporado en zona franca, según lo dispone el artículo 400 del EA y el gravamen arancelario aplicable corresponde a la subpartida del bien final. Esto significa que, si los materiales están sometidos a arancel, se liquidarán los tributos aduaneros (arancel e IVA) sobre el porcentaje que arroje la matriz insumo-producto del material que se haya utilizado en la producción del bien final (el valor en dinero de ese porcentaje, constituye el valor en aduana)

De las normas transcritas se concluye que, la legislación aduanera en materia del régimen de comercio exterior de zonas francas, para efectos de liquidar tributos aduaneros, no desconoce el tratamiento arancelario preferencial de las mercancías originarias de países con los que Colombia tiene acuerdos comerciales vigentes.

Ahora bien, sobre la situación planteada por el empresario en la que manifiesta su inconformidad por el trato más gravoso en términos de liquidación de los tributos aduaneros en la importación de materiales e insumos cuando son ingresados a zona franca e incorporados al bien final, frente a lo que sucede cuando dichos insumos se importan directamente al territorio aduanero colombiano, si bien esto no es directamente competencia de esta Oficina, observamos que aparentemente esta

diferencia se presenta por cuanto el gravamen arancelario aplicable en este caso corresponde a la subpartida del producto final.

Sobre el particular consideramos que el Viceministerio de Desarrollo podría revisar el sistema de liquidación de tributos aduaneros del régimen de zona franca para corregir lo antes expuesto.

En cuanto a la incidencia en el precio de venta en el mercado interno de una mercancía elaborada en zona franca a partir de materiales e insumos, sobre los cuales la tarifa de desgravación es mayor que la tarifa de desgravación aplicable al producto final importado bajo los TLCs celebrados por Colombia, consideramos que esta situación fáctica podría presentarse con cualquier producto elaborado en el territorio colombiano ya sea en una zona franca o fuera de ella, a partir de materias primas, insumos y bienes intermedios importados. Esto es conocido en el Ministerio por ser el relativo a los costos arancelarios de las materias primas y para el efecto como parte de la política arancelaria se ha rebajado el arancel NMF de ciertas subpartidas para no afectar el valor del producto final. Aconsejamos revisar con las autoridades del Viceministerio de Comercio este asunto y revisar también las distintas posibilidades, alternativas y ventajas que brindan precisamente los acuerdos comerciales vigentes y los que se celebren en el futuro, para mejorar la competitividad de las industria nacional en zona franca y en el TAN.

Sobre la Práctica del Dumping

De otra parte, la aplicación de una medida de Defensa Comercial, como los derechos antidumping, está condicionada a la realización de una investigación previa en la que se determinen elementos estructurales como la existencia de la práctica de Dumping en las operaciones de importación de las mercancías originarias del, o los, país(es) de interés, así como del Daño o Amenaza de Daño a o el Retraso en el Establecimiento de la rama de producción nacional

del producto considerado y la Relación de Causalidad entre el Dumping y el mencionado Daño/Amenaza/Retraso.

En relación con la supuesta práctica de Dumping que se advierte en la consulta, y salvo mejor opinión de la Subdirección de Prácticas Comerciales respecto de la forma en que se describe, se precisa lo siguiente:

El menor precio al que una mercancía pueda exportarse, por cuenta de menores precios en sus costos de fabricación, de suyo, no configura una práctica de Dumping

Para que exista Dumping debe determinarse la existencia de una diferencia entre el precio de exportación de una mercancía y el precio de venta de la misma mercancía en el mercado interno de su país de origen (Valor Normal)⁵ Debe existir un margen de diferencia entre ambos valores, de donde el Precio de Exportación es menor que el Valor Normal, mínimo en un 3%, esto es, debe existir un margen de dumping apreciable en la operación de exportación hacia el país de destino.

Sin la información precisa de ambos precios es imposible alegar la existencia de la práctica de Dumping. De hecho, la mención a los menores costos de producción como fuente generadora del Dumping está más relacionada con la práctica del otorgamiento de subsidios o subvenciones que, no obstante ser tenida como distorsiva del comercio al igual que el Dumping, se diferencia de ésta por cuanto el gobierno interviene para favorecer dichas artificialmente ventajosas para el productor-exportador, todo lo cual no está probado en la consulta aquí analizada

⁵ Conf. Acuerdo Antidumping de la OMC. Artículo 2 Determinación de la existencia de dumping 2.1. (Art. A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.

El que la mercancía se exporte de México a Estados Unidos a un precio menor que aquel al que se exporta –probablemente- desde México a Colombia no configura una práctica de Dumping con un margen verificable

Nuevamente, no están claros ni probados los supuestos de una práctica de Dumping en los hechos narrados en la consulta. Como se dijo, el diferencial de precios que evidencia la existencia de la práctica de dumping se obtiene al calcular la diferencia entre el Valor Normal (precio más alto) y el Precio de Exportación.

Como se dijo, el Valor Normal es el precio al que se vende el producto en el mercado interno en el curso de operaciones normales, conforme al párrafo 2.1 del Acuerdo Antidumping. Sólo en situaciones excepciones, debidamente demostradas, las cuales no se verifican aquí, el Acuerdo Antidumping permite calcular los márgenes de Dumping usando como Valor Normal el precio de exportación del producto a un tercer país apropiado. Dichas situaciones excepcionales se verifican "...Cuando el producto similar no sea objeto de ventas en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país exportador o cuando, a causa de una situación especial del mercado o del bajo volumen de las ventas en el mercado interno del país exportador, tales ventas no permitan una comparación adecuada..."⁶

investigación para determinar de la existencia del Dumping, el Daño o Amenaza de Daño a o

el Retraso en el Establecimiento de la rama de producción nacional del producto considerado y la Relación de Causalidad entre el Dumping y el Daño/Amenaza/Retraso.

Esto con el fin de que se adopte el correctivo aplicable a la distorsión en las condiciones del mercado, a través de un derecho antidumping, es decir, de un derecho de aduana adicional que se cobre al momento de liquidar los tributos aduaneros por la importación de la mercancía objeto de dumping desde México, para el caso.

Esta solicitud deberá radicarse ante la Subdirección de Prácticas Comerciales de la Dirección de Comercio Exterior del MinCIT. Al respecto, el Dto. 2550 de 2010, en su Capítulo IV, especialmente, en su Art. 24⁷, establece los

⁷ El Artículo 24 del Decreto 2550 establece como requisitos para la solicitud de apertura de la investigación, principalmente, los siguientes:

"...1. Identificación del peticionario. Nombre o razón social y justificación de que es representativo de la rama de producción nacional. Para este efecto, el solicitante podrá aportar la certificación del Registro de Productor Nacional expedida por el Grupo de Origen y Producción Nacional del Ministerio de Comercio Industria y Turismo o quien haga sus veces, o cualquier otro tipo de documento mediante el cual sea posible constatar de manera fehaciente tal condición y su nivel de participación en el volumen de la producción total. Cuando la solicitud se eleve en nombre de la rama de producción nacional, se deberá identificar la rama en cuyo nombre se hace, por medio de una lista de todos los productores nacionales conocidos o de las asociaciones de productores nacionales del producto similar y, facilitar una descripción del volumen y del valor de la producción nacional del producto similar que representen dichos productores.

2. Descripción del producto de producción nacional, similar al producto considerado

presuntamente objeto de "dumping".

3. Descripción del producto considerado presuntamente objeto de "dumping", señalando la clasificación arancelaria comúnmente utilizada.

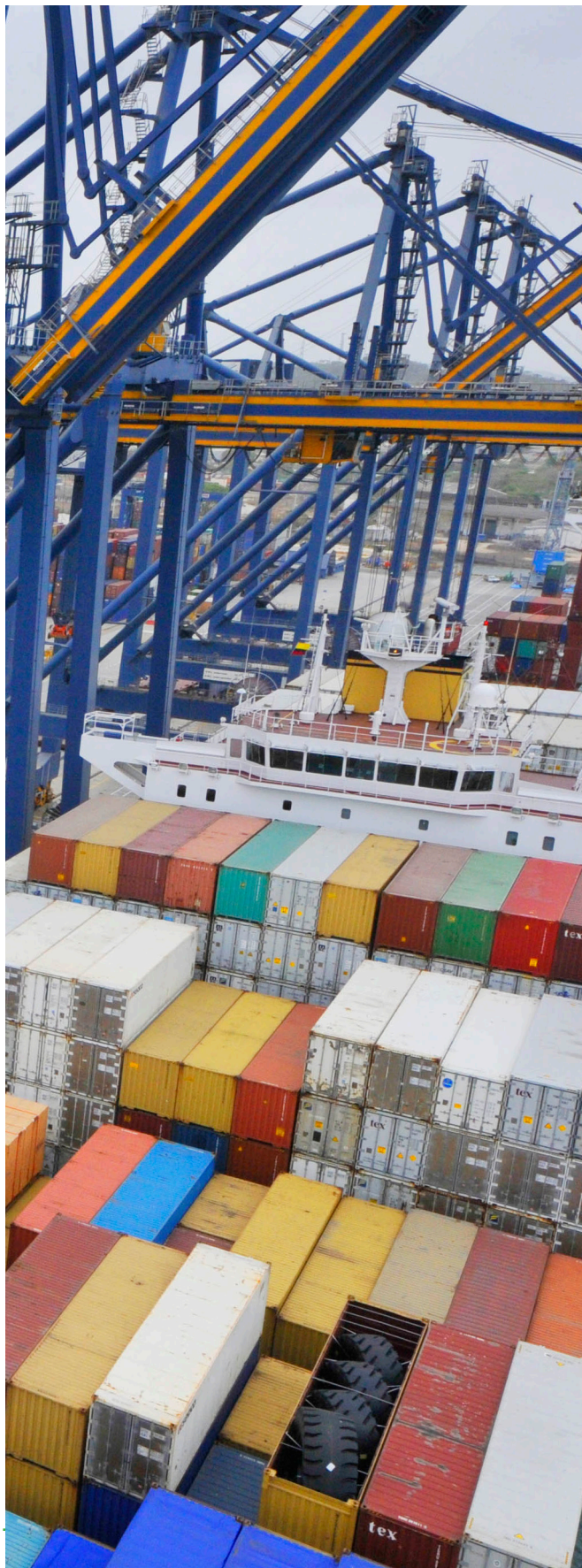
4. País o países de origen y de exportación.

5. Nombre y domicilio de los importadores, exportadores y productores extranjeros, si se conocen.

6. Datos sobre los precios a los que se vende el producto considerado de que se trate cuando se destina al consumo en los mercados internos del país o países de origen y exportación o cuando proceda, sobre los precios a los que se venda el producto desde el país o países de origen y exportación a un tercer país o a terceros países, o sobre el valor reconstruido del producto. Estos datos pueden tomarse, entre otros, a partir de listas de precios, cotizaciones, facturas, estudios de mercado, revistas especializadas o estadísticas de importación.

7. Datos sobre los precios de exportación, o cuando proceda, sobre los

⁶ Conf. Acuerdo Antidumping. 2.2. (Art. 8, Dto. 2550) Cuando el producto similar no sea objeto de ventas en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país exportador o cuando, a causa de una situación especial del mercado o del bajo volumen de las ventas en el mercado interno del país exportador², tales ventas no permitan una comparación adecuada, el margen de dumping se determinará mediante comparación con un precio comparable del producto similar cuando éste se exporte a un tercer país apropiado, a condición de que este precio sea representativo, o con el costo de producción en el país de origen más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general así como por concepto de beneficios



requisitos con que debe cumplir la solicitud de apertura de la investigación mencionada.

Lo anterior, comoquiera que ni la Comisión de Productividad y Competitividad ni la Oficina de Asuntos Legales Internacionales, ambas dependencias del MinCIT, son las autoridades competentes. En el caso de las medidas de Defensa Comercial, como las de Antidumping, la autoridad investigadora es la Dirección de Comercio Exterior a través de su Subdirección de Prácticas Comerciales, ambas, igualmente, del MinCIT.⁸

Todo lo expuesto en este concepto responde a un análisis de hipotéticos y de situaciones explicadas por las personas que asistieron a la reunión del día 30 de julio, sin embargo esta oficina no ha revisado documentación puntual o particular sobre las situaciones descritas, en este contexto lo antes planteado debe revisarse con la particularidades de cada caso y solo representa algunas visiones preliminares sobre

precios a los que el producto se revenda por primera vez a un comprador independiente en Colombia. Estos datos pueden tomarse, entre otros, a partir de listas de precios, cotizaciones, facturas, estudios de mercado, revistas especializadas o estadísticas de importación.

⁸ Datos sobre la evolución del volumen de las importaciones del producto considerado supuestamente objeto de “dumping”, su efecto en los precios del producto similar en el mercado interno y su consecuente repercusión en la rama de producción nacional, según

vengan demostrados por los factores e índices pertinentes que influyan en el estado de la rama de producción nacional.

⁹ Ofrecimiento de presentar a las autoridades los documentos correspondientes para verificar la información suministrada, así como de autorizar la realización de visitas de verificación.

¹⁰ Elementos para determinar la causalidad entre la práctica de “dumping” y el daño.

¹¹ Pruebas que se pretende hacer valer.

¹² Identificación y justificación de la documentación confidencial y, resumen o versión no confidencial de tal documentación.

¹³ Poder para actuar, cuando se actúa a través de apoderado.

¹⁴ Prueba de la existencia y representación de personas jurídicas que figuren como peticionarios.

⁸ Art. 4.b del Decreto 2550 de 2010.

la problemática que nos fuera expuesta. En consecuencia, esta consulta se circunscribe a lo antes mencionado no sin antes advertir que la misma se otorga al amparo de lo previsto en el artículo 28 del CPACA, de conformidad con la reforma prevista por la Ley 1755 de 2015.

Conclusiones

La diferencia entre el precio de venta en el mercado interno de una mercancía elaborada en zona franca a partir de materiales e insumos, sobre los cuales la tarifa de desgravación es mayor que la tarifa de desgravación aplicable al producto final importado bajo los TLCs celebrados por Colombia, ya que tales materias primas, insumos y bienes intermedios se consideran nacionales de acuerdo con los acuerdos de libre comercio si cumplen con requisitos de origen exigidos. De otro lado, la inconformidad del empresario se debe a que el trato más gravoso en términos de liquidación de los tributos aduaneros en la importación de materiales e insumos cuando son ingresados a zona franca e incorporados al bien final, frente a lo que sucede cuando dichos insumos se importan directamente al territorio aduanero colombiano, se debe a que, de acuerdo con la legislación aduanera, el gravamen

arancelario aplicable en este caso corresponde a la subpartida del producto final.

Frente a la posible situación de Dumping el sólo hecho de existir un menor precio al que una mercancía pueda exportarse, por cuenta de menores precios en sus costos de fabricación, de suyo, no configura una práctica de Dumping. Se debe probar un Daño o Amenaza de Daño a o el Retraso en el Establecimiento de la rama de producción nacional del producto considerado y la Relación de Causalidad entre el Dumping y el Daño/Amenaza/Retraso, teniendo en cuenta para esto el valor de exportación frente al precio de venta de la misma mercancía en el mercado interno de su país de origen (Valor Normal) y que éste sea como mínimo menor en un 3% como margen de una práctica de dumping apreciable en la operación de exportación hacia el país de destino. Como estas particularidades no se pueden probar, no se puede determinar que exista tal práctica. Sin embargo, como se manifestó el interesado puede hacer su solicitud de apertura de investigación frente a la Subdirección de Prácticas comerciales cumpliendo los requisitos del artículo 24 del Decreto 2550 de 2010 citado.

Concepto

Título: Consulta DIAN ventas sucesivas declaración en factura bajo Acuerdo con la Unión Europea – preservación de regla de origen.

Fecha: 30 de julio de 2015

Problema Jurídico: ¿Cómo una mercancía exportada desde un país miembro de la UE directamente a Colombia, que es objeto de operaciones de “ventas sucesivas”, puede mantener su calidad de origen?

Regla: TLC Colombia- Unión Europea, Arts. 13, 15, Anexo II

Concepto:

Respecto a la facturación por un tercer país, cuando existen ventas sucesivas y se ha expedido una declaración en factura bajo el Acuerdo Comercial con la UE, a continuación consideramos:

En primer lugar es pertinente precisar que el concepto de “ventas sucesivas” no se encuentra regulado en el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, y por lo tanto Colombia no tiene compromisos al respecto. Sin embargo, dado que estas situaciones no se escapan de la práctica del comercio internacional, a la luz del Acuerdo lo que interesa, es verificar respecto a estas situaciones particulares que se presenten, si la mercancía cumple con todas las condiciones establecidas en él para que se preserve el origen.

De tal manera que, una mercancía bajo las circunstancias planteadas en el caso hipotético debe cumplir con:

- i) Los requisitos de origen establecidos en la Sección 2;
- ii) El Artículo 13 “ Transporte directo”, es decir la mercancía tiene que:

- a) Haber sido transportada directamente entre la Unión Europea y los Países Andinos signatarios, o si fue transportada por otros territorios, b) haber permanecido bajo la vigilancia de la autoridad aduanera del país en tránsito o almacenamiento temporal; c) no ser sometida a operaciones distintas a las de descarga, carga o cualquier otra operación destinada a conservarlos en buen estado, y d) demostrar el cumplimiento de las condiciones señaladas en los literales a), b) y c), mediante la presentación de los documentos idóneos tales como por ejemplo la guía aérea, el conocimiento de embarque, manifiesto de carga o documento de transporte multimodal o combinado, que certifique el transporte desde el país de origen hasta la Parte importadora y los documentos aduaneros que autoricen el transbordo o almacenamiento temporal. A falta de estos, con cualquier otro documento de respaldo.

- iii) El Artículo 15 “Requisitos generales de la prueba de origen”,

Para que los productos originarios de la UE al importarse a Colombia se beneficien de este Acuerdo, deberán venir acompañados de 1) **un**

certificado de circulación de mercancías EUR.1 o
 2) **una declaración emitida por un exportador en una factura** (Artículo 20 “Condiciones para expedir una declaración en factura” y Artículo 21 relativo a “ exportador autorizado”. La declaración en factura puede ser expedida por un **exportador autorizado** o por un **exportador respecto a un envío consistente en uno o más bultos que contengan mercancías originarias por un valor superior a 6.000 euros.**

Como el Anexo II no se hace referencia o mención a la situación descrita por el peticionario cuando ocurran “ventas sucesivas” y la última facturación sea emitida por un operador de un país distinto al del origen de la mercancía, consideramos que en este caso además de verificar el cumplimiento de los requisitos antes mencionados, es importante considerar el principio de territorialidad contenido del artículo 12.

Lo anterior lo que hace es ratificar que el intercambio comercial debe ocurrir entre los territorios de las dos Partes del Acuerdo, de lo contrario la mercancía perdería la condición de originaria bajo el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Colombia y Perú.

Conclusión

Así las cosas, se puede concluir que:

- Una mercancía despachada directamente del territorio de uno de los países parte de la UE con destino al territorio de la otra Parte del Acuerdo, en este caso Colombia, que durante el trayecto de su transporte directo (no en tránsito) es objeto de operaciones de “ventas sucesivas”, para que no pierda la calidad de originaria, debe ser la misma exportada y no puede haber sufrido ninguna operación más allá de la necesaria, para conservarla en buen estado, mientras transcurre su viaje con destino a Colombia.



- Bajo el supuesto que configuren “ventas sucesivas”, las mismas deben realizarse o estar enmarcadas, como consecuencia del intercambio comercial entre las Partes de este Acuerdo Comercial, es decir entre alguno de los País Miembro de la Unión Europea, y Colombia o Perú. Eso implica que los certificados de origen (EUR 1 o declaración en factura) sólo pueden ser emitidos desde el territorio de una parte dirigido a un destinatario ubicado en el territorio de otra parte, y en el contexto del comercio preferencial bilateral.
- Para tener derecho a las preferencias arancelarias otorgadas por Colombia a la UE y sus Estados miembros los exportadores deben cumplir además de los requisitos de origen previstos en el Acuerdo Comercial arriba mencionado, se deberá presentar ante la autoridad aduanera un certificado de circulación de mercancías EUR.1 o una declaración emitida por un exportador en una factura. La factura como tal es un instrumento de carácter opcional para efectos de configurar la prueba de origen, como se deduce de la lectura tanto de los artículos 16 y 20 del Anexo 2 del TLC y del formato del certificado EUR-1.
- Ahora bien, el exportador que solicita la emisión de un certificado de circulación de

mercancías EUR.1 deberá estar preparado para presentar en cualquier momento, a solicitud de las autoridades competentes o autoridades aduaneras de la Parte exportadora donde se emite el certificado de circulación de mercancías EUR.1, todos los documentos pertinentes que prueben la condición de originarios de los productos pertinentes, así como el cumplimiento de los demás requisitos del Anexo II. Igualmente deberá presentar los documentos justificativos, entre otros si se requiere, las facturas que se refieren a los productos empleados en la fabricación del producto que reclama origen.

- Lo mismo ocurre con el exportador que expide la declaración en factura. El deberá estar preparado para presentar en cualquier momento, a solicitud de las autoridades competentes o autoridades aduaneras de la Parte exportadora, todos los documentos pertinentes que prueben la condición de originario de los productos correspondientes así como el cumplimiento de los demás requisitos de este Anexo II.

La anterior consulta se responde al amparo del artículo 28 del CPACA, reformado por la Ley 1755 de 2015.





03

Actualidad

Actualidad

Resumen Informe del Órgano de Apelación DS453 Argentina - Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios

Resumen

El 30 de Septiembre de 2015, el Grupo Especial que decidió una controversia entre Panamá y Argentina, determinó que ocho medidas de corte financiero, tributario, cambiario y registral adoptadas por la Argentina, y que eran aplicadas para calificar a ciertas jurisdicciones como países no cooperadores, basadas en la distinción entre "países cooperadores a los fines de la transparencia fiscal" y "países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal", eran incompatibles con las obligaciones de trato nacional (Art. XVII) y nación más favorecida (Art. II) de Argentina bajo el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS). El alegato panameño es que la clasificación de "países no cooperadores"¹ de las normas argentinas conllevaba el otorgamiento de un trato menos favorable a estos países, particularmente a Panamá, frente a los servicios y proveedores de servicios similares de la Argentina y de los "países cooperadores", y en consecuencia era una violación del principio de no discriminación por trato nacional y nación más favorecida.

El 14 de abril de 2016, el Órgano de Apelaciones de la OMC reversó los hallazgos del Grupo Especial sobre la supuesta incompatibilidad de las medidas Argentinas frente a sus obligaciones de otorgar trato nacional y nación más favorecida

en el AGCS. Para el Órgano De Apelaciones, ni Panamá demostró en el proceso, ni el Grupo Especial pudo constatar en su informe, que los servicios ofrecidos desde un país no cooperadores son similares a los servicios y proveedores de servicios argentinos o de "países cooperadores". Al no ser servicios prestados en condiciones de similitud, las medidas argentinas no podían ser consideradas discriminatorias o incompatibles con las obligaciones de la Argentina ante la OMC. El Órgano de Apelaciones también entendió que el trato diferenciado a servicios de "países no cooperadores" de las medidas argentinas no parecía estar dado en razón al origen (por país) de los servicios sino a las condiciones bajo las cuales los mismos eran prestados y en ese sentido no se había constatado por el grupo especial que se trataba de servicios similares.

En vista de dicho hallazgo, el Órgano de Apelaciones desestimó el análisis del Grupo Especial sobre si las medidas de Argentina otorgan un trato menos favorable a los servicios de los "países no cooperadores", y en consecuencia, dejó sin efecto la decisión del Grupo Especial cuando declaró que las medidas argentinas son incompatibles con el AGCS.

Si bien el Órgano de Apelaciones no avaló expresamente las medidas tomadas por Argentina, si desestimó los hallazgos del Grupo Especial por cuenta del razonamiento que aplicaron tanto el reclamante como el Grupo Especial.

De otro lado, el Órgano de Apelaciones considera en su examen que si bien los servicios y proveedores de servicios provenientes de países no cooperadores pudieran estar sometidos a una situación o carga desventajosa frente a los servicios prestados desde

¹ El error legal del Grupo Especial consistió en establecer una "presunción de similitud" por el simple hecho que el Decreto N° 589 diferenciaba entre países cooperadores y no cooperadores, y ese hecho hacía presumir que esa diferencia se basaba en el origen del servicio y del proveedor. Sin embargo, el Órgano de Apelación determinó que esa presunción no determinaba que la distinción entre países se basaba exclusivamente en el origen y que el Grupo Especial no examinó las pruebas pertinentes para determinar dicha similitud.

la Argentina o los países cooperadores, dicha condición podría estar justificada al amparo del artículo XIV del AGCS para efectos de garantizar el cumplimiento de una norma argentina que es compatible con el AGCS.

Apartes relevantes del Informe del Órgano de Apelaciones

La calificación entre países cooperadores y no cooperadores no es basada exclusivamente en el origen:

“El Órgano de apelaciones resaltó que no era suficiente una distinción entre países cooperadores y no cooperadores para afirmar que existía una relación competitiva entre los servicios provenientes de los mismos, aduciendo que para el caso del AGCS una presunción de similitud de los servicios y proveedores de servicios requiere un análisis más estricto, que debería tener en cuenta los demás factores de la clasificación entre países, situación que no tuvo en cuenta el Grupo Especial.”

El Órgano de Apelación encuentra que algunas medidas adoptadas por Argentina sitúan en una posición desventajosa a los países no cooperadores frente a los argentinos y los países cooperadores:

“Como constató el Grupo Especial, las medidas en litigio imponen una carga adicional u obstáculos adicionales a los servicios y proveedores de servicios de países no cooperadores frente a los servicios y proveedores de servicios similares argentinos. Las constataciones del Grupo Especial, que no se discuten, indican que estos servicios y proveedores de servicios extranjeros están situados en una posición desventajosa como consecuencia de las medidas en litigio.”

No obstante lo anterior, para probar una excepción bajo el artículo XIV c) basta con que la medida sea necesaria para lograr la observancia de una ley o reglamento:

“Consideramos no obstante que un demandado logrará que prospere su defensa al amparo del apartado c) del artículo XIV cuando pueda demostrar que la medida incompatible está diseñada y es necesaria para lograr la observancia de al menos una ley o reglamento compatible con el AGCS.”

Es imposible frente a las actividades ilícitas prever su ocurrencia:

“Si las autoridades argentinas pudiesen distinguir ex ante las operaciones que tienen un propósito legítimo de las que encubren maniobras fraudulentas, no se necesitarían las medidas en cuestión. Estamos de acuerdo con el razonamiento del Grupo Especial. A nuestro juicio, el argumento de Panamá solamente sería cierto con la ayuda de una visión retrospectiva porque no es posible saber con antelación, sin hacer un examen, qué transacción tiene un propósito legítimo o fraudulento.”



Actualidad

Comunicado No. 14 Corte Constitucional abril 13 y 14 de 2016

Corte Constitucional determinó que tanto el “Acuerdo Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, firmado en Seúl, República de Corea, el 21 de febrero de 2013”, como la Ley 1747 de 2014 aprobatoria del mismo resultan acordes en su aspecto formal y material con los preceptos de la Constitución Política Colombiana, con excepción de una cláusula que desconocía las competencias constitucionales de la Junta Directiva del Banco de la República, respecto de la cual se ordenó hacer una declaración interpretativa

Fecha: Abril 13 y 14 de 2016

1. Norma revisada: Ley 1747 de 2014, aprobatoria del “Acuerdo Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea”, firmado en Seúl, República de Corea, el 21 de febrero de 2013. Por su extensión, no se transcribe el texto de la ley y el tratado, los cuales pueden ser consultados en el Diario Oficial No. 49.376 del 26 de diciembre de 2014.

2. Decisión:

Primero

Declarar EXEQUIBLE la Ley 1747 de 2014 “Por medio de la cual se aprueba el ‘Acuerdo de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Corea’, firmado en Seúl, República de Corea, el 21 de febrero de 2013”.

Segundo

Declarar EXEQUIBLE el “Acuerdo de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, firmado en Seúl, República de Corea, el 21 de febrero de 2013”, salvo el literal A, numeral 2 del Anexo 8C del Acuerdo de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, que se declara EXEQUIBLE con la condición de que se interprete que el plazo allí establecido

tiene el carácter de una orientación de política exterior a las autoridades competentes, por cuanto las competencias constitucionales autónomas del Banco Emisor no pueden tener las restricciones allí previstas conforme al artículo 371 de la Constitución. En consecuencia, ORDENAR al Presidente de la República que al manifestar el consentimiento del Estado colombiano en obligarse por este tratado mediante el depósito del instrumento de ratificación, formule esta declaración interpretativa.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte determinó que la revisión formal de constitucionalidad del instrumento y de su ley aprobatoria, muestra que se cumplieron las reglas y subreglas jurisprudenciales establecidas para las fases: (i) previa gubernamental: que acreditó la



representación válida del Estado colombiano por el entonces Ministro de Comercio, Industria y Turismo, Sergio Díaz-Granados Guida, en la negociación, celebración y suscripción del instrumento internacional, así como en su aprobación y remisión al Congreso de la República por parte del Presidente de la República. Así mismo, del contenido del tratado no se derivó la obligación de agotar el mecanismo de consulta previa; (ii) legislativa: en la que se verificó el cumplimiento del procedimiento legislativo establecido para las leyes ordinarias y en especial, la exigencia de anuncio previo conforme el artículo 160 de la Constitución, los quórum deliberatorios y decisorios de los debates legislativos; y (iii) posterior gubernamental: que consagra el deber del Presidente de la República de sancionar la ley y remitirla a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes, en cumplimiento del artículo 241.10 de la Constitución Política.

En cuanto al contenido material del “Acuerdo de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Corea”, firmado en Seúl el 21 de febrero de 2013, la Corporación lo encontró ajustado a la Constitución.

En relación con la constitucionalidad de las zonas de libre comercio, la Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades, en las que ha considerado que dicha medida se erige en una herramienta de integración y desarrollo económico que no contradice per se, los postulados de la Carta Política. Se trata de un instrumento que promueve la integración económica del Estado colombiano con otras naciones, y propicia las relaciones exteriores del Estado en el marco de la soberanía nacional, el respeto a la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

Sobre las cláusulas específicas del tratado examinado, la Corte efectuó un análisis de manera separada para concluir en su constitucionalidad a priori, sin perjuicio de que desarrollos legislativos concretos del instrumento puedan conducir a infracciones de los postulados y preceptos constitucionales, salvo respecto del literal A, numeral 2 del Anexo 8C del Acuerdo, en relación con el cual la Corte ordena al Presidente de la República formule una declaración interpretativa, que preserve la estipulación acordada pero de

manera compatible con la Constitución Política de Colombia. En particular, la Corte encontró que el plazo que allí se establece para que el Banco Emisor en cada Estado parte adopten o mantengan medidas temporales de salvaguarda, respecto de pagos y movimientos de capital en situaciones de dificultades o amenaza de crisis de balanza o desequilibrios macroeconómicos, desconoce la competencia constitucional de la Junta Directiva del Banco de la República, en materia de regulación de cambios internacionales y la fijación de sistemas de cambio, dentro del ámbito de la autonomía que consagra el artículo 371 de la Carta Política. En consecuencia, se declaró la exequibilidad del Acuerdo, salvo lo estipulado en el literal A, numeral 2 del Anexo 8C, respecto del cual se condicionó a que se interprete que el plazo allí establecido tiene el carácter de una orientación de política exterior a las autoridades competentes y en este sentido, el Presidente de la República, al momento de manifestar el consentimiento del Estado colombiano en obligarse por este Acuerdo mediante el depósito del instrumento de ratificación, formule la respectiva declaración interpretativa.

4. Salvamentos parciales y aclaraciones de voto

Los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y Gloria Stella Ortiz Delgado manifestaron su salvamento de voto parcial en relación con la declaración interpretativa. En su concepto, por las mismas razones de constitucionalidad que la Corte ha expuesto en anteriores oportunidades en relación con cláusulas similares pactadas en varios acuerdos de libre comercio celebrados por Colombia –entre otros el celebrado con la Unión Europea– consideraron que la limitación acordada en el literal A, numeral 2 del Anexo 8C del Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Corea ha debido ser declarada exequible, sin ordenar una declaración interpretativa.

Observaron que por su naturaleza, los tratados de libre comercio siempre acuerdan por regla general,



la libre transferencia de pagos y movimientos de capital, estipulación que la Corte ha considerado no atenta contra las funciones constitucionales ni la autonomía de la Junta Directiva del Banco de la República. Señalaron que el literal A, numeral 2 del Anexo sujeto a una declaración interpretativa, constituye una excepción a esa regla general, por lo cual la autorización para ejercer la facultad que limita tales pagos y giros de capital es temporal. Por consiguiente, no se entiende que la regla general sea constitucional, mientras que una excepción temporal no lo sea.

Los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado y Alberto Rojas Ríos anunciaron aclaraciones de voto sobre algunos de los temas analizados en esta sentencia sobre los cuales tienen una posición individual. Los magistrados María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio, así como la conjez Catalina Botero Marino, se reservaron la posibilidad de presentar aclaraciones de voto.

Actualidad

Comunicado No. 13 Corte Constitucional abril 6 y 7 de 2016

La Corte Constitucional declaró exequible el Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, pues tanto en su trámite como en su contenido se ajustan plenamente a lo previsto en la Constitución

Fecha: Abril 6 y 7 de 2016

1. Norma revisada: Ley 1763 de 2015, por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica”, suscrito en Cali, República de Colombia el 22 de mayo de 2013.

2. Decisión:

Primero

Declarar EXEQUIBLE la Ley 1763 de 2015, “Por medio de la cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, suscrito en Cali, República de Colombia el 22 de mayo de 2013”.

Segundo

Declarar EXEQUIBLE el Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica”, suscrito en Cali, República de Colombia el 22 de mayo de 2013.

3. Síntesis de los fundamentos

Examinado el curso seguido por el instrumento internacional y de su ley aprobatoria, la Corte constató que se cumplieron cabalmente las etapas, requisitos y procedimiento establecido en la Constitución, así como las reglas y subreglas jurisprudenciales establecidas para las fases: (i) previa gubernamental: se acreditó la representación válida del Estado colombiano, en la negociación, celebración y suscripción del instrumento

internacional, como también, su aprobación y remisión al Congreso por parte del Presidente de la República. Así mismo, del contenido del Tratado no se derivó la obligación de agotar el mecanismo de consulta previa a las comunidades étnicas; (ii) legislativa: en la que se verificó el cumplimiento del procedimiento legislativo establecido para las leyes ordinarias y en especial, las respectivas publicaciones, el anuncio previo exigido en el artículo 160 de la Carta y los quórum deliberatorio y decisorios requeridos en los debates legislativos; y (iii) posterior gubernamental, que consagra el deber del Presidente de la República de sancionar la ley y remitirla a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes, en cumplimiento del artículo 241.10 de la norma superior.

De igual modo, en cuanto al contenido material del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Costa Rica (2013) aprobado mediante la ley bajo examen, el Tribunal no encontró contradicción alguna con las normas superiores. Acorde con los lineamientos que la jurisprudencia constitucional ha señalado en esta categoría de tratados internacionales, los mecanismos, instrumentos y medidas estipuladas para fortalecer los vínculos

de amistad y cooperación entre ambos países, promover su desarrollo económico a través de la creación de mercado más amplios y seguros, la previsión de reglas claras para el intercambio comercial, la promoción y protección de las inversiones y de la competitividad de las empresas, así como la creación de oportunidades de empleo, la reducción de la pobreza y la mejora en la calidad de vida de los asociados, corresponden a los fines esenciales del Estado colombiano consagrados en el artículo 2° de la Carta, la promoción de la integración latinoamericana y del Caribe (art. 9° C.Po.), el derecho al trabajo (art. 25 C.Po.), la propiedad privada (art. 58 C.Po.), el fomento de la ciencia y la tecnología (art. 71 C.Po.), el derecho al ambiente sano (art. 79 C.Po.), el manejo y aprovechamiento de los recursos en cabeza del Estado, para garantizar su desarrollo sostenible (art. 80 C.Po.), el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población como finalidades sociales del Estado (art. 366 C.Po.).

En relación con la constitucionalidad de las zonas de libre comercio, la Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades, en las que ha considerado que dicha medida se erige en una herramienta de integración y desarrollo económico que no contradice per se, los postulados de la Carta Política. Se trata de un instrumento que promueve la integración económica del Estado colombiano con otras naciones, y propicia las relaciones exteriores del Estado en el marco de la soberanía nacional, el respeto a la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De la misma manera, las medidas adoptadas en materia aduanera, procedimientos de origen, sanidad y fitosanidad, obstáculos técnicos de comercio, defensa comercial, propiedad intelectual, contratación pública, política de competencia y de protección al consumidor, trato nacional, expropiación, conflictos inversionista-Estado, transferencias, comercio transfronterizo de servicios, servicios financieros, telecomunicaciones, comercio electrónico, entrada temporal de personas

de negocios y solución de controversias fueron analizadas por el Tribunal de manera separada para concluir en su constitucionalidad a priori, sin perjuicio de que desarrollos legislativos concretos del Tratado puedan conducir a infracciones de los postulados y preceptos constitucionales.

Con fundamento en lo anterior, la Corte procedió a declarar exequibles, tanto el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Costa Rica el 22 de mayo de 2013, como la Ley 1763 de 2015 aprobatoria del mismo.

4. Aclaraciones de voto

Los magistrados María Victoria Calle Correa, Alejandro Linares Cantillo, Jorge Iván Palacio Palacio, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva anunciaron la presentación de sendas aclaraciones de voto relativas a temas puntuales analizados en la senten

La carencia de certeza y suficiencia de los cargos de inconstitucionalidad planteados respecto de una regla de los remates, no permitió a la corte proferir un pronunciamiento de fondo.





2016 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Todos los derechos reservados
Calle 28 No. 13A - 15 PBX: (+571) 6067676
Fax: (+571) 6067522
consultasoali@mincit.gov.co
www.mincit.gov.co
Bogotá, Colombia



**MINCOMERCIO
INDUSTRIA Y TURISMO**



**TODOS POR UN
NUEVO PAÍS**

PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN