ACUERDOS

Revista de Derecho Económico Internacional

Edición 3 2015 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

Cecilia Álvarez - Correa Glen
Ministra de Comercio Industria y Turismo

Mariana Sarasti Montoya
Viceministra de Comercio Exterior

Nicolás Torres Álvarez
Jefe Oficina de Asuntos Legales Internacionales

Maria Elisa Abril Barreto
Andrés Felipe Esteban
Luis Carlos Ramírez
Nicolás Torres Álvarez
Laura Veloza Blanco
Editores Comité Editorial

Maria Elisa Abril Barreto
Coordinadora Comité Editorial

Nicolás Torres Álvarez
Director Comité Editorial

Juan Antonio Aulí Gómez
Santiago Torres Borda
Diseño y Diagramación

Publicación Digital

2015 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Todos los derechos reservados

Calle 28 No. 13A - 15 PBX: (+571) 6067676

consultasoali@mincit.gov.co

Bogotá, Colombia

MINCOMERCIO
INDUSTRIA Y TURISMO

TODOS POR UN NUEVO PAÍS
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

Contenido

4 Editorial

Mariana Sarasti Montoya

Viceministra de Comercio Exterior

7 Artículos

8 Algunas reflexiones sobre el proceso de negociación del Acuerdo Comercial con la Unión Europea

Santiago Pardo

13 La solución amistosa de controversias inversionista-Estado

Hernando Otero

22 La solución de diferencias en el comercio multilateral y los medios alternativos de solución de diferencias

Fernando Piérola Castro

42 Las distinciones reglamentarias legítimas bajo el Artículo 2.1 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio

José Francisco Mafla y Juan Camilo Bernate

56 Aspectos aduaneros del tratado de libre comercio con Estados Unidos

Ingrid Magnolia Díaz Rincón

69 Conceptos

70 Aplicación de algunas disposiciones del Programa de Fomento a la Industria Automotriz (PROFIA).

74 Estatus de los Acuerdos de Reconocimiento Mutuo

79 Interpretación sobre los procedimientos de verificación de origen por parte de la DIAN para

86 Reglamentos Técnicos vigentes sobre marcado y etiquetado permanente de las confecciones y el

88 Facultades de la Comisión de Libre Comercio del Protocolo Adicional del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

98 Certificado de origen pulpa de maracuyá.

103 Reglamentación cupos lácteos bajo el ACE 59

107 Consulta de ASOCAÑA sobre el derecho a recibir preferencia arancelaria para exportaciones de azúcar bajo el acuerdo comercial con EFTA y puesto en vigor con Suiza

110 Memorando de Entendimiento entre El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia y el Ministerio de Cultura y Turismo de la República de Turquía sobre Cooperación en el Campo del Turismo

111 Compromisos MSF en el TLC COL-UE

114 Cronogramas de desgravación en el TLC COL-AELC

122 Clasificación arancelaria de la mercancía "Carne de pollo mecánica-ente separada – Pasta de pollo"

125 Cláusula de preferencia maíz amarillo

129 Impuesto a reparación de buques

133 Certificados de origen de teléfonos celulares

136 Mercancías remanufacturadas

141 Actualidad

142 Decreto 1750 de 2015

144 Informe del Grupo Especial en el caso Argentina — Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios (WT/DS453/R)

147 "El comercio ilícito es el lado oscuro del comercio mundial"

151 Comunicado No. 43. Corte Constitucional. Septiembre 30 de 2015
Expediente LAT 437 – Sentencia C-620/15 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

150 Comunicado No. 43. Corte Constitucional. Septiembre 30 de 2015

Editorial

Me complace presentar el tercer número de la revista de Derecho Económico Internacional *Acuerdos,* publicación que el Ministerio, por conducto de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales, viene ofreciendo desde el año 2014, como un espacio de información jurídica y académica, por medio del cual se difunden los conceptos, análisis interpretativos y artículos de interés de esa Oficina, en relación con los Acuerdos Comerciales Internacionales, así como de información en materia de temas de actualidad que atañen a las funciones del sector comercio.

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

Los Tratados de Libre Comercio son las vías por las que echaremos a andar vagones cargados de lo mejor de nuestra industria, competitiva e innovadora, hacia los mercados internacionales. En la actualidad, sin duda, su mejor aprovechamiento será clave en la consolidación del proceso de apertura de la economía colombiana. A tales fines, la articulación armónica entre la industria y las entidades del sector comercio será decisiva en el logro de las metas de exportaciones no minero energéticas superiores a los USD$ 30 mil millones para 2018.

Ese esfuerzo debe desarrollarse intersectorialmente y cubrir varios frentes. En ese contexto es útil para los empresarios conocer la información especializada contenida en esta revista. *Acuerdos* busca hacer visibles entre los agentes económicos el sentido de las oportunidades y ventajas que otorgan los

Tratados de Libre Comercio.

En este tercer número contamos con valiosos aportes de expertos y académicos nacionales e internacionales desde su área de conocimiento. Vale la pena mencionar los artículos de los doctores Santiago Pardo, ex jefe negociador de este Ministerio, experto en comercio y relaciones internacionales; Hernando Otero y Fernando Piérola, juristas expertos en arbitraje de inversión y solución de controversias en el sistema OMC; Ingrid Díaz, jurista experta en derecho aduanero y comercio internacional; así como José Francisco Mafla y Juan Camilo Bernate, juristas expertos en comercio internacional e inversión extranjera.

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

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 información.

Mariana Sarasti Montoya
Viceministra de Comercio Exterior

01 Artículos

Algunas reflexiones sobre el proceso de negociación del Acuerdo Comercial con la Unión Europea

Santiago Pardo[1]

[1]Director para Asia de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Se desempeñó como Jefe Negociador en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo entre octubre de 2008 y julio de 2011. Economista de la Universidad de Los Andes y Master en Relaciones Internacionales de la Universidad de Columbia en Nueva York.

Resumen

El proceso reciente de acercamiento comercial de Colombia con la Unión Europea (UE) ha tenido como contexto una esfera que va más allá de lo económico, al contarse con instrumentos anteriores sobre diálogo político y cooperación, y al estar fuertemente influenciado por la relación región a región entre la Unión Europea y la Comunidad Andina (CAN). El artículo presenta las razones que llevaron a Colombia a lograr el cambio en el esquema de negociación del Acuerdo entre la CAN y la UE, y determina que, en perspectiva, el curso de acción adoptado por el Gobierno Colombiano fue el indicado para los intereses nacionales.

Palabras clave: Acuerdo Comercial, Colombia, Unión Europea, Comunidad Andina.

Introducción

Colombia finalizó la negociación del Acuerdo Comercial con la Unión Europea en marzo de 2010, para luego, en mayo del mismo año, presentarse protocolariamente la culminación del proceso de negociaciones en la VI Cumbre Unión Europea - América Latina en Madrid, España.

Como un todo, las negociaciones se desarrollaron durante casi cuatro años, en dos etapas. La primera etapa se desarrolló bajo un esquema bloque a bloque entre la Comunidad Andina (CAN), cuyos miembros son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, y la Unión Europea (UE), durante los años 2007 y 2008 y fue encabezada en Colombia por Ricardo Duarte (q.e.p.d.) y la segunda etapa en los años 2009 y 2010 bajo un esquema multipartito por parte de los países andinos, que me correspondió liderar.

Luego del cierre de las negociaciones, continuaron los pasos subsiguientes, como la firma del Acuerdo en junio del año 2012, y su aplicación provisional desde agosto del año 2013. A la fecha, el Acuerdo lleva algo más de dos años de operación efectiva para los agentes económicos. Si bien, este periodo no es lo suficientemente extenso para ofrecer conclusiones definitivas sobre los efectos que son atribuibles al Acuerdo, las evaluaciones iniciales son positivas en cuanto al crecimiento y diversificación del comercio en ambas vías.[2]

De otra parte, luego de varios años de culminado el proceso de negociación, resulta pertinente considerar algunas reflexiones sobre las decisiones adoptadas durante el desarrollo del mismo. En perspectiva, resultó oportuna la determinación del Gobierno Colombiano de buscar eficazmente a finales del año 2008, que la Unión Europea aceptara un cambio en el esquema inicial de la negociación.

Análisis

Como antecedente a la negociación, en cuanto al diálogo político y cooperación, la CAN y la UE habían suscrito un Acuerdo sobre dichas materias en el año 2003. En el plano comercial, la relación preferencial de la UE con los países andinos se basaba en las preferencias unilaterales del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP Plus) que otorga la UE a los países en desarrollo.

Desde el año 2006, se buscó concretar una negociación entre la CAN y la UE como parte

[2]Delegación de la UE para Colombia y Ecuador. Sección de Comercio. Enero de 2015. Comercio de bienes entre la UE y Colombia. Recuperado de http://eeas.europa.eu/delegations/colombia/documents/press_corner/25-02-15-publicacion-primer-ano-de-entrada-en-vigorac-final-alta-resolucion.pdf

de una agenda más amplia que pretendía lograr un Acuerdo de Asociación que incorporara además de lo comercial, las áreas de diálogo político y cooperación, tal como lo había efectuado la UE con otros países o grupos de países.

Para el desarrollo de la negociación, en junio de 2007 la Comunidad Andina adoptó la Decisión 667, que reconocía explícitamente la existencia de diferentes niveles de desarrollo entre la CAN y la UE, y dentro de los miembros de la CAN, donde se aceptó que no obstante el proceso sería conjunto entre la CAN y la UE, Bolivia y Ecuador buscarían un trato especial y diferenciado en los compromisos a ser suscritos, frente a la UE.

En su momento, Colombia consideró como positivo avanzar en el Acuerdo, no solo para intensificar los lazos con la Unión Europea, sino como un medio para fortalecer la CAN, ya de por sí afectada con el retiro de Venezuela en el año 2006.

Así, entonces, en septiembre de 2007 comenzaron en Bogotá las negociaciones del Acuerdo de Asociación entre la CAN y la UE, donde los tres pilares de comercio, diálogo político y cooperación hacían parte del proceso.

Luego de tres rondas de negociación bajo el esquema bloque a bloque que resultaron en pocos avances, desde abril del año 2008 el proceso se estancó dadas las diferencias en los temas comerciales entre, por un lado Colombia y Perú y por otro Ecuador y Bolivia. Este último país, había expresado anteriormente que no podría suscribir los capítulos sobre propiedad intelectual, servicios, establecimiento (inversión), y compras públicas. Por su parte, Ecuador se apartó de Colombia y Perú en cuanto a las propuestas en Acceso a Mercados en Bienes, Compras Públicas, Propiedad

Intelectual y Desarrollo Sostenible

Desde ese momento, y hasta finales del año 2008, se mantuvieron numerosas reuniones de técnicos, jefes negociadores, ministros de comercio, cancilleres e incluso presidentes,

tanto al interior de la Comunidad Andina como con la Unión Europea. En todas estas reuniones, los países andinos, e incluso la Unión Europea, intentaron acercar sus posiciones.

En la medida en que se profundizó en las discusiones, se hizo evidente que más que diferencias en los temas puntuales en negociación del Acuerdo, los países andinos divergían en cuanto a su visión de modelos de desarrollo económico y en la manera como cada uno consideraba que se debía adelantar su inserción en el escenario internacional.

Ante esta situación, Colombia y Perú le plantearon a la Unión Europea la necesidad de permitir una negociación flexible, que posibilitara que los países andinos pudieran plasmar sus diferencias y avanzar a su propio ritmo. Bolivia mantuvo la posición que se debía conservar la negociación en bloque por parte de los andinos.

Finalmente, y dada la particular insistencia de Colombia acompañada por Perú, en enero de 2009 se acordó con la Unión Europea adelantar la negociación del pilar comercial bajo un nuevo formato multipartito. El nuevo formato se adelantaría con los países andinos que compartieran el objetivo de lograr un único acuerdo comercial ambicioso, completo, equilibrado y compatible con la Organización Mundial del Comercio y en el cual se tendrían en cuenta las particularidades de cada país. Lo anterior de plano eliminaba la posibilidad que un país andino ejerciera veto alguno sobre las posiciones de los demás o que pudiera atrasar el proceso como sucedió bajo el esquema inicial.

El cambio en el formato de negociación para el pilar comercial fue facultado en el caso de la UE por la autorización del Consejo a la Comisión de la UE, el 19 de enero del año 2009. Éste, no obstante, también autorizó a la Comisión para adelantar la profundización del Acuerdo de Dialogo Político y Cooperación de 2003, bajo el formato de bloque a bloque, CAN - UE.

Colombia, por su parte, había notificado a la

Secretaría de la CAN, desde el 18 de Noviembre de 2008, su voluntad de adelantar negociaciones con la UE, ya no bajo el formato bloque a bloque, sino cumpliendo con lo dispuesto en la Decisión 598 de la CAN. Esta Decisión permite negociaciones por parte de los países andinos de manera individual, bajo algunas consideraciones como la de preservar el ordenamiento jurídico andino en las relaciones entre los miembros de la CAN, y la de tomar en cuenta las sensibilidades comerciales de los otros países andinos en las ofertas de liberación comercial, entre otras.

Colombia argumentó en su momento ante la Secretaría de la CAN que no era necesaria una nueva Decisión de la CAN para adelantar la negociación con la UE bajo un formato diferente, como lo propuso Bolivia.

El tiempo le ha dado la razón a la decisión de Colombia de haber buscado activamente el cambio en la modalidad de la negociación, puesto que, una vez definida la misma, las negociaciones transcurrieron con mayor celeridad. La primera ronda inició en febrero de 2009, en la cual participaron Colombia, Ecuador y Perú, finalizando el proceso con la UE en un poco más de un año en la novena ronda en marzo de 2010, por parte de Colombia y Perú.

Ecuador, no obstante comenzó la negociación en el nuevo formato, abandonó el proceso de en la V Ronda en julio de 2009, debido a la diferencia de opiniones dentro del Gobierno Ecuatoriano sobre la conveniencia de asumir el tipo de compromisos que estaban en discusión. Dada la importancia para Ecuador de contar con un esquema permanente de relacionamiento preferencial con la UE, al igual que lo habían logrado ya dos de sus socios andinos, posteriormente en enero de 2014 reinició conversaciones con la UE para finalmente en julio del mismo año concretar su acceso al Acuerdo culminado inicialmente por Colombia y Perú, el cual, sin embargo, está aún en proceso para ser aplicado para Ecuador.

Actualmente, Bolivia continúa con su posición de no negociar un Acuerdo con la UE, por lo que se encuentra en condiciones desfavorables frente a los demás países andinos en el tratamiento preferencial en el mercado europeo.

Conclusión

La decisión pragmática del Gobierno Colombiano de buscar activamente el cambio del formato de negociación no afectó como tal el proceso de integración de la CAN, más allá de sincerar la imposibilidad de desarrollar negociaciones conjuntas. Esto le permitió a Colombia definir de mejor manera sus posiciones de negociación y culminar más expeditamente el proceso, con lo que los beneficios del Acuerdo para el país se concretaron en un menor tiempo.

La solución amistosa de controversias inversionista-Estado

Hernando Otero[1]

[1]Hernando Otero es profesor asociado adjunto de arbitraje, mediación y negociación en el *Washington College of Law* de *American University* en Washington D.C. y mediador en la Corte Superior del Distrito de Columbia. Se ha desempeñado como árbitro ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París, y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (CAC). Ha actuado también como abogado de parte en procesos de derecho internacional bajo el Convenio CIADI, su Mecanismo Complementario y las reglas de arbitraje de la CNUDMI. Hace parte de la base de datos de árbitros de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), del panel de árbitros del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), de la Lista A de altas cuantías del CAC y también de su lista cerrada de árbitros internacionales. Ha sido coeditor y coautor de dos libros recientes en estas materias con la editorial internacional Brill: "*Latin American Investment Protections*" (2012) y "*Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitral Awards in Latin America*" (2014). Tiene licencia para ejercer la abogacía en el estado de Nueva York y en el Distrito de Columbia en los Estados Unidos y en la República de Colombia.

Resumen

La solución de controversias inversionista-Estado bajo los TLCs y APPRIs de los que es parte Colombia debe, en todos los casos, contemplar la solución amistosa como paso previo o complementario al arbitraje internacional. Con esto en mente, este artículo recoge elementos relevantes del estado actual de mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) como la mediación y la conciliación en el campo internacional con el objeto de informar y promover su uso. Para ello, el autor se vale de algunas consideraciones prácticas de su experiencia como abogado de parte y árbitro en este tipo de controversias.

Palabras Clave: Mediación, Conciliación, CNUDMI, Arbitraje, Inversión, Inversionista.

Introducción

Con el número creciente de tratados de libre comercio (TLCs) y acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRIs) de los que es parte Colombia, es probable que el país enfrente un reclamo de un inversionista que alegue que el Estado le ha causado un daño a su inversión y reclame una compensación del mismo ante un tribunal arbitral internacional. Esta eventualidad no es inesperada y, en los últimos años, el país se ha preparado para ella. Aun cuando la complejidad de las denominadas controversias inversionista-Estado no ha aumentado en realidad, sí ha sido este el caso de los servicios profesionales de arbitraje que ofrece el mercado para atenderlas y del tiempo y los costos para resolverlas. Por esto, es importante que las partes en controversia contemplen todo el espectro de mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC).

1. La solución de controversias con inversionistas debe ir más allá del arbitraje

Es cierto que mucho ha transcurrido en materia de solución de controversias inversionista-Estado desde que los primeros TLCs y APPRIs fueron negociados, particularmente en materia de arbitraje internacional[2]. Esto es evidente de forma dramática de una simple comparación del APPRI Colombia-España (firmado en 2005), con el TLC Colombia-EE.UU (Capítulo X; firmado en 2006). Sin embargo, el exhorto a las partes en controversia para que procuren solucionar su controversia de manera amistosa se ha mantenido más o menos constante. Pensando en los flujos actuales y futuros de inversión extranjera directa del país, no sobra exaltar lo que se dispone al respecto en el TLC Colombia-EE.UU: "*En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimiento de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes.*"

[2]Para un estudio del régimen internacional de la protección de las inversiones en Colombia, ver Hernando Otero y Enrique Gómez-Pinzón, "Colombia" en Hamilton, Jonathan C., Omar E. García-Bolívar, and Hernando Otero, eds. *Latin American investment protections: Comparative perspectives on laws, treaties, and disputes for investors, states and counsel*. Brill, 2012.

Para efectos de este artículo, no es necesario entrar a detallar lo que han dicho algunos tribunales arbitrales internacionales al respecto de este tipo de disposiciones. Basta con resumir que usualmente gira en torno a si el agotamiento de los MASC autocompositivos es una condición del consentimiento del Estado al arbitraje internacional y a la conducta de las partes frente al mismo[3]. Más allá de la consideración usual de cómo agotar la etapa de solución amistosa con el fin de acceder al arbitraje internacional, el verdadero reto para las partes en controversia es el de alinear oportunamente los incentivos de sus abogados con la defensa de sus intereses, con el fin de elegir informadamente uno o más MASC que sean adecuados para cada controversia.

Por eso, incluso ante una notificación de intención de someter una controversia al arbitraje o a la notificación de arbitraje misma, las partes en controversia no deben desechar sin más otros MASC sin una comprobación previa de hechos y un peritaje del estado del derecho aplicable. Estas labores idealmente las deben llevar a cabo personas que no vayan a percibir un beneficio

[3]En todo caso, algunos casos recientes incluyen los siguientes: *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, Caso CIADI. No, ARB/11/28, decisión de jurisdicción, 5 marzo 2013; *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. Libya and others*, Laudo Final, 22 marzo 2013; *Enkev Beheer B.V. v. Republic of Poland*, PCA Case No. 2013-01, Laudo parcial, 29 abril 2014.

económico de representar a las partes en un arbitraje posterior, salvo, por supuesto, en el caso que dichos expertos terminen ejerciendo una interventoría durante el mismo. Una vez completados estos pasos, las partes deben darle la consideración debida a la solución amistosa de su controversia. Contrario a lo que frecuentemente se dice, los riesgos de revelar información que perjudique los intereses individuales de las partes en un arbitraje posterior son menores y previsibles.

2. Los usuarios del arbitraje internacional ya buscan alternativas

La encuesta anual sobre arbitraje internacional de Queen Mary University of London proporciona datos interesantes[4]. En la encuesta de 2015, 90% de las personas consultadas afirmaron que el arbitraje era el método preferido para solucionar sus controversias internacionales. El 34% sin embargo, eligió el arbitraje conjuntamente con otro MASC. De los mecanismos restantes, la mediación fue la opción preferida por el 5% de los encuestados. Otros indicadores en la encuesta también presentan escenarios interesantes. El 60% de los encuestados a la pregunta de lo que podrían hacer mejor los apoderados de las partes en un arbitraje, opinaron que estos podrían estimular el acuerdo entre las partes incluyendo a través de la mediación.[5]

La encuesta también revela la mayor preocupación de las partes que eligen el arbitraje internacional y que probablemente motiva que crecientemente consideren otros MASC para resolver sus controversias. El 68% de los encuestados respondieron que son los costos relacionados con su participación. Más concretamente, los costos relacionados con su participación a través de sus abogados. En efecto, un estudio de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París sobre casos de arbitraje en su institución, que se surtieron hasta el laudo arbitral en 2003 y 2004, reveló que en promedio el 82% de los costos estuvieron relacionados con la presentación de su argumentos, incluyendo desembolsos a sus abogados (honorarios y gastos) y, a través de los mismos, a peritos o expertos de parte. Un 16% adicional resultaron de los honorarios y gastos de los árbitros y tan sólo un 2% estuvo relacionado con los costos administrativos del centro de arbitraje.[6]

Con esto en mente, las principales instituciones prestadoras de MASC a nivel global han introducido cambios a sus reglas de arbitraje. Por ejemplo, el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD) de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) en su nuevo reglamento de arbitraje de junio de 2014, le impone a las partes una obligación frente a la tramitación del proceso así: *"Las partes deberán hacer*

[4]Queen Mary University of London, "2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration", octubre 2015. Ver http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf

[5]El 51% de estos, sin embargo, les pareció que la mediación no debería interrumpir el proceso arbitral.

[6]Cámara de Comercio Internacional (ICC Arbitration Commission), "Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration: Report from the ICC Commission on Arbitration", 2007. Ver https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/ICC_arbitration_TimeCost_Arbitration1.pdf

todos los esfuerzos para evitar retrasos y costos innecesarios en el arbitraje. El tribunal arbitral puede asignar costos, hacer inferencias adversas, y tomar las acciones adicionales que sean necesarias para proteger la eficiencia e integridad del arbitraje." [7] Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de enero de 2012 establece respecto de la conducción del arbitraje lo siguiente: *"El tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia."* [8]

[Ver tabla en la siguiente página]

3. Hay campo para otros MASC en las controversias inversionista-Estado

Para efectos de las controversias entre inversionistas y Estados, las estadísticas que a su vez publica el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), [10] parecen también sugerir que hay un espacio creciente para MASC diferentes al arbitraje internacional. De acuerdo con estas estadísticas, desde su creación solo en el 64% de las solicitudes de arbitraje registradas, la controversia fue decidida por el tribunal arbitral. De estas, en el 45% de los casos el laudo halló total o parcialmente justificadas las

reclamaciones; en el 29%, el laudo halló sin lugar las reclamaciones y en el 25% el tribunal declaró no tener jurisdicción para resolver el caso. Aun cuando de más de la mitad de los casos (54%, que resulta de la suma de las dos últimas categorías), se podría concluir que para el Estado valió la pena llevar la controversia al arbitraje, es importante también darle una interpretación práctica a estos números. Este 54% es probable que haya exigido de las partes un compromiso de millones de dólares (incluso cuando se prescinde de la contratación de abogados externos) y de años de trabajo.[11] Adicionalmente, en mi opinión las exigencias del procedimiento arbitral, frecuentemente llevan a que las partes abandonen la consecución de una resolución negociada bajo su control y a ponerse exclusivamente en manos del tribunal arbitral.

Con frecuencia se escucha que las

[7] Asociación Americana de Arbitraje (Centro Internacional para la Resolución de Disputas), "Procedimientos Internacionales de Resolución de Disputas (Incluyendo el Reglamento de Mediación y de Arbitraje)", junio de 2014, Artículo 20, inciso 7. En este mismo sentido ver las disposiciones 20(2), 21(8) y 21 (9). Ver www.icdr.org

[8] Cámara de Comercio Internacional (Corte Internacional de Arbitraje-Centro Internacional de ADR), "Reglamento de Arbitraje", noviembre 2013, Artículo 21, inciso 1. En este mismo sentido ver las disposiciones 22.2, 24.1 y 24.3 y el Apéndice IV sobre Técnicas para la Conducción del Caso. Ver http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/

[10] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, "Carga de Casos del CIADI – Estadísticas", Edición 2015-2. Ver https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(Spanish).pdf

11 Allen & Overy, "Investment Treaty Arbitration: How much does it cost? How long does it take?", febrero 2014. Ver http://www.allenovery.com/publications/en-gb/Pages/Investment-Treaty-Arbitration-How-much-does-it-cost-How-long-does-it-take-.aspx

	CCI	CIRD	CIADI (Convenio + Reglas de Conciliación)
En cuanto al mediador	*Art. 7(3) - Al establecer y conducir la mediación, el Mediador deberá guiarse por los deseos de las partes, a las que tratará con equidad e imparcialidad.*	*Art. 7(1) El mediador conducirá la mediación basándose en el principio de la auto-determinación de las partes. La auto-determinación se define como la acción por la que las partes alcanzan, de forma libre e informada, una decisión voluntaria y no impuesta acerca del proceso y de su resultado*	*Art. 34(1) - (1) La Comisión deberá dilucidar los puntos controvertidos por las partes y esforzarse por lograr la avenencia entre ellas, en condiciones aceptables para ambas.*
En cuanto a las partes	*Art. 7(3) - Cada parte actuará de buena fe durante toda la Mediación*	*Art. 8 (2) - Antes y durante la(s) conferencia(s) de mediación programadas las partes y sus representantes harán sus mejores esfuerzos, según las circunstancias de cada parte, para prepararse y participar en una mediación significativa y productiva.*	*Art. 34 (1) - Las partes colaborarán de buena fe con la Comisión al objeto de posibilitarle el cumplimiento de sus fines y prestarán a sus recomendaciones la máxima consideración.*[9]
En cuanto a la confidencialidad	*Art. 9(1)a - el Procedimiento, aunque no el hecho de que esté teniendo lugar, haya tenido lugar o vaya a tener lugar, es privado y confidencial;* *b) cualquier acuerdo de resolución entre las partes será confidencial, a menos que una de las partes tenga derecho a divulgarlo*	*Art. 10(1) - Sujeto a lo que disponga la ley aplicable o el acuerdo de las partes, la información de carácter confidencial puesta en conocimiento del mediador por las partes o por otros participantes (testigos o peritos) durante la mediación, no será divulgada por el mediador. El mediador mantendrá la confidencialidad de toda la información obtenida en la mediación. Todas las actas, informes y otros documentos recibidos por el mediador durante el desempeño de su cargo serán confidenciales*	*Regla 6(2) - (2) En la primera sesión de la Comisión, o antes, cada conciliador firmará una declaración cuyo texto será el siguiente:..." "Me comprometo a mantener con carácter confidencial toda la información que llegue a mi conocimiento a consecuencia de mi participación en este proceso, así como el contenido de cualquier informe preparado por la Comisión.* *Regla 15(1) - Las audiencias de la Comisión se realizarán en privado y, salvo que las partes acuerden otra cosa, permanecerán secretas.*

controversias Inversionista-Estado son muy complejas y políticamente sensibles para resolverse de otra manera. Aun cuando el número de solicitudes de iniciación conciliación ante el CIADI en su historia es menor, las estadísticas institucionales sugieren que no es así. En efecto, en el 36% de las solicitudes registradas por el CIADI desde su creación, la controversia fue resuelta por avenimiento de las partes o terminación del proceso. De estas, el 47% de las mismas fue a solicitud de ambas partes y en un 15% el acuerdo de avenimiento fue incorporado en un laudo a solicitud de las partes. Otras tantas, fueron resueltas bajo condiciones que sugieren que por una u otra razón la iniciación del proceso arbitral no fue la indicada o las partes perdieron la iniciativa frente al mecanismo arbitral: terminación del procedimiento a solicitud de una de las partes (27%), terminación del procedimiento por falta del pago requerido (8%), terminación del procedimiento por abandono de la instancia (2%), terminación del procedimiento por iniciativa del tribunal (1%).

4. La ejecución transfronteriza de acuerdos sigue siendo un problema

A nivel internacional, también se están empezando a dar pasos para abordar la que se percibe es la debilidad de la mediación y de la conciliación: el reconocimiento y ejecución transfronterizo de los acuerdos.[12]Este es un aspecto que ha sido resuelto en materia de arbitraje internacional mediante la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 (o Convención de Nueva York). [13] En efecto para muchos, la popularidad del arbitraje internacional en la actualidad para la solución de controversias internacionales está predicada sobre la Convención de Nueva York.[14] A la fecha no existe un equivalente en el mundo de la mediación y la conciliación internacional. En efecto, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Conciliación Comercial Internacional (2002), que abarca también la mediación,[15] deja en manos de los Estados este tema. Concretamente, la Ley Modelo simplemente establece: *"Si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución." A paso seguido aclara que "los Estados promulgantes podrán incorporar una descripción del medio de ejecución de los acuerdos de transacción o remitirse a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad.[16]"*

Dicho esto, en la actualidad también en la CNUDMI, los Estados miembros y otros Estados y organizaciones internacionales en calidad de observadores, deliberan sobre la modernización y armonización de las reglas del comercio internacional, entre ellas las de conciliación y mediación internacional. En el

[12]Micheal McIlwrath, "Convention on Enfocrcement of Mediated Settlements," julio 2014. Ver http://kluwerarbitrationblog.com/2014/07/07/uncitral-to-consider-proposal-for-convention-on-enforcement-of-mediated-settlements/

[13]Para una visión general del tema en 18 países de América Latina, ver Omar E. García-Bolívar y Hernando Otero, eds. "Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitral Awards in Latin America: Law, Practice and Leading Cases", Brill 2014.

[14]Ibid.

[15]De acuerdo con la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, "A los efectos de la presente Ley, se entenderá por "conciliación" todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros ("el conciliador"), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas."

[16]Artículo 14.

63° período de sesiones del Grupo II en Arbitraje y Conciliación en 2015[17] se estudió el tema de la ejecución de los acuerdos de transacción y se consideró, entre otras alternativas, la preparación de un borrador de convención sobre el reconocimiento y ejecución internacional de arreglos de transacción concertados mediante procedimientos de conciliación y mediación comercial internacional.[18] Al igual que la Convención de Nueva York en materia de arbitraje internacional, una posible convención en materia de acuerdos internacionales de mediación y conciliación no afectará la ejecución de acuerdos al amparo del Convenio CIADI, pero sí afectaría aquellos que se obtienen de los procesos de mediación institucional (e.g. CCI, CIRD, incluso del Mecanismos Adicional CIADI) y ad hoc.[19]

5. El Centro de Arbitraje y Conciliación en Bogotá es una alternativa interesante

La preocupación en torno a la ejecución transfronteriza de acuerdos de conciliación y mediación, como bien se sabe, no la tienen los centros de conciliación del país. Bajo la Ley 446 de 1998, "el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo." ¿Dicho esto, existe en el país una experiencia importante en materia de conciliación de grandes controversias comerciales? El Centro de Arbitraje y Conciliación (CAC) de la Cámara de Comercio de Bogotá es el proveedor privado de MASC más grande del país. Con un número de casos importante tiene reconocimiento a nivel nacional e internacional. Incluso, ha firmado un convenio con el CIADI en el cual se le habilita para adelantar procedimientos de arbitraje y conciliación de esta institución.

Las estadísticas del CAC en materia de conciliación comercial son notables.[20] En 2014 hubo 6,782 conciliaciones de este tipo (de un total de 9,460). Durante el primer semestre de 2015, esos número aumentaron; hubo 3,702 solicitudes de conciliación en materia comercial (de un total de 4,188). Los montos en controversia todavía están aumentando. Aunque una porción considerable estuvo constituida por controversias menores, en 2014 se conciliaron controversias de hasta $2.000.000.000. En materia de tiempo y costos los resultados también fueron interesantes. A partir de la radicación de la solicitud, la CAC procede a convocar y celebrar una primera audiencia en siete días hábiles. En 2014, hubo acuerdos conciliatorios el 81% de los casos.

Conclusiones

La solución de controversias inversionista-Estado bajo los TLCs y APPRIs de los que es parte Colombia debe en todos los casos contemplar la solución amistosa como paso previo o complementario al arbitraje internacional. Más allá de constituir simplemente una condición que debe agotarse de manera formal para acceder al arbitraje internacional en muchos de estos tratados, las partes en controversia deben llevar a cabo una

[17]63º período de sesiones, 7-11 de septiembre de 2015, [18]Viena-Austria.

[19]Ver A/CN.9/861 - Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor realizada en su 63º período de sesiones. Ver http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/2Arbitration.html

Bajo el Convenio CIADI, "las partes colaborarán de buena fe……y prestarán a sus recomendaciones la máxima consideración" (Art. 34(1)).

[20]Datos proporcionados por el Centro de Arbitraje y Conciliación (CAC) de la Cámara de Comercio de Bogotá el 20 de agosto de 2015 a solicitud del autor.

comprobación de hechos y un peritaje del estado del derecho aplicable para poder tomar decisiones informadas sobre uno o más de los MASC diferentes al arbitraje que puedan asistirles en la protección de sus derechos. En el ámbito internacional, de hecho tanto los usuarios del arbitraje internacional como las instituciones prestadoras de servicios internacionales de MASC están empezando a interesarse en MASC como la mediación y la conciliación cómo alternativas independientes o complementarias al arbitraje. En el ámbito nacional el CAC tiene la reputación internacional y la experiencia necesaria para constituirse en una opción interesante.

Bibliografía

- Asociación Americana de Arbitraje (Centro Internacional para la Resolución de Disputas), "Procedimientos Internacionales de Resolución de Disputas (Incluyendo el Reglamento de Mediación y de Arbitraje)", junio de 2014.
- Cámara de Comercio Internacional (Corte Internacional de Arbitraje-Centro Internacional de ADR), "Reglamento de Arbitraje – Reglamento de Mediación", noviembre 2013.
- Cámara de Comercio Internacional (ICC Arbitration Commission), "Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration: Report from the ICC Commission on Arbitration", 2007.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, "Carga de Casos del CIADI – Estadísticas", Edición 2015-2.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, "Convenio CIADI, Reglamento y Reglas", abril 2006.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial", junio 2002.
- Queen Mary University of London, "2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration", octubre 2015.

La solución de diferencias en el comercio multilateral y los medios alternativos de solución de diferencias

Fernando Piérola Castro[1]

1Abogado Principal del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, Ginebra, Suiza. Profesor de Solución de Diferencias en la OMC en el World Trade Institute, Universidad de Berna, Suiza; de Remedios Comerciales en la Maestría de Leyes, Universidad de Lausana, Suiza; y de Derecho de la OMC en la Maestría de Leyes, Universidad del Sarre, Alemania. Los puntos expresados en este artículo reflejan únicamente la opinión personal del autor y no de aquéllas organizaciones con las que está afiliado profesional o académicamente. El autor agradece a Ana María Garcés por su apoyo en la revisión de este artículo. Este artículo aparecerá en la publicación de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado, titulada "El Arbitraje Internacional Contemporáneo. Comercio e Inversiones". Se publica este documento con el consentimiento de dicha institución.

Introducción

En sus 20 años de existencia, el sistema de solución de diferencias en el comercio multilateral, bajo el régimen de la Organización Mundial de Comercio (OMC), ha demostrado un nivel de éxito incomparable en términos del volumen de casos tratados, con respecto a otros mecanismos de solución de diferencias entre gobiernos o estados.

Se han presentado 500 diferencias formales[2], lo cual conduce a un promedio aproximado de 25 por año. La composición de las partes en las diferencias ha sido diversa, comprendiendo reclamos planteados por países de mayor desarrollo relativo (países desarrollados) y por países de menor desarrollo relativo (países en desarrollo), incluyendo a los menos desarrollados del mundo (países menos adelantados).

Si bien el sistema ha sido relativamente exitoso, el procedimiento de solución de diferencias es uniforme y no necesariamente se acomoda a las sutilezas de cada disputa, en cuanto a la naturaleza política o jurídica de la diferencia, así como a la urgencia de los asuntos y la consideración de los remedios que son más apropiados. De ahí que surge la pregunta de si el sistema debería contemplar una mayor flexibilidad para la utilización de medios alternativos al mecanismo regular de solución de diferencias; y si incluso se debería promover una mayor utilización de estos medios.

Este artículo busca establecer algunas constataciones y reflexiones orientadas a responder estas preguntas. La primera sección describe los rasgos principales del sistema de solución de diferencias central. La segunda, muestra las distintas alternativas de solución de diferencias previstas en el sistema. La tercera sección se ocupa de una evaluación de la conveniencia de fomentar una mayor utilización de estos mecanismos.

I. La solución de diferencias en el comercio multilateral

La solución eficaz y pronta de las diferencias en el sistema comercial multilateral ha sido siempre una inquietud desde los inicios del propio sistema. Inicialmente se asentaba en dos disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT de 1947): los artículos XXII y XXIII. Estas normas establecían obligaciones generales de consultas y de tratamiento de reclamos vinculados a la aplicación de las demás normas del GATT de 1947. Sin embargo, su formulación bastante amplia deja muchos aspectos sin precisar, o visto de otra forma, oportunidades para llenar vacíos a través de la práctica.[3]

[2]Véase portal de internet de la OMC, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm, última visita 5 de diciembre de 2015.

[3]GATT de 1947, Artículo XXII: Consultas

1. Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá brindar oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo.

2. Las PARTES CONTRATANTES podrán, a petición de una parte contratante, celebrar consultas con una o más partes contratantes sobre toda cuestión para la que no haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1.

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 menosca

bada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

Estas generalidades pueden estar vinculadas al hecho de que el GATT de 1947 surgió como un acuerdo de naturaleza provisional a la espera de la ratificación del acuerdo marco que establecería formalmente el sistema de comercio mundial y su base institucional: la Carta de La Habana, la cual establecería la Organización Internacional del Comercio (OIC).[4] Como se sabe, ni la Carta de la Habana fue ratificada por el número de partes contratantes suficiente para que entrara en vigor, ni la OIC inició funciones como ente institucional a cargo de la administración del sistema multilateral de comercio.

La redacción amplia de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 permite acoger mecanismos en que la resolución viene dada por las propias partes (auto-compositivos) así como aquéllos en los que se requiere participación de terceros o resolución asistida (hetero-compositivos). El artículo XXII contempla la obligación de cada parte contratante del GATT de 1947, de examinar los reclamos presentados por otras partes con respecto a la aplicación del acuerdo y de dar la oportunidad para la realización de consultas. Esto significa una obligación de mantener un canal abierto de comunicación que permita una solución directa de diferencias o malos entendidos. De esta forma, el propio acuerdo genera, por obligación impuesta sobre las partes, la posibilidad de llegar a una solución de "bajo costo".

A falta de arreglo entre las partes en una diferencia, las partes contratantes del GATT de 1947, actuando como un ente colectivo, denominado las PARTES CONTRATANTES a falta de un ente institucional formal con el fracaso de la OIC, podían celebrar consultas con miras a llegar a una solución satisfactoria. La redacción del artículo XXII es lo suficientemente amplia para dar cabida a que las PARTES CONTRATANTES ejerzan conversaciones directas o "consultas", buenos oficios, mediación o conciliación para la

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.
2. Si las partes contratantes interesadas no llegan a un arreglo satisfactorio en un plazo razonable o si la dificultad surgida es una de las previstas en el apartado c) del párrafo 1 de este artículo, la cuestión podrá ser sometida a las PARTES CONTRATANTES. Estas últimas efectuarán rápidamente una encuesta sobre toda cuestión que se les someta al respecto y, según el caso, formularán recomendaciones apropiadas a las partes contratantes que consideren interesadas, o dictarán una resolución acerca de la cuestión. Las PARTES CONTRATANTES podrán, cuando lo juzguen necesario, consultar a partes contratantes, al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a cualquier otra organización intergubernamental competente. Si consideran que las circunstancias son suficientemente graves para que se justifique tal medida, podrán autorizar a una o varias partes contratantes para que suspendan, con respecto a una o más partes contratantes, la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General cuya suspensión estimen justificada, habida cuenta de las circunstancias. Cuando se suspenda efectivamente esa concesión u otra obligación con respecto a una parte contratante, ésta podrá, en un plazo de sesenta días a contar de la fecha de aplicación de la suspensión, notificar por escrito al Secretario Ejecutivo(*) de las PARTES CONTRATANTES que es su propósito denunciar el Acuerdo General; esta denuncia tendrá efecto cuando expire un plazo de sesenta días a contar de aquel en que el Secretario Ejecutivo de las PARTES CONTRATANTES haya recibido dicha notificación.

[4] Véase, Lacarte J. y Piérola F., "Comparing the WTO and GATT Dispute Settlement Mechanisms: What was Accomplished in the Uruguay Round", en: J, Lacarte y J, Granados, Inter-Governmental Trade Dispute Settlement, Cameron May: 2004, Londres, pp. 33-34.

resolución de una diferencia.

Por su parte, la segunda disposición del GATT de 1947 encargada del arreglo de diferencias era el artículo XXIII. Esta norma contempla la posibilidad de que cuando existan alguna de dos causales de preocupación: (i) anulación o menoscabo de ventajas resultantes del GATT de 1947 o (ii) un incumplimiento de los objetivos de este acuerdo (sea que exista violación o no del acuerdo, u "otra situación"[5]), conflicto que estimen pertinentes, en tanto que resulten en recomendaciones o en una resolución. La emisión de recomendaciones bien podría ser el resultado de un proceso de mediación, conciliación o peritaje técnico; mientras que el dictado de una resolución aparenta una vinculación a un proceso resolutorio de índole jurídica, como lo podría ser un arbitraje o una resolución judicial.

Por la práctica y desarrollo de la solución de diferencias, esta flexibilidad parece haber sido crítica en los primeros años del sistema. Permitía determinado marco de acción a las partes contratantes del GATT de 1947 para buscar soluciones rápidas y pragmáticas en la resolución de sus disputas comerciales. Así, durante los primeros años de funcionamiento del GATT de 1947, entre 1948 y 1952, las partes en una diferencia acudían a la asistencia de las otras partes contratantes e intentaban buscar colectivamente un arreglo al asunto. Esto era factible dado que las partes contratantes no superaban el número de 23 y la idea era que se podían hallar soluciones de manera pragmática, sin necesidad de recurrir a procedimientos complejos.[6]

Además, por una preocupación de legitimidad, dada la falta de un marco institucional de jure, como hubiera existido bajo los auspicios de la OIC, era prudente que las recomendaciones o decisiones de las PARTES CONTRATANTES sobre la resolución de diferencias fueran avaladas por todos los que formaban parte del sistema, incluyendo las propias partes implicadas directamente en el asunto.[7]

Es por ello que en sus inicios, la solución de diferencias apuntaba a una solución consensuada. Esto se refleja en los informes de los grupos de trabajo encargados de las primeras diferencias, los cuales eran adoptados con el consenso de todos, incluyendo el de las partes en la diferencia. A este modo de proceder y de toma de decisiones se le denominó el "consenso positivo". Si bien asegura una respuesta a una diferencia más "genuina", a la luz de la voluntad de las partes del acuerdo y probablemente una implementación de esa respuesta de manera más eficaz, trae costos implícitos en el entendimiento por todos de los alcances de la solución y en la búsqueda del consenso entre todos, lo cual puede hacerse complejo a la luz de los intereses contrapuestos de los sujetos implicados. Es por ello que se entendió que un sistema de solución de diferencias basado en un principio de esta naturaleza, era viable en el marco de un número limitado de partes, y probablemente sobre asuntos que no revistieran una controversia de importante envergadura.

A partir de fines de 1952, se dio un giro en el

[5]No existe explicación textual o jurisprudencial para el término "otra situación".

[6]Véase Piérola F., Solución de Diferencias ante la OMC, Presente y Perspectivas, Cameron May: 2008, Londres, pp. 54 y 55.

[7]De esta forma, se podía asegurar que la solución dada a una controversia estuviera en línea con el espíritu del GATT de 1947 y, por otra parte, en términos más pragmáticos, que la solución fuera efectivamente implementada por las partes en la diferencia.

manejo de la solución de controversias con la exclusión de las partes implicadas del tratamiento del caso. En el asunto presentado por Dinamarca y Noruega contra Bélgica sobre el Sistema de subvenciones familiares de este último país, las PARTES CONTRATANTES compusieron un grupo especial para la evaluación del caso – y ya no más un "grupo de trabajo" - con la exclusión de los demandantes y del demandado.[8] Ello podía haber respondido a la sensibilidad en el tratamiento de determinados temas cuando las partes participaban activamente en la controversia.

Efectivamente, cuando las disputas involucran asuntos relativamente sensibles para un gobierno, los cuales no se prestan tan fácilmente para una negociación o arreglo

directo, la participación de las partes en el diseño de la solución podría ser un asunto que implique tiempo y complejidad en el manejo técnico y diplomático. A la vez, en tanto que los asuntos devienen en temas más controvertidos, sobre los que no existe claramente una respuesta inequívoca, existe el incentivo de buscar una mayor neutralidad y objetividad en la solución propuesta. Es evidente que en estos casos se pretenda desvincular en la mayor medida posible a las partes en la diferencia y se busque una solución en manos de un tercero. Además, se debe tener presente que conforme se incrementaba el número de partes contratantes del GATT de 1947, la resolución de conflictos de manera colectiva representaba una mayor complejidad.

De esta forma, se fue transitando, de un sistema de solución de diferencias relativamente abierto a distintas alternativas, incluyendo la negociación directa, los buenos oficios, la mediación y la conciliación, a uno en el que se perfilaban los rasgos de un mecanismo hetero-compositivo, en el que la participación de otros es vital para la resolución de la controversia.

Ahora bien, por la naturaleza ad hoc de los grupos especiales y la inexistencia de un tribunal o ente jurisdiccional de carácter permanente, el mecanismo hacia el que se transitaba era uno parecido a un "arbitraje", en el que se designan personas específicamente para cada caso, y en el que se deben establecer reglas de procedimiento y plazos concretos para cada diferencia.

En el año 1962 se da otro paso hacia una mayor juridicidad en el sistema. Como se mencionó anteriormente, en virtud del artículo XXIII del GATT de 1947, las razones contempladas en ese acuerdo para la presentación de una preocupación son la anulación de ventajas resultantes del acuerdo o el incumplimiento de alguno de sus objetivos, sea que exista violación o no de una obligación. Dicho esto, el grupo especial encargado de examinar el Recurso del

[8] Informe del GATT de 1947, *Belgium Family Allowances (Allocations Familiales)*, adoptado por las PARTES CONTRATANTES, 7 de noviembre de 1952, G/32 – IS/59, emitido el 6 de noviembre de 1952.

Uruguay al artículo XXIII estableció una presunción de trascendencia hasta la fecha. Según el grupo especial del caso, si se logra establecer una violación del GATT de 1947, se deberá presumir que existe anulación o menoscabo de ventajas. En estos casos, la carga de refutar la existencia de esa presunción se trasladará a la parte demandada. La práctica posterior confirmó esta presunción y le otorgó el carácter de irrefutable sobre la producción de la anulación o el menoscabo.[9]

El trasfondo de la presunción de anulación o menoscabo cuando existe ilegalidad es que no sólo importan los efectos o perjuicios comerciales tangibles y concretos, sino también los efectos potenciales. Un acto ilegal genera perjuicios potenciales a pesar de que éstos no se puedan verificar en el presente. De esta forma, con el establecimiento de esta presunción, el sistema tomó una orientación eminentemente legalista y menos enfocada en los problemas comerciales específicos y la búsqueda de soluciones pragmáticas. Se agudizó el valor de la legalidad de las acciones de las partes contratantes. Las discusiones se centraron en esta consideración, lo cual cambió la perspectiva del sistema. La determinación de un posible daño y el establecimiento de las formas en que se podría remediar pasaron a un segundo plano. Esto hizo que los procedimientos del grupo especial tuvieran una aproximación más cercana a métodos cuasi-judiciales.

Si bien a mediados de los años 60 esta era la orientación del sistema en general, los rasgos del sistema multilateral de comercio iban paulatinamente cambiando. Nuevos actores hacían su incursión como los países en desarrollo. Dado el menor peso político relativo de estos países, se cuestionó si es que para el contexto de diferencias entre países en desarrollo y países desarrollados, serían acaso de la misma utilidad los mecanismos paralelos al mecanismo central de grupos especiales. El 5 de abril de 1966 se adoptó una decisión para diferencias entre países en desarrollo, como demandantes, y países desarrollados, como demandados, y se previó una reducción de los plazos de los procedimientos de grupo especial. Sin embargo, lo más importante de la Decisión de 1966 fue la asignación de un rol activo al Director General de las PARTES CONTRATANTES para que asista al logro de una solución entre las partes a través del ejercicio de buenos oficios.

A pesar de estos avances hacia la juridicidad en la solución de diferencias, el sistema mantenía una característica vinculada a la naturaleza inicialmente política del mismo, la cual, si bien podría asegurar su legitimidad y jugar un rol importante en la resolución política de las diferencias, podía ser, no obstante, un obstáculo para las pretensiones de desarrollo ágil y eficaz de un sistema de solución de diferencias: el consenso positivo en la adopción de las recomendaciones e informes de los grupos especiales. Este rasgo fue una de las mayores preocupaciones en el manejo de la solución de diferencias porque permitía a la parte que perdiera un caso "vetar" la adopción de un informe de grupo especial que estuviera en su contra. Se generaba por tanto, un incentivo perverso para la inobservancia de las reglas sustantivas del GATT de 1947[10].

Muchos de los desarrollos prácticos se codificaron en el Entendimiento relativo a las

[9] Informe del Grupo Especial, Recurso del Uruguay al artículo XXIII, L/1923, adoptado el 16 de noviembre de 1962, 11S/95, 99-100, para 15.

notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia del 28 de noviembre de 1979 (Entendimiento de 1979). Este es el primer instrumento de carácter general que establece precisión en las normas de procedimiento en el sistema multilateral de comercio. Reafirmó y reforzó las disposiciones relativas a notificaciones y consultas con el objeto de ganar rapidez y eficacia en cuanto a la posibilidad de perseguir una negociación bilateral. También afianzó determinadas reglas con miras a agilizar los procedimientos de grupos especiales.

En 1982 se dio una Declaración Ministerial de las Partes Contratantes del GATT de 1947, mediante la cual se buscaba limitar el alcance del consenso positivo como mecanismo de bloqueo al establecimiento de grupos especiales y la adopción de las decisiones de estos. Sin embargo, las exhortaciones que se hacían quedaban únicamente en el plano no vinculante. Se buscó a la vez reforzar la función del Director General del GATT como conciliador o buen oficiante para la adecuada administración del mecanismo de grupos especiales.

Mediante una Decisión de las PARTES CONTRATANTES de 1984, se estableció un mecanismo a través del cual se superaba el bloqueo al establecimiento de grupos especiales. Se señalaba que a falta de acuerdo entre las partes, un grupo especial debería ser compuesto por el Director General a pedido de alguna de las partes. Con esto se afianzaba poco a poco determinada automaticidad, ausente en la configuración inicial del sistema de características principalmente políticas, pero elemental para la consolidación de un sistema jurídico-cuasi judicial.

Más adelante, en 1989 se dio una nueva Decisión de las PARTES CONTRATANTES, mediante la cual se afianzaron los aspectos relativos a las consultas y los medios políticos de solución, reglamentándose la posibilidad de utilizar buenos oficios, conciliación y mediación. El procedimiento de grupos especiales se pulió de modo tal que se aclararon requisitos sobre el establecimiento, los términos de referencia, composición y mandato de los grupos especiales, la intervención de terceros y la supervisión de las recomendaciones aprobadas. Se incorporó, además, la posibilidad de recurrir al arbitraje como un medio alternativo para la solución de las diferencias.

Sin embargo, el gran cambio jurídico se dio con la conclusión del Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC). Con él, a partir del 1 de enero de 1995, la OMC reemplaza al sistema multilateral de comercio establecido por el GATT de 1947. Las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 dejaron de tener efecto como ente colectivo y fueron reemplazadas por la OMC y sus miembros. En el marco de esta nueva organización se atribuyó la competencia de administrar la solución de diferencias a un ente político, conformado por los representantes de los miembros de la OMC: el Órgano de Solución de Diferencias u OSD.

En el ámbito procesal, el Acuerdo sobre la OMC contiene, entre sus anexos, el Entendimiento sobre reglas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias

[10]De ahí que, en contraste con los 500 casos en 20 años de existencia de la OMC, en casi 50 años de vigencia del GATT de 1947 los grupos especiales de este sistema emitieran informes en apenas unas 101 diferencias, esto es, unos 2 casos por año. Véase: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/gt47ds_s.htm, última visita 9 de noviembre de 2015

(ESD). El ESD es el instrumento más completo en la historia del sistema de comercio multilateral que regula los aspectos procedimentales de la solución de diferencias. El ESD elimina el consenso positivo como la regla principal para el establecimiento de los grupos especiales, la adopción de sus informes y la autorización para la suspensión de concesiones y otras obligaciones ante la falta de cumplimiento de esos informes.[11] Introduce la regla del llamado "consenso negativo" o "consenso inverso". Mediante esta regla, se entiende que las decisiones de los grupos especiales serán aprobadas por los miembros a menos de que exista consenso inverso, es decir, consenso sobre su desaprobación.

Con la adopción de la regla del consenso negativo se introdujo una automaticidad cuasi plena en el sistema. De esta forma, se hizo una apuesta clara por los mecanismos de solución de diferencias de carácter resolutorio, reduciendo de esta forma, en la mayor medida posible, el manejo político en los aspectos procedimentales de los casos. Este factor ha otorgado, no sólo automaticidad, sino también un mayor grado de previsibilidad o garantía a la exigibilidad de los derechos y obligaciones bajo el sistema multilateral de comercio, para el beneficio principalmente del sector privado.

Sin embargo, la concesión del consenso negativo no fue gratuita. Si bien el consenso positivo se constituía en un obstáculo para la resolución efectiva de las controversias, desde un punto de vista jurídico, su existencia

[11] ESD, artículos 6.2, 16.4, 17.14, 22.6.

aseguraba la legitimidad de las decisiones de los grupos especiales. No puede decirse que una decisión carece de legitimidad cuando es aceptada y adoptada por todos los miembros del sistema, incluso por la parte que ha perdido la diferencia. Por lo tanto, al momento de plantear la eliminación del consenso negativo, había que compensar de alguna manera esa posible disminución de legitimidad. Es en razón de ello, que surge como alternativa la introducción de una instancia de apelación.

La revisión en apelación constituye, conjuntamente con la introducción de la regla del consenso negativo, el segundo aspecto más importante en el establecimiento del sistema de solución de diferencias al amparo del ordenamiento jurídico de la OMC. El Órgano de Apelación surge como un ente jurisdiccional con carácter permanente[12] y cumple un papel fundamental en la aclaración de los derechos y obligaciones de los miembros de la OMC, de conformidad con las reglas usuales de interpretación de los tratados, y establece coherencia entre las decisiones diversas de los grupos especiales. El Órgano de Apelación marca el pulso jurídico del mecanismo de solución de diferencias. Con su introducción, ciertamente, se confirma la orientación de la práctica hacia los mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos. Si al nivel del grupo especial se puede argumentar que se da al recurso a un ente "cuasi arbitral"; con la presencia del Órgano de Apelación se da un paso hacia la judicialización del sistema.

II. Los medios alternativos de solución de diferencias previstos en el sistema de solución de diferencias de la OMC

La flexibilidad con la que ha contado el sistema multilateral de solución de diferencias,

[12]ESD, artículo 17.1.

desde sus inicios, ha permitido tener la posibilidad de acceder a distintos medios de resolución de conflictos. En la actualidad, el esquema central de la solución de diferencias consiste en una fase de consultas obligatoria y el recurso a los procedimientos de grupos especiales y del Órgano de Apelación. La casi totalidad de las diferencias ventiladas en los 20 años del mismo se han sometido a este mecanismo central.

Sin embargo, también existen vehículos legales accesorios, que facilitan el recurso a medios alternativos de solución de diferencias. Por una parte, el artículo 5 del ESD prevé la posibilidad de recurrir a buenos oficios, conciliación y mediación. Asimismo, el artículo 25 del ESD contempla la posibilidad de someter las diferencias entre miembros de la OMC a un arbitraje vinculante sobre una materia claramente establecida. Por otra parte, el artículo 3.12 del ESD permite que para diferencias entre países en desarrollo y países desarrollados se pueda recurrir al procedimiento especial previsto en la Decisión de 1966 sobre procedimientos acelerados para este tipo de diferencias.

Cabe mencionar que en el marco del procedimiento central, determinados aspectos puntuales, como la determinación del plazo prudencial de cumplimiento con las decisiones de los grupos especiales o del Órgano de Apelación o la determinación del nivel de anulación o menoscabo para efectos de la toma de medidas de retorsión, pueden ser establecidos por acuerdo entre las partes o por arbitraje vinculante.[13]
A continuación procederemos a explicar el alcance y uso de estos mecanismos alternativos de solución de diferencias.

A. Buenos oficios, conciliación y mediación

El artículo 5 del ESD reconoce la posibilidad de que las partes recurran a procedimientos voluntarios para la solución de sus diferencias. El ESD destaca al menos tres: los buenos oficios, la conciliación y la mediación.
Estos procedimientos se activan sobre la base del acuerdo entre las partes en cualquier momento de la diferencia. Así, el ESD dispone que durante la fase de consultas (la cual es obligatoria en la solución de diferencias OMC) o en paralelo a esta fase, las partes pueden someter la diferencia a buenos oficios, conciliación o mediación.[14] El reclamante no puede solicitar el establecimiento de un grupo especial con anterioridad a 60 días de la presentación de la solicitud de las consultas.[15]
Una vez iniciada la fase jurídica, las partes podrían continuar con los buenos oficios, la conciliación o la mediación en tanto que existiera acuerdo entre ellas al respecto.[16] Así, en teoría, es factible la búsqueda paralela de soluciones a través de medios jurídicos y político-diplomáticos. No obstante, pareciera que por los costos que representa la realización paralela de estos procedimientos no habría muchos incentivos para que esto suceda. Sin embargo, la falta de experiencia práctica sobre estos mecanismos no permite corroborar esta hipótesis.
Para facilitar esta coexistencia, el ESD impone un requisito de confidencialidad sobre la conducción de estos procedimientos y establece que su realización no prejuzgará los derechos de ninguna de las partes en diligencias posteriores, incluyendo la tramitación de un caso ante un grupo especial.[17] Este requisito tiene sentido. La

[13] ESD, artículos 21.3(c) y 22.6.
[14] ESD, artículo 5.3.
[15] ESD, artículo 5.4.
[16] ESD, artículo 5.5.
[17] ESD, artículo 5.3.

revelación de información brindada por las partes en el marco de estos procesos podría incrementar los costos de transacción al concitar la atención de terceros no implicados en el proceso y devenir en tensión y mayor complejidad para que se lleve a cabo un acercamiento entre las posturas de las partes.

Si bien la utilización de los buenos oficios, la mediación o la conciliación es voluntaria, existen dos instancias contempladas en el ESD en las que el uso de estos medios se vuelve obligatorio. La primera, se refiere a aquéllos casos en que un país menos adelantado se ve implicado. El artículo 24 del ESD prevé que en estos casos, el Director General tiene la obligación de intervenir a pedido del país menos adelantado. El segundo caso, es el de la aplicación de la Decisión de 1966, el cual se explica en la siguiente sección.

Ahora bien, a pesar de la reglamentación y puesta a disposición de los miembros de la OMC, en 20 años de solución de diferencias en la OMC, el recurso a estos procedimientos ha sido nulo. Se estima que el carácter voluntario de los mismos y la necesidad de consentimiento, incluso de parte del demandado, es el mayor obstáculo para su uso.

Otro aspecto que limita el recurso a estos medios, es la versatilidad y poder adecuado que pueden tener las autoridades implicadas en un proceso de negociación, mediación o conciliación para llevar adelante un arreglo vinculante en nombre de su país. Si los asuntos en cuestión son temas que dependen exclusivamente de la voluntad del poder ejecutivo, es probable que se pueda dar el contexto para una solución mutuamente aceptada. Sin embargo, si se trata de medidas que dependen de otras ramas del Estado o que incluso dependiendo del poder ejecutivo involucran un proceso de ponderación de intereses complejo entre distintas dependencias del Estado, es muy probable que esa capacidad de negociación se vea limitada. Como resultado de ello, las expectativas de alcanzar una solución pueden verse muy mermadas. Por ello, las perspectivas sobre el uso de estos medios en el futuro son conservadoras, sino acaso negativas.

Dicho esto, cabe acotar que en una ocasión las Comunidades Europeas, Tailandia y las Filipinas solicitaron la mediación del Director General, para analizar una controversia relativa a la anulación de beneficios comerciales derivada de la implementación por parte de las Comunidades Europeas de un régimen preferencial a favor de los Estados del África, del Caribe y el Pacífico. Por deseo expreso de las partes, esta controversia no se tramitó como una "diferencia" bajo los alcances del ESD.

B. Procedimiento de 1966 entre países desarrollados y países en desarrollo

Si bien el uso de los buenos oficios, la conciliación y la mediación puede ser limitado por el requisito de contar con el consenso de las partes en una diferencia, existe un mecanismo mediante el cual el recurso a estos medios halla una dimensión más significativa. En el marco de las diferencias entre países en desarrollo y países desarrollados, la Decisión del 5 de abril de 1966 prevé la realización de buenos oficios en manos del Director General, si las consultas no llevan a una solución satisfactoria de una diferencia.

El procedimiento de la Decisión de 1966 no ha concitado el uso recurrente por parte de los países en desarrollo en disputas iniciadas en contra de países desarrollados. Esto puede deberse a diversas razones, entre las que parecería tomar fuerza la falta de conocimiento pleno sobre sus alcances, por parte de los

posibles beneficiarios.

No obstante ello, su uso ha sido altamente valorado en la resolución de una de las diferencias más importantes en la historia del sistema de comercio multilateral: el asunto del banano entre las Comunidades Europeas y diversos países latinoamericanos exportadores de banano y los Estados Unidos. En 2007 Colombia solicitó el inicio de un procedimiento de consultas de conformidad con el artículo XXIII del GATT y la Decisión de 1966. Como resultado de esta iniciativa, y ante la falta de una solución mutuamente acordada en el marco de las consultas, se activó la obligación del Director General de la OMC, de ejercer buenos oficios para intentar hallar una solución a esta diferencia. Tras largas e intensas conversaciones, no sólo entre las partes en la diferencia, sino también involucrando a otros países afectados por el asunto, el Director General condujo el proceso hacia una solución satisfactoria para todas las partes. Las Comunidades Europeas se comprometieron a desmontar gradualmente el sistema arancelario para el banano, a satisfacción de Colombia y demás países exportadores de banano. Luego de esta controversia no se ha vuelto a invocar el procedimiento previsto en la Decisión de 1966.

C. Arbitraje en la OMC

Así como los demás medios alternativos de solución de diferencias, el arbitraje en el Derecho de la OMC es un mecanismo de alcance y uso práctico, de restringido. Se prevé su aplicación en tres contextos específicos, aparentemente en situaciones en las que se debe realizar determinaciones concretas y principalmente de un carácter cuantitativo (e.g. plazos y cantidades).

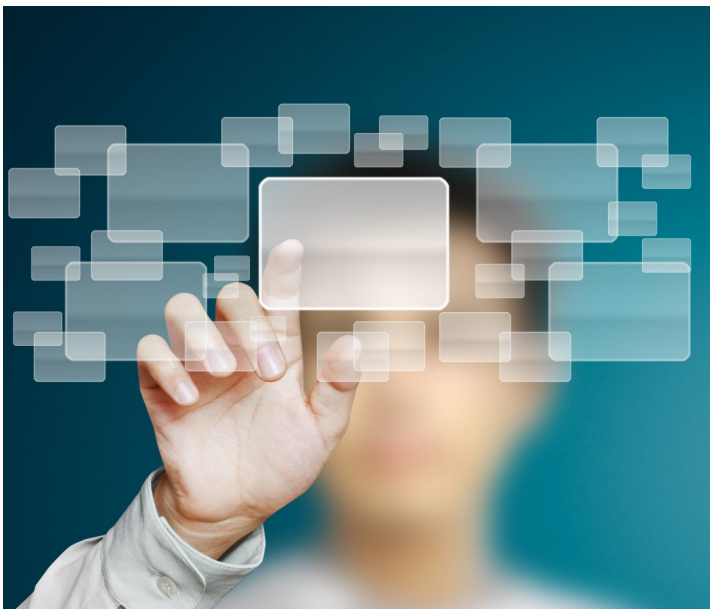
En principio, se prevé un mecanismo de arbitraje general como un medio de solución de diferencias alternativo al procedimiento regular, o mejor dicho, en reemplazo de éste. No se establecen reglas específicas en cuanto a la conducción de este tipo de procedimiento[18], razón por la cual dichos procedimientos quedan a discreción plena de las partes en una diferencia.

Como en el caso de los otros medios antes abordados, la principal razón por la que el arbitraje bajo el artículo 25 del ESD habría tenido un uso casi nulo es el hecho de que requiere el consentimiento de ambas partes en

[18] ESD, artículo 25.

la diferencia.[19] Por contraste, a falta de acuerdo entre las partes, el procedimiento ordinario de solución de diferencias es de aplicación obligatoria; el reclamante tiene derecho cuasi automático al establecimiento de un grupo especial que evalúe su reclamo[20] y a la adopción de la decisión respectiva.[21]

Otra razón importante sobre el uso limitado del arbitraje es el hecho de que no existe reglamentación concreta sobre el procedimiento arbitral o la forma en que éste debiera llevarse a cabo. Esta es una clara desventaja frente al procedimiento ordinario, el cual tiene en el ESD una reglamentación bastante detallada. El único arbitraje que se ha llevado a cabo al amparo del artículo 25 fue el relativo a la determinación de la anulación o menoscabo producidos por una infracción ocasionada por los Estados Unidos en el marco del artículo 110 (5) de su Ley de Derecho de Autor. En este asunto, las partes acordaron la designación inicial de los árbitros y delegaron en el Director General de la OMC la potestad de designar árbitros sustitutos en caso de que alguno de los árbitros designados por las partes no estuviera disponible.[22] Nótese que el laudo emitido por un árbitro bajo el artículo 25 del ESD es simplemente notificado a los miembros de la OMC, sin que se someta al llamado consenso negativo.[23] Por otra parte, las partes en la diferencia se someten a acatarlo sin posibilidad de apelación. Por contraste, las decisiones de los órganos judiciales regulares están sometidas a la formalidad de aprobación por consenso negativo por parte del OSD y son susceptibles de apelación.[24]



Adicionalmente al arbitraje alternativo al procedimiento convencional, el ESD también prevé la posibilidad de recurrir a medios arbitrales en el contexto de determinaciones muy puntuales vinculadas al procedimiento central. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de una medida que ha sido declarada como ilegal por los órganos judiciales de la OMC y para lo cual es necesario establecer un plazo prudencial para su puesta en conformidad con el Derecho de la OMC. Ante el desacuerdo de las partes sobre el plazo prudencial para el cumplimiento con la decisión respectiva, el ESD

[19]ESD, artículo 25.2.
[20]ESD, artículo 6.2.
[21]ESD, artículo 16.4.
[22]Laudo arbitral, Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos - Recurso al Arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD, WT/DS160/ARB25/1, 9 de noviembre de 2001.
[23]ESD, artículo 25.3.
[24]ESD, artículo 16.4.

contempla la posibilidad de recurrir a un arbitraje vinculante como un medio obligatorio para definir dicho plazo.[25]

A diferencia del arbitraje bajo el artículo 25 del ESD, el recurso al arbitraje en el contexto del establecimiento del plazo prudencial de cumplimiento no requiere el consentimiento de las partes. Es en efecto un mecanismo de aplicación obligatoria cuando las partes no logran un acuerdo sobre el establecimiento del plazo prudencial de cumplimiento. El Director General de la OMC es el encargado de designar a un árbitro. Si bien se utiliza el término "árbitro" en singular, se entiende que el mismo puede comprender a un grupo colegiado de árbitros individuales. El mandato del árbitro es determinar si el plazo prudencial de cumplimiento alegado por ambas partes es coherente con los procedimientos regulares y el ordenamiento jurídico interno del demandado. No existe reglamentación específica sobre los pasos procesales a seguir. Sin embargo, es un procedimiento arbitral de recurso frecuente. Se ha utilizado en 32 de 150 casos en los que se ha hallado al menos una violación del Derecho de la OMC, es decir en el 21% de los casos[26].

Por otra parte, el ESD también prevé el arbitraje para la determinación del daño o la anulación o menoscabo de ventajas ante la falta de cumplimiento con las decisiones de los órganos judiciales de la OMC y la intención del reclamante de tomar medidas de retorsión contra el demandado.[27] En estos casos, también se prevé el arbitraje como un mecanismo obligatorio para establecer el monto de la retorsión o de los sectores comerciales en los que debe recaer esa retorsión. Este arbitraje, no requiere el consentimiento de las partes para su establecimiento. Se activa automáticamente cuando ante la falta de cumplimiento efectivo de las decisiones de los órganos judiciales, existe un pedido de autorización de retorsión por parte de un reclamante y el demandado cuestiona el monto de la retorsión solicitada o los sectores sobre los que ésta recaería. Tampoco existe en el ESD reglamentación específica sobre los pasos procesales a seguir. Sin embargo, el objeto de debate versa sobre la legitimidad de la manera en que se calculó el monto de la retorsión solicitada por el reclamante. El laudo arbitral tiene carácter definitivo e inapelable. Sobre la base de su contenido se faculta al reclamante a tomar medidas de retorsión contra el demandado. En estos casos, se ha recurrido a este tipo de arbitraje en 19 de los 36 casos en los que se ha solicitado la autorización para tomar medidas de retorsión, es decir en el 53% de los casos[28].

Finalmente, como un asunto sui generis, en el marco de la Decisión de la Conferencia Ministerial que contiene la Exención de Lomé de 2001[29], los miembros de la OMC

[25]ESD, artículo 21.3(1).
[26]Estadísticas obtenidas de http://www.worldtradelaw.net/databases/rptawards.php, cálculos propios
[27]ESD, artículos 22.6 y 22.7.
[28]Estadísticas obtenidas de http://www.worldtradelaw.net/databases/suspensionawards.php, cálculos propios
[29]Decisión Ministerial, Comunidades Europeas – Acuerdo de Asociación ACP-CE, WT/MIN(01)/15, 14 de noviembre de 2001, anexo.

adoptaron un mecanismo de arbitraje ad hoc, en el contexto de la diferencia sobre el banano, para la determinación de si el sistema de arancel único de las Comunidades Europeas, al ser aplicado a las importaciones de banano de los países que exportan este producto bajo el régimen de nación más favorecida, mantendría el acceso al mercado existente de este producto en el mercado de la Unión Europea. El arbitraje fue eminentemente fáctico sobre un asunto meramente cuantitativo. Luego de esta experiencia no se ha vuelto a recurrir a un arbitraje de características

semejantes.

III. ¿Necesidad de impulsar un mayor uso de la solución alternativa de diferencias?

Como se ha podido apreciar, el sistema ha evolucionado definidamente hacia un mecanismo de resolución jurídica con determinadas instancias de solución diplomática o política como, por ejemplo, la fase de consultas obligatoria, la de elección de los miembros de los grupos especiales o la determinación del plazo prudencial de cumplimiento de una decisión jurisprudencial. La presencia del Órgano de Apelación, como institución resolutoria permanente y apegada a criterios de interpretación estrictos y al valor de la jurisprudencia, marca un derrotero de índole judicial en el desarrollo del sistema.

Por otra parte, se puede apreciar también que las otras opciones de medios de solución se encuentran limitadas en su diseño, principalmente, por el hecho de que requieren el consentimiento de las partes que se encuentran en litigio. Surge, entonces, la pregunta de si acaso existe la necesidad de re-estructurar el sistema de forma tal que se haga un uso más extensivo de los medios de resolución política o del arbitraje alterno del artículo 25 del ESD.

La respuesta a la pregunta anterior parecería estar vinculada a la utilidad que podrían representar estos medios con respecto a la obtención de una solución pronta y positiva a las diferencias.

Cuando el sistema convencional ha sido utilizado con el establecimiento de jurisprudencia clara y un cumplimiento efectivo de las decisiones, es claro que, salvando particularidades políticas de la relación entre el demandante y el demandado, el mecanismo jurídico- cuasi judicial parecería ser la opción más conveniente ante la tramitación de una diferencia semejante a otra que ha sido tratada eficazmente bajo ese mismo medio de solución.[30]

Sin embargo, si ese no es el caso, es necesario buscar otros parámetros que permitan distinguir entre diferencias para las que el medio jurídico convencional puede ser más eficaz que los medios alternativos. Una orientación podría venir dada por una evaluación de los costos que podría significar llegar a un arreglo negociado a la luz de la naturaleza del asunto y de las medidas en cuestión. Si se trata de asuntos que representan un alto grado de controversia, incluso interna en el marco del gobierno que aplica la medida, muy probablemente existan costos de transacción relativamente altos que impidan llegar a un arreglo político a través de mecanismos como la conciliación, mediación o los buenos oficios.

Esto se puede apreciar, por ejemplo, en el marco de disputas sobre medidas que son el resultado de diverso tipo de coordinación entre entes diversos de un Estado. Dada la constelación diversa de intereses, es probable que sea más eficaz para el demandante, e incluso para el demandado, incluyendo las diversas instancias gubernamentales implicadas, una solución jurídica al asunto que un extenso y costoso proceso de conciliación, mediación o buenos oficios.

La excepción a este asunto es ciertamente el caso del banano y la intervención del Director de la OMC en su calidad de buen oficiante al amparo de la Decisión de 1966. A pesar de lo delicado y complejo que resultaba la resolución del asunto, por las diversas partes implicadas, la intervención del Director General fue de valía en la calibración de una solución sujeta a las necesidades y capacidades de cada una de las partes involucradas. Los costos de negociación y coordinación fueron relativamente altos. Sin embargo, debido a la ineficacia de las resoluciones jurídicas previas y al alto costo de cumplimiento impuesto sobre el sistema por la incertidumbre política en el manejo del tema, se estimó pertinente que valía la pena continuar con el proceso de buenos oficios hasta lograr un resultado. Hasta la fecha, el beneficio derivado del arreglo ha superado al costo del proceso de buenos oficios.

A la luz de esta experiencia, podría decirse que en algunos casos los mecanismos alternativos, principalmente los político-diplomáticos, podrían jugar un papel importante en la resolución de conflictos comerciales. Parecería que estos casos serían aquéllos en los que los beneficios de una resolución jurídica sería difusos e inciertamente superiores a los costos reales de afrontar un procedimiento jurídico ante un grupo especial o el Órgano de Apelación; sea porque el Derecho cuenta con limites poco definidos, o sea porque se sabe con antelación que un cumplimiento de la decisión judicial puede ser incierto. En uno u otro caso, se trata de asuntos que por la propia situación del derecho o la situación política de las partes requieren de

[30]Esto sucede, por ejemplo, en el caso de los reclamos vinculados al trato discriminatorio a las bebidas alcohólicas. Existe jurisprudencia clara y confirmada con respecto a los alcances del artículo III:2 del GATT de 1994.

una perspectiva más amplia que la estrictamente judicial.

El problema, tal vez, radica en identificar cuáles podrían ser estos casos en los que una respuesta eficaz debe superar el ámbito legal. Un reclamante tendrá una visión parcial al respecto; podrá ser preciso en cuanto a sus alegatos de violación y afirmará que el Derecho es claro con respecto a sus reclamos. Sin embargo, su apreciación de los méritos jurídicos de su caso dependerá en última instancia de la defensa planteada por el demandado. Se puede anticipar razonablemente determinado tipo de defensas. Sin embargo, es difícil tener precisión con respecto a las distintas maneras en que un demandado puede articular su pretensión de que cuenta con el amparo del Derecho.

Incluso hay casos, en los que el asunto puede ser directo, preciso y permita anticipar la respuesta del demandado de una manera precisa. Sin embargo, la naturaleza de las obligaciones puede ser tal que no se sabrá con certeza cómo será tratado el reclamo en cuestión por un grupo especial o por el Órgano de Apelación. Un ejemplo al respecto, podría ser el de aquéllas disputas que implican una defensa por parte del demandado basada

en la excepción de seguridad nacional prevista en el artículo XXI del GATT. El sometimiento de un asunto de este tipo a una resolución eminentemente jurídica corre el riesgo de limitar el alcance de posibles soluciones o remedios a la diferencia.

Si un demandante considerara que el Derecho no es razonablemente claro con respecto al resultado jurídico último de su pretensión, sería prudente sopesar los beneficios y costos que por contraste implicaría la posibilidad de acudir a otros medios, como los político-diplomáticos. Si se trata de un reclamo de un país en desarrollo contra un país desarrollado, en un asunto cuyos contornos jurídicos son tenues por el texto mismo de las normas, porque no existe jurisprudencia confirmatoria, o porque el cumplimiento se hace difuso, será provechoso evaluar la utilidad de explorar los mecanismos alternos de mediación, conciliación o buenos oficios.

En estas circunstancias, el uso de los procedimientos de 1966 debe estar bajo consideración. El costo de este procedimiento es probablemente ligeramente más elevado que el del procedimiento regular por el hecho de que implica un proceso adicional de buenos oficios. Sin embargo, el beneficio que se deriva del involucramiento de una persona de tal importancia como el Director General de la OMC no es para nada desdeñable. Lo mismo se puede señalar de la opción con la que cuentan los países menos adelantados bajo el artículo 24 del ESD.

Un asunto que pudo haber encaminado hacia la búsqueda de una solución político-diplomática a favor de determinados países menos adelantados del África, productores de algodón, fue el asunto de las subvenciones al algodón otorgadas por los Estados Unidos en virtud de su Ley Agrícola (Farm Bill). La diferencia principal fue planteada por el Brasil contra los Estados Unidos y los productores de algodón del África no participaron como partes principales en el contencioso.[31] En razón de ello, no se beneficiaron directamente de la compensación otorgada por los Estados Unidos al Brasil como parte de la resolución última de la diferencia.[32] Dadas las complejidades del asunto, pareciera ser que para los intereses de los países africanos hubiera sido interesante participar en el procedimiento como parte principal y explorar los buenos oficios del Director General, a través de los procedimientos de 1966 o del artículo 24 del ESD.

Aún si se lograra identificar los asuntos que ameritan la utilización de un mecanismo alternativo, corresponderá superar el escollo más importante que impide la utilización frecuente de estos mecanismos: lograr el consentimiento de las partes para el uso de estos medios cuando la diferencia está en curso. Esto se vuelve difícil, casi imposible, cuando las posturas de las partes están

[31] Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland), WT/DS267/AB/R, 3 de marzo de 2005.
[32] Notificación de Solución Mutuamente Convenida, Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland), WT/DS267/46, 23 de octubre de 2014.

enfrentadas en los argumentos de fondo.

Por un lado, no se puede obligar a una parte a acceder a estos procedimientos a menos que esa parte dé su consentimiento anticipado al respecto. Por otro lado, a falta de acuerdo de llevar adelante un procedimiento de índole político-diplomático y, ante la falta de idoneidad de un procedimiento convencional jurídico-cuasi judicial, las opciones disponibles de un reclamante quedan limitadas. La amenaza del recurso a la toma de medidas de retorsión con miras a inducir a un acercamiento entre las partes es jurídicamente inviable.[33] Esta norma prohíbe que se establezca unilateralmente cualquier tipo de represalia. Además, dicho tipo de estrategia podría ser cuestionada como equivalente al uso de la fuerza económica o comercial para tratar de solucionar un conflicto. El sistema multilateral de solución de diferencias fue creado precisamente para evitar la toma de acciones unilaterales por parte de los miembros.

Ante estas circunstancias, el único camino que queda a disposición de un demandante es la consecución del procedimiento tradicional de consultas obligatorias y el procedimiento jurídico-cuasi judicial ante los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC. Esta situación se daría a pesar de que el reclamante es consciente de que este procedimiento no es el adecuado para la diferencia. Sin embargo, resulta en la única vía para lograr algún tipo de cambio en la actitud

[33]ESD, Artículo 23.

del demandado.

Una solución creativa podría consistir en que las partes otorguen a un tercero imparcial y de autoridad en el área, por ejemplo el Director General, el poder de calificar si determinadas diferencias ameritan el recurso a medios político-diplomáticos y, de ser este el caso, sugerir a las partes directamente el procedimiento que considere más acorde a las circunstancias de la disputa. No obstante, parecería que este tipo de inquietud requeriría una modificación al texto actual del ESD, o un acuerdo de las partes en una diferencia en el marco de las consultas obligatorias.

Conclusión

El sistema de solución de diferencias multilateral ha evolucionado hacia una orientación legalista judicial. Sin embargo, existe cabida para el recurso a otro tipo de medios, en particular los buenos oficios, la mediación, y la conciliación. En este sentido, dada la naturaleza de ciertas diferencias, podría ser lo más conveniente para las partes intentar encontrar una solución bajo estos medios. El gran escollo es, sin embargo, el requisito del consentimiento voluntario. Corresponderá, por lo tanto, a los miembros de la OMC, encontrar mecanismos alternativos que permitan superar esta limitación por ej., a través de una asignación de roles al Director General para que, a su propio criterio, decida la conveniencia de utilizar buenos oficios, conciliación y mediación.

Bibliografía

- Lacarte J. y Piérola F., "Comparing the WTO and GATT Dispute Settlement Mechanisms: What was Accomplished in the Uruguay Round", en: J, Lacarte y J, Granados, Inter-Governmental Trade Dispute Settlement, Cameron May: 2004, Londres.
- Piérola F., Solución de Diferencias ante la OMC, Presente y Perspectivas, Cameron May: 2008, Londres.
- Informe del GATT de 1947, Belgium Family Allowances (Allocations Familiales), adoptado por las PARTES CONTRA-TANTES, 7 de noviembre de 1952, G/32 – IS/59, emitido el 6 de noviembre de 1952
- Informe del Grupo Especial, Recurso del Uruguay al artículo XXIII, L/1923, adoptado el 16 de noviembre de 1962, 11S/95, 99-100, para 15
- Laudo arbitral, Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos - Recurso al Arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD, WT/DS160/ARB25/1, 9 de noviembre de 2001
- Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland), WT/DS267/AB/R, 3 de marzo de 2005.
- Decisión Ministerial, Comunidades Europeas – Acuerdo de Asociación ACP-CE, WT/MIN(01)/15, 14 de noviembre de 2001, anexo
- Notificación de Solución Mutuamente Convenida, Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland), WT/DS267/46, 23 de octubre de 2014.

Las distinciones reglamentarias legítimas bajo el Artículo 2.1 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio

José Francisco Mafla[1] y Juan Camilo Bernate[2]

[1]Asesor legal en temas de comercio exterior y contratación internacional. Socio y líder del equipo de aduanas y comercio internacional de Brigard & Urrutia Abogados.

[2]Asesor legal en temas de comercio exterior y logística internacional. Asociado senior del equipo de Aduanas y Comercio Internacional de Brigard & Urrutia Abogados.

Resumen

Ante la ausencia de una cláusula de excepciones generales en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC"), desde el año 2012 el Órgano de Apelación ha introducido el concepto de distinción reglamentaria legítima para analizar la existencia del trato menos favorable bajo el Artículo 2.1. A pesar de lo anterior, este concepto no ha sido desarrollado plenamente por el Órgano de Apelación y no se han establecido criterios específicos para determinar en qué casos la existencia de una distinción reglamentaria legítima puede impedir que un reglamento técnico sea incompatible con el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Teniendo en cuenta lo anterior, en este texto buscaremos responder a la pregunta sobre en qué ocasiones puede un Grupo Especial considerar que el impacto negativo en las condiciones de competencia de un producto, causado por un reglamento técnico, se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

Palabras Clave: Reglamento técnico; trato menos favorable; distinción reglamentaria legítima; obstáculos técnicos al comercio.

***

El preámbulo del Acuerdo de Marrakech identifica la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales como un medio para alcanzar los objetivos de la Organización Mundial del Comercio ("OMC"). En desarrollo de este objetivo, las normas de la OMC establecen dos obligaciones principales de no discriminación: el trato de la nación más favorecida ("NMF") y la obligación de trato nacional ("TN") (Matsushita, Schoenbaum y Mavroidis, 2006). Por un lado, la obligación de NMF prohíbe a los miembros discriminar entre productos similares de otros países miembros (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio – "GATT", Art. I). Por otro lado, el TN prohíbe la discriminación entre los productos similares de origen nacional y extranjero (GATT, Art. III).

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio hace parte del Anexo 1 del Acuerdo de Marrakech y tiene como fin lograr un equilibrio entre, por una parte, el objetivo de la liberalización del comercio y, por otro lado, el derecho de los Miembros de regular el comercio (Órgano de Apelación, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párrafo 174). Por lo tanto, el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC incorpora tanto la obligación de NMF como la de TN respecto de los reglamentos técnicos adoptados por un Miembro (Órgano de Apelación, Estados Unidos – EPC, párrafo 267; Zlepting, 2010). Al respecto este Artículo establece lo siguiente:

> *Los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país.*

Ahora bien, a pesar de la similitud entre este

Artículo y las cláusulas de no discriminación incluidas en otros acuerdos de la OMC, el Acuerdo OTC no contiene una cláusula de excepciones generales (Spiegel y Switzer, 2012). Por esta razón, mientras que en virtud de acuerdos como el GATT, una medida en principio incompatible puede ser justificada si cumple con requisitos específicos; bajo el Acuerdo OTC no existe ninguna disposición que permita una justificación de un reglamento técnico discriminatorio (Lester, Mercurio y Davies, 2012).

Por lo tanto, desde el 2012, con el caso Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, el Órgano de Apelación reconoció la ausencia de una cláusula de excepciones generales en el Acuerdo OTC y, como consecuencia, introdujo el concepto de distinción reglamentaria legítima. En este sentido, el Órgano de Apelación estableció que el análisis del trato menos favorable bajo el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC no solo debía recaer sobre la existencia de un impacto negativo en las oportunidades de competencia de un producto, sino en el análisis sobre si tales efectos perjudiciales derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

A pesar de lo anterior, el análisis de si el efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima no ha sido desarrollado plenamente por el Órgano de Apelación. Igualmente, el Órgano de Apelación no ha establecido criterios específicos para determinar cuándo la existencia de una distinción reglamentaria legítima puede impedir que un reglamento técnico sea incompatible con el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este texto buscaremos responder a la pregunta sobre en qué ocasiones puede un Grupo Especial considerar que el impacto negativo en las condiciones de competencia de un producto causado por un reglamento técnico se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Con el fin de responder a esta pregunta, seguiremos una serie de pasos. En primer lugar, explicaremos cuáles son los elementos de las obligaciones contenidas en el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Seguidamente, analizaremos cómo el Órgano de Apelación ha aplicado el concepto de distinción reglamentaria legítima en la jurisprudencia de la OMC bajo el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Por último, presentaremos las conclusiones correspondientes.

1. Artículo 2.1 del acuerdo OTC

En primer lugar, vale la pena abordar el análisis del Órgano de Apelación de la obligación contenida en el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Según el Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor (Párrafo 87), para que una medida sea considerada violatoria del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC, la medida debe cumplir con los siguientes tres requisitos:

i) La medida en cuestión debe ser un reglamento técnico;

ii) los productos importados, así como los productos nacionales o extranjeros en cuestión deben ser productos similares; y

iii) el trato otorgado a los productos importados debe ser menos favorable que el concedido a los productos nacionales o extranjeros, según sea el caso.

1.1 La medida en cuestión debe ser un reglamento técnico

Para que el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC sea aplicable, la medida en cuestión debe ser un reglamento técnico. El Anexo 1.1 del Acuerdo OTC define reglamento técnico como:

> *Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.*

De acuerdo con esta definición, el Órgano de Apelación en CE-Amianto (Párrafos 67 a 70), estableció que, para que exista un reglamento técnico, un documento

i) debe ser aplicable a un producto o grupo de productos identificables;

ii) debe establecer las características de un producto o los procesos y métodos de producción; y

iii) el cumplimiento de dichas características de los productos o procesos y métodos relacionados debe ser obligatoria.

Por lo tanto, en primer lugar, la medida debe ser analizada como un todo integrado con el fin de establecer si se trata de un reglamento técnico conforme al Anexo 1.1 del Acuerdo OTC (CE-Amianto, Párrafo 64).

1.2 Los productos en cuestión deben ser similares

Para que una medida sea violatoria del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC, además de verificar que sea un reglamento técnico, es necesario establecer en el caso concreto que los productos en cuestión sean similares. Según el Órgano de Apelación en Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor (Párrafo 120), la similitud en el marco del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC es una determinación de la naturaleza y el alcance de una relación de competencia entre los productos en cuestión.

1.3 Trato menos favorable

Por último, un reglamento técnico viola el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC si, en adición a lo anterior, otorga un trato menos favorable a productos extranjeros que a los productos nacionales o extranjeros de otro Miembro. En este sentido, el Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor (párrafo 190) señaló que: }

> *El párrafo 1 del artículo 2 dispone que se dé a "los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos*

> *favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país". Por consiguiente, el texto del párrafo 1 del artículo 2 exige que se realice una comparación del trato dado, por un lado, a los productos importados de cualquiera de los Miembros que alegue una infracción del párrafo 1 del artículo 2 y del trato otorgado, por otro lado, a los productos similares de origen nacional y de cualquier otro origen. Por lo tanto, a los efectos del análisis del trato menos favorable, el trato dado a los productos importados del Miembro reclamante ha de compararse con el otorgado a los productos nacionales similares y a los productos similares de cualquier otro origen".*

Además, con el fin de analizar el trato menos favorable, el Órgano de Apelación ha desarrollado una prueba de dos niveles. El Órgano de Apelación en Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor (Párrafo 182.) y en Estados Unidos – EPO (Párrafo 271) estableció que existe un trato menos favorable en el marco del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC cuando i) hay un impacto negativo en las oportunidades de competencia de las importaciones procedentes de un Miembro y; ii) tal impacto perjudicial no proviene exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

En relación con la evaluación de los efectos perjudiciales, el Órgano de Apelación (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párrafo 169), declaró:

> *En sí mismos, los reglamentos técnicos son medidas que, por su propia naturaleza, establecen distinciones entre productos en función de sus características o de los procesos y métodos de producción con ellas relacionados. A nuestro juicio, ello indica que no se debería interpretar que el párrafo 1 del artículo 2 significa que cualquier distinción, en particular las que se basan exclusivamente en las características concretas de un producto o en los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, otorgaría per se un trato menos favorable en el sentido de dicha disposición.*

Por lo tanto, según el Órgano de Apelación, la determinación del impacto perjudicial bajo el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC, debe hacerse a partir del análisis sobre si el reglamento técnico modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente, en detrimento del grupo de productos importados en comparación con el grupo de productos similares (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párr. 180). Por otra parte, con el fin de determinar si hay una modificación en las condiciones de competencia, en Estados Unidos – EPO (Párrafo 269), el Órgano de Apelación aclaró que todas las características relevantes del mercado como las características particulares de la industria de que se trata, las cuotas de mercado relativas en una industria dada, las preferencias de los consumidores, y los patrones comerciales históricos, deben tenerse en cuenta.

Por último, el Órgano de Apelación ha declarado que la mera existencia de un impacto negativo en las condiciones de competitividad de un producto no deriva necesariamente en un trato menos favorable bajo el Artículo 2.1 (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, párr. 174). Por el contrario, teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación aclaró que el Artículo 2.1 no debe interpretarse como una prohibición de cualquier impacto negativo en las oportunidades competitivas para las importaciones en caso de que tal impacto perjudicial sobre las importaciones derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima (Órgano de Apelación, Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor, párrafo 174). Por lo tanto, en virtud del Artículo 2.1, un reglamento técnico no violará esta norma si los efectos perjudiciales derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

Teniendo en cuenta lo anterior, profundizaremos en el análisis del concepto de distinción reglamentaria legítima.

2. Interpretaciones del Órgano de Apelación

Como lo mencionamos, el Órgano de Apelación ha establecido una prueba de dos niveles para el análisis de un trato menos favorable bajo el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC. En esta sección se analizará la aplicación del segundo nivel de la prueba por parte de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación. Por lo tanto, en esta sección analizaremos los requisitos para que se considere que el efecto perjudicial en las condiciones de competencia deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

2.1 Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor (Abril, 2012)

Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor es un caso de la OMC que surgió a raíz de una disputa entre Indonesia y los Estados Unidos. En este caso se analizó si el Artículo 907 de la Sección 907 (a) (1) (A) de la Ley Federal de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos de Estados Unidos (la "FFDCA"), enmendada por la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia, que prohibía cigarrillos que tuvieran como constituyente cualquier sabor diferente al tabaco y al mentol, violaba la obligación de TN contenida en el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

En este caso, el Grupo Especial consideró que el Artículo 907 sí era incompatible con el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC, ya que otorgaba un trato menos favorable a los cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia en comparación con el trato otorgado a la producción doméstica de cigarrillos mentolados.

En la apelación, Estados Unidos sostuvo que no existía un trato menos favorable otorgado a los cigarrillos de clavo de olor importados porque la distinción no estaba relacionada con el origen de los productos. Según Estados Unidos, la exención de los cigarrillos mentolados de la prohibición del Artículo 907 no buscaba discriminar a los cigarrillos con adiciones de sabor de otros orígenes sino que obedecía a dos objetivos principales: (i) evitar el impacto negativo potencial sobre el sistema de salud estadounidense asociado al tratamiento de millones de adictos a los cigarrillos mentolados con síntomas de abstinencia; y (ii) evitar el riesgo de desarrollar un mercado negro y el contrabando para abastecer las necesidades de los fumadores de cigarrillos mentolados.

Frente a los argumentos presentados por Estados Unidos, el Órgano de Apelación recordó que el objeto y fin del Acuerdo OTC era establecer un equilibrio entre el objetivo de liberalización del comercio y el derecho de los Miembros a adoptar reglamentaciones (Párrafo 174). Asimismo, en este caso, el Órgano de Apelación recordó que el texto del sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC ofrecía un contexto pertinente para la interpretación de un trato menos favorable bajo el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Así, aclaró que los reglamentos técnicos pueden perseguir objetivos legítimos que deben ser tomados en cuenta a la hora de analizarlos (Párrafo 173). Por lo tanto, el Órgano de Apelación estableció que:

> *Cuando el reglamento técnico en litigio no discrimine contra las importaciones de jure, un grupo especial ha de estudiar cuidadosamente las circunstancias particulares del caso, a saber, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el*

funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio, y, en particular, si ese reglamento técnico es imparcial, a fin de determinar si el efecto perjudicial en las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, y no refleja una discriminación contra el grupo de productos importados. (Párrafo 215)

Teniendo en cuenta lo anterior, el Órgano de Apelación presentó el siguiente análisis: (i) por su diseño, el Artículo 907 prohibía todos los cigarrillos con aromas característicos distintos del tabaco o el mentol; (ii) prácticamente todos los cigarrillos de clavo de olor importados a los Estados Unidos en los tres años anteriores a la prohibición venían de Indonesia; (iii) la mayoría de los cigarrillos de clavo que se consumían en los Estados Unidos provenían de Indonesia; y (iv) en los años 2000 a 2009, entre el 94,3% y el 97,4% de todos los cigarrillos vendidos en los Estados Unidos se producían en el país, y los cigarrillos mentolados representaban alrededor del 26% del mercado total de cigarrillos de Estados Unidos.

Por lo tanto, el Órgano de Apelación declaró que el diseño, la arquitectura, la estructura, el funcionamiento y la aplicación del Artículo 907 demostraban que los productos prohibidos bajo la Sección 907 se componían fundamentalmente de los cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia, mientras que los productos similares que en realidad eran permitidos por la medida eran principalmente de producción nacional cigarrillos mentolados. Por lo tanto, el Órgano de Apelación concluyó que estos hechos sugerían fuertemente que el impacto negativo sobre las oportunidades de

competencia para los cigarrillos de clavo de olor, reflejaba la discriminación contra el grupo de productos similares importados de Indonesia (Párrafo 224).

Posteriormente, el Órgano de Apelación analizó si dicho impacto perjudicial del Artículo 907 sobre las oportunidades competitivas para los cigarrillos de clavo de olor importados partía de una distinción reglamentaria legítima. En primer lugar, el Órgano de Apelación recordó que el objetivo declarado por Estados Unidos del Artículo 907 era reducir el tabaquismo juvenil. Entonces, consideró el hecho de que una de las características particulares de los cigarrillos con sabor que los hacía atractivos para los jóvenes era el sabor que enmascaraba la aspereza del tabaco. El Órgano de Apelación concluyó que, dado que esta característica particular estaba presente tanto en los cigarrillos de clavo de olor como en los mentolados, la exención para los cigarrillos mentolados debía estar justificada por la existencia de una distinción reglamentaria legítima (Párrafo 225).

En consecuencia, el Órgano de Apelación consideró la afirmación de los Estados Unidos de que la exención de los cigarrillos mentolados de la prohibición tenía como objetivo minimizar el impacto en el sistema de salud de Estados Unidos. Este impacto estaba asociado con el tratamiento de 'millones' de los fumadores de cigarrillos mentolados afectados por el síndrome de abstinencia y, en ese sentido, la exención evitaba el riesgo del desarrollo de un mercado negro y el contrabando para abastecer las necesidades de los fumadores de cigarrillos mentolados. Al respecto, el Órgano de Apelación señaló que el ingrediente adictivo de los cigarrillos mentolados es la nicotina y no la menta o cualquier otro ingrediente presente en los cigarrillos mentolados. Por lo tanto, de acuerdo con el Órgano de Apelación, no era claro como la exención a los cigarrillos mentolados iba a evitar los riesgos en el sistema de salud de Estados Unidos, asociados con el síndrome de abstinencia o el desarrollo de un mercado negro (Párrafo 225).

Por estas razones, el Órgano de Apelación no estaba convencido de que el impacto perjudicial de la Sección 907 en las oportunidades competitivas para los cigarrillos de clavo de olor importados, provenía exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

Por último, el Órgano de Apelación, declaró:

> *Si bien hemos confirmado la constatación del Grupo Especial de que la medida concreta en litigio en esta diferencia es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, no estamos diciendo que un Miembro no pueda adoptar medidas para perseguir objetivos sanitarios legítimos, tales como limitar y prevenir el consumo de tabaco por los jóvenes. En particular, no estamos diciendo que los Estados Unidos no puedan prohibir los cigarrillos de clavo de olor; sin embargo, si deciden hacerlo, han de hacerlo de manera compatible con el Acuerdo OTC. (Párrafo 236).*

En este sentido, es necesario resaltar que el Órgano de Apelación no negó la posibilidad de que en otras circunstancias la prevención del tabaquismo juvenil pueda ser considerada una distinción reglamentaria legítima. Sin embargo, para que esto sea así, dicha distinción debe ser aplicada de manera

compatible con el Acuerdo.

2.2 Estados Unidos - Atún (México) (Mayo de 2012)

Estados Unidos - Atún II (México) es una disputa entre México y Estados Unidos en relación con las disposiciones sobre el etiquetado "dolphin safe". En este caso, las disposiciones sobre el etiquetado "dolphin safe" de Estados Unidos establecían los requisitos para que los productos de atún que se vendían en los Estados Unidos pudieran ser etiquetados como "dolphin safe". Estos requisitos variaban dependiendo de la zona en la que se capturó el atún y el tipo de buque y el método de pesca utilizado.

De acuerdo con México, las disposiciones sobre el etiquetado "dolphin safe" eran incompatibles con la obligación de trato NMF en virtud del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC, ya que otorgaban un trato menos favorable a los productos de atún mexicanos que a los productos de atún capturados fuera de la zona tropical del Océano Pacífico oriental (PTO). El Grupo Especial consideró que no existía una violación del Artículo 2.1, porque México no había demostrado la existencia de un trato menos favorable.

Al analizar este caso, el Órgano de Apelación (Párrafo 215) hizo referencia al contexto del Acuerdo OTC y determinó que, como se estableció en Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor, la mera existencia de un impacto perjudicial sobre las posibilidades de competencia no era suficiente para demostrar un trato menos favorable, sino que, en cambio, se debía analizar si este impacto derivaba exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. A continuación, se refirió a la carga de la prueba en el marco del análisis del trato menos favorable. Según el Órgano de Apelación (Párrafo 216), mientras que el demandante tiene la carga de establecer que existe un impacto negativo en las oportunidades de competencia de un producto, el demandado debe demostrar que tales efectos perjudiciales derivan exclusivamente de una

distinción reglamentaria legítima.

A diferencia del Grupo Especial, el Órgano de Apelación consideró que sí existía un impacto negativo en las oportunidades competitivas de las importaciones de México. Por lo tanto, el Órgano de Apelación tuvo que considerar si Estados Unidos había demostrado que dicho impacto negativo en las oportunidades

competitivas de los productos de atún mexicanos, provino exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

Para analizar si el efecto perjudicial derivaba exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, el Órgano de Apelación comenzó por determinar si el efecto perjudicial reflejaba la

discriminación. En consecuencia, el Órgano de Apelación identificó la distinción reglamentaria pertinente. En este caso, entonces, la distinción reglamentaria era *"(...) la diferencia en las condiciones de etiquetado para los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y para los productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otra parte"* (Párrafo 284).

El Órgano de Apelación, entonces, continuó su análisis mediante la identificación de los objetivos perseguidos por las disposiciones sobre el etiquetado "dolphin safe". Estos objetivos eran, por una parte, garantizar que los consumidores no fueran engañados acerca de si los productos de atún contenían atún capturado de forma que afectara negativamente a los delfines, y por otro lado, contribuir a la protección de los delfines, asegurando que en el mercado estadounidense no se utilizara, para alentar a las flotas pesqueras, a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines (Grupo Especial, Estados Unidos - Atún II (México), párrafo 7.401).

Una vez identificados los objetivos de las disposiciones sobre el etiquetado "dolphin safe", el Órgano de Apelación continuó su análisis para determinar si la distinción reglamentaria pertinente se "calibraba" a los objetivos de la reglamentación técnica. Según los Estados Unidos, la técnica de pesca de los lances sobre delfines fue particularmente perjudicial para los delfines en el PTO y, por lo tanto, la distinción reglamentaria se calibró con los objetivos de las disposiciones sobre el etiquetado "dolphin safe". El Grupo Especial consideró que, incluso si las técnicas de pesca en la ETP eran especialmente perjudiciales para los delfines, los requisitos diferenciales para el atún capturado fuera del PTO no abordaban los riesgos de otros métodos (Grupo Especial, Estados Unidos -. Atún II (México), párrafo 7.561) El Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial y, por lo tanto, concluyó que la distinción reglamentaria no se calibró con los riesgos para los delfines derivados de diferentes

métodos de pesca en diferentes áreas del océano (Párrafo 297).

2.3 Estados Unidos - EPO (Junio de 2012)

Estados Unidos - EPO es una controversia OMC entre Canadá y México, por una parte, y los Estados Unidos, por otra. Esta disputa hace referencia a los requisitos de etiquetado de origen de la carne (medida sobre el EPO) para venta en los Estados Unidos. La medida sobre el EPO imponía a los minoristas la obligación de proporcionar información sobre el origen de los productos que vendían. En el caso de la carne, las medidas otorgaban la etiqueta de origen estadounidense solamente a la carne procedente de animales exclusivamente nacidos, criados y sacrificados en los Estados Unidos. Además, estas medidas establecían las normas para la determinación del país o países de origen de la carne cuando alguna de las etapas de producción pertinentes (nacimiento, cría, sacrificio) había tenido lugar fuera de los Estados Unidos. Las medidas también imponían requisitos de mantenimiento de registros, de auditoría y verificación de los productores a lo largo de la cadena de producción de carne.

En este caso, Canadá y México impugnaron las medidas de EPO en virtud de la obligación de TN del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Estos países argumentaron que las medidas sobre el EPO otorgaban al ganado importado un trato menos favorable que el otorgado al ganado doméstico, ya que resultaban en mayores costos de segregación para el ganado importado. El Grupo Especial consideró que la medida sobre

el EPO era incompatible con el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

En la apelación, Estados Unidos señaló que las nociones de distinción reglamentaria legítima y objetivo legítimo eran diferentes y, por lo tanto, un Miembro puede tener un objetivo legítimo que subyace a su medida, pero hacer distinciones ilegítimas dentro de dicha medida. En aplicación de este concepto, Estados Unidos sostuvo que no había una distinción reglamentaria en la medida porque no había requisitos diferenciales aplicados a los productos nacionales y extranjeros. A juicio de Estados Unidos, el mero hecho de que la medida sobre el EPO identificaba el origen de los productos con el fin de etiquetarlos no significaba que existiera una distinción reglamentaria, ya que las etiquetas simplemente transmitían información del producto relevante para el consumidor.

El Órgano de Apelación reiteró, como lo había señalado en casos pasados, que los reglamentos técnicos no son incompatibles con el Artículo 2.1, cuando el impacto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima (Párrafo 271).

El Órgano de Apelación identificó la distinción reglamentaria pertinente a fin de establecer si su diseño, la arquitectura, la estructura, el funcionamiento y la aplicación reflejaban discriminación. En este caso, el Órgano de Apelación consideró que las diferencias entre las tres etapas de producción (nacimiento, crianza y sacrificio), así como los cuatro tipos de etiquetas que debían ser fijados a cortes de músculo de carne constituían una distinción reglamentaria pertinente en el marco de la medida sobre el EPO. Posteriormente, el Órgano de Apelación procedió a examinar si las distinciones fueron diseñadas o aplicadas de manera imparcial.

Por lo anterior, inició considerando los requisitos de mantenimiento de registros y verificación impuestos por la medida sobre el EPO. Según el Órgano de Apelación, la medida sobre el EPO era injustificable porque a los productores extranjeros les otorgaba una carga excesiva y desproporcionada (Párrafo 348). Además, el Órgano de Apelación consideró que dicha carga y los costes asociados eran más bajos cuando los procesos de producción tenían un único origen y, dadas las circunstancias particulares del mercado de Estados Unidos, la manera menos costosa de cumplir la medida sobre el EPO era confiar exclusivamente en el ganado doméstico. Por último, el Órgano de Apelación consideró que la medida era violatoria del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC porque la carga impuesta a los productores que no podría explicarse por la necesidad de proporcionar información sobre el origen de los consumidores (Párrafo 349).

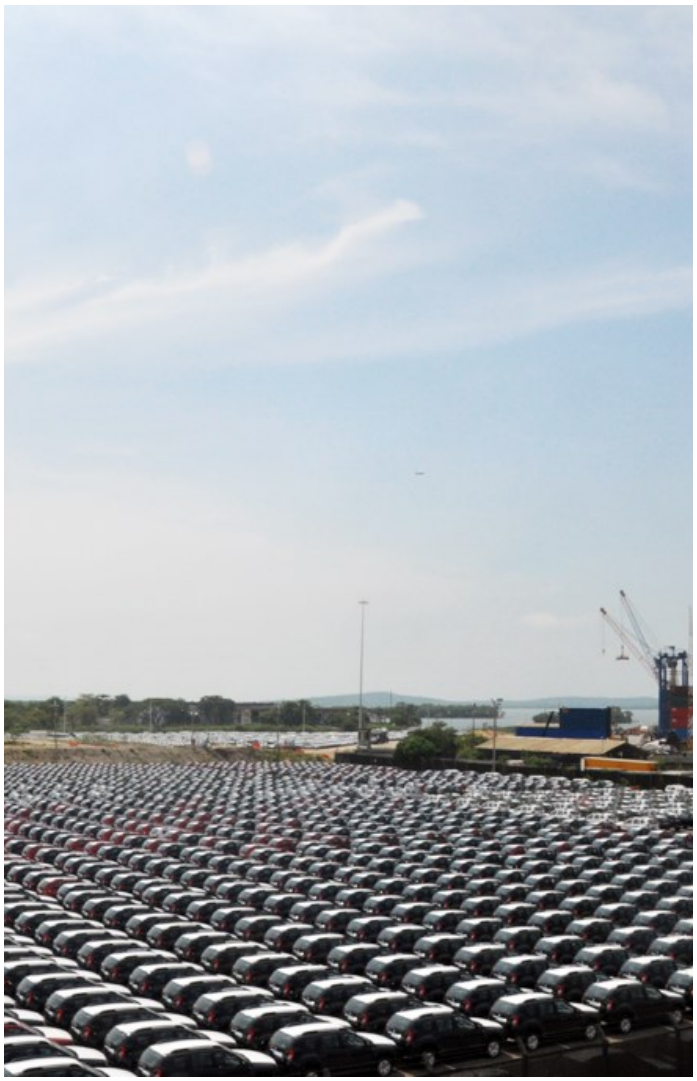
3. Conclusiones

Como se puede ver, el análisis de la obligación contenida en el Artículo 2.1 del Acuerdo OTC ha tenido muy pocas interpretaciones por el Órgano de Apelación. En efecto, sólo existen tres casos en los que se ha analizado. A pesar de lo anterior, en estos tres casos el Órgano de Apelación ha introducido la noción de distinción reglamentaria legítima, la cual no se encuentra presente en el texto del acuerdo. Por lo tanto, en primer lugar, consideramos que es necesario un mayor desarrollo por el Órgano de Apelación sobre el concepto y la evaluación de la distinción reglamentaria legítima en virtud del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC.

Los tres informes emitidos hasta la fecha no son concluyentes y todos ellos tienen diferentes

enfoques para el análisis de si un impacto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Sin embargo, en un intento de armonización entre los tres informes del Órgano de Apelación que fueron analizados, es posible hacer una propuesta de análisis con el fin de determinar que un impacto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

En primer lugar, y de acuerdo con la primera prueba hecha por el Órgano de Apelación en Estados Unidos-Atún II (México) y Estados Unidos - EPO, un análisis del diseño, la arquitectura, la estructura, el funcionamiento y aplicación de la medida debe ser hecha para



identificar la distinción reglamentaria pertinente en cuestión. Si se encuentra la distinción reglamentaria, el siguiente paso es determinar si esta distinción es legítima. En consecuencia, en relación con el Órgano de Apelación en Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor y Estados Unidos - Atún II (México), para determinar que la discriminación surge de la distinción reglamentaria pertinente esta debe estar dirigida a alcanzar el objetivo de la medida. Si se comprueba que está relacionada con el objetivo legítimo de la medida, entonces el impacto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Sin embargo, si la distinción reglamentaria no tiene relación con el objetivo de la medida, entonces será necesario analizar si existen otros objetivos legítimos o valores que el Miembro persigue con la distinción reglamentaria en cuestión. Como en Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor, este paso requiere el examen de la contribución y la relación entre la distinción reglamentaria pertinente y los diferentes valores, diferentes del objetivo de la medida. Por último, teniendo en cuenta el criterio del Órgano de Apelación en Estados Unidos - EPO, en virtud de este último análisis se puede considerar razonablemente que la distinción reglamentaria no guarda una relación con esos otros valores si se demuestra que es diseñada o aplicada de manera que constituya un medio de discriminación arbitraria o injustificable.

Bibliografía

- Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, el 15 de abril de 1994, 1868 UNTS120 (1994).
- Informe del Grupo Especial, Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto ya productos que contienen amianto, WT / DS135 / AB / R, adoptado el 5 de abril de 2001.
- Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor, WT / DS406 / AB / R,

adoptado el 24 de abril 2012.

- Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún, WT / DS381 / AB / R, adoptado el 13 de junio de 2012.
- Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Determinados País de Origen Requisitos de etiquetado, WT / DS384 / AB / R, WT / DS386 / AB / R. (23 de julio de 2012).
- Carlone, J. (2014). Una excepción Agregado el Acuerdo OTC Después de Clavo, Atún II, y Cool. Boston College Internacional y Comparado Law Review, 37.
- Howse, R. (2013). Introducción. En T. Epps y M. Trebilcock (Eds.), Manual para la Investigación sobre la OMC y Obstáculos Técnicos al Comercio. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited.
- Howse, R. & Türk, E. (2006). El impacto de la OMC Al Reglamento Interno: Un estudio de caso de la Controversia Asbestos Canadá-CE. En G. Bermann & P. Mavroidis (Eds.), El Comercio y la Salud Humana y Seguridad. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Kurdryavtsev, A. (2013). El Acuerdo OTC en su contexto. En T. Epps y M. Trebilcock (Eds.), Manual para la Investigación sobre la OMC y Obstáculos Técnicos al Comercio. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited.
- Lester, S., Mercurio, B. & Davies, A. (2012). Ley Mundial del Comercio: Texto, Materiales y Comentario. Portland, Estados Unidos: Hart Publishing.
- Marceau, G. & Trachtman, J. (2014). Un mapa del mundo Ley de Organización de Comercio Exterior de la Reglamentación Nacional de Bienes: Los Obstáculos Técnicos al Comercio, el Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Diario del Comercio Mundial, 48, 2.
- Matsushita, M., Schoenbaum, T. & Mavroidis P. (2006) La Organización de Comercio Mundial de Derecho, Prácticas y Políticas. Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press.
- Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril 1994, 1867 UNTS 154 (1994).
- McGrady, B. (2012). Tabaco Reglamentación de los Productos y la OMC: Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos-Clavo Cigarrillos. Instituto O'Neill para Nacional y la Ley de salud global en la Universidad de Georgetown.
- Meltzer, J. (2012). La sentencia de la OMC sobre los Estados Unidos País de Origen de etiquetar ("COOL"). Sociedad Americana de Derecho Internacional, 16.
- Ming Du, M. (2007). Autonomía de Regulación Doméstica En el marco del Acuerdo OTC: De la No Discriminación de Armonización. Chinese Journal of International Law, 269, 270.
- Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor, WT / DS406 / R, adoptado el 24 de abril 2012, modificado por el Órgano de Apelación WT / DS406 / AB / R
- Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún, WT / DS381 / R, adoptado el 13 de Junio de 2012, modificado por el Órgano de Apelación WT / DS381 / AB / R
- Informe del Grupo Especial, Estados Unidos - Determinados País de Origen Etiquetado (EPO) Requisitos, WT / DS384,386 / R, adoptado el 23 de Julio de 2012, modificado por el Órgano de Apelación WT / DS384,386 / AB / R
- Shaffer, G. (2013). Estados Unidos-Medidas que afectan a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún. American Journal of International Law, 192.
- Spiegel, D. & Switzer S. (2012). ¿A dónde Artículo XX? Acuerdos Reglamentarios Autonomía Bajo no GATT Después Materiales China y primas. El Yale Journal of International Law, de 38 años.
- Trebilcock, M., Howse, R. & Eliason, A. (2013). La regulación del comercio internacional. Nueva York, Estados Unidos: Routledge.
- Van den Bossche, P. & Zdouc, W. (2013). El Derecho y Política de la Organización Mundial del Comercio. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Zlepting, S. (2010). Objetivos no económicos en derecho de la OMC. Justificación Las disposiciones de los Acuerdos GATT, GATS, MSF y OTC. Boston, Estados Unidos: Martinus Nijhoff Publishers.

Aspectos aduaneros del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos

Ingrid Magnolia Díaz Rincón[1]

[1]Ingrid Magnolia Díaz Rincón, abogada de la Universidad Externado de Colombia, admitida en la práctica legal en el año1992, especializada en derecho comercial, con estudios en la Organización Mundial de Comercio en Lima – Perú, experta nacional e internacional en comercio internacional, derecho aduanero y cambiario. Catedrática de las más importantes universidades del país en la cátedra de derecho aduanero. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Aduanero. Actualmente, socia del área de comercio internacional, aduanas y cambios de Price Waterhouse Coopers. – Servicios Legales y Tributarios.

Resumen:

El TLC con Estados Unidos estableció la obligación de los estados de adoptar o mantener medidas que hicieran realidad la facilitación al comercio exterior y los procedimientos de certificación de origen. El proyecto de regulación aduanera prevé disposiciones tendientes a cumplir dichas exigencias. Se destaca, en facilitación al comercio, el establecimiento del sistema de gestión del riesgo; el despacho de mercancías en plazos no mayores a 48 horas y la regulación de las resoluciones anticipadas en valoración aduanera y origen. En procedimiento de certificación de origen, se destaca la figura de certificación por el importador, haciéndose énfasis, en este escrito, en? su conexión con el delito de fraude aduanero.

Palabras clave: TLC, Riesgo, origen, facilitación, resolución

***

Con ocasión de la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, (TLC), se advirtió la necesidad de que Colombia incorporara en su ordenamiento interno medidas tendientes a regular dos de los aspectos sustanciales en el tráfico transfronterizo, como son la facilitación al comercio exterior y la determinación de procedimientos expeditos de certificación del origen de mercancías.[2]

En cuanto a facilitación al comercio, el TLC resalta la necesidad de establecer o mantener sistemas para la gestión del riesgo, el despacho expedito de mercancías de manera preferente dentro de las 48 horas siguientes, la regulación en materia de resoluciones anticipadas no solo en arancel, tal como hoy se encuentran previstas, sino también en origen y valoración aduanera.

Desde el punto de vista del procedimiento de certificación de origen, el TLC introdujo una forma de certificación novedosa en Colombia: la auto certificación, o, certificación de origen expedida por el importador con base en la información que demuestre que la mercancía es originaria, so pena de negar el trato preferencial cuando se encuentre que la misma se ha hecho de manera falsa o infundada.

Este mecanismo de auto certificación, exige por parte de los importadores, una conducta diligente y, en todo caso, una manifestación falsa o infundada podría dar lugar a la imposición de sanciones penales por el delito de fraude aduanero.

En este artículo nos ocuparemos de algunos temas relacionados con estos dos aspectos, aprovechando el hecho de que el pasado 19 de octubre, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) publicó en su página web una versión más del proyecto de regulación aduanera, versión que, entenderíamos según declaraciones de su Director el doctor Santiago Rojas, será la última antes de la expedición de la nueva regulación aduanera en Colombia.

I. Gestión de riesgo

El artículo 5.4 del TLC, estableció que los estados contratantes se esforzarán *"por*

[2]Fenalco. Escrito de la Dirección Jurídica de la Federación. Página Web www.fenalco.com

adoptar o mantener sistemas de administración de riesgos que permitan a su autoridad aduanera focalizar sus actividades de inspección de mercancías de alto riesgo y que simplifiquen el despacho y movimiento de mercancías de bajo riesgo (...)"

De acuerdo con el texto mencionado, el establecimiento de un sistema de gestión del riesgo debe propender por la optimización de la fiscalización aduanera y la facilitación del comercio exterior, sin que, bajo ninguna circunstancia, dicha administración del riesgo se constituya como un sistema de restricción a la libre circulación de bienes.

A. La gestión del riesgo como mecanismo de optimización de la fiscalización aduanera

Tal como lo menciona el Banco Interamericano de Desarrollo[3], las aduanas están asistiendo a un cambio sustancial en el escenario mundial del tráfico transfronterizo, constituyéndose en entidades clave para la fiscalización del ingreso de bienes, del recaudo tributario al comercio internacional y en la implementación de políticas tendientes a garantizar la seguridad del Estado y de sus conciudadanos.

Los contextos comerciales como la figura del "justo a tiempo" exigen de los estados la implementación y fortalecimiento de las aduanas, para contar con entidades ágiles que permitan el despacho de mercancías en el menor tiempo posible, sin que tal actuación facilitadora erosione la necesidad imperante de ejercer el control aduanero.

Es así como la implementación de un correcto y eficiente sistema de administración del riesgo permitirá un control seguro y diligente, limitado al control de lo imprescindible y que puede adelantarse seleccionando cierto tipo de operaciones que deben ser supervisadas.

La selección de las operaciones sujetas a control debe estar sustentada en la identificación de riesgos previos al despacho aduanero; identificación de riesgos para gestionarlos al momento de despacho y la utilización de escáneres para revisar mercancías; además del control posterior que se adelantaría directamente en la empresa importadora o exportadora.

[3]Banco Interamericano de Desarrollo. Guía de buenas prácticas en auditoría aduanera.

Consciente de lo anterior, Colombia ha venido adoptando desde tiempo atrás sistemas de gestión del riesgo, cuya eficacia no será objeto de análisis en este escrito. No obstante, sí vale la pena mencionar que el Proyecto de Regulación Aduanera prevé la utilización de prácticas y procedimientos de gestión del riesgo que ayuden a prevenir y combatir el comercio que atenta contra la seguridad nacional o las disposiciones de carácter aduanero.

Analizado en su contexto, podemos concluir, en primera instancia, que el Proyecto de Regulación Aduanera hace frente al nuevo escenario internacional y equipa a la autoridad aduanera para que haga el tránsito de una entidad encargada del control al recaudo a una entidad coadyuvante de primera línea en el control de prácticas que atentan contra la vida, la seguridad sanitaria y la seguridad nacional.

En diferentes apartes del Proyecto de Regulación Aduanera se puede evidenciar la consciencia del estado colombiano de la necesidad de implementar un correcto sistema de gestión del riesgo. Así mismo, se evidencia la innegable ayuda que dicho sistema ofrece en la optimización del proceso de fiscalización, focalizando el control en detectar prácticas ilegales o riesgosas en el comercio.

Veamos algunos de estos ejemplos:

- Artículo 203. Determinación del reconocimiento de carga en el lugar de arribo, la cual puede llevar incluso a la apertura de bultos y contenedores cuando el sistema de gestión del riesgo advierta a la autoridad la existencia de indicios de incumplimiento de obligaciones aduaneras, tributarias o cambiarias.

- Artículo 214. Determinación de la necesidad de hacer declaraciones anticipadas de cierto tipo de mercancías que, gracias al sistema de administración del riesgo, requieran de este tratamiento.

- Artículo 306. Control viajeros. Por el sistema de administración del riesgo se permitirá hacer un control selectivo a los equipajes acompañados o no acompañados de los viajeros así como, en caso de que el sistema arroje que existe sospecha justificada de delitos de contrabando, la inspección corporal de los viajeros que ingresen al país.

B. La gestión del riesgo como mecanismo de facilitación al comercio exterior.

Tal como lo menciona el estudio adelantado por el BID, la revisión del modelo tradicional de control debe tener como objetivo la agilidad en el despacho de mercancías, para lo cual las administraciones aduaneras deben garantizar un tratamiento ágil y eficaz a todos los operadores. Esto sin perjuicio de prever el establecimiento de medidas que faciliten las operaciones de comercio exterior a personas (naturales o jurídicas) que cumplan con los estándares de confianza y cumplimiento previstos en la ley.

El proyecto de regulación aduanera no fue ajeno a tal necesidad. En primer lugar, condiciona la obtención de algunas calificaciones y autorizaciones a una valoración de riesgo bajo y en segundo lugar

consagra beneficios para los declarantes de confianza.

El artículo 34 del proyecto de regulación aduanera establece que, de acuerdo con los resultados arrojados por el sistema de gestión del riesgo, la autoridad aduanera podrá autorizar o calificar a los importadores, exportadores y a los operadores de comercio exterior, con miras a otorgar ciertos tratamientos especiales.

Es así como se consagra la figura del exportador autorizado y se incorpora al régimen aduanero la ya existente figura del operador económico autorizado, quienes en materia de riesgo deberán contar con una valoración de riesgo bajo.

¿Qué ventajas consagra el proyecto de regulación aduanera a aquellos operadores y declarantes (importadores, exportadores) valorados con riesgo bajo?

El artículo 35 consagra varios beneficios. Mencionaré únicamente aquellos que, a mi manera de ver, están encaminados a la facilitación del comercio:

a. El exportador autorizado podrá expedir declaraciones de origen o declaraciones en factura, de conformidad con el tratado correspondiente.
b. Los que ostenten la calidad de operador económico autorizado podrán no constituir garantías para el cumplimiento de obligaciones, realizar desaduanamiento en las instalaciones del declarante, presentar una sola declaración aduanera para las importaciones o exportaciones realizadas durante el último mes calendario, someter la mercancía al régimen de depósito aduanero.
c. Los importadores, exportadores u operadores de confianza podrán realizar pagos consolidados[4] de derechos e impuestos a la importación, realizar pagos diferidos[5] de impuestos.
d. Utilización de la figura del desaduanamiento abreviado y del aforo en las instalaciones del declarante.

Vistas las disposiciones consagradas en el proyecto de regulación aduanera es viable concluir que dicho proyecto prevé el sistema de administración del riesgo, dentro de los lineamientos establecidos en el TLC al mantenerlo o implementarlo legalmente bajo la óptica del cumplimiento de sus dos fines, control y facilitación.

II. Implementación de medidas para obtener el despacho en 48 horas

El artículo 5.2. del TLC prevé ciertas obligaciones para los estados, tendientes a garantizar el despacho expedito de las mercancías, a saber:

a. Procedimientos para garantizar el despacho de mercancías en el punto de llegada.
b. Procedimientos simplificados para el despacho de mercancías.
c. Medidas para garantizar el despacho antes

[4]De acuerdo con el artículo 28 del proyecto de regulación aduanera el pago consolidado es la posibilidad de pagar los derechos e impuestos a la importación, las sanciones y el valor de rescate derivados de las declaraciones aduaneras de importación presentadas durante un periodo anterior, dentro de los cinco (5) días hábiles de cada mes.

[5]El pago diferido está consagrado tanto para los derechos e impuestos a la importación en el caso de importaciones para el consumo de bienes de capital sus partes y accesorios, importación de mercancías alquiladas o con contrato de arrendamiento con opción de compra, como para el impuesto sobre las ventas en el caso de operadores económicos autorizados, y declarantes de confianza.

de la decisión final sobre aplicación de aranceles, impuestos y cargos.

Dentro de los procedimientos para garantizar el despacho de mercancías en el lugar de llegada, es necesario advertir que los mismos tienen más de un propósito.

De una parte, deben estar encaminados a la implementación de menores plazos en los procedimientos previos al desaduanamiento, y, de otra parte, deben orientarse a la implementación de figuras que permitan el traslado de mercancías del lugar de arribo para facilitar las operaciones de control y de esta manera tener el despacho de mercancías en tiempos cortos.

Desde el punto de vista logístico, cabe destacar la creación de las zonas de verificación para envíos de entrega rápida o mensajería expresa y zonas de control, comunes a varios puertos o muelles. Estas figuras, a mí manera de ver, no solo descongestionarán los lugares de arribo, sino que además permitirán el ejercicio del control aduanero de manera eficiente y eficaz garantizando de esta manera el despacho de mercancías en tiempos deseables para el comercio exterior.

Las zonas de verificación para envíos de entrega rápida o mensajería expresas son aquellos lugares de servicio público, habilitados en las zonas primarias de aeropuertos internacionales, donde los operadores de envíos de entrega rápida o mensajería expresa que no tengan depósito, llevarán a cabo la verificación del cumplimiento de requisitos para el régimen.

Por su parte, los lugares comunes a varios puertos o muelles son aquellos lugares habilitados donde se llevarán a cabo controles aduaneros, inspección previa y actuaciones de las autoridades de control para las cargas y mercancías de varios puertos o muelles.

Igualmente, la exigencia a los operadores de comercio exterior de tener disponibilidad de

realizar las operaciones siete días a la semana, 24 horas del día, también constituye un mecanismo previsto en la ley para garantizar el despacho de mercancías en el menor tiempo posible. Sin embargo, la implementación de esta medida está sujeta a la condición de exigir tal actividad si las operaciones de comercio exterior lo requieren. Igualmente, y en todo caso, es necesario que para la efectividad de la medida, todos los intervinientes en la cadena de despacho, incluidas las entidades bancarias, estén conscientes de la necesidad de tener disponibilidad de poder operar de la manera prevista en la norma y así evitar los llamados "cuellos de botella".

Adicionalmente, se prevén las infraestructuras logísticas especializadas como áreas donde se realizan actividades relativas a la logística, el transporte, manipulación distribución de mercancías, con la posibilidad de que dentro de dichas zonas puedan concurrir diferentes

operadores de comercio exterior y desarrollarse las formalidades propias de los regímenes aduaneros.

Por la experiencia internacional, estas zonas de infraestructura optimizan la utilización y manejo de los lugares de arribo, facilitan las operaciones de exportación e importación de mercancías.

Desde el punto de vista del desaduanamiento de las mercancías, se prevé la entrega directa en el lugar de arribo al declarante (importador) o al agente de aduanas cuando las mercancías se han sometido a un régimen aduanero de importación, de depósito aduanero o de tránsito en el lugar de arribo. Esta entrega debe realizarse dentro del día hábil, si se trata de modo aéreo; dentro de los cuatro días hábiles, si es marítimo, o; dentro de las tres horas siguientes, si se trata de terrestre. Todos estos plazos son contados desde el día siguiente al informe de inconsistencias.

Igualmente, el artículo 213 prevé cuatro tipos de desaduanamiento de mercancías, de los cuales mencionaremos tres por considerar que los mismos son útiles para lograr los propósitos previstos en el TLC:

a. Desaduanamiento abreviado. Previsto para los operadores económicos autorizados y para los usuarios de confianza. Requiere únicamente la presentación de una declaración simplificada sujeta a que sea completada posteriormente y se prevé que dicho desaduanamiento esté sometido a pago diferido o consolidado.
b. Desaduanamiento anticipado. Previsto como aquel que se lleva a cabo antes de la llegada de la mercancía al territorio nacional.
c. Desaduanamiento urgente. Aquel que permite la entrega de las mercancías con la presentación de una solicitud para mercancías que ingresan como auxilios, ingresan para atender necesidades apremiantes o mercancías donadas al estado o entidades oficiales entre otros.

En relación con el establecimiento de medidas que propendan por el despacho de las mercancías, aun cuando se estén discutiendo los derechos e impuestos a la importación, es de advertir que el proyecto de regulación prevé que el importador puede, dentro de la diligencia de aforo, exhibir documentos que resuelvan la duda del funcionario investigador en el valor de las mercancía, corregir la declaración de valor, o, constituir garantía que cubra los derechos e impuestos a la importación.

No obstante las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional en el proyecto de regulación aduanera para permitir el desaduanamiento rápido de mercancías, veo con preocupación el establecimiento de un paso adicional para lograr dicho desaduanamiento, denominado retiro de la mercancía.

Tal como está concebido, el retiro de la mercancía se hace a través del sistema informático electrónico, una vez se haya obtenido el levante y pagado los derechos e impuestos a la importación. Sin embargo, en cuanto dicho retiro, en casos de contingencia, deba ser obtenido por medios manuales, lo que supone la intervención de un funcionario aduanero que no actuará de manera automática o; si está sometido a la demostración del cumplimiento de obligaciones formales, que debieron haber sido verificadas por la autoridad aduanera en etapas anteriores, este paso adicional en el proceso de desaduanamiento puede ser obstáculo para

el cumplimiento del objetivo de despachar mercancías en plazos no mayores a 48 horas.

III. Regulación en materia de resoluciones anticipada

El establecimiento de criterios anticipados de origen y de clasificación arancelaria no son instituciones nuevas en los tratados de libre comercio suscritos por Colombia.

En materia de origen, por ejemplo, encontramos el artículo 7-10 del TLC Colombia – México (antes denominado G3), en el cual se establece que los estados dispondrán que por conducto de sus autoridades competentes se expidan criterios anticipados por escrito, previos a la importación de un bien.

En los términos del mencionado TLC, los criterios anticipados se expedirán a solicitud del importador en su territorio con base en hechos y circunstancias manifestados en la solicitud, con la previsión de que cada estado contratante otorgará el mismo trato y hará la misma interpretación, a todo aquel que solicite criterio anticipado cuando los hechos y circunstancias sean idénticos en todos sus aspectos sustanciales.

No obstante las previsiones establecidas en el citado TLC Colombia – México, nuestra legislación actual (Decreto 2685 de 1999) solo contempla las resoluciones anticipadas en materia de clasificación arancelaria, haciendo caso omiso a la obligación que, desde el año 1995, existía en materia de establecer criterios anticipados en origen.

El artículo 5.10 del TLC con Estados Unidos previó que:

> "Cada Parte emitirá, antes de la importación de mercancías hacia su territorio, una resolución anticipada por escrito a petición escrita de un importador en su territorio, o de un exportador o productor en el territorio de otra Parte respecto de:
>
> a. Clasificación arancelaria
> b. Aplicación de criterios de valoración aduanera para un caso particular, de conformidad con la aplicación de las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Valoración Aduanera;
> c. (…)
> d. Si una mercancía es originaria de acuerdo con el Capítulo Cuatro (Reglas de origen y Procedimientos de Origen)
>
> (…)"

Dada la exigencia establecida, entre otros, en los tratados antes mencionados, y la omisión en la legislación aduanera de la posibilidad de solicitar resoluciones anticipadas en materia de valoración y origen, se hizo necesario que tales aspectos fueran incorporados en el proyecto de regulación aduanera.

Es así como la Sección III del Capítulo II del Título I del Proyecto de Regulación Aduanera regula la solicitud, la expedición y la vigencia de resoluciones anticipadas, en diferentes temas, destacando, para efectos de este artículo, la determinación anticipada en materia de valoración y origen de mercancías.

En primer lugar vale la pena mencionar que el proyecto de regulación prevé:

A. Autoridades competentes para la expedición de resoluciones anticipadas

Dadas las diferentes materias sobre las cuales se puede expedir resoluciones anticipadas, el proyecto contempla que la solicitud de las mismas deberá hacerse ante la DIAN o ante la autoridad competente que corresponda.

Es así como, por ejemplo, la aplicación de una cuota bajo un contingente arancelario o resoluciones anticipadas en materia de marcado de país de origen, al no ser necesariamente materias de competencia de la DIAN, deberán ser expedidas por otras autoridades.

Sin embargo, no deja de causar inquietud, la facultad de la autoridad de establecer vía Decreto competencias a otras entidades de gobierno en materia de expedición de resoluciones anticipadas. A mi manera de ver, el proyecto de regulación aduanera solo debe circunscribirse en esta materia, a los asuntos cuya vigilancia, control y pronunciamiento le corresponde a la DIAN.

B. Condiciones de los solicitantes

El proyecto prevé que la solicitud de resolución anticipada debe ser presentada por:

- Exportadores
- Importadores
- Productores
- Representantes de exportadores, importadores o productores
- Cualquier particular legitimado.

Es importante mencionar que la calificación de los solicitantes limita la solicitud de resoluciones anticipadas como mecanismo para evitar solicitudes temerarias ante la administración.

C. Obligatoreidad

El proyecto de regulación aduanera aplica la obligatoriedad de las resoluciones anticipadas a:

i) Operaciones de comercio exterior que se adelanten con posterioridad a la expedición de la resolución anticipada, siempre que la información y/o documentación sobre la que se basó la solicitud sea correcta, veraz y los hechos que la fundamentan no hayan cambiado al momento de la importación de la mercancía.
ii) La documentación soporte de la declaración de importación. En tal sentido se prevé que expedida la resolución anticipada la misma se constituye en documento soporte de la declaración de importación que se pretende y, en consecuencia, su ausencia o falta de vigencia traerá consigo la imposición de sanciones previstas en el mismo proyecto.
iii) A personas diferentes a los solicitantes. Cuando, en concepto de la administración aduanera, la declaración anticipada tenga interés significativo para otras partes interesadas, será puesta a disposición del público mediante publicación en la página web.
iv) La condición de mantener informada a la

autoridad aduanera, sobre la ocurrencia de circunstancias que impliquen desaparición de los supuestos de hecho o de derecho que sustentaron la expedición de la resolución.

v) Su vigencia en el tiempo. Si bien es cierto su vigencia es indefinida, también es cierto que la resolución anticipada se mantendrá vigente mientras las condiciones bajo las cuales se emitió se mantengan o mientras no sea derogada expresamente por una resolución de carácter general expedida de oficio por la autoridad aduanera.

D. Recursos

Se prevé que contra las resoluciones anticipadas de competencia de la DIAN, procede el recurso de apelación ante la Dirección de Gestión de Aduanas o la dependencia que haga sus veces.

Sin embargo, es necesario mencionar que, en los términos del Decreto 4088 de 2008, no se encuentra adjudicada a tal dirección la definición de recursos contra los actos administrativos emitidos por la autoridad, por lo que, en estricto sentido, el recurso de apelación, en los términos del decreto antes mencionado, debe ser resuelto por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos.

En este orden de ideas, podemos concluir que en lo concerniente a resoluciones anticipadas, en materia de valoración aduanera y en materia de origen, el proyecto de regulación aduanera cumple los requerimientos de los tratados internacionales. En todo caso, habrá de esperar la reglamentación del decreto o los formatos de solicitud que implemente la autoridad para poder definir con claridad si el procedimiento resultará ser tan expedito como el decreto lo pretende y de esta manera ser instrumento de facilitación al comercio exterior.

IV. Medidas relativas al procedimiento de certificación de origen

La Sección B del Capítulo 4 del TLC con Estados Unidos prevé el procedimiento de origen, al mencionar en el artículo 4.15 que los estados se comprometen a prever la solicitud de trato preferencial con una certificación escrita emitida por el importador, o con el conocimiento por parte del importador de que la mercancía es originaria, incluyendo la confianza razonable en la información que posee el importador de que la mercancía es originaria.

La imposibilidad de no imponer sanciones por realizar una solicitud de trato preferencial de

manera inválida es viable si el importador no incurrió en negligencia, fraude, o, cuando corrija voluntaria y prontamente la declaración aduanera pagando, en todos los casos los derechos aduaneros adeudados.

No obstante, el TLC con Estados Unidos prever la certificación por parte del importador, es necesario advertir que él puede ser conminado

a demostrar que la mercancía cumple las reglas de origen y la demostración de que la mercancía fue despachada de manera directa desde un estado parte o, que habiendo existido transbordo o tránsito, los mismos fueron ejecutados en cumplimiento de lo previsto en el TLC.

El Proyecto de Regulación Aduanera prevé, a partir del artículo 155, normas relacionadas con el origen de las mercancías, mencionando entre otros aspectos:

a. La presentación de la prueba de origen al momento de la declaración de importación, la cual debe ser obtenida antes de la presentación y aceptación de la misma.
b. La reglamentación del diligenciamiento de la prueba de origen cuando se trata de facturación por tercer país.
c. La obligación para el importador que solicite el trato preferencial de conservar por cinco (5) años a partir de la importación de la mercancía todos los registros necesarios para demostrar que la mercancía calificaba para el trato preferencial.

Por su parte, en materia de procedimiento para la verificación de origen, el proyecto de regulación aduanera consagra la figura del patrón de conducta, como aquel en el que se califica a un importador, exportador o productor si, por lo menos, en una verificación de origen se puede determinar que se ha proporcionado más de una certificación o declaración falsa o infundada en el sentido de que la mercancía califica como originaria cuando no lo es. Esta calificación de patrón de conducta puede utilizarse para suspender el tratamiento preferencial

Teniendo en cuenta la importancia de una correcta determinación de origen para emitir la correspondiente prueba de origen, y el hecho de que la filosofía que rige el TLC con Estados Unidos es la confianza mutua, la legislación colombiana ha previsto sanciones penales por declaraciones falsas o infundadas en materia de origen.

Es así como la Ley 1762 de 2015, consagra la figura de fraude aduanero, en el sentido de indicar que *"el que por cualquier medio suministre información falsa, la manipule u oculte cuando le sea requerida por la autoridad aduanera o cuando esté obligado a entregarla por mandato legal, con el fin de evadir total o parcialmente el pago de tributos, derecho o gravámenes aduaneros a los que esté obligado en Colombia, en cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes...."*

Nótese cómo la ley colombiana sanciona penalmente al importador que certifique de manera fraudulenta el origen de las mercancías. Éste, no sólo se verá expuesto al pago de los derechos e impuestos a la importación adeudados; a las sanciones administrativas previstas en el artículo 528 del Proyecto de Regulación Aduanera; a la suspensión de tratamientos preferenciales a futuras importaciones; sino también a las sanciones penales por el delito de fraude aduanero.

En este orden de ideas, el mensaje claro del gobierno nacional es que la certificación de origen deja de ser un simple papel que se exhibe al momento de la importación, sino que, cuando se trata de certificaciones adelantadas por el importador, es una declaración que exige adelantar procesos de verificación de origen para poder demostrar

que se agotó la diligencia requerida para razonablemente certificar que la mercancía era originaria.

V. Conclusiones

a. El TLC con Estados Unidos obligó al establecimiento de medidas y procedimientos que facilitaran el comercio exterior y la certificación de manera correcta del origen de las mercancías.
b. El Proyecto de Regulación Aduanera, de manera general, cumple las condiciones y compromisos previstos en el TLC con Estados Unidos en estos aspectos fundamentales.
c. En materia de administración de gestión del riesgo, el proyecto de regulación se ocupa del cumplimiento de los dos objetivos fundamentales, es decir de ser instrumento de fiscalización y control.
d. El reto de la administración aduanera es alimentar el sistema de administración de riesgo con conductas que, efectivamente, permitan una parametrización eficiente y eficaz que identifique los verdaderos infractores sustanciales al régimen aduanero, evitando alimentar el sistema con infracciones aduaneras que califiquen como meramente formales.
e. La expedición de resoluciones anticipadas debe hacerse en tiempos expeditos, evitando que las mismas se conviertan en obstáculos a los proyectos de inversión, al ser expedidas en plazos que van de 6 a 9 meses, como ocurre en la actualidad, lo cual hace inviable su acceso como mecanismo de seguridad jurídica.
f. Los administrados como sujetos pasivos de la actuación aduanera, deben ser conscientes de la necesidad de tener una debida diligencia en la determinación del origen de las mercancías y de establecer mecanismos de protección contractual frente a controversias en materia de origen que puedan afectar sus intereses.

Bibliografía

- Tratado de Libre Comercio Colombia – México. Participantes Colombia – México. Artículo 7-10. Fecha de Suscripción 13 de junio de 1994. Entrada en vigencia 1 de 1995.
- Tratado de Libre Comercio Colombia – Estados Unidos. Participantes Colombia – Estados Unidos. Capítulos 4 y 5. Cartas adjuntas del 22 de noviembre de 2006, Aprobado por Colombia Ley 1143 de 2007, Incorporado Decreto 993 del 15 de mayo de 2012.
- Decreto 2685 de 1999. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Vigencia a partir del 1 de julio de 2000.
- Http://www.dian.gov.co/ultima normatividad/ proyecto de normas/ Proyecto de Regulación Aduanera.
- Https://publications.iadb.org/ handle/11319/6279. Autor Banco Interamericano de Desarrollo. Publicaciones. Guía de buenas prácticas en auditorias aduaneras.

02 Conceptos

Concepto

Título: Aplicación de algunas disposiciones del Programa de Fomento a la Industria Automotriz (PROFIA).

Fecha: 11 de abril de 2014

Problema Jurídico: Posibilidad que la mercancía importada al amparo del PROFIA que no es incorporada en la producción de un bien final en el término establecido en el Decreto 2910 de 2013 (los bienes finales deben fabricarse dentro de los doce (12) meses siguientes a la obtención del levante de la mercancía y el período puede prorrogarse hasta por 3 meses más), y que debe nacionalizarse por medio de una declaración de modificación para pasarla a la modalidad ordinaria con el pago de los tributos a que haya lugar, puede acogerse a un tratamiento preferencial en virtud de un Acuerdo Comercial, sin perder la condición de originario.

Regla: Decreto 2910 de 2013.

Concepto:

Los diferentes Acuerdos Comerciales establecen las condiciones por las cuales una mercancía puede considerarse originaria. Generalmente dichas condiciones se encuentran señaladas en la Sección del Acuerdo en la cual se encuentran contenidas las disposiciones sobre "Reglas de Origen". Así mismo, cada Acuerdo particular, indica los requisitos que el importador debe cumplir para la solicitud de trato arancelario preferencial, así como la vigencia máxima del certificado de origen.

En el caso del Acuerdo de Promoción con EEUU (en adelante APC), éste señala que cuando una solicitud de trato arancelario preferencial se basa en una certificación escrita o electrónica, ésta podrá ser emitida por el importador, exportador o productor y que dicha certificación tendrá una vigencia de 4 años después de la fecha de emisión (Artículo 4.15 del APC). Con relación a las obligaciones respecto a las importaciones, indica que un importador que solicite trato arancelario preferencial, debe demostrar, a solicitud de la Parte importadora, que la mercancía es originaria conforme al Artículo 4.1, incluyendo que la mercancía cumple con los requisitos del Artículo 4.13 (Artículo 4.19.4 (f)). No obstante, si el importador no hizo la solicitud de trato arancelario preferencial al momento de la importación y la mercancía era

originaria cuando fue importada a su territorio, podrá a más tardar un año luego de la fecha de importación, hacer la solicitud de trato arancelario preferencial.

Con el fin de realizar la solicitud de trato arancelario preferencial, el importador deberá presentar (Artículo 4.19.5):

a) una declaración por escrito, manifestando que la mercancía era originaria al momento de la importación;
b) una copia escrita o electrónica de la certificación, si una certificación es la base de la solicitud, u otra información que demuestre que la mercancía era originaria; y
c) otra documentación relacionada con la importación de las mercancías, según lo requiera la Parte importadora.

De lo anterior se colige que, si la mercancía importada al amparo del PROFIA que no fue incorporada en la elaboración de un bien final, fue declarada como originaria de EEUU desde el momento de la presentación de la declaración de importación inicial con franquicia, y el importador contaba con la información que demostraba que era originaria en el momento de la importación, este podrá realizar la solicitud de trato arancelario preferencial hasta 4 años después de la fecha de emisión del certificado. Si por el contrario, el importador no declaró la mercancía como originaria al momento de la presentación de la Declaración Inicial con franquicia, tendrá hasta un año después de la fecha de importación, para solicitar trato arancelario preferencial bajo el APC, siempre y cuando presente los documentos requeridos y demostrando que la mercancía cumple los criterios definidos en el APC para considerarse originaria de alguna de las Partes, de conformidad con el Capítulo 4 del mismo.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 16.1 del Acuerdo con la UE, es la autoridad competente o la autoridad aduanera de la Parte exportadora, la responsable de emitir un certificado de circulación de mercan-

cías EUR.1 o certificado de origen, a solicitud escrita del exportador o de su representante autorizado bajo la responsabilidad del exportador. En ese sentido, la autoridad competente o autoridad aduanera pondrá a disposición del exportador el certificado de origen tan pronto como se efectúe o garantice la exportación efectiva (Artículo 16.7).

Sin perjuicio de lo anterior, el Acuerdo con UE permite que un certificado de circulación de mercancías EUR.1 sea emitido *a posteriori,* cuando se demuestra a satisfacción de las autoridades competentes o autoridades aduaneras que no se emitió el Certificado de Origen al momento de la exportación debido a circunstancias especiales o errores u omisiones involuntarias (Artículo 17.1(a)).

Así mismo, con respecto a la Declaración en Factura[1] *el exportador podrá expedir una declaración en factura cuando los productos a los cuales hace referencia se exportan, o después de la exportación siempre que se presente en la Parte importadora a más tardar dos años después de la importación de los productos a los cuales hace referencia* (Artículo 20.6).

En todo caso, según lo dispuesto en el artículo 22.1 del Acuerdo con la UE "*una prueba de origen tendrá una validez de 12 meses a partir de la fecha de emisión del certificado de circulación de mercancías EUR.1 o de la fecha en que es completada la declaración en factura en la Parte exportadora. Dicha prueba de origen deberá presentarse dentro de ese periodo ante las autoridades aduaneras de la Parte importadora, de conformidad con su legislación interna".*

Es importante aclarar que si el importador presenta el certificado de origen extemporáneamente (luego del periodo establecido en el artículo 22.1, para propósitos de aceptarlo como prueba para una solicitud de trato arancelario preferencial, el Acuerdo con UE señala que esto se deberá únicamente a circunstancias excepcionales, o que se podrán aceptar las pruebas de origen extemporáneas cuando los productos hayan sido presentados ante la autoridad aduanera antes de dicha fecha final del documento, de conformidad con la legislación interna de cada Parte. Adicionalmente, aclara que *si una prueba de origen no es presentada al momento de la importación, el importador deberá declarar a las autoridades aduaneras de la Parte importadora la intención de solicitar tratamiento arancelario preferencial para los productos en cuestión* (art. 22.4) (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, eventualmente también bajo el Acuerdo con UE se podría presentar una mercancía importada al amparo del PROFIA que no fue incorporada a un bien final, solicitando tratamiento arancelario preferencial, considerando que el certificado de origen solo tendrá una validez de 12 meses (o más sólo en circunstancias excepcionales, o si se presentó ante la autoridad aduanera antes de la fecha final del Certificado) y si el importador declaró la mercancía como

[1]El artículo 15.1 del Acuerdo con UE establece que los productos originarios de la Unión Europea, al importarse a los Países Andinos signatarios, y los productos originarios de los Países Andinos signatarios, al importarse a la Unión Europea, se beneficiarán de este Acuerdo presentando, de conformidad con la legislación interna de la Parte importadora o un certificado de circulación de mercancías EUR.1, o en los casos señalados en el artículo 20, párrafo 1, una declaración emitida por un exportador en una factura (en adelante, «declaración en factura»), una nota de entrega o cualquier otro documento comercial que describa los productos en cuestión con suficiente detalle para hacer posible su identificación; el texto de la declaración en factura figura en el Apéndice 4.

originaria desde la elaboración de la primera Declaración de Importación con franquicia. De otra parte, el Acuerdo también contempla la posibilidad que en circunstancias especiales, se pueda emitir un certificado de circulación *a posteriori,* siempre y cuando el importador justifique debidamente las razones por las cuales no se emitió el certificado de origen y demuestre a solicitud de la Parte importadora, que la mercancía no ha perdido su carácter de originaria de alguna de las Partes según lo definido en el Anexo II del Acuerdo con UE.

Conclusión

Teniendo en cuenta lo expuesto, es importante reiterar que cada uno de los Acuerdos contiene sus propias particularidades frente a la vigencia del Certificado de Origen, así como también respecto a cómo los importadores podrán realizar la solicitud de trato arancelario preferencial para las mercancías originarias. Aun cuando en los dos ejemplos citados, consideramos que es posible realizar la solicitud de trato arancelario preferencial al momento de realizar la modificación de la declaración de importación con franquicia a importación ordinaria, ambos acuerdos establecen tiempos distintos en los cuales se puede reclamar la preferencia (dependiendo de la vigencia del certificado de origen o de los tiempos límite para expedir un certificado de origen posterior a la fecha de importación) y condiciones específicas respecto a las obligaciones que debe cumplir un importador para hacer dicha solicitud.

Por lo anterior, con el fin de determinar si es posible aplicar o no ese tratamiento arancelario preferencial para las mercancías importadas al amparo del PROFIA y que no fueron incorporadas a la producción de un bien final, se debe analizar la especificidad de cada uno de los Acuerdos Comerciales vigentes.

Concepto

Título: Estatus de los Acuerdos de Reconocimiento Mutuo

Fecha: 29 de Septiembre de 2013.

Problema Jurídico: ¿Qué estatus alcanzarían los Acuerdos de Reconocimiento Mutuo una vez aprobados por la Comisión Administradora del Acuerdo?

Regla: Acuerdos de Libre Comercio suscritos y vigentes para Colombia

Concepto:

Los Acuerdos de Reconocimiento Mutuo (en adelante ARMs) o recomendaciones en todos los tratados bajo revisión, para producir efectos *deben ser revisados y aprobados por la Comisión Administradora de cada uno de los Tratados de Libre Comercio*. La pregunta que surge es sobre el estatus que alcanzarían una vez sean aprobados en esta instancia compuesta en el caso de Colombia por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo. Las decisiones adoptadas por esta Comisión deberían ser entendidas como acuerdos o convenios de ejecución del tratado que no están sujetos a una nueva revisión legal o judicial previa. En todo caso ha de tenerse claro que las obligaciones que se asumen en relación con estos acuerdos o recomendaciones, adoptados mediante decisión de la Comisión no pueden exceder lo ya establecido en el Tratado de Libre Comercio correspondiente.

Al respecto habrá de establecerse si hay diferentes modelos de acuerdo bajo los que se ha regulado este asunto, pues de conformidad con la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados en su el artículo 26, que consagra el principio de *Pacta sunt servanda*, "Todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

En aplicación de este principio, recurrimos al texto de diferentes acuerdos comerciales internacionales suscritos por Colombia y observamos que puede haber diferencias en cuanto a las disposiciones sobre reconocimiento mutuo, como se verá a continuación:

A. El Anexo 11- B sobre Servicios Profesionales del acuerdo de promoción comercial con los Estados Unidos, dispone:

"1. **Cada Parte alentará** a los organismos pertinentes en su territorio **a elaborar normas y criterios mutuamente aceptables para el otorgamiento de licencias y certificados a proveedores de servicios profesionales** así como **a presentar a la Comisión recomendaciones sobre su**

reconocimiento Mutuo.

…

3. Al recibir una recomendación mencionada en el párrafo 1, **la Comisión la revisará** en un plazo razonable para decidir si es consistente con las disposiciones de este Acuerdo. Con fundamento en la revisión que lleve a cabo la Comisión, **cada Parte alentará a sus respectivas autoridades competentes, a poner en práctica esa recomendación**, en los casos que correspondan, dentro de un plazo mutuamente acordado."

B. De manera muy similar, en el Anexo 10.9 el TLC con Chile establece que:

"1. **Cada Parte alentará** a los organismos pertinentes en su respectivo territorio **a elaborar normas y criterios, mutuamente aceptables, para el otorgamiento de licencias y certificados a proveedores de servicios profesionales**, así como **a presentar a la Comisión recomendaciones sobre su reconocimiento mutuo**.

…

3. Al recibir una recomendación mencionada en el párrafo 1, **la Comisión la revisará** en un plazo razonable para decidir si es consistente con las disposiciones de este Acuerdo. Con fundamento en la revisión que lleve a cabo la Comisión, **cada Parte alentará a sus respectivas autoridades competentes, a poner en práctica esa recomendación**, en los casos que correspondan, dentro de un plazo mutuamente acordado.

C. En el Artículo 908 del TLC Colombia-Canadá, las Partes acordaron que:

"4. **Las Partes procurarán asegurar que los organismos profesionales pertinentes de ciertos sectores de servicios profesionales en sus respectivos territorios**:

…

(b) se reúnan dentro de los 12 meses siguientes para **discutir la elaboración de un acuerdo o convenio** …

…

(d) suministren una notificación a la Comisión una vez se concluya un acuerdo o convenio. …

5. Al recibir una notificación como la referida en el subpárrafo 4(d), **la Comisión revisará el acuerdo o convenio** dentro de un período de tiempo razonable **para determinar si éste es compatible con este Acuerdo**. Basándose en la revisión de la Comisión, **cada Parte asegurará que sus autoridades competentes, cuando sea apropiado, implementen el acuerdo o convenio** en un plazo mutuamente acordado."

D. De otra parte, el artículo 129 del Acuerdo Comercial con la Unión Europea, como se puede ver del texto trascrito a continuación:

"2. **Las Partes alentarán a las asociaciones profesionales relevantes en sus respectivos territorios a que desarrollen y proporcionen conjuntamente recomendaciones sobre reconocimiento mutuo** al Comité de Comercio a los efectos del cumplimiento, parcial o total, por parte de los inversionistas y proveedores de servicios de los criterios aplicados por cada parte para la autorización, el otorgamiento de licencias, la operación y la certificación de los inversionistas y proveedores de servicios, y de servicios profesionales en particular.

3. A la recepción de una recomendación referida en el párrafo 2, el Comité de Comercio revisará, en un tiempo razonable, dicha recomendación con miras a determinar si es compatible con el presente Acuerdo.

4. Cuando **el Comité de Comercio haya determinado que una recomendación es compatible** con el presente Acuerdo de conformidad con el párrafo 3, y exista un nivel suficiente de correspondencia entre las regulaciones pertinentes de las partes, **las Partes negociarán, a través de sus autoridades competentes, con miras a aplicar dicha recomendación**, un Acuerdo de Reconocimiento Mutuo de los requisitos, cualificaciones, licencias y otras regulaciones."

E. Bajo el modelo de los Acuerdos con los Estados Unidos, Chile y Canadá la obligación de las Partes (es decir de cada Estado que ha suscrito el Acuerdo) es de asegurarse que sus autoridades implementen o apliquen aquellos Acuerdos que le hayan recomendado a las Partes y que, por conducto de la Comisión Administradora, éstas hayan revisado y determinado que es compatible con el Acuerdo. Es decir, el resultado de cumplir con la obligación prevista en estos acuerdos es la directiva a las autoridades competentes para que concluyen un ARM.

F. Bajo el modelo del Acuerdo con la Unión Europea, la obligación de las Partes es negociar el Acuerdo de Reconocimiento Mutuo por conducto de sus autoridades competentes. Es decir, el resultado de cumplir con la obligación prevista en este Acuerdo es la propia negociación del ARM.

En cuanto al carácter de los acuerdos (ARMs)

que se alcancen por las autoridades competentes, es indispensable considerar lo que la Corte Constitucional ha manifestado en innumerables fallos, entre otros el Auto 288 de 2010.

Para el caso particular de los ARMs, no se encontró jurisprudencia específica que los defina o los analice o considere como desarrollo de otro Acuerdo etc. Sin embargo, teniendo en cuenta la similitud que existe con la interpretación que hace la Corte Constitucional sobre los Acuerdos Marco de Cooperación y los Acuerdos Complementarios, consideramos que los ARMs respecto a los TLC cuentan con elementos comunes respecto de los de Cooperación Internacional.

La Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos precisó los efectos jurídicos que tienen los Acuerdos derivados de un Acuerdo Internacional ya aprobado por el Congreso, así "(…) estos Acuerdos son los instrumentos necesarios para que el Jefe de Estado o sus Ministros – en ejercicio de la facultades propias que se derivan de su calidad de supremo director de las Relaciones Internacionales, pueda negociar con otras partes para dar cumplimiento real a las obligaciones contenidas en tratados Internacionales que ya han sido incorporados al ordenamiento jurídico colombiano (..)" (Sentencia C-170 de 1995).

De otra parte la Corte Constitucional señaló que los Acuerdos Simplificados se caracterizan porque " (…) puede prescindirse del trámite de aprobación parlamentaria y ponerse en vigor por el Presidente de la República, en ejercicio de la competencia que posee para la dirección de las relaciones internacionales." (subrayado fuera de texto) (Sentencia C-1258 de 2000)

Más adelante fijó los requisitos que deben cumplir los Acuerdos Simplificados, cuando señalo "dichos acuerdos tendrán validez en el derecho interno siempre que se firmen en desarrollo de una ley que apruebe el tratado marco y siempre que las obligaciones en éste contenidas sean un simple desarrollo de las obligaciones contempladas en la ley aprobatoria del tratado marco." (subrayado fuera de texto) (Sentencia C-239 de 2006)

La Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados establece en sus artículos 12 y 13 que los Acuerdos Simplificados son aquellos que "entran en vigencia sin necesidad de agotar o cumplir el procedimiento en cada Estado para su perfeccionamiento y entran a

regir solo con la firma del respectivo representante del Estado." De lo cual puede inferirse que " … tienen tanta validez los Tratados formales como los Acuerdos en forma simplificada" (Sentencia C-710 de 1998)

De conformidad con lo dicho en los párrafos

precedentes, los Acuerdos Simplificado debe cumplir estas condiciones para que sean válidos:

a. No pueden contener obligaciones distintas o nuevas obligaciones a las pactadas en el Acuerdo Principal.
b. Deben enmarcarse dentro del propósito y objetivo del Convenio que pretende desarrollar.
c. No deben modificar el Acuerdo Principal, ni pueden referirse a aspectos diferentes.

CONCLUSIÓN

En conclusión los ARMs que se convengan entre las Partes en desarrollo del procedimiento previsto en cada acuerdo comercial internacional suscrito por nuestro país, de conformidad con los diferentes procedimientos en ellos previstos, pueden ser acuerdos simplificados, si cumplen con los requisitos establecidos en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según se describe en este documento.

Concepto

Título: Interpretación sobre los procedimientos de verificación de origen por parte de la DIAN para mercancías textiles y de vestido.

Fecha: 14 se Septiembre de 2013

Problema Jurídico: Posibilidad legal de hacer uso de los mecanismos de verificación de origen previstos en el Artículo 4.18 del Capítulo Cuatro del Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos (en adelante APC) para el caso de mercancías textiles y del vestido; en especial.

Regla: Artículo 4.18 del Capítulo Cuatro del Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos;

Concepto:

Frente a la posibilidad legal de hacer uso de los mecanismos de verificación de origen previstos en el Artículo 4.18 del Capítulo Cuatro del APC para el caso de mercancías textiles y del vestido; en especial. La DIAN manifiesta tener inquietudes respecto que en el Acuerdo se evidencian diferencias entre la verificación de origen para textiles (artículo 3.2) y la verificación para mercancías en general (artículo 4.18):

- Mientras las visitas de verificación en el marco del artículo 4.18 literal c) permiten al país importador conducir visitas en las instalaciones de un exportador o productor en el territorio de la otra parte, las visitas previstas en el artículo 3.2 las realiza la parte exportadora, pudiendo apoyar la parte importadora. A solicitud de la parte exportadora la parte importadora podría adelantar la verificación sin presencia de la otra parte.

- Las condiciones para solicitar el consentimiento de las vistas varía en uno y otro artículo, mientras que para los textiles debe adecuarse a las regulaciones de la parte exportadora, en el caso del artículo 4.18 se habla de conceder un término establecido en la legislación de la parte importadora y por tanto entendemos que incluso el país importador puede hacer la notificación y solicitud de consentimiento.

Sobre el particular, a continuación nos permitimos manifestarle lo siguiente:

Según el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Convención de

Viena), los tratados deben interpretarse de buena fe y conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a sus términos. Así las cosas, el primer recurso de interpretación de los Acuerdos se enmarca en el sentido corriente de las palabras que emplea la norma. Por lo tanto, el artículo 3.2 del APC establece:

Artículo 3.2: Cooperación Aduanera y Verificación de Origen

Las autoridades competentes de las Partes cooperarán para efectos de:

a. aplicar o colaborar en la aplicación y prevenir la evasión de las leyes, regulaciones y procedimientos de cada Parte, y acuerdos internacionales, que incidan sobre el comercio de mercancías textiles o del vestido; y
b. asegurar la veracidad de las solicitudes de origen para las mercancías textiles o del vestido.

Las Partes reconocen que, de conformidad con el párrafo 10, proveer asistencia técnica o de otro tipo para apoyar estos propósitos es una parte esencial de este Artículo (Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta que las disposiciones del capítulo 3 del APC, aplican exclusivamente a las mercancías "Textiles y Vestido" y en atención a lo establecido en la regla de interpretación de los tratados mencionados, es claro que el artículo 3.2 comprende ciertas disposiciones que les permiten a las Autoridades competentes de las Partes cooperar en los procedimientos de verificación de origen para dichas mercancías, con el fin de evitar la evasión de las normas que impacten el comercio de las mismas, así como también asegurar que las solicitudes de origen de estos productos sean correctas. Así mismo, tal como lo indica el literal 1 del mencionado artículo, proveer asistencia técnica o de otro tipo es el énfasis sobre el cual se basa el artículo.

En cuanto al numeral a) del artículo 3.2.3 del APC, en éste se establecen los escenarios bajo los cuales la Parte exportadora "a solicitud por escrito de la Parte importadora, podrá conducir una verificación de origen"[1] de las mercancías textiles y del vestido; así:

3. (a) A solicitud por escrito de la Parte importadora, una Parte exportadora realizará una verificación con el fin de permitir a la Parte importadora determinar:

i) que una solicitud de origen para una mercancía textil o del vestido es correcta; o
ii) que el exportador o productor está cumpliendo con las leyes, regulaciones y procedimientos aduaneros aplicables, que incidan sobre el comercio de mercancías textiles o del vestido, incluyendo:

(A) leyes, regulaciones y procedimientos que la Parte exportadora adopte y mantenga de conformidad con este Acuerdo; y

(B) leyes, regulaciones y procedimientos de la Parte importadora y la Parte exportadora que implementen otros Acuerdos Internaciona-

[1]El artículo 3.2.4 del APC define que "a solicitud de la Parte exportadora, la Parte importadora podrá realizar tal verificación", siempre teniendo en cuenta que ambas Partes cooperarán, en todo lo que sea necesario para realizar dicha verificación.

les que incidan sobre el comercio de mercancías textiles o del vestido.

Cabe resaltar que el numeral (c) del mismo artículo, establece que una Parte exportadora realizará una verificación de origen para una mercancía textil o del vestido sobre la cual se solicite origen (dentro de las definiciones del capítulo 3, una solicitud de origen significa una solicitud de que una mercancía textil o del vestido es una mercancía originaria, o cumple las reglas de origen no preferenciales[2] de una Parte), independientemente que un importador haya requerido el tratamiento arancelario preferencial (en las Disposiciones Iniciales del APC, trato arancelario preferencial significa el arancel aplicable bajo este Acuerdo a una mercancía originaria), es decir, que la Parte exportadora podrá efectuar una verificación de origen para este tipo de mercancías, que se declaren como originarias, aun cuando no haya una solicitud de trato arancelario preferencial específica por parte de un importador.

Así las cosas, se colige que el alcance de las disposiciones del artículo 3.2 para efectos del APC, es llevar a cabo no solamente una verificación de origen por dudas sobre una solicitud de trato arancelario preferencial de un importador, sino ir mucho más allá, permitiendo por medio de estas visitas determinar si las mercancías textiles o del vestido producidas por una empresa, se pueden considerar originarias, o si el exportador o productor, está cumpliendo con las normas, leyes, regulaciones y procedimientos del Acuerdo o de otros Acuerdos Comerciales que inciden sobre el comercio de dichas mercancías. Este tipo de verificaciones por ende, también permiten a las autoridades realizar perfiles de riesgo sobre empresas productoras y/o exportadoras de estas mercancías[3] y buscar la cooperación de las autoridades de ambas Partes al momento de la realización de un procedimiento de verificación de origen cuando se trata de mercancías textiles y del vestido.

Por medio de lo dispuesto en el mencionado artículo, las Partes también pueden formular consultas para resolver cualquier dificultad técnica o interpretativa que pudiera surgir, o discutir maneras de mejorar la cooperación aduanera relacionada con la aplicación del artículo, así como solicitar asistencia técnica o de otro tipo para efectos de la implementación del mismo.

De otro lado, el Capítulo 4 del APC define las "Reglas de Origen y Procedimientos de Origen" para cualquier mercancía, incluyendo las "Textiles y del Vestido". Esto por supuesto se puede corroborar cuando de manera explícita en el Capítulo 3 artículo 3.3.1 se dispuso: "Salvo lo dispuesto en este Artículo y los Anexos a este Capítulo, el Capítulo Cuatro (Reglas de Origen y Procedimientos de Origen) aplica con respecto a mercancías textiles y del

[2] En el Acuerdo sobre Normas de Origen de la Ronda Uruguay de la OMC se dispuso lo siguiente acerca del ámbito de aplicación de todas las normas de origen no preferenciales: "en el artículo 1 del Acuerdo se definen las normas de origen como las leyes, reglamentos y decisiones administrativas de aplicación general aplicados para determinar el país de origen de las mercancías excepto los que den lugar al otorgamiento de preferencias arancelarias. Así pues, el Acuerdo abarca únicamente las normas de origen utilizadas en instrumentos de política no preferenciales — trato NMF, derechos antidumping y derechos compensatorios, medidas de salvaguardia, prescripciones en materia de marcas de origen y cualesquiera restricciones cuantitativas o contingentes arancelarios discriminatorios — y las normas de origen utilizadas para las estadísticas comerciales y la contratación pública (…).

vestido (subrayado fuera de texto).

Ahora bien, con relación al artículo 4.18.1 del APC, éste indica:

1. Para propósitos de determinar si una mercancía importada a su territorio proveniente del territorio de otra Parte es una mercancía originaria, la Parte importadora podrá conducir una verificación, mediante:

(a) solicitudes escritas de información al importador, exportador o productor;

(b) cuestionarios escritos dirigidos al importador, exportador o productor;

(c) visitas a las instalaciones de un exportador o productor en el territorio de la otra Parte, con el propósito de examinar los registros a los que se refiere el Artículo 4.17 o inspeccionar las instalaciones utilizadas en la producción de la mercancía, de acuerdo con cualquiera de las directrices que desarrollen las Partes de conformidad con el Artículo 4.21.2; o

[3] En varias oportunidades, CBP (Customs and Border Protection) de lo los Estados Unidos ha manifestado explícitamente la razón por la cual en varios de los TLC's vigentes, existe un capítulo únicamente para las mercancías textiles y del vestido:

El objetivo de la Prioridad en el Tema de Comercio de Textiles, es garantizar que las importaciones de textiles, que generan más del 40% de los derechos percibidos por CBP, cumplen plenamente con las leyes, regulaciones, cuotas, requisitos de Libre Comercio, y las disposiciones de propiedad intelectual (Subrayado fuera de texto, traducción realizada por la OALI).

http://www.cbp.gov/xp/cgov/trade/trade_programs/international_agreements/

En el artículo "Textiles Designated a PriorityTrade Issue", CBP se refiere a la Verificación in situ (http://www.cbp.gov/linkhandler/cgov/newsroom/fact_sheets/trade/textiles_fact_sheet.ctt/textiles_fact_sheet.pdf):

Una de las herramientas de aplicación que se utiliza es en el lugar verificación de los fabricantes. Los equipos de verificación de producción textil de CBP viajan a fábricas extranjeras a revisar y verificar que las prendas de vestir que son enviadas a los EE.UU. se producen en esas instalaciones.

Como resultado de dichas visitas, especialistas en importaciones de CBP se dirigirán a los envíos que están incumpliendo. Los sitios son seleccionados después de un extenso análisis del comercio. El Equipo de Verificación de Producción textil visitó 12 países en el año fiscal 2009. Aproximadamente 261 fábricas fueron visitadas (Subrayado fuera de texto, traducción realizada por la OALI).

d) otros procedimientos que la Parte importadora y la Parte exportadora puedan acordar (Subrayado fuera de texto).

En ese sentido, la Parte importadora podrá conducir una verificación de origen mediante los diferentes procedimientos listados en los numerales (a) - (d) de dicho artículo, lo cual incluye visitas a las instalaciones de un exportador o productor en el territorio de la otra Parte. Sin embargo, el numeral c) de este artículo también indica que las visitas se deben realizar de acuerdo con cualquiera de las directrices que desarrollen las Partes de conformidad con el Artículo 4.21.2. Este último artículo, a su vez indica que: "las Partes se esforzarán para desarrollar directrices para conducir verificaciones de conformidad con el Artículo 4.18.1(c)" y hasta el momento, esto aún no ha sucedido.

Del análisis de esta disposición se desprende que el objetivo de llevar a cabo estas visitas es mucho más limitado que el planteado en el artículo 3.2, ya que mediante las visitas del artículo 4.18 se busca determinar que la mercancía es originaria[4] (esto es para todas las mercancías, incluidos los textiles) conforme al artículo 4.1 del APC, incluyendo que cumple los requisitos del artículo 4.13 para las solicitudes de trato arancelario preferencial hechas por un importador; mientras que de acuerdo a lo conceptuado anteriormente sobre el artículo 3.2, lo que allí se pretende es obtener mayor información sobre el proceso y la capacidad de producción (de mercancías Textiles y del Vestido) de las empresas de la otra Parte, así como también se incorpora un elemento fundamental que no existe en el artículo 4.18, y es la "cooperación" entre las partes.

Otra diferencia importante de las visitas que se realizan de acuerdo a las disposiciones del capítulo 4 del APC en comparación con las del capítulo 3, son las consecuencias de las determinaciones que pueden surgir después de la realización de las mismas. Con relación al capítulo 4, se podrá denegar el trato arancelario preferencial a una mercancía importada cuando:

- El exportador o el productor no otorgue su consentimiento por escrito para la realización de la visita de verificación (de acuerdo a las normas de la parte importadora).
- La Parte encuentre un patrón de conducta que indique que un importador, exportador o productor ha presentado declaraciones o certificaciones falsas o infundadas en el sentido de que una mercancía importada a su territorio es originaria.

En ese último caso, la Parte podrá suspender el trato arancelario preferencial a las mercancías idénticas[5] cubiertas por afirmaciones, certificaciones o declaraciones subsecuentes hechas por ese importador, exportador o productor, hasta que la Parte importadora determine que el importador, exportador o productor cumple con este Capítulo.

Respecto al capítulo 3, la Parte importadora puede:

- Tomar las acciones que considere apropiadas, lo que puede incluir suspender la aplicación del tratamiento arancelario preferencial a la mercancía sujeta a

[4] Según el numeral (f) del artículo 3.19.4 se debe demostrar que la mercancía es originaria conforme al Artículo 4.1, incluyendo que la mercancía cumple con los requisitos del Artículo 4.13.

[5] Según las definiciones del capítulo 3, mercancías idénticas significa mercancías que son iguales en todos los aspectos relevantes para la regla de origen particular que califican las mercancías como originarias.

verificación o a cualquier mercancía producida por la empresa (dependiendo en todo caso del alcance de la visita); si durante o al término de una verificación realizada bajo el numeral (a) del artículo 3.2.3 la información para sustentar una solicitud de tratamiento arancelario preferencial es insuficiente.

- Denegar el ingreso a cualquier mercancía textil o del vestido exportada o producida por la empresa sujeta a verificación; si durante o al término de la verificación la Parte importadora descubre que una empresa ha proporcionado información incorrecta o insuficiente en cuanto al país de origen[6].

La Parte importadora podrá continuar tomando las acciones que considere apropiadas hasta que reciba información suficiente que le permita hacer una determinación, de conformidad con lo dicho en los dos párrafos anteriores.

De lo anterior, se desprende que las consecuencias de las determinaciones de origen del **capítulo 3** son mucho más amplias que las del capítulo 4, toda vez que no solo se podrá suspender el trato arancelario preferencial, sino que la Parte importadora puede llegar a impedir el ingreso de cualquier mercancía textil o del vestido exportada o producida por la empresa sujeta a verificación. De otra parte, de conformidad con las disposiciones del **capítulo 4** sólo se podrá suspender el trato arancelario preferencial a las **mercancías idénticas,** luego de comprobar que el importador ha fallado en sustentar las solicitudes de trato arancelario preferencial de manera reiterada. Bajo el entendido que la definición de mercancías idénticas es mucho más limitado que la referencia a cualquier mercancía textil o del vestido exportada o producida por la empresa sujeta a verificación, y que el alcance de una suspensión de trato preferencial es mucho menor que la detención del ingreso de la mercancía, es claro que los objetivos pretendidos en las visitas del capítulo 3 abarcan mayor cantidad de aspectos que las visitas referidas en el capítulo 4.

La anterior tesis es ratificada por la autoridad de Aduanas de los Estados Unidos (en adelante CBP), cuando plantea que el objetivo de tener un capítulo únicamente para las mercancías textiles y del vestido en los TLC's[7], es lograr que los equipos de verificación de producción textil de CBP viajen a fábricas extranjeras a revisar y verificar que las prendas de vestir que son enviadas a los EE.UU., se producen en esas instalaciones; por lo cual estos sitios son seleccionados después de un extenso análisis del comercio, y como resultado de dichas visitas, los especialistas en importaciones de CBP se dirigirán a los envíos (puntuales) que están incumpliendo.

Con relación a la segunda inquietud planteada por la DIAN en la consulta, respecto a las condiciones para solicitar el consentimiento de las vistas en cada uno de los capítulos, esta Oficina considera lo siguiente:

En el capítulo 3 del APC

El numeral (b) del artículo 3.2.5 establece "(…) la Parte exportadora solicitará, de conformidad

[6] El entendido entre Colombia y Estados Unidos (teleconferencia del 09 de septiembre de 2013 a la que asistió el Ministerio de Comercio, la DIAN, OCW, CBP y USTR) es que "país de origen" se refiere a que la mercancía se produce en el país, independientemente del cumplimiento del origen según el artículo 4.1 del APC.

[7] Ibídem

con sus leyes, regulaciones y procedimientos, el consentimiento de la empresa para llevar a cabo la visita. Si no se otorga el consentimiento, la Parte importadora podrá denegar el tratamiento arancelario preferencial al tipo de mercancías de la empresa que hubiese sido sujeto a la verificación (...).

En el capítulo 4 del APC

El numeral (b) del artículo 4.18.2 indica que una Parte podrá denegar el trato arancelario preferencial a una mercancía importada, cuando "después de recibir la notificación escrita de la visita de verificación que la Parte importadora y la Parte exportadora hayan acordado, el exportador o el productor no otorgue su consentimiento por escrito para la realización de la misma dentro de un plazo razonable, que se establezca en la legislación de la Parte importadora".

De conformidad con las disposiciones de esos artículos, la solicitud de consentimiento de la visita varía entre un capítulo y otro. Mientras que en el artículo 3.2.5, la Parte exportadora es la encargada de solicitar el consentimiento de las empresas para realizar las visitas, de acuerdo a sus leyes y regulaciones; en el artículo 4.18.2 se define que la notificación de la visita debe ser acordada por ambas partes y el término para otorgar el consentimiento de la misma (por parte del exportador o productor), debe establecerse de acuerdo a la legislación de la parte importadora.

Conclusión

En conclusión, esto por supuesto, reafirma lo que se ha venido desarrollando a través de este concepto, y es que la aplicación de ambas disposiciones se da en escenarios distintos que a la vez se complementan, ya que tal como lo plantea la propia Aduana de Estados Unidos, la utilización del mecanismo de verificación dispuesto en el capítulo 3 (las visitas) para las mercancías textiles y del vestido, les genera información que puede ser usada posteriormente por los especialistas de importaciones de CBP para analizar incumplimientos puntuales de los importadores al realizar solicitudes de trato arancelario preferencial específicas, que pueden ser verificadas utilizando cualquiera de los mecanismos listados en el artículo 4.18.1, lo cual también incluye las visitas de verificación. Así mismo, consideramos importante enfatizar que en la actualidad las Partes aún no han desarrollado las directrices comunes para conducir verificaciones de conformidad con el Artículo 4.18.1 (c). Teniendo en cuenta esto último, se requeriría que ambas Partes definan la forma como van a desarrollar este tipo de visitas para que luego la Parte importadora pueda definir mediante su legislación, los términos en los cuales los exportadores o productores deben otorgar su consentimiento por escrito para poder realizar la mismas. Con base en lo último, surge entonces la necesidad de examinar las reglas que complementarían las que ya contiene el capítulo 4 en materia de visitas, para garantizar los derechos de Colombia bajo el APC, así como también los derechos de los productores y exportadores de nuestro país.

Concepto

Título: Reglamentos Técnicos vigentes sobre marcado y etiquetado permanente de las confecciones y el calzado.

Fecha: 19 de Septiembre de 2013.

Problema Jurídico: Evaluación sobre las obligaciones del Acuerdo con la UE y los Reglamentos Técnicos vigentes sobre marcado y etiquetado permanente de las confecciones y el calzado.

Regla: Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia, Perú y la Unión Europea

Concepto:

Frente a una evaluación sobre las obligaciones del Acuerdo con la UE y los Reglamentos Técnicos -RT vigentes sobre marcado y etiquetado permanente de las confecciones y el calzado, esta Oficina concluyó lo siguiente:

Con relación al Reglamento Técnico, en adelante RT, de calzado (Resolución No 0933 del 21 abril de 2008 - modificado por la Resolución 2250 de 2013) se requeriría modificar el mismo porque además de la información exigida en el Acuerdo UE para estos productos, la Resolución indica que se requiere incluir en la etiqueta el número de registro del importador o fabricante. En ese sentido, el RT incluye más condiciones que las requeridas en el Acuerdo y por tanto debe modificarse.

De conformidad con la Resolución 1950 de 2009, modificada por la Resolución 2250 de 2013 (RT de confecciones), a continuación enumeramos los requisitos que se estarían solicitando adicional a lo que define el Acuerdo:

* Nombre del Fabricante y/o Importador en Colombia.
* El número de registro SIC:
* Talla.
* Dimensiones, tamaños y formas, de acuerdo con su diseño.

De lo anterior, se deduce que el RT de confecciones incluye más condiciones que las requeridas en el Acuerdo y por tanto debe modificarse.

El cumplimiento de la obligación en el Acuerdo sobre marcado y etiquetado permanente del calzado y las confecciones se debe implementar a más tardar un año después de la entrada en vigor del Acuerdo, dado que éste entró en vigor el 01 de agosto de 2013, el plazo máximo para implementar esta obligación es el 1° de agosto de 2014.

Así mismo, la CAN está trabajando conjuntamente unos RT para este tipo de mercancías, por lo tanto sería importante que el cumplimiento de la obligación sobre marcado y etiquetado permanente de dichas mercancías, se refleje en los RT que se han venido trabajando con todos los países de la CAN.

Concepto

Título: Facultades de la Comisión de Libre Comercio del Protocolo Adicional del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

Fecha: 19 de noviembre de 2013.

Problema Jurídico: ¿ Es posible otorgarle a la Comisión de Libre Comercio del Protocolo Adicional del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico nuevas facultades en virtud del Acuerdo, y que para su aprobación e incorporación al ordenamiento jurídico interno requieran en nuestro país el agotamiento de trámites adicionales a la adopción por el órgano de administración del acuerdo de las modificaciones relativas a ese asunto?

Regla: Protocolo Adicional del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

Tratado de Libre Comercio Canadá Colombia.

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT, Artículo XXIV.

Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios AGCS, Artículo V.

Acuerdo de Libre Comercio que suscribió Colombia con los Estados de la AELC.

Concepto:

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

Análisis de acuerdos suscritos por Colombia

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

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

1.- Acuerdos en los que solamente prevé la modificación de los calendarios de desgravación: es el caso de los Acuerdos con Chile (art.15.1.3) y Estados Unidos (art. 20.1.3 (b)(i)),

2.- Acuerdos en los que expresamente se permite a la Comisión, tanto la modificación de las condiciones de acceso, como la incorporación de productos excluidos: es el caso de los acuerdos con Canadá (art.2001), Corea (art. 19.1.3.f), Costa Rica (art. 20.1), Unión Europea (art.13), Panamá (art.23.1), Israel (art.13.3) y México (art. 11 y su Anexo 9 del Octavo Protocolo Adicional que modificó el artículo 20-1 y el anexo al artículo 20-1). En estos acuerdos, excepto en el caso de Corea y México, después de señalar las funciones que podrá ejercer la Comisión, se precisa que "*cada Parte implementará, en concordancia con sus procedimientos legales aplicables, cualquier modificación*" a las que se refiere el artículo (En el cuadro anexo al presente se encuentran los respectivos textos de los acuerdos en mención).

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

Sobre el particular, es preciso señalar que la Corte Constitucional ha distinguido entre los acuerdos de trámite simplificado y los acuerdos que requieren de un trámite completo. En el segundo caso se trata de acuerdos que por su naturaleza implican una enmienda de un acuerdo anterior que les da origen, de tal forma que implica nuevos compromisos. En esos casos, la Corte Constitucional ha señalado que se requiere contar con una nueva ley aprobatoria del acuerdo derivado y con su control previo de constitucionalidad, antes de ser ratificado para su entrada en vigor e incorporación al ordenamiento jurídico interno. En cambio, los acuerdos simplificados no requieren los referidos trámites ante el Congreso y la Corte Constitucional, al considerar que se trata de desarrollos de los compromisos inicialmente adoptados por los países signatarios del acuerdo que les da origen el cual ya ha surtido el trámite completo para su incorporación. Es decir, que no hay nuevos compromisos.

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

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

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

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

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

> 1. El presente Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte en un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las Partes en el mismo, o celebrar un acuerdo de ese tipo, a condición de que tal acuerdo:
>
> a) tenga una cobertura sectorial sustancial[1], y
>
> b) establezca la ausencia o la eliminación, en lo esencial, de toda discriminación entre las Partes, en el sentido del artículo XVII, en los sectores comprendidos en el apartado a), por medio de:
>
> i) la eliminación de las medidas discriminatorias existentes, y/o
>
> ii) la prohibición de nuevas medidas discriminatorias o que aumenten la discriminación, ya sea en la fecha de entrada en vigor de ese acuerdo o sobre la base de un marco temporal razonable, excepto por lo que respecta a las medidas permitidas en virtud de los artículos XI, XII, XIV y XIV *bis*.

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

[1] Esta condición se entiende en términos de número de sectores, volumen de comercio afectado y modos de suministro. Para cumplir esta condición, en los acuerdos no deberá establecerse la exclusión a *priori* de ningún modo de suministro.

productos excluidos de dicho programa.

Sobre el particular, la Corte Constitucional se pronunció respecto del Tratado de Libre Comercio suscrito con Canadá, aprobado mediante Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009. En dicho instrumento internacional, el li-

teral d), numeral 3 del artículo 2001, se prevé que la Comisión conjunta tiene las siguientes facultades:

> *"(…) (d) fomentar la implementación de los objetivos de este Acuerdo mediante la aprobación de cualquier modificación a:*
>
> *(i) las Listas del Anexo 203, con el fin de agregar una o más mercancías excluidas del cronograma de una Parte,*
> *(ii) los periodos establecidos en el cronograma de eliminación arancelaria, con el fin de acelerar la reducción arancelaria…*
>
> *(…) 5. Cualquier modificación a las que se refiere el subpárrafo 3(d) estará sujeta al cumplimiento de los procedimientos legales internos de cualquier Parte".*

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

> *"El Capítulo 20 del TLC se refiere a la conformación de una Comisión Conjunta encargada de supervisar la implementación del Acuerdo, revisar su funcionamiento, vigilar a todos los comités, entre otras funciones.*
>
> *La Corte considera que el Capítulo 20 es conforme con la Constitución, por los siguientes motivos.*
>
> *La creación de órganos encargados de administrar el cumplimiento de tratados de libre comercio es una constante en el ámbito internacional. En efecto, aquellos han sido establecidos en acuerdos celebrados entre los países integrantes del MERCOSUR, en las negociaciones recientes entre El Salvador, Guatemala y Honduras con Canadá, al igual que en el caso de los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Al respecto, la Corte en sentencia C- 864 de 2006, al momento de examinar la constitucionalidad del Acuerdo de Complementación Económica CAN-MERCOSUR, respecto a la creación de una Comisión Administradora del mismo dijo lo siguiente:*
>
> > *'Los artículos 40 y 41 crean la Comisión Administradora del Tratado y le asignan sus principales funciones, las cuales se dirigen primordialmente a evaluar los compromisos adquiridos, estudiar los mecanismos que permitan*

profundizar el proceso de integración y servir de instancia para la solución de conflictos.

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

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

Asimismo, en el Acuerdo de Libre Comercio que suscribió Colombia con los Estados de la AELC[2], el Capítulo 11 sobre la administración del Acuerdo, estableció el Comité Conjunto, el cual está facultado para "decidir enmendar las listas de eliminación arancelaria en los Anexos II **Productos Excluidos**), IV (Productos de Pesca y Otros Productos Marinos), VIII (Desgravación de Aranceles Aduaneros para Productos Industriales)…." (art. 11.1.3,b).

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

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

Bajo ese entendido, otorgar facultades, como las que se han venido mencionando a lo largo del presente, no entran en contradicción con la Constitución Política. Se advierte en todo caso

[2] Los Estados de la AELC incluyen la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega y la Confederación Suiza.

que existen trámites previstos en el procedimiento legal interno de las Partes que deben agotarse a los efectos de que la responsabilidad internacional del Estado pueda quedar comprometida.

Conclusión

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

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

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

ANEXO:

Cuadro comparativo de los Acuerdos Suscritos por Colombia

Clasificación del Acuerdo según funciones	PAÍS	FUNCIÓN
1	CHILE	Artículo 15.1: Comisión de Libre Comercio (…) 3. La Comisión podrá: (a) establecer y delegar responsabilidades a los comités y grupos de trabajo; (b) avanzar en la aplicación de los objetivos del presente Acuerdo, mediante la aprobación de cualquier modificación de conformidad con su legislación interna1 : (i) en el programa de liberación comercial mediante desgravación arancelaria según lo establecido en el Artículo 22.3 (Vigencia);
	ESTADOS UNIDOS	Artículo 20.1: La Comisión de Libre Comercio (…) 3. La Comisión podrá: (…) (b) modificar: (i) las Listas establecidas en el Anexo 2.3 (Eliminación Arancelaria) mediante la aceleración de la eliminación arancelaria; (…) 4. Cada Parte implementará, en concordancia con sus procedimientos legales aplicables, cualquier modificación referida en el subpárrafo 3(b), dentro del periodo que las Partes puedan acordar

2	MÉXICO	El Artículo 11 del Octavo Protocolo Adicional modificó las funciones de la Comisión, con el fin de que dicha Comisión pudiera adoptar las Decisiones necesarias para: ii) la incorporación de bienes al Programa de desgravación conforme lo previsto en los artículos 3-04, párrafo 6 y 5-04, párrafo 4: (…) iv) mejorar las condiciones de acceso, conforme a lo previsto en el artículo 3.14 del Tratado.
	Estados AELC	"ARTÍCULO 11.1Comité Conjunto (…) 3. El Comité Conjunto podrá: … (b) decidir enmendar las listas de eliminación arancelaria en los Anexos II Productos Excluidos), IV (Productos de Pesca y Otros Productos Marinos), VIII (Desgravación de Aranceles Aduaneros para Productos Industriales), las reglas específicas de origen en el Anexo V (Relativo a las Reglas de Origen y Cooperación Administrativa Mutua en Asuntos Aduaneros) y la lista de entidades en los Apéndices 1 al 3 del Anexo XX (Notas Generales); …"
	CANADÁ	Artículo 2001: La Comisión Conjunta (…) 3. La Comisión podrá: (…) (d) fomentar la implementación de los objetivos de este Acuerdo mediante la aprobación de cualquier modificación a: (i) las Listas del Anexo 203, con el fin de agregar una o más mercancías excluidas del cronograma de una Parte, (ii) los periodos establecidos en el cronograma de eliminación arancelaria, con el fin de acelerar la reducción arancelaria, (…) 5. Cualquier modificación a las que se refiere el subpárrafo 3(d) estará sujeta al cumplimiento de los procedimientos legales internos de cualquier Parte.
	COSTA RICA	ARTÍCULO 20.1: LA COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO (…) 3. La Comisión podrá: (…) (b) modificar en cumplimiento de los objetivos del presente Acuerdo: (i) las Listas establecidas en el Anexo 2-B (Programa de Eliminación Arancelaria) mediante la mejora de las condiciones arancelarias de acceso a los mercados, lo que incluye la posibilidad de acelerar la eliminación arancelaria e incluir una o más mercancías excluidas en el Programa de Eliminación Arancelaria; (…) 4. Cada Parte implementará, de conformidad con su legislación, cualquier modificación referida en el párrafo 3(b), dentro del período acordado por las Partes.

1	COREA	ARTICLE 19.1: JOINT COMMISSION (…) 3. The Joint Commission may: (…) (f) modify: (i) the Schedules to Annex 2-A (Elimination of Customs Duties), with the purposes of adding one or more goods excluded in the Schedule of a Party; (ii) the phase-out periods established in the tariff elimination schedule, with the purposes of accelerating the tariff reduction…
2	UNIÓN EUROPEA	ARTÍCULO 13:Funciones del Comité de Comercio 2. El Comité de Comercio podrá: (…) (g) avanzar en la consecución de los objetivos de este Acuerdo mediante modificaciones previstas en el mismo, de: (i) el Anexo I (Cronogramas de eliminación arancelaria), con el propósito de incluir una o más mercancías excluidas en el cronograma de eliminación arancelaria de una Parte; (ii) los períodos establecidos en el Anexo I (Cronogramas de eliminación arancelaria) con el propósito de acelerar la reducción arancelaria; (…) Cada Parte implementará, en concordancia con sus procedimientos legales aplicables, cualquier modificación referida en este subpárrafo.
	ISRAEL	ARTÍCULO 13.3: FUNCIONES DEL COMITÉ CONJUNTO 3. El Comité Conjunto podrá: (…) (c) modificar por una decisión del Comité Conjunto: (i) las Listas del Anexo 2-A, con los efectos de la adición de una o más mercancías excluidas en la Lista de una Parte; (ii) los períodos de eliminación establecidas en el programa de desgravación arancelaria, con el propósito de acelerar la desgravación arancelaria; (…)Cada Parte aplicará, con sujeción al cumplimiento de sus procedimientos legales internos aplicables y después de la notificación de los mismos, cualquier modificación a la que se refiere este párrafo, en el plazo que las Partes acuerden;

2	PANAMÁ	ARTÍCULO 23.1: COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO (…) 3. La Comisión podrá: (a) establecer nuevos Comités, Subcomité y Grupos de Trabajo y adoptar las medidas necesarias para su funcionamiento; (b) delegar responsabilidades a los Comités, Subcomités y Grupos de Trabajo; (c) modificar: (i) los plazos establecidos en el Anexo 2-B (Eliminación Arancelaria), a fin de acelerar la desgravación arancelaria o eliminación arancelaria; (ii) la Lista de las mercancías de una Parte del Anexo 2-B (Eliminación Arancelaria) con el fin de incorporar una o más mercancías excluidas dichas Listas; (…) 4. Las modificaciones a las que se refiere el subpárrafo 3(c) deberán estar sujetas al cumplimiento de los procedimientos legales internos de cada Parte.

Concepto

Título: Certificado de origen pulpa de maracuyá.

Fecha: 3 de diciembre de 2013

Problema Jurídico: Determinar si la exigencia de la aduana del Brasil sobre el hecho de presentar un certificado de origen de análisis de bebidas y fermentos ácidos para el producto de la pulpa de maracuyá está conforme a los compromisos del Acuerdo de Complementación Económica N° 59

Regla: Acuerdo de Complementación Económica N° 59 (CAN-MERCOSUR).

Anexo VIII de la normativa MAPA No.55 del 18 de noviembre de 2009.

Concepto:

En atención a su consulta de fecha 12 de noviembre, en la cual nos solicita concepto legal sobre la exigencia que hace la Aduana del Brasil de presentar un "certificado de origen de análisis de bebidas y fermentos ácidos" (Anexo VIII de la normativa MAPA No.55 del 18 de noviembre de 2009) para el producto pulpa de maracuyá, y su pertinencia frente al marco del Acuerdo de Complementación Económica No. 59 (CAN-Mercosur), le presentamos la siguiente opinión:

El Anexo VIII de la normativa No. 55 del 18 de noviembre de 2009, fue establecido por el Ministerio de Agricultura, Pecuario y Abastecimiento (en adelante MAPA) del Gobierno del Brasil, en desarrollo del Decreto 6871 de 4 de junio de 2009, que a su vez reglamentó la ley No. 8918 del 14 de julio de 1994. Esta última, estableció criterios para el control de productos y bebidas. Se destaca dentro el texto normativo del Decreto 6871, la creación de un mecanismo de control administrativo de la producción, la manipulación, la normalización, clasificación, registro, inspección, supervisión, exportación, importación, circulación y comercialización de bebidas.

En su artículo 2 establece, entre otras, como *bebida*: "la pulpa de fruta jarabe de azúcar" sin fines terapéuticos o médicos, que sean preparaciones y líquidos para beber, refrescar y la fermentación alcohólica de origen animal.

De las anteriores disposiciones se infiere que el formato de documento denominado "certificado de origen de análisis de bebidas y fermentos acético" no está conforme con la naturaleza y objetivo específico del *Certificado de Origen* referido en el artículo 9 del Anexo IV del Acuerdo de Complementación Económica No. 59 (CAN-MERCOSUR) que lo

define como "(…) *el documento que certifica que las mercancías cumplen con las disposiciones sobre el origen del presente régimen. Dicho certificado ampara una sola operación de importación de una o de varias mercancías y su versión original debe acompañar al resto de la documentación, en el momento de tramitar el despacho aduanero (…)*" [1]

En este orden de ideas es necesario indicar que el formato contenido en el Anexo VIII de la normativa MAPA No. 55, está concebido con un propósito distinto al que parece indicar su denominación " Modelo de Certificado de Origen y *de Análisis de Bebidas y fermentos ácidos*". Más bien pretende asegurar la segunda mención de su identificación, es decir, "certificar el análisis de bebidas y fermentación acética" y más concretamente que el establecimiento productor o embotellador en la elaboración de la bebida, cumple con los patrones de identificación, calidad nacional e idoneidad para su consumo, según se desprende de la siguiente expresión contenida en el formato del ANEXO VIII, así:

> *"o estabelemento productor ou engarrafad racima especificado exerce no país as actividades de producao ou engarrafamento ou ambas e o(s) produto(s) acima especificado (s) atende (m) o (s) padrao(oes) de identidade e qualidade nacional (is) e está(ao) apto (s) para o consumo no mercado interno."*

El formato contiene campos para diligenciar información relativa a: (i) el Exportador, (ii) Actividad, (iii) destinatario, (iv) medio de transporte; (v) local de descarga; (vi) producto; (vii) nombre; (viii) marca; (ix) lote No-;(x) No. De cajas; (xi) No. De garrafas/ vol.; (xii) volumen; (xii) Nombre del organismo oficial; (xiii) dirección del organismo oficial; (xiv) lugar y fecha. Luego del espacio destinado a la firma y sello del responsable, aparecen otros campo que parecen estar destinados a consignar información sobre (i) parámetros analíticos conforme al producto; (ii) Unidades; (iii) resultado; (iv) nombre del laboratorio; (v) dirección del laboratorio; (vi) lugar y fecha; (vii) espacio para la firma y sello del responsable.

En ese orden de ideas es posible afirmar que con la normativa arriba referida el MAPA del Brasil estableció una medida cuyo objetivo es de protección a través de establecer la "inocuidad de la bebida". Este documento se exige como requisito para la importación de la pulpa de maracuyá al Brasil, junto con la documentación propia para la importación, como es la factura comercial y el certificado de origen de la ALADI. El **"Certificado de origen de análisis de bebidas y fermentos ácido",** no pretende como se desprende de la consulta el de certificar por parte del organismo oficial acreditador el "consumo del mercado interno", su propósito es *el salvaguardar la vida y salud de las personas.*

[1] "(…) El certificado de origen debe emitirse en el formato que se adjunta como Apéndice 1 del presente Anexo y deberá ser numerado correlativamente. El mismo será expedido con base a una declaración jurada del productor y/o exportador de la mercancía según corresponda y la respectiva factura comercial de una empresa domiciliada en el país de origen. En el campo relativo a "Observaciones" del certificado de origen, deberá consignarse la fecha de recepción de la declaración jurada a que hace referencia el Artículo 11(…)"

Dentro de este contexto, analizaremos su compatibilidad con el Anexo VIII del ACE 59, sobre MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS ya que se trata de una norma de carácter sanitario.

En primer lugar, es necesario establecer si se surtió el compromiso de notificar la medida "Normative Instrucción No. 55 (Instrucción Normativa No. 55)" inclusive en una etapa anterior a su implementación (artículo 22 del Anexo VIII del ACE 59); en especial, si Colombia fue notificada y contó con la posibilidad de formular observaciones, celebrar consultas sobre ella, de la manera y dentro de los términos establecidos en el Anexo VIII, cuyo objetivo es el fortalecer la transparencia recíproca, como se indica a continuación:

> *"En todos los casos, la Parte Signataria que pretenda adoptar o adopte la medida deberá dar, sin discriminación a la otra Parte Signataria, la posibilidad de formular observaciones, celebrar consultas sobre ella si así se solicita, y tomar en cuenta estas observaciones y el resultado de dichas consultas."*

Respecto a la notificación de la medida, observamos que la "Normative Instrucción No. 55 (Instrucción Normativa No. 55) del 18 de noviembre de 2009, Publicada en la sección I, páginas 1 a 5 del Diario Oficial de la Unión No. 221, del 19 de noviembre de 2009 fue notificada a la OMC , según se desprende de la comunicación G/SPS/N/BRA/ 599 del 9 de diciembre de 2009 publicada por el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (documento anexo). Sin embargo, consideramos que aun cuando se entienda cumplido el compromiso de transparencia ante la OMC, resulta importante constatar la obligación que se enuncia en el párrafo anterior.

Igualmente, es necesario verificar si además de la notificación de la medida, hubo un intercambio de legislaciones generales (60 días) y específicas (30 días) de medidas sanitarias y fitosanitarias entre Colombia y Brasil, como lo dispone el artículo 25 del Anexo VIII del ACE 59, transcrito a continuación:

> *"Las Partes Signatarias se comprometen a intercambiar sus legislaciones sanitarias y fitosanitarias vigentes de carácter general en un plazo de sesenta (60) días calendario a partir de la entrada en vigencia del presente Acuerdo.*
>
> *En los casos en que se requiera informaciones específicas sobre las legislaciones indicadas, las Partes se comprometen a remitirlas en un plazo de hasta treinta (30) días calendario, el cual podrá extenderse previa justificación de la Parte informante"*

Así mismo, es importante verificar si se surtieron *las contra notificaciones de la medida* y si la medida fue objeto del análisis sobre su conformidad, se establece sobre la base de una directriz internacional, etc., así como si trae como resultado un mayor nivel de

protección en el país importador de lo que se lograría mediante una directriz, norma o recomendación internacional etc., como lo establece el artículo 26 del Anexo. Todo esto se debe tener en cuenta en la determinación de un posible incumpliendo al ACE 59. (según se desprende de la notificación ante la OMC, **no existe una norma internacional pertinente**)

Ahora bien, en cuanto al contenido y razón de ser de la Instrucción Normativa No. 55, es necesario analizar y verificar si el Ministerio de Agricultura, Pecuario y Abasto (MAPA) de Brasil, al expedir la norma, cumplió con la obligación de asegurarse si la medida era necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y estuvo basadas en principios científicos, además de otros análisis sobre una evaluación adecuada a las circunstancias, en este caso de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas de forma que las medidas adoptadas alcancen el nivel adecuado de protección (Artículo 12). En este caso es importante consultar con la autoridad sanitaria y fitosanitaria en Colombia (INVIMA) si Colombia cuenta con una medida equivalente o por lo menos similar, que pretenda cumplir con el objetivo de la Instrucción Normativa No. 55 del MAPA y si, para ello, obliga a diligenciar un anexo equivalente o similar al Anexo VIII "Certificado de origen de análisis de bebidas y fermentos acéticos".

El Decreto 6871 que dio origen a la Instrucción Normativa No. 55, al parecer, tiene como propósito el crear un mecanismo de control administrativo sobre la producción, la manipulación, la normalización, clasificación, registro, inspección, supervisión, exportación, importación, circulación y comercialización de bebidas. Sobre el particular, el ACE-59 expresamente estableció que la aplicación de procedimientos de control, inspección y aprobación no debe transformarse en restricciones encubiertas al comercio y debe llevarse a cabo de acuerdo con el Anexo C del Acuerdo MSF/OMC. También exige en la medida de lo posible que se base en normas, directrices o recomendaciones internacionales o en normas, directrices o recomendaciones de las organizaciones regionales de las que las Partes signatarias sean miembros.

Por lo tanto, es necesario constatar que Brasil cumplió lo señalado en el artículo 20 del Anexo sobre medidas Sanitarias y Fitosanitarias, de lo contrario podría estar incurso o se generaría la situación descrita en el artículo 21 del Anexo VIII del ACE 59, así:

> *"Artículo 21.- Toda restricción al acceso al mercado del país importador derivada de cambios en los procedimientos de control e inspección sin la debida justificación técnica será considerada una restricción encubierta al comercio"*

Si, finalmente, el país importador no cuenta con ***normas internacionales*** que soporten la medida, el ACE-59 obliga al País importador a informar el procedimiento aplicable y si este procedimiento no constituye una barrera injustificada al comercio. De la lectura del formato denominado "Modelo de Certificado de origen y análisis de bebidas y fermentos acéticos" se observa que contiene espacios para diligenciar resultados de análisis de

laboratorio, nombre del laboratorio y firma del responsable.

Conclusión

Por lo anterior, esta Oficina recomienda evaluar si el Brasil a través de sus autoridades competentes, ha cumplido con las disposiciones de procedimiento del ACE-59 arriba referidas, sin perjuicio de que posteriormente se lleve a cabo un análisis sobre la compatibilidad de la obligación de diligenciar y presentar el formato Anexo VIII "Modelo de certificado de origen y análisis de bebidas e fermentados acéticos" contenida en la Normativa No. 55 (MAPA) y el Acuerdo de Complementación Económica, CAN-MERCOSUR (ACE59). Para ello se requiere previamente contar con la siguiente información :

- Si Brasil ha cumplido con el trámite de notificación (transparencia) bajo el Acuerdo de Complementación Económica CAN – MERCOSUR ACE 59.

- Si se cumplido con la obligación de intercambio de la de medida sanitarias y fitosanitaria entre Colombia y Brasil, como lo dispone el artículo 25 del Anexo VIII del ACE 59.

- Si se llevaron a cabo las contra notificaciones de la medida y si la medida fue objeto del análisis sobre su conformidad.

- Si Brasil cumplió con la obligación de asegurarse si la medida era necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y estuvo basadas en principios científicos. En este caso es importante consultar con la autoridad sanitaria y fitosanitaria en Colombia (INVIMA) si Colombia cuenta con una medida equivalente o por lo menos similar. Además se le deberá requerir el concepto técnico que indique si la medida es pertinente y cumple con el objetivo legítimo, etc.

- Si la medida se llevó a cabo de acuerdo con establecido en el Anexo C del Acuerdo MSF/OMC.

En general, si se entienden cumplidos los presupuestos contenidos en el Anexo VIII y en el Acuerdo MSF/OMC y las definiciones del Anexo A, sobre definiciones.

Concepto

Título: Reglamentación cupos lácteos bajo el ACE 59

Fecha: 19 de julio de 2013

Problema Jurídico: Análisis de control de los cupos de leche proveniente de Argentina bajo el marco del ACE 59, de conformidad con nuestro ordenamiento interno y nuestras obligaciones asumidas internacionalmente.

Regla:

- Acuerdo de Complementación Económica (en adelante ACE 59)
- Apéndice 3.1 al Anexo II – Programa de Liberación Comercial
- Decreto 141 de 2005 "Por el cual se da cumplimiento a unos compromisos adquiridos por Colombia en virtud del Acuerdo de Complementación Económica".
- Decreto 1900 de 2005 "Por el cual se determina la administración de los contingentes arancelarios establecidos en el Acuerdo de Complementación Económica suscrito entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del Mercosur y los Gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina".
- Decreto 3744 del 21 de octubre de 2005 "Por el cual se modifica el Decreto 1140 de 2005" y en su artículo 2 establece que "Los contingentes de acceso preferencial establecidos en el artículo 1° (los contingentes de carne bovina) del presente Decreto serán reglamentados y administrados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural - MADR.
- Circular Externa N° 074. 11 de noviembre de 2005

Concepto:

Respecto al control de los cupos de leche proveniente de Argentina bajo el marco del ACE 59, de conformidad con nuestro ordenamiento interno y nuestras obligaciones asumidas internacionalmente, nos permitimos manifestar lo siguiente:

Antecedentes del caso y normatividad:

El artículo 41 numeral a) del Acuerdo de Complementación Económica (en adelante ACE 59) define que la Comisión Administradora del Acuerdo tendrá la función de "Velar por el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo y sus Protocolos Adicionales y Anexos", y en el numeral c), le otorga la facultad a la misma para "Evaluar periódicamente los avances del Programa de Liberación Comercial y *el funcionamiento general del Acuerdo".* Así mismo, el ACE 59 establece en el Apéndice 3.1 al Anexo II – Programa de Liberación Comercial, las preferencias otorgadas por la República de Colombia a la República de Argentina, entre

ellas las concedidas en virtud de los contingentes arancelarios.

Estos compromisos asumidos por Colombia, entraron en vigencia desde el 1 de Febrero de 2005 con la expedición del Decreto 141 "*Por el cual se da cumplimiento a unos compromisos adquiridos por Colombia en virtud del Acuerdo de Complementación Económica (en adelante ACE 59) suscrito entre los Gobiernos de la República de Argentina, de la República Federativa de Brasil, de la República de Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR y los gobiernos de la República de Colombia, de la República de Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, Países miembros de la comunidad Andina*".

El 14 de abril de 2005, se expidió el Decreto 1140 "*Por el cual se establecen unos contingentes de acceso preferencial*" bajo el marco del ACE 59 y en su Artículo 4° se define que *"los contingentes de acceso preferencial establecidos en el artículo 1° del presente decreto serán reglamentados y administrados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural",* esto es, los contingentes de carne bovina.

Posteriormente, el 10 de Junio de 2005, el Gobierno Nacional puso en vigencia el Decreto 1900 de 2005 *"Por el cual se determina la administración de los contingentes arancelarios establecidos en el Acuerdo de Complementación Económica suscrito entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del Mercosur y los Gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina*". El parágrafo 1 del artículo 1° de este Decreto estipula que *"El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural reglamentará y distribuirá los contingentes arancelarios para las subpartidas 0201.30.00.10, 0201.30.00.90, 0202.30.00.00, 0206.10.00.00, 0206.21.00.00, 0206.22.00.00, 0206.29.00.00, 0210.20.00.00, 05.04 y 04.02* (Leche en polvo)*, y su importación será registrada ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.*

Como se explicó al inicio del texto, el Acuerdo le otorga la facultad a la Comisión Administradora de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo, así como también evaluar el funcionamiento del mismo. En este sentido, en la I reunión de la Comisión Administradora del ACE 59 que se realizó en Montevideo, Uruguay del 28 al 30 de junio del 2005, se acordó que los contingentes otorgados por Colombia bajo el marco del ACE 59 a los países del Mercosur, serían administrados por éstos últimos, como países exportadores, y Colombia se comprometió a revisar su normatividad interna relacionada con la administración de los contingentes arancelarios.

Luego de esa reunión, se expidió el Decreto 3744 del 21 de octubre de 2005 *"Por el cual se modifica el Decreto 1140 de 2005"* y en su artículo 2 establece que *"Los contingentes de acceso preferencial establecidos en el artículo 1°* (los contingentes de carne bovina) *del presente Decreto serán reglamentados y administrados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural - MADR.* Adicionalmente, el mismo artículo indica: *"Los contingentes de importación provenientes de países del Mercosur, establecidos en el Decreto 141 de 2005, serán administrados a partir del 1° de enero de 2006, por el país exportador, para lo*

cual los documentos de asignación de cupos expedidos por los países del Mercosur deberán ser presentados ante la DIAN a efecto de que esta controle el monto asignado" (Subrayado fuera de texto). Esto refrendaba una decisión de la Comisión Administradora, con base en el propio ACE-59, la cual era exigible desde su emisión para las autoridades colombianas.

Sin perjuicio de lo anterior, en la II reunión de la Comisión Administradora realizada en Lima-Perú en octubre de 2006, Colombia informó a los países de Mercosur sobre la expedición del Decreto 3744 del 21 de octubre de 2005, respecto a la nueva reglamentación interna para la administración de los contingentes arancelarios negociados bajo el marco del ACE 59. Dicha disposición entró en vigor a partir del 25 de octubre de 2005, fecha de su publicación en el Diario Oficial.

En este punto, es importante aclarar que aunque el Decreto 3744 de 2005, no indica expresamente en su artículo 2 que esta norma modifica el parágrafo 1 del artículo 1 del Decreto 1900 de 2005, es claro que implícitamente está modificando sus efectos, cuando afirma: *"Los contingentes de importación provenientes de países del Mercosur, establecidos en el Decreto 141 de 2005, serán administrados a partir del 1° de enero de 2006, por el país exportador, para lo cual los documentos de asignación de cupos expedidos por los países del Mercosur deberán ser presentados ante la DIAN a efecto de que esta controle el monto asignado"*. De lo expuesto, se colige la derogación tácita del citado parágrafo 1[1] , dado que el mecanismo de administración de los contingentes arancelarios, dispuesto en el Decreto 1900 de 2005 (el MADR estaba encargado de la distribución de la cantidad del contingente), desaparece y se establece una nueva forma de administración de las cuotas para los demás productos (dentro de los cuales está incluida la leche en polvo, partida 0402) , diferentes a la carne de bovino, (los países del Mercosur, asumen la distribución de la cantidad el contingente).

Así mismo, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el 11 de noviembre de 2005, expidió la Circular Externa N° 074, por medio de la cual informó que el decreto 3744 de 2005 modifica el artículo 1 y 4 del Decreto 1140 de 2005 y adicionalmente confirma lo dispuesto en el Decreto 3744 de 2005 acerca que: *"Los contingentes de importación provenientes de los países de MERCOSUR, establecidos en el Decreto 141 de 2005, serán administrados por el país exportador a partir del 1° de enero de 2006, por lo que los documentos de asignación de cupos expedidos por los países de MERCOSUR deberán ser presentados ante la DIAN para su respectivo control".* (Subrayado fuera de texto).

En la III Reunión de la Comisión Administradora, el Mercosur presentó el Sistema de Administración y Distribución de Cupos otorgados al Mercosur por terceros países o grupos de países (SACME). Este sistema fue aprobado por la Resolución Grupo del Mercado Común del Sur No. 31/10, la cual reglamentaría aquellos cupos que Colombia otorga al Mercosur como grupo, es decir, para carnes finas, demás carnes y leche maternizada. Y en adelante, cada país se comprometió a reglamentar internamente la distribución de las cuotas otorgadas por

[1] El artículo 71 del Código Civil, establece que la derogación de una Ley es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

Colombia para los países del Mercosur en el marco del ACE 59, incluido el envío del modelo de *Certificado de Asignación de Cuota*.

Lo anterior, es totalmente consistente con las opiniones de este Ministerio expresadas en abril y mayo de 2012, cuando se reiteró que las importaciones que no estuvieran amparadas legalmente por el ACE 59 para la aplicación del contingente (es decir, que no contaran con el Certificado de Asignación de Cuota expedido por los países del Mercosur), no podían ser beneficiarios del tratamiento arancelario preferencial previsto en el Acuerdo. Esto por cuanto la propia lista de desgravación arancelaria establece que para la partida 0402 *"fuera del contingente, el programa de liberación comercial no se aplica"*. De otra parte, y en gracia de discusión, admitiendo que resultare necesario –que esta Oficina no lo considera así- un procedimiento adicional para reglamentar los contingentes creados por el ACE-59, el hecho de que dicho procedimiento no hubiera sido expedido, no justifica el no pago de los aranceles causados, al no cumplirse con los requisitos para solicitar legalmente el trato arancelario preferencial. Por ende, en los escenarios analizados en respuesta a esta consulta, ante la ausencia de una solicitud de preferencia arancelaria con el cumplimiento de los requisitos previstos en el ACE 59, procede la aplicación del arancel NMF.

Conclusión

- Los contingentes arancelarios de importación, para los demás productos diferentes a la carne de bovino, se empezaron a administrar, a partir del 1 de enero de 2006, por el país exportador, por lo cual los documentos de asignación de cupos expedidos por los países del Mercosur debían ser presentados ante la DIAN a efectos de que esta Entidad controlara el monto asignado, desde ese momento.

- A partir del 1 de enero de 2006, los países de Mercosur debían reglamentar la forma en la cual cada uno de ellos administraría los contingentes exportados hacia Colombia, excepto los de carne de bovino, los cuales fueron reglamentados por Colombia y son administrados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.
- En el contexto del ACE 59, la DIAN está legalmente facultada para exigir los "*Certificados de Asignación de Cuotas*" cuando existan solicitudes de preferencia arancelaria en los cuales este documento sea necesario para el reconocimiento de la misma. En este sentido cabe aclarar, que la DIAN tiene potestad para realizar el control al ingreso de la mercancía al país o según las funciones atribuidas en virtud del artículo 471 del Decreto 2685 de 1999, posterior a la obtención del levante de la misma y hasta por el término de 3 años contados a partir de la presentación y aceptación de la Declaración Inicial o de la Corrección o Modificación de la Declaración (artículo 131 del mencionado Decreto.
- En el marco de la autonomía administrativa de la DIAN, ésta cuenta con la potestad de establecer los mecanismos que considere necesarios para el control al ingreso de estas mercancías, siempre de conformidad con los principios establecidos en los Tratados, las Leyes y el Estatuto Aduanero.

Concepto

Título: Consulta de ASOCAÑA sobre el derecho a recibir preferencia arancelaria para exportaciones de azúcar bajo el acuerdo comercial con EFTA y puesto en vigor con Suiza

Fecha: 6 de agosto de 2013

Problema Jurídico: ¿Determinar si ASOCAÑA tiene derecho a recibir preferencia arancelaria para exportaciones de azúcar en el marco del Acuerdo Comercial con EFTA y puesta en vigor con Suiza?

Regla: Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la Confederación Suiza del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC (EFTA)
Ordenanzas del 10 de junio de 2011 a la OMC (WT/COMTD/N/7/Add.4)

Concepto:

El Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la Confederación Suiza del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC (EFTA) (en adelante "el Acuerdo"), establece en su artículo 3 que:

"Para los productos definidos en el subpárrafo (a) del artículo 2, originarios de Colombia y que no estén incluidos en el Anexo III del presente Acuerdo, Suiza concederá un trato no menos favorable que el concedido en virtud del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) de Suiza para los países en desarrollo durante el tiempo que Colombia califique como beneficiario de ese sistema. Este tratamiento se revisará después de la conclusión del período de implementación de la Ronda de Doha de la OMC, o a más tardar 8 años después de la entrada en vigencia del presente Acuerdo".

El artículo 2 numeral a) del Acuerdo, por su parte indica:

ARTÍCULO 2. Reglas Generales. Este acuerdo se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por las Partes relacionadas con los productos agrícolas:

(a) clasificados en los Capítulos 1 a 24 del Sistema Armonizado de Descripción y Sistema de Codificación de Mercancías (en adelante "el SA"), y no incluidos en los Anexos III (Productos Agrícolas Procesados) y IV (Productos de la Pesca y Otros Productos Marinos) del Acuerdo de Libre Comercio; (…)

Como se aprecia en la Tabla 2 del Anexo III "Categorías de Desgravación de Colombia", la partida arancelaria 1701 no fue incluida en dicho anexo:

17025000	Fructuosa químicamente pura	5%	D
17041010	Chicles y demás gomas de mascar, recubiertos de azúcar.	20%	F
17041090	Los demás chicles y demás gomas de mascar	20%	F
17049010	Bombones, caramelos, confites y pastillas	20%	G
17049090	Los demás artículos de confitería sin caco (incluido el chocolate blanco)	20%	G

De acuerdo a las disposiciones del artículo 3 del Acuerdo, para los productos que no se encuentren incluidos en el Anexo III del mismo, y que estén clasificados en los Capítulos 1 a 24 del Sistema Armonizado "SA", Suiza debe conceder un trato no menos favorable que el concedido en virtud del SGP de Suiza para los países en desarrollo durante el tiempo que Colombia califique como beneficiario de ese sistema. Este tratamiento se revisará después de la conclusión del período de implementación de la Ronda de Doha de la OMC, o a más tardar 8 años después de la entrada en vigencia del TLC.

De otra parte, en la notificación de la Ordenanza del 10 de junio de 2011 a la OMC (WT/COMTD/N/7/Add.4), Suiza excluyó de su Lista Revisada de los Países Y

Territorios Beneficiarios del SGP a los países con los cuales concertó un Acuerdo de Libre Comercio a través de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) (tal es el caso de Colombia); con el fin de evitar contradicciones entre concesiones comerciales.

Es importante resaltar que aunque Colombia ya no hace parte de la lista de beneficiarios del SGP de Suiza, éste aún sigue calificando como beneficiario de ese Sistema, en razón a que la Resolución 21 II), aprobada en el segundo período de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Nueva Delhi, 1968), establece que el principio aplicable bajo el SGP es dar sin reciprocidad ni discriminación (por parte de los países industrializados), en vez de las tasas de NMF, aranceles reducidos o nulos a determinados productos procedentes de los países en desarrollo. En ese sentido, las preferencias arancelarias del SGP se otorgan únicamente a los países en desarrollo y Colombia aún califica como tal.

Ahora bien, de conformidad con el principio Pacta Sunt Servanda de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: "todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido de buena fe", y en virtud de la disposición del artículo 3 del Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la Confederación Suiza, este país deberá seguirle otorgando a los productos clasificados en la partida 1701 exportados desde Colombia, un trato arancelario preferencial no menos favorable que el concedido bajo el marco del SGP de Suiza. Adicionalmente, esta disposición la confirma la Aduana de Suiza, en comunicación remitida a la Aduana Colombiana el 31 de mayo de 2013 al manifestar lo siguiente:

"Cuando nuestro Tratado de Libre Comercio concluyó, Suiza acordó conceder un trato no menos favorable que el acordado bajo el SGP para los países en desarrollo, durante el tiempo que Colombia califique como beneficiario de ese sistema (Artículo 3, parágrafo 3 del Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y Suiza, ver versión en español.[1]

Conclusión

Finalmente, luego de consultada la Ordenanza No 2 (a 1 de julio de 2013) del Consejo Federal Suizo, sobre el libre comercio de Suiza, en la cual se establecen los derechos de aduana aplicables a las mercancías para las que se haya pactado un Acuerdo de Libre Comercio (Excepto la UE y EFTA), el arancel aplicado a Colombia es el que se encuentra en el Arancel Electrónico de Aduanas de Suiza, denominado "Tares" y el documento que representa la prueba de origen para la solicitud de trato arancelario preferencial, es el Certificado de Circulación EUR 1 (sin perjuicio de los demás documentos indicados en el artículo 15, del Anexo V del Acuerdo):

Movement certificate EUR 1	CL, CO, MX, PE, PS, SACU, UA

[1] en http://www.efta.int/~/media/Documents/legal-texts/free-trade-relations/columbia/Agricultural%20Agreements/coch.pdf). Esta disposición también se refleja en nuestro Arancel Electrónico de Aduanas llamado "Tares" http://xtares.admin.ch/tares/details/tarifDetailFormFiller.do;jsessionid=PhP8RyvYGjFKScBd2JMwWVRPMY1GrsMxvdJTR2dQLPn2nDmrGk2G!1194529638?tn=1701.1400&zc=00&schluessel=999&isApplying=true&kopfdaten.countryIso2Code=CO&kopfdaten.userCountryIso2Code=CO&kopfdaten.direction=import&kopfdaten.date=31.05.2013. En consecuencia Suiza concede trato preferencial al azúcar originaria de Colombia"

Concepto

Título: Memorando de Entendimiento entre El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia y el Ministerio de Cultura y Turismo de la República de Turquía sobre Cooperación en el Campo del Turismo

Fecha: 22 de agosto de 2013

Problema Jurídico: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del "Memorando de Entendimiento entre El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia y el Ministerio de Cultura y Turismo de la República de Turquía sobre Cooperación en el Campo del Turismo" está acorde con nuestros compromisos comerciales internacionales y el derecho interno y es viable su ratificación?

Regla: Memorando de Entendimiento entre El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia y el Ministerio de Cultura y Turismo de la República de Turquía sobre Cooperación en el Campo del Turismo.

Concepto:

El Memorando de Entendimiento en su contenido manifiesta el interés de las partes en establecer, promover, desarrollar y apoyar actividades y esfuerzos en el campo del turismo, así como para estimular su inversión.

El Memorando establece 14 artículos que desarrolla temas como su alcance, la inversión en turismo, la promoción y mercadeo del turismo, el mejoramiento de la calidad de la industria del turismo, la investigación y desarrollo en materia de turismo, el intercambio de becas y de información, así como coordinación y cooperación entre las Partes, Resolución de conflictos entre otros.

En nuestra revisión, observamos que se trata de un Memorando de Entendimiento (MOU) propiamente dicho, por cuanto no contiene disposiciones que estén creando obligaciones ni derechos jurídicamente exigibles desde la perspectiva del derecho internacional, sino de tipo declarativo y político.

Este tipo de instrumento, solo requiere de la suscripción para su perfeccionamiento y no surte el trámite interno de aprobación por el Congreso y examen por parte de la Corte Constitucional para su posterior ratificación.

Conclusión

Por las razones expuestas, esta oficina no encuentra ningún reparo en la suscripción del presente Memorando.

Concepto

Título: Compromisos MSF en el TLC COL-UE

Fecha: 19 de noviembre de 2013

Problema Jurídico: Determinar si el artículo 44 del Decreto 1500 de 2007 contraviene lo establecido en el Acuerdo con la Unión Europea.

Regla:

- Decreto 2270 de 2012.
- Artículo 44 del Decreto 1500 de 2007.
- Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Concepto:

En atención a su solicitud, en la que requiere informemos si el artículo 44 del Decreto 1500 de 2007 "Por el cual se establece el reglamento técnico a través del cual se crea el Sistema Oficial de Inspección, Vigilancia y Control de la Carne, Productos Cárnicos Comestibles y Derivados Cárnicos Destinados para el Consumo Humano y los requisitos sanitarios y de inocuidad que se deben cumplir en su producción primaria, beneficio, desposte, desprese, procesamiento, Almacenamiento, transporte, comercialización, expendio, importación o exportación" (modificado por el Decreto 2270 de 2012).

El análisis consiste en si la referida norma contraviene lo establecido en el Acuerdo con la Unión Europea (en adelante Acuerdo con la UE) y si de acuerdo a esto se requeriría una modificación de la misma.

El numeral (a) del artículo 93.1 del Acuerdo con la UE señala:

ARTÍCULO 93: Verificaciones

1. Para mantener la confianza en la aplicación efectiva de las disposiciones de este Capítulo, cada Parte, en el ámbito de este Capítulo, tendrá derecho a:

(a) llevar a cabo, de conformidad con las directrices establecidas en el Apéndice 3 del Anexo VI (Medidas sanitarias y fitosanitarias), una verificación total o parcial del sistema de control por las autoridades competentes de otra Parte; los gastos de dicha verificación estarán a cargo de la Parte que la realice; y

Por otra parte, en la modificación hecha al Decreto 1500 de 2007 por el Decreto 2270 de 2012, la disposición del parágrafo 2 del artículo 44 se mantuvo de manera idéntica:

PARÁGRAFO 2. Los costos de las auditorías internacionales serán sufragados por el país interesado en exportar carne, productos

cárnicos comestibles y derivados cárnicos a Colombia.

Bajo 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 éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), es importante resaltar que el mencionado artículo 93 del Acuerdo con la UE no define si el País importador o el País exportador deben sufragar los gastos de las visitas. El Acuerdo se limita a señalar que los gastos correrán por cuenta de la Parte que realice la verificación.

De lo anterior se colige que:

1. Si la Autoridad Sanitaria del País Importador es quien realiza la verificación, entonces ésta deberá ser la Parte que cubra los gastos de las visitas.

2. Si la Autoridad sanitaria del País Exportador es quien realiza la verificación en su propio territorio, entonces ésta será la Parte que deba correr con tales gastos.

Respecto al primer punto, el Decreto 2270 de 2012, difiere de lo dispuesto en el Acuerdo con la UE, ya que al señalar explícitamente que los costos de las auditorías internacionales serán sufragados por el país interesado en exportar, indicaría que para el caso de las exportaciones de la UE hacia Colombia, la UE es la única Parte que debe correr con dichos costos. Así las cosas, esta Oficina considera que se debe modificar la norma en mención en atención al compromiso adquirido con la UE.

Es importante señalar que aunque la norma interna se encontraba vigente desde el año 2007, al haber acordado un compromiso diferente con la UE se requiere implementar dicha obligación en la legislación nacional. Una interpretación diferente desconocería la observancia del Acuerdo y el principio de "*Pacta sunt servanda*", según el cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. En los términos del artículo 8 del Acuerdo con la UE "cada Parte es responsable de la observancia de todas las disposiciones de este Acuerdo y tomará cualquier medida necesaria para dar

cumplimiento a las obligaciones que asume en virtud del mismo, incluida su observancia por gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales, así como instituciones no gubernamentales en el ejercicio de facultades en ellas delegadas por dichos gobiernos y autoridades." En este mismo sentido, el artículo 27 de la Convención de Viena señala que

"una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

Respecto al segundo punto, la UE planteó la posibilidad de realizar las visitas de inspección sanitaria en los territorios de sus Estados miembros y, en tal caso, asumir los costos de las mismas. También, aclaró que las verificaciones se realizarían teniendo en cuenta

los estándares sanitarios definidos por ellos en sus normas y en este sentido, la Parte Importadora (Colombia) tendría que aceptar los resultados que la Parte Exportadora (la UE) entregue sobre la visita. Bajo este entendido, las autoridades sanitarias colombianas son las que tienen la competencia directa y la responsabilidad de considerar que esta propuesta se aplique.

Conclusión

1.Para dar aplicación a la disposición del Acuerdo se requiere:

1.1 La modificación del Decreto 1500 de 2007.

1.2 La adecuación de los procedimientos a través de los cuales se llevan a cabo actualmente las auditorías internacionales por parte de las Autoridades sanitarias de Colombia (entre otros: asumir los costos de las visitas cuando aquellas las realicen, o una verificación total o parcial al sistema de control de la otra Parte, en vez de auditorías específicas a cada uno de los establecimientos).

2. En atención a la adecuación de los procedimientos descritos en el numeral anterior, sería conveniente que las Autoridades sanitarias de Colombia definan un término para la implementación de los compromisos establecidos en el Acuerdo con la EU.

3. Hasta tanto se implementen los compromisos relacionados con MSF, las Autoridades sanitarias de Colombia deberían proponer una solución transitoria, en la cual se permita el acceso de los productos de origen animal de la UE.

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

Concepto

Título: Cronogramas de desgravación en el TLC COL-AELC

Fecha: 5 de Agosto de 2014

Problema Jurídico: De acuerdo con el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC, ¿cuál es la fecha en que inician y finalizan los periodos anules para aplicar las canastas de desgravación?

Regla:

- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC (EFTA), en adelante TLC con EFTA.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Concepto:

A continuación encontrarás la opinión de la OALI con respecto a la consulta de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sobre la fecha en que inician y finalizan los períodos anuales que se aplican a las canastas de desgravación en el TLC con EFTA (en adelante "el Acuerdo"), teniendo en cuenta que éste no entró en vigor el 01 de enero, sino el 01 de julio de 2011. En este sentido, se pregunta puntualmente ¿si los períodos de desgravación aplican de julio 1 a junio 30 de cada año o si van de enero 1 a 31 de diciembre de cada año?

Sobre el Acuerdo:

El Acuerdo contiene diferentes listas de desgravación y cada una de ellas especifica la forma cómo serán aplicadas las categorías de desgravación arancelaria. Actualmente, el Acuerdo se está aplicando de manera provisional con Suiza y Liechtenstein, por lo que solo nos referiremos a las listas de desgravación arancelaria que se relacionan con esos dos países:

- El Anexo I del Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la Confederación Suiza, contiene las concesiones arancelarias de Colombia en materia agrícola.
- El Anexo III referido en el subpárrafo (b) del artículo 2.2 y el artículo 3.3 y 3.5 del Acuerdo con relación a los productos agrícolas procesados, como su nombre lo indica, contiene las listas y los cronogramas de eliminación arancelaria de los productos agrícolas que han sido procesados.
- El Anexo IV referido al subpárrafo (c) del artículo 2.2 con relación a los productos de la pesca y otros productos marinos, y
- El Anexo VIII referido en el artículo 2.6 relativo a la desgravación de aranceles aduaneros para productos industriales, indica las desgravaciones arancelarias para los bienes industriales.

Análisis de las categorías de desgravación para los productos agrícolas:

Con el fin de resolver la inquietud planteada, esta Oficina considera que se requiere analizar las categorías de desgravación de cada Anexo. Sin embargo, dado que varias de las categorías de desgravación están redactadas de la misma forma, vamos a tomar como ejemplo la **categoría de desgravación B**[1], la cual describe lo siguiente:

> *Los aranceles sobre los productos originarios comprendidos en las líneas arancelarias de la **categoría de desgravación B** en la lista de Colombia serán eliminados en cinco etapas anuales iguales comenzando en la fecha en que este Acuerdo entre en vigor, y dichos productos quedarán libres de aranceles a partir del 1 de enero del año cinco.*

Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece que los tratados deben interpretarse de buena fe y conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a sus términos, en su contexto particular y a la luz de su objetivo y finalidad.

De acuerdo a lo anterior, el primer recurso de interpretación de los Acuerdos se enmarca en el sentido corriente de las palabras que emplee, por lo que es razonable asumir, a menos que se demuestre lo contrario, que el sentido corriente de un término es el que reflejaba la verdadera intención de las partes cuando asumieron el compromiso que hicieron.[2]

Así mismo, dicha interpretación no puede hacerse fuera del contexto específico bajo el cual se asumió el compromiso, y debe estar conforme al contexto de la obligación y verse a la luz del objeto y finalidad de la misma. Con respecto a este último punto, es importante destacar que la interpretación dada a una disposición debe ser aquella que cobre mayor sentido y le dé un mayor efecto a la obligación objeto de interpretación.

Dicho lo anterior, se observa que la disposición sobre la categoría de desgravación B establece claramente 3 condiciones:

La primera condición se refiere a la forma en la cual se eliminarán los aranceles y, la segunda, a la fecha de partida de la eliminación arancelaria:

"Los aranceles (…) serán eliminados en cinco etapas anuales iguales comenzando en la fecha en que este Acuerdo entre en vigor."

Respecto a la primera, el Acuerdo indica que la eliminación arancelaria debe hacerse en etapas anuales iguales, es decir, el arancel base desde el cual parte la desgravación deberá eliminarse linealmente y en la misma proporción durante 5 etapas anuales.

[1]Es importante aclarar que la redacción de la categoría de desgravación B tanto en el Anexo I del Acuerdo sobre Agricultura entre Colombia y Suiza, como en el Anexo III "Desgravación de productos agrícolas procesados" es la misma. Adicionalmente, cabe anotar que se toma como ejemplo dicha categoría, ya que sirve como referente para explicar algunas categorías que en ambos anexos están redactadas de la misma forma; sin embargo, existen otras categorías que se explicarán más adelante por no encontrarse cubiertas por la misma regla de interpretación.

[2]AUST Antony, Modern Treaty Law and Practice Cambridge (2000-2006) p.188

		Desgravación Arancelaria				
Subpartida Arancelaria	Tasa Base	Año entrada en vigor (punto de partida del año es 01/07/2011)	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5 (a partir de 01/01/2015)
21033010	20%	16%	12%	8%	4%	0%

La segunda condición establece que las etapas anuales iguales de desgravación arancelaria iniciarán a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo. Dado que el Acuerdo entró en vigor el 01 de julio de 2011, la eliminación arancelaria debe empezar a aplicarse a partir de dicha fecha.

La tercera condición se refiere a la eliminación total de aranceles a partir de una fecha determinada: *"(…), y dichos productos quedarán libres de aranceles a partir del 1 de enero del año cinco".* Para el caso del ejemplo, el Acuerdo establece que a partir del 01 de enero del año 5, los aranceles deben quedar totalmente eliminados, por lo tanto, si el Acuerdo entró en vigor el 01 de julio de 2011, por consiguiente, el 01 de enero del año 5 se refiere al 01 de enero del año 2015.

Con el fin de ilustrar las 3 condiciones para la eliminación arancelaria de la categoría de la desgravación B, tomaremos como ejemplo la subpartida 21033010, la cual se encuentra dentro de dicha categoría de desgravación en el Acuerdo:

Para el caso del ejemplo se observa que se cumplen las 3 condiciones:

1. La cadencia de caída de la tasa es igual en todas sus etapas, por tal razón, y así como lo muestra el ejemplo, el arancel se debe eliminar disminuyéndolo en cuatro puntos porcentuales en cada etapa anual.

2. El punto de partida de la desgravación arancelaria es la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, es decir desde el 01 de julio de 2011.

3. A partir del 01 de enero del año 5 el arancel debe quedar totalmente eliminado. Si el Acuerdo entró en vigor el 01 de julio de 2011, entonces el 01 de enero del año 5 se refiere al 01 de enero del año 2015 y es desde esa fecha que se deberá eliminar completamente el arancel para esta mercancía.

Ahora bien, volviendo al punto de partida, con relación a la pregunta planteada sobre las fechas específicas de corte de cada uno de los períodos de desgravación, el Acuerdo no define cuando sucede dicho corte, por lo cual mientras Colombia cumpla con la obligación de hacer el corte arancelario correspondiente a cada anualidad (es decir, que cada año calendario se aplique una desgravación. Ejemplo: en el 2011 debe aplicarse la 1ra desgravación, en el 2012 la 2da, el 2013 la

3ra,y así sucesivamente, independientemente de la fecha en la que se aplique la misma, ya sea el 01 de junio o el 01 de enero de cada año), se entiende que se estaría cumpliendo las obligaciones del Acuerdo, independientemente de la forma puntual que se escoja para el efecto.

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Oficina considera que en tanto Colombia haya iniciado su desgravación arancelaria el 01 de julio de 2011, elimine totalmente el arancel a partir de la fecha pactada y desgrave la tasa arancelaria de manera lineal y proporcional; las demás fechas de los cortes arancelarios podrán ser definidas dentro de las anualidades pactadas por la entidad que las debe aplicar y cobrar, que para nuestro caso sería la DIAN, pues de esta manera ya estaríamos cumpliendo las obligaciones bajo el marco del Acuerdo.

De otra parte, con relación a la categoría de desgravación H[3] del Anexo III o las categorías K, O, P, Q[4] entre otras del Anexo I del Acuerdo de Agricultura del Acuerdo, esta Oficina considera que es clara la fecha a partir en la que debe iniciarse la desgravación arancelaria, por lo que no creemos necesaria una explicación adicional al respecto.

Desgravación arancelaria para productos de la pesca y otros productos marinos:

Con relación al Anexo IV referido al subpárrafo (c) del artículo 2.2 sobre los productos de la pesca y otros productos marinos, tomaremos como ejemplo la categoría de desgravación B, la cual indica:

> *"Los aranceles sobre los productos originarios incluidos en la* ***categoría B*** *en la Tabla 3, se eliminarán en cinco etapas anuales iguales, a partir de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo."*

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior sobre las categorías de desgravación para los productos agrícolas, esta disposición conserva dos elementos que ya fueron explicados, así:

1. Los aranceles se deben eliminar de manera lineal y proporcional en todas las fechas de corte (*"los aranceles (…) se eliminarán en cinco etapas anuales iguales"*), independientemente de la extensión del período, y

[3] La categoría H establece lo siguiente: los aranceles sobre los productos originarios comprendidos en las líneas arancelarias de la categoría de desgravación H en la lista de Colombia, tendrán una reducción de 5 puntos porcentuales sobre el arancel base a partir del 01 de enero del tercer año y mantendrán un arancel remanente del 15% de esa fecha en adelante.

[4] Dichas categorías de desgravación establecen lo siguiente:

Los aranceles sobre los productos originarios comprendidos en las líneas arancelarias de la categoría de desgravación K en la lista de Colombia, se reducirán en un 37.5 por ciento, a partir del 1 de enero del año tres. Los aranceles remanentes se reducirán en nueve etapas anuales iguales y dichos productos quedarán libres de aranceles el 1º de enero del año doce.

El componente fijo del mecanismo de estabilización de precios aplicado sobre los productos originarios comprendidos en las líneas arancelarias de la categoría de desgravación O en la lista de Colombia, tendrá una preferencia del 30 por ciento, a partir del 1 de enero del año tres de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo.

Los aranceles sobre los productos originarios comprendidos en las líneas arancelarias de la categoría de desgravación P en la lista de Colombia, tendrán una preferencia del 12 por ciento, a partir del 1 de enero del año cinco de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo.

El componente fijo del mecanismo de estabilización de precios aplicado sobre los productos originarios comprendidos en las líneas arancelarias de la categoría de desgravación Q en la lista de Colombia, tendrá una preferencia del 12 por ciento, a partir del 1 de enero del año ocho de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo.

2. Los aranceles se deben empezar a eliminar a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, es decir desde el 01 de julio de 2011.

Frente a lo planteado en las categorías de desgravación para los productos agrícolas, la diferencia radica en que para los productos de la pesca y otros productos marinos, el Acuerdo no indica a partir de qué fecha deben quedar totalmente eliminados los aranceles.

Así las cosas, en tanto Colombia haya iniciado su desgravación arancelaria el 01 de julio de 2011 y desgrave la tasa arancelaria de manera lineal y proporcional; las demás fechas de los cortes arancelarios podrán ser definidas dentro de las anualidades pactadas por la entidad que las debe aplicar y cobrar, que para nuestro caso sería la DIAN, pues de esta manera ya estaríamos cumpliendo las obligaciones bajo el marco del Acuerdo.

Análisis de las categorías de desgravación para los productos industriales:

Tal como manifestamos anteriormente, las categorías de desgravación para bienes industriales se encuentran contenidas en el Anexo VIII del Acuerdo. Este Anexo solo establece 3 categorías de desgravación:

1. La categoría A, la cual establece la desgravación total desde la entrada en vigor del Acuerdo, y

2. Las categorías B y C, indican la eliminación arancelaria a 4 y 9 años respectivamente. En ambos casos, la eliminación arancelaria debe cumplir las mismas condiciones, por lo que la regla de interpretación es igual para las dos. En todo caso, con el fin de facilitar la explicación, vamos a tomar como ejemplo la categoría de desgravación B, la cual define lo siguiente:

*Para productos especificados bajo la **categoría B** en el Apéndice de este Anexo, Colombia eliminará los aranceles aduaneros sobre las importaciones de productos originarios de un Estado AELC de acuerdo con el siguiente cronograma:*

(a) en la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, al 80 por ciento de la tasa base;

(b) un año después de la entrada en vigor, al 60 por ciento de la tasa base;

(c) dos años después de la entrada en vigor al 40 por ciento de la tasa base;

(d) tres años después de la entrada en vigor al 20 por ciento de la tasa base;

(e) cuatro años después de la entrada en vigor, el arancel restante será eliminado.

Para el caso objeto de análisis, esta Oficina nuevamente encuentra que las disposiciones de las categorías de desgravación B y C establecen 3 condiciones:

- La primera condición se refiere a que en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo debe realizarse la primera reducción arancelaria: según lo define el Acuerdo, a la entrada en vigor de éste, el arancel aplicable corresponderá al 80 por ciento de la tasa base, es decir que según lo

dispuesto en la categoría B, el 01 de julio de 2011 debió reducirse la tasa base en 20 puntos porcentuales.

- La segunda condición establece los cortes de desgravación arancelaria en los años después a la entrada en vigor del Acuerdo: en este punto, consideramos importante analizar las disposiciones de los subpárrafos (b), (c) y (d) de la categoría de desgravación B, los cuales indican:

Para esta categoría, los aranceles aduaneros se eliminarán:

(b) un año después de la entrada en vigor, al 60 por ciento de la tasa base;

(c) dos años después de la entrada en vigor al 40 por ciento de la tasa base;

(d) tres años después de la entrada en vigor al 20 por ciento de la tasa base;

Como se explicó en el análisis realizado para la desgravación arancelaria de los productos agrícolas del Acuerdo, la primera regla de interpretación de los tratados, es el sentido corriente de sus términos. Por lo tanto, los principios de interpretación para **los cortes de desgravación arancelaria en los años después a la entrada en vigor del Acuerdo** indicarían que primero se debe interpretar dicha disposición en línea con el sentido corriente de sus términos y si esto no es posible, por conducir a un resultado abiertamente absurdo e ilógico para las partes involucradas, proceder a hacerlo de conformidad con otras disposiciones y fuentes auxiliares.

En consecuencia, el término "*un año*

después de la entrada en vigor" para esta Oficina hace referencia al período de tiempo de un año que transcurre contado desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo entre Colombia y los Estados del AELC. Situación diferente a la desgravación arancelaria de los productos agrícolas.

Dado que el Acuerdo entró en vigor el 01 de julio de 2011, este "*año después de la entrada en vigor*" se entendería que inicia con la fecha de entrada en vigor del Acuerdo y termina luego de transcurridos 365 días desde el 01 de julio 2011. Finalizado el año, se presentaría la siguiente desgravación arancelaria, esto quiere decir que la segunda reducción arancelaria se empezaría el 01 de julio de 2012. Esta misma interpretación se utilizaría para las disposiciones de los párrafos (c) y (d), por lo tanto, dos años después se referiría al 01 de julio de 2013 y tres años después a la entrada en vigor se referiría a 01 de julio de 2014.

- La tercera condición es la desgravación arancelaria total: este Anexo establece que "*cuatro años después de la entrada en vigor, el arancel restante será eliminado*", esto significa que a partir del 01 de julio del 2015, los bienes industriales bajo esta categoría deben quedar totalmente libres de aranceles.

Así las cosas, esta Oficina considera que la regla de interpretación aplicada al concepto de eliminación arancelaria de los Anexos que cubren los productos agrícolas no tiene cabida en esta interpretación, ya que en el Anexo de productos industriales es claro que para que haya una reducción arancelaria debe haber transcurrido un año completo (365 días).

Con el fin de ilustrar la desgravación arancelaria de los productos industriales, a continuación tomamos como ejemplo varias tasas bases y a continuación mostramos como sería la reducción arancelaria anual. (tabla "desgravación arancelaria")

Análisis de las Desgravaciones Arancelarias bajo el marco de otros Acuerdos:

Consideramos importante mencionar, que al igual que en los Anexos de productos agrícolas

	Desgravación arancelaria				
Tasa Base	Año 1 Año de entrada en vigor (Inicia 01/07/2011)	Año 2 (Inicia un año después de la entrada en vigor 01/07/2012)	Año 3 (Inicia 2 años después de la entrada en vigor 01/07/2013)	Año 4 (Inicia 3 años después de la entrada en vigor 01/07/2014)	Año 5 (Inicia 4 años después de la entrada en vigor 01/07/2015)
5%	4%	3%	2%	1%	0%
10%	8%	6%	4%	2%	0%
15%	12%	9%	6%	3%	0%
20%	16%	12%	8%	4%	0%

de este Acuerdo, existen otros Acuerdos en los cuales no se ha establecido explícitamente la fecha de finalización del año de entrada en vigor, así como tampoco los cortes de desgravación anuales (como es el caso del TLC con Triángulo Norte y TLC con México), y en estos casos, ha sido la Comisión Administradora del Acuerdo, ejerciendo la facultad de interpretación del mismo, quien ha emitido una Decisión definiendo las fechas de corte de las desgravaciones arancelarias de los productos cubiertos bajo el marco del Acuerdo.

Por ahora, solo aquellas Partes respecto de las cuales haya entrado en vigor el Acuerdo podrán llevar a cabo reuniones bilaterales o plurilaterales para adelantar discusiones de asuntos cubiertos por el mismo, sin perjuicio de que lo acordado en dichas reuniones no podrá usurpar las funciones del Comité Conjunto. [5]

Cortes de desgravación arancelaria que se están aplicando actualmente:

Actualmente la DIAN está aplicando los cortes de desgravación arancelaria tanto para los productos agrícolas, para productos de la pesca y otros productos marinos, como para los productos industriales cubiertos por las preferencias arancelarias del Acuerdo, a partir del 01 de enero de cada año.

Conclusión

1. Para los productos agrícolas cubiertos bajo el Acuerdo, como para los productos de la pesca y otros productos marinos, la DIAN puede continuar estableciendo los cortes de desgravación arancelaria en las fechas que considere apropiadas, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en las disposiciones del Acuerdo.

Sin perjuicio de ello, se podría buscar una solución análoga a la que se ha utilizado en otros Acuerdos, como es el caso del TLC Triángulo Norte o TLC México, para establecer formalmente los cortes de desgravación arancelaria mediante decisión de la Comisión Administradora. Incluso, dadas las recientes notificaciones del depositario, en cuanto a las fechas de entrada en vigor del Acuerdo entre Colombia, Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia, (1 de septiembre de 2014, respecto de Noruega y 1 de octubre de 2014, respecto de Islandia) sería recomendable que se busque la referida decisión.

2. Esta Oficina considera que no es posible establecer las mismas fechas para los cortes de desgravación arancelaria a los productos agrícolas que a los bienes industriales cubiertos por el Acuerdo, toda vez que las disposiciones respecto a las categorías de desgravación arancelaria son diferentes, y por lo tanto, no podría utilizarse la misma regla de interpretación para las canastas definidas en todos los Anexos del Acuerdo.

[5] Tomado de: Concepto OALI del 24 de julio de 2012.

Concepto

Título: Clasificación arancelaria de la mercancía "Carne de pollo mecánicamente separada – Pasta de pollo".

Fecha: 19 de julio de 2013

Problema Jurídico: Solicitud de aclaración sobre la clasificación arancelaria de los cuartos traseros de pollo sazonados y la "Carne de pollo mecánicamente separada – Pasta de pollo", de acuerdo a lo que establece la Decisión de la Comisión de Libre Comercio del Acuerdo de Promoción Comercial Estados Unidos – Colombia, del 25 de septiembre de

Regla: Primera Decisión de la Comisión de Libre Comercio del Acuerdo de Promoción Comercial Estados Unidos – Colombia del 25 de septiembre de 2012
Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América

Concepto:

Con relación a la solicitud, en la cual se requiere aclaración sobre los argumentos con los cuales en el artículo 1 de la Primera Decisión de la Comisión de Libre Comercio del Acuerdo de Promoción Comercial Estados Unidos – Colombia (en adelante APC), del 25 de septiembre de 2012, se clasifican los cuartos traseros sazonados con una "mezcla" en las subpartidas 0207.13 y 0207.14 y en el artículo 3 a) se clasifica la carne de pollo separada mecánicamente, sin sazonar o cocer, en la subpartida 1602.32, cuando en las consideraciones generales del Capítulo 2 de las Notas Explicativas del Sistema Armonizado, se indica que *la carne y despojos se clasifican en el* ***Capítulo 16****, cuando se presenten (…)trufados o sazonados (por ejemplo: con pimienta y sal)(…).*

A continuación nos permitimos manifestar lo siguiente:

El artículo 20.1.3(c) establece que la Comisión de Libre Comercio puede *emitir interpretaciones sobre las disposiciones del Acuerdo*, por lo que de conformidad con dicha disposición, la primera Decisión de la Comisión interpreta las disposiciones del párrafo 6 del Apéndice I de la Lista de Desgravación de Colombia, con el fin de aclarar y reafirmar el sentido del contingente arancelario para ciertos productos avícolas.

En ese sentido, la Decisión de la Comisión no pretende cambiar los compromisos asumidos bajo el APC, por el contrario, busca aclarar e identificar expresamente cuáles son los

productos avícolas que están sujetos al contingente arancelario de cuartos traseros de pollo y cuáles no. Tampoco podría entonces por medio de una Decisión cambiarse las reglas de clasificación de un producto, ya que las Listas de Desgravación Arancelaria del APC se basan en la clasificación de los productos que se encuentran contenidas en el Sistema Armonizado de Colombia (AACOL), tal como lo establece el párrafo 1 de las Notas generales a la Lista arancelaria de Colombia:

"Las posiciones arancelarias de esta Lista están generalmente expresadas en términos del AACOL, y la interpretación de las disposiciones de esta Lista, incluyendo la cobertura de producto de las subpartidas de esta Lista, se regirán por las Notas Generales, Notas de la Sección y Notas del Capítulo del AACOL. En tanto las posiciones arancelarias de esta Lista sean idénticas a las posiciones arancelarias correspondientes del AACOL, las posiciones arancelarias de esta Lista tendrán el mismo significado que las correspondientes posiciones arancelarias del AACOL."

El Anexo 2.3 *"listas de desgravación arancelaria de Colombia"* indica lo siguiente respecto a eliminación arancelaria y la descripción de las subpartidas 020713, 020714 y 160232. (Tabla anexa)

De igual manera, el párrafo 6 (c) de las Notas al Apéndice I del APC establece que las condiciones sobre los contingentes de cuartos traseros de pollo *aplican a las siguientes posiciones arancelarias de AACOL: 02071300.A, 02071400.A, y 16023200.A. Para mayor certeza,* lo indicado en los

Subpartida	Descripción	*Arancel Base*	*Categoría de Desgravación*	*Salvaguardia*
02071300	Trozos y despojos de gallo o gallina, frescos o refrigerados.	*ver desdoblamiento*	*ver desdoblamiento*	*ver desdoblamiento*
02071300.A	Cuartos traseros	164,4%	Ver parágrafo 6 del Apéndice I de las Notas Generales de Colombia y Anexo 2.3	Ver Anexo 2.18
02071300.B	Los demás	20%	A	
02071400	Trozos y despojos de gallo o gallina, congelados.	*ver desdoblamiento*	*ver desdoblamiento*	*ver desdoblamiento*
02071400.A	Cuartos traseros	164,4%	Ver parágrafo 6 del Apéndice I de las Notas Generales de Colombia y Anexo 2.3	Ver Anexo 2.18
02071400.B	Los demás	20%	A	
16023200	Las demás preparaciones y conservas de carne, despojos o sangre, de gallo o gallina	ver desdoblamiento	ver desdoblamiento	ver desdoblamiento
16023200.A	Cuartos traseros, sazonados y congelados	70%	Ver parágrafo 6 del Apéndice I de las Notas Generales de Colombia y Anexo 2.3	Ver Anexo 2.18
16023200.B	Los demás	20%	A	

subpárrafos (a) y (b) (sobre los contingentes de cuartos traseros de pollo, *no se aplican a la carne mecánicamente separada, o a otros productos procesados o mezclados, derivados en todo o en parte de cuartos traseros.*

Conclusión

Teniendo en cuenta lo anterior, tanto la aplicación de la desgravación arancelaria como la clasificación de los productos bajo el contingente como fuera de él debe hacerse con base en lo que se acordó en el APC y lo que define el AACOL, esto es que la subpartida 16023200.A, corresponde a los "cuartos traseros, sazonados y congelados". Por su parte, la interpretación hecha por la Decisión de la Comisión de Libre Comercio, debe servir como instrumento para aclarar cuáles productos hacen parte del contingente y cuáles no, pero no modifica lo que ya se encontraba negociado en el APC.

No obstante lo expuesto, es importante resaltar que dentro de las funciones del Comité de Acceso a Mercados el artículo 2.13.3 (d) establece que dicho Comité debe revisar la conversión a la nomenclatura del Sistema Armonizado de 2007 y sus posteriores revisiones para asegurar que las obligaciones de cada Parte bajo este Acuerdo no sean alteradas, y realizar consultas para resolver cualquier conflicto entre:

a. *el Sistema Armonizado de 2007 o posteriores nomenclaturas y el Anexo 2.3*
b. *el Anexo 2.3 y las nomenclaturas nacionales;*

Concepto

Título: Cláusula de preferencia maíz amarillo

Fecha: Octubre de 2014

Problema Jurídico: ¿A las importaciones de maíz amarillo originario de Estados Unidos, que ingresen extra-contingente, se les puede extender la aplicación de la misma preferencia correspondiente a las mismas mercancías originarias de El Salvador por virtud de la Cláusula de Preferencia estipulada entre Colombia y Estados Unidos en el APC vigente entre éstos?

Regla:

- APC Colombia – Estados Unidos. "Cláusula de Preferencia Agrícola". Subpárrafos (b), (c) y (d) del párrafo 2 de las Notas al Apéndice I a las Notas Generales de la Lista Arancelaria de Colombia.
- Tratado de libre Comercio Colombia – Guatemala, Honduras y El Salvador. Apéndice del Anexo 3.4 del TLC con El Salvador
- AAP.A25TM N° 8 de 1984 Colombia – El Salvador

Concepto:

Con el presente me permito atender su comunicación No. 021059 del 23 de septiembre de 2014, en la que expone que a comienzos del mes de mayo la DIAN publicó en la página web que el arancel extracontingente que se aplicaría a las importaciones originarias de los Estados Unidos de América (subpartida arancelaria 10.05.90.11) era el 14%, equivalente a la aplicación de la preferencia otorgada por Colombia a El Salvador en el Marco del TLC suscrito con ese país.

Esta situación originó una consulta a este Ministerio, en la cual se pedía aclaración del arancel aplicable. La consulta fue atendida por conducto de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales (OALI). En la respuesta se informó que la preferencia otorgada por Colombia a El Salvador para las importaciones de maíz amarillo no era extensiva a las importaciones de ese producto originarias de los Estados Unidos. La razón es que a dichas importaciones no les resulta aplicable lo previsto en los subpárrafos (b), (c) y (d) del párrafo 2 de las Notas al Apéndice I a las Notas Generales de la Lista Arancelaria de Colombia del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) suscrito con los Estados Unidos. Las disposiciones de dichos subpárrafos se denominarán "la cláusula de preferencia agrícola".

En la medida que la industria aún tiene

inquietudes sobre los argumentos presentados por el Ministerio, eleva solicitud para revisar nuevamente el tema y adjunta un documento que recoge el análisis realizado por esa Cámara. El documento parte de la explicación sobre cuál es el objetivo y fin de la cláusula de preferencia agrícola.

Al respecto, este despacho se pronuncia en los siguientes términos, una vez observados los antecedentes y analizados los argumentos planteados por ustedes.

El texto de la referida cláusula de preferencia agrícola es el siguiente:

> *(b)Colombia no aplicará ningún arancel a una mercancía agrícola importada de Estados Unidos, más alto que el previsto en la Lista de Colombia del Anexo 2.3.*
>
> *(c)Si Colombia aplica un arancel descrito en el subpárrafo (d) que sea más bajo que aquel previsto en el subpárrafo (b) a una mercancía agrícola importada de cualquier origen, Colombia aplicará a dicha mercancía importada de Estados Unidos, si está sujeta a aranceles bajo este Acuerdo, el menor de los aranceles descritos en el subpárrafo (d).*
>
> *(d)Los aranceles referidos en el subpárrafo (c) incluirán:*
>
> *i) El arancel de nación más favorecida (NMF) vigente aplicado a esa mercancía; y*
>
> *ii) El arancel aplicado a dicha mercancía en virtud de cualquier acuerdo preferencial, salvo que ese arancel sea aplicado en cumplimiento de obligaciones expresamente asumidas por Colombia antes del 27 de febrero del 2006, bajo un acuerdo suscrito por Colombia antes de dicha fecha y no modificado o profundizado luego de dicha fecha.*

En virtud de la cláusula de preferencia agrícola, se entiende que las importaciones originarias de los Estados Unidos tienen derecho a beneficiarse del menor arancel que se esté aplicando por Colombia al mismo producto proveniente de cualquier origen, cuando dicho menor arancel otorgado a terceros países tiene su fuente en un acuerdo preferencial suscrito con posterioridad al 27 de febrero de 2006. Es decir, no hay lugar a la aplicación de la cláusula si la preferencia está prevista en un acuerdo anterior a esa fecha y que no hubiera sido modificado o profundizado luego de dicha fecha.

La diferencia entre las razones expuestas en el documento de la Cámara y las expuestas por este Ministerio se encuentra en la interpretación o el sentido que la Cámara le da a la disposición contenida en el subpárrafo (ii) del subpárrafo (d) del párrafo 2, arriba transcrito.

La interpretación de la Cámara se refiere al acuerdo, mientras que la del Ministerio se refiere al arancel. Por eso, concluye que como el TLC con El Salvador (y otros países de América Central) se suscribió con posterioridad al Acuerdo con los Estados Unidos y es más profundo que el que se tenía con ese país, entonces deben aplicarse los aranceles allí previstos.

No obstante, en criterio del Ministerio, el arancel para el maíz amarillo originario de El Salvador no se modificó con el referido TLC, por lo que se mantuvo el que se aplicaba antes del 27 de febrero de 2006 y por eso no se aplica la cláusula de preferencia agrícola.

En efecto, de la lectura del Apéndice del Anexo 3.4 del TLC con El Salvador se puede inferir con claridad que las mercancías que se encuentren bajo la categoría de desgravación E* en la lista de Desgravación Arancelaria están exentas de la aplicación de las disciplinas del Tratado (excepto las disposiciones del capítulo 4 "Reglas de origen" y capitulo 5 "Facilitación al Comercio"). Es por esta razón que se puede afirmar que en dicho TLC no se otorgan preferencias arancelarias para dichos productos, por lo que, al no haber sido modificadas ni profundizadas las previstas en el Acuerdo de Alcance Parcial No. 8 de 1984, se encuentran excluidas de la aplicación de la cláusula de preferencia agrícola.

La interpretación del Ministerio tiene fundamento en la primera regla de interpretación de los Tratados contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De conformidad con la misma, es razonable asumir, a menos que se demuestre lo contrario, que el sentido corriente de un término empleado en el texto de un tratado es el que refleja la verdadera intención de las partes.

Otro aspecto del análisis que hace el documento de la Cámara al que deseamos referirnos es que dicho análisis tiene muy en cuenta los motivos que llevaron a Colombia y los Países del Triángulo Norte de América Central a celebrar un nuevo Tratado de Libre Comercio, y que se extracta de los considerandos del Acuerdo.

De ellos se infiere que las Partes signatarias acordaron mantener 15 de las 26 preferencias arancelarias que Colombia había otorgado a El Salvador con base en el Acuerdo de Alcance Parcial No.8. De manera que las preferencias no incluidas en el listado convenido por las Partes en el TLC, desaparecieron.

Lo anterior se encuentra en la siguiente afirmación:

"…Así las cosas al haber sido incluidas 16 partidas arancelarias cuyas preferencias las Partes signatarias acordaron recuperar de su desaparición y mantener, es claro que la fuente de la preferencia arancelaria del 10% que Colombia concede a El Salvador para el maíz amarillo de la partida 10059011 no es el Acuerdo de Alcance Parcial No.8 de 1984 sino el Acuerdo de Libre Comercio que respecto de El Salvador entró en vigencia el 1 de febrero de 2010, es decir con posterioridad de la fecha establecida por el Tratado de Libre Comercio de los Estados Unidos. Pues si las Partes no hubieran acordado mantener esa preferencia la misma hubiera desaparecido al entrar en vigencia el acuerdo en febrero de 2010."

Bajo el razonamiento transcrito se concluye que:

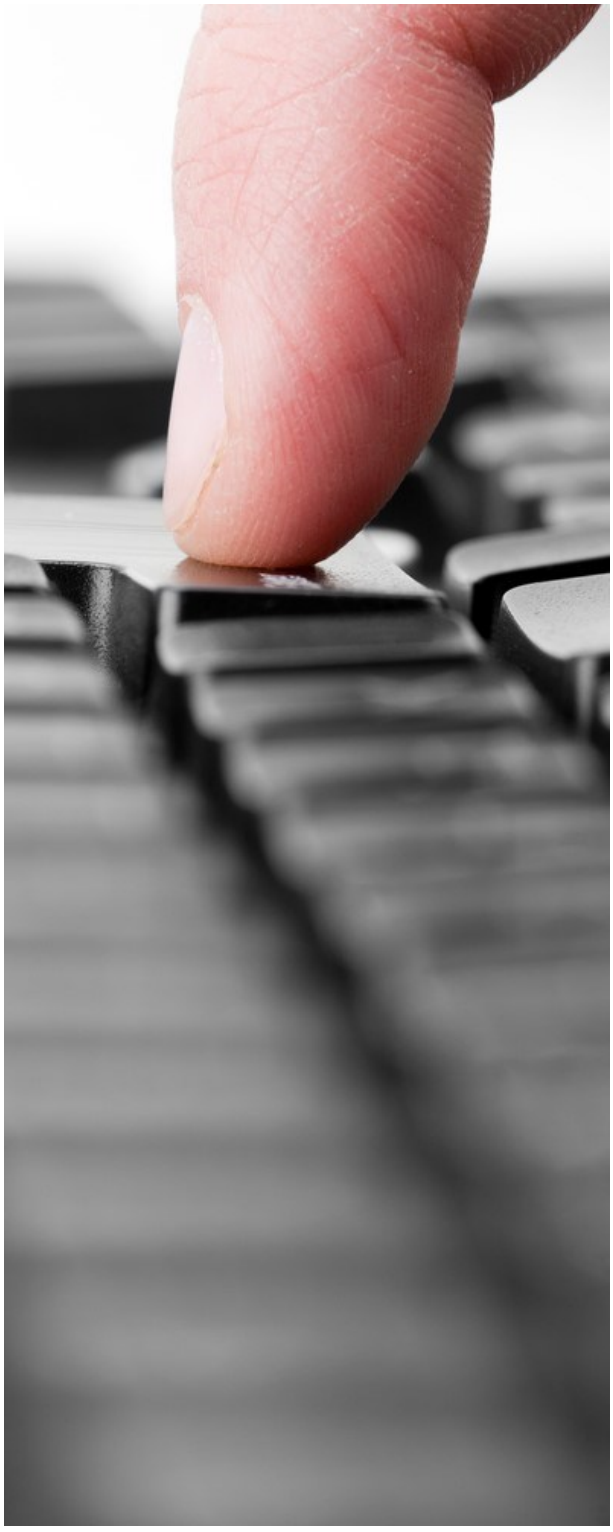
"...la preferencia arancelaria del 10% que Colombia concede a El Salvador para el maíz amarillo de la partida 10059011 debe entenderse como establecida en el 2 de febrero del 2010, es decir con posterioridad al 27 de febrero de 2006 y por ende le aplica la regulación sobre cláusula de preferencia establecida en el TLC con Estados Unidos con lo que las importaciones provenientes de este país deben beneficiarse de dicha preferencia."

Lamentablemente nuestra opinión no concuerda con la expresada en su comunicación por las razones antes expuestas.

Conclusión

En consecuencia, mantenemos la opinión expresada en nuestro oficio del 26 de junio de 2014, conforme a la cual se consideró que, dado que la preferencia arancelaria del 10% prevista en el Acuerdo del Alcance Parcial No. 8 entre Colombia y El Salvador para el maíz amarillo (subpartida 10059011) no fue profundizada ni negociada en el TLC entre estos dos países, no es posible aplicarla a las importaciones de dicho producto originarias de los Estados Unidos, en virtud de la cláusula de preferencia agrícola prevista en los subpárrafos (b), (c) y (d) del párrafo 2 de las Notas al Apéndice I a las Notas Generales de la Lista Arancelaria de Colombia del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) suscrito con ese país.

De todas maneras, esta opinión, así como la anteriormente emitida, tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Concepto

Título: Impuesto a reparación de buques

Fecha: 14 de octubre de 2013

Problema Jurídico: ¿Es el impuesto consagrado en el Tariff Act of 1930, 19.U.S.C. § 1466 (United States Code, Título 19, Capítulo 4, Subtítulo III, Parte II, Sección 1466 "Equipos y reparaciones de buques", (a) Buques sujetos a impuestos; multas), en adelante, el Tariff Act, compatible, o no, con lo estipulado en el APC Colombia-Estados Unidos?

Regla:

- APC COL – EE.UU, Caps. 2, 9 (Anexo Excepciones), 11 y 20
- APC COL – EE.UU, Anexo II
- Tariff Act of 1930, 19.U.S.C. § 1466

Concepto:

Por medio de este mensaje, rindo el concepto jurídico de esta Oficina acerca de si el impuesto consagrado en el *Tariff Act* of 1930, 19.U.S.C. § 1466 (*United States Code, Título 19, Capítulo 4, Subtítulo III, Parte II, Sección 1466 "Equipos y reparaciones de buques", (a) Buques sujetos a impuestos; multas*), en adelante, el *Tariff Act*, es compatible, o no, con lo estipulado en el APC Colombia-Estados Unidos.

Para el caso concreto, el impuesto se debe pagar cuando quiera que un astillero de Colombia le preste servicios de reparación a un buque de bandera de Estados Unidos.

Sin perjuicio de los análisis previos sobre el *Jones Act* y las actividades de Cabotaje, al revisar las disposiciones del APC Colombia-Estados Unidos, se interpreta que, a las disposiciones del impuesto sobre los servicios de reparación del *Tariff Act*:

i) No se les aplicarían las obligaciones Capítulo 2 Trato Nacional, toda vez que éstas son aplicables al comercio de "mercancías", de acuerdo con el ámbito de aplicación de dicho Capítulo 2.

ii) No se les aplicarían las obligaciones del Capítulo 9 Contratación Pública, en su artículo 9.2, por cuanto las disposiciones del impuesto del *Tariff Act* mencionado harían parte de las de la letra "J" (J019 y J998) de la lista de Estados Unidos en la Sección F: Servicios, del Anexo 9.1

iii) Sí se les aplicarían las obligaciones del Capítulo 11 Servicios Transfronterizos, en su Artículo 11.2, por cuanto las disposiciones del impuesto del *Tariff Act* mencionado harían parte de las expresamente excluidas del listado de medidas disconformes de Estados Unidos en el Sector Transporte, del Anexo II del APC

Es importante aclarar que, no obstante su

relación con consultas previas en relación con el *Jones Act*, esta consulta está referida al *Tariff Act of 1930*, también conocida como Ley *Hawley-Smoot*. Es una Ley expedida en el contexto de la "Gran Depresión" estadounidense y su principal objetivo era la protección del mercado nacional, a través de un incremento significativo de aranceles. Se encuentra compilada en el *United States Code*, en el Título 19 Derechos de Aduanas, desarrollada en el Capítulo 4. Lo relativo a este impuesto se prescribe en el Subtítulo III Disposiciones Administrativas, Parte II, Sección 1466 "Equipos y reparaciones de buques", al establecer que:

> … ***(a) Vessels subject to duty; penalties***
>
> *The equipments, or any part thereof, including boats,* ***purchased for****, or the repair parts or* ***materials to be used****, or the* ***expenses of repairs made in a foreign country*** *upon a* ***vessel documented under the laws of the United States*** *to engage in the foreign or coasting trade, or a vessel intended to be employed in such trade,* ***shall****, on the first arrival of such vessel in any port of the United States,* ***be liable to entry and the payment of an ad valorem duty of 50 per centum on the cost thereof in such foreign country.*** *If the owner or master willfully or knowingly neglects or fails to report, make entry, and pay duties as herein required, or if he makes any false statement in respect of such purchases or repairs without reasonable cause to believe the truth of such statements, or aids or procures the making of any false statement as to any matter material thereto without reasonable cause to believe the truth of such statement, such vessel, or a monetary amount up to the value thereof as determined by the Secretary, to be recovered from the owner, shall be subject to seizure and forfeiture. For the purposes of this section, compensation paid to members of the regular crew of such vessel in connection with the installation of any such equipments or any part thereof, or the making of repairs, in a foreign country, shall not be included in the cost of such equipment or part thereof, or of such repairs.*

Del texto transcrito se observa que las disposiciones del *Tariff Act of 1930* se orientan al cobro de un impuesto que recae, entre otros, sobre servicios de reparación recibidos por buques de bandera estadounidense en astilleros en el extranjero.

Como se anticipó en los numerales i, ii y iii, sobre la compatibilidad de esta con las disposiciones del APC, conviene hacer algunas aclaraciones en detalle, así:

i) Las normas del *Tariff Act* no serían incompatibles con las obligaciones de Trato Nacional del Capítulo 2, comoquiera que el ámbito de aplicación de las segundas es distinto del de las primeras, esto es, mientras las normas del *Tariff Act* se aplican a la prestación de servicios, las del Capítulo 2 se aplican al comercio de mercancías propiamente tal. Ahora bien, en gracia de discusión, se podría plantear una incompatibilidad entre dichas normas si se tratara de mercancías no afectas a la prestación del servicio de reparación del buque, por cuanto las disposiciones del impuesto del *Tariff Act* mencionado no fueron incluidas entre las del Anexo 2.2 de

excepciones a ese Capítulo. Sin embargo, esta hipótesis no es acorde con el texto del *Tariff Act*, el cual contempla el cobro del impuesto sobre los equipos, piezas de repuestos y materiales que vayan a ser usados en la prestación del servicio de reparación del buque.

ii) Las normas del *Tariff Act* no serían incompatibles con las disposiciones del Capítulo 9 Contratación Pública, en la medida en que harían parte de la reserva hecha por los Estados Unidos en su listado respectivo del Anexo de excepciones de ese Capítulo. Conviene anotar que el ámbito de aplicación de las normas del Capítulo 9 y su Anexo de excepciones, en la Sección F, es el mismo de las del *Tariff Act*, esto es, se refieren a servicios. En ese sentido, las actividades de "Reparación" señaladas en las letras J019 y J998 de dicha Sección se entenderían incluidas entre el listado de contrataciones de servicios, hechas por los Estados Unidos, a las que no se les aplicarían las disposiciones de Trato Nacional del Capítulo 9 del APC ajustado entre Colombia y ese país.

iii) Las normas del Tariff sí se tendrían como incompatibles con las del Capítulo 11 Servicios Transforerizos, por razones que podrían ser de forma y fondo.

Por razones de forma, las disposiciones del *Tariff Act* harían parte de las medidas sobre las que Estados Unidos, en el Anexo II del APC, no se reservó el derecho de adopción o mantenimiento en relación con el suministro de servicios de transporte marítimo. Estados Unidos señaló "*…a) construcción y reparación de buques…*"en el listado de actividades no incluidas en la reserva mencionada. Estados

Unidos no incluyó dichas normas en su reserva, luego la obligación de otorgar trato nacional a los prestadores de servicios [de Colombia] de reparación de buques le es predicable y exigible.

Por razones de fondo, las disposiciones del *Tariff Act* serían contrarias a las del Artículo 11.2 Trato Nacional, del APC. Esto es, estarían configurando una discriminación por parte de Estados Unidos hacia proveedores de servicios de Colombia, toda vez que el cobro de un impuesto, al propietario del buque de bandera estadounidense, por un servicio de reparación en un país extranjero (un astillero en Colombia), pone en desventaja al proveedor del servicio de Colombia, comoquiera que el 50% *ad valorem* del costo del servicio, del impuesto, opera como un desincentivo, una medida que disuade al

propietario del buque de bandera estadounidense de tomar el servicio del astillero colombiano y sólo tomar el servicio del astillero de Estados Unidos. El astillero colombiano, a la luz del Capítulo 11 del APC, no estaría recibiendo el Trato Nacional del Artículo 11.2, sino que estaría siendo discriminado en la prestación de sus servicios, a la luz de lo dispuesto en el *Tariff Act* of 1930.

Se trata de una discriminación que opera de facto, por vía de un desincentivo particularmente económico.

Vale la pena recordar que una situación similar fue advertida por esta Oficina, en diciembre de 2012, a propósito de sus análisis respecto de los requisitos relativos a las operaciones de cabotaje en el régimen del *Jones Act*, previsto en la Sección 27, especialmente se sostuvo que:

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

Conclusión

De acuerdo con lo anterior, en esta instancia se considera de competencia de la Comisión de Libre Comercio, del APC Colombia-Estados Unidos, el conocimiento particular de la situación analizada. [La empresa interesada] Cotecmar podría elevar una solicitud en ese sentido ante el coordinador del APC (véanse artículo 20.2 y Anexo 20.1 del APC), para que éste determine si la lleva a consideración de la Comisión en desarrollo de los deberes de supervisión e interpretación del Acuerdo y poderes de emisión de interpretación que se le imponen y confieren a ésta, respectivamente, en virtud del Artículo 20.1 de dicho APC.

En los términos anteriores se pone a su consideración el concepto de esta Oficina sobre la consulta del asunto la cual tiene el alcance del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Concepto

Título: Certificados de origen de teléfonos celulares

Fecha: 5 de octubre de 2013

Problema Jurídico: ¿Son válidos los CO emitidos con criterio de origen que no corresponde al determinado en el TLC con México (en adelante "TLC") para un producto (en el caso objeto de consulta, los CO se expidieron con base en un criterio de valor de contenido y no de cambio de clasificación) y ¿Es viable negar el trato preferencial?

Regla: TLC COL – MEX, Arts. 7-03.2, 7-04.2, 7-07.2

Concepto:

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

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

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

> *Cada Parte requerirá del importador que presente o entregue una declaración corregida y pague los impuestos de importación correspondientes, cuando el importador tenga motivos para creer que el certificado de origen en que se sustenta su declaración de importación contiene información incorrecta. Si presenta la declaración mencionada en forma espontánea, conforme a la legislación interna de cada Parte, no será sancionado.*

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

De lo anterior, se desprende lo siguiente:

1. El TLC contempla la posibilidad que un exportador o productor pueda haber llenado y firmado un CO que contenga información incorrecta, lo que puede afectar la validez y exactitud del documento y en cuyo caso, el exportador o productor debe comunicar sin demora y por escrito esta situación a todas las personas a quienes se les hubiere entregado el CO, así como a la autoridad competente de la Parte exportadora. Si se llega a presentar este escenario, el exportador o productor no podrá ser sancionado por haber presentado un certificado o declaración incorrecto.

2. El TLC establece también que si el importador tiene conocimiento o motivos para creer que el CO que sustenta su solicitud de trato arancelario preferencial contiene información incorrecta, aquel corrija, presente y pague los derechos de aduana dejados de cancelar, ante dicha situación, el importador no será sancionado. Con relación a este punto, es claro que el TLC se refiere a un caso en el cual la información incorrecta conduce a que la mercancía no sea originaria, dado que el importador tendría que pagar los impuestos que no se liquidaron por hacer uso de una preferencia arancelaria bajo el Acuerdo a la que no se tenía derecho.

3. La DIAN informa que aunque se presentó un error en el diligenciamiento del criterio de origen en el CO, la empresa comunicó dicha situación a la Autoridad Exportadora, por lo cual cumplió parte de lo establecido en el artículo 7-04 del TLC (aún no se conoce si la empresa informó por escrito a todas las personas a las que se hubiera entregado el certificado). La empresa

también manifiesta cumplir con el origen bajo el TLC.

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

Así mismo, el numeral 12 del artículo en mención, establece que *cuando la verificación que haya realizado una Parte, indique que el exportador o el productor ha certificado o declarado más de una vez de manera falsa o infundada que un bien califica como originario, la Parte podrá suspender el trato arancelario preferencial a los bienes idénticos que esa persona exporte o produzca, hasta que la misma pruebe que cumple con lo establecido en el capítulo VI.*

Conclusión

De las anteriores disposiciones se deduce que para denegar o suspender el trato arancelario preferencial, necesariamente se debió iniciar un proceso de verificación de origen.

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

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

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

Concepto

Título: Mercancías remanufacturadas

Fecha: Octubre de 2013

Problema Jurídico: ¿Qué se entiende por mercancía remanufacturada, para efectos de aplicar el TLC con la Unión Europea?

¿Es compatible con el TLC con la Unión Europea que se exija licencia de importación para la mercancía remanufacturada originaria de dicha Unión Europea?

En acatamiento al TLC con la Unión Europea, ¿es procedente interpretar que la máquina remanufacturada originaria de la Unión Europea no está sujeta a los demás permisos (diferentes a la licencia) establecidos en el decreto 2261 de 2012, que contempla una autorización previa de la DIAN (artículo 2, numeral 1) y además, para mercancías usadas, una autorización "en situaciones especiales reguladas por el Gobierno Nacional" (artículo 3)?

Regla:

- Decreto 925 de 2013
- Decreto 3803 de 2006
- Decreto 2261 de 2012

Concepto:

¿Qué se entiende por mercancía remanufacturada, para efectos de aplicar el TLC con la Unión Europea?

Para iniciar, es importante tener en cuenta que en Colombia no existe una definición específica de lo que significa mercancía remanufacturada.

No obstante, el Decreto 925 de 2013 contiene una reglamentación aplicable a los *"productos en condiciones especiales de mercado"*, dentro de los cuales se encuentran las mercancías remanufacturadas. Los productos en condiciones especiales de mercado están sujetos al cumplimiento de dicha reglamentación, salvo que exista una disposición especial sobre el tema en un Acuerdo Comercial vigente.

Ahora bien, con relación al TLC con la UE, en éste no se estableció ninguna obligación respecto a otorgar *Trato Nacional* y a no imponer *Restricciones a la Importación y Exportación* a las mercancías remanufacturadas. Por el contrario, el Acuerdo con la UE

estableció que Colombia se podrá continuar aplicando las medidas relativas a *"los controles a la importación de mercancías previstos en los artículos 3 y 6 parágrafos 1 y 2 del Decreto 3803 del 31 de octubre de 2006".*

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

¿Es compatible con el TLC con la Unión Europea que se exija licencia de importación para la mercancía remanufacturada originaria de dicha Unión Europea?

De conformidad con la respuesta anterior, si es compatible.

En acatamiento al TLC con la Unión Europea, ¿es procedente interpretar que la máquina remanufacturada originaria de la Unión Europea no está sujeta a los demás permisos (diferentes a la licencia) establecidos en el decreto 2261 de 2012, que contempla una autorización previa de la DIAN (artículo 2, numeral 1) y además, para mercancías usadas, una autorización "en situaciones especiales reguladas por el Gobierno

Nacional" (artículo 3)?

De conformidad con lo arriba expresado:

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

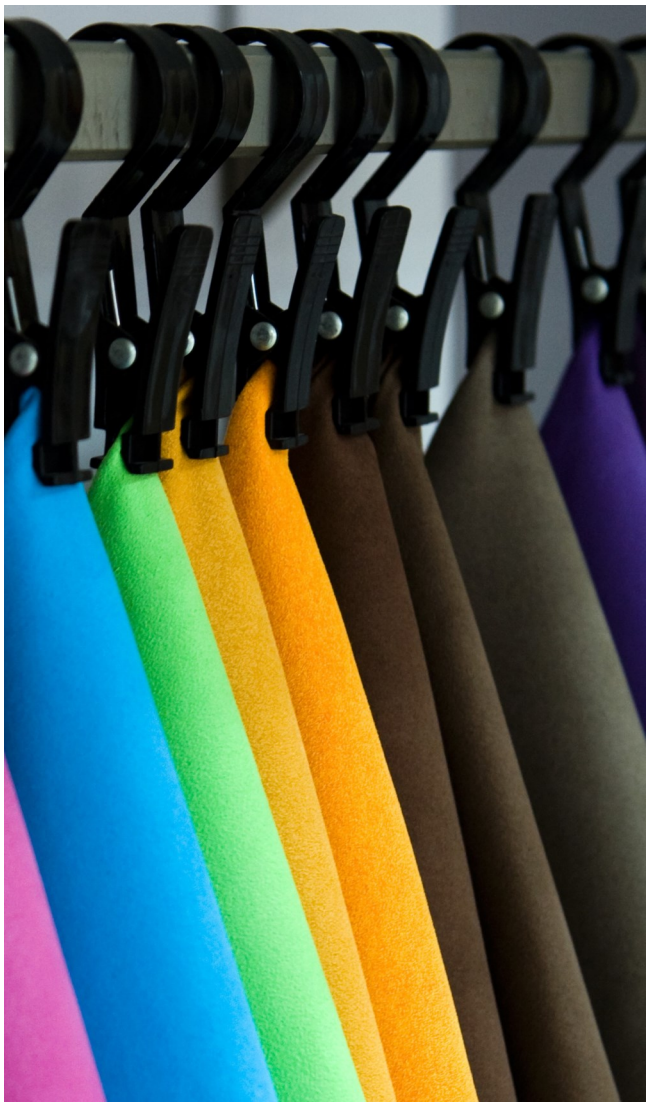
El Decreto 2261 de 2012 establece el requisito de obtener licencia previa para la importación de mercancías clasificadas bajo determinadas subpartidas arancelarias. Tratándose de mercancías de ese tipo originarias de la UE que sean remanufacturadas y se importen a Colombia, el requisito previsto en el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

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

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

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

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



03 Actualidad

Actualidad

Decreto 1750 de 2015

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, buscando un mejor uso de las medidas "antidumping" como instrumento para combatir las prácticas desleales del comercio, expidió el Decreto 1750 de 2015, que modifica algunos aspectos del procedimiento y la naturaleza de los derechos "antidumping".

La progresiva integración de Colombia en el escenario económico internacional, así como los avances en las políticas de comercio exterior de sus socios comerciales, han introducido modificaciones en las condiciones de competencia a nivel internacional. Bajo estas circunstancias, el Ministerio de Comercio reconoció la necesidad de actualizar la normativa existente para asegurar la eficacia de los instrumentos de defensa comercial y permitir a los empresarios colombianos competir en condiciones equitativas con otros países.

Las modificaciones que se proponen al actual régimen antidumping se encuentran enmarcadas en el ámbito y regulación internacional en esta materia. Este nuevo decreto respeta los compromisos adquiridos por Colombia en el marco multilateral, Acuerdo Antidumping de la OMC, y las disposiciones correspondientes en sus acuerdos comerciales bilaterales.

Las principales modificaciones son las siguientes:

1. Los derechos antidumping tendrán una vigencia de hasta 5 años. El régimen anterior definía este período como el máximo de duración de los derechos antidumping para proteger la rama de producción nacional. Se acogió un lenguaje similar al utilizado por la Unión Europea, indicando que "un derecho antidumping expirará a los cinco (5) años", reemplazando el lenguaje anterior que indica que "un derecho antidumping permanecerá vigente máximo durante 5 años". Este cambio de redacción ofrece mayor certeza acerca de que la duración preferible será de 5 años. El nuevo decreto conserva la posibilidad de prorrogar la aplicación de las medidas antidumping cuando persistan las causas que lo originaron.

2. Se establece que los derechos antidumping se pueden imponer por la totalidad del margen de dumping. Esto quiere decir que el sobre-arancel impuesto como medida antidumping puede llegar a ser hasta del 100% de la diferencia entre el precio de exportación de la mercancía hacia Colombia y su "valor normal" en el país exportador. En la norma anterior se establecía la facultad de imponer un monto suficiente siempre que no fuera superior al margen de dumping, con lo cual se

[1]Sin perjuicio de su aplicación deseable en el caso de la Unión Europea, TLC Col-UE, Art. 40

priorizaba el concepto del derecho inferior (*lesser duty*).

3. Dado que los mecanismos de defensa comercial se pueden imponer a productos del país exportador por el que transitan mercancías de distinto origen, con la modificación de la norma se establece que al momento de abrir una investigación por algún producto, *la autoridad que adelanta dicho proceso puede usar la información del país de origen de la mercancía y no la del país exportador para la definición del margen de dumping.*

4. Se toman medidas para evitar la elusión de los derechos antidumping: Por un lado, se impone un plazo máximo de 5 meses a las investigaciones que se hagan para establecer si existe o no elusión de los derechos antidumping impuestos. Y, por otra parte, se establece la posibilidad de exigir garantías para los productos objeto de la medida desde el momento en que se abre la investigación por elusión. Si en la investigación se comprueba que, efectivamente, dicho cambio en las características del comercio de esa mercancía se debe a prácticas de elusión, la garantía se haría efectiva y podrán ser ampliados para aplicarse a las importaciones de productos similares o a partes de los mismos procedentes de terceros países.

5. Finalmente, el Ministerio de Comercio realizó una revisión de la estructura institucional del Comité de Prácticas Comerciales. Entre los cambios introducidos se destaca la participación con voz y voto de la Superintendencia de Industria y Comercio, y la participación, con voz pero sin voto del Director de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio.

Actualidad

Informe del Grupo Especial en el caso Argentina — Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios (WT/DS453/R)

Demandante: Panamá
Demandado: Argentina
Fecha: 30 de septiembre de 2015

Medidas en cuestión:

En esta controversia, el Grupo Especial estudió de fondo 8 medidas de carácter fiscal, contable y registral implementadas por Argentina para regular la prestación de servicios y transacciones de mercancías donde estuvieran involucrados países considerados como no cooperadores para los fines de la transparencia fiscal. Dichas medidas se enmarcan dentro de una política más amplia de protección al sistema de recaudación de impuestos por parte de Argentina, en contra de las prácticas fiscales poco transparentes y nocivas llevadas a cabo por ciertos países.

Obligaciones en discusión:

AGSC: Art. I:1, II:1, XVI:1, XVI:2, XVII, XIV y 2(a) del Anexo de Servicios Financieros GATT de 1994: Art. I:1, III:4 y XI:1

Consideraciones del Grupo Especial:

Ante el Grupo Especial, Panamá argumentó que las medidas implementadas por Argentina otorgaban un trato menos favorable a los proveedores de servicios financieros de países considerados por Argentina como no cooperadores para los fines de la transparencia fiscal con respecto a los proveedores de servicios tanto de países considerados como cooperadores como nacionales. Antes de comenzar sus constataciones el Grupo Especial, hizo énfasis en la identificación de los criterios utilizados por Argentina para clasificar a un país como cooperador y no cooperador. Así, estableció que un país cooperador era todo país con el cual Argentina (i) tuviera un acuerdo vigente de cooperación e intercambio de información fiscal o (ii) estuviera en proceso de negociación de un acuerdo de cooperación e intercambio de información fiscal.

Habiendo determinado los criterios de calificación de los países, el Grupo Especial entró a determinar si las medidas implementadas por Argentina otorgaban un trato menos favorable a los proveedores de servicios de países no cooperadores con respecto a los proveedores de servicios de países cooperadores. En este sentido determinó que en efecto sí existía un trato diferenciado hacia los países no cooperadores en relación con los países cooperadores. Constató el

[1] El informe completo del Grupo Especial está disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds453_s.htm

Grupo Especial que un país clasificado como cooperador, en virtud de estar en proceso de negociación de un acuerdo de intercambio de información fiscal, podría estar en igualdad de condiciones con un país considerador como no cooperador en relación con el intercambio efectivo de información fiscal con Argentina, en cuanto la negociación de un acuerdo no implica que exista dicho intercambio. Así, dos países en igualdad de condiciones estarían recibiendo un trato diferenciado, que es además discriminatorio en cuanto los requisitos adicionales impuestos a los proveedores de servicios financieros de países no cooperadores modifican las condiciones de competencia en detrimento suyo y en favor de los proveedores de servicios fincnacieros de países cooperadores. En conclusión, el Grupo Especial consideró que si existía un trato menos favorable dado a los proveedores de países no cooperadores en comparación con los proveedores de países cooperadores y en consecuencia las medidas implementadas por Argentina eran inconsistentes con el artículo II del AGCS.

Seguidamente, pasó el Grupo Especial a considerar si las medidas implementadas por Argentina otorgaban un trato menos favorable a los proveedores de servicios de países no cooperadores respecto a los proveedores de servicios nacionales. En este punto determinó que las consideraciones realizadas en relación con los proveedores de servicios de países cooperadores no eran aplicable en este caso en cuanto los proveedores de servicios argentinos y los proveedores de países no cooperadores si tenían situaciones disimiles en cuanto al intercambio de información fiscal con las autoridades argentinas. En este sentido, el Grupo Especial constató que las medidas implementadas por Argentina estaban diseñadas para garantizar que la relación de competencia entre servicios y proveedores de servicios argentinos y países no cooperadores se dieran en un plano de igualdad. El Grupo Especial consideró que los efectos de la falta de transparencia fiscal sobre las condiciones de competencia, pueden llevar a la adopción de medidas defensivas cuyo objetivo no es poner en una situación más ventajosa a los servicios y proveedores de servicios nacionales sino hacer frente en sus respectivos mercados a riesgos derivados de la falta de transparencia fiscal. En consecuencia, consideró que las medidas implementadas por Argentina no modificaban las condiciones de competencia en favor de los proveedores de servicios argentinos, y por lo tanto no se les estaba otorgando a los proveedores de servicios de países no cooperadores un trato menos favorable.

Frente a las acusaciones presentadas por Panamá, Argentina argumentó que sus medidas estaban justificadas en virtud de las excepciones generales Artículo XIV (c) del AGCS en cuanto eran necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no fueran incompatibles con las disposiciones del AGCS y además cumplían con los requisitos del preámbulo del artículo. Sobre la defensa planteada por Argentina, si bien el Grupo Especial constató que efectivamente las medidas implementadas por Argentina eran necesarias para cumplir con el objetivo legítimo de proteger el sistema fiscal, estas no cumplían con los requisitos del preámbulo del artículo XIV. Consideró el Grupo Especial que el mero hecho de iniciar y proseguir negociaciones no permitía a Argentina cumplir con sus objetivos de asegurar la recaudación de impuestos y luchar contra prácticas fiscales nocivas. Por lo tanto, consideró el Grupo Especial que la discriminación a la que estaban sujetos los

proveedores de servicios de países no cooperadores era arbitraria e injustificada, y por lo tanto dichas medidas no cumplían los requisitos del preambulo del artículo XIV.

Finalmente, frente a las reclamaciones presentadas por Panamá en relación con el GATT, el Grupo Especial consideró que las medidas en cuestión no estaban abarcadas por los artículos del GATT pues no estaban relacionadas con el comercio de mercancías.

Conclusiones:

En vista de las anteriores consideraciones el Grupo Especial determinó que:

- Las medidas implementadas por Argentina eran incompatibles con el artículo II del AGCS.
- Las medidas implementadas por Argentina no eran incompatibles con el artículo XVII del AGCS.
- Las medidas implementadas por Argentina no estaban justificadas bajo el artículo XIV (c).
- Las medidas implementadas por Argentina no estaban abarcadas por los artículos I:1, III:4 y XI:I del GATT.

Actualidad

"El comercio ilícito es el lado oscuro del comercio mundial"

Panel organizado por Colombia en la OMC resalta la importancia de que la Organización aborde este fenómeno.

Ginebra, 1 de octubre de 2015.- Colombia organizó con éxito la sesión sobre "Comercio Ilícito" en el Foro Público de la Organización Mundial del Comercio – OMC - que celebra sus 20 años.

Esta es la primera vez que el país se presenta en este importante evento, que durante tres días reúne a un muy amplio y variado número de representantes del gobierno, el sector privado, la academia y ONGs, para debatir asuntos que interesan al sistema multilateral de comercio.

El tema central del foro este año es "El Comercio Funciona". En palabras del Embajador de Colombia ante la OMC, Gabriel Duque, Colombia está de acuerdo con esta afirmación y con el valor del comercio como factor que contribuye al desarrollo –pero resaltó a su vez que el comercio ilícito, que abarca fenómenos como el contrabando, el lavado de activos y el comercio de mercancías falsificadas, entre otros, trae efectos contrarios y causa serios problemas al desarrollo económico y social.

En esta sesión de trabajo participaron Gabriel Duque, embajador de Colombia ante la OMC; Angeles Rentsch, Gerente de Observancia Fiscal de Philip Morris International; David Luna, Director de Seguridad Nacional y Diplomacia del Departamento de Estado de los Estados Unidos; Norbert Steilen, Director de Programas de Cumplimiento y Observancia de la Organización Mundial de Aduanas; Michael Ellis, Director Asistente de la Unidad de Tráfico de Mercancias Ilegales y Piratería de INTERPOL y; el profesor Joost Pauwelyn del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra como moderador. El objetivo de la sesión de trabajo era generar consciencia sobre los efectos negativos que tiene el comercio ilícito, más específicamente el lavado de activos a través de operaciones de comercio exterior, en el giro ordinario de las transacciones internacionales.

El profesor Pauwelyn instauró la sesión haciendo unos comentarios iniciales sobre las implicaciones del comercio ilícito en el marco del sistema multilateral de comercio. Enfatizó en que si bien el objetivo de la OMC era liberalizar el comercio, se debía entender que no todos los flujos de comercio eran deseables. En este sentido, era vital que los Países Miembros, de manera colectiva, aunaran sus esfuerzos para establecer mecanismos legítimos para controlar este tipo de actividades, en vista de la difusa regulación sobre el tema dentro de los acuerdos abarcados de la OMC. Seguidamente, intervino en la sesión el embajador Duque, resaltando que el comercio ilícito era el lado oscuro de la integración económica global.

Manifestó asimismo que estaba demostrado tanto por la práctica de las autoridades colombianas como por las investigaciones de otras organizaciones internacionales, que los grupos delictivos realizaban operaciones de

lavado de activos por medio de transacciones comerciales con bienes genéricos, con precios bajos y de una alta rotación, actividad que era propiciada además por los pocos controles ejercidos en las zonas de libre comercio. De esta forma, instó a los Países Miembros a reconocer está realidad e implementar acciones efectivas para evitar que actividades de comercio ilícito sean protegidas bajo las reglas de la OMC.

Continuó la discusión la señora Renstch, quien expuso las formas de tratar el problema del comercio ilícito desde el punto de vista de las empresas multinacionales. Expuso que en Philip Morris International, eran elementos centrales de sus políticas internas la celebración de acuerdos de cooperación con diferentes países y la verificación de la reputación e idoneidad de sus socios comerciales, con el fin de evitar que a través de sus productos se realizaran actividades relacionadas con el lavado de activos. A su vez, David Luna, del Departamento de Estado de los Estados Unidos recalcó la importancia de la lucha contra el comercio ilícito, no solo para preservar el sistema multilateral de comercio que ha construido la OMC, sino para proteger a todos los países contra las amenazas de los actores del crimen organizado internacional. Señalo en este punto que era de vital importancia la cooperación internacional para la consecución de soluciones conjuntas frente al lavado de activos y el comercio ilícito, resaltando así los esfuerzos realizados por organizaciones como el Grupo de Acción Financiera contra el Lavado de Activos (FAFT) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Se pronunció posteriormente Norbert Steilen, Director de Programas de Cumplimiento y Observancia de la Organización Mundial de Aduanas. Precisó Steilen la importancia que tienen los funcionarios de administración de aduanas en la implementación de acciones encaminadas a la detección y control de operaciones ilícitas de comercio exterior. En este punto, instó a los gobiernos de los países a fortalecer sus sistema de administración de adunas y dotar a los agentes aduaneros de las facultades necesarias para combatir el comercio ilícito y el lavado de activos. Finalmente intervino el señor Ellis, representante de la INTERPOL. Resaltó la necesidad de fomentar la cooperación entre las diferentes fuerzas policiales de los países para coordinar y preparar acciones conjuntas en contra de las organizaciones criminales transnacionales. Además, puso como ejemplo de cooperación exitosa en el marco de las operaciones contra el lavado de activos, la Operación Júpiter realizada de manera conjunta por las fuerzas policiales de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Francia Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

Concluyó la Sesión de Trabajo con un espacio de preguntas por parte de los asistentes hacia los panelistas expertos. Allí se profundizó sobre las cuestiones relativas al tratamiento del tema del comercio ilícito dentro de las disputas de la OMC y los posibles mecanismos de cooperación que se podrían implementar entre la OMC y diferentes organizaciones como INTERPOL, OCDE y FAFT. Este evento organizado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo constituye un avance significativo en la concientización de los diferentes Países Miembros de la OMC sobre los peligros y los riesgos del comercio ilícito y la necesidad de implementar dentro del marco de dicha organización regulaciones para combatir y contrarrestar los efectos negativos de dichas prácticas restrictivas al comercio.

Actualidad

Comunicado No. 43. Corte Constitucional.
Septiembre 30 de 2015
Expediente LAT 437 – Sentencia C-620/15 M.P.
Jorge Iván Palacio Palacio

La corte declaró exequible el protocolo adicional al acuerdo marco de la Alianza del Pacífico y su ley aprobatoria, pues tanto en su trámite como en su contenido se ajustan plenamente a lo previsto en la constitución.

1. Norma revisada

LEY 1746 DE 2014 (26 de diciembre) por medio de la cual se aprueba el "Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico", firmado en Cartagena de Indias, República de Colombia, el 10 de febrero de 2014.

2. Decisión

Primero: Declarar EXEQUIBLE la Ley 1746 de 26 de diciembre de 2014, "Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, firmado en Cartagena de Indias, República de Colombia, el 10 de febrero de 2014".

Segundo: Declarar EXEQUIBLE el "Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, firmado en Cartagena de Indias, República de Colombia, el 10 de febrero de 2014".

3. Fundamentos de la decisión

Realizado el análisis de este Acuerdo, tanto en su aspecto formal como material, la Corte constató que se ajusta en todo a los preceptos constitucionales. De una parte, por cuanto se han cumplido los requisitos procedimentales exigidos por la Constitución y la ley para integrar el ordenamiento jurídico interno, y de otra, por cuanto los objetivos y el contenido del instrumento sometido a control constitucional, a través del cual se busca constituir un acuerdo de marco de cooperación e integración económica entre las Repúblicas de Colombia, México, Perú y Chile, que persigue avanzar de manera progresiva hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas entre estos países, se enmarcan sin dificultad en el contenido de los preceptos constitucionales aplicables, en particular, dentro de los objetivos que la Carta Política le asigna al manejo de las relaciones internacionales y a la suscripción de tratados con otros Estados y/o organismos de derecho internacional (arts. 9°, 150.16, 189.2, 224 y 226 C. P.)

Sobre el objetivo del Acuerdo y el contenido de sus estipulaciones, la Corte señaló que además de tener un carácter general, ninguno de ellos resulta contrario a las disposiciones superiores relevantes en relación con el tema de la integración económica, ni implica la asunción de compromisos u obligaciones lesivos a los intereses del Estado colombiano, y se enmarcan dentro de los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional previstos en la Constitución.

4. Aclaraciones de voto

Las Magistradas María Victoria Calle Correa y Gloria Stella Ortiz Delgado se reservaron la posibilidad de presentar aclaraciones de voto sobre unos de los fundamentos de esta sentencia.

2015 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Todos los derechos reservados

Calle 28 No. 13A - 15 PBX: (+571) 6067676

consultasoali@mincit.gov.co

Bogotá, Colombia

MINCOMERCIO
INDUSTRIA Y TURISMO

TODOS POR UN NUEVO PAÍS
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN