

Acuerdos

Revista de derecho económico internacional

COVID-19 y Libre Comercio: una aproximación desde la regulación colombiana

Cadenas de Suministro y Barreras al Comercio: posible vacuna para el COVID-19

Comercio Internacional y COVID-19: desafíos y oportunidades

Conceptos
OALI

La crisis del Órgano de Apelación: no hay remedio

Anti-dumping in the Andean Community: rethinking regionalism in the Americas in unsettling times

Of International Cooperation, Trade, COVID-19 and other Demons

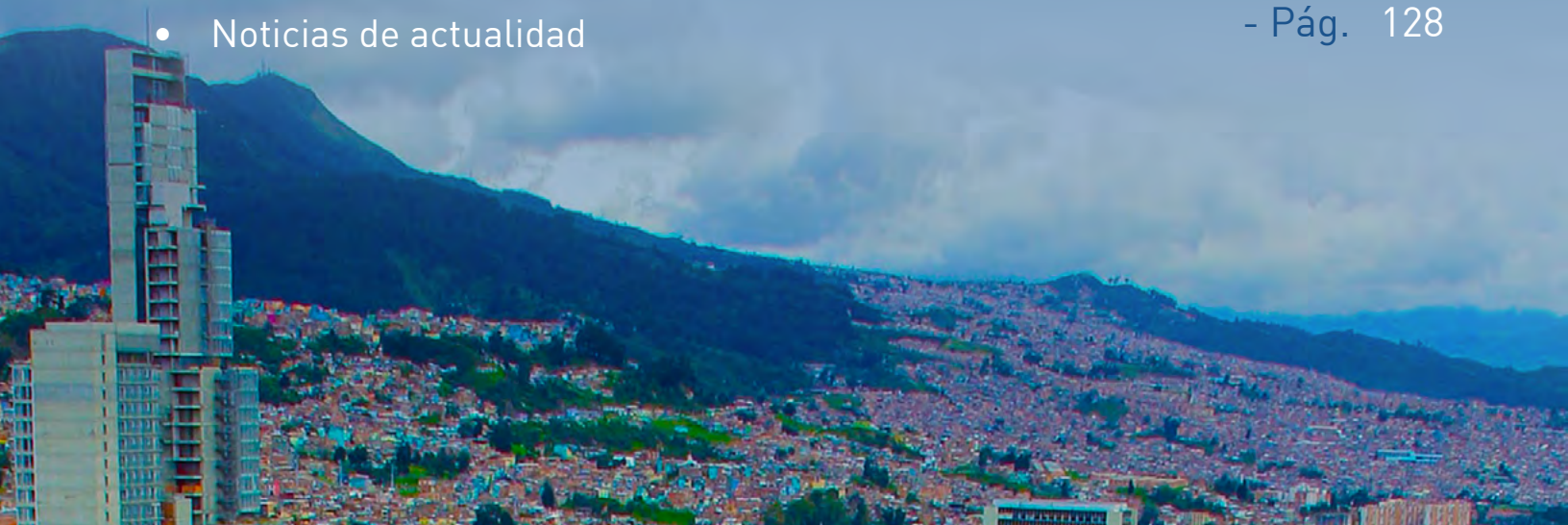
Medidas comerciales y pandemia: utopía y distopía por el impacto del COVID-19 en el Comercio

Noticias de actualidad



Tabla de contenido

- Editorial: José Manuel Restrepo Abondano -
Ministro de Comercio, Industria y Turismo - Pág. 4
- COVID-19 y Libre Comercio: una aproximación
desde la regulación colombiana - Pág. 9
- Las principales barreras comerciales por
superar para lograr un acceso global de la
vacuna contra el COVID - 19 - Pág. 27
- Comercio internacional y COVID-19: desafíos y
oportunidades - Pág. 40
- La crisis del Órgano de Apelación: no hay
remedio - Pág. 50
- Anti-dumping in the Andean Community:
rethinking regionalism in the Americas in
unsettling times - Pág. 65
- Of international cooperation, trade, COVID-19,
and other demons - Pág. 77
- Medidas comerciales y pandemia: utopía y
distopía por el impacto del COVID-19 en el
Comercio - Pág. 82
- Conceptos OALI - Pág. 87
- Noticias de actualidad - Pág. 128



CRÉDITOS

José Manuel Restrepo Abondano

Ministro de Comercio, Industria y Turismo

Laura Valdivieso Jiménez

Viceministra de Comercio Exterior

Mauricio Andrés Salcedo Maldonado

Jefe Oficina de Asuntos Legales Internacionales

**María Elisa Abril Barreto,
Sara Lucía Dangón Novoa,
Gustavo Adolfo Guarín Duque,
Julian Eduardo Becerra Sánchez
y Néstor Santiago Arévalo Barrero**

Comité Editorial

María Elisa Abril Barreto

Coordinadora de Comité Editorial

La Revista "Acuerdos" es un espacio de divulgación académica y de los conceptos legales más importantes emitidos por la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, durante los últimos 12 meses. Los conceptos aquí publicados por la Oficina deben ser analizados a la luz del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el contexto de las circunstancias específicas que dieron lugar a las consultas, y sus respuestas. De otra parte, los Artículos de orden académico publicados en esta revista reflejan de manera exclusiva la opinión académica de sus autores que fueron invitados a escribir en esta edición por su reconocimiento y experiencia en el ámbito internacional. En este sentido los textos de los artículos NO REFLEJAN LA VISIÓN, LAS POSICIONES Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS Y ACADÉMICOS del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales ni de sus abogados.

Publicación digital.

2020 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Todos los derechos reservados

Calle 28 No 13 a 15 PBX: (+57) 6067676

www.mincit.gov.co

Bogotá, Colombia

Cinco acciones

**para potenciar
el comercio y la inversión**

*José Manuel Restrepo Abondano
Ministro de Comercio, Industria y Turismo*



El plan de reactivación 'Compromiso por Colombia', que contempla 13 acciones en comercio exterior, inversión extranjera, desarrollo empresarial y turismo, avanza de acuerdo con el cronograma que nos hemos fijado y se convirtió en el soporte para impulsar la recuperación del sector productivo.

De esas 13 acciones, 5 están dirigidas a repotenciar el comercio exterior y la inversión, mediante nuevas estrategias que han llevado a los empresarios a adaptarse a las nuevas circunstancias a partir del cambio que generó la aparición del COVID-19.

La primera de esas acciones está asociada al tema de acceso a factores de producción. Dada la nueva realidad que hoy vivimos, desde el Gobierno avanzamos en el diseño y ajuste de instrumentos con el propósito de agilizar y reducir los costos de los procesos de importación de materias primas y bienes de capital.

En ese ámbito, uno de los programas que nos permite un acceso efectivo a esos factores es el del Plan Vallejo Express, para el cual nos concentramos en la flexibilización de los compromisos de los programas de sistemas especiales de importación y exportación.

En la actualidad, el instrumento cuenta con 542 programas y en el 2019 el sector exportador Plan Vallejista registró ventas por US\$10.412 millones, de los cuales US\$6.234 millones corresponden a exportaciones no minero energéticas.

La segunda acción está relacionada con la promoción de la exportación de servicios basados en el conocimiento. En la última década, este comercio ha crecido mucho más que el de bienes. Para Colombia los servicios ahora son parte fundamental de la canasta exportadora. No obstante, tenemos el reto de diversificar este segmento, toda vez que está concentrado en turismo y transporte, actividades muy afectadas por la pandemia.



El turismo, uno de los sectores más afectados por la pandemia, también tiene al Gobierno Nacional y a los empresarios de esa actividad trabajando de manera ardua en un plan que busca darle celeridad a su recuperación.



Estamos convencidos de que los servicios son el futuro de la globalización y es por eso que nuestra agenda se concentra también en fortalecer y robustecer esta actividad, la cual tiene menos restricciones, no dependen del transporte, la logística, la geografía o los aranceles, pero sí de factores como el talento humano, la conectividad digital y de un buen ambiente regulatorio.

Un tercer plan de acción en el que hemos puesto nuestro empeño tiene que ver con potencializar el canal de ecommerce. Lo ocurrido en estos seis meses evidenció que el comercio electrónico es un ganador neto en esta contingencia y será fundamental para afianzar la apertura de canales de comercialización. Dada la relevancia que juega este tema en la reactivación económica, hoy avanzamos en mejoras regulatorias. Nuestra cartera, junto con el DNP, trabajan en la elaboración de un Conpes de Comercio Electrónico con la finalidad de abordar las causas por las cuales esta herramienta no ha logrado los niveles de desarrollo que tiene en otros países de la región.

Además, apoyamos a las empresas en emprendimiento, productividad, innovación e internacionalización del *e-commerce*. Avanzamos en iniciativas tales como Compra lo Nuestro, Sofística para e-commerce y marketplaces, Yo me quedo con mi negocio y Colombia a un Clic, entre otros. Entre las metas que nos hemos fijado, en el corto plazo, está la de lograr que 200 empresas vendan a través del canal e-commerce y generen negocios cercanos a los US\$3 millones en 2020. Esto lo hacemos a través del programa Colombia a un clic.

Las nuevas oportunidades comerciales contemplan la cuarta acción en la que nos con-

centramos para avanzar en la recuperación del sector productivo. La idea es encontrar nuevos espacios para las exportaciones colombianas en mercados externos, identificando a nivel sectorial o por productos las necesidades de abastecimiento y tendencias de consumo post COVID-19. Con esta estrategia nuestra meta, para 2020, es alcanzar exportaciones no minero energéticas por US\$ 9.600 millones.

La quinta acción a la que le hemos dado prioridad es la de atraer Inversión Extranjera Directa de eficiencia, eje fundamental para este proceso de recuperación económica. Diseñamos una estrategia que contempla 4 ejes. El primero es la Ventanilla Única de Inversión para que los inversores sigan los procedimientos administrativos que deben cumplir para establecerse en Colombia. El segundo lo hemos denominado Defensoría del Inversionista, con lo que se busca prestar un acompañamiento focalizado a inversionistas. El tercero se conoce como Red Carpet Strategy, un conjunto de instrumentos de diplomacia comercial y el cuarto hace referencia al Comité IED-SIFAI, instancia donde se debaten y toman medidas para superar los obstáculos a la IED.

El turismo, uno de los sectores más afectados por la pandemia, también tiene al Gobierno Nacional y a los empresarios de esa actividad trabajando de manera ardua en un plan que busca darle celeridad a su recuperación.

Esa estrategia comprende 4 áreas y ha sido construida en asocio con gremios como Anato, Cotelco, Acotur, Acolap, IATA, Asobares y Acodres. La primera de ellas está relacionada los protocolos de bioseguridad a través del sello "Check in Certificado", que lo que

busca es construir confianza en los viajeros. La segunda hace énfasis en el tema financiero. Se destacan las líneas de garantía del FNG para capital de trabajo que tienen una cobertura de hasta el 90%.

Recientemente se puso a disposición de los empresarios del sector la línea de crédito "Colombia emprende e innova" por cerca de \$60.000 millones. La tercera área en la que se avanza para recuperar el sector es la promoción. Para darle impulso a la demanda, se lanzó la campaña Colombia sin ti, no es Colombia. La cuarta está enfocada en mejorar la competitividad de los distintos segmentos.

En consenso con las autoridades regionales, los empresarios y los gremios de la producción, hoy trabajamos en las 4 metas que fueron focalizadas para los proyectos del sector comercio, industria y turismo. Con la agenda que hemos puesto en marcha, las acciones acordadas van en línea con el objetivo que nos trazamos para reactivar y repotenciar la economía. En ese marco, nuestra prioridad es crear y proteger el empleo.

*José Manuel Restrepo
Ministro de Comercio,
Industria y Turismo*

Autores



Mateo Ferrero

“Consejero de la División de Comercio y Medioambiente en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Trabajó en la secretaría del Órgano de Apelación y en la División de Asuntos Jurídicos de la OMC asistiendo a los adjudicadores de la Organización en resolver disputas comerciales entre los Países Miembros. Mateo es abogado graduado de la Universidad de los Andes y tiene una Maestría en derecho del comercio internacional de la Universidad de Barcelona.”



Sergio Toro

Abogado de la Universidad de Valparaíso. Entre sus estudios de post-grado se encuentran un LLM del European University Institute (EUI, 1999) y un MPA de la Escuela de Gobierno John F. Kennedy de la Universidad de Harvard (HKSG, 2015). Cabe destacar que en sus estudios en HKSG obtuvo el premio Raymond and Josephine Vernon por distinción académica y una distinguida contribución a la Universidad de Harvard. Labora en el Servicio diplomático de carrera de Chile. Ha sido destinado en las Embajadas de Chile en la República Popular China, Estados Unidos de América y en la Misión de Chile ante Naciones Unidas. Actualmente se desempeña como Representante Permanente Alterno de Chile en la Misión de Chile ante la OMC, OMPI, UNCTAD y ITC en Ginebra. Director General del proyecto Chile en la Expo Shanghai 2010, la mayor inversión público-privada de Chile en Asia. El proyecto obtuvo 3 premios principales, el más importante fue el “Mejor Pabellón”.



Néstor Arévalo

Abogado de la Universidad Libre, Magíster en Derecho Privado de la Universidad de los Andes, Especialista en Derecho de los Negocios Internacionales (Universidad de los Andes), en Derecho Aduanero y del Comercio Exterior y en Derecho Contractual (Universidad del Rosario). Asesor de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Se ha desempeñado como Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, Subdirector de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes, y Coordinador del Grupo de Conciliación Extrajudicial en Derecho, Arbitraje y Amigable Composición del Ministerio de Justicia y del Derecho, en el cual fue encargado como Director de Justicia Formal y Director de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Participó en la implementación del SICAAC (Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición), en la actualización del SUIN (Sistema Único de Información Normativa), en la facilitación del trámite de expedición de las autorizaciones para el manejo de sustancias químicas sujetas a fiscalización por el Consejo Nacional de Estupefacientes, en el desarrollo del Comité de Implementación del Régimen de Garantías Mobiliarias, en los procesos de depuración normativa y de la formulación de la política de gestión de mejora regulatoria para las entidades públicas.



Nicolás Palau

Abogado de la Universidad de los Andes con Maestrías en Derecho y en Desarrollo Económico. Como funcionario público, ha sido asesor y consejero de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Comercio, Industria y Turismo, así como de la Presidencia de la República. Sus cargos más recientes han sido el de Director de Inversión Extranjera en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y, en la actualidad, el de Representante Permanente Adjunto de la Misión de Colombia ante la OMC en Ginebra.



Mauricio Salcedo

Esposo y padre de dos niñas. Además es abogado de la Universidad de los Andes, especializado en Derecho Económico y Análisis Económico de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho Internacional de Georgetown University, Washington D.C, USA, con estudios avanzados en derecho del comercio internacional y de la OMC de Georgetown, del Instituto de Estudios de la OMC en Ginebra-Suiza y de la Academia de Oficiales de Negocios del Ministerio de Comercio de China. Candidato a Doctor en Derecho Internacional del Graduate Institute- Ginebra, Suiza. Durante los últimos 13 años ha sido el responsable de la defensa legal de Colombia en los foros de comercio internacional, especialmente ante la OMC. Se desempeñó como el Representante Adjunto de Colombia ante la OMC entre 2016 y 2019. Desde agosto de 2019 es el jefe de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.



Rodolfo Rivas

Rodolfo C. Rivas Rea holds a J.D. degree from Universidad Panamericana in Mexico, an LL.M. degree from Universitat d'Alacant, an LL.M. degree from Stanford Law School, and an M.B.A. degree from the University of London. He currently serves as Assistant Deputy Permanent Representative to the WTO at the Mission of Israel to the UN and other International Organizations in Geneva, Switzerland.



Sebastián Vallejo

“Abogado de la Universidad de los Andes con Maestría en Derecho Internacional Económico. Como funcionario público, se desempeñó como abogado de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales y anteriormente trabajó como consultor en la Dirección de Comercio y Agricultura de la OCDE. Actualmente se desempeña como asesor senior de inversión para ProColombia, donde coordina temas de política pública para la atracción de inversión extranjera.”



Gustavo Guarín

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Posee una Maestría en Derecho Internacional y Europeo de la Universidad de Sarre, en Alemania y otra en Derecho Internacional Económico (International Economic Law and Policy-IELPO) de la Universidad de Barcelona. En la actualidad es candidato a Doctor en la Universidad de Sarre, en Alemania, docente de la Universidad Externado de Colombia y abogado de solución de diferencias comerciales internacionales en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.



Adriana Trujillo

Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Posee una Maestría en Integración y Globalización de la Universidad de Valencia como también una especialización en Contratación Internacional de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Oficina de Asuntos Legales internacionales desde el año 2010, negociadora internacional de la Alianza del Pacífico con los Países Asociados, y delegada ante el Grupo de Asuntos Institucionales de la Alianza del Pacífico, antes de ingresar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Adriana se desempeñó como funcionaria de la Coordinación de Valoración Aduanera de la Subdirección Técnica Aduanera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como de la Subdirección de Comercio Exterior, Subdirección de Fiscalización Aduanera y en la Secretaría de Desarrollo Institucional de la misma Entidad.



Sara Lucía Dangón

“Profesora asistente de derecho económico internacional en el Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y asesora de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (OALI). Anteriormente trabajó como asociada junior en la firma Posse, Herrera & Ruiz y como investigadora en el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad de los Andes (CIJUS). Tiene una maestría en derecho internacional público de la Universidad de los Andes, es abogada de la misma institución y, actualmente, está cursando un certificado de estudios avanzados en derecho internacional económico en el World Trade Institute, Universidad de Berna, Suiza (WTI).”



Julián Becerra

“Abogado de la Universidad Externado de Colombia y especialista en Derecho Internacional Económico de la misma Universidad. Es Docente asistente en la Universidad Externado de Colombia en el seminario de Derecho Internacional y de los Negocios. Ha trabajado en el estudio iberoamericano de abogados Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría, donde prestó asesoría en el área de comercio exterior e impuestos, y actualmente es abogado asesor en la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, donde enfoca su práctica en defensa comercial y revisión de política pública frente al sistema de la OMC y los tratados regionales y bilaterales.”



COVID-19 y Libre Comercio:

**una aproximación
desde la regulación
colombiana**

Mauricio Andrés Salcedo, Sara Lucía Dangón,

Néstor Santiago Arévalo y Adriana Trujillo

I. Introducción

La globalización económica¹ ha sido impulsada por la tecnología y la liberalización de los mercados (comercio e inversión extranjera directa)². A su vez, la liberalización de los mercados requiere del acceso a los mismos. En términos generales, este acceso puede estar limitado por barreras arancelarias y no arancelarias al comercio (*v.gr.*, procedimientos para el trámite de licencias de importación y normas para valoración de la mercancía en aduana).

La eliminación de las barreras al comercio está acompañada usualmente por la idea según la cual la liberalización de los mercados se traduce en beneficios para los consumidores finales. Estas barreras, entre otros factores, impiden que los productores locales compitan con el mercado internacional dando paso a industrias poco eficientes y costosas; encarecen los costos para los exportadores, al verse forzados a recurrir a insumos internos, y aumentan el precio de los bienes importados. Todo lo anterior, en detrimento de la calidad y el costo de los bienes disponibles para los consumidores³.

Sin embargo, estas barreras pueden ser instrumentos relevantes para el logro de determinados objetivos de política pública, por ejemplo, aumentar los ingresos de los estados; lograr la protección de la industria local y de los trabajos asociados con la misma; apoyar el establecimiento de un nuevo sector de la industria local, o -incluso- avanzar en la protección de la salud, el medio ambiente y los derechos humanos y de los trabajadores⁴. No obstante, dichos objetivos de política deben equilibrarse con el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. Así,

en la elaboración de sus políticas de comercio exterior, los gobiernos deben hacer un balance constante entre los beneficios y desventajas asociadas con ambas, es decir, las medidas restrictivas y las de liberalización.

Con el advenimiento de la crisis generada por la COVID-19, la tensión a la cual fueron sometidas las políticas de gobierno, en línea con ese balance necesario entre obligaciones y necesidades, se hizo más fuerte, y demandó salirse de lo tradicional para adoptar medidas que garantizaran la supervivencia de los sistemas de salud y el bienestar de las cadenas de abastecimiento, especialmente de productos básicos.

Como es conocido, la pandemia conllevó a la imposición de medidas de confinamiento obligatorio y del cierre de fronteras por casi todos los gobiernos a nivel mundial⁵. Estas medidas han impactado tanto a la producción como a los flujos de comercio. De forma paralela, también implicó un aumento en la demanda de productos necesarios para la atención de la pandemia como productos de aseo, alimenticios y médicos, tales como medicamentos, tapabocas, trajes y máscaras de uso médico, entre otros.

Entre sus efectos, las distorsiones al comercio han generado desabastecimiento e incrementos inesperados en los precios de alimentos básicos y de bienes necesarios para atender y prevenir la pandemia (*v.gr.*, medicamentos, insumos médicos, equipos médicos y elementos de protección personal); poniendo así en riesgo la seguridad alimentaria y la salud de miles de personas⁶.

En el primer semestre de 2020, de hecho, se observó que había un déficit global de los productos de atención para la COVID-19 y que los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) tenían dificultades

para producir eficientemente todos los bienes requeridos para tratar y prevenir el virus; por ejemplo, mientras Estados Unidos de América (EEUU) y Alemania se especializan en equipos médicos, China y Malasia lo hacen en equipos de protección personal⁷. Esta interdependencia de las economías cobra especial relevancia en tanto la demanda de los bienes requeridos para tratar la pandemia ha incrementado significativamente, resultando en una pugna constante por su proveeduría⁸. Colombia, por su parte, como un pequeño productor de determinados bienes, tenía el reto de poder garantizar un abastecimiento adecuado de su población y de su infraestructura estratégica, principalmente la del sector salud.

A continuación, presentamos un acercamiento a las medidas de comercio exterior adoptadas por el gobierno de Colombia frente a aquellas tomadas por otros gobiernos con ocasión de la pandemia COVID-19. Para esto, vamos a abordar las medidas de liberalización y restricción al comercio internacional, deteniéndonos en sus características, fundamentación interna y relación con los compromisos multilaterales del país (Secciones II, III y IV). Acto seguido, proponemos algunas conclusiones (Sección V). En particular, sostenemos que la adopción de medidas para efectos de garantizar el abastecimiento interno se hizo atendiendo, principalmente, a las necesidades generadas por la pandemia, pero cuidando y tratando de respetar -en la medida de lo posible- los intereses de los socios comerciales y de los actores públicos y privados.

1 "(...) the closer integration of the countries and peoples of the world which has been brought about by the enormous reduction of costs of transportation and communication, and the breaking down of artificial barriers to the flow of goods, services, capital, knowledge, and (to a lesser extent) people across borders" J. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents* (2002), at 9.

2 P. Van den Bossche y W. Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Texts, Cases and Materials* (2017), at 5.

3 "(...) opening up the Jamaican milk market to US imports in 1992 may have hurt local dairy farmers but it also meant poor children could get milk more cheaply" J. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents* (2002), at 4-5. En el mismo sentido: S. Kalmanovitz, *Nueva Historia Económica de Colombia* (2019), at 251.

4 P. Van den Bossche y W. Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Texts, Cases and Materials* (2017), at 25.

5 Sobre el particular remitirse a la base de datos OECD Action Map, disponible en: <https://oecd.github.io/OECD-covid-action-map/> (12 de julio de 2020).

6 "Border closures, quarantines, and market, supply chain and trade disruptions are restricting people's access to sufficient/diverse and nutritious sources of food, especially in countries hit hard by the virus or already affected by high levels of food insecurity" Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, *COVID-19 pandemic – Impact on Food and Agriculture* (2020), disponible en: <http://www.fao.org/2019-ncov/q-and-a/impact-on-food-and-agriculture/en/> (14 de julio de 2020); en el mismo sentido: OECD Policy Responses to COVID-19, *COVID-19 and the Food and Agriculture Sector: Issues and Policy Responses*, 29 de abril de 2020, disponible en: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-the-food-and-agriculture-sector-issues-and-policy-responses-a23f764b/> (13 de julio de 2020).

7 "Countries tend to be both importers and exporters of COVID-19 goods, highlighting a high degree of interdependence among countries on these essential items. That is, a country might be a top supplier of one COVID-19 good, but an importer of others. For instance, for every euro of German exports of COVID-19 goods, Germany imports EUR 0.72 of related COVID-19 goods" OECD Policy Responses to Coronavirus, *Trade Interdependencies in COVID-19 goods*, 5 de mayo de 2020, at 6, disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=132_132706-m5st-c83159&title=Policy-Response-Trade-Interdependencies-in-Covid19-Goods (12 de julio de 2020).

8 Ngaire Woods y Rajaie Batijji, *Project Syndicate, A Global COVID-19 Exit Strategy*, 9 de abril de 2020, disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/covid19-exit-strategy-requires-global-cooperation-by-ngaire-woods-and-rajaie-batijji-2020-04?barrier=accesspaylog> (14 de julio de 2020).

II. Medidas de liberalización del comercio

La pandemia ha generado distorsiones significativas en el comercio internacional y, en particular, en las cadenas globales de valor. Estas últimas existen cuando quiera que la producción de un bien se adelanta en múltiples lugares, correspondiendo a cada uno de estos una fase diferente de producción⁹, razón por la cual son especialmente sensibles a los aranceles y a las barreras no arancelarias al comercio pues requieren que bienes intermedios crucen fronteras en más de una oportunidad¹⁰.

El cierre de fronteras ha aumentado los costos de transporte y, por lo tanto, los costos del comercio internacional. En el mismo sentido, las medidas de confinamiento obligatorio, acompañadas por el cierre de centros de producción y por la disminución de la mano de obra disponible, ha generado desabastecimiento e incremento en el precio de ciertos productos. De forma similar, los costos asociados con los procesos aduaneros han incrementado considerablemente, habiendo menos personal de aduana y nuevos procedimientos de bioseguridad.

En este contexto, la eliminación de barreras arancelarias al comercio puede resultar útil para afrontar la crisis generada por la pandemia. Lo anterior, pues esto puede ser efectivo para disminuir los costos del comercio internacional y, de esta forma, los costos incurridos por el sector productivo y por los actores de las cadenas globales de valor y el precio de los bienes disponibles para los consumidores finales¹¹. Esta consideración ha sido tenida en cuenta por varios gobiernos que han optado por eliminar principalmente los

aranceles de alimentos básicos y de los medicamentos y equipos médicos necesarios para prevenir y tratar la COVID-19¹².

De la misma manera, eliminar o flexibilizar las barreras no arancelarias puede ser positivo para dinamizar el comercio internacional, neutralizando así las distorsiones generadas por la pandemia en los flujos de comercio y, más específicamente, en las cadenas globales de valor. Con esta consideración varios gobiernos han flexibilizado y digitalizado sus procesos aduaneros.

A. Medidas adoptadas por Colombia

1. Decretos 410, 463 y 523 de 2020 y medidas de flexibilización en aduana

A la fecha, el Gobierno de Colombia ha emitido tres (3) decretos de liberalización arancelaria y algunas medidas de flexibilización de procesos aduaneros.

Comenzando por las medidas de liberalización arancelaria, el 16 de marzo el Gobierno Nacional emitió el Decreto 410 de 2020, "por el cual se modifica el arancel de aduanas para la importación de productos necesarios para afrontar la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19" (Decreto 410). Este Decreto estableció un arancel del cero por ciento (0%) ad valorem, por el término de seis (6) meses, a las importaciones de nación más favorecida (NMF) de oxígeno, gasas, jabones, máscaras especiales de protección, guantes, mitones y manotas para cirugía y antirradiaciones y equipamiento médico¹³.

Esta liberalización arancelaria buscó facilitar la importación de bienes necesarios para atender y prevenir la pandemia. Lo anterior,

9 "A global value chain (GVC) is the series of stages in the production of a product or service for sale to consumers. Each stage adds value, and at least two stages are in different countries" World Bank Group, *Trading for Development in the Age of Global Value Chains* (2020), at 17.

10 "The multilateral trade system is especially important for GVCs because the costs of protection are magnified when goods and services cross borders multiple times" World Bank Group, *Trading for Development in the Age of Global Value Chains* (2020), at 217.

11 Ana Fernandes, Hiau Looi Kee y Caglar Ozden, *World Bank Blogs, Free trade now: A case for tariff reductions and non-tariff measures simplifications to fight COVID-19*, 11 de mayo de 2020, disponible en: <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/free-trade-now-case-tariff-reductions-and-non-tariff-measures-simplifications-fight> (8 de julio de 2020).

12 Ana Fernandes, Hiau Looi Kee y Caglar Ozden, *World Bank Blogs, Free trade now: A case for tariff reductions and non-tariff measures simplifications to fight COVID-19*, 11 de mayo de 2020, disponible en: <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/free-trade-now-case-tariff-reductions-and-non-tariff-measures-simplifications-fight> (8 de julio de 2020); OECD Policy Responses to Coronavirus, *Trade Interdependencies in COVID-19 goods*, 5 de mayo de 2020, at 10, disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=132_132706-m5st-c83159&title=Policy-Response-Trade-Interdependencies-in-Covid19-Goods (12 de julio de 2020).

13 Estos productos están clasificados por el Arancel Nacional de Aduanas en las siguientes subpartidas arancelarias: 2804400000, 3005903900, 3401110000, 3401200000, 3401300000, 3402909900, 3926907000, 4015110000, 4015191000, 4015199000, 5603129000, 6210100000, 6307903000, 9018390000, 9018909000, 9021900000 y 9402909000. El Arancel Nacional de Aduanas fue adoptado mediante el Decreto 2153 de 2016.



procurando evitar el desabastecimiento o el incremento significativo de los precios de estos insumos básicos, garantizando así que los centros médicos y de atención del país contarán con todo lo requerido para atender a los pacientes de COVID-19 y protegerían efectivamente al personal médico. Adicionalmente, este Decreto estableció un arancel del cero por ciento (0%) ad valorem para las importaciones NMF de las empresas de transporte aéreo de carga o de pasajeros, operando en y desde Colombia, de las materias primas y bienes de capital que no cuentan con producción nacional; siendo este uno de los sectores más afectados por la pandemia.

Luego, el 22 de marzo de 2020, el Gobierno emitió el Decreto 463 de 2020, “por el cual se modifica parcialmente el arancel de aduanas para la importación de medicamentos, dispositivos médicos, reactivos químicos, artículos de higiene y aseo, insumos, equipos y materiales requeridos para el sector agua y saneamiento básico” (Decreto 463). Siguiendo la pauta del Decreto 410, este Decreto estableció por el término de seis (6) meses un arancel del cero por ciento (0%) ad valorem para facilitar la importación de ciertos bienes clave en pandemia. Esto, con el propósito de evitar el desabastecimiento o el incremento en el precio de los mismos.

Los bienes cubiertos por el Decreto 463 corresponden, entre otros, a productos farmacéuticos, jabón, papel higiénico, paños húmedos y concentradores de oxígeno. Además, el Decreto 463 incluyó bienes como la sal de mesa, cloruro de sodio, cloro, cloruro de hidrógeno, hidróxido de sodio, cloruro de hierro, oxocloruros e hidroxocloruros de aluminio e hipocloritos de sodio¹⁴. Estos son insumos para la potabilización del agua y son de vital importancia para asegurar el acceso permanente de la población al saneamiento básico, así como para garantizar la efectiva promoción de medidas de limpieza, desinfección y lavado de manos para la prevención de la COVID-19.

Por último, el Gobierno emitió el Decreto 523 del 7 de abril de 2020 “por el cual se modifica parcialmente el Arancel de Aduanas en relación con la importación de materias primas como el maíz amarillo duro, el sorgo, la soya y la torta de soya” (Decreto 523). Este Decreto se justificó en la dificultad que afrontaba el

país para la importación de materias primas como el maíz amarillo duro, el sorgo, la soya y la torta de soya. Lo anterior, con ocasión de la subida abrupta del dólar en los mercados emergentes producto de la caída del precio mundial de referencia del petróleo y de la incertidumbre de los mercados generada por la pandemia COVID-19.

La dificultad para importar dichas materias primas se tornó relevante considerando que estas son deficitarias en su producción en el país e impactan hasta el 85% de los costos de producción de bienes de la canasta básica familiar como la carne de cerdo, el pollo, el huevo y el pescado. Siendo así, esta medida permitió ampliar, sin costo adicional, las fuentes de proveeduría para las empresas productoras de alimentos de la canasta básica familiar en el país (v.gr., carne de cerdo, pollo, huevo y pescado), pudiendo estas recurrir a los principales proveedores de dichos insumos a nivel mundial para cubrir el déficit de producción en el país (v.gr., los Estados Unidos, Argentina y Brasil).

El 3 de agosto de 2020, el Gobierno emitió el Decreto 1085 reestableciendo el arancel de las mascarillas de protección de la subpartida arancelaria 63.07.90.30, las cuáles estaban cubiertas por las medidas de liberalización comentadas. Esta nueva medida se adoptó en virtud del incremento en la oferta nacional de estos bienes generado por los procesos de reconversión industrial de un gran número de empresas en el país y del incremento de las importaciones de estos insumos¹⁵. En su formulación, el Gobierno consideró la existencia de registros de producción nacional y la balanza comercial relativa¹⁶. Siendo así, mantuvo el diferimiento arancelario para aquellos productos para los cuáles no existía producción nacional o, de haberla, era deficitaria (balanza comercial relativa negativa).

Todos los decretos en mención fueron emitidos en ejercicio de las facultades constitucio-

¹⁴ De acuerdo con la información suministrada en el marco de la sesión No. 25 de la Mesa de diálogo y coordinación, llevada a cabo el 18 de septiembre del año en curso, conforme a los datos proporcionados por la DIAN y a la información que fue recabada de la bodega de datos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y analizada por esta entidad, se indicó que las importaciones de estos bienes en el periodo comprendido entre el 1° de mayo y 13 de septiembre ascienden a 2.519 millones de unidades, equivalentes a USD 471.7 millones en FOB, lo que se resaltó significaría aproximadamente a 11.2 tapabocas por cápita, durante los últimos 4.5 meses de dicho lapso.

¹⁶ Consiste en la relación entre el saldo de la balanza comercial de un producto (exportaciones menos importaciones) y la suma total de las exportaciones y las importaciones de un país.

nales conferidas al Presidente de la República por el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia¹⁷.

Continuando por las medidas de flexibilización de procesos aduaneros, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (DIAN) emitió el Memorando 000054 del 25 de marzo de 2020. En éste, indicó que en el trámite de la declaración de importación (regulado por el artículo 177 del Decreto 1165 de 2019) se podrían presentar los documentos requeridos en formato digital, así como los demás documentos necesarios en el curso de las operaciones aduaneras en puertos y direcciones seccionales de la entidad (v.gr., solicitudes de tránsito aduanero). Este Memorando también indicó que, en el trámite de estas operaciones aduaneras, se debía dar prioridad a aquellas relacionadas con productos alimentarios o perecederos, equipo médico, medicamentos y demás elementos para la atención de la crisis generada por la pandemia.

Adicionalmente, el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) implementó el mecanismo de expedición y aceptación de certificados fitosanitarios en formato digital de productos e insumos de origen agropecuario (Certificado Fitosanitario de Exportación). Por último, el Ministerio de Salud y Protección Social, vía Resolución 522 de 2020, flexibilizó los requisitos para la importación de reactivos de diagnóstico, equipos biomédicos y demás bienes declarados por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) como “vitales no disponibles”, sujetándolos a unos mínimos sanitarios relativos a su seguridad.

2. Fundamentos en el sistema multilateral

Tanto las medidas de liberalización arancelaria como de flexibilización de procesos aduaneros se ajustan a las obligaciones multilaterales del país. Este tipo de medidas no sólo observan las obligaciones adquiridas por Colombia sino que, además, han sido especialmente promovidas como necesarias

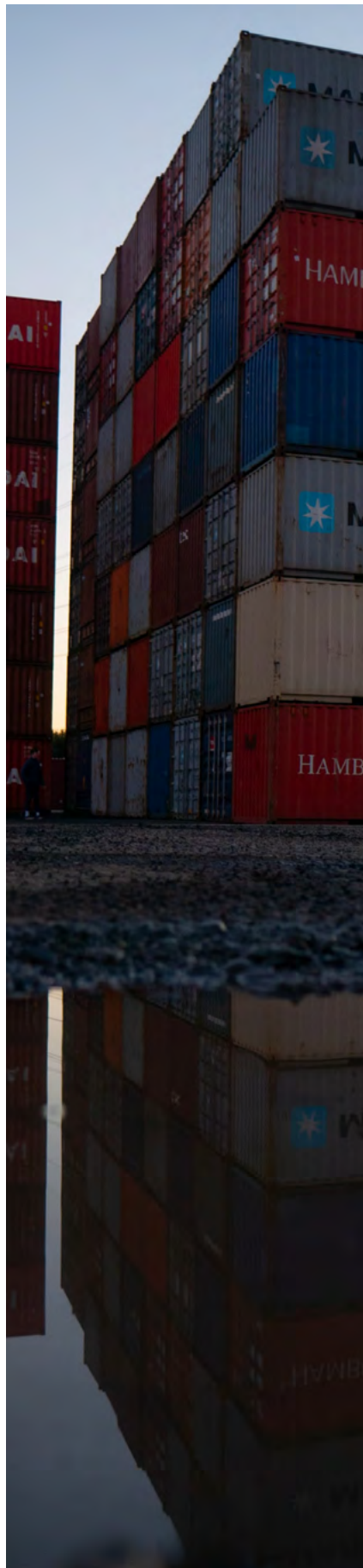
¹⁷ “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley”.

¹⁴ Identificados con las subpartidas del Arancel Nacional de Aduanas 2501001000, 2501002000, 2801100000, 2806100000, 2815120000, 2827394000, 2827491000, 2828901100 y 2839190000.

y convenientes para afrontar la pandemia¹⁸. Respecto de lo anterior, el 17 de abril de 2020 Australia, Brasil, Canadá, Francia, Alemania, Indonesia, Italia, México, Marruecos, Perú, Corea, Singapur, Sudáfrica, Turquía y el Reino Unido acordaron una declaración conjunta ratificando su compromiso con el libre comercio y con las reglas del sistema multilateral para afrontar la pandemia¹⁹. Este mismo fue el llamado del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC, por sus siglas en inglés) que indicó que sus economías debían hacer un esfuerzo por reducir o eliminar las barreras arancelarias y no arancelarias sobre ciertos bienes requeridos para afrontar la crisis²⁰.

En relación con las medidas de liberalización arancelaria, el artículo II del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) indica que los Miembros podrán, sin limitación, establecer aranceles inferiores a aquellos que hayan pactado en sus respectivas listas de concesiones. De hecho, los compromisos en materia arancelaria de los Miembros de la OMC se constituyen como simples techos o límites que prohíben el establecimiento de aranceles en exceso de aquellos pactados, estando los Miembros llamados a reducirlos en la mayor medida posible en el marco de sus posibilidades²¹.

La regulación de los aranceles sobre medi-



amentos y productos agropecuarios, sin embargo, tiene ciertas particularidades. Por un lado, los aranceles sobre medicamentos están sujetos a la regulación especial contenida en el Acuerdo sobre el Comercio de Productos Farmacéuticos de 1994. Este Acuerdo fue negociado al margen de las negociaciones de la Ronda de Uruguay (1986 a 1994) por Australia, Austria, Canadá, República Checa, las Comunidades Europeas, Finlandia, Japón, Noruega, Suiza, Suecia, EEUU y Eslovaquia. Las partes de este Acuerdo se comprometieron a eliminar los derechos de aduana y demás cargas sobre una lista definida de productos farmacéuticos e insumos requeridos para su fabricación²². Los, a la fecha, 34 estados parte del Acuerdo representan el sesenta y cinco por ciento (65%) del comercio global en medicamentos²³. Recordamos que hoy por hoy Colombia no ha firmado ni ratificado este instrumento.

Por otro lado, los aranceles sobre productos agropecuarios están regulados por el Acuerdo sobre Agricultura²⁴. Previa a la entrada en vigor del Acuerdo sobre Agricultura, la gran mayoría de barreras al comercio de productos agropecuarios eran no arancelarias. Las cuotas y restricciones a la importación, comunes para el momento, fueron reemplazadas por derechos aduaneros en búsqueda de mayor predictibilidad y transparencia en el sector. Este proceso, llamado de tarificación, fue seguido por un proceso de reducción de barreras arancelarias²⁵. Al respecto, resaltamos que Colombia es parte de este Acuerdo multilateral en virtud de su membresía a la Organización.

En relación con la flexibilización de procesos en aduana, el sistema multilateral se aproxima desde diferentes ángulos a las barreras no arancelarias al comercio²⁶, no existiendo

18 Ana Fernandes, Hiau Looi Kee y Caglar Ozden, *World Bank Blogs, Free trade now: A case for tariff reductions and non-tariff measures simplifications to fight COVID-19*, 11 de mayo de 2020, disponible en: <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/free-trade-now-case-tariff-reductions-and-non-tariff-measures-simplifications-fight> (8 de julio de 2020).

19 Gobierno de Canadá, *Foreign Ministers from 15 countries agree on key principles to keep transportation links and supply chains open*, 17 de abril de 2020, disponible en: <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2020/04/foreign-ministers-from-13-countries-agree-on-key-principles-to-keep-transportation-links-and-supply-chains-open.html> (10 de julio de 2020); en el mismo sentido, ver la declaración conjunta de Australia, Brunei, Canadá, Chile, Myanmar, Nueva Zelanda y Singapur del 25 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.international.gc.ca/gac-amc/news-nouvelles/2020-03-25-joint-ministerial-statement-declaration-ministerielle-commune.aspx?lang=eng> (11 de julio de 2020).

20 Carlos Kuriyama, *Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, APEC Policy Support Unit Policy Brief No. 32 (2020) at 7*, disponible en: <https://www.apec.org/Publications/2020/04/Promoting-Trade-in-Medical-Goods-to-Tackle-COVID-19-Challenges> (12 de julio de 2020).

21 "There is a large gap between bound and actually applied tariffs of WTO-Members: many countries partially apply lower or no tariffs but have not bound them in WTO-agreements at this level" *Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Idea Paper Extension WTO Pharmaceutical Agreement*, 24 de abril de 2020, at 3, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/dihk_extension_e.pdf (14 de julio de 2020).

22 *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, Comercio de Productos Farmacéuticos*, 25 de marzo de 1994, L/7430.

23 *Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Idea Paper Extension WTO Pharmaceutical Agreement*, 24 de abril de 2020, at 2, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/dihk_extension_e.pdf (14 de julio de 2020).

24 "Las concesiones sobre acceso a los mercados consignadas en las Listas se refieren a consolidaciones y reducciones de los aranceles y a otros compromisos en materia de acceso a los mercados, según se especifique en ellas" *Acuerdo sobre Agricultura, Parte III: Artículo 4*.

25 *Organización Mundial del Comercio, The WTO Agreements Series: Agriculture (2016)*, at 6-15.

26 Para efectos de este artículo, las definimos de forma amplia como "(...) any policy measures other than tariffs that can impact trade flows" *Robert W. Staiger, World Trade Organization: Non-tariff Measures and the WTO*, enero

una regulación integral sobre el particular. Por ejemplo, mientras las cuotas y restricciones cuantitativas están reguladas por el GATT (artículo XI), los estándares sanitarios y fitosanitarios así como los obstáculos técnicos al comercio están regulados, respectivamente, por el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. En general, ninguno de estos instrumentos prohíbe ni desincentiva las medidas tendientes a eliminar barreras no arancelarias; por el contrario, incluyen disciplinas que regulan la imposición de este tipo de medidas de forma no discriminatoria ni excesivamente restrictiva del comercio.

Ahora bien, el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC se relaciona directamente con la simplificación y modernización de los procesos de exportación e importación de bienes. Entre otras disposiciones, el Acuerdo procura fomentar la digitalización de los trámites y la cooperación entre autoridades aduaneras y agilizar el movimiento, levante y despacho de mercancías en aduana. Colombia ratificó este Acuerdo en junio de 2020.

B. Experiencia comparada

Como mencionamos, las medidas de liberalización del comercio se han concentrado principalmente en bienes médicos (v.gr., medicamentos, insumos médicos, equipos médicos y elementos de protección personal) y en bienes del sector agropecuario (v.gr., frijol, cebolla, ajo y huevos).

Comenzando por los bienes médicos, la demanda de los mismos ha aumentado considerablemente con ocasión de la pandemia. A nivel mundial las importaciones de estos bienes representaron un total de \$ 991.1 billones de dólares americanos (USD) en el 2018²⁷ y un total de USD \$ 1011 billones en el 2019²⁸, con un incremento anual aproximado del doce por ciento (12%) del 2015

de 2012, at 2, disponible en: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201201_e.pdf (12 de julio de 2020).

27 Carlos Kuriyama, *Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, APEC Policy Support Unit Policy Brief No. 32 (2020)* at , disponible en: <https://www.apec.org/Publications/2020/04/Promoting-Trade-in-Medical-Goods-to-Tackle-COVID-19-Challenges> (12 de julio de 2020).

28 Organización Mundial del Comercio, *Trade in Medical Goods in the context of tackling COVID-19: Information Note*, 3 de abril de 2020, at 2, disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5a1af59c-en.pdf?expires=1594785606&id=id&accname=guest&checksum=E4524893577A-C496E40455437F1D1F49> (13 de julio de 2020).

al 2018²⁹. Para el 2019, el total de importaciones estuvo constituido como sigue: trece por ciento (13%) de elementos de protección personal, catorce por ciento (14%) de equipos médicos, diez y siete por ciento (17%) de insumos médicos y cincuenta y seis por ciento (56%) de medicamentos³⁰.

Los principales importadores de estos bienes fueron EEUU y Alemania, seguidos por China y Bélgica³¹. En promedio, la tarifa NFM aplicada a este tipo de productos por los Miembros de la OMC es del cuatro punto ocho por ciento (4.8%), siendo los elementos de protección personal sobre los que recaen los aranceles más altos (de hasta once punto cinco por ciento -11.5%)³².

En términos de medidas de liberalización arancelaria, economías como Argelia, Angola, Anguila, Argentina, Australia, Azerbaiyán, Bangladesh, Bolivia, Brasil, Cabo Verde, Canadá, China, República Dominicana, Ecuador, Unión Europea, Alemania, India, Mongolia, Nigeria, Pakistán, Filipinas, Singapur y Tailandia han eliminado o reducido sus aranceles sobre productos médicos³³. Continuando por el sector agropecuario, no se espera que la demanda de estos bienes cambie significativamente con ocasión de la COVID-19, al tratarse de bienes básicos con una demanda relativamente estable³⁴.

29 Carlos Kuriyama, *Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, APEC Policy Support Unit Policy Brief No. 32 (2020)* at , disponible en: <https://www.apec.org/Publications/2020/04/Promoting-Trade-in-Medical-Goods-to-Tackle-COVID-19-Challenges> (12 de julio de 2020).

30 Organización Mundial del Comercio, *Trade in Medical Goods in the context of tackling COVID-19: Information Note*, 3 de abril de 2020, at 3, disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5a1af59c-en.pdf?expires=1594785606&id=id&accname=guest&checksum=E4524893577A-C496E40455437F1D1F49> (13 de julio de 2020).

31 Organización Mundial del Comercio, *Trade in Medical Goods in the context of tackling COVID-19: Information Note*, 3 de abril de 2020, at 3, disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5a1af59c-en.pdf?expires=1594785606&id=id&accname=guest&checksum=E4524893577A-C496E40455437F1D1F49> (13 de julio de 2020).

32 Organización Mundial del Comercio, *Trade in Medical Goods in the context of tackling COVID-19: Information Note*, 3 de abril de 2020, at 5-6, disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5a1af59c-en.pdf?expires=1594785606&id=id&accname=guest&checksum=E4524893577A-C496E40455437F1D1F49> (13 de julio de 2020).

33 International Trade Center (ITC), *Market Access Map: COVID-19 Temporary Trade Measures*, disponible en: <https://www.macmap.org/en/covid19#map-import-view> (29 de septiembre de 2020).

34 Organización Mundial del Comercio: *COVID-19 and Agriculture: A story of Resilience*, 26 de agosto de 2020, at 1, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/

. Además, debido a que la mayor parte del comercio agrícola (en particular de cereales y de semillas oleaginosas) se desarrolla vía envíos marítimos, este no ha sufrido grandes interrupciones. En términos generales, mientras el comercio de mercancías se redujo drásticamente en el primer semestre de 2020, las exportaciones agrícolas y de alimentos aumentaron en un 2.5% durante el primer trimestre del año (en comparación con el mismo período de 2019)³⁵.

No obstante, la pandemia ha generado un cambio sustancial en la estructura de la demanda debido a la disminución en lo requerido por restaurantes y hoteles y al cierre de supermercados y centros de abastecimiento. Se espera también que las medidas de confinamiento y el cierre de fronteras afecten la oferta de este tipo de productos debido a una posible insuficiencia de la mano de obra disponible; resultando especialmente afectada la oferta de bienes precederos³⁶.

Estados como Bolivia (trigo y morcajo), Qatar (carne, pescado, lácteos quesos, legumbres y aceites, entre otros), China (carne y otros), Samoa (todos los bienes agropecuarios), Marruecos (garbanzos, frijoles y maíz, entre otros), El Salvador (frijol, arroz blanco y maíz), Unión Económica Euroasiática (cebollas, ajo, zanahorias, repollo, trigo, arroz de grano largo y alimentos preparados para lactantes, entre otros), Mali (arroz y leche) y Mauritania (trigo, aceite de cocina, leche en polvo, verduras y frutas) han eliminado o reducido sus aranceles sobre alimentos o productos del sector agropecuario³⁷.

Sobre este asunto, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, la Unión Europea y otros diez y nueve (19) Miembros de la Organización circularon una declaración conjunta resaltando la importancia de evitar, según sea posible, la imposición de medidas restrictivas en el comercio de productos

[covid19_e/agric_report_e.pdf](#) (28 de septiembre de 2020).

35 Organización Mundial del Comercio: *COVID-19 and Agriculture: A story of Resilience*, 26 de agosto de 2020, at 1, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/agric_report_e.pdf (28 de septiembre de 2020).

36 OECD Policy Responses to COVID-19, *COVID-19 and the Food and Agriculture Sector: Issues and Policy Responses*, 29 de abril de 2020, disponible en: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-the-food-and-agriculture-sector-issues-and-policy-responses-a23f764b/> (13 de julio de 2020).

37 International Trade Center (ITC), *Market Access Map: COVID-19 Temporary Trade Measures*, disponible en: <https://www.macmap.org/en/covid19#map-import-view> (29 de septiembre de 2020).

agropecuarios³⁸.

Por último, en lo relativo a medidas de liberalización no arancelaria, varios estados han optado por agilizar sus procedimientos de aduana y flexibilizar la obtención de certificados sanitarios o fitosanitarios para la importación de mercancías. Por ejemplo, la Comisión Europea adoptó el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/466 el cual permite a los Estados miembros aplicar medidas temporales en relación con los controles oficiales. Entre otros, este Reglamento permite que los controles oficiales, y otras actividades oficiales, se lleven a cabo sobre una copia electrónica de los certificados o declaraciones relevantes.

En este mismo sentido, Brasil flexibilizó los procesos de aduana para la importación de equipos médicos, por medio de la Ordenanza No. 25 del 8 de mayo de 2020, y Singapur flexibilizó la importación de desinfectantes para manos, mascarillas, termómetros y equipos de protección, por medio de la Guía del 14 de febrero de 2020. Ucrania, por su parte, flexibilizó el trámite de las solicitudes

38 Comité de Agricultura, *Responding to the COVID-19 Pandemic with Open and Predictable Trade in Agricultural and Food Products*, 22 de abril de 2020, WT/GC/208 – G/AG/30.

para la comercialización de equipos de protección personal, productos sanitarios, productos sanitarios para diagnóstico in vitro y dispositivos médicos, a través de la Resolución No. 226 del 20 de marzo de 2020, e Indonesia abrió la posibilidad de recibir certificados sanitarios y fitosanitarios vía digital, a través de la comunicación oficial 5984/KR.020/K.3/04/2020³⁹. Medidas similares fueron adoptadas también por Canadá, Suiza y Tailandia, entre otros⁴⁰.

III. Medidas comerciales restrictivas

A. Medidas adoptadas por Colombia

39 Organización Mundial del Comercio, *WTO Members Notifications on COVID-19*, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/notifications_e.htm (29 de septiembre de 2020).

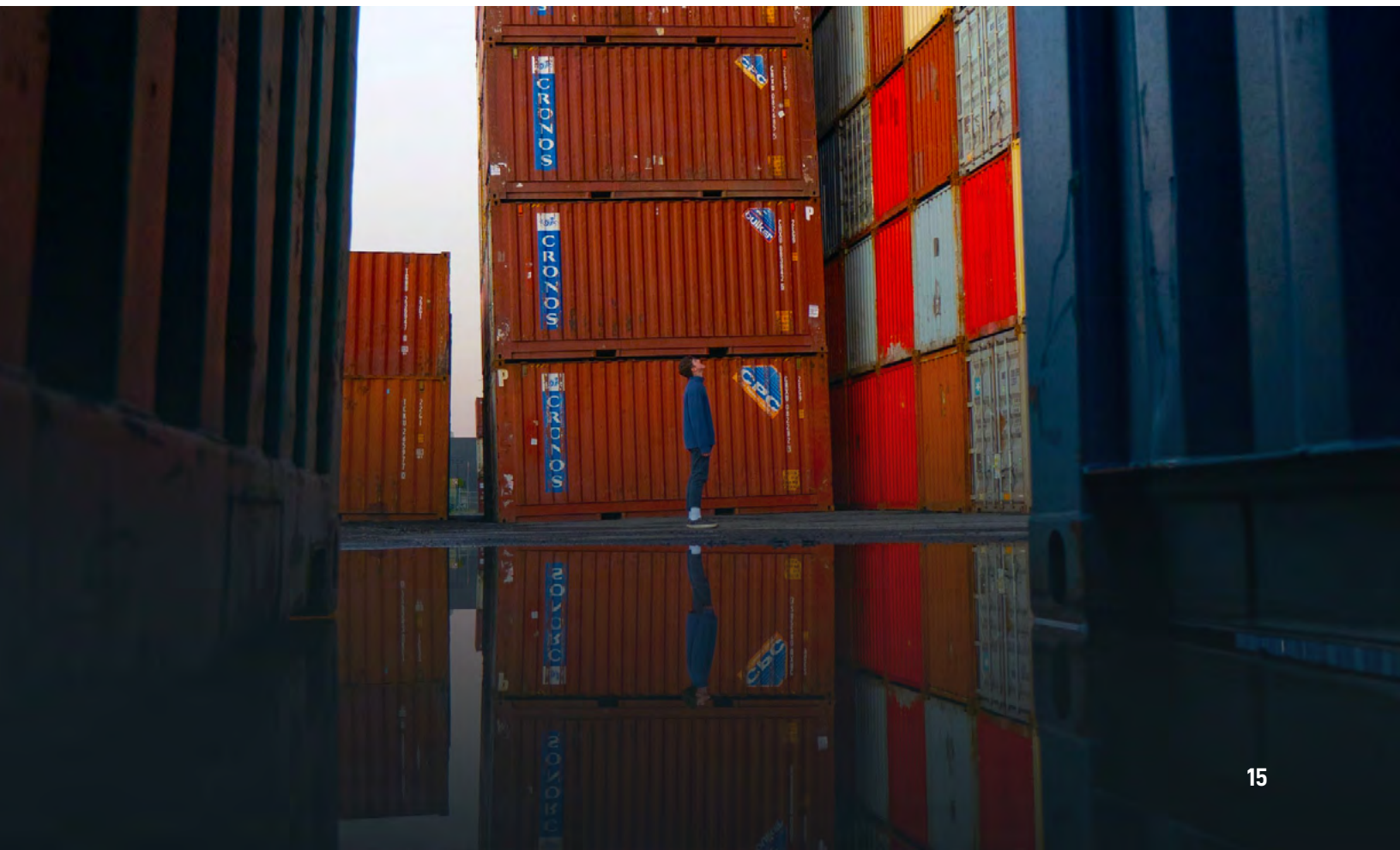
40 Organización Mundial del Comercio, *Standards, Regulations and COVID-19: What Actions taken by WTO Members?*, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/standards_report_e.pdf (29 de septiembre de 2020).

1. Decreto 462 de 2020 y su regulación posterior

En el marco de la declaratoria de emergencia sanitaria, declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Resolución 385 de 12 de marzo de 2020, y de la Emergencia Económica, Social y Ecológica dispuesta por el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional planteó, a través del Decreto 462 de 22 de marzo de 2020, algunas medidas dirigidas a cumplir con los siguientes objetivos:

Primero, prohibir la exportación de bienes requeridos para la atención de la pandemia, producidos en el territorio nacional, que registraran un desabastecimiento o un abastecimiento insuficiente en el mercado interno. Segundo, prohibir la reexportación de bienes requeridos para la atención de la pandemia, que hubieran sido importados y registraran un desabastecimiento en el mercado interno o un abastecimiento insuficiente.

Tercero, establecer un esquema de distribución priorizada de los productos, a efectos de privilegiar a instituciones y entidades de interés estratégico de la Nación.



Por último, evitar fenómenos de acaparamiento o distribución ineficiente, inequitativa o inadecuada de los productos.

La prohibición de exportación y reexportación, sin embargo, no fue absoluta ya que se permitieron dichas operaciones, a solicitud del interesado, previa autorización del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, siempre y cuando se determinaran dos condiciones: (i) que el abastecimiento del producto específico, para el mercado interno, fuera suficiente; y (ii) que se corroborara la existencia de excedentes de los insumos.

En este sentido, la valoración a realizarse frente a cada caso debía implicar un análisis general y periódico del comportamiento del producto, dentro del mercado, y un estudio específico de la capacidad de provisión o producción del insumo por parte del requirente, lo cual se vería reflejado en la posterior regulación de esta norma, a través de la Resolución 0457 del 2 de abril de 2020, en dos aspectos específicos: el diseño y conformación de la instancia establecida para la conso-

lidación de la información del abastecimiento del mercado y para la recomendación de la autorización o denegación de las exportaciones (la Mesa de Diálogo y Coordinación), por una parte, y la información requerida en el formato de solicitud de autorización de exportación (Anexo No. 2 de la Resolución 0457 de 2020)⁴¹, por la otra.

Respecto de la priorización de la distribución de los productos, se consideraron dos grupos para la restricción, en atención a las entidades priorizadas, a saber:

⁴¹ En este sentido, dentro de la información requerida se debía expresar el comportamiento histórico (3 meses anteriores) de la producción y de las ventas al mercado nacional y con destino a la exportación de los bienes, el inventario disponible, la capacidad de abastecimiento al mercado interno y si tenían problemas con la consecución de materias primas.



Segundo Grupo

Distribución priorizada para entidades de salud (artículo 4 del Decreto 462 de 2020)

<i>Productos (subpartida arancelaria)</i>	<i>Entidades priorizadas para su distribución</i>
(4015110000) Guantes, mitones y manoplas para cirugía	Instituciones prestadoras de servicios de salud con servicios habilitados de unidad de cuidados intensivos o intermedios neonatal, pediátrica o de adultos o de hospitalización, adultos o pediátrica o de urgencias, acreditadas, así como instituciones prestadoras de servicios de salud autorizadas.
(4015191000) Guantes, mitones y manoplas (los demás) antirradiaciones	
(4015199000) Guantes, mitones y manoplas (los demás)	
(4015901000) Prendas de vestir, guantes, mitones y manoplas y demás complementos (accesorios), de vestir, para cualquier uso, de caucho vulcanizado sin endurecer (los demás), antirradiaciones	
(4015909000) Prendas de vestir, guantes, mitones y manoplas y demás complementos (accesorios), de vestir, para cualquier uso, de caucho vulcanizado sin endurecer (los demás)	
(9018110000) Electrocardiógrafos	
(9018190000) Aparatos de electrodiagnóstico (incluidos los aparatos de exploración funcional o de vigilancia de parámetros fisiológicos). Los demás	
(9018901000) Los demás instrumentos y aparatos electromédicos	
(9019200010) Concentradores de oxígeno	
(9019200090) Aparatos de ozonoterapia, oxigenoterapia o aerosolterapia, aparatos respiratorios de reanimación y demás aparatos de terapia respiratoria (los demás)	
(9020000000) Los demás aparatos respiratorios y máscaras antigás, excepto las máscaras de protección sin mecanismo ni elemento filtrante amovible	
(9022140000) Aparatos de rayos X, incluso para uso médico, quirúrgico, odontológico o veterinario, incluidos los aparatos de radiografía o radioterapia (los demás, para uso médico, quirúrgico o veterinario)	
(9022900000) Aparatos de rayos X y aparatos que utilicen radiaciones, uso médico, quirúrgico, odontológico o veterinario, incluidos los aparatos de radiografía o radioterapia, tubos y dispositivos de rayos X, generadores de tensión, consolas de mando, pantallas, mesas, sillones y soportes similares para examen o tratamiento (los demás, incluidas las partes y accesorios)	
(9402909000) Mobiliario para medicina, cirugía, odontología o veterinaria, sillones de peluquería y sillones similares, con dispositivos de orientación y elevación; partes de estos artículos (los demás y sus partes)	

Estas restricciones a la comercialización y distribución de los productos partían de algunos ámbitos, a saber: (i) evitar una reducción de las cantidades disponibles en el mercado interno de los productos determinados como necesarios para la atención de la emergencia sanitaria; y (ii) disponer un criterio de distribución con preferencia para las instituciones del sistema de salud y las entidades de orden estratégico de la Nación.

Para este propósito, la regulación buscó responder a los escenarios en los cuales se desarrollarían dichos ámbitos: (i) consolidar información acerca del comportamiento del mercado interno de los productos; (ii) determinar los bienes específicos considerados indispensables para responder a las necesidades para la atención de la pandemia, y (iii) administrar adecuadamente la distribución de los productos entre las entidades priorizadas, conforme al orden establecido, evitando que la misma se efectuara de manera ineficiente, inequitativa o inadecuada, así como la ocurrencia de fenómenos de acaparamiento.

Respecto de la finalidad de administración de los bienes, las medidas dirigidas a garantizar la distribución priorizada de los productos se vieron complementadas con otras disposiciones adoptadas por el Gobierno Nacional, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica, como fueron los procesos de selección adelantados por la Subcuenta para la Mitigación de Emergencias -COVID-19- del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, conforme a lo señalado en el Decreto 559 de 15 de abril de 2020, con los cuales se garantizó la disponibilidad de los bienes requeridos por el sistema de salud para responder a la exigencia derivada del aumento en el número de contagios y de los casos que precisaban de atención hospitalaria y no hospitalaria, para los pacientes de COVID-19.

Para evitar un incremento del riesgo de falta de disponibilidad de los bienes requeridos para la atención de la emergencia sanitaria, igualmente, se incorporaron restricciones a la distribución al detal de los productos referidos en el artículo 1 del Decreto 462 de 2020, de 2 unidades por grupo familiar a la semana. Lo anterior, se agregó al mandato de seguimiento que debían realizar las Superintendencias Nacional de Salud y de Industria y Comercio a efectos de evitar la ocurrencia de fenómenos de acaparamiento o distribución ineficiente, inequitativa o inadecuada de los productos, conforme al artículo 5 del

Decreto 462 de 2020.

Por otro lado, a través de la Resolución 78 de 7 de abril de 2020⁴², en desarrollo del Decreto Legislativo 507 de 2020⁴³, se fijó el listado de productos de primera necesidad a efectos de garantizar el bienestar de los consumidores más vulnerables, mediante el seguimiento estadístico a cargo del DANE, dirigido a evitar que se generaran precios significativamente altos en comparación con los precios ofrecidos antes del surgimiento de la situación que provocó la emergencia sanitaria, el cual debía reportarse semanalmente a la Superintendencia de Industria y Comercio, a efectos de realizar las labores de inspección, vigilancia y control oficiosas, con base en el análisis del comportamiento de precios de los insumos y de dichos productos de primera necesidad.

En cuanto a otro de los escenarios previstos, la Resolución 0457 de 2020 especificó aquellos bienes que, clasificados en las subpartidas arancelarias objeto de restricción, surgían como esenciales efectivamente para lograr atender la emergencia sanitaria provocada por la COVID-19, motivo por el cual el ámbito objetivo de las medidas adoptadas en el Decreto 462 de 2020 se concentraba (y reducía) a este tipo de insumos, detallados en el Anexo No. 1 de la mencionada norma regulatoria, por lo que los demás productos podrían ser exportados con la sola acreditación de la DIAN⁴⁴.

Frente a la labor de seguimiento de la suficiencia del abastecimiento del mercado interno de los productos, la conformación de la Mesa de Diálogo y Coordinación, dispuesta en la Resolución 0457 de 2020, se estableció a efectos de contemplar estas variables, al igual que con la finalidad de permitir una discusión y participación ampliada de las solicitudes de autorización de exportación allega-

das para su recomendación, por lo que con la integración de sus participantes se buscó:

a. Contar con la visión de los requerimientos y necesidades específicas desde la política pública de salud, con la presencia del Viceministerio de Salud Pública y Prestación de Servicios del Ministerio de Salud y Protección Social.

b. Contar con la visión de la política pública de comercio exterior y de desarrollo empresarial, respecto de las medidas establecidas y los planes concebidos para la reactivación económica, con la presencia de los Viceministerios de Comercio Exterior y de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

c. Contar con la visión integral de la política de competitividad, en el marco de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, con la presencia de la Consejería Presidencial para la Competitividad y la Gestión Público Privada.

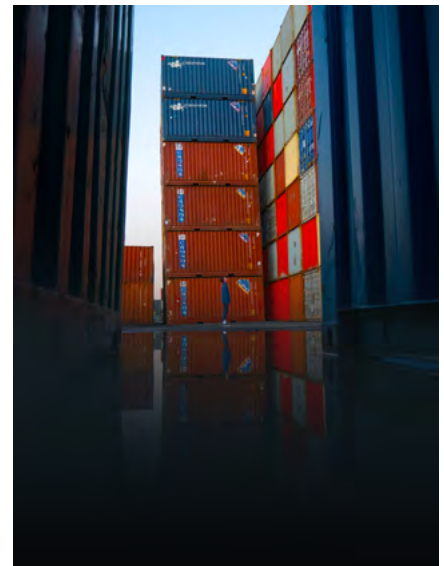
d. Contar con la información en materia de seguimiento al comportamiento del mercado interno, tanto en materia de precios como de cantidades vendidas, al igual que en el marco de la protección del consumidor, con la participación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE y la Superintendencia de Industria y Comercio.

e. Contar con la información particular de los sectores productivos o comercializadores a través de la participación de las asociaciones y agremiaciones del sector privado, dos de las cuales podrían emitir su votación específica acerca de la recomendación a ser emitida por la Mesa, respecto de las solicitudes de exportación puestas a su

42 Expedida por los Ministerios de Salud y Protección Social, de Comercio, Industria y Turismo, y de Agricultura y Desarrollo Rural.

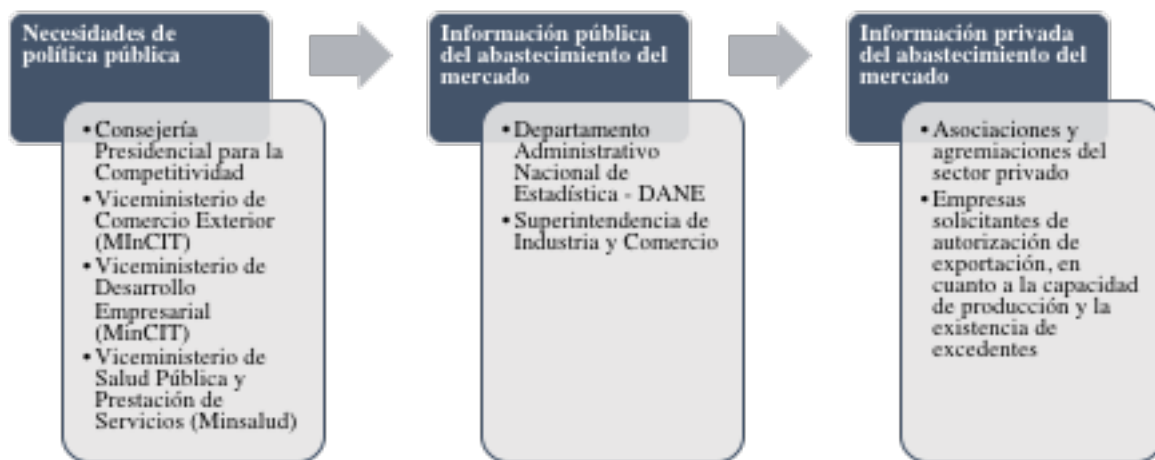
43 Por el cual se adoptan medidas para favorecer el acceso de los hogares más vulnerables a los productos de la canasta básica, medicamentos y dispositivos médicos, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica decretada mediante el Decreto 417 de 2020.

44 De acuerdo con el artículo 5 de la Resolución No. 457 de 2020, expedida por los Ministerios de Salud y Protección Social, y de Comercio, Industria y Turismo, se especificó que los productos determinados en el Anexo No. 1 se entenderían como esenciales para la atención de la emergencia sanitaria provocada por la COVID-19, por lo que sólo respecto de ellos se aplicarían las restricciones dispuestas en el Decreto 462 de 2020, tanto en materia de exportación como de distribución.



consideración.

En otros términos, esta conformación podría plantearse de la siguiente forma:



Esta distribución plural de conformación público-privada de la instancia creada para la consolidación de la información técnica para la toma de decisiones en torno de la autorización de exportaciones de bienes objeto de restricción desarrolla el principio⁴⁵, y derecho de orden constitucional, de la participación democrática en la toma de decisiones de parte de las autoridades⁴⁶, lo que permite

45 El numeral 6 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que en "... virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública."

46 La Corte Constitucional, en la sentencia C-126 de 9 de marzo de 2016, destacó lo siguiente: "El principio de participación democrática se refleja no solamente en la toma de decisiones, sino en un modelo de comportamiento político y social, que se basa en la tolerancia, el pluralismo y la responsabilidad que adquieren todos los ciudadanos al momento de adoptar determinaciones que afectan a la colectividad. Sin embargo, no se puede desconocer que el mentado principio no comprende simplemente la consagración de mecanismos para la toma de decisiones electorales, como referendos o consultas populares, sino que implica adicionalmente que los ciudadanos cuenten con la facultad de participación en los procesos decisivos no electorales que afectan su vida. Buscando de esta forma fortalecer los lazos que unen al ciudadano con sus representantes, para promover una participación más equilibrada en la que no se avizore ningún escenario de desigualdad. Lo que el constituyente quiso al incluir el principio de participación ciudadana no electoral en la norma Superior, fue acrecentar el interés de la ciudadanía en los problemas colectivos, para así de esta manera colaborar en la formación de aquellos que se interesan constantemente en los procesos gubernamentales; desarrollando la posibilidad de que todo ciudadano tenga la oportunidad de lograr su desarrollo personal. Es claro entonces, que la democracia participativa del pueblo no solo busca que los ciudadanos elijan a sus representantes, me-

el involucramiento de los actores privados destinatarios de las medidas, por una parte, y la consideración en torno de las múltiples variables y efectos de las disposiciones en el sector privado⁴⁷, por parte de las entidades públicas, por la otra.

Por último, se exceptuaron de estas restricciones algunas circunstancias especiales como: (i) las operaciones de comercio realizadas al amparo de Sistemas Especiales de Importación – Exportación; (ii) las mercancías que, al momento de la entrada en vigencia del Decreto 462 de 2020, hubieren ingresado a puerto, aeropuerto, o depósito habilitado, con destino a la exportación; (iii) las mercancías que, al momento de entrada en vigencia del Decreto 462 de 2020, estuvieran siendo transportadas, con destino a la exportación; y (iv) las operaciones correspondientes a situaciones jurídicas consolidadas, derivadas de negocios jurídicos que se hubieran celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 462 de 2020, de acuerdo con lo planteado en el artículo 7 de esa disposición y en la Resolución 445 del 27 de marzo de 2020.

Con esta previsión se buscó preservar la se-

dante el voto, sino que además puedan intervenir de forma directa, no solo mediante representación, sino también en la toma de las decisiones que los puedan afectar, bien sea dejando sin efecto o modificando las determinaciones adoptadas por sus gobernantes o revocándoles el mandato."

47 Esta situación implica el conocimiento específico de la realidad del mercado, desde el punto de vista práctico y operativo, desde la perspectiva de las empresas productoras y comercializadoras, las cuales en muchas ocasiones no se encuentran parametrizadas o identificadas, a efectos de la adopción de las políticas públicas.

guridad jurídica y la confianza legítima que se verían eventualmente involucradas frente a compromisos previamente adquiridos o a circunstancias jurídicas que se hubieran consolidado con anterioridad a la expedición de dichas medidas, para lo cual se amparó la certidumbre y la previsibilidad de los contenidos normativos incorporados en la disposición de restricciones a la exportación⁴⁸, con lo que se materializó el principio que orienta las regulaciones en materias aduaneras y arancelarias, como lo establece el artículo 4 de la Ley 1609 de 2013.

Por último, cabe agregar que el Decreto 462 de 2020 fue objeto de control automático de legalidad por el Consejo de Estado, corporación que mediante sentencia de 16 de junio de 2020⁴⁹ determinó que, en los tres ámbitos relevantes para el análisis material de la norma, se concluía lo siguiente:

a. Que la disposición desarrollaba y definía las medidas para la ejecución del estado de emergencia económica, social y ecológica, ya que resultaban "(...) acordes y necesarias para a) evitar la propagación

48 En este sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia C-328 de 5 de junio de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, señaló: "Debe señalarse que el principio de la seguridad jurídica es entendido como aquella cualidad que tiene el ordenamiento jurídico relativo a la certeza del Derecho cuando el mismo se aplica. Es, en consecuencia, un factor razonable de previsibilidad jurídica en tanto presupuesto y función del Estado, que genera confianza para el administrado, quien advierte que una situación no se va a alterar o modificar de manera súbita o repentina."

49 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No. 14, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación No. 11001-03-15-000-2020-00962-00.



del coronavirus COVID-19, b) mejorar la situación de los contagiados y c) garantizar el abastecimiento ante la sobredemanda de bienes e insumos que contienen agentes biocidas”.

b. Que la norma observaba las previsiones en materia de necesidad (debido a la ausencia de otra disposición que permitiera garantizar la provisión de los bienes a las entidades determinadas como estratégicas y mantener controladas sus ventas), finalidad (en tanto las medidas adoptadas resultan idóneas para conjurar y mitigar la situación que dio lugar al estado de excepción) y proporcionalidad (ya que los beneficios resultan mayores al costo asumido con las medidas, al perseguir un fin constitucionalmente válido, realizarse como una forma de intervención estatal en la economía, ser viables en el marco del GATT de 1994 y estar limitadas en el tiempo) en relación con la emergencia económica, social y ecológica decretada.

c. Que la norma no contraviene el ordenamiento jurídico por cuanto “(...) cumple con la finalidad que le fue encomendada, esto es, atender la sobredemanda de ciertos bienes e insumos necesarios para dar respuesta a la eventual escasez de los mismos”.

Por último, el Consejo de Estado reiteró que la amplitud de la restricción respecto de los productos clasificados en las subpartidas arancelarias señaladas en los artículos 1 y 4 del Decreto 462 de 2020, encontraban una modulación teleológica, es decir, por la utilidad de los bienes en la atención de la pandemia, con lo cual la regulación posterior contenida en la Resolución 0457 de 2020, con la determinación de los productos esenciales del Anexo No. 1⁵⁰.

En este sentido, el Decreto 462 de 2020 y su desarrollo regulatorio estableció restricciones a la exportación de algunos productos y medidas para la distribución priorizada de los mismos, para lo cual incorporó escenarios que permitieron una labor coordinada con las demás instituciones públicas y la coordina-

50 En este sentido, refirió la sentencia: “(...) una de las consecuencias de que la medida se haya adoptado teniendo en cuenta las partidas y subpartidas arancelarias es que se pudieron afectar bienes que, a primera vista, no resultarían útiles para la prevención, contención y mitigación de la pandemia, lo cual podría resultar desproporcionado como lo señala el Ministerio Público si no fuera porque una lectura integral del acto objeto de control permite establecer que los exportadores de este tipo de productos no se verán afectados. Así, al no tratarse de elementos esenciales para atacar el coronavirus COVID-19, sobre los mismos no recaerá un exceso de demanda y, en esa medida, sobre ellos se podrá aplicar el artículo 6 según el cual (se transcribe) (...)”.

ción con instancias privadas, en el marco de una labor de seguimiento al abastecimiento interno de los bienes, a través de diferentes fuentes, con una modulación del alcance sólo frente a los productos esenciales para la atención de la emergencia sanitaria y con respeto por las situaciones consolidadas, en aras de garantizar la seguridad jurídica, cuyo instrumento principal fue encontrado ajustado al ordenamiento jurídico por el Consejo de Estado.

2. Funcionamiento de la Mesa de Diálogo y Coordinación

La Mesa de Diálogo y Coordinación mencionada fue establecida por la Resolución 0457 del 2 de abril de 2020 con el propósito de crear un mecanismo para atender las solicitudes de autorización de exportación de los productos restringidos según el artículo 6 del Decreto 462 de 2020. Lo anterior, para que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, una vez revisara el estado de abastecimiento suficiente de los productos listados en los artículos 1 y 3 de este Decreto, procediera a autorizar a los interesados a exportar las cantidades que fuera posible exportar, sin comprometer el mercado interno.

Integrada por ocho miembros, la Mesa fue

creada con dos propósitos: (i) consolidar la información y proveer insumos técnicos para priorizar la distribución y venta al por mayor y al detal de los productos de que tratan los Decretos 462 y 463 de 2020 y (ii) consolidar la información como insumo técnico para el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para que decida sobre las solicitudes de autorización de exportación.

El trámite de solicitud de autorización de exportación también fue regulado por el artículo 6 de la Resolución 0457 de 2020, indicando que los interesados en presentar una solicitud de autorización de exportación debían, además de presentar el formato dispuesto en el Anexo No. 2 de ésta debidamente diligenciado, aportar la información soporte necesaria para justificar la solicitud a través del correo exportaciones@mincit.gov.co.

Adicionalmente, y con el propósito de delimitar cuáles productos de los clasificados bajo las subpartidas arancelarias incorporadas en los artículos 1 y 3 del Decreto 462 de 2020 requerían adelantar el trámite de solicitud de autorización de exportación, precisó que únicamente aquellos considerados como esenciales para afrontar la emergencia sanitaria descritos en el listado en el Anexo No. 1 debían adelantar este trámite.

Para los no identificados en el Anexo No. 1 no sería necesario presentar la solicitud de autorización de exportación, únicamente con demostrar a la autoridad aduanera, al momento de adelantar el trámite de exportación con la información requerida por dicha autoridad, que el producto a exportar no era considerado como esencial para atender la emergencia sanitaria generada por el COVID-19, era más que suficiente.

A partir del 2 de abril de 2020, fecha de entrada en vigencia de la Resolución 0457 de 2020, se activó el funcionamiento de la Mesa de Diálogo y Coordinación que, como resultado -según consta en el Acta No. 25 del 18 de septiembre de 2020 en el punto "5.1. Informe de gestión de la Mesa de Diálogo y Coordinación"- analizó 633 solicitudes de autorización de exportación, de las cuales recomendó la autorización de exportación a 612 y la denegación a 21, con 251 tramitadas mediante autorización delegada, con lo cual el 97% de las peticiones tuvieron un resultado aprobatorio, correspondiendo el 47% de éstas a medicamentos y el 40% a tapabocas.

La Viceministra de Comercio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo dispuso, para realizar esta labor, la creación de un

equipo interdisciplinario al interior del Ministerio, denominado el "Grupo Base"⁵¹ que, de manera minuciosa, atendió cada una de estas solicitudes, inclusive aquellas que según los criterios señalados en la Resolución 0457 y en la Resolución 455 de 2020, no requerían ser evaluadas por la Mesa y mucho menos de una autorización para ser exportadas.

Vale la pena recordar -como se mencionó arriba- que a través de la Resolución 455 del 27 de marzo de 2020, por ejemplo, se identificaron cuatro circunstancias sobre las cuales no era aplicable la restricción de exportación establecida por el Decreto 462 de 2020, a saber: (i) las operaciones de comercio al amparo de Sistemas Especiales de Importación- Exportación; (ii) las mercancías que, al momento de la entrada en vigencia del Decreto 462 de 2020, hubieren ingresado a puerto, aeropuerto, depósito habilitado con destino a la exportación; (iii) las mercancías que, al momento de entrada en vigencia del Decreto 462 de 2020, estuvieran siendo transportadas con destino a la exportación, y (iv) las operaciones correspondientes a situaciones jurídicas consolidadas derivadas de negocios jurídicos que se hubieren celebrado con fecha anterior a la entrada en vigencia del Decreto 462 de 2020. En ese sentido, es importante destacar la labor adelantada por el equipo interdisciplinario como también de análisis jurídico al absolver las consultas sobre formas o tipos de contratos particularmente usados por los laboratorios de la industria farmacéutica que, en principio, no permitían identificar si se trataba o no de situaciones jurídicas consolidadas⁵².

Las solicitudes de autorización de exportación, antes de ser llevadas a consideración de la Mesa, fueron organizadas en orden de llegada y sometidas a una revisión prelimi-

⁵¹ El Grupo Base, fue conformado por el Director de Comercio, El Director de Relaciones Comerciales, El Jefe de Oficina de Asuntos Legales Internacionales, que además desarrolló la labor de Secretario Técnico de la Mesa de diálogo y coordinación, los asesores del Consejo Superior de Comercio Exterior, dos funcionarios pertenecientes a la Dirección de Comercio Exterior, encargada de la recepción y envío del acto administrativo de autorización o negación de las solicitudes y tres funcionarios de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales.

⁵² Oficio OALI- Radicado No. 2-2020-010053 de 2020-04-20 "Los compromisos futuros y el "forecast" son actos que se puede enmarcar o no dentro de negocios jurídicos como la compraventa o el suministro. El "forecast"[15] o previsión de ventas es una práctica de producción de las compañías para la estimación de ventas que una compañía establece para un determinado periodo de tiempo. Para ello se utilizan datos históricos, valoraciones del equipo de marketing, entre otros. En principio, el "forecast" o previsión de ventas es la estimación de ventas que una compañía establece para un determinado periodo de tiempo".

nar, cuyo resultado podría derivar en la solicitud de alguna aclaración o complementación de la información, para luego pasar por un primer filtro, esta vez, sometida al análisis del Grupo Base quienes, de nuevo, evaluarían la consistencia de la información consignada en el formato del Anexo No. 2, la calidad del solicitante (productor o comercializador), la identificación del producto y su clasificación, los motivos de la solicitud de autorización de exportación y un análisis previo sobre la capacidad de la producción, inventarios, ventas, comportamiento de los tres últimos meses y de las exportaciones. Posteriormente, la solicitud se sometía a una segunda y última revisión, a cargo de los asesores del Consejo Superior del Comercio Exterior, quienes dictaminaban si la solicitud reunía los requisitos para ser presentada a la Mesa.

El funcionamiento de la Mesa implicó la atención de varios frentes y un trabajo previo que requirió de la mayor precisión y celeridad, dado que la Mesa sesionó cada semana desde su instalación.

Para que una solicitud de autorización de exportación fuera presentada a la Mesa, el Grupo Base primero debía constatar que la identificación de los productos objeto de solicitud, correspondiera a los productos listados en el Anexo No. 1 de la Resolución 0457 de 2020 considerados necesarios para atender la emergencia sanitaria y, por lo tanto, objeto de restricción de exportación. Este trabajo implicó estudiar su composición, sus características técnicas y su finalidad. A manera de ejemplo, para el caso de mascarillas de protección respiratoria, fue necesario distinguir del universo de las mascarillas, cuáles eran desechables de tela no tejida en filamentos sintéticos 100% poliéster y cuales mascarillas eran las reutilizables, esto por cuanto, ambos tipos de mascarillas, se clasificaban bajo la subpartida arancelaria 6307903000.

Esta distinción, que implicó un análisis previo y detallado, permitió la exportación de aquellas mascarillas reutilizables o lavables de tela y de otras calificadas como de "moda", las cuales fueron identificadas como no comprendidas en el Anexo No. 1 de la Resolución 0457 de 2020 y por lo mismo de libre exportación. Luego, para los meses de mayo a junio, se percibió la producción de tapabocas de todo tipo como un fenómeno interesante de reconversión que se dio en medio de la pandemia, al punto que muchas empresas comenzaron a fabricar tapabocas, ampliando rápidamente la oferta en el mercado local y propiciando una baja en el precio, un alto porcentaje de abastecimiento e incluso de

excedentes para la exportación. Como resultado de este fenómeno, para el mes de agosto y últimos días del mes de septiembre, expiración de la vigencia del Decreto 462 de 2020, la Mesa de Diálogo y Coordinación, con fundamento en las cifras proporcionadas por el Ministerio de Salud y Protección Social, el Viceministerio de Desarrollo Empresarial, el DANE y la Superintendencia de Industria y Comercio, recomendó aprobar las solicitudes de exportación de mascarillas de protección respiratoria, incluso las identificadas como desechables de tela no tejida en filamentos sintéticos 100% poliéster.

En segundo término, el Grupo Base debió pronunciarse sobre solicitudes de autorización de exportación sobre las cuales determinó que a pesar de que el bien objeto de solicitud de autorización de exportación estaba descrito en el Anexo No. 1 de la Resolución 0457 de 2020 por sus características físicas o funcionales no podía ser utilizado para atender la emergencia sanitaria y, por lo tanto, desbordaba el propósito o finalidad de la restricción. Esto, bien porque comprendía bienes que requerían ser reparados y, por lo tanto, devueltos a la casa matriz para su reparación⁵³; que serían devueltos⁵⁴; que no habían obtenido el visto bueno del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), luego no cumplían con los requisitos exigidos por la ley aduanera para su importación⁵⁵ y, por lo tanto, debían ser reembarcados; o que, una vez efectuada la inspección de la mercancía antes de su nacionalización, el importador detectaba que la mercancía no cumplía con los estándares de calidad establecidos el contrato o no correspondía con lo que se había pedido, evidenciando un error en el despacho que necesariamente implicaba su devolución al proveedor⁵⁶.

En tercer término, otra dificultad asumida por el Grupo Base fue atender tanto las solicitudes de autorización de exportación como las inquietudes, en particular la de la Cámara de Usuarios de Zona Franca de la ANDI o de algunos usuarios industriales de bienes y servicios de la Zona Franca de Barranquilla y de la Zona Franca de Medellín. Estos últimos, con el ánimo de conocer si a las operaciones de maquila, por cuenta y a nombre

de un cliente en el exterior, sobre el producto resultado de fabricación en la zona franca, se aplicaba la restricción de exportación establecida por el Decreto 462 de 2020 y, por lo tanto, requería adelantar el trámite de autorización de exportación.

El Grupo Base, al observar que el Decreto 462 de 2020 guardó silencio y no especificó un tratamiento distinto para las zonas francas, ni las incluyó dentro de las operaciones exceptuadas de su aplicación, llegó a la conclusión que el régimen de zonas francas quedó comprendido dentro del ámbito de aplicación de la restricción de exportación establecida en el Decreto 462 de 2020. Sin embargo, del análisis jurídico sobre las operaciones de maquila por cuenta y a nombre de un tercero, se determinó que a esa operación no le aplicaba la restricción de exportación⁵⁷.

La mayor preocupación fue planteada por la Cámara de Usuario de Zona Franca de la ANDI cuando señaló, en relación con la prohibición de exportación establecida en el Decreto 462 de 2020: “Esto significa que las personas que laboran dentro de las Zonas Francas, no tendrían derecho a los beneficios de salvaguardar la vida y salud, al no poder usar y adquirir los bienes objeto de restricción en el decreto, como tampoco se tuvo en cuenta que en Colombia operan más de 11 clínicas como Zona Franca, con lo cual asume que al estar prohibida la exportación, claramente impide Dnto de las mismas”.

Por fortuna, esta preocupación fue resuelta⁵⁸ entendiendo que, a pesar de que la introducción de mercancías a zonas francas desde el resto del territorio nacional está definida como una exportación (artículo 479 del Decreto 1165 de 2019) y, por lo tanto, esa operación estaba sujeta a la prohibición consagrada en el Decreto 462 de 2020, dentro de la legislación aduanera el artículo 481 del Decreto 1165 de 2019 regula la posibilidad de introducir a una zona franca desde el territorio aduanero nacional: “materiales de construcción, combustibles, alimentos, bebidas y elementos de aseo para su consumo o utilización dentro de la zona franca; así como de aquellos necesarios para el normal desarrollo de las actividades de los usuarios y que no constituyan parte de su objeto social” (subrayado añadido). En estos eventos, esa operación no se considera exportación, por mandato expreso de dicho artículo.

Por otra parte, el artículo 2 del Decreto 462 de 2020 estableció la priorización y venta de los productos de prohibida exportación con el propósito de proveer, en primer lugar, a las instituciones prestadoras del servicio de salud que cuenten entre otras cosas, con servicios de unidad de cuidados intensivos neonatal y para adultos, así como servicios de hospitalización. De ahí, resultó prioritario el ingreso de los elementos esenciales para el normal funcionamiento de las clínicas, de lo contrario, se configuraría un contra sentido con el espíritu mismo de la medida.

En conclusión, la preocupación en cuanto a que las personas que laboran en las zonas francas, así como las 11 clínicas que operan como zona franca, sobre el que no puedan beneficiarse de los productos particularizados en la Resolución 0457 de 2020 se diluyó al observar que a la situación descrita no le era aplicable el Decreto 462 de 2020, en la medida que se encuentra cubierta tanto por lo dispuesto en el artículo 481 del Decreto 1165 de 2019, como también por el artículo 2 del Decreto 462 de 2020.

Así mismo, respecto de las zonas francas permanentes, fue posible evaluar la aplicación de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 479 del Decreto 1165 de 2019, pues tampoco se considera exportación el envío de bienes nacionales o nacionalizados a zona franca desde el resto del territorio nacional, a favor de un usuario comercial, el cual, bajo esta norma, podría ingresar bienes como los requeridos por los trabajadores y las clínicas que operan en zona franca, como también comercializarlos a otros usuarios calificados de la zona franca, en el marco del artículo 492 del mismo Estatuto (el cual regula las operaciones entre usuarios de las zonas francas).

En cuarto lugar, y respecto a la información consignada en el formato del Anexo No. 2 de la Resolución 0457 de 2020, el Grupo Base se enfrentó a un sin número de situaciones que tuvo que resolver ya sea solicitando aclaración, complementación o corrección de la información consignada y de la no consignada en dicho formato (formato en cero). Esto, llegando inclusive a concluir que era imposible conocer la capacidad de producción o de abastecimiento del productor, en razón a que el solicitante -como consecuencia de la reconversión de su empresa- ni siquiera había iniciado la producción del bien objeto de solicitud de autorización de exportación, convirtiendo la solicitud en una expectativa o una proyección hacia el futuro que en

53 Artículo 196 del Decreto 1165 de 2019. Exportación temporal por perfeccionamiento pasivo.

54 Artículo 383 del Decreto 1165 de 2019. Reembarque.

55 Artículo 177 del Decreto 1165 de 2019. Documentos Soporte de la Declaración de Importación

56 Artículo 383 del Decreto 1165 de 2019. Reembarque.

57 Oficio OALI Radicado No. 2-2020-013352 de 2020-05-19.

58 Oficio OALI Radicado No. 2-2020-012594 de 2020-05-12.

modo alguno podía reflejar el potencial abastecimiento en caso de requerir abastecer el mercado local. Y ni que decir de las solicitudes presentadas por los comercializadores, quienes debieron aportar la información de los productores, con el propósito de asegurar el abastecimiento de los bienes identificados como necesarios para atender la emergencia generada por el COVID-19.

Finalmente, y no menos importante, se presentaron solicitudes sobre productos identificados en el Anexo No. 1 de la Resolución 0457 de 2020 que, según el solicitante, correspondían a muestras sin valor comercial, cuyas cantidades no comprometían el abastecimiento del mercado interno. Lo mismo ocurrió con aquellos productos que, según las estadísticas y su seguimiento, no indicaban algún tipo de riesgo de desabastecimiento, tal es el caso de productos como el papel higiénico, los jabones, el gel antibacterial y el alcohol extraneuro. Esta situación llevo a la Mesa a determinar su aprobación automática -es decir, una vez analizada la solicitud. Con fundamento en esta determinación de la Mesa, cuya constancia se refleja en las distintas Actas, fueron tramitadas 231 solicitudes de autorización de exportación automática presentadas por 61 empresas.

3. Fundamentos en el sistema multilateral (artículo XI y XX del GATT)

El artículo XI:1 del GATT dispone que los Miembros no podrán imponer ni mantener "prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante" (subrayado fuera del texto original). Así, en principio, las medidas restrictivas impuestas por Colombia no serían compatibles con este artículo.

No obstante, si bien el artículo XI:1 del GATT prohíbe las restricciones a la exportación de productos, este artículo no se aplica a "las prohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos (...) esenciales para la parte contratante exportadora"⁵⁹. Este último sería el caso del

país pues el Decreto 462, así como su regulación posterior, se enmarca estrictamente en la necesidad de evitar, por un periodo de tiempo determinado, el desabastecimiento de bienes esenciales para prevenir y tratar el COVID-19 en el territorio nacional.

En todo caso, el artículo XX(b) del GATT, sobre las excepciones generales, dispone que ninguna de las obligaciones allí contenidas podrá impedir que sus Miembros adopten las medidas que resulten necesarias para proteger la salud y vida de las personas. Siendo así, las medidas en mención, tomadas por el país en el marco de la pandemia, se encontrarían de cualquier manera justificadas por esta excepción general.

B. Experiencia comparada

La pandemia llegó acompañada de la imposición de medidas restrictivas del comercio por varios estados, muchos de estos Miembros de la OMC⁶⁰. En términos generales, estas medidas prohibieron, temporalmente, la importación de bienes potencialmente contaminados de COVID-19 y la exportación de bienes necesarios para afrontar la pandemia. Mientras el primer grupo de medidas tenía el propósito de evitar la propagación del virus mediante, por ejemplo, carne cruda, el segundo grupo tenía la intención de evitar el desabastecimiento interno de bienes requeridos para prevenir o tratar la pandemia (v.gr., suministros médicos, medicamentos, mascarillas de protección, equipos médicos y, excepcionalmente, alimentos).

En el primer grupo de medidas, podemos identificar aquellas impuestas por Rusia relativas a la restricción en importación de animales exóticos y decorativos (v.gr., insectos, anfibios y reptiles) de China⁶¹, por Egipto relativas a la restricción de importación de ajo, zanahoria y jengibre verde desde China⁶², por Jordania en relación con la restric-

ción de importación de productos de origen animal y vegetal originados en China⁶³, por Kazajistán relativas a la restricción de importación de pescados y productos de pescado de China⁶⁴ y por Mauricio en relación con la prohibición de importación de animales vivos de China, Italia, Irán, Corea del Sur, Suiza y Estados Miembros de la Unión Europea⁶⁵.

En el segundo grupo de medidas, podemos identificar las prohibiciones a la exportación impuestas por Albania (medicamentos y dispositivos médicos), Arabia Saudita (medicamentos, equipos de protección personal y dispositivos médicos), Bangladesh (mascarillas quirúrgicas, mascarillas y desinfectantes), Bielorrusia (dispositivos médicos, equipos de protección personal, cebollas y ajos, entre otros), Brasil (equipos de protección personal, respiradores y monitores), Camboya (kits para pruebas de COVID-19), Corea (mascarillas de protección), Ecuador (equipos de protección personal e ingredientes farmacéuticos), Rusia (equipos de protección personal), Honduras (frijol rojo en grano), Indonesia (soluciones antisépticas, materias primas para fabricar mascarillas, equipos de protección personal, alcohol etílico y mascarillas), Myanmar (arroz), Reino Unido (medicamentos), Serbia (medicamentos, alimentos y elementos de protección personal) y Tailandia (mascarillas y huevos), entre otras⁶⁶.

Brasil impuso un mecanismo de autorización previa para la exportación de medicamentos como cloroquina, hidroxiclороquina, azitromicina, fentanilo, midazolam, etosuximida, propofol, alcuronio, vecuronio, rocuronio, succinilcolina, ivermectina y nitazoxanida. Perú impuso un mecanismo similar para la

com/Article/2020/03/04/COVID-2019-Egypt-and-Jordan-suspend-import-of-Chinese-food-products-Saudi-and-UAE-remain-calm?utm_source=copyright&utm_medium=OnSite&utm_campaign=copyright (28 de septiembre de 2020).

63 International Trade Center (ITC), Market Access Map: COVID-19 Temporary Trade Measures, disponible en: <https://www.macmap.org/en/covid19#map-import-view> (29 de septiembre de 2020).

64 Organización Mundial del Comercio, WTO Members Notifications on COVID-19, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/notifications_e.htm (29 de septiembre de 2020).

65 Organización Mundial del Comercio, WTO Members Notifications on COVID-19, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/notifications_e.htm (29 de septiembre de 2020).

66 Secretaría de la Organización Mundial del Comercio, Medidas Comerciales y Relacionadas con el Comercio, 18 de septiembre de 2020, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid_measures_s.pdf (29 de septiembre de 2020).

59 GATT, artículo XI:2(a). Este artículo fue analizado por el Órgano de Apelación en China — Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas (DS394), entre otras, indicando "el párrafo 2 a) del artículo XI proporciona un fundamento para medidas adoptadas para mitigar o reducir una escasez aguda existente, así como

para medidas preventivas o anticipatorias adoptadas para impedir una escasez aguda inminente (...)" párr. 327.

60 La Secretaría de la OMC ha hecho seguimiento a las medidas comerciales y relacionadas con el comercio adoptadas en el contexto de la crisis provocada por la COVID-19. Los informes periódicos están disponibles públicamente en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/covid19_s/trade-related_goods_measure_s.htm (28 de septiembre de 2020).

61 Organización Mundial del Comercio, WTO Members Notifications on COVID-19, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/notifications_e.htm (29 de septiembre de 2020).

62 Food Navigator Asia, Egypt and Jordan suspend import of Chinese food products, Saudi and UAE remain calm, 4 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.foodnavigator-asia>.

autorización de exportación de mascarillas, guantes y equipo de protección personal. De forma similar, Turquía impuso la autorización previa obligatoria para la exportación de mascarillas de protección, prendas de vestir de protección, delantales impermeables, gafas de protección, alcohol etílico, colonia, ventiladores y respiradores, entre otros. Rusia, por último, impuso un contingente temporal de exportación (7 millones de toneladas) para el trigo, el morcajo, el centeno, la cebada y el maíz⁶⁷.

IV. Medidas de Colombia a la luz de la experiencia comparada

Una de las primeras medidas adoptadas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia fue establecer un procedimiento de monitoreo de las medidas adoptadas a nivel comparado. Para ello, se operó desde el despacho de la Viceministra de Comercio Exterior, la Oficina de Asuntos Legales Internacionales y las Oficinas Comerciales de Colombia en el exterior, puntualmente las Oficinas en Washington, Bruselas y la Misión ante la OMC en Ginebra. Con el concurso de estas dependencias, se inició un proceso de levantamiento de las principales medidas adoptadas por economías de mercado en el contexto de la pandemia.

En una segunda instancia, se estableció un mecanismo de actualización semanal de dicha información. Con esto, se garantizó que las medidas adoptadas se estaban implementando con conocimiento de lo que estaba sucediendo a nivel comparado. Es así como se observó que los problemas de desabastecimiento frente a la pandemia eran globales y, en ese sentido, Colombia debía prevenir una posible escasez de productos esenciales para atender la crisis.

Puntualmente, es en ese momento donde se adoptan diferimientos arancelarios de productos esenciales que no se producían o sobre los cuales no había suficiente producción nacional. Acto seguido, se evidenció la necesidad de prevenir la exportación de dichos bienes, principalmente de equipos médicos y productos farmacéuticos, con miras a

prevenir posibles abusos y distracción de los bienes necesarios para atender la pandemia. Una tercera actuación, estuvo enmarcada por el diseño de las medidas de emergencia, previo estudio de compliance, con arreglo a los compromisos comerciales de Colombia en derecho económico internacional. Dicho estudio implicó que la motivación de los instrumentos adoptados incluyera mención detallada a las justificaciones de las medidas desde el derecho del comercio internacional.

Una vez expedidas las medidas, usualmente a través de decretos ley, decretos ordinarios y resoluciones, con ocasión de la pandemia el Gobierno tomó la decisión de notificar todas las medidas a los socios comerciales, principalmente a través del mecanismo de transparencia de la OMC. También se socializaron dichas medidas con los socios comerciales.

Finalmente, las medidas se adoptaron cuidando su vigencia temporal limitada, buscando así garantizar la proporcionalidad de las mismas con la necesidad que cada una de estas buscaba atender. Así las cosas, el Gobierno moduló la aplicación de ciertas medidas, garantizando que la confianza legítima y la seguridad jurídica de los operadores no se vieran lesionados hasta el punto que se generara un daño antijurídico.

Así las cosas, se instrumentaron mecanismos para respetar situaciones jurídicas consolidadas antes de la pandemia frente a medidas de emergencia adoptadas para prevenir conductas de mercado que pusieran en peligro el abastecimiento durante la emergencia. El distinguir entre el estado de cosas anterior a la pandemia, y el respeto de los derechos adquiridos por los agentes privados, y el

comportamiento de los agentes de mercado con ocasión de la situación de emergencia, fue clave para efectos de modular las medidas, garantizando su razonabilidad y proporcionalidad.

Un segundo medio de modulación, y quizás el más importante, fue el establecimiento de diversos mecanismos para administrar las medidas de emergencia. En este sentido, una gestión asociada de carácter público-privado fue fundamental para cumplir el objetivo de garantizar el abastecimiento interno, sin lesionar intereses de los agentes de mercado, al igual que una coordinación más cercana entre las diversas entidades de gobierno, lideradas por Presidencia de la República.

En este último contexto, se flexibilizaron -por ejemplo- algunas de las restricciones adoptadas desde una perspectiva multiagencia (desde la perspectiva gubernamental), incorporando la visión de salud pública (Ministerio de Salud y Protección Social), la dimensión estadística (Departamento Administrativo Nacional de Estadística-DANE), la dimensión de regulación (Superintendencia de Industria y Turismo-SIC), de política industrial (Viceministerio de Desarrollo Económico), de comercio exterior (Viceministerio de Comercio Exterior) y la direccionalidad política (Presidencia de la República, a través de la Consejería Privada de Competitividad), acompañados de los brazos de política industrial y de comercio, puntualmente Procolombia y Colombia Productiva; para combinarla en una



67 International Trade Center (ITC), *Market Access Map: COVID-19 Temporary Trade Measures*, disponible en: <https://www.macmap.org/en/covid19#map-import-view> (29 de septiembre de 2020).

articulación de políticas multispectro (desde la combinación de lo público y lo privado) e incorporando, para el efecto, a los gremios más representativos del sector privado como la ANDI⁶⁸, ANALDEX⁶⁹, ACOPLASTICOS⁷⁰, AMCHAM⁷¹, ASINFAR⁷² y AFIDRO⁷³.

Este proceso se acompañó de un monitoreo permanente desde el Comité Triple A⁷⁴ y, en este, se propendió por aligerar la carga procesal para los exportadores en la medida que el abastecimiento interno se recuperaba de las tensiones que vivió al inicio de la pandemia en marzo. Finalmente, las medidas expiraron durante la segunda quincena de septiembre de 2020 y, por lo pronto, el Gobierno Nacional sigue en proceso de análisis sobre la expedición una nueva medida.

V. Conclusiones

En términos de medidas de liberalización del comercio, el Gobierno de Colombia disminuyó aranceles a través de los Decretos 410, 453 y 523 de 2020 y flexibilizó ciertos procedimientos en aduana. Estas medidas de liberalización, siguiendo la experiencia comparada y promovidas en el foro multilateral, beneficiaron principalmente a bienes requeridos para prevenir y tratar el COVID-19 (*v.gr.*, oxígeno, gases, jabones, máscaras especiales de protección, guantes, paños húmedos, concentradores de oxígeno e insumos para la potabilización del agua) y a bienes esenciales del sector agro (*v.gr.*, sorgo, la soya y la torta de soya).

En términos de medidas de restricción del comercio, el Gobierno de Colombia restringió las exportaciones de bienes esenciales para prevenir y tratar el COVID-19 a través del Decreto 462 de 2020, regulado posteriormente por las Resoluciones 0457 y 455 de 2020. Esta restricción afectó a medicamentos (*v.gr.*, bromuro de ipratropio, electrolitos de administración parenteral, paracetamol, ibuprofeno, salbutamol, analgésico y propo-

fol) y a bienes como el alcohol extraneuro, papel higiénico, guantes, camillas hospitalarias y gel antibacterial, entre otros. Esto se acompañó de un sistema de distribución priorizada de dichos productos.

Estas restricciones, aún resultando comunes en la experiencia comparada y conformes al régimen multilateral, no fueron absolutas. Esto, pues el Gobierno Nacional creó mecanismos efectivos de modulación que permitieron, entre otras, (i) autorizar la exportación de virtualmente todos los bienes sujetos a la prohibición de exportación por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (previa recomendación de la Mesa de Diálogo y Coordinación); (ii) honrar las situaciones jurídicas consolidadas antes de la entrada en vigencia de las restricciones, y (iii) estudiar, caso a caso, las situaciones particulares de los solicitantes de cara a aligerar la carga del sector privado (a través de la labor del Grupo Base).

Esta modulación no hubiera sido posible sin los mecanismos establecidos para el seguimiento del abastecimiento. Entre otros, el seguimiento riguroso permitió identificar variables como el incremento en los precios y la disminución en la disponibilidad de los productos e identificar el alcance de la reconversión del sector textil hacia la producción de tapabocas y demás elementos de protección personal. En últimas, este seguimiento fue clave para balancear efectivamente la necesidad de mantener a flote al sector productivo (permitiendo las exportaciones) y la obligación de proteger a los colombianos de un desabastecimiento irremediable.

Las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional fueron sensibles a la experiencia comparada, a las necesidades del sector privado (principalmente representado por gremios) y a los puntos de vista de otras entidades del Estado. Un gran aprendizaje que deja la pandemia es la posibilidad de articular, efectivamente y con miras al interés común, la acción y experiencia del sector privado y público. La labor adelantada estrechó los vínculos y construyó puentes que, a futuro, deberán ser mantenidos y fortalecidos de cara a lograr un Gobierno que responda, efectivamente, a las necesidades -variadas, diversas y, en muchas ocasiones, difusas- de su ciudadanía.

Además de este aprendizaje, la pandemia deja camino por construir. El Gobierno deberá seguir fortaleciendo los nuevos lazos de apoyo y coordinación, optimizar el monitoreo y los sistemas de proveeduría local, fortalecer la digitalización y continuar en la labor de reactivación de la economía nacional. Lo

cierto es que las medidas comerciales estudiadas rompen con el enfoque tradicional en materia de política comercial del país y muestran un Estado consolidado, técnico y con capacidad de crear en momentos de crisis.

68 Asociación Nacional de Industriales.

69 Asociación Nacional de Comercio Exterior.

70 Asociación Colombiana de Industrias Plásticas.

71 Cámara de Comercio Colombo Americana.

72 Asociación de Industrias Farmacéuticas en Colombia.

73 Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo.

74 Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior.

Las principales barreras comerciales por superar para lograr un acceso global de la vacuna contra el COVID – 19

*Por: Gustavo Adolfo Guarín Duque
Julián Eduardo Becerra Sánchez*



A. Introducción

EL SARS – CoV – 2 (en inglés “Severe Acute Respiratory Syndrome” coronavirus 2, ‘coronavirus tipo 2 del síndrome respiratorio agudo grave’), el virus causante de la COVID – 19, ha impactado significativamente todos los ámbitos de la vida moderna, causando un colapso económico a escala global¹ y obligando a todos los Estados a tomar medidas excepcionales de control, como lo son los aislamientos obligatorios de la población.

La crisis también ha llevado a los Estados a desplegar todos sus recursos disponibles para el desarrollo de una vacuna contra la enfermedad, cuyo acceso sea garantizado para todo el que la necesite.

El pronóstico científico, sin embargo, no parece muy optimista. En agosto de 2020, la revista “Nature” se aventuró a proyectar el estado en que se encontraría el mundo en relación con la COVID – 19 para junio de 2021.

La proyección pretendía el mayor realismo posible y anunciaba que para esa fecha:

“(…) el virus se expande a un paso lento, cuarentenas intermitentes en los países son ahora normales. Una vacuna aprobada ofrece 6 meses de protección, pero los acuerdos a nivel internacional han hecho lenta su distribución. Aproximadamente 250 millones de personas han sido infectadas a nivel mundial, y 1.75 millones de personas han muerto en el mundo a causa de la enfermedad”.²

Efectivamente, aunque el mundo entero ha volcado todos sus esfuerzos científicos y técnicos en la producción de una vacuna efectiva y duradera contra la COVID – 19, lo más probable es que sin un consenso internacional previo, una vez una vacuna efectiva haya sido desarrollada en cualquier país, su distribución sea lenta e inequitativa en razón en las barreras de acceso que suponga la entrada, comercialización y/o distribución del

1 World Bank, COVID-19 to Plunge Global Economy into Worst Recession since World War II. Press Release, 8 de junio de 2020. Disponible en la web: <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2020/06/08/covid-19-to-plunge-global-economy-into-worst-recession-since-world-war-ii> (Consultado el 3 de septiembre de 2020)

2 Megan Scudellari, How the pandemic might play out in 2021 and beyond. Nature, Vol 584, 5 de agosto de 2020, Pags 22 – 25. Disponible en la web: <https://media.nature.com/original/magazine-assets/d41586-020-02278-5/d41586-020-02278-5.pdf> (Consultado el 3 de septiembre de 2020) – Traducción libre

medicamento a más de 190 países, especialmente a aquellos menos desarrollados, con industrias farmacéuticas incipientes o con sistemas de salud con infraestructura precaria.

Frente a este panorama, este escrito se encargará de analizar las eventuales barreras comerciales que podrían restringir el acceso a la vacuna contra la COVID-19, barreras que deben ser anticipadas por los Estados al momento de celebrar contratos de adquisición, suministro y/o distribución con fabricantes u otros intermediarios en la cadena de producción y comercialización de la vacuna. Por lo cual, sólo logrando articular una cadena de suministro eficiente, a precios accesibles para toda la población y garantizando un aprovisionamiento adecuado que otorgue garantías reales para una completa inmunización se logrará superar la crisis causada por la COVID – 19.

Aunque existen otras barreras de acceso relacionadas con propiedad intelectual, como lo son las licencias obligatorias, estas no serán objeto de análisis dentro del presente texto. En su lugar, se ofrecerá un enfoque comercial, especialmente en relación con las variables que deben tenerse en cuenta para el diseño de política pública frente al suministro y comercialización de la vacuna.

B. Las barreras comerciales de acceso a una vacuna efectiva contra la COVID-19

La vacuna – entendida como un bien escaso dentro del mercado global – debe llegar a las más de 7 mil millones de personas que habitan el mundo³. Esto conlleva a que los países aspiren a poder producirla dentro de su territorio, ahorrándose los costos y riesgos propios de tener que buscarla en el mercado global. Sin embargo esto no siempre es posible, pues muchos Estados carecen de la infraestructura farmacéutica necesaria para la fabricación de la vacuna.

Incluso si algunos países industrializados pudieran producirla, la población mundial tampoco tendría un acceso garantizado, de-

3 Naomi Grimley, Coronavirus: How will the world vaccinate seven billion? BBC News. Disponible en la web: <https://www.bbc.com/news/health-53741966> (Consultado el 3 de septiembre de 2020)

bido a los monopolios que se configurarían, conllevando a precios excesivos y a la escasez del bien, quedando reservado para porciones de la población con altos ingresos económicos.

Ante esto, la Organización Mundial de la Salud (OMS), mediante la facilitación de acuerdos entre fabricantes y países vulnerables, y la Organización Mundial del Comercio (OMC), mediante la promoción de la liberalización del comercio de la vacuna, ofrecen soluciones para superar algunas de las barreras de acceso⁴. En cualquier caso, estas soluciones solo son viables tras el efectivo desarrollo de una vacuna, lo que aún está en cuestión dentro del corto plazo⁵, pues el proceso para la fabricación y puesta a la venta de una vacuna es complejo e incierto⁶.

1. La vacuna: un concepto científico complejo

En términos muy generales, una vacuna es una preparación biológica que contiene agentes activos similares al microorganismo que causa una enfermedad, como un virus o una bacteria⁷. Las vacunas a menudo se elaboran a partir de formas debilitadas o muertas del microorganismo, una de sus proteínas de superficie o la toxina que produce el microbio⁸. En consecuencia, una vacuna estimula en el sistema inmunológico reacciones y produce anticuerpos efectivos contra el agente infeccioso, proporcionando así inmunidad contra la enfermedad en el futuro. Sin embargo, esta inmunidad no es necesariamente permanente. De hecho, aunque muchas vacunas ofrezcan inmunidad a la enfermedad por décadas, como aquellas

4 World Trade Organization. The WTO and the Millennium Development Goals - Access to Medicines. Disponible en: https://www.wto.org/english/thewto_e/coher_e/mdg_e/medicine_e.htm. (Consultado el 24 de Julio de 2020)

5 Maggie Fox. A coronavirus vaccine by Election Day? Probably not. Here's why. CNN. Disponible en la web: <https://edition.cnn.com/2020/09/03/health/coronavirus-vaccine-october-unlikely/index.html> (Consultado el 5 de septiembre de 2020).

6 BBC. Vacuna de AstraZeneca y Oxford contra la covid-19: interrumpen las pruebas por un caso de reacción adversa de un participante, BBC News. Disponible en la web: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54082322> (Consultado el 10 de Septiembre de 2020)

7 Diccionario Merriam-Webster. Disponible en la web: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/vaccine> (Consultado el 10 de septiembre de 2020)

8 Emily Brunson, Vaccine – medicine. Encyclopedia Britannica. Disponible en la web: <https://www.britannica.com/science/vaccine> (Consultado el 5 de septiembre de 2020)



contra el polio o la rubéola, otras no lo hacen, por ejemplo, la vacuna contra la influenza se desgasta con el tiempo⁹.

En el hipotético caso que una vacuna eficaz sea desarrollada en el corto plazo, el tiempo que dure la inmunidad contra la COVID – 19 será fundamental para medir su impacto de acá al 2025. Si su durabilidad llega a ser corta (ej: de dos a tres años), se corre el riesgo de que se convierta en una enfermedad endémica, prevalente en regiones con grandes barreras de acceso a la vacuna y que por lo tanto, resulte difícil tener a toda la población constantemente inmunizada. Esto mismo sucede con otras enfermedades prevenibles y tratables, como la malaria, que aún mata unas 400.000 personas cada año¹⁰ o el Virus del Papiloma Humano (VPH)¹¹.

⁹ Op Cit, Scudellari.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Organización Mundial de la Salud, World Health Statistics 2020, Ginebra, 2020. Disponible en la web: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332070/9789240005105-eng.pdf> (Consultado el 28 de septiembre de 2020) "El virus del papiloma humano (VPH) es la infección viral más común del

2. El proceso de desarrollo de una vacuna efectiva

Los Estados que cuentan con industrias farmacéuticas robustas han creado grandes expectativas sobre la posibilidad de producir y comercializar una vacuna viable en meses. Por ejemplo, el presidente de los Estados Unidos de América (EE. UU) declaró lo siguiente: "Estamos muy seguros de que vamos a tener una vacuna para finales de año"¹².

Sin embargo, la experiencia de pandemias anteriores ha demostrado que el desarrollo de medicamentos y vacunas puede llevar de 1 a 15 años. Por ejemplo, a la ciencia le

tracto reproductivo y puede causar cáncer cervical. La vacuna dirigida a niñas de 9 a 14 años se ofrece ahora en 90 países, pero aún no ha llegado a los países más pobres donde el riesgo de cáncer de cuello uterino es mayor. La cobertura global para un curso completo de vacunas contra el VPH aumentó del 3% en 2010 al 12% en 2018" – Traducción libre

¹² France 24, Trump promises Covid-19 vaccine by end of the year. Disponible en la web: <https://www.france24.com/en/20200504-trump-promises-covid-19-vaccine-by-end-of-the-year> (Consultado el 30 de agosto de 2020)

tomó más de 15 años desarrollar y poner a disposición una vacuna para el VPH¹³. Otro ejemplo es el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), cuya vacuna o cura no se ha encontrado después de 40 años de investigación.

Para ilustrar lo complejo y difícil que sería encontrar una vacuna para la COVID-19, el tiempo medio que normalmente toma cada etapa del proceso de desarrollo de una vacuna puede ser de décadas, esto contrasta con el tiempo que los desarrolladores de una vacuna contra la COVID-19 han proyectado para cada una de sus etapas (sumando aproximadamente 18 meses).

La inmensa cantidad de recursos y esfuerzos destinados a encontrar la vacuna contra la COVID 19 tienen como objetivo tener lista

¹³ Kylie Quinn and Damian Purcell, Where Are We at with Developing a Vaccine for Coronavirus?, The Conversation, 2 de abril de 2020. Disponible en la web: <https://theconversation.com/where-are-we-at-with-developing-a-vaccine-for-coronavirus-134784> (Consultado el 24 de julio de 2020)

una vacuna para el 2021¹⁴, en lugar de tenerla lista para noviembre de 2033, año en que se cumpliría el período de tiempo que usualmente le tomaría a la industria médica desarrollar y comercializar una vacuna efectiva¹⁵. El proceso estándar para investigar y desarrollar una vacuna consiste en tres pasos, (i) una prueba preclínica, (ii) una prueba clínica y (iii) la producción en masa.

En primer lugar, una prueba preclínica implica probar los antígenos y adyuvantes en animales, generalmente en roedores y monos. Típicamente, el desarrollo de una vacuna implica el empleo de antígenos y coadyuvantes similares para combatir el virus relacionado, también conocido como el "objetivo".

Las pruebas clínicas consisten en un proceso de tres fases. En la fase I, un pequeño número de voluntarios (hasta cuarenta personas) de una población de riesgo recibe la vacuna de prueba. En la fase II se amplía el estudio clínico y se administran vacunas a poblaciones de riesgo que tienen características similares (como la edad y la salud física) a aquellas a las que está destinada la nueva vacuna. En la fase III, la vacuna es probada en un número significativo de personas, garantizando su eficacia y seguridad¹⁶. Por último, se ejerce una estricta vigilancia de esta última fase, recogiendo y analizando información sobre posibles eventos adversos que puedan ocurrir después de la administración de las vacunas¹⁷. Si la vacuna resulta efectiva, se procede a su producción en masa y a su comercialización.

3. Panorama de las vacunas candidatas contra la COVID-19

Para el 28 de septiembre de 2020, de acuerdo con la OMS existían un total de 151 vacunas en fase uno (i) de pruebas preclínicas y

40 vacunas en fase dos (ii) de pruebas clínicas¹⁸. En contra de las recomendaciones de la OMS, 5 vacunas se encuentran aprobadas para ser comercializadas de forma limitada en Rusia y China; sin embargo, ninguna de ellas se encuentra aprobada para producción en masa¹⁹.

De las vacunas en fase clínica III, se encuentran las candidatas de la Universidad de Oxford en asociación con AstraZeneca²⁰, CanSino Biological Inc. en asociación con el Instituto de Biotecnología Beijing²¹, la empresa rusa Gamaleya Research Institute²², Janssen Pharmaceutical Companies de Johnson & Johnson²³, Sinovac²⁴, Wuhan/Beijing Institute of Biological Products en asociación con Sinopharm²⁵, Moderna en asociación con el Instituto Nacional de Alergias y Enfermedades Infecciosas (NIAID, por

sus siglas en inglés)²⁶, BioNTech en asociación Fosun y Pfizer²⁷, Novavax²⁸.

Algunas de las desarrolladoras han declarado que el costo de la vacuna debe ser equitativo, ofreciendo licencias no exclusivas y libres de regalías para apoyar el suministro gratuito, con un margen limitado de ganancia en el suministro, de acuerdo con la duración de la pandemia. Por ejemplo, de la Universidad de Oxford²⁹, Sanofi SAS. PA que desarrolla la vacuna junto con GlaxoSmithKline (fase II)³⁰, Janssen de Johnson & Johnson³¹ y las empresas chinas CanSino Biologics³² y Walvax Biotechnology (fase I)³³, han decla-

26 U. S. National Library of Medicine, A Study to Evaluate Efficacy, Safety, and Immunogenicity of mRNA-1273 Vaccine in Adults Aged 18 Years and Older to Prevent COVID-19, *ClinicalTrials.gov*, 9 de septiembre de 2020. Disponible en web: <https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04470427?term=vaccine&cond=covid-19&draw=5> (Consultado el 20 de septiembre de 2020).

27 U. S. National Library of Medicine, Study to Describe the Safety, Tolerability, Immunogenicity, and Efficacy of RNA Vaccine Candidates Against COVID-19 in Healthy Adults, *ClinicalTrials.gov*, 4 de septiembre de 2020. Disponible en la web: <https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04368728?term=vaccine&cond=covid-19&draw=3> (Consultado el 20 de septiembre de 2020).

28 EU Clinical Trials Register, Clinical trials for 2020-004123-16, Disponible en la web: <https://www.clinicaltrialsregister.eu/ctr-search/search?query=2020-004123-16> (Consultado el 28 de septiembre de 2020)

29 Oxford University Innovation, University of Oxford, Expedited access for COVID-19 related IP. Disponible en la web: <https://innovation.ox.ac.uk/technologies-available/technology-licensing/expedited-access-covid-19-related-ip/> (Consultado el 24 de julio de 2020).

30 Reuters, Sanofi France chief sees coronavirus vaccine priced below 10 euros, 5 de septiembre de 2020. Disponible en la web: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-sanofi/sanofi-france-chief-sees-coronavirus-vaccine-priced-below-10-euros-idUSKB-N25W0EU>. (Consultado el 24 de julio de 2020).

31 Johnson & Johnson, Johnson & Johnson Announces a Lead Vaccine Candidate for COVID-19; Landmark New Partnership with U.S. Department of Health & Human Services; and Commitment to Supply One Billion Vaccines Worldwide for Emergency Pandemic Use, 30 de marzo de 2020. Disponible en la web: <https://www.jnj.com/johnson-johnson-announces-a-lead-vaccine-candidate-for-covid-19-landmark-new-partnership-with-u-s-department-of-health-human-services-and-commitment-to-supply-one-billion-vaccines-worldwide-for-emergency-pandemic-use>. (Consultado el 24 de julio de 2020).

32 CanSino Biologics Inc. (A joint stock company incorporated in the People's Republic of China with limited liability). Interim results announcement for the six months ended, 30 de junio de 2020. Disponible en: <http://www.cansinotech.com/upload/1/editor/1598075683375.pdf>. (Consultado el 24 de julio de 2020).

33 Anthony Esposito, Adriana Barrera, COVID-19 vaccine diplomacy: Mexico courts allies across ideological spectrum, 30 de agosto de 2020. Disponible en la web: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-mexico-vacci>

14 World Health Organisation. Update on WHO Solidarity Trial – Accelerating a safe and effective COVID-19 vaccine. 2020; Disponible en la web: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/solidarity-trial-accelerating-a-safe-and-effective-covid-19-vaccine>. (Consultado el 28 de septiembre de 2020)

15 GSK, How we develop new vaccines, <https://www.gsk.com/en-gb/research-and-development/development/how-we-develop-new-vaccines/> (Consultado el 28 de septiembre de 2020)

16 Centers for Disease Control and Prevention, Vaccine Testing and Approval Process. Disponible en la web: <https://www.cdc.gov/vaccines/basics/test-approve.html> (Consultado el 24 de julio de 2020)

17 Ibidem.

18 Organización Mundial de la Salud. Draft landscape of COVID-19 candidate vaccines, 17 de septiembre 2020. Disponible en la web: <https://www.who.int/publications/m/item/draft-landscape-of-covid-19-candidate-vaccines> (Consultado el 20 de septiembre de 2020).

19 Jonathan Corum, Denise Grady, Sui-Lee Wee and Carl Zimmer, Coronavirus Vaccine Tracker, *New York Times*. Disponible en la web: <https://www.nytimes.com/interactive/2020/science/coronavirus-vaccine-tracker.html> (Consultado el 13 de septiembre de 2020).

20 Ibidem

21 U. S. National Library of Medicine, Clinical Trial of Recombinant Novel Coronavirus Vaccine (Adenovirus Type 5 Vector) Against COVID-19, 7 de septiembre de 2020. Disponible en la web: <https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04540419?term=vaccine&cond=covid-19&draw=6>. (Consultado el 13 de septiembre de 2020).

22 U. S. National Library of Medicine, Clinical Trial of Efficacy, Safety, and Immunogenicity of Gam-COVID-Vac Vaccine Against COVID-19, 28 de agosto de 2020. Disponible en la web: <https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04530396?term=vaccine&cond=covid-19&draw=3>. (Consultado el 13 de septiembre de 2020).

23 U. S. National Library of Medicine, A Study of Ad26.COV2.S for the Prevention of SARS-CoV-2-Mediated COVID-19 in Adult Participants, 10 de agosto de 2020. Disponible en la web: <https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04505722?term=NCT04505722&draw=2&rank=1>. (Consultado el 13 de septiembre de 2020).

24 Fakultas Kedokteran Universitas Padjadjaran/RS Hasan Sadikin, Balltangkkes, Sinovac Life Sciences, a phase III, observer-blind, randomized, placebo-controlled study of the efficacy, safety and immunogenicity of sars-cov-2 inactivated vaccine in healthy adults aged 18-59 years in Indonesia, *Indonesia Registry Web Portal*, 17 de agosto de 2020. Disponible en la web: https://www.ina-registry.org/index.php?act=registry_trial_detail&code_trial=16202009080721WXFM0YX (Consultado el 13 de septiembre de 2020).

25 Chinese Clinical Trial Registry, A Phase III clinical trial for inactivated novel coronavirus pneumonia (COVID-19) vaccine (Vero cells), 19 de julio de 2020. Disponible en la web: <http://www.chictr.org.cn/showprojen.aspx?proj=56651>. (Consultado el 13 de septiembre de 2020).

rado garantizar el acceso a sus vacunas a precios accesibles si tienen éxito³⁴.

Aunque los ensayos médicos parecieran el mayor obstáculo para la obtención de la vacuna, una vez esta se encuentre disponible en el mercado su demanda será masiva, lo que causará que los Estados donde se fabrique el medicamento busquen prevenir la escasez del bien en sus mercados, incluso con medidas restrictivas del comercio, como lo son la prohibición a las exportaciones³⁵. Otras barreras técnicas y comerciales se relacionan con la obtención de materia prima para fabricar la vacuna, su suministro y posterior comercialización, barreras que deben ser suprimidas mediante la implementación de política pública si se pretende un completo acceso a la vacuna.

4. Cadena de fabricación, suministro y distribución de la vacuna

Una vacuna que haya superado todos los ensayos clínicos, y esté aprobada para ser comercializada, es decir, haya llegado al tercer paso de “producción en masa”, tiene un complejo proceso de fabricación, suministro y distribución, cuyos aspectos se resumen a continuación.

i. Fabricación³⁶

En primer lugar, se requiere de materia prima para la fabricación del medicamento. Para estos efectos, es necesario someter a un examen de pureza y esterilidad a todos los agentes biológicos y artificiales necesarios para la producción del antígeno, los cuales también son canalizados a través del comercio internacional, pues pueden provenir de diversas partes del mundo.

“En esta etapa, los virus o bacterias necesarios para la creación del antígeno se cultivan en viales (pequeños frascos de vidrio o

ne-idUSKBN25Q0H9. (Consultado el 24 de julio de 2020).

34 Ibidem

35 International Trade Center, Covid – 19 temporary trade measures. Disponible en la web: <https://www.macmap.org/covid19> (Consultado el 13 de septiembre de 2020). Este fenómeno se vio con bienes para atender la emergencia sanitaria causada por la COVID 19, Con artículos como los tapabocas. Un total de 94 países impusieron medidas restrictivas al comercio de estos bienes.

36i. Verónica Palomo, Así se crea una vacuna paso a paso, Consumer, 1 de mayo de 2020. Disponible en la web: <https://www.consumer.es/salud/investigacion-medica/como-hace-vacuna.html> (Consultado el 24 de julio de 2020)

plástico en los que se almacenan los medicamentos), se toman muestras de todos los lotes y se someten a rigurosos análisis que garantizan que el componente activo de la futura vacuna cumple con los estrictos estándares de pureza, concentración y esterilidad. (...)

El procesamiento final del producto comprende técnicas que aíslan el antígeno de otros componentes utilizados durante el cultivo. Al final de este proceso, se obtiene una solución estéril que contiene el antígeno a granel con una pureza cercana al 100 %. Todos los lotes deben conseguir un certificado de calidad que autoriza su liberación para poder continuar con la siguiente fase: la de formulación. Dependiendo de la complejidad del antígeno, puede ser necesario un proceso de maduración y el mantenimiento de la cadena de frío, (...). De forma general, supera los 100 días, de los que aproximadamente el 70 % de este tiempo se dedica a los controles de calidad³⁷.

Las materias primas y auxiliares más importantes son diversas y provienen de diferentes países y fuentes. Bajo este marco, observamos que las principales materias primas y auxiliares para la fabricación y suministro de vacunas son las siguientes:

Tecnología: Neveras para el mantenimiento de la cadena de frío, cámaras mecánicas de control de la esterilidad, equipos de filtración y cromatografía, equipos de llenado y liofilización.

Materiales bioquímicos: Tanto los virus como los vectores virales, que sirven como transportadores de , deben producirse en grandes cantidades para la producción de vacunas³⁸. Entre otras cosas, las células animales pueden servir como fábricas. Sin embargo, primero deben cultivarse en grandes cantidades. Para ello se utilizan células de monos, hámsteres, perros o pájaros para que el virus se pueda propagar de manera muy eficiente³⁹.

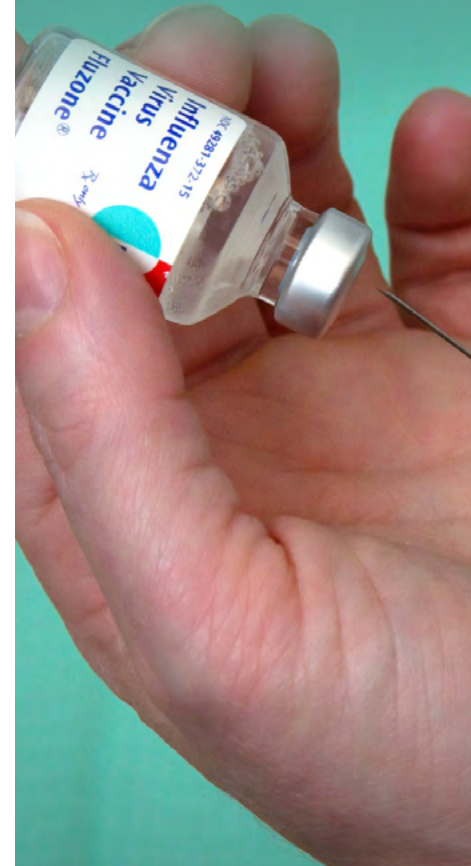
Para ello, se necesitan bio-reactores, nutrientes, líquidos de suspensión, adyuvantes y excipientes⁴⁰. Los bio-reactores son

37 Ibidem

38 Udo Riechl, Impetus for a corona vaccine, Max Plank Gesellschaft, 3 de mayo de 2020. Disponible en la web: <https://www.mpg.de/14773435/corona-covid19-vaccine-production> (Consultado el 24 de julio de 2020)

39 Ibidem

40 Ertola, Yantorno y Mignone ,OEA,. Microbio-



recipientes que mantienen un ambiente biológicamente activo⁴¹. Algunas veces llevan a cabo un proceso químico que involucra organismos o sustancias bioquímicamente activas derivadas de dichos organismos⁴². Los nutrientes son medios de cultivo que garantizan la reproducción de las células⁴³. Los líquidos de suspensión son sustancias de cultivo que permiten a las células reproducirse sin unirse a una superficie⁴⁴.

El adyuvante es una sustancia química secundaria que actúa junto con la vacuna para provocar el tipo correcto de respuesta inmune y garantizar que pueda reactivarse incluso si un patógeno invade el cuerpo años después⁴⁵. En teoría, los adyuvantes pueden reducir el volumen de vacuna necesario en cada dosis, lo que aliviaría la presión sobre los fabricantes⁴⁶. También pueden potenciar los efectos de las vacunas en los adultos mayores, que han sido afectados de manera desproporcionada por COVID-19 y cuyos sistemas inmunológicos son difíciles de estimular⁴⁷.

Viales: La mayoría de los viales de vacunas nacionales usan vidrio de borosilicato con bajo contenido de borato: el precio es asequible en comparación con los viales de vacunas importadas que usan vidrio de borosilicato.

Jeringas y agujas: Conforman el recipiente final de la vacuna, usualmente justo antes

de ser administrada. También se comercializan las vacunas en jeringas prellenadas⁴⁸. Por ejemplo, los viales o dispositivos de almacenamiento de vidrio de borosilicato se fabrican mayoritariamente en Alemania, India y Brasil⁴⁹. La primera ola de vacunas probablemente tendrá múltiples dosis en cada vial y la urgencia de la demanda puede significar que estos países.

Otro elemento auxiliar para el suministro de la vacuna son los coadyuvantes que muchas de las vacunas COVID-19 en desarrollo están usando uno en los ensayos. Grandes compañías farmacéuticas, como Angen⁵⁰, GlaxoSmithKline⁵¹ y Amyris Inc⁵² son las productoras más importantes.

El fabricante más grande del mundo de jeringas es Becton, Dickinson & Co. empresas europeas cuyas fábricas de Becton Dickinson están distribuidas en EE. UU., Europa y Asia.

Es gracias a la globalización, que múltiples lugares del mundo pueden participar del pro-

ceso de fabricación, y cuando finalmente se apruebe la fabricación de una vacuna, debe garantizarse el abastecimiento de materias primas y productos auxiliares a todos los proveedores, esto permitirá una continua oferta del producto.

ii. Suministro y distribución

Existe una correlación directa entre la complejidad de producción de la vacuna y los estándares regulatorios que habilitan su suministro y distribución. Las vacunas, por ser un medicamento complejo, deben empaquetarse en un recipiente final acondicionado, etiquetado y embalado, con una rigurosidad que implica un estricto control para que las vacunas respectivas se inserten en las cajas correctas⁵³.

Además del empaque, el etiquetado y el embalaje, los Estados importadores de la vacuna imponen exigentes estándares técnicos y sanitarios, que en el marco del suministro de una vacuna ordinaria suelen tomar hasta 24 meses, lo que dura la expedición de la autorización final para liberar el producto para su distribución⁵⁴.

Los tiempos ordinarios no aplican para la extraordinaria coyuntura que la COVID – 19 ha supuesto para la humanidad, y dichos estándares técnicos y sanitarios deberán implementarse en un tiempo mucho más corto del usualmente presupuestado. Sin embargo, el relajamiento de estas medidas no implica su desaparición, y los Estados deben asegurarse de aplicarlas de forma eficiente y completa, garantizando los estándares de calidad de la vacuna pero sin truncar el acceso de la ciudadanía a la misma.

Ahora bien, las barreras técnicas y sanitarias a la importación están bajo el control del Estado importador. Sin embargo, otras barreras de acceso no dependen de este, y deben preverse durante la negociación con la empresa proveedora que corresponda, y que seguramente no tendrá la capacidad de fabricar dentro del país, a excepción de aquellos países con una infraestructura farmacéutica robusta.

logía Industrial. OEA. ISBN 978-987-95081-0-7.

41 Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Gobierno Nacional de Paraguay, FACEN realizó capacitación sobre fundamentos de Biorreactores y Tecnología de Fermentación, 20 de febrero de 2020. Disponible en la web: <https://www.conacyt.gov.py/facen-realizo-capacitacion-sobre-fundamentos-biorreactores-tecnologia-fermentacion> (Consultado el 24 de julio de 2020).

42 Ibidem.

43 Hans G. Schlegel, Medios de cultivos y condiciones de crecimiento, El crecimiento de los microorganismos, 1976, Ediciones Omega S.A. p. 193-196. ISBN 84-282-1030-6.

44 Yevgeniy Grigoryev, Outgrown the Roost: Passaging Suspension Cells, 6 de febrero de 2013. Disponible en la web: <https://bitesizebio.com/13682/passaging-suspension-cells-tutorial/> (Consultado el 24 de julio de 2020).

45 Gonzalo Soto, El futuro depende de una inyección: así es el largo (y costoso) camino por la vacuna, El Financiero, 17 de septiembre de 2020. Disponible en la web: <https://www.el-financiero.com.mx/bloomberg-businessweek/el-largo-y-costoso-camino-a-la-vacuna> (Consultado el 24 de julio de 2020).

46 Samantha Subramanian – Bloomberg, ¿Y cómo nos vamos a poner todos la vacuna cuando esté lista?, El Financiero, 21 de septiembre de 2020. Disponible en la web: <https://www.el-financiero.com.mx/bloomberg-businessweek/y-como-nos-vamos-a-poner-todos-la-vacuna-cuando-este-lista> (Consultado el 24 de julio de 2020).

47 Ibidem

48 International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations (“IFPMA”), El complejo recorrido de una vacuna. La cadena de producción, los requisitos regulatorios y la disponibilidad de vacunas, 2018. Disponible en la web: https://www.ifpma.org/wp-content/uploads/2016/01/IFPMA_Complex_Journey_Vaccine_Publication_2014_Spanish.pdf (Consultado el 13 de septiembre de 2020)

49 Op Cit Samantha Subramanian.

50 Zhu, D., & Tuo, W. (2016). QS-21: A Potent Vaccine Adjuvant. *Natural products chemistry & research*, 3(4), e113. Disponible en: <https://doi.org/10.4172/2329-6836.1000e113> (Consultado el 28 de septiembre de 2020) “El adyuvante insignia de Agenes es el QS-21, el cual se encuentra siendo utilizado por algunos desarrolladores de la vacuna de la Covid. El ingrediente activo de QS-21 proviene del árbol de la corteza de un árbol que crece en las montañas de Chile; su corteza tiene que ser recolectada en el verano austral, convertida en purín y procesada.”

51 GSK, GSK announces intention to produce 1 billion doses of pandemic vaccine adjuvant in 2021 to support multiple COVID-19 vaccine collaborations. Disponible en: <https://www.gsk.com/en-gb/media/press-releases/gsk-announces-intention-to-produce-1-billion-doses-of-pandemic-vaccine-adjuvant/> (Consultado el 28 de septiembre de 2020) “En mayo, GlaxoSmithKline anunció fabricaría mil millones de unidades de su adyuvante AS03, que ha funcionado con las vacunas contra la gripe pandémica, para suministrar a múltiples desarrolladores de vacunas Covid en todo el mundo. GlaxoSmithKline. GSK announces intention to produce 1 billion doses of pandemic vaccine adjuvant in 2021 to support multiple COVID-19 vaccine collaborations.”

52 Alt Energy Stocks, Amyris’ Sugarcane-derived Vaccine Adjuvant, Disponible en: <http://www.altenergystocks.com/archives/2020/08/amyris-sugarcane-derived-vaccine-adjuvant/> (Consultado el 28 de septiembre de 2020) Amyris es una empresa estadounidense productora de escualeno, otro adyuvante nuevo que se deriva del aceite de hígado de tiburón. Esta empresa ha estado desarrollando su versión de escualeno sintética, fermentando caña de azúcar cruda en Brasil.

53 Op Cit, Palomo.

54 Op Cit, IFPMA.



5. Las opciones de los países en desarrollo frente a las barreras comerciales de acceso a la vacuna

Los países en desarrollo podrían enfrentarse a diferentes tipos de obstáculos de infraestructura o técnicos, comerciales y jurídicos, cuya prevención es imprescindible para lograr la inmunización efectiva de toda su población.

i. Una barrera técnica para el acceso: la incapacidad de producir una vacuna

Uno de los principales impedimentos para que países en desarrollo logren acceso a la vacuna es que, a nivel técnico y operativo, no tienen forma de producirla. Esto, no solamente por las limitaciones tecnológicas existentes en dichos países, sino porque además el fabricante posibilitado para producirla debe contar con certificaciones técnicas que solo pueden obtenerse tras el cumplimiento de exigentes requisitos determinados por los Estados con fundamento en lineamientos dados por organizaciones internacionales⁵⁵, particularmente la OMS⁵⁶.

En la práctica, esto significa que solo en unos pocos lugares se puede fabricar la vacuna, mientras que en los demás países se dependerá de su adquisición y posterior importación. Ello implica la necesidad de que los Estados en desarrollo se apalanquen financieramente, dado que usualmente, el valor de las vacunas es elevado.

Los costos elevados de una vacuna se generan por su procedimiento de desarrollo científico complejo, los ensayos clínicos, en el riesgo que comporta su desarrollo y en los posibles monopolios jurídicos que suelen existir sobre los medicamentos, fundamentados en normas de propiedad intelectual.

a. Transferencia de tecnología de diferentes productores a países en desarrollo

Una opción disponible para que los países

55 Organización Mundial de la Salud, *Vaccine and immunization quality and safety* Disponible en la web: https://www.who.int/immunization/quality_safety/en/ (Consultado el 28 de septiembre de 2020)

56 Organización Mundial de la Salud, *Relevant WHO technical guidance documents for COVID-19 vaccines and other biologicals* Disponible en la web: https://www.who.int/docs/default-source/biologicals/documents/relevant-who-documents-for-sars-cov-2-vaccines-and-other-biologicals-tz-ik-7-apr-2020.pdf?sfvrsn=c0531396_2 (Consultado el 28 de septiembre de 2020)

en desarrollo puedan fabricar la vacuna contra IA COVID – 19 es mediante la transferencia de tecnología a los países en desarrollo por parte de los productores. La transferencia de tecnología es, en este caso, el intercambio de conocimientos técnicos de cómo desarrollar la vacuna. Esta transferencia implica el fortalecimiento de las capacidades tecnológicas de estos países, sentando las bases para que estos produzcan el medicamento de forma autosuficiente.

Esto muchas veces implica no solamente la transferencia de know how, sino, también de bienes necesarios para la producción⁵⁷. En este sentido, en el marco de un acceso eficiente a la vacuna el concepto de transferencia de tecnología trasciende el mero otorgamiento de una licencia para producir⁵⁸.

En lo que respecta a vacunas, se resaltan 3 aspectos esenciales de la transferencia de la tecnología. En primer lugar (i) la selección de la tecnología a transferir, en este caso, la fórmula de la vacuna probada y revisada (ii) la selección de productores, que cumplan con estándares técnicos y (iii) la transferencia de know how mediante las formas jurídicas propias de la propiedad intelectual⁵⁹.

Un simple licenciamiento de una patente no puede denominarse como transferencia de tecnología. De hecho, para que la transferencia de tecnología sea eficaz se debe contar con la capacitación del productor seleccionado en el uso de la tecnología, e implica un constante apoyo técnico para que el productor logre una efectiva producción de la vacuna, a cambio de un precio garantizado⁶⁰.

Sin embargo, si la transferencia de tecnología es parcial (por ejemplo, limitada a la transferencia de know how), los Estados beneficiarios deberán aumentar el gasto público en relación con el fortalecimiento de su infraestructura y tecnología necesarias para hacer uso de este know how transferido.

La transferencia de tecnología se canaliza mediante acuerdos suscritos entre desa-

57 Joseph P. Lane, *Understanding Technology Transfer. Assistive Technology*, Junio de 1999. P. 5 – 19, Pág. 5.

58 Martin Friede, Laszlo Palkonyay, Claudia Alfonso, Yuri Pervikov, Guido Torelli, David Wood, Marie Paule, *WHO initiative to increase global and equitable access to influenza vaccine in the event of a pandemic: Supporting developing country production capacity through technology transfer*, Volumen 29, Supplement 1, 1 Julio de 2011, Páginas A2-A7.

59 *Ibidem*

60 *Op Cit*, Martin Friede, pag A3

rolladores seleccionados y las industrias nacionales escogidas para ejecutar su fabricación⁶¹. Estos acuerdos estipulan múltiples incentivos para los desarrolladores, por ejemplo, un incentivo para que las empresas desarrolladoras ejecuten una transferencia de tecnología a favor de la industria de un país, implica garantizar la demanda del producto así como sus ganancias netas.

b. La iniciativa COVAX

Una alianza interinstitucional dio origen a "GAVI", la alianza por un acceso global a vacunas, la cual incentiva en economías industrializadas a fabricantes y productores para que ofrezcan su producto a precios razonables y en volúmenes adecuados. El incentivo consiste en otorgarles garantías a estos empresarios de que habrá una sustancial demanda del producto, creando condiciones de mercado para que cualquier vacuna desarrollada cuente con altos volúmenes de producción, garantizando el abastecimiento a todos los países.

"GAVI", junto con la OMS y la Coalición para Innovación en la Preparación frente a Epidemias (CEPI, por sus siglas en inglés) crearon la iniciativa "COVAX Facility"⁶², cuyo objetivo fundamental es asegurar un acceso equitativo a las vacunas para la COVID-19.

En el mismo sentido del "GAVI", se busca que los productores tengan incentivos para realizar suficientes vacunas, garantizándole al productor una constante demanda de todas sus existencias, así como un mercado abastecido a los compradores, logrando su distribución equitativa a precios de mercado⁶³. El "COVAX Facility" tiene 2 enfoques: por un lado, dispone de una estrategia para países de ingreso alto y medio, promoviendo la participación de sus propios consumidores en la adquisición de la vacuna. A su vez, relaciona a 92 países no industrializados, quienes necesitan asistencia y apoyo para que puedan acceder a la vacuna, con desarrolladores de la misma⁶⁴.

61 International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations ("IFPMA"), *Technology Transfer from the Perspective of IFPMA vaccine members*, Disponible en: <http://158.232.12.119/phi/news/Presentation11.pdf> (Consultado el 28 de septiembre de 2020)

62 Organización Mundial de la Salud, *COVAX: Working for global equitable access to COVID-19 vaccines* Disponible en: <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax> (Consultado el 28 de septiembre de 2020)

63 Ibidem

64 Ibidem

El objetivo de "COVAX Facility" es que sean producidas de dos a cuatro billones de dosis, siendo suficiente para que cada país que se suscriba tenga suficientes inventarios para vacunar al 20% de su población, priorizando a los trabajadores de la salud y la población vulnerable (Adultos mayores y con comorbilidades)⁶⁵.

Iniciativas como COVAX y GAVI buscan un proceso productivo transparente y equitativo. Precisamente, garantizar la demanda es el incentivo primordial para que los fabricantes produzcan grandes cantidades de vacunas. En todo caso, la producción por sí sola no garantiza un acceso equitativo a la vacuna, su suministro también debe abordarse previniendo la configuración de monopolios y monopsonios. Ante este problema, el CEPI ha patrocinado la investigación a fabricantes de vacunas bajo la promesa de que, si las universidades o compañías logran desarrollar exitosamente esta vacuna con apoyo del patrocinio, su fórmula se haga pública⁶⁶.

Con ello, se crea un portafolio con todas las posibles vacunas. En este momento, la COVID-19 tiene nueve diferentes vacunas en el portafolio, y con este método del portafolio se reduce el riesgo de fracaso en el desarrollo, pues se cuenta con un sustancial apalancamiento financiero por parte del CEPI.

Como ya se ha mencionado, el objetivo de la vacuna es comprar de candidatas más prospectas a ser efectivas y luego enrugar a los países de manera equitativa. El problema que se encuentra es que existen negocios internacionales realizados por los países con las mismas productoras para ser acreedor a las primeras vacunas.

ii. La competencia por ser los primeros en acceder a la vacuna

A pesar de que varios países se encuentran adhiriéndose a la iniciativa COVAX, otros intentan por sus medios suscribir acuerdos bilaterales con empresas productoras de alguna de las vacunas candidatas para lograr un acceso más eficiente a las mismas.

Esta práctica supone un riesgo para la distribución equitativa de la vacuna, pues es probable que los países desarrollados – con un músculo financiero más robusto – acuerden un suministro prioritario con los desarrollados

65 Ibidem

66 CEPI, *CEPI's response to COVID-19*, Disponible en la web: <https://cepi.net/COVAX/> (Consultado el 28 de Septiembre de 2020)

res y productores, en detrimento de las poblaciones de países en desarrollo.

Esto ya ha pasado con fármacos esenciales para el tratamiento de la COVID como el Remdesivir. Por ejemplo, Estados Unidos ha comprado prácticamente todas las existencias por un tiempo determinado de este medicamento, afectando la oferta de este en el resto del mundo⁶⁷.

iii. Una cadena logística compleja

La etapa final en la fabricación de la vacuna antes del empaquetado, el etiquetado y el embalaje se conoce como "llenado y acabado", en el que las vacunas y otros productos químicos se introducen en viales, que luego se sellan y controlan⁶⁸. La cadena de suministro de la posible vacuna dependerá de las indicaciones geográficas de su productor, quien podrá ser el mismo desarrollador o podrá transferir el "know how," producir o importar la materia prima y encaminarse en una red comercial de fabricación, tránsito, almacenamiento y distribución hasta la administración a los beneficiarios.

El procedimiento comienza con la fabricación de la vacuna, que dependerá de los acuerdos de transferencia de tecnología de quienes desarrollen la vacuna con los productores.

Al momento de activar la cadena logística es crucial que el importador y el exportador de las futuras vacunas cuenten con las infraestructuras necesarias, cadenas de frío, almacenamiento, cámaras frigoríficas, depósitos intermedios, refrigeradores, cajas frías, entre otras herramientas tecnológicas para el efectivo suministro.

a. La reserva de gasto público y la iniciativa privada, claves para adecuar la infraestructura

Dada la complejidad alrededor de la cadena logística en la fabricación, tránsito, almacenamiento y distribución de la vacuna, y te-

67 BBC, *Remdesivir: la polémica compra de EE.UU. de casi toda la existencia mundial del prometedor fármaco para combatir la COVID-19*. Disponible en la web: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-53254231> (Consultado el 24 de septiembre de 2020)

68 Samantha Subramanian – Bloomberg, *¿Y cómo nos vamos a poner todos la vacuna cuando esté lista?*, *El Financiero*, 21 de septiembre de 2020. Disponible en la web: <https://www.elfinanciero.com.mx/bloomberg-businessweek-y-como-nos-vamos-a-poner-todos-la-vacuna-cuando-este-lista> (Consultado el 24 de julio de 2020).

niendo en cuenta que se trata de una vacuna que debe ser aplicada en un período de tiempo y a una escala sin precedentes en la historia, esto implica una preparación anticipada por parte de los Estados en desarrollo para garantizar un efectivo suministro de la vacuna a toda la población, con el cumplimiento de todos los parámetros biomédicos requeridos.

Para ello, solamente mediante el fortalecimiento de la infraestructura aduanera – de la mano con el emprendimiento de comerciantes interesados en hacer parte de esta cadena logística – se podrá garantizar la vacuna para toda la población.

La facilitación al comercio, el mejoramiento en los procedimientos en aduana, la simplificación de trámites, entre otros mecanismos para mejorar la eficiencia del Estado, son imprescindibles para garantizar el acceso a la vacuna. Esto comporta prever un incremento sustancial en el gasto público, especialmente en el sector salud.

iv. Barreras arancelarias a las materias primas y productos auxiliares y restricciones a las exportaciones

Las barreras arancelarias a las materias primas y productos auxiliares de una posi-

ble vacuna se deben eliminar, logrando una disminución en los costos de transacción del medicamento. En la actualidad se ha visto que existen algunos impedimentos arancelarios y restricciones a las exportaciones sobre productos necesarios para afrontar la pandemia y sus similares.⁶⁹

Es muy posible, que para garantizar el suministro de la demanda interna de los países donde se produzcan las vacunas, así como de las materias primas y productos auxiliares para su producción, se impongan restricciones a las exportaciones de estas.

La mayoría de productos auxiliares, como los viales, las jeringas⁷⁰ y los adyuvantes⁷¹ son producidos en Europa y Estados Unidos, por lo que dependerá de la voluntad anti protec-

cionista de los Estados garantizar el acceso a los mismos con efectividad.

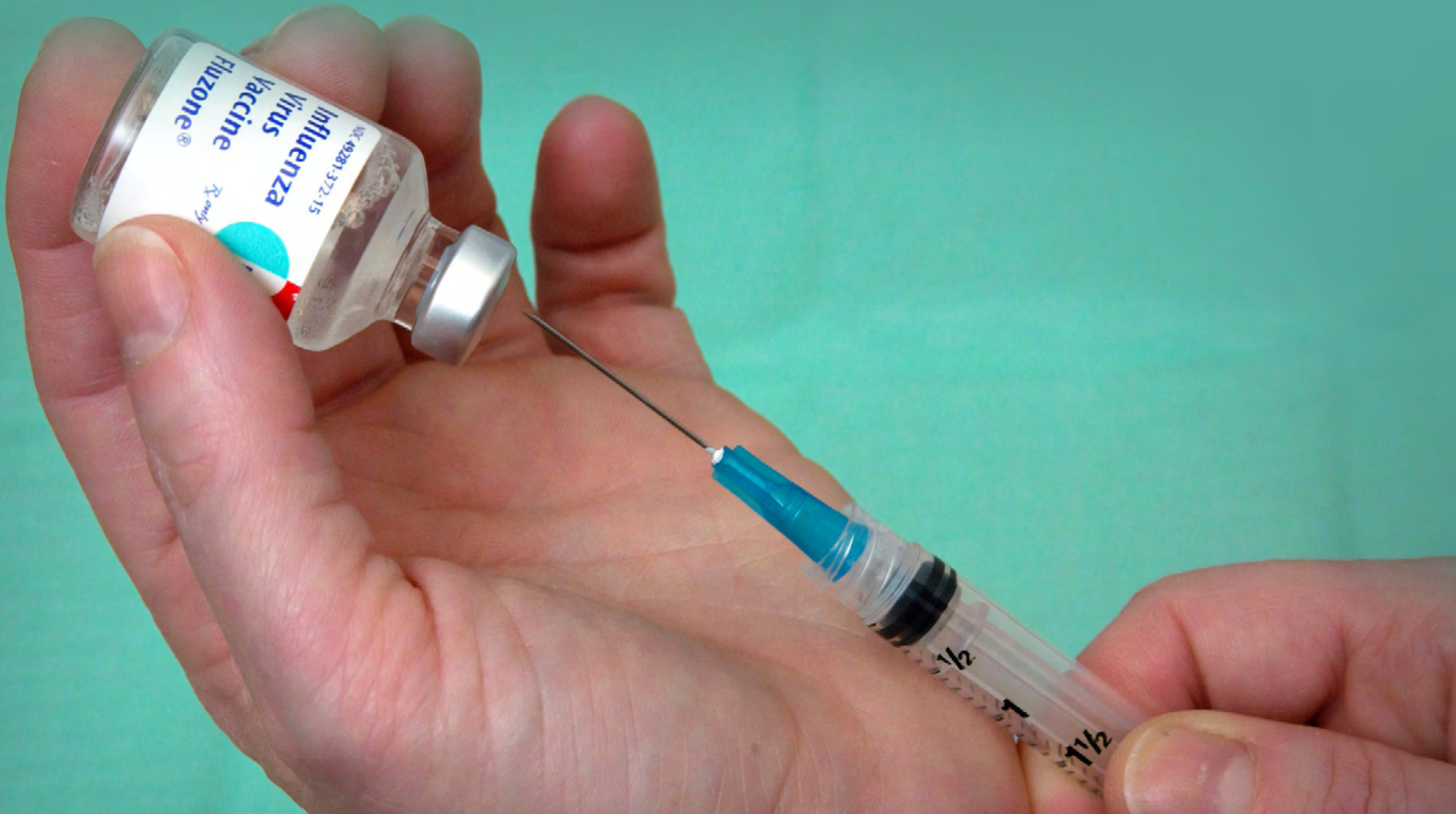
Varios miembros de la OMC, para abril 2020, han impuesto restricciones a las exportaciones de materias primas y productos auxiliares de las vacunas⁷². Adicionalmente, en el 2019, los aranceles promedio aplicados fueron los siguientes:

69 *Prohibiciones y restricciones de la exportación. Disponible en la web: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf. (Consultado el 24 de julio de 2020).*

70 *Bloomberg. Without Vials and Needles, a Virus Vaccine Is Just a Formula Disponible en: <https://www.bloomberg.com/features/2020-covid-vaccine-manufacturing-essentials/> (Consultado el 28 de septiembre de 2020)*

71 *José A. Vega and Pamella S. Ochoa, Supplies and Equipment for Compounding and Administering Sterile, Disponible en la web: [Preparations samples.jp-pub.com/9781284035728/9781449678630_CH02.pdf](https://pubs.cdc.gov/pub/9781284035728/9781449678630_CH02.pdf) (Consultado el 28 de septiembre de 2020)*

72 *Notificaciones de los Miembros de la OMC sobre la COVID-19 Disponible en la web: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/notifications_e.htm. (Consultado el 24 de julio de 2020).*



Principales componentes para la producción y suministro de las vacunas			
Subgrupo	Producto	Arancel promedio ⁷³	Número de miembros de la omc que a abril 2020 imponen restricciones a las exportaciones de este producto ⁷⁴
Suministros médicos y farmacéuticos	Proteínas patógenas. ⁷⁵	7% ad valorem	8
	Células animales células de monos, hámsteres, perros o pájaros. ⁷⁶		
Componentes auxiliares	Viales ⁷⁷	3,4% ad valorem	2
	Jeringas y agujas. ⁷⁸		
Tecnologías médicas y farmacéuticas	Neveras para el mantenimiento de la cadena de frío. ⁷⁹	4% ad valorem	7
	Cámaras mecánicas de control de la esterilidad ⁸⁰ .		
<i>Creación Propia. Fuente: OMC</i>			

⁷³ El comercio de productos médicos en el contexto de la lucha contra la COVID-19. Disponible en la web: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/rese_03apr20_e.pdf . (Consultado el 24 de julio de 2020).

⁷⁴ Prohibiciones y restricciones de la exportación. Disponible en la web: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf . (Consultado el 24 de julio de 2020).

⁷⁵ Subpartida arancelaria HS (2017) 350400.

⁷⁶ Subpartida arancelaria HS (2017) 300290, 300120, 300190, 300212 y 300290.

⁷⁷ Subpartida arancelaria HS (2017) 901890

⁷⁸ Subpartida arancelaria HS (2017) 901832 y 901831

⁷⁹ Subpartida arancelaria HS (2017) 481810

⁸⁰ Subpartida arancelaria HS (2017) 841920



Para 2020, existen ocho miembros de la OMC que prohíben las exportaciones de suministros médicos y farmacéuticos incluyendo materias primas de vacunas entre los que se encuentran Estados Unidos y Brasil. Siete miembros prohíben las exportaciones de equipos médicos y ninguno a bienes de almacenamiento.

Es muy posible, que con la excusa de garantizar el suministro en los países donde se produzcan las vacunas, se impongan restricciones a las exportaciones de las mismas así como de las principales materias primas y productos auxiliares para fabricarlas. La mayoría de productos auxiliares, como los viales, las jeringas y los adyuvantes son producidos en Europa y Estados Unidos, por lo que dependerá de la voluntad anti proteccionista garantizar el acceso a los mismos con efectividad.

a. La eliminación de aranceles como garantía de acceso a la vacuna

Con este panorama, los países en desarrollo deben implementar estrategias de política pública para prevenir quedarse sin acceso a la vacuna. Algunos incentivos para lograr este acceso son la eliminación de aranceles sobre las materias primas, los componentes auxiliares y el medicamento en sí mismo, y la eliminación del resto de restricciones al comercio de estos productos (tanto frente a importaciones como exportaciones). Esto permitirá una reducción sustancial en los precios de la vacuna.

En este sentido, si se pretende un acceso universal a la vacuna contra la COVID-19, la liberalización en el comercio de todos los bienes que hagan parte de su cadena de producción, suministro y distribución es necesaria.

6. Conclusión

Aunque el mundo entero ha volcado todos sus esfuerzos científicos y técnicos en la producción de una vacuna efectiva y duradera contra la COVID – 19, lo más probable es que sin un consenso internacional previo, una vez una vacuna efectiva haya sido desarrollada en cualquier país, su distribución sería lenta e inequitativa en razón de las barreras de acceso que suponga la entrada, comercialización y/o distribución del medicamento a más de 190 países, especialmente a aquellos menos desarrollados, con industrias

farmacéuticas incipientes o con sistemas de salud con infraestructura precaria.

Por lo cual, logrando articular una cadena de suministro eficiente, a precios accesibles para toda la población y garantizando un aprovisionamiento adecuado que otorgue garantías reales para una completa inmunización se podrá superar la crisis causada por la COVID – 19.

Iniciativas como “COVAX Facility” son mecanismos idóneos para lograr este objetivo, el cual para cumplirse a cabalidad, debe ir acompañado de la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias, no solamente de la vacuna, sino también de su materia prima y productos auxiliares.

7. Bibliografía

- *Alt Energy Stocks, Amyris' Sugarcane-derived Vaccine Adjuvant*, Disponible en: <http://www.altenergystocks.com/archives/2020/08/amyris-sugarcane-derived-vaccine-adjuvant/> Disponible en la web: https://www.who.int/immunization/quality_safety/en/ (Consultado el 28 de septiembre de 2020)
- *Anthony Esposito, Adriana Barreira, COVID-19 vaccine diplomacy: Mexico courts allies across ideological spectrum*, 30 de agosto de 2020. Disponible en la web: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-mexico-vaccine-idUSKBN25Q0H9>. (Consultado el 24 de julio de 2020)
- *BBC, Remdesivir: la polémica compra de EE.UU. de casi toda la existencia mundial del prometedor fármaco para combatir el COVID-19*. Disponible en la web: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-53254231> (Consultado el 24 de septiembre de 2020)
- *BBC. Vacuna de AstraZeneca y Oxford contra la covid-19: interrumpen las pruebas por un caso de reacción adversa de un participante*, BBC News. Disponible en la web: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54082322> (Consultado el 10 de Septiembre de 2020)
- *Bloomberg. Without Vials and Needles, a Virus Vaccine Is Just a Formula* Disponible en: <https://www.bloomberg.com/features/2020-covid-vaccine-manufacturing-essentials/> (Consultado el 28 de septiembre de 2020)
- *CanSino Biologics Inc. (A joint stock company incorporated in the People's*

Republic of China with limited liability). Interim results announcement for the six months ended, 30 de junio de 2020. Disponible en: <http://www.cansinotech.com/upload/1/editor/1598075683375.pdf>. (Consultado el 24 de julio de 2020)

- *Centers for Disease Control and Prevention, Vaccine Testing and Approval Process*. Disponible en la web: <https://www.cdc.gov/vaccines/basics/test-approve.html> (Consultado el 24 de julio de 2020)
- *CEPI. CEPI's response to COVID-19*, Disponible en la web: <https://cepi.net/COVAX/> (Consultado el 28 de Septiembre de 2020)
- *Chinese Clinical Trial Registry, A Phase III clinical trial for inactivated novel coronavirus pneumonia (COVID-19) vaccine (Vero cells)*, 19 de julio de 2020. Disponible en la web: <http://www.chictr.org.cn/showprojen.aspx?proj=56651>. (Consultado el 13 de septiembre de 2020).
- *Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Gobierno Nacional de Paraguay, FACEN realizó capacitación sobre fundamentos de Biorreactores y Tecnología de Fermentación*, 20 de febrero de 2020. Disponible en la web: <https://www.conacyt.gov.py/facen-realizo-capacitacion-sobre-fundamentos-biorreactores-tecnologia-fermentacion> (Consultado el 24 de julio de 2020).
- *Diccionario Merriam-Webster*. Disponible en la web: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/vaccine> (Consultado el 10 de septiembre de 2020)
- *El comercio de productos médicos en el contexto de la lucha contra la COVID-19*. Disponible en la web: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/rese_03apr20_e.pdf . (Consultado el 24 de julio de 2020).
- *Emily Brunson, Vaccine – medicine*. Encyclopedia Britannica. Disponible en la web: <https://www.britannica.com/science/vaccine> (Consultado el 5 de septiembre de 2020)
- *Ertola, Yantorno y Mignone ,OEA., Microbiología Industrial*. OEA. ISBN 978-987-95081-0-7.
- *EU Clinical Trials Register, Clinical trials for 2020-004123-16*, Disponible en la web: <https://www.clinicaltrialsregister.eu/ctr-search/search?query=2020-004123-16>

(Consultado el 28 de septiembre de 2020)

- *Fakultas Kedokteran Universitas Padjadjaran/RS Hasan Sadikin, Balitbangkes, Sinovac Life Sciences, a phase III, observer-blind, randomized, placebo-controlled study of the efficacy, safety and immunogenicity of sars-cov-2 inactivated vaccine in healthy adults aged 18-59 years in Indonesia, Indonesia Registry Web Portal, 17 de agosto de 2020. Disponible en la web: https://www.ina-registry.org/index.php?act=registry_trial_detail&code_trial=16202009080721WXXFM0YX (Consultado el 13 de septiembre de 2020)*

- *France 24, Trump promises Covid-19 vaccine by end of the year. Disponible en la web: <https://www.france24.com/en/20200504-trump-promises-covid-19-vaccine-by-end-of-the-year> (Consultado el 30 de agosto de 2020)*

- *Gonzalo Soto, El futuro depende de una inyección: así es el largo (y costoso) camino por la vacuna, El Financiero, 17 de septiembre de 2020. Disponible en la web: <https://www.elfinanciero.com.mx/bloomberg-businessweek/el-largo-y-costoso-camino-a-la-vacuna> (Consultado el 24 de julio de 2020)*

- *GSK, GSK announces intention to produce 1 billion doses of pandemic vaccine adjuvant in 2021 to support multiple COVID-19 vaccine collaborations. Disponible en: <https://www.gsk.com/en-gb/media/press-releases/gsk-announces-intention-to-produce-1-billion-doses-of-pandemic-vaccine-adjuvant/> (Consultado el 28 de septiembre de 2020)*

- *GSK, How we develop new vaccines, disponible en la web: <https://www.gsk.com/en-gb/research-and-development/development/how-we-develop-new-vaccines/> (Consultado el 28 de septiembre de 2020)*

- *Hans G. Schlegel, Medios de cultivos y condiciones de crecimiento, El crecimiento de los microorganismos, 1976, Ediciones Omega S.A. p. 193-196. ISBN 84-282-1030-6.*

- *International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations ("IFPMA"), El complejo recorrido de una vacuna, La cadena de producción, los requisitos regulatorios y la disponibilidad de vacunas, 2018. Disponible en la web: https://www.ifpma.org/wp-content/uploads/2016/01/IFPMA_Complex_Journey_Vaccine_Publi-*

cation_2014_Spanish.pdf (Consultado el 13 de septiembre de 2020)

- *International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations ("IFPMA"), Technology Transfer from the Perspective of IFPMA vaccine members, Disponible en: <http://158.232.12.119/phi/news/Presentation11.pdf> (Consultado el 28 de septiembre de 2020)*

- *International Trade Center, Covid – 19 temporary trade measures. Disponible en la web: <https://www.macmap.org/covid19> (Consultado el 13 de septiembre de 2020)*

- *Johnson & Johnson, Johnson & Johnson Announces a Lead Vaccine Candidate for COVID-19; Landmark New Partnership with U.S. Department of Health & Human Services; and Commitment to Supply One Billion Vaccines Worldwide for Emergency Pandemic Use, 30 de marzo de 2020. Disponible en la web: <https://www.jnj.com/johnson-johnson-announces-a-lead-vaccine-candidate-for-covid-19-landmark-new-partnership-with-u-s-department-of-health-human-services-and-commitment-to-supply-one-billion-vaccines-worldwide-for-emergency-pandemic-use>. (Consultado el 24 de julio de 2020)*

- *Jonathan Corum, Denise Grady, Sui-Lee Wee and Carl Zimmer, Coronavirus Vaccine Tracker, New York Times. Disponible en la web: <https://www.nytimes.com/interactive/2020/science/coronavirus-vaccine-tracker.html> (Consultado el 13 de septiembre de 2020)*

- *José A. Vega and Pamela S. Ochoa, Supplies and Equipment for Compounding and Administering Sterile, Disponible en la web: https://www.nytimes.com/9781284035728/9781449678630_CH02.pdf (Consultado el 28 de septiembre de 2020)*

- *Joseph P. Lane, Understanding Technology Transfer. Assistive Technology, Junio de 1999. P. 5 – 19, Pag 5.*

- *Kylie Quinn and Damian Purcell, Where Are We at with Developing a Vaccine for Coronavirus?, The Conversation, 2 de abril de 2020. Disponible en la web: <https://theconversation.com/where-are-we-at-with-developing-a-vaccine-for-coronavirus-134784> (Consultado el 24 de julio de 2020)*

- *Maggie Fox. A coronavirus vaccine by Election Day? Probably not. Here's why. CNN. Disponible en la web: <https://edition.cnn.com/2020/09/03/health/coronavirus-vaccine-october-unlikely/index.html> (Consultado el 5 de septiembre de 2020)*

- *Martin Friede, Laszlo Palkonyay, Claudia Alfonso, Yuri Pervikov, Guido Torelli, David Wood, Marie Paule, WHO initiative to increase global and equitable access to influenza vaccine in the event of a pandemic: Supporting developing country production capacity through technology transfer, Volumen 29, Supplement 1, 1 Julio de 2011, Páginas A2-A7.*

- *Megan Scudellari, How the pandemic might play out in 2021 and beyond. Nature, Vol 584, 5 de agosto de 2020, Pags 22 – 25. Disponible en la web: <https://media.nature.com/original/magazine-assets/d41586-020-02278-5/d41586-020-02278-5.pdf> (Consultado el 3 de septiembre de 2020) – Traducción libre*

- *Naomi Grimley. Coronavirus: How will the world vaccinate seven billion? BBC News. Disponible en la web: <https://www.bbc.com/news/health-53741966> (Consultado el 3 de septiembre de 2020)*

- *Notificaciones de los Miembros de la OMC sobre la COVID-19 https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/notifications_e.htm. (Consultado el 24 de julio de 2020)*

- *Organización Mundial de la Salud, COVAX: Working for global equitable access to COVID-19 vaccines Disponible en: <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax> (Consultado el 28 de septiembre de 2020)*

- *Organización Mundial de la Salud, Relevant WHO technical guidance documents for COVID-19 vaccines and other biologicals. Disponible en la web: https://www.who.int/docs/default-source/biologicals/documents/relevant-who-documents-for-sars-cov-2-vaccines-and-other-biologicals-tz-ik-7-apr-2020.pdf?sfvrsn=c0531396_2 (Consultado el 28 de septiembre de 2020)*

- *Organización Mundial de la Salud, World Health Statistics 2020, Ginebra, 2020. Disponible en la web: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332070/9789240005105-eng.pdf> (Consultado el 28 de septiembre de 2020) – Traducción libre*

- *Organización Mundial de la Salud.*

Draft landscape of COVID-19 candidate vaccines, 17 de septiembre 2020. Disponible en la web: <https://www.who.int/publications/m/item/draft-landscape-of-covid-19-candidate-vaccines> (Consultado el 20 de septiembre de 2020)

- Oxford University Innovation, University of Oxford, Expedited access for COVID-19 related IP. Disponible en la web: <https://innovation.ox.ac.uk/technologies-available/technology-licensing/expedited-access-covid-19-related-ip/> (Consultado el 24 de julio de 2020).

- Prohibiciones y restricciones de la exportación. https://www.wto.org/english/tra-top_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf. (Consultado el 24 de julio de 2020)

- Reuters, Sanofi France chief sees coronavirus vaccine priced below 10 euros, 5 de septiembre de 2020. Disponible en la web: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-sanofi/sanofi-france-chief-sees-coronavirus-vaccine-priced-below-10-euros-idUSKBN25W0EU>. (Consultado el 24 de julio de 2020)

- Samantha Subramanian – Bloomberg, ¿Y cómo nos vamos a poner todos la vacuna cuando esté lista?, *El Financiero*, 21 de septiembre de 2020. Disponible en la web: <https://www.elfinanciero.com.mx/bloomberg-businessweek/y-como-nos-vamos-a-poner-todos-la-vacuna-cuando-este-lista> (Consultado el 24 de julio de 2020)

- Samantha Subramanian – Bloomberg, ¿Y cómo nos vamos a poner todos la vacuna cuando esté lista?, *El Financiero*, 21 de septiembre de 2020. Disponible en la web: <https://www.elfinanciero.com.mx/bloomberg-businessweek/y-como-nos-vamos-a-poner-todos-la-vacuna-cuando-este-lista> (Consultado el 24 de julio de 2020)

- U. S. National Library of Medicine, A Study of Ad26.COVS.2 for the Prevention of SARS-CoV-2-Mediated COVID-19 in Adult Participants, 10 de agosto de 2020. Disponible en la web: <https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04505722?term=NCT04505722&draw=2&rank=1>. (Consultado el 13 de septiembre de 2020)

- U. S. National Library of Medicine, A Study to Evaluate Efficacy, Safety, and Immunogenicity of mRNA-1273 Vaccine in Adults Aged 18 Years and Older to Prevent COVID-19, *ClinicalTrials.gov*, 9 de septiembre de 2020. Disponible en web: <https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04470427?term=vaccine&cond=covid-19&draw=5> (Consultado el 20 de septiembre de 2020)

U. S. National Library of Medicine, Clinical Trial of Efficacy, Safety, and Immunogenicity of Gam-COVID-Vac Vaccine Against COVID-19, 28 de agosto de 2020. Disponible en la web: <https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04530396?term=vaccine&cond=covid-19&draw=3>. (Consultado el 13 de septiembre de 2020)

- U. S. National Library of Medicine, Clinical Trial of Recombinant Novel Coronavirus Vaccine (Adenovirus Type 5 Vector) Against COVID-19, 7 de septiembre de 2020. Disponible en la web: <https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04540419?term=vaccine&cond=covid-19&draw=6>. (Consultado el 13 de septiembre de 2020)

- U. S. National Library of Medicine, Study to Describe the Safety, Tolerability, Immunogenicity, and Efficacy of RNA Vaccine Candidates Against COVID-19 in Healthy Adults, *ClinicalTrials.gov*, 4 de septiembre de 2020. Disponible en la web: <https://clinicaltrials.gov/ct2/show/NCT04368728?term=vaccine&cond=covid-19&draw=3> (Consultado el 20 de septiembre de 2020)

- Udo Riechl, Impetus for a corona vaccine, *Max Plank Gesellschaft*, 3 de mayo de 2020. Disponible en la web: <https://www.mpg.de/14773435/corona-covid19-vaccine-production> (Consultado el 24 de julio de 2020)

- Verónica Palomo, Así se crea una vacuna paso a paso, *Consumer*, 1 de mayo de 2020. Disponible en la web: <https://www.consumer.es/salud/investigacion-medica/como-hace-vacuna.html> (Consultado el 24 de julio de 2020)

- World Bank, COVID-19 to Plunge Global Economy into Worst Recession since World War II. Press Release, 8 de junio de 2020. Disponible en la web: <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2020/06/08/covid-19-to-plunge-global-economy-into-worst-recession-since-world-war-ii> (Consultado el 3 de septiembre de 2020)

- World Health Organisation. Update on WHO Solidarity Trial – Accelerating a safe and effective COVID-19 vaccine. 2020; Disponible en la web: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/solidarity-trial-accelerating-a-safe-and-effective-covid-19-vaccine>. (Consultado el 28 de septiembre de 2020)

- World Trade Organization. The WTO and the Millennium Development Goals - Access to Medicines. Disponible en: https://www.wto.org/english/thewto_e/coher_e/mdg_e/medicine_e.htm. (Consultado el 24 de julio de 2020)

Yevgeniy Grigoryev, Outgrown the Roost: Passaging Suspension Cells, 6 de febrero de 2013. Disponible en la web: <https://bitesizebio.com/13682/passaging-suspension-cells-tutorial/> (Consultado el 24 de julio de 2020)

- Yevgeniy Grigoryev, Outgrown the Roost: Passaging Suspension Cells, 6 de febrero de 2013. Disponible en la web: <https://bitesizebio.com/13682/passaging-suspension-cells-tutorial/> (Consultado el 24 de julio de 2020)

- Zhu, D., & Tuo, W. (2016). QS-21: A Potent Vaccine Adjuvant. *Natural products chemistry & research*, 3(4), e113. Disponible en: <https://doi.org/10.4172/2329-6836.1000e113> (Consultado el 28 de septiembre de 2020)

- World Health Organisation. Update on WHO Solidarity Trial – Accelerating a safe and effective COVID-19 vaccine. 2020; Disponible en la web: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/solidarity-trial-accelerating-a-safe-and-effective-covid-19-vaccine>. (Consultado el 28 de septiembre de 2020)

Comercio internacional y COVID-19: desafíos y oportunidades

Por: Mateo Ferrero¹

Resumen ejecutivo: La actual pandemia ha puesto el foco de la atención pública y gubernamental no sólo en la salud pública, sino también en varios aspectos relacionados con el comercio internacional. Este artículo comienza por explicar la importancia de la transparencia para el buen funcionamiento del comercio internacional. Posteriormente el artículo examina dos aspectos importantes de la respuesta regulatoria

adoptada por varios países: (i) las restricciones a las exportaciones y (ii) las nuevas medidas relacionadas con obstáculos técnicos al comercio y con aspectos sanitarios y fitosanitarios. Asimismo, se examinan tres sectores que han sido de particular importancia durante la pandemia y que lo serán aún más durante la recuperación: (i) el comercio de servicios; (ii) el caso particular del comercio electrónico, y (iii) las micro, pequeñas y medianas empresas. En este contexto, el artículo explora varias

maneras en que el comercio internacional, así como la Organización Mundial del Comercio, pueden contribuir a que estos tres sectores hagan parte de los motores que impulsarán la recuperación económica.

¹ Consejero en la División de Comercio y Medioambiente de la Organización Mundial del Comercio. Las opiniones expresadas por el autor en este artículo son personales y no representan las posiciones de la Organización Mundial del Comercio o de sus Miembros.



1. Introducción

La pandemia generada por la COVID-19 ha generado una crisis de salud pública a nivel global sin precedentes. La actual pandemia ha puesto el foco de la atención pública y gubernamental no sólo en la salud pública, sino también en varios aspectos relacionados con el comercio internacional. Gobiernos por todo el mundo están, entendiblemente, tomando medidas para detener la propagación del virus. Algunas de ellas pueden estar teniendo un impacto en el buen flujo de bienes y servicios comerciados a través de fronteras, incluyendo en el comercio de productos médicos.

Desde el inicio de la actual crisis, la Organización Mundial del Comercio (OMC) ha publicado una serie de notas informativas sobre distintas implicaciones de la pandemia para el comercio internacional². Este artículo tiene el modesto, pero quizás útil, objetivo de darle mayor difusión a los puntos clave de dichas notas informativas.

Este artículo comienza por explicar por qué es tan importante la transparencia regulatoria para el adecuado flujo transfronterizo de bienes y servicios. Esta sección explora las herramientas legales y prácticas que tiene la OMC para recopilar información regulatoria y ayudar a su diseminación. Posteriormente, el artículo se enfoca en dos aspectos importantes de la respuesta regulatoria adoptada por varios países alrededor del mundo: (i) las restricciones a las exportaciones y (ii) la adopción de nuevas regulaciones en materia de Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF). La tercera parte de este artículo está dedicada a profundizar en tres sectores que han sido de particular importancia durante la pandemia y que lo serán aún más durante la recuperación: (i) el comercio de servicios; (ii) el caso particular del comercio electrónico, y (iii) las micro, pequeñas y medianas empresas. Estas observaciones sectoriales cubrirán la manera en que la pandemia ha afectado estos sectores, las medidas que han sido adoptadas por una serie de países en respuesta a la actual crisis, así como algunos aspectos en que la OMC puede contribuir a que dichos sectores obtengan mayores beneficios del comercio internacional.

² Para acceder a todas las notas publicadas por la OMC sobre la COVID-19 y el comercio internacional, ver https://www.wto.org/spanish/tratop_s/covid19_s/covid19_s.htm.



2. Importancia de la transparencia para el comercio internacional

Es bien sabido que para que los bienes y servicios puedan ser comerciados de manera libre, los importadores y exportadores, así como sus respectivos gobiernos, deben saber cuáles son las reglas aplicables. Esto es particularmente cierto en tiempos de crisis, como la actual pandemia.

Gobiernos de todo el mundo están adoptando medidas para responder a la actual crisis. Si los distintos actores que participan en las cadenas de suministro no están informados de las nuevas medidas, es probable que no puedan adaptarse a tiempo a las nuevas condiciones regulatorias, lo cual genera disrupciones innecesarias a los flujos comerciales entre países. Por ejemplo, exportadores e importadores deben estar al tanto de una cantidad importante de normas al momento de comerciar, como lo pueden ser nuevos procedimientos y regulaciones afectando al comercio, nuevas restricciones a las exportaciones, aranceles e impuestos, así como nuevas reglas aduaneras y de transporte de mercancías. Sin esta información, bienes esenciales, como lo pueden ser los productos médicos necesarios para la lucha contra la COVID-19, pueden ser detenidos en la frontera o cuando estén en tránsito³.

Por lo tanto, la transparencia respecto de las medidas que puedan afectar el comercio internacional está en el interés mutuo de todos los miembros de la OMC. De hecho, la OMC tiene las herramientas legales y prácticas para recopilar información y ayudar a su disseminación. En particular, la OMC hace esto regularmente a través de tres mecanismos: (i) los informes sobre la vigilancia del comercio y los exámenes de políticas comerciales; (ii) las obligaciones de publicación y notificación de las medidas que afecten el comercio; y (iii) las prácticas relativas a la transparencia en los distintos comités de la OMC.

Primero, bajo el mecanismo de examen de las políticas comerciales, los Miembros de la Organización son llamados a mejorar la transparencia a través de la preparación de exámenes específicos a cada Miembro relativos a sus políticas comerciales. De esta

³ Organización Mundial del Comercio, *Transparency – Why it Matters at Times of Crisis*, 7 de abril de 2020, p. 1, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/transparency_report_e.pdf. (consultado el 29 de septiembre de 2020).

manera, todos los Miembros de la OMC son objeto de examen. Los cuatro Miembros con mayor participación en el comercio mundial (actualmente la Unión Europea, los Estados Unidos, el Japón y la China) serán objeto de un examen cada dos años, los 16 Miembros siguientes cada cuatro años y los demás cada seis años, pudiendo fijarse un intervalo más extenso para los menos adelantados. De igual manera, desde la crisis financiera del 2008, la Secretaría de la OMC publica anualmente dos series de informes sobre la vigilancia del comercio: (i) los informes globales sobre los hechos relacionados con el comercio, que abarcan a todos los Miembros de la OMC y Observadores, y (ii) los informes preparados conjuntamente con la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) acerca de las medidas relacionadas con el comercio y las inversiones adoptadas por las economías del G-20⁴.

Segundo, los acuerdos abarcados de la OMC contienen múltiples obligaciones relativas a la transparencia. De un lado, distintos acuerdos contienen una obligación de publicar a nivel doméstico cualquier medida (e.g., leyes, decretos, reglamentos) que pueda afectar el comercio de tal manera que las partes interesadas puedan estar al tanto de dicha normativa. De otro lado, los Miembros de la OMC deben notificar a la Secretaría de la Organización las medidas que afecten el comercio en alguno de los tres idiomas oficiales (español, francés, o inglés). Dicha información es pública y cualquier parte interesada puede acceder a ella. De hecho, cualquier persona puede buscar las notificaciones presentadas por los Miembros en las distintas bases de datos de la OMC, como por ejemplo ePing que se enfoca en notificaciones de obstáculos técnicos al comercio y medidas sanitarias y fitosanitarias⁵.

Tercero, las distintas disciplinas de transparencia de los acuerdos abarcados tienen

⁴ *Ibidem*; Organización Mundial del Comercio, *Vigilancia del Comercio*, recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/trade_monitoring_s.htm. (consultado el 29 de septiembre de 2020); Organización Mundial del Comercio, *Supervisión de las Políticas Comerciales Nacionales*, recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/tp_int_s.htm. (consultado el 29 de septiembre de 2020).

⁵ Disponible para el público general en: www.epingalert.org. ePing es un sistema de alerta de notificaciones en materia OTC y MSF. ePing es fruto del trabajo de tres organizaciones internacionales: el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DAES) de las Naciones Unidas, la OMC y el Centro de Comercio Internacional (ITC), que han combinado sus conocimientos técnicos y su experiencia para facilitar el acceso a la información comercial pertinente.

resonancia en el interior de los distintos comités de la Organización, como el Comité de Obstáculos al Comercio o el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. En dichos comités, las notificaciones de los Miembros pueden ser discutidas entre la membresía, incluyendo en el formato de “preocupaciones comerciales específicas”, un eficaz mecanismo de prevención de litigios comerciales que tiene la OMC⁶.

Es importante recalcar que las obligaciones de notificación en el Acuerdo de Obstáculos al Comercio y en el Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias son particularmente útiles para informar el proceso regulatorio de los Miembros de la Organización. Esto se debe a que, en ambos acuerdos, la notificación de nuevas medidas (e.g., reglamentos técnicos, procedimientos de evaluación de la conformidad o medidas sanitarias o fitosanitarias) debe llevarse a cabo, en principio, cuando dichas medidas todavía están en proyecto y se puedan tomar en consideración comentarios de otros Miembros. Por lo tanto, la transparencia sirve de vehículo para que los Miembros discutan y resuelvan aspectos potencialmente problemáticos de futuras medidas antes de su entrada en vigor.

3. Aspectos centrales de la respuesta regulatoria a la pandemia

La pandemia generada por la COVID-19 ha generado una crisis de salud pública sin precedentes. Dada esta situación, existe una alta demanda de una gran cantidad de productos médicos a nivel global. Inevitablemente, esta situación ha generado una respuesta regulatoria por parte de muchos países alrededor del mundo. Esta sección examina los desarrollos regulatorios de algunos Miembros de la OMC que se centraron en dos aspectos principales: (i) las restricciones a las exportaciones y (ii) la adopción de nuevas regulaciones en materia de Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF).

⁶ Por ejemplo, el Comité de Obstáculos al Comercio ha discutido más de 600 preocupaciones comerciales específicas y el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias ha discutido más de 450 preocupaciones comerciales específicas. Ver: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_s.htm. (consultado el 29 de septiembre de 2020).



3.1 Restricciones a las exportaciones

Teniendo en cuenta la alta demanda mundial de una gran cantidad de productos médicos generada por la COVID-19, un factor que ha complicado aún más esta coyuntura es que varios Miembros de la OMC han impuesto una serie de prohibiciones o restricciones a la exportación de varios de estos productos médicos con el objetivo de mitigar situaciones de escasez a nivel doméstico.

De hecho, alrededor de 80 países introdujeron prohibiciones o restricciones a las exportaciones a raíz de la pandemia. La mayoría de estas medidas han sido descritas como “temporales” y algunas de ellas ya han sido levantadas. Los productos cubiertos por estas medidas se concentran en suministros médicos (como máscaras y otros dispositivos para la protección del personal médico, como guantes, prendas protectoras, y desinfectantes), productos farmacéuticos y equipos médicos (por ejemplo, respiradores). Sin embargo, otros productos, como el papel higiénico y alimentos, también se han visto cubiertos por este tipo de restricciones⁷.

¿Qué dicen las reglas de la OMC respecto de las prohibiciones y restricciones a las exportaciones? Como regla general, dichas prohibiciones y restricciones no son permitidas. De hecho, el artículo XI:1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT 1994) establece que ningún miembro de la OMC “impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la (...) exportación o a la venta para la exportación”. Esta disposición, que establece la eliminación general de las restricciones cuantitativas, abarca prohibiciones y restricciones impuestas mediante contingentes (e.g., cuotas), licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.

Sin embargo, esta prohibición general establecida en el artículo XI:1 no es absoluta. Por el contrario, el párrafo 2(a) de dicha disposición aclara que la prohibición general no se aplicará, entre otros, a “[p]rohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte

⁷ Organización Mundial del Comercio, *Export Prohibitions and Restrictions*, 23 de abril de 2020, pp. 1 y 7, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf. (consultado el 29 de septiembre de 2020).



contratante exportadora". Es necesario recalcar que uno de los requisitos para estar exentos de la prohibición general es que las medidas deben ser aplicadas "temporalmente"⁸. De igual manera, los Miembros de la OMC también tienen la posibilidad de justificar sus prohibiciones o restricciones a las exportaciones mediante las excepciones generales del artículo XX. Por ejemplo, es posible invocar el artículo XX(b) para justificar medidas "necesarias para proteger la salud y la vida de las personas". Debe resaltarse que si un Miembro de la OMC adopta o mantiene una restricción cuantitativa en conformidad con las reglas de los acuerdos abarcados mencionadas, debe hacerlo de manera no discriminatoria, tal como lo establece el artículo XIII del GATT 1994.

Ahora bien, la introducción de ciertas prohibiciones y restricciones a las exportaciones puede ser entendible durante una crisis en la medida en que permite la continua disponibilidad a nivel doméstico de los productos esenciales a un precio más bajo que el precio mundial de dichos productos. Sin embargo, los efectos negativos de las restricciones a las exportaciones pueden ser sustanciales. De un lado, cuando el país que impone la restricción es un gran exportador del pro-

ducto en cuestión, la oferta mundial va a bajar, lo cual tiene repercusiones notorias sobre su precio. Esto afecta a todos los importadores de dicho producto, pero sobre todo a los países de menores recursos que usualmente tienen una capacidad productiva más limitada. De otro lado, es necesario mencionar que dichas restricciones también pueden ser contraproducentes para el país que las adopta pues pueden llevar a un "efecto dominó" según el cual otros países adoptan medidas similares. Igualmente, dicha política de restricción a las exportaciones puede llevar a que los países importadores inviertan en su propia producción como un "seguro" contra las disrupciones en tiempos de crisis⁹.

Debido a lo anterior, es necesario mejorar la cooperación internacional en el área de restricciones a las exportaciones con el objetivo de llegar a un equilibrio entre medidas necesarias para aliviar la escasez de productos médicos esenciales en los países exportadores y los impactos negativos de dichas medidas en los países importadores. En efecto, después de la reunión del G20 en marzo pasado, los ministros de comercio de los países del G20 enfatizaron que las "medidas de emergencia diseñadas para contener la

COVID-19, si son consideradas necesarias, deberán ser bien dirigidas, proporcionadas, transparentes y temporales, sin crear obstáculos innecesarios al comercio o interrupciones a las cadenas de suministro globales, y estar en consonancia con las reglas de la OMC¹⁰. Respecto a la transparencia de las nuevas medidas, es recomendable que los Miembros: (i) publiquen todas estas medidas a nivel nacional; (ii) notifiquen a la OMC todas las restricciones a las exportaciones¹¹; y (iii) actualicen, siempre que sea necesario, cualquier información relevante bajo la "notificación de transparencia" contenida en el artículo 1.4 del Acuerdo de Facilitación del Comercio¹².

3.2 Normas y regulaciones en tiempos de COVID-19

¿Qué acciones en materia regulatoria han tomado los Miembros de la OMC para enfrentar la COVID-19? Aproximadamente dos terceras partes de las notificaciones que han presentado los Miembros a la OMC concierne normas (i.e., estándares) y regulaciones en materia de Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF). Este tipo de medidas son de especial importancia en la actual coyuntura, pues sus objetivos pueden incluir la protección de la salud y la vida humana, así como garantizar la seguridad y la calidad de distintos productos¹³.

La mayoría de las notificaciones recibidas en la OMC fueron presentadas con base en las disciplinas para notificaciones urgentes o de emergencia establecidas en el Acuerdo OTC y el Acuerdo MSF¹⁴. De acuerdo con estas disposiciones, los Miembros de

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Las prohibiciones o restricciones a las exportaciones deben ser notificadas a la OMC de acuerdo con la Decisión sobre los procedimientos de notificación de restricciones cuantitativas adoptada por el Consejo de Comercio de Mercancías el 22 de junio de 2012 (G/L/59/Rev.1). Adicionalmente, si la prohibición o restricción a las exportaciones afecta alimentos, el Acuerdo de Agricultura (artículo 12) requiere que los Miembros notifiquen al Comité de Agricultura de dichas medidas.

¹² Organización Mundial del Comercio, *Ibidem* pp. 1 y 7.

¹³ Organización Mundial del Comercio, *Standards, Regulations and COVID-19 – What Actions taken by WTO Members?*, 20 de mayo de 2020, p. 1, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/standards_report_e.pdf. (consultado el 29 de septiembre de 2020).

¹⁴ Bajo el Acuerdo OTC, dichas disciplinas se encuentran en los artículos 2.10, 2.12, 5.7, y 5.9. En el Acuerdo MSF, las disposiciones relevantes son el artículo 7 y los anexos B(2) y B(6).

⁸ Para una interpretación de los distintos requisitos establecidos en el artículo XI:2(a), ver Informes del Órgano de Apelación, *China – Materias Primas*, paras. 323-328.

⁹ Organización Mundial del Comercio, *Export Prohibitions and Restrictions*, 23 de abril de 2020, pp. 1 y 7, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf. (consultado el 29 de septiembre de 2020).

la OMC pueden adoptar medidas y notificar seguidamente a la OMC sin otorgar el usual período para comentarios de 60 días o el plazo prudencial entre la publicación de la medida y su entrada en vigor. En cualquier caso, dichas medidas urgentes deben cumplir con las demás obligaciones del Acuerdo OTC y del Acuerdo MSF, como por ejemplo no discriminar y no imponer obstáculos innecesarios al comercio. Con respecto a las medidas OTC, aproximadamente la mitad de las medidas notificadas fueron reportadas como temporales, con un período de aplicación de alrededor de seis meses. Por otro lado, aproximadamente dos tercios de las medidas MSF fueron reportadas como medidas de emergencia y la mitad como medidas temporales. Las notificaciones cubren una amplia gama de productos, como el equipamiento de protección personal (e.g., máscaras, gafas protectoras, desinfectante), alimentos, animales vivos, medicinas, productos vegetales y suministros médicos (productos que se utilizan en hospitales y laboratorios, como alcohol, jeringas y gasa)¹⁵. Debe resaltarse que cualquier persona interesada, bien sea en entidades públicas o el sector privado, puede darles seguimiento a todas las notificaciones en materia OTC y MSF a través de la plataforma ePing.

Las medidas OTC y MSF notificadas pueden clasificarse dentro de cuatro categorías principales. Primero, dichas medidas buscan simplificar los procedimientos de certificación, autorización y demás requisitos con respecto a los productos médicos, para permitir que una gama de productos más amplia entre al mercado más rápidamente sin comprometer la seguridad de los productos o la salud pública. Por ejemplo, Brasil eximió algunos productos de equipamiento de protección personal (e.g., máscaras de cirugía, máscaras N95, gafas protectoras y otros) de los requisitos normales de autorización y relajó algunos requisitos de producción y autorización de desinfectantes, entre otras medidas¹⁶. Otras notificaciones recibidas se enfocan en la creación de procedimientos alternativos para verificar el cumplimiento de

ciertos requisitos. Por ejemplo, Brasil y los Emiratos Árabes Unidos han permitido la inspección remota utilizando tecnologías de videoconferencia y transmisión de datos para la realización de procedimientos de evaluación de la conformidad y la renovación de acreditación, respectivamente. Otro método para facilitar los trámites y agilizar el acceso al mercado utilizado por algunos Miembros es la cooperación regulatoria. En este sentido, Canadá está permitiendo en el mercado desinfectantes, y equipamiento de protección personal proveniente de jurisdicciones con un marco regulatorio similar¹⁷.

Segundo, algunas de las medidas buscan asegurar que los productos médicos sean seguros. En efecto, varios Miembros han adoptado nuevos reglamentos para productos médicos buscando garantizar su seguridad y calidad. Dichas medidas permiten, entre otros, que la producción doméstica de dichos bienes crezca. Por ejemplo, Kuwait adoptó una serie de normas para los ventiladores, desinfectantes y antisépticos, mientras que Namibia y Perú adoptaron, respectivamente, nuevas normas para los desinfectantes de manos y las máscaras. Tercero, ciertos Miembros han adoptado medidas relajando reglamentos técnicos para garantizar el suministro de alimentos. Por ejemplo, Indonesia suspendió temporalmente los requisitos de fortificación y calidad de ciertos alimentos básicos, como la harina, el aceite de cocina y el azúcar. Finalmente, la cuarta categoría de medidas notificadas a la OMC son aquellas enfocadas en limitar los riesgos de propagación del coronavirus mediante el comercio internacional de animales vivos. Con base en el Acuerdo MSF, algunos Miembros impusieron restricciones temporales a la importación, y en algunos casos al tránsito, de animales vivos y productos animales¹⁸.

4. Observaciones sectoriales

La presente sección profundiza en tres sectores que han sido de particular importancia durante la pandemia y que lo serán aún más durante la recuperación: (i) el comercio de servicios; (ii) el caso particular del comercio electrónico; y (iii) las micro, pequeñas y me-

dianas empresas. Estas observaciones examinan el impacto de la pandemia en estos sectores, las medidas que han sido adoptadas por una serie de países en respuesta a la actual crisis y, finalmente, algunos aspectos en que la OMC puede contribuir a que dichos sectores obtengan mayores beneficios del comercio internacional.

4.1 Impacto de la COVID-19 en el comercio de Servicios

El sector de los servicios se ha visto fuertemente afectado por la pandemia. Debido a su importante rol proporcionando insumos para otras actividades económicas, incluyendo el comercio de bienes, las interrupciones en la provisión de servicios han tenido un impacto profundo en la actividad económica y el comercio internacional¹⁹.

Aunque los servicios se han visto afectados en su conjunto, el impacto varía de sector en sector. Los servicios que dependen de la proximidad física han sido los más impactados por las restricciones de distanciamiento social. Dentro de este grupo se encuentran, entre otros, los servicios de distribución (por ejemplo, ventas al por menor), turismo, servicio de transporte de pasajeros y servicios de restaurante. Igualmente, las medidas que restringen la movilidad han generado interrupciones en el transporte marítimo, aéreo y terrestre²⁰.

Por otro lado, algunos sectores de servicios han sido cruciales para la resiliencia de la economía y la sociedad durante la crisis actual. La crisis ha llevado a una mayor provisión de servicios en línea en distintos sectores, como el retail, el bancario, la salud, la educación, las telecomunicaciones y los servicios audiovisuales. Este incremento en la demanda de dichos servicios está creando nuevos comportamientos y hábitos en el consumidor que probablemente, en el largo plazo, lleven a una transición hacia una mayor prestación en línea de algunos de estos servicios. Naturalmente, esta coyuntura ha llevado a la expansión de este tipo de servicios por parte del sector privado²¹. También es posible encontrar alianzas público-privadas para proveer algunos servicios. Por ejemplo,

15 Organización Mundial del Comercio, *Standards, Regulations and COVID-19 – What Actions taken by WTO Members?*, 20 de mayo de 2020, pp. 2-3, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/standards_report_e.pdf. (consultado el 29 de septiembre de 2020).

16 Otros ejemplos incluyen el hecho que Canadá está permitiendo la entrada al mercado de desinfectantes y productos de protección personal que no cumplan con sus requisitos de etiquetado y empaquetamiento bilingüe. De manera similar, Tailandia anunció que la aprobación del registro de equipamiento de protección temporal, equipos médicos y farmacéuticos se realizaría de manera simplificada.

17 Organización Mundial del Comercio, *Standards, Regulations and COVID-19 – What Actions taken by WTO Members?*, 20 de mayo de 2020, pp. 4-5, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/standards_report_e.pdf. (consultado el 29 de septiembre de 2020).

18 *Ibidem*

19 Organización Mundial del Comercio, *Trade in Services in the Context of COVID-19*, 28 de mayo de 2020, p. 2, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/services_report_e.pdf. (consultado el 29 de septiembre de 2020).

20 *Ibidem*

21 *Ibidem*.

operadores de servicios de telecomunicaciones han unido esfuerzos con gobiernos para brindar internet de banda ancha gratis para temas educativos²².

En respuesta a la crisis, varios gobiernos alrededor del mundo han adoptado medidas encaminadas a facilitar el comercio de servicios, entre las que se encuentran: medidas para asegurar una mayor capacidad para los operadores de telecomunicaciones; medidas para ampliar el acceso a internet por parte de la población; medidas para facilitar el acceso a servicios de salud y educativos; medidas para flexibilizar ciertos aspectos de los servicios de transporte para efectos de garantizar el flujo transfronterizo de mercancías, y medidas para relajar algunos requisitos de capital y liquidez con los que deben cumplir los bancos para asegurar el flujo de crédito a los hogares y las empresas²³.

Debido a su importante contribución en la economía y los empleos a nivel global, suavizar el impacto de la pandemia en el sector de los servicios continúa siendo una prioridad. De igual manera, una de las políticas clave para la recuperación de la economía deberá ser crear mejores condiciones regulatorias que permitan ampliar el comercio de servicios tanto a nivel doméstico como internacional.

4.2 Impacto de la COVID-19 en el comercio electrónico

Debido a que gran parte de la respuesta a la pandemia ha involucrado medidas de distanciamiento social y confinamiento, es necesario examinar en más detalle cómo se ha comportado el comercio electrónico (e-commerce) durante este período.

²² *Ibidem*, p. 11.

²³ Organización Mundial del Comercio, *Trade in Services in the Context of COVID-19*, 28 de mayo de 2020, p. 3, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/services_report_e.pdf. (consultado el 29 de septiembre de 2020).

De un lado, las ventas en línea de bienes físicos entre empresas (B2B) y directamente a los consumidores (B2C) han incrementado significativamente a raíz de las medidas gubernamentales para enfrentar la COVID-19 (principalmente, distanciamiento social, confinamiento y cierre de negocios “no esenciales”). Igualmente, también ha incrementado la demanda de servicios digitales, como teleconferencias, entretenimiento, y educación²⁴.

Sin embargo, la pandemia también ha puesto a prueba gran parte de la infraestructura de la cual depende el e-commerce. Los servicios de logística y ventas al por mayor, así como los servicios de transporte aéreo, marítimo y terrestre, han tenido grandes retos para continuar sus operaciones. Por ejemplo, las cadenas de suministro de bienes se han visto afectadas por los requisitos de distanciamiento social y/o cuarentena que deben cumplir distintos actores de la cadena (desde las tripulaciones de aviones hasta las bodegas de almacenamiento), así como por la suspensión de la actividad industrial y la reducida productividad²⁵.

Asimismo, la actual pandemia ha vuelto más pronunciados algunos de los retos que existen para el buen funcionamiento del comercio electrónico. Primero, la protección del consumidor en línea debe garantizarse. Por ejemplo, existen reportes de prácticas engañosas en línea en las que proveedores ofrecen desinfectantes de manos y máscaras que no cumplen con los estándares de seguridad requeridos. En segundo lugar, la gran cantidad de pequeños paquetes cruzando fronteras ordenados directamente por el consumidor final ha causado dificultades a las autoridades que deben verificar el cumplimiento

²⁴ *Ibidem*, p. 2.

²⁵ Organización Mundial del Comercio, *E-commerce, Trade and the COVID-19 pandemic*, 4 de mayo de 2020, p. 3, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/e-commerce_report_e.pdf. (consultado el 29 de septiembre de 2020).

plimiento de las distintas regulaciones sanitarias y de seguridad. En parte, esto se debe a que, en general, las autoridades no están habituadas a verificar la conformidad de un producto con las regulaciones aplicables (por ejemplo, en términos de OTC y MSF) inspeccionando uno a uno pequeños paquetes que son importados utilizando los servicios de correo. Esto resalta la importancia de que los Miembros de la OMC basen sus medidas en normas internacionales cuando sea posible y de mantener una buena cooperación regulatoria entre países. Finalmente, otro reto acentuado por la pandemia es la necesidad de cerrar la brecha digital entre países y al interior de los países. En efecto, no es claro que los pequeños productores y vendedores en los países en desarrollo estén sacando todo el provecho posible de las oportunidades que trae el e-commerce. Los retos que suelen encontrar incluyen el bajo acceso a soluciones de pago en línea, conexiones a internet de baja calidad y la baja confianza del consumidor en este tipo de transacciones²⁶.

¿En qué forma puede ayudar la OMC? Primero, las negociaciones multilaterales en la OMC continúan bajo el programa de trabajo en comercio electrónico. Igualmente, desde la Reunión Ministerial de 2017, un grupo de Miembros también participa en discusiones adicionales con el objetivo de acordar nuevas reglas para el e-commerce. Ambas negociaciones se beneficiarían si se toman en cuenta las lecciones que emergen en este campo a raíz de la pandemia.

Segundo, muchos de los problemas mencionados podrían ser solucionados o minimizados gracias a la continua implementación del Acuerdo de Facilitación del Comercio. Dicho Acuerdo contiene varias disciplinas que mejoran los procedimientos de importación, exportación y tránsito de mercancías, como por ejemplo normas que: (i) permiten

²⁶ *Ibidem*, p. 5.



la presentación de documentos de manera electrónica y por anticipado para facilitar su procesamiento antes de la llegada de la mercancía; (ii) permiten el pago electrónico de aranceles, impuestos y tasas relacionadas con la importación y exportación; y (iii) establecen un valor de minimis para mercancía sobre el cual no se cobrará el pago de aranceles e impuestos.

Tercero, el Comité OTC constituye un foro que ayuda a difundir buenas prácticas regulatorias relativas al comercio electrónico. Por ejemplo, las discusiones de los Miembros en este Comité han resaltado la importancia de establecer un marco regulatorio adecuado para la inspección y vigilancia de los productos vendidos en línea que complemente los procedimientos de evaluación de la conformidad relativos a dichos productos²⁷.

Para finalizar, la pandemia actual ha dejado claro que el comercio electrónico puede ser una herramienta útil para los consumidores en tiempos de crisis y que puede ser un impulsor de la economía, incluyendo los pequeños empresarios. Al mismo tiempo, todavía hay muchos aspectos a mejorar para que toda la población pueda utilizar este medio. Por lo tanto, las experiencias y lecciones de la coyuntura actual pueden servir de guía para fortalecer el uso del e-commerce.

4.3 ¿Cómo ayudar a las MIPYMES?

Las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) son la columna vertebral de muchas economías, representando el 95% de las empresas y el 60% del empleo a nivel mundial. Igualmente, estas empresas tienden a ser grandes empleadores de mujeres y jóvenes, así como un impulsor clave

²⁷ Organización Mundial del Comercio, *E-commerce, Trade and the COVID-19 pandemic*, 4 de mayo de 2020, p. 6, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/ecommerce_report_e.pdf. (consultado el 29 de septiembre de 2020).





de la innovación. Las MIPYMES son por lo tanto esenciales para preservar trabajos y la productividad. De hecho, el manejo que las MIPYMES logren dar a la actual caída en la actividad económica determinará, en gran medida, qué tanto se podrán preservar trabajos, productividad y comercio con miras a la recuperación²⁸.

Las MIPYMES enfrentan algunos de los desafíos más grandes durante la crisis actual. De un lado, una gran cantidad de MIPYMES dependen del comercio internacional para el buen desarrollo de sus actividades, bien sea porque exportan sus productos directa o indirectamente o porque importan insumos para la manufactura de los productos que venden a nivel doméstico. La ruptura en las cadenas de suministro puede afectar particularmente a las MIPYMES que hagan parte de las cadenas globales de valor bien sea debido a escasez de bienes intermedios que estas necesitan o debido a choques en la demanda de los productos manufacturados por estas empresas.

Asimismo, una porción considerable de las MIPYMES opera en sectores que han sido afectados de manera desproporcionada por los choques de oferta y demanda generados en la coyuntura económica actual. Estos sec-

tores incluyen los servicios de alojamiento, el sector de restaurantes, el sector cultural y las ventas al por menor.

Igualmente, debido a su tamaño, las MIPYMES tienden a tener menos resistencia y flexibilidad para enfrentar los costos que conlleva la pandemia²⁹. En efecto, tienden a tener menores reservas de capital para maniobrar durante una crisis económica sostenida. Este tipo de empresas también suelen tener una red de proveedores más pequeña, por lo que rupturas en las cadenas de suministro pueden afectarlas mucho más que a firmas más grandes.

¿Qué medidas han tomado los gobiernos para apoyar las MIPYMES? En primer lugar, varios países han adoptado medidas de estímulo urgente que incluyen apoyo directo e indirecto para solucionar los problemas de liquidez que estas empresas están enfrentando. Estas medidas incluyen préstamos estatales, garantías crediticias, subvenciones para el pago de la nómina y el aplazamiento de ciertos impuestos. Segundo, algunos Miembros de la OMC también han adoptado medidas para expandir a las MIPYMES las

oportunidades que ofrece el comercio internacional. Dichas medidas incluyen la simplificación de ciertos procedimientos aduaneros, la reducción de aranceles en ciertos productos como los productos médicos y los productos agrícolas, ayuda estatal para el transporte de productos agrícolas y de acuicultura³⁰, y el otorgamiento de acceso gratuito por parte de agencias regulatorias a las especificaciones técnicas de normas (i.e., estándares) relativos ciertos productos necesarios para enfrentar el COVID-19³¹.

Pasando a medidas de más largo plazo, la OMC busca mejorar las condiciones en que las MIPYMES participan en el comercio internacional. Por un lado, desde el 2017 existe un Grupo Informal sobre MIPYMES en la OMC (actualmente con 90 Miembros) que busca solucionar los obstáculos que enfrentan estas empresas para tomar parte en el comercio internacional. El grupo ha promovido activamente la transparencia como vehículo de ayuda a las MIPYMES. Por ejemplo,

³⁰ Por ejemplo, el gobierno de Australia adoptó un mecanismo de asistencia para los cargamentos internacionales mediante el cual el gobierno provee vuelos de carga para la exportación de productos agrícolas perecederos y productos marinos, que traen de regreso productos médicos esenciales.

³¹ Organización Mundial del Comercio, *Helping MSMEs navigate the COVID-19 crisis*, 3 de junio de 2020, pp. 4-5, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/msmes_report_e.pdf. (consultado el 29 de septiembre de 2020).

²⁸ *Ibidem*, p. 2.

²⁹ Organización Mundial del Comercio, *Helping MSMEs Navigate the COVID-19 crisis*, 3 de junio de 2020, p. 2, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/msmes_report_e.pdf. (consultado el 29 de septiembre de 2020).

uno de los proyectos en curso busca crear una plataforma en línea con herramientas prácticas, tanto para las MIPYMES (e.g., cursos en línea y herramientas de análisis de mercados) como para los gobiernos (por ejemplo, información sobre buenas prácticas regulatorias)³².

Por otra parte, gracias a la entrada en vigor del nuevo Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, la OMC juega un rol central en este campo que busca reducir los costos comerciales relacionados con el transporte, la entrada y el despacho de mercancías, incluyendo bienes en tránsito. Un tercer punto que debe resaltarse es la importancia del financiamiento al comercio. En conjunto con otras agencias internacionales, la OMC ha trabajado por varios años para mejorar el acceso de empresas incluyendo MIPYMES a este tipo de financiamiento³³. Dichos esfuerzos incluyen el apoyo a programas de bancos multilaterales de desarrollo que buscan facilitar el acceso al financiamiento del comercio, así como la diseminación de conocimiento sobre productos financieros aptos para fomentar el comercio internacional.

5. Conclusiones

La actual pandemia ha puesto el foco de la atención pública y gubernamental no sólo en la salud pública, sino también en varios aspectos relacionados con el comercio internacional. De un lado, ciertos aspectos de la respuesta regulatoria por parte de varios países han tenido un impacto en el buen flujo de bienes y servicios comerciados a través de fronteras. Este artículo se enfocó en dos aspectos importantes de esta respuesta regulatoria. En primer lugar, se examinaron algunas de las restricciones a las exportaciones impuestas por más de 80 países. Aunque la introducción de ciertas prohibiciones y restricciones a las exportaciones es entendible durante una crisis, estas medidas también pueden tener efectos negativos que pueden ser sustanciales. Por lo tanto, es necesario mejorar la cooperación internacional en el área de restricciones a las exportaciones con el objetivo de llegar a un equilibrio entre medidas necesarias para aliviar la escasez de productos médicos esenciales en los países exportadores y los impactos negativos de

dichas medidas en los países importadores. Asimismo, es importante garantizar la transparencia de las nuevas medidas. Por ello, es recomendable que los Miembros: (i) publiquen todas estas medidas a nivel nacional; (ii) notifiquen a la OMC todas las restricciones a las exportaciones, y (iii) actualicen, siempre que lo sea necesario, cualquier información relevante bajo la "notificación de transparencia" contenida en el artículo 1.4 del Acuerdo de Facilitación del Comercio.

Por otro lado, varios países también han adoptado una respuesta regulatoria con respecto a los Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), una serie de medidas de especial importancia en la actual coyuntura, pues sus objetivos pueden incluir la protección de la salud y la vida humana, así como garantizar la seguridad y la calidad de distintos productos. De acuerdo con las notificaciones recibidas en la OMC, varias de estas medidas buscan facilitar el comercio internacional de ciertos productos esenciales. Por ejemplo, algunas de las medidas notificadas buscan simplificar los procedimientos de certificación, autorización y demás requisitos con respecto a los productos médicos, para permitir que una gama de productos más amplia entre al mercado más rápidamente sin comprometer la seguridad de los productos o la salud pública. Igualmente, ciertos Miembros han adoptado medidas relajando reglamentos técnicos para garantizar el suministro de alimentos.

Para finalizar, este artículo examinó tres sectores que han sido de particular importancia durante la pandemia y que lo serán aún más durante la recuperación: (i) el comercio de servicios; (ii) el caso particular del comercio electrónico, y (iii) las micro, pequeñas y medianas empresas. Estos tres sectores han sido afectados de distintas maneras por la pandemia. Aquellos negocios que dependen de la proximidad física han sido los más impactados por las restricciones de distanciamiento social. Al mismo tiempo, una gran cantidad de empresas (muchas de estas MIPYMES) han sido cruciales para la resiliencia de la economía y la sociedad durante la crisis actual. Estas empresas han ayudado a través del e-commerce, de la provisión de otros tipos de servicios esenciales, así como produciendo y comerciando bienes esenciales. Este artículo exploró varias maneras en que el comercio internacional, así como la OMC, pueden contribuir a que estos tres sectores hagan parte de los motores que impulsarán la recuperación económica que necesita el planeta.

Bibliografía

- Organización Mundial del Comercio, *E-commerce, Trade and the COVID-19 pandemic*, 4 de mayo de 2020, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/ecommerce_report_e.pdf.
- Organización Mundial del Comercio, *Export Prohibitions and Restrictions*, 23 de abril de 2020, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf.
- Organización Mundial del Comercio, *Helping MSMEs Navigate the COVID-19 crisis*, 3 de junio de 2020, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/msmes_report_e.pdf.
- Organización Mundial del Comercio, *Informes del Órgano de Apelación, China – Materias Primas*.
- Organización Mundial del Comercio, *Preocupaciones comerciales específicas en el Comité de Obstáculos al Comercio y en el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*, recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_s.htm.
- Organización Mundial del Comercio, *Standards, Regulations and COVID-19 – What Actions taken by WTO Members?*, 20 de mayo de 2020, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/standards_report_e.pdf.
- Organización Mundial del Comercio, *Supervisión de las Políticas Comerciales Nacionales*, recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_int_s.htm.
- Organización Mundial del Comercio, *Trade in Services in the context of COVID-19*, 28 de mayo de 2020, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/services_report_e.pdf.
- Organización Mundial del Comercio, *Transparency – Why it matters at Times of Crisis*, 7 de abril de 2020, p. 2, recuperado de https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/transparency_report_e.pdf.
- Organización Mundial del Comercio, *Vigilancia del Comercio*, recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_s/trade_monitoring_s.htm.

³² Igualmente, el grupo está apoyando una iniciativa conjunta de la OMC, el Centro de Comercio Internacional, y la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo para crear un Helpdesk sobre comercio internacional que simplifique información comercial y de mercado para compañías interesadas en exportar a nuevos mercados.

³³ Organización Mundial del Comercio, *Ibidem*, pp. 6-7.



La ya larga saga del impasse del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC u Organización) parece no tener fin.

Desde hace algo más de 15 años, los Estados Unidos (EE.UU) (en ocasiones acompañados por otros Miembros de la OMC), han criticado duramente al Órgano de Apelación³. Esta posición ha crecido en hostilidad hasta el punto de bloquear definitivamente el funcionamiento del Órgano de Apelación en 2019⁴: hoy, la OMC no cuenta más con él.

Por supuesto, las reacciones de los demás Miembros de la OMC no se han hecho esperar. Con un ánimo constructivo general, ha habido propuestas de ajuste al Órgano de Apelación por parte de prácticamente todos los Miembros, con el ánimo de satisfacer las críticas de los EE.UU y ‘resucitarlo’. Sin embargo, no se avanza un centímetro. Los

EE.UU no aceptan ninguna de estas propuestas de reforma del Órgano de Apelación. Nada parece satisfacerlo.

En este artículo vamos a intentar revelar una interpretación sobre el problema de fondo y sobre sus posibles soluciones. Así, a partir de la recolección de distintas intervenciones de los EE.UU en varios ámbitos, desarrollaremos tres interpretaciones y una anotación:

En primer lugar, afirmaremos que nada, salvo una reforma estructural de gran calado de toda la Organización, puede resolver el impasse del Órgano de Apelación. El problema de fondo es China, y las respuestas pasan por reacomodar las reglas que gobiernan a China en la OMC, y solo en última instancia, y muy eventualmente, podrían llegar a tener cabida ajustes a un Órgano de Apelación.

En segundo lugar, propondremos que, desde la perspectiva de los EE.UU, la única corrección posible a mediano plazo del sistema de apelaciones es que no haya apelaciones. Por lo tanto, la reforma que buscamos todos, ya ocurrió. Será difícil convencer a los EE.UU de comprometerse con una discusión sobre la reforma del Órgano de Apelación siendo

que, desde su perspectiva, ya la logró.

En tercer lugar, observaremos que aún hay espacio para desmejorar. A pesar de que la reforma ya está básicamente lograda hacia el futuro, la situación tiende a ser cada vez peor con iniciativas que amenazan con un desmantelamiento completo del Órgano de Apelación también hacia el pasado.

Por último, anotaremos que estas circunstancias refuerzan la importancia del Acuerdo de Arbitraje Interino Multipartes (MPIA, por sus siglas en inglés), una iniciativa novedosa, originaria de la Unión Europea y sin la participación de los EE.UU, que reemplaza el Órgano de Apelación y esquiva la crisis iniciada por los EE.UU. El éxito de esta iniciativa es, sin embargo, aún incierto.

En este artículo entonces se analizará la problemática del Órgano de Apelación en tres partes. En la primera sección, se realizará una descripción del contexto de la crisis del Órgano de Apelaciones hasta su inoperatividad. En la segunda sección, a partir de la recolección de distintas intervenciones de los EE.UU en varios ámbitos, se buscara dilucidar la posición de fondo de este Miembro,

³ Yuka Fukunaga. *Interpretative Authority of the Appellate Body: Replies to the Criticism by the United States*. Abr. 17, 2019, p. 1.

⁴ Ricardo Arredondo, Leopoldo M. A. Godío. *La Crisis del Órgano de Apelación de la Organización Mundial De Comercio*. Mar. 2019, p. 7.

con todas las miradas puestas en China y en el debilitamiento de los remedios comerciales de los EE.UU frente a China debido a las conclusiones del Órgano de Apelación. Para ello seguiremos una metáfora médica -apropiada para estos tiempos de incertidumbres sanitarias, en la que la posición de los EE.UU parece haber pasado de la medicina tradicional, a la homeopática, a la santería, y finalmente a cortar por lo sano y decidirse por la amputación. El pronóstico clínico del paciente es hoy, reservado. En la tercera y última sección, se discutirá la iniciativa del MPIA como la única pieza sobre la mesa que podría cambiar significativamente el rumbo que ha tomado todo este proceso.

A. Primera sección: ¿de qué se trata la crisis?

i. Contexto histórico

En 1994, cuando se completó la Ronda de Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, el sistema de comercio mundial se transformó e incluyó nuevas reformas importantes: i) se creó una institución oficial: la OMC la cual sustituyó la institución de facto que regulaba el comercio, es decir, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT); ii) se amplió considerablemente el ámbito de aplicación de las normas del comercio internacional, incluyendo el comercio de servicios y la propiedad intelectual; y iii) se creó un sistema de solución de controversias fortalecido con el Órgano de Apelación.

El Órgano de Apelación era un órgano permanente integrado por siete personas, que revisaba las apelaciones de los informes emitidos por los grupos especiales en diferencias planteadas por los Miembros de la OMC. La función principal del Órgano de Apelación era confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas de los grupos especiales⁵.

Desde el inicio de la década de los 2000, el gobierno de los EE.UU comenzó a criticar de manera decidida varias medidas del Órgano de Apelación. Progresivamente, las críticas subieron de tono, hasta el punto en el cual, en 2011, los EE.UU decidieron no volver a nombrar al Miembro tradicionalmente estadounidense del Órgano de Apelación, y en 2016 bloquearon la renovación de los demás nombramientos, dejándolo inoperante en 2019.

A raíz de las preocupaciones sistemáticas de EE.UU y algunos otros Miembros, se han presentado iniciativas de reforma, las cuales no han llegado a ningún consenso a pesar de la voluntad de la mayoría de países involucrados. EE.UU sigue enfático en que la reforma debe ser sistemática y no considera como suficiente las propuestas realizadas. Sin embargo, existe una reticencia por parte de algunos Miembros quienes creen que el sistema tiene que garantizar la seguridad y predictibilidad con la garantía de doble instancia.

⁵ Organización Mundial del Comercio, Órgano de Apelación. <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispus/apellate_body_s.htm> (revisado el 12 de septiembre de 2020).

ii. La crisis ante la mirada atónita de todos

La solución de controversias se convirtió en el principal motor de la actividad de la OMC a partir de su creación. A diferencia de lo que ocurrió en el GATT, donde los gobiernos que eran objeto de una reclamación y una diferencia podían bloquear el procedimiento, incluso para que no se llevara a cabo, en la era de la OMC si una parte presentaba una queja contra otro gobierno, el caso debía ser conocido por el órgano de solución de diferencias⁶.

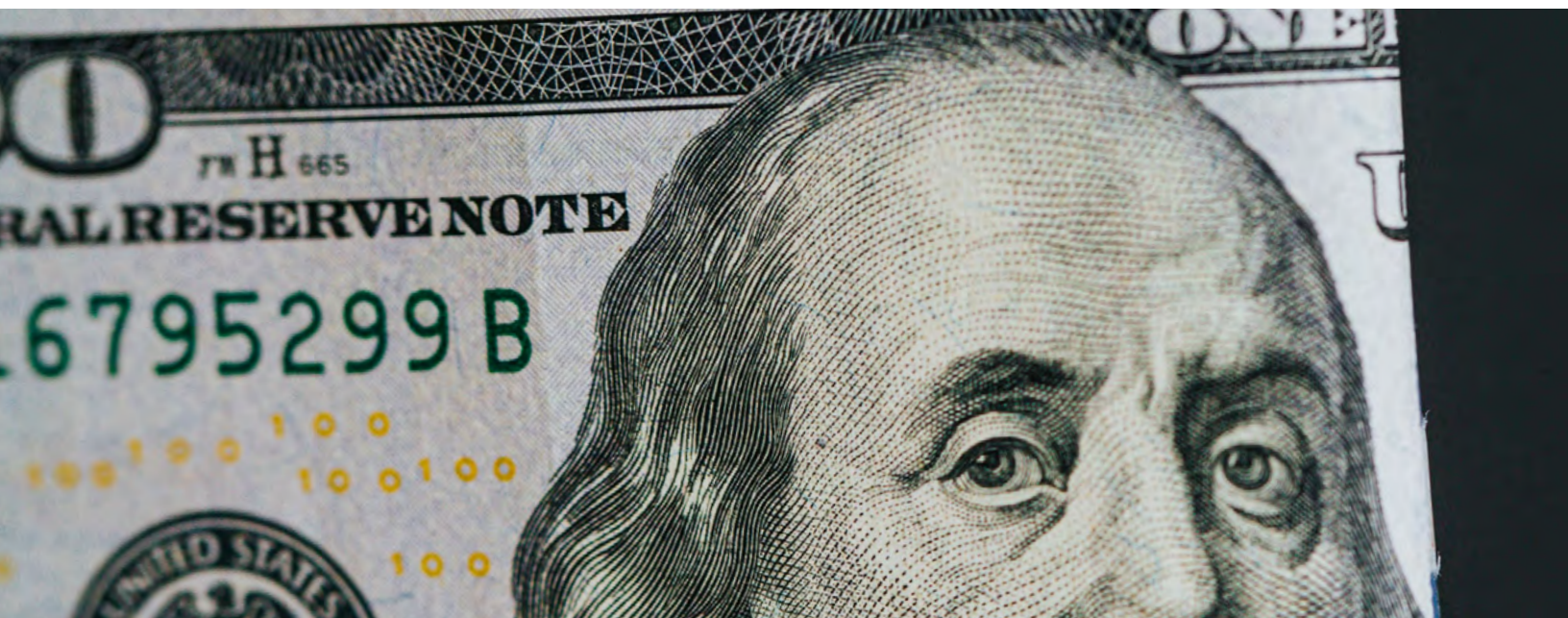
Los EE.UU solicitaron la activación del mecanismo y lograron utilizar la solución de diferencias de la OMC para abrir los mercados extranjeros. Sin embargo, también otros Miembros presentaron diversos reclamos en contra de medidas comerciales estadounidenses políticamente sensibles. Algunos grupos de interés y políticos influyentes se mostraron molestos y expresaron su preocupación por diversos aspectos del proceso de solución de diferencias de la OMC, y más concretamente, el Órgano de Apelación⁷.

El gobierno de EE.UU comenzó a ofrecer propuestas de reforma a principios de la década de 2000⁸. La situación se agravó bajo

⁶ Organización Mundial del Comercio, Solución de Diferencias <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispus/dispus_s.htm> (revisado el 13 de septiembre de 2020).

⁷ Philip Blenkinsop. Reuters. Business news December 10, 2019. U.S trade offensive takes out WTO as global arbiter <https://www.reuters.com/article/us-trade-wto-idUSKBN1YE0YE> (revisado el 29 de septiembre de 2020)

⁸ USTR, "Further Contribution of the United States on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement: Communication from the United States" (24 de



el gobierno de Obama cuando, en 2011, los EE.UU decidieron no volver a nombrar al Miembro estadounidense del Órgano de Apelación de la OMC, y luego cuando bloquearon la renovación del nombramiento de un Miembro coreano del Órgano de Apelación en 2016. Bajo la administración de Trump, el enfoque de los EE.UU se intensificó, con un bloqueo por parte de este país de todos los nombramientos para el Órgano de Apelación dejándolo inoperante⁹. Esto sucedió porque EE.UU considera que existen problemas sistemáticos en la forma en que ha operado el Órgano de Apelación, extralimitando las funciones otorgadas por los acuerdos.

A raíz de las preocupaciones sistemáticas de EE.UU y otros Miembros, se han presentado iniciativas de reforma, las cuales no han llegado a ningún consenso. EE.UU sigue enfático en que la reforma debe ser sistemática y no considera como suficiente ninguna las propuestas formuladas.

iii. Las críticas de EE.UU al Órgano de Apelación

Los EE.UU, en ocasiones acompañados por otros Miembros de la OMC, han criticado duramente al Órgano de Apelación. En breve, lo acusan de haber extralimitado sus funciones¹⁰, de haber terminado por hacer cosas que, según los textos negociados por los Miembros de la Organización, no se esperaban de él. Entre las críticas más importantes por parte de EE.UU se encuentran:

- El incumplimiento del plazo de 90 días establecido por el artículo 17.5 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias (ESD) para resolver las controversias;
- Las decisiones de Miembros del Órgano de Apelación de seguir trabajando en los informes después de la expiración de su mandato;
- El criticismo a que el Órgano de Apelación crea nuevas normas y por lo tanto

octubre de 2005) TN/DS/W/82 [USTR, "Improving Member Control"]; (25 de octubre de 2005) TN/DS/W/82/Add. 1.

9 El Órgano de Apelación se redujo con el paso del tiempo y quedó inoperable luego de que los Miembros, Ujal Singh y Thomas R. Graham terminaron sus periodos en diciembre de 2019, lo que dejó sin el quórum necesario de tres miembros para funcionar.

10 Bruce Hirsh. *Resolving the WTO Appellate Body Crisis: Proposals on OverReach*. Dec. 2019, p. 5.

se extralimita de sus funciones a pesar que su función es meramente interpretativa;

- Una excesiva atención a la creación de precedentes jurídicos;
- La tendencia a emitir decisiones y recomendaciones sobre cuestiones no comprendidas en la controversia, y
- El dictamen sobre hechos y no sólo sobre leyes, incluso tratando la legislación municipal como ley y no como hecho contrario el artículo 17.6 del ESD.

Así, han cuestionado fuertemente el nivel de 'precedente' que el Órgano de Apelación parece haber otorgado a sus propias decisiones¹¹; su auto-reconocida facultad para superar, sin autorización expresa, el límite de días que tiene para decidir un caso según los Acuerdos de la OMC¹²; su también auto-conferida posibilidad de rebasar los términos concretos de una disputa y permitirse opinar y decidir sobre asuntos que no estaban en controversia, o sus excesos al ampliar unilateralmente los términos personales de los adjudicadores que deben resolver una disputa aun a pesar de haber superado sus periodos al servicio de los países Miembros.

En suma, los EE.UU han dicho que el Órgano de Apelación se alejó de un objetivo modesto de ayudar a los Miembros a resolver disputas a través de la corrección excepcional de interpretaciones legales específicas, y terminó convertido en una suerte de corte que extralimitó e incrementó sus propios poderes, usurpó autoridad de los países soberanos y se alejó irremediamente de lo que fue realmente negociado por los países en 1994 en la Ronda de Uruguay, cuando se creó el Órgano de Apelación¹³.

De ahí la decisión de los EE.UU, en 2016, de

11 Bruce Hirsh. *Resolving the WTO Appellate Body Crisis: Proposals on Precedent, Appellate Body Secretariat and the Role of Adjudicators*. Vol.2. Junio 2020, p. 5.

12 *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body*. Geneva. (Junio 22, 2018) p. 13. Disponible en: https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Jun22.DSB_Stmt_as-delivered_fin_public.rev_.pdf (revisado el 13 de septiembre de 2020).

13 Robert E. Lighthizer, *How to Set World Trade Straight. Bilateral pacts promote protectionism*. En <https://www.wsj.com/articles/how-to-set-world-trade-straight-11597966341?redirect=amp#click=https://t.co/sC1F78cmTZ> (revisado el 6 de septiembre de 2010) *The WTO needs to return to the vision of equal rules for all. The Appellate Body was intended to have a limited role, quickly correcting errors of law, not fact. But over time it came to see itself as something—a high court empowered to create a new common law of free trade.*



bloquear indefinidamente el nombramiento de nuevos individuos para integrar el Órgano de Apelación: sin nuevos ‘adjudicadores’ para reemplazar a aquellos que van saliendo al terminar sus periodos, el Órgano de Apelación iba a perder progresivamente oxígeno y, en el peor de los casos, terminaría irremediablemente bloqueado¹⁴.

Esto, que en su momento parecía una táctica de negociación agresiva por parte de los EE.UU (tanto que hizo carrera el nombre de ‘impasse’, el cual denota temporalidad), es hoy una realidad más grave a pesar de innumerables esfuerzos y de los ojos desconcertados de los demás Miembros de la Organización. En efecto, de 2017 a hoy, ha habido múltiples intentos y borradores de propuestas para solucionar el problema del Órgano de Apelación. Delegaciones como la Unión Europea, Brasil, Honduras, Colombia, entre otras, han formulado alternativas, formales e informales, que dan cuenta de las críticas con miras a darle una solución.

También la academia especializada, exfuncionarios, centros de pensamiento, etc., se han lanzado a las aguas del ESD -es decir, el tratado internacional de la OMC que crea y regula al Órgano de Apelación-, buscando un salvavidas.

Las alternativas, muy razonables, buscan fortalecer la regla de los 90 días, enfatizar que no estamos frente a la figura de ‘precedentes’, limitar las atribuciones procedimentales del Órgano de Apelación y mejorar el diálogo entre el Órgano y los países Miembros, entre otras. Jurídicamente, estas alternativas van desde la enmienda del ESD, hasta arreglos interpretativos entre los Miembros sobre los distintos aspectos.

IV. El “Proceso Walker”

Hubo incluso una propuesta que logró avanzar bastante, a partir de la compilación de otras que parecían reflejar consensos entre la Membresía: la propuesta de Decisión del Consejo General del llamado Proceso Walker¹⁵. Este proceso de mediación, llevado a cabo en 2019 en Ginebra por el diplomático neozelandés David Walker, entonces

¹⁴ En este escrito no pretendemos evaluar los méritos de las críticas de los EEUU al órgano de apelación. Mucho se ha dicho sobre cada una de ellas. Simplemente, las tomamos como un hecho, pensando en el siguiente paso de búsqueda de soluciones.

¹⁵ Organización Mundial del Comercio, El Consejo General designa a un facilitador para abordar el desacuerdo con respecto al Órgano de Apelación. https://www.wto.org/spanish/news_s/news19_s/gc_18jan19_s.htm

Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, reveló que algunos de los usuarios frecuentes del Órgano de Apelación comparan muchas críticas que los EE.UU habían emitido contra la institución. A los ojos de muchos, el proceso Walker resolvía adecuada y eficazmente varias de las críticas de los EE.UU.

El 28 de noviembre de 2019, el proceso de Walker propuso soluciones en forma de un “borrador de entendimiento” que estableció principios específicos diseñados para abordar las seis preocupaciones de los EE.UU. Los principios exigían que el Órgano de Apelación debía adoptar sus decisiones en un plazo de noventa días; que los miembros del Órgano de Apelación se retiraran sin demora al término de un segundo mandato; que se trataran los asuntos fácticos y no de derecho y por lo tanto asuntos no sujetos a apelación; que se abordaran únicamente las cuestiones planteadas por las partes, y sólo en la medida necesaria para resolver la controversia de que se trate, de modo que sus opiniones no tuvieran carácter consultivo; que tuvieran en cuenta los informes anteriores del Órgano de Apelación o de los grupos especiales sólo en la medida en que eran pertinentes y no como precedente, y que se aseguraran de que sus decisiones no añadieran obligaciones ni quitaran ningún derecho a las partes según lo dispuesto en las normas de la OMC.

V. El rechazo de EE.UU al Proceso Walker

EE.UU rechazó esta propuesta ya que los puntos de vista y las propuestas de países como Australia, Japón, Brasil y Argentina, durante el proceso de Walker no convergieron en general con los puntos de vista de la Unión Europea o de países como Canadá, quienes comenzaron con la negociación de acuerdos bilaterales -como lo fue el de Canadá y Noruega- para permitirles iniciar apelaciones a los informes de los paneles de primer nivel en la OMC.

EE.UU reaccionó a este intento, como a todos los demás intentos de solución, diciendo que son inútiles. Que pueden ser bien intencionados y estar bien direccionados, pero que son básicamente inservibles. En efecto, los EE.UU han dicho expresamente que hasta que los Miembros de la OMC no entendamos colectivamente “por qué” estamos en este problema, no lo vamos a solucionar. “Why?”, exclama con vehemencia el Representante de los EE.UU en todos los Consejos Generales de la OMC en los que

se reabre formalmente el tema¹⁶. Algunos la tildan de pregunta retórica para no abordar directamente el problema. Pero se trata de una pregunta política.

B. Segunda sección: no hay remedios

Para enriquecer nuestra comprensión del problema conviene ampliar el foco y des-juridificarlo -si se nos permite la palabra-. Todas las propuestas de solución del Órgano de Apelación hasta ahora, incluida la compilación del Proceso Walker, han sido de corte jurídico, sobre los procedimientos que sigue -o debería seguir- el Órgano de Apelación, y con soluciones siempre apegadas al ESD. Ajustar acá, interpretar conjuntamente allá, reiterar el procedimiento en esta parte, reforzar lo que esperan los Miembros del Órgano de Apelación en esta otra.

Sin embargo, no se avanza un centímetro, a pesar de la voluntad de prácticamente todos los Miembros. También con vehemencia, en agosto de 2020, el delegado de la Unión Europea se rebela frente a haber dado múltiples espacios y alternativas y, no obstante, no recibir ninguna propuesta concreta de reforma del Órgano de Apelación por parte de los EE.UU¹⁷. Para entender por qué entonces, creemos que es útil alejarse por momentos de la discusión legal, para centrarse en la búsqueda de interpretaciones políticas y geopolíticas sobre los efectos que ha tenido el Órgano de Apelación en el comercio global, según los EE.UU. En esta sección vamos a diseccionar varias intervenciones de los EE.UU e intentar revelar una interpretación sobre el problema y sobre sus posibles

¹⁶ También en el Reporte del USTR, donde dice, en lenguaje algo más neutro que el utilizado en el Consejo General *Some WTO Members have issued proposals to revise certain Appellate Body procedures. Several of these proposals would take the form of additional guidelines reiterating that panels and the Appellate Body should follow the rules established by Members. But concerns with the functioning of the Appellate Body cannot be effectively addressed if Members fail to grapple with the underlying problems. Honest and candid dialogue about how and why the WTO arrived at the current situation is necessary if any reform is to be meaningful and long lasting. This will require WTO Members to engage in a deeper discussion of why the Appellate Body has felt free to depart from what Members agreed to. Without this understanding, there is no reason to believe that simply adopting new or additional text, in whatever form, will solve these endemic problems*

¹⁷ OSD, intervención de la Unión Europea en el punto final de la agenda, ante la última y más reciente negativa de los EEUU de desbloquear el proceso de nominación de nuevos Miembros del Órgano de Apelación, 28 de agosto.



soluciones.

La respuesta, preliminar y simple, apunta a China. Como se explicará más adelante, los EE.UU parecen culpar al Órgano de Apelación de haber sido instrumental a los intereses de China, y de haber desmejorado la posición comercial global de los EE.UU¹⁸. Y esto por la razón fundamental de que el Órgano de Apelación, al desviarse de su camino, terminó por debilitar e incluso anular los ‘remedios’ comerciales que balanceaban el sistema internacional de comercio y que permitían a EE.UU y otros miembros hacer frente a China en materias comerciales¹⁹.

En las actuales circunstancias geopolíticas, la pieza del Órgano de Apelación es simplemente innecesaria -y aun peor- negativa para los EE.UU. Ni la pandemia, ni un eventual cambio en el gobierno de los EE.UU, harán que desaparezca China. Salvo que iniciativas que no incluyen a los EE.UU como el MPIA tengan éxito, el ‘impasse’ será algo permanente y el preludio de una reconfiguración mucho más profunda del sistema multilateral de comercio basado en reglas. Veamos.

i. ¿Remedios para qué?

Para nadie es un secreto que los EE.UU ven con enorme preocupación el ascenso progresivo e imparable de China. Contener y lidiar con China es un objetivo cardinal de la administración de los EE.UU en todos los frentes: político, militar, comercial, etc²⁰. No es, además, un objetivo de un presidente particular o de un gobierno específico: tanto Republicanos como Demócratas, tanto el

18 Un ejemplo en palabras oficiales: “Several of these interpretations have directly harmed the ability of the United States to counteract economic distortions caused by non-market practices of countries like China that hurt our citizens, workers, and businesses. Robert Lighthizer en entrevista al Congreso;” otro: “The undemocratic, overreaching tendencies of the Appellate Body have damaged both the global trading system and the U.S. Reporte USTR.”

19 Un ejemplo en palabras oficiales: “Over time, our major trade competitors like China found they could use the Appellate Body as both a sword and a shield, successfully challenging U.S. trade-remedy laws that prevent our market from being flooded with dumped or subsidized products while skillfully exploiting the system to escape accountability for their nonmarket behavior. Reporte USTR o Furthermore, by encouraging behavior that distorts markets, the Appellate Body has helped to make the global economy less efficient.”

20 David Grossman. (Nov. 11, 2019). “China es una amenaza mayor que la Unión Soviética”: las crecientes preocupaciones de Estados Unidos por el avance del país asiático. BBC News. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-50344853> (revisado el 13 de septiembre de 2020).

Congreso como los políticos en el territorio, se preguntan al unísono: ¿cómo hacerle frente a este ascenso? Y en particular para el debate de esta Revista, ¿con qué herramientas de derecho internacional contamos para hacerle frente a China en materia comercial? Los EE.UU han sido tradicionalmente un país reticente a la suscripción de disciplinas internacionales multilaterales; sin embargo, en materia comercial han sido siempre muy activos. Las normas multilaterales de comercio fueron siempre originadas, apoyadas y promovidas por los EE.UU, hasta el punto en que la Ronda de Uruguay que terminó en 1994, se cerró con 14 textos de Tratados constitutivos de la OMC que fueron liderados desde los EE.UU y, a menudo, moldeados y modelados a imagen y semejanza de sus normas nacionales.

Desde la perspectiva de los EE.UU, tal como lo refleja el mencionado informe del Representante de Comercio de los Estados Unidos (USTR por sus siglas en inglés), el gran acuerdo del comercio internacional se basaba en un balance entre ‘disciplinas’ compartidas, por un lado, y ‘remedios’ frente a la ruptura o menoscabo de dichas disciplinas por el otro. Así, los ‘remedios’, conocidos también como medidas de defensa comercial, fueron siempre parte esencial de la negociación que permitía aceptar las disciplinas.

En efecto, los tres remedios consagrados en los textos de la OMC (medidas compensatorias, derechos anti-dumping y salvaguardas) ofrecen una muy necesaria válvula de escape y balance a la potencial rigidez de las disciplinas negociadas. Los remedios permiten a los países enfrentar episodios en los que las importaciones desde un país crecen por encima de lo que una sana competencia reflejaría, causando perjuicios a los productores nacionales²¹. Así, frente a la utilización (debida o indebida) de subsidios por parte de un socio comercial, se creó un mecanismo por el cual los países podían ‘compensar’ con sobre-aranceles sus importaciones de dichos productos para nivelar la cancha de juego (son los derechos compensatorios del Acuerdo de Subvenciones de la OMC).

Frente a las prácticas de dumping, en virtud de las cuales las importaciones llegaban a un país por debajo de un precio normal de mercado de su país de origen, se creó otro

mecanismo para que el miembro afectado pudiera de nuevo, compensarlas con sobre-aranceles (los cuales son los derechos antidumping del Acuerdo Antidumping de la OMC). Y frente a aumentos inusitados y rápidos de las importaciones, se creó también un mecanismo para permitir a los países ‘compensar’ temporalmente con sobre-aranceles dichas importaciones (las cuales son las llamadas medidas de Salvaguardia del Acuerdo de Salvaguardias de la OMC)²².

Así, ante situaciones comerciales apremiantes, las disciplinas de la OMC podrían resultar muy estrictas: la existencia de ‘remedios’ permitía alcanzar balances de negociación completos al otorgar un importante espacio de maniobra política a las Partes contratantes de un tratado comercial. Estos tres remedios están en la base del trabajo diario de la OMC y sobre ellos recae la gran mayoría de disputas comerciales que ha revisado el Órgano de Solución de Diferencias²³. Ahora bien, según EE.UU, los errores del Órgano de Apelación “(...) han favorecido a las economías de no-mercado en perjuicio de las economías de mercado, volviendo inefectivos los remedios comerciales limitando el legítimo espacio de política normativa que tenían los Miembros”²⁴.

Estas son palabras mayores y de carácter oficial. Es claro desde la perspectiva de los EE.UU, y teniendo en mente la contención de su rival comercial más amenazante, que los remedios perdieron buena parte de su potencia. El Órgano de Apelación logró hacerlos tan difíciles de usar, en especial frente a los rivales con sistemas económicos distintos que, desde la perspectiva de EE.UU, desbalanceó todo el sistema negociado. Este es el punto fundamental de la incomodidad de EE.UU con el Órgano de Apelación: toda la discusión legal sobre sus excesos termina en gran parte reducida a los efectos que tuvieron sus decisiones sobre las herramientas de

política pública con que contaban los países para lidiar con los excesos de importaciones provenientes de economías de no-mercado. Así las cosas, sin remedios comerciales efectivos desde la perspectiva de EE.UU, el sistema multilateral de comercio en general parece menos atractivo para dicho país. El culpable del marchitamiento de los remedios es el Órgano de Apelación de la OMC²⁵, pero la crisis es más seria: el eje de los remedios servía de balance y contrapeso al eje de las disciplinas comerciales; su marchitamiento acaba con algo más profundo y exige soluciones de gran calado: no hay proceso Walker que valga, no hay solución quirúrgica para el Órgano de Apelación.

ii. De los remedios tradicionales a los remedios homeopáticos

¿Cómo fue entonces que, según los EE.UU, el Órgano de Apelación de la OMC diluyó tanto los remedios comerciales hasta hacerlos inservibles para enfrentar comercialmente a China?

El informe del USTR sobre el Órgano de Apelación antes referido, hace un largo y juicioso recuento de lo que ve como sus extralimitaciones y errores de interpretación legal. Las primeras dos secciones del Reporte hacen una recopilación ordenada de sus críticas procedimentales por más de 20 años: el desapego por los textos negociados, el pre-

²⁵ Es importante también anotar que en 2017 se cumplieron los 15 años desde el ingreso de China a la Organización. Estos 15 años son importantes porque en su protocolo de adhesión, los Miembros negociaron con China la posibilidad automática de tratarlo como una economía de no mercado, lo cual en teoría facilita la imposición de remedios en su contra. En 2017, además de todo lo que se refleja en este escrito sobre el Órgano de Apelación, también se acabaron los 15 años en los cuales la automatización de esta protección extra, de este remedio reforzado contra China, expiraron. Aun hoy, luego de sendas disputas de China contra la UE y EEUU, está en discusión hasta qué punto los remedios de estos países pueden seguir considerando automáticamente a China como economía de no mercado. La solución a este punto, sin embargo, parece que no será resuelta jurídicamente, ya que han ocurrido intensas negociaciones al respecto y que China decidió no avanzar más con ninguna de las dos disputas formales.

²² Hay otros remedios particulares, como la salvaguardia especial agrícola que no abordaremos en este escrito.

²³ Estos tres remedios, además, hacen parte de prácticamente todo tratado bilateral de libre comercio posterior a la creación de la OMC. A menudo, los capítulos relacionados con Remedios en los Acuerdos bilaterales son simples copias o remisiones a los Acuerdos OMC.

²⁴ Reporte: “Report on the Appellate Body of the World Trade Organization.” Office of the United States Trade Representative. Ambassador Robert E. Lighthizer. February 2020. Pag. 2. En https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf (revisado el 13 de septiembre de 2020). “These errors have favored non-market economies at the expense of market economies, rendered trade remedy laws ineffective, and infringed on Members’ legitimate policy space.”

²¹ Organización Mundial de Comercio. Entender la OMC: Los Acuerdos. Antidumping, subvenciones, salvaguardias: casos imprevistos, etc. <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm8_s.htm> (revisado el 13 de septiembre de 2020).

cedente, los 90 días, los obiter dicta...²⁶ No obstante, su sección más reveladora y novedosa es la tercera, en la que hace una lista de seis ‘ejemplos’ de cómo la extralimitación procedimental del Órgano de Apelación terminó por anclar una serie de decisiones sustantivas erradas que, palabras más palabras menos, le hacen la vida mejor a China.

Más que las discusiones legales sobre sus funciones y límites, lo que más parece molestar a EE.UU es que algunas conclusiones clave del Órgano de Apelación ‘le cortaron las alas’ a las autoridades norteamericanas para hacer frente a políticas comerciales de China.

Es muy dicente que de los seis errores sustantivos más graves que cita el USTR, cinco son sobre remedios. Los errores más protuberantes que cita y desarrolla el reporte, están todos referidos a casos en los que se cuestionan remedios utilizados por las autoridades de EE.UU, y no a otros casos sobre otras cuestiones. Son cinco decisiones que le dicen a la autoridad investigadora de los EEUU (es decir, a la entidad encargada de decretar un remedio comercial): usted no puede hacer eso.

Mucho se ha discutido y medido el grado de éxito de los EE.UU en sus disputas legales en la OMC: ha ganado tal porcentaje de casos; ha perdido una tal fracción cuando enfrenta a tal país y tal otra cuando enfrenta a tal otro; es mucho más efectivo como reclamante que como defensor, etc. Esas métricas son importantes, pero resulta mucho más explicativo revisar las cinco derrotas clave que tuvo y que limitaron significativamente el margen de acción de la autoridad investigadora:

- La prohibición del “zeroing” en casos antidumping;
- La interpretación errónea del término “organismo público” en casos de subvenciones;
- La exigencia de utilización de precios gubernamentales en casos de subvenciones en economías que no son de mercado;
- El debilitamiento de los remedios “concurrentes” para enfrentar simultáneamente el dumping y las subvenciones en economías que no son de mercado, y
- La altísima exigencia de prueba de

“evolución imprevista de las circunstancias” en casos de salvaguardias.

Valga resaltar que no necesariamente se trata de derrotas en las que la contraparte era China: se trata de reglas de decisión que afectan la habilidad posterior de las autoridades de los EE.UU para lidiar comercialmente con China. Veamos a continuación los principales elementos en cada uno de los casos:

Caja explicativa – los errores sustantivos del OA según los EE.UU

Según el reporte de los EE.UU, el Órgano de Apelación ha socavado significativamente la habilidad de los Miembros de la OMC para imponer remedios.

Los errores sustantivos más importantes serían los siguientes:

1. La invención por parte del Órgano de Apelación de una prohibición del uso del “zeroing” en casos antidumping:

Los Miembros de la OMC reconocieron que el dumping, es decir, la introducción de productos de un país en el comercio de otro país a un valor inferior al valor normal de dichos productos, que causa o amenaza con causar un daño importante a la industria nacional de un país importador, “debe ser condenado”. El GATT de 1994 y el Acuerdo Antidumping permiten que los Miembros de la OMC contrarresten ese dumping perjudicial mediante la imposición de derechos antidumping.

Sin embargo, en numerosas decisiones, el Órgano de Apelación ha socavado el derecho de los Miembros de la OMC a tomar medidas para contrarrestar las importaciones objeto de dumping. Una forma en la que el Órgano de Apelación ha socavado el derecho de los Miembros de la OMC a enfrentar el dumping es mediante la invención de una prohibición del uso del “zeroing” para determinar si se ha producido dumping y en qué medida. Dicha prohibición no existe en los textos de la OMC, además de que el razonamiento del Órgano de Apelación para concluir que esta prohibición existe ha sido cambiante e inconsistente, y ha ignorado la norma especial de deferencia hacia las autoridades investigadoras que deben aplicar los adjudicadores de la OMC para resolver

diferencias antidumping. No menos de los cinco grupos especiales de la OMC, integrados por expertos gubernamentales en la materia, han estado en desacuerdo con las interpretaciones del Órgano de Apelación sobre el “zeroing”.

La extralimitación del Órgano de Apelación ha disminuido en gran medida la capacidad de los Miembros de la OMC para obtener un alivio significativo frente a las importaciones objeto de dumping. El resultado es que las industrias de los Miembros de la OMC que sufren o se ven amenazadas por un daño importante no pueden obtener la reparación que han acordado los Miembros de la OMC. Por tanto, con sus conclusiones sobre el “zeroing”, el Órgano de Apelación ha socavado la eficacia del Acuerdo Antidumping y ha contradicho el acuerdo alcanzado por los Miembros de la OMC.

2. La interpretación errónea de “organismo público” del Órgano de Apelación en casos de subvenciones

Los acuerdos de la OMC imponen disciplina a los subsidios otorgados “por un gobierno o por cualquier organismo público”. Sin embargo, el Órgano de Apelación ha adoptado una interpretación restringida de “organismo público” (public body). En efecto, para que una entidad pueda ser entendida como un “organismo público”, el Órgano de Apelación exige que dicha entidad posea, ejerza o esté investida de autoridad gubernamental. Dicha interpretación restrictiva de la categoría de “organismo público” deja por fuera un número significativo de entidades controladas por el gobierno, como las empresas de propiedad estatal (SOEs por sus siglas en inglés), que son propiedad o están controladas por gobiernos extranjeros. Dicha interpretación socava por lo tanto, según el Reporte de los EE.UU, la capacidad de los Miembros para contrarrestar los subsidios que a través de ellas se otorgan. “La OMC fue creada por y para las economías de mercado, pero la interpretación de “organismo público” del Órgano de Apelación favorece las economías que no son de mercado a expensas de las economías de mercado y ha dado lugar a confusión entre los paneles de la OMC y en los Miembros de la OMC”.

3. La exigencia de utilización de precios gubernamentales en casos de subvenciones en economías que no son de mercado.

Los Miembros de la OMC acordaron las nor-

26 Como documento de estudio en universidades y foros especializados, este Reporte es una invitación inmejorable al debate. Disponible en https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf. (revisado el 13 de septiembre de 2020).



mas del Acuerdo sobre Subvenciones de la OMC en parte para enfrentar eficazmente los problemas de las empresas que se enfrentan a la competencia subvencionada desde cualquier parte del mundo. Así, el Acuerdo otorga a los Miembros recursos legales eficaces para enfrentar las importaciones subvencionadas que perjudican a las empresas e industrias nacionales. La interpretación errónea de este acuerdo por parte del Órgano de Apelación ha reducido significativamente la eficacia de este “remedio”.

En efecto, y como es apenas lógico, el Acuerdo sobre Subvenciones de la OMC requiere el uso de precios de mercado a efectos de realizar comparaciones para medir el nivel de subsidio que recibe un bien. Ahora bien, cuando los precios de mercado no se encuentran o están distorsionados dentro del país de suministro, el Acuerdo permite a los países el uso de precios de referencia por fuera del país investigado (out-of-country benchmarks). Sin embargo, el Órgano de Apelación ha impuesto a los Miembros la obligación de considerar también los precios “gubernamentales” al establecer un punto de referencia, a menos que se demuestre que esos precios no son precios de mercado. Además, según el Órgano de Apelación, esto debe hacerse mediante un análisis cuantitativo muy complicado de los precios en el país subvencionador. El enfoque del Órgano de Apelación invierte la carga de la prueba y exige a las Autoridades Investigadoras de los países que hagan enormes estudios cuantitativos de precios en un país extranjero, antes de poder determinar cualquier remedio. Esta interpretación impone obligaciones adicionales que no se encuentran en el texto del Acuerdo y reduce la capacidad de los Miembros de la OMC para contrarrestar las subvenciones que están perjudicando a

sus trabajadores y empresas.

“Al elevar las exigencias y hacerlas cada vez más difíciles de probar, el Órgano de Apelación está estableciendo un estándar para medir las subvenciones que puede ser imposible de cumplir. Este sería especialmente el caso en una economía dominada por empresas de propiedad estatal: cuanto mayor sea el grado de distorsión económica del gobierno, más difícil será encontrar un precio determinado por el mercado”. Y menos útil el remedio establecido en los Acuerdos.

4. El debilitamiento de los remedios “concurrentes” para enfrentar simultáneamente el dumping y las subvenciones en economías que no son de mercado.

Las normas de la OMC que rigen la imposición de medidas antidumping, por un lado, y de derechos compensatorios a las subvenciones, por el otro, contemplan dos soluciones separadas para abordar los daños de las importaciones objeto de dumping y de las importaciones subvencionadas. Cuando se han satisfecho los criterios para cada “remedio”, un Miembro de la OMC puede imponer derechos antidumping hasta el nivel del dumping encontrado e imponer derechos compensatorios hasta el nivel de la subvención encontrada, como se establece explícitamente en el texto de los respectivos acuerdos de la OMC. La única limitación a la aplicación simultánea de medidas antidumping y compensatorias se aplica en determinadas circunstancias de subvención a la exportación. Aunque los EE.UU y otros Miembros de la OMC no acordaron normas adicionales que limiten la aplicación concurrente de estos remedios, el Órgano de Apelación ha inventado obligaciones adicionales. En efecto, el

Órgano de Apelación ha concluido que un Miembro de la OMC no puede imponer simultáneamente derechos compensatorios y derechos antidumping en aquellos casos en que haya utilizado una metodología de “economía de no mercado”, si no toma medidas afirmativas para garantizar que la aplicación simultánea no da lugar a lo que denominó “doble remedio”. El enfoque del Órgano de Apelación tiene importantes consecuencias en el mundo real, puesto que parece trasladar la carga de la prueba de que no existe un “doble remedio” hacia el Miembro importador. A diferencia de otras situaciones, el Miembro exportador aparentemente no necesita demostrar que el derecho compensatorio excede la cantidad “apropiada”. La interpretación del Órgano de Apelación impone cargas administrativas importantes a las autoridades investigadoras de remedios comerciales en la situación de aplicación simultánea de derechos compensatorios y derechos antidumping de ENM. El Órgano de apelación, en últimas, socava nuevamente la capacidad de los Miembros de la OMC para abordar las importaciones subvencionadas de economías que no son de mercado.

5. La altísima exigencia de prueba de “evolución imprevista de las circunstancias” en caso de salvaguardias.

Las medidas de salvaguardia proporcionan un mecanismo fundamental para que los Miembros de la OMC protejan sus industrias de aumentos repentinos de las importaciones. Los Miembros de la OMC se reservaron específicamente el derecho a imponer tales medidas de salvaguardia y establecieron reglas para su aplicación en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC (“Acuerdo de Salvaguardias”).

El Órgano de Apelación ha disminuido este derecho al inventar requisitos adicionales para la imposición de salvaguardias que los Miembros nunca acordaron. Por ejemplo, el Órgano de Apelación ha concluido que, antes de tomar una medida de salvaguardia, la autoridad competente de un Miembro debe incluir en su investigación una demostración de la existencia de una “evolución imprevista de las circunstancias” (unforeseen developments), a pesar de la ausencia de tal requisito en el Acuerdo sobre Salvaguardias. El Órgano de Apelación también creó un umbral particularmente elevado para las determinaciones de “daño grave” en el marco del Acuerdo sobre Salvaguardias. Mediante la imposición de nuevas obligaciones, el Órgano de Apelación ha hecho que las medidas de salvaguardia sean mucho más difíciles de defender.

En efecto, en la OMC se han impugnado varias medidas de salvaguardia y, con una única excepción, se ha determinado que todas son incompatibles con la OMC. Esto no es sorprendente dadas las interpretaciones erróneas del Órgano de Apelación. Los requisitos adicionales inventados por el Órgano de Apelación elevan el umbral a un nivel que hace casi imposible imponer salvaguardias. Según el enfoque erróneo del Órgano de Apelación, incluso si las importaciones son la causa más importante de daño grave, un Miembro de la OMC no puede aplicar una medida de salvaguardia si sus autoridades no determinaron, de manera estricta y matemáticamente, los efectos de otros factores. Estos requisitos inventados menoscaban seriamente la capacidad de los Miembros de la OMC para protegerse de aumentos repentinos de las importaciones, un derecho que se les reserva claramente en el artículo XIX y el Acuerdo sobre Salvaguardias.

El Órgano de Apelación entonces, seguramente por buenas razones en su momento, tuvo un efecto innegable de hacer más difícil la adopción de medidas de defensa comercial. La barra argumentativa para las llamadas autoridades investigadoras subió de manera dramática. Los remedios dejaron de ser lo que eran.

De manera muy cruda, una forma de verlo es la siguiente: unos individuos extranjeros, haciendo uso y abuso de facultades que nunca les dieron, han debilitado drásticamente el poder de las entidades de los EE.UU encargadas de adoptar remedios comerciales. En un contexto en el que se necesita contener el ascenso comercial de China, el actual derecho internacional de comercio no solo es

insuficiente, sino que además lo obstaculiza.

iii. De la homeopatía a la santería

No debería ser sorpresa entonces que el actual Presidente de los EE.UU amenace, una vez al trimestre, con el retiro de su país de la OMC. Tampoco debe sorprender que por primera vez en décadas, el Congreso de los EE.UU decida debatir formalmente la pertinencia de la pertenencia de su país a la Organización que ayudaron a crear. Tampoco que el USTR tenga bloqueada a dicha Organización pese a los enormes costos políticos y diplomáticos que acarrea.

No debería tampoco sorprender el reciente uso agresivo por parte de los EE.UU de otros remedios por fuera del botiquín tradicional: las Secciones 232²⁷ y 301²⁸ de su Trade Act, que siempre ha existido dentro de su legislación como mecanismo unilateral de discutible legalidad frente a la OMC, pero que los EE.UU mantuvieron a la sombra, como una herramienta de presión política pero muy rara vez (nunca hasta donde los autores conocemos) como un remedio comercial de compensación sobre-arancelaria frente a determinadas situaciones.

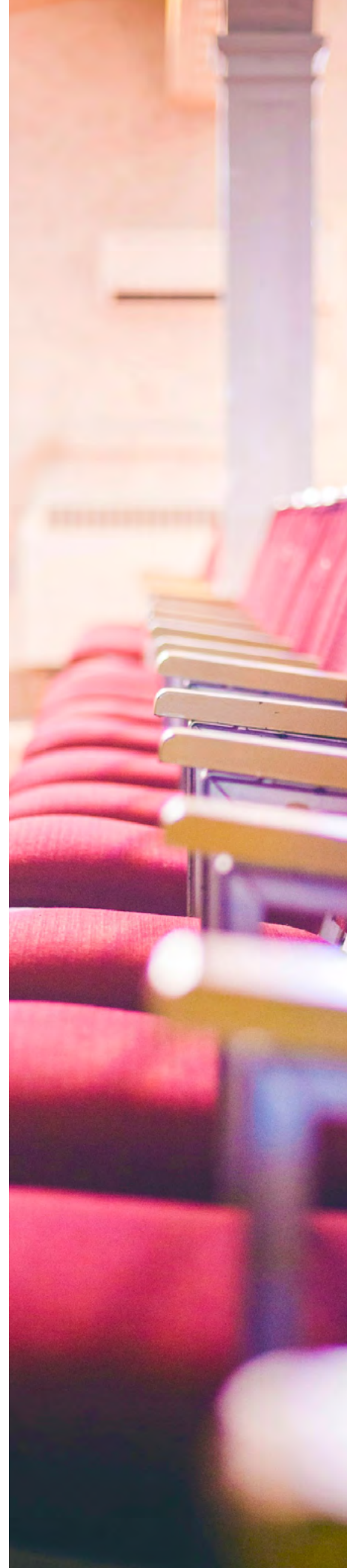
Tampoco debería sorprender, por último, el remedio atómico de recurrir a la seguridad nacional para justificar medidas comerciales. La seguridad nacional ha sido siempre una de las grandes excepciones a las disciplinas de la OMC²⁹, bajo el entendido de que nadie negocia pactos suicidas. No obstante, recurrir a dicha excepción fue siempre considerado como una opción atómica, indeseable, indebida, hasta de mal gusto. Los EE.UU lanzaron formalmente la carta de la excepción de seguridad nacional para justificar ante la OMC sus medidas de la sección 232 y sus consecuentes restricciones a la entrada de acero, aluminio, automóviles, entre otros.

Ante la aparente debilidad de los remedios tradicionales para contener el ascenso comercial de China, causada por el Órgano

27 Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962(19 U.S.C. §1862)

28 Section 301(b) of the Trade Act of 1974, as amended (Trade Act).

29 El Artículo XXI del GATT 1994 establece excepciones relativas a la Seguridad.



de Apelación, los EE.UU decidieron, por un lado, bloquear al causante, y por otro, recurrir a otros remedios.

IV. La amputación del Órgano: la reforma del Órgano de Apelación ya ocurrió

Estas dos soluciones no son elegantes y serán forzosamente temporales. Pero consideramos fundamental reconocer que mientras todos los Miembros seguimos buscando alternativas, formulando propuesta e invitando una discusión formal con los EE.UU, estos últimos ya actuaron unilateralmente y ya lograron los objetivos de corto plazo que parecían haberse impuesto: la reforma ya ocurrió y, con franqueza y resignación, no queda de otra que reconocer que hoy el derecho internacional del comercio no cuenta más con un Órgano de Apelación.

EE.UU no quiere instancia de apelación, y desde su origen, nunca la quiso³⁰, sino que prefiere paneles de expertos que deciden casos, pero hasta ahí llegan.

Las disputas comerciales sin Órgano de Apelación, desde la perspectiva de un actor como los EE.UU (opuesta a la de muchos países chicos), presentan principalmente dos ventajas: primero, trasladan el poder de vuelta a las partes en disputa, al no poder estas recurrir -o amenazar con recurrir- a un tercero de última instancia del calibre del órgano de Apelación, sino simplemente a un grupo especial, más parecidos a una figura de arbitramento. Segundo, que las decisiones de primera instancia por parte de grupos especiales tienen una posibilidad mucho más difusa que el Órgano de Apelación de llegar a crear derecho: frente a ellos, perder un caso es solo eso, perder un caso, y jamás se tratará de perder una regla al perder el caso.

En este contexto, EE.UU no tiene ningún interés en reformar o desbloquear el Órgano de Apelación. Hacia adelante, su problema con las herramientas de adjudicación del derecho internacional ya está solucionado.

En agosto pasado, Robert Lighthizer,³¹ actual USTR, expuso por primera vez un compilado de propuestas concretas para la reforma integral de la OMC, que habla por sí sola:

1. Los Miembros de la OMC deben acordar aranceles bajos y comunes para todos, con excepciones mínimas. Un buen punto de partida serían los aranceles promedio de los países industrializados.

2. Los tratados de libre comercio bilaterales como herramienta de proteccionismo. Esta tesis es relativamente nueva en el USTR. Argumenta que los acuerdos bilaterales, más que profundizaciones del comercio, desvían el comercio y enquistan intereses proteccionistas. El sistema debe regresar a una visión estricta de la cláusula de Nación Más Favorecida (que extiende las preferencias a todos) y admitir acuerdos bilaterales solo entre países contiguos.

3. No más "trato especial y diferenciado" para los países que se consideran en desarrollo. Si las reglas de la OMC realmente incorporan estándares de clase mundial a los que todos deberían aspirar, China, India y otras economías avanzadas deberían seguir las mismas reglas que unen a EE.UU, la Unión Europea y Japón.

4. La OMC necesita nuevas reglas para detener las distorsiones económicas que se derivan del capitalismo de estado de China.

5. Por último, el sistema de solución de diferencias de la OMC debería replantearse por completo. El actual sistema de dos niveles debe ser reemplazado por un proceso de una sola etapa similar al arbitraje comercial, en el cual los tribunales ad hoc se empalman y resuelven controversias particulares de manera expedita. Las decisiones de estos grupos especiales deben aplicarse solo a las partes en la controversia y no convertirse en jurisprudencia de libre comercio. Es más, debería existir un mecanismo que permita a los Miembros de la OMC dejar de lado las opiniones erróneas de los paneles en casos excepcionales.

Esta postura del USTR es reveladora desde varios ángulos. En primer lugar, es novedosa: como se dijo, es la primera vez que un representante de los EE.UU hace una propuesta concreta y ordenada de puntos para

la reforma de la OMC, además de que aborda algunos puntos que solo parecen haber cogido fuerza en este año, como el primero de la armonización arancelaria y el de los tratados de libre comercio como herramientas de proteccionismo velado.

En segundo lugar, cuatro de sus cinco cargas van dirigidas principal y específicamente a China (solo quizás la segunda tiene un destinatario principal distinto: la Unión Europea); tercero, la cuarta propuesta habla sin decirlo de remedios fortalecidos y de obligaciones industriales más estrictas, en concordancia con los malestares de EE.UU frente al debilitamiento de los primeros y la ausencia de disciplinas que cobijen adecuadamente a las empresas estatales chinas (ambos fenómenos derivados de las decisiones del Órgano de Apelación). Y, en cuarto lugar, muy importante a efectos de este escrito, confirma la tesis anteriormente enunciada: la reforma del Órgano de Apelación ya ocurrió.

Por eso, tal como introdujimos este escrito, la solución al impase del Órgano de Apelación, que tanto angustia y entretiene a quienes contribuyen en Revistas como esta, no será una solución desde el Órgano de Apelación mismo, sino que, para ser aceptable para los EE.UU, requerirá una reforma de mucho mayor calado. Desde la perspectiva de los EE.UU, la OMC podrá continuar sí y solo si vuelve a ser una herramienta útil para controlar a China, y la figura de un Órgano de Apelación que dirima casos en segunda instancia no se ve en la actualidad ni en las curvas.

V. Pronóstico reservado: el paciente se agrava

Todos los puntos anteriores expresados por los EE.UU en varios foros y formatos son, por supuesto, controversiales. Hay, sin embargo, un ingrediente adicional en el ataque de los EE.UU al Órgano de Apelación que ha ya crispado a varios socios comerciales y promete ser aún más controversial en los meses por venir. Se trata no ya del cuestionamiento del Órgano de Apelación hacia el futuro, sino de cuestionamiento también hacia atrás.

En efecto, parecemos estar ante un escenario en el que no habrá Órgano de Apelación por delante por muchos años más. Esto se debe, según los EE.UU, a los múltiples errores cometidos por el Órgano de Apelación. ¿Qué pasa, sin embargo, con todas las reglas ya formulados por el Órgano de Apelación? Con el impasse, se ha impedido la creación de nuevas reglas por parte de un

30 En las negociaciones de la Ronda Uruguay, el Órgano de Apelaciones se pensó en sus inicios como una Corte de Apelaciones. Sin embargo EE.UU se reusó a usar el nombre de Corte. Report On The Appellate Body Of The World Trade Organization Office of the United States Trade Representative Ambassador Robert E. Lighthizer. Febrero 2020, p. 18, en https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf (revisado el 13 de septiembre de 2020).

31 Robert E. Lighthizer. How to Set World Trade Straight: Bilateral pacts promote protectionism. The WTO needs to return to the vision of equal rules for all. (Aug. 20, 2020).

Órgano de Apelación, pero siguen en principio vigentes todos sus informes del pasado. Los errores, desde la perspectiva de los EE.UU, están ahí, y continuarán informando el actuar de los panelistas en los grupos especiales de primera instancia, así como el “espacio” actual de política de las autoridades investigadoras que planean implementar remedios.

La siguiente carga de artillería consiste entonces en cuestionar la validez de los informes anteriores del Órgano de Apelación, al menos los de los últimos años. Y para ello, los EE.UU no se han quedado quietos.

La ocasión se dio recientemente en el caso de Canadá contra EE.UU por el papel supercalandrado en el que Canadá obtuvo una victoria jurídica sobre los EE.UU³². En principio, no se trataba de un caso de remedios contra China ni contra economías de no mercado. ¿Qué podía salir mal?

Se trata del último Informe del Órgano de Apelación en un caso que involucra a los EE.UU, antes de quedar irremediamente bloqueado por falta de quorum. Fue comunicado a los Miembros de la OMC en la sesión de febrero-marzo de 2020 del Órgano de Solución de Diferencias. Se esperaba una adopción del Informe algo lúgubre por tratarse del penúltimo, pero definitivamente procedimental, de trámite. Resultó todo menos eso.

Los EE.UU tomaron la palabra y afirmaron, con vehemencia de nuevo, que el documento no era un informe válido del Órgano de Apelación³³ y representaba el último ejemplo del incumplimiento del Órgano de Apelación de las normas de la OMC. Y esto debido a que el documento no se proporcionó ni se distribuyó en nombre de tres miembros válidos del Órgano de Apelación como exige el párrafo 1 del artículo 17³⁴.

En efecto, según los EE.UU, algo sin pre-

32 Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos — Medidas compensatorias sobre el papel supercalandrado procedente del Canadá (Marzo 5 de 2020)

33 Doug Palmer. (Abril 24 de 2020). U.S. dismisses ‘invalid’ WTO Appellate Body ruling. POLITICO. Disponible en: <https://www.politico.com/newsletters/morning-trade/2020/04/23/us-dismisses-invalid-wto-appellate-body-ruling-787082> (revisado el 15 de septiembre de 2020).

34 Statement by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, Geneva (February 28, 2020 - Reconvened on March 5, 2020), p. 1-4. Disponible en: https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Feb28_Reconvene_Mar5_DSB_Stmt_Item_8_SC_Paper_DS505.as-handed-out_fin_public-1.pdf (revisado el 15 de septiembre de 2020).

cedentes estaba ocurriendo: ninguna de las personas que participaron en la elaboración de este Informe de apelación (el Sr. Ujal Bhatia (miembro presidente), el Sr. Thomas Graham, y la Sra. Hong Zhao), eran miembros actuales del Órgano de Apelación cuando se emitió el documento a la OMC³⁵.

Para comenzar, esta disputa presenta el problema familiar de individuos que continúan sirviendo y decidiendo apelaciones después de la expiración de su mandato. La posición estadounidense de que esto es ilegítimo es bien conocida. Mucho más grave que lo anterior es lo relacionado con la señora Zhao (cuyo periodo de funciones estaba perfectamente en regla y no se cuestiona). El 31 de enero de 2020, EE.UU informó al Director General de la OMC y al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias que había tenido conocimiento de información que indica que esta persona no cumple con el requisito fundamental de “no estar afiliada a ningún gobierno” como lo requiere el artículo 17.3 del ESD³⁶. En efecto, según los EE.UU, la Sra. Zhao está afiliada al Gobierno de la República Popular de China y recibe un salario del Partido Comunista de China, por lo cual no puede actuar como miembro del Órgano de Apelación³⁷.

A los ojos de EE.UU, el informe en el que ella participa (además de los otros dos, por otras razones) es, en consecuencia, inválido y no podría ser adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias³⁸. Desde su perspectiva, tal como queda consignado en la carta recopilatoria de sus posiciones del 17 de marzo de 2020, el trámite formal de adopción por parte del Órgano de Solución de Diferencias simplemente no ocurrió ante la gravedad de las noticias que compartía la delegación de los EE.UU.

Lo más interesante del acontecimiento es que esta misma tesis serviría para buscar la invalidez de todas aquellas decisiones del Órgano de Apelación en las que haya participado la señora Zhao, o cualquiera de sus Miembros por un periodo de tiempo extendido. Esto invalidaría un gran bloque de decisiones y varias de las que más arriba detallamos como especialmente preocupantes.

No es claro cómo se va a resolver la situación en la OMC. Estamos ante un evento

35 Ibid, p. 1.

36 Ibid.

37 Ibid, p. 2.

38 Ibid, p. 4.

en el que el Miembro con la economía más grande del mundo considera inválidas todas las conclusiones en las que haya participado la adjudicadora de la segunda economía más grande del mundo. Las sutilezas jurídicas sobre su debida adopción procedimental no pueden esconder la realidad geopolítica de enorme gravedad en la que se encuentran los Miembros de la OMC. Lo que sí es claro es que el ataque al Órgano de Apelación por parte de ellos EE.UU no es ni temporal ni marginal: no solo creemos que ninguna reforma del Órgano es posible, sino que la estrategia también buscara desmontar hacia atrás todo o una buena parte de lo que haya hecho.

Sección 3 ¿Un game changer a la vista?

Los Miembros de la OMC quieren un sistema que garantice seguridad y predictibilidad, con una doble instancia³⁹ y un órgano que resuelva las preguntas de derecho con las que EE.UU no está de acuerdo. Y estos actores buscan también salidas y alternativas, que afectan y ayudan los primeros. La más interesante de estas iniciativas el MPIA para garantizar su derecho a apelar en una diferencia. Los EE.UU han manifestado su desinterés y oposición a todas las soluciones, por lo que muchos países, han presentado iniciativas bilaterales y plurilaterales para solucionar parcialmente sus preocupaciones y, tener derecho a una doble instancia en los litigios se lleven. Por lo anterior, el 26 de noviembre de 2019, EE.UU intentó bloquear la aprobación del presupuesto bienal de la OMC⁴⁰, en parte debido al desasosiego sobre la financiación de un mecanismo de apelaciones que podría funcionar sin éste Miembro.

A pesar de todas las adversidades, el 30 de

39 El derecho a la doble instancia es uno de los fundamentos más importantes del sistema jurídico de la OMC, el cual es garantizado por la existencia de un Órgano de Apelación. El mismo Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) establece que es una obligación del Órgano de Solución de Diferencias establecer un Órgano Permanente de Apelación el cual entenderá los recursos de apelación interpuestos los cuales podrá confirmar, modificar o revocar. Estará integrado por siete miembros representativos, de los cuales actuarán tres en cada caso. Al vetar las elecciones de nuevos miembros del mecanismo de apelación en 2016, EE.UU decidió limitar unilateralmente el derecho a la doble instancia.

40 Portafolio, Estados Unidos mete más presión a la OMC.. Disponible en: <https://www.portafolio.co/internacional/estados-unidos-mete-mas-presion-a-la-omc-535493> (revisado el 13 de septiembre de 2020).



abril de 2020, 16 Miembros⁴¹ de la Organización, incluyendo a China, acordaron un mecanismo alternativo para garantizar una segunda instancia en las controversias comerciales y así, aportar predictibilidad y seguridad al sistema⁴². Algunos países cercanos de los EE.UU.⁴³ y otros latinoamericanos dependientes política y comercialmente⁴⁴ se unieron a la iniciativa, lo que es un resultado importante por parte de los proponentes. El MPIA tiene un enorme poder jurídico como reemplazo del Órgano de Apelación. Pero también es una jugada muy poderosa

41 Australia; Brasil; Canadá; China; Chile; Colombia; Costa Rica; Guatemala; Hong Kong, China; Islandia; México; Noruega; Nueva Zelanda; Pakistán; Singapur; Suiza; Ucrania; la Unión Europea; y Uruguay.

42 Declaración sobre un mecanismo para elaborar, documentar y comunicar prácticas y procedimientos en la sustanciación de diferencias en la OMC.

43 Australia, Chile, Nueva Zelanda y Singapur.

44 Colombia, Guatemala o Costa Rica

45 Organización Mundial del Comercio. Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias (ESD). Artículo 25, párrafo 1.

que limita la capacidad de EEUU para lograr sus objetivos unilaterales de reforma.

El nuevo arreglo se basa en el artículo 25 del ESD, el cual les permite a las partes una alternativa a la vía jurisdiccional de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, para resolver sus controversias mediante “un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias” que puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes.

El artículo 25 está concebido como un mecanismo ad hoc, es decir que se trata de un procedimiento especialmente convenido para una controversia que las partes previamente acordaron. Sin embargo, el MPIA es la decisión de los participantes de comprometerse previamente a recurrir a este mecanismo de arbitraje específico⁴⁶, lo que es

46 Bashar H. Malkawi (ed. Tim Zubizarreta - U. Pittsburgh School of Law, US). (Mayo 28, 2020). MPIA and Use of Arbitration: Bypassing the WTO Appellate Body. *Jurist*:

razonable desde la perspectiva del derecho a la doble instancia consagrado para todos los Miembros de la OMC en el artículo 17 del ESD.

Todos los participantes en el MPIA tuvieron la posibilidad de presentar un candidato, con la lista final de árbitros acordada por consenso entre los Miembros.⁴⁷ De los que fueron seleccionados 10. De acuerdo con el artículo 25 del ESD, está compuesto por las siguientes personas:

- Sr. Mateo Diego-Fernández ANDRADE;
- Sr. Thomas COTTIER;
- Sra. Locknie HSU;
- Sra. Valerie HUGHES;
- Sr. Alejandro JARA;

Legal News and Commentary. Disponible en: <https://www.jurist.org/commentary/2020/05/bashar-malkawi-mpia-wto-appellate-body/> (revisado el 16 de septiembre de 2020).

47 *Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes* (Julio 31, 2020). Disponible en: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/august/tradoc_158911.12-Su-ppl.5%20\(002\).pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/august/tradoc_158911.12-Su-ppl.5%20(002).pdf) (revisado el 16 de septiembre de 2020).

- Sr. José Alfredo Graça LIMA;
- Sra. Claudia OROZCO;
- Sr. Joost PAUWELYN;
- Sra. Penelope RIDINGS, y
- Sr. Guohua YANG.

El grupo de diez expertos⁴⁸ del que se podrá formar un grupo arbitral de tres personas, tienen las competencias técnicas acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los Acuerdos abarcados en general. Los árbitros tampoco están vinculados a ningún gobierno mientras el ejercicio de esta función de resolución de conflictos⁴⁹. Para nuestra fortuna, Claudia Orozco, la representante colombiana, fue escogida por sus méritos para hacer parte del órgano arbitral⁵⁰.

Uno de los pilares del documento acordado es cómo conseguir que los árbitros cumplan realmente con el plazo de 90 días establecido en el artículo 17.5 del ESD⁵¹. La posibili-

48 El grupo que conforma el MPIA cuenta al igual con mucha experiencia en solución de controversias de la OMC. Por ejemplo, Cottier ha rendido 5 reportes en grupos especiales del GATT, 8 reportes en grupos especiales de la OMC, 2 del artículo 22.6 y un (1) grupo especial en curso; Diego-Fernández ha trabajado en 6 reportes, un (1) grupo especial en curso; Graça Lima en tres reportes de grupos especiales y un (1) reporte en curso; Hughes, fue directora de la Secretaría del Cuerpo y de la División de Asuntos Jurídicos de la OMC. Y finalmente, Pauwelyn fue oficial de asuntos jurídicos de la División de Asuntos Jurídicos y de la Secretaría del Órgano de Apelación de la OMC

49 Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes, para. 5. (Julio 30, 2020). JOB/DSB/1/Add.12. Disponible en: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=263504 (Revisado el 16 de septiembre de 2020).

50 Claudio Orozco es abogada especializada en derecho económico y ha dedicado su carrera al comercio internacional, en particular al derecho de la OMC. Se ha desempeñado como diplomática y negociadora representante de Colombia, miembro de grupos especiales y árbitro. Claudia es una de las impulsores y creadoras del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, una firma de Abogados expertos en derecho internacional económico que permite a los países en desarrollo participar plenamente en asuntos de solución de diferencias. Claudia ha participado como parte de Grupos Especiales en 14 reportes, un (1) arbitraje conforme al artículo 21. 3(c), una decisión conforme al artículo 22. 6, y se encuentra trabajando en un reporte en curso.

51 De Acuerdo con los párrafos 12 y 13 del documento: "12. Las partes solicitan a los árbitros que dicten el laudo dentro de los 90 días siguientes a la presentación del anuncio de apelación. A tal fin, los árbitros podrán adoptar medidas de organización apropiadas para agilizar el procedimiento, sin perjuicio de los derechos y obligaciones procesales de las partes ni de las debidas garantías de procedimiento. Esas medidas podrán incluir decisiones sobre límites de páginas y de tiempo y sobre los plazos, así como sobre la duración y el número de las audiencias requeridas. 13. En caso necesario para dictar el laudo en el plazo de 90 días, los árbitros podrán también proponer a las partes medidas sustantivas, como la exclusión de las alegaciones basadas en la supuesta falta de una evaluación objetiva

de incluir medidas para agilizar el tiempo, como los límites de páginas, de tiempo y sobre los plazos, así como sobre la duración y el número de las audiencias requeridas son directamente dirigidas a solventar las críticas de EE.UU y de algunos Miembros, y podría ayudar a mantener las demandas cortas y directas al punto⁵². El plazo de 90 días sólo puede ampliarse con el acuerdo previo de las partes. Adicionalmente, el MPIA establece que los árbitros propongan que las partes adopten medidas sustantivas como la retirada de las reclamaciones basadas en la supuesta falta de una evaluación objetiva en virtud del artículo 11 del ESD.

Un tema que no toca el MPIA y que es importante profundizar, es cómo se financiaría esta estructura independiente. Tampoco es claro cuál podría ser el papel de la Secretaría de la OMC y del Director General. El MPIA establece que los Miembros deben proveer la estructura de apoyo técnico de soporte a los árbitros totalmente separada del personal de la Secretaría de la OMC con apoyo del Director General, y, en lo que respecta al fondo de su labor, solamente responderán ante los árbitros de apelación. Ello quiere decir, que la Secretaría tendría una función ajena al soporte de los árbitros, lo cual sería una oportunidad para los profesionales especialistas en derecho económico internacional de la OMC, quienes podrían servir de apoyo técnico a los árbitros.

Una cuestión interesante es la posibilidad para los terceros que hayan notificado al Órgano de Solución de Diferencias un interés sustancial en el asunto sometido al grupo especial de conformidad con el párrafo 2 del artículo 10 del ESD, podrán presentar comunicaciones por escrito a los árbitros, que podrán darles la oportunidad de ser oídos. Del texto se puede intuir que los terceros que no son Parte del MPIA pero hayan notificado al OSD su interés sustancial podrían llegar a participar.

Adicionalmente no es claro cuál sería el rol de las decisiones de este tribunal, su vinculatoriedad y su objetividad e independencia en favor de la consistencia y la coherencia. Esto es, la situación jurídica de los futuros informes de arbitraje adoptados por los árbi-

de los hechos de conformidad con el artículo 11 del ESD".

52 En la práctica, algunos casos involucran un acervo probatorio extraordinariamente largo, documentos y audiencias, entre otras, que resultan en decisiones absurdamente largas, como las disputa sobre los subsidios de aeronaves a Boeing y Airbus entre los EE. UU. o la UE o los casos de tabaco de Australia.

tros de la MPIA. En contraste, las decisiones del Órgano de Apelación de la OMC sólo son jurídicamente vinculantes para las Partes en la diferencia en cuestión. Sin embargo, las aclaraciones del derecho de la OMC contenidas en los informes tienen una pertinencia jurídica que va más allá de la controversia en cuestión, por lo que traen seguridad y predictibilidad al sistema y generan expectativas legítimas de cómo deben interpretarse las normas analizadas por el órgano adulatorio. Generalmente, los fallos del Órgano de Apelación tienen gran autoridad y son, en la práctica, seguidos en posteriores disputas sobre el mismo asunto⁵³.

Otra situación que genera incertidumbre es si el mecanismo, -como el mismo nombre lo indica (Acuerdo de Arbitraje Interino Multipartidario)-, es una herramienta temporal hasta que la OMC comience el nombramiento de nuevos miembros del Órgano de Apelación, o si se considerará como un mecanismo permanente, por lo que teniendo en cuenta la coyuntura del sistema, podría convertirse en una afirmación razonable. Mucho dependerá de los árbitros. Pero, de nuevo, es clave como juegue el MPIA para el reacondicionamiento de China y EE. UU. y en este orden de ideas, deberá ser al menos algo diferente al Órgano de Apelación.

El MPIA integra numerosas ideas nuevas. Sin embargo, es claro que el MPIA no será suficiente para resolver las críticas del Órgano de Apelación.

B. Conclusión

En resumen, frente a su rival comercial más grande, el Órgano de Apelación dejó de ser una herramienta y se volvió un obstáculo. Es natural que esto no se vaya a solucionar y, al contrario, es predecible un empeoramiento. Desde esta perspectiva, la situación se aclara.

¿Por qué llegamos a esto? No es por asuntos técnicos o jurídicos delicados. Es porque el mecanismo de solución de diferencias de la OMC tal como está, no sirve a los intereses de EE.UU para contener a China. Y el principal tropiezo a sus intereses en la actualidad es el Órgano de Apelación.

53 Informe del Órgano de Apelación, Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, página 108.



Así, más allá de formas y tonos, de algunos matices, creemos que nada de lo anterior va a cambiar sustancialmente. La geopolítica y el balance de fuerzas comerciales cambió. Y la pandemia del COVID-19, más que transformar los problemas comerciales, seguramente derivará en agravarlos hasta casi el límite de ruptura. Sin buenos remedios, el Órgano de Apelación ya no tiene remedio. Es una situación sumamente delicada y Colombia debe establecer un proceso de reflexión profundo sobre como incidir y acomodarse ante los nuevos vientos.

Y tal vez la mejor alternativa, las más prometedoras, sea centrarse en el MPIA. Reconocer la fragilidad del Órgano de Apelación, contra la que no podemos hacer nada, y orientar nuestros mayores esfuerzos, desde ya, en la semilla de su reemplazo.



Anti-dumping in the Andean Community: rethinking regionalism in the Americas in unsettling times

Sebastián Vallejo¹

Abstract:

The rise of China as an important commercial partner of the Andean Community countries entailed several challenges for the regional integration project. On the one hand, the increase of Chinese goods flowing into the region caught the attention of national authorities, which increased the initiation of anti-dumping investigations against Chinese

products. On the other hand, the communitarian regime has been relatively unused insofar as it is unfit to tackle dumping from third parties, due to structural and substantive problems. This article addresses that the current anxieties arising from China's engagement in unfair trading practices in the Andean countries, cannot be adequately addressed with the existing anti-dumping rules. Therefore the existing regime should be amended in order to protect local industries from injurious dumping coming from third parties. The best way forward is to reform the existing regime by

enhancing the role of the national authorities and grant them full exclusivity in the implementation and administration of anti-dumping measures.

¹ Sebastián Vallejo holds a Master of International Economic Law and Policy (IELPO LLM) from the University of Barcelona, and currently works as a Senior Investment Advisor in ProColombia, sebastian.vallejo676@gmail.com.

Introduction

Recent political events have raised serious concerns against international trade and the future of the world economy. Many loud voices are expressing resentment and frustration against the entire trade system for what they consider to be an unlevelled playing field. Even though such resentment is validly justified, trade is not the root of all problems, and certainly, it cannot solve them on its own.² On the contrary, trade is only one of the many factors underlying the anti-globalization movement. However, the latter has unfortunately gained much traction in the latest years, thereby empowering protectionist policies designed to address these unfair trade practices unilaterally.

The responses from several developed and developing countries seem to be an old tool: a more stringent application of trade remedies. These investigations are launched and, in relevant cases, anti-dumping (AD), safeguards (SG) and countervailing measures (CM) are introduced, with the rationale of preventing what is alleged to be unfair competition from harming domestic industries. This trend has been observed in the latest amendments to the trade remedy investigations introduced by the European Union (EU)³ and the United States (US).⁴ Moreover, some other important players are not holding back in their responses, with a rising number of trade remedies initiations in the latest years.⁵

Although the application of trade remedies is permitted and recognized in the World Trade Organization (WTO), deviations and distortions in conducting the investigations and implementing trade remedies can lead to abuse of these instruments, and they risk becoming a protectionist weapon in order to counteract competitiveness.⁶

2 See Julia Nielson, *Making Trade Work For All*, OECD, Trade and Agriculture Directorate (2017). Available at <http://www.oecd.org/tad/making-trade-work-for-all.pdf>. (Accessed September 30, 2020)

3 EU Regulation 2016/1036 on protection against dumped imports from countries not members of the European Union, OJ L176 (30 June, 2016).

4 Trade Preferences Extension Act of 2015, Pub. L. No. 114-27, 129 STAT. 362.

5 World Trade Organization. *Anti-dumping Initiations: By Reporting Member 01/01/1995 - 31/12/2016*. Available at https://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/AD_InitiationsByRepMem.pdf

6 Kim Kampel, "Options for Disciplining the Use of Trade Remedies in Clean Energy Technologies", *International Centre for Trade and Sustainable Development* (2017), p. 11.

The current paper addresses that the Andean Community (AC) should amend its anti-dumping regime. To begin with Decision 283 and Decision 456, the available regional instruments, seem unfit to tackle the current anxieties surging from the rising flows of Chinese merchandises into the region and the expiring Non-Market Economy (NME) status of China before the WTO⁷. In addition, the multilateral track has proven unable to address these pressing matters and has been caught in the crossfire, facing loud opposition and enormous criticism in every adjudicated dispute regarding trade remedies.

Considering the above, the response of the AC should be the amendment of the current instruments and the adoption of new trade remedy rules, taking into account their specific and strategic concerns.

I) China's rising power and its market economy status in the andean community

China's fast economic growth has brought the existence of a new player in the world arena. Even though historically, Latin America has held strong ties with the US, the region is in the process of opening towards new commercial partners. For example, in 2000, China's volume of trade with the region amounted to \$12 billion; by 2013, it had reached over \$260 billion.⁸

During the past decade, Chinese policy banks, the financial arm of the Chinese government to finance infrastructure and trade, have provided more than \$140 billion in loan commitments to Latin America. This new relationship is increasingly intense and vibrant, evidencing the extent of the growing influen-

7 According to the information provided by the Customs Authorities of the Andean Community countries, China is the second exporter into the region. See *Secretaría General de la Comunidad Andina, Comercio exterior de bienes entre la Comunidad Andina y Estados Unidos 2005-2014*, SG de/681 28 de abril de 2015 Available at <http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2015/15457.pdf>

8 Michael Swaine, "Xi Jinping's Trip to Latin America", *China Leadership Monitor* 45, (October 21, 2014), p. 2. Available at https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/clm45ms-xi_jinpings_trip_to_latina.pdf (Accessed September 30, 2020)

ce that China is having within the region.⁹

The current section reviews some of the problems raised by the increasing role of China in the world economy and the questions related to its status as a market economy for the AC countries. The Asian superpower has enlarged its commercial ties with the region in a surprisingly fast manner, and each country has coped with this new player in different ways. The objective of this section is to demonstrate how China's status has been on the block's agenda, but AC countries have failed to consolidate a regional position in the treatment of Chinese imports. In other words, they have all spot a threat, but they failed or lacked the political will to act together.

Considering the above, this section will shortly review the NME issue in world trade law. Subsequently, it will describe the process of China's accession to the WTO and its treatment as a market economy by other Latin American countries. Lastly, there will be an assessment of the problems arising from trading with China and how such problems are likely to exacerbate in case the existing trade patterns continue.

A. The NME issue in world trade law

Anti-dumping law was considered to play the role of a "modem" to provide the "interface" between competing economies.¹⁰ During the 1970's, western countries envisaged dumping regulations as a means to trade with communists countries and still keep a safety valve in order to address adverse trade effects that could arise in the importing markets.¹¹

Usually, a country is considered a NME when its economy does not operate under free-market conditions. Considering the government interventions, the costs or the pricing structures are affected, and the sales in that country do not reflect the fair value of the merchandise.

Article 2.1 of the Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement

9 David Dollar, "China as a Global Investor", *Asia Working Group Paper No. 4*, Brookings Institution (May, 2016); Kevin Gallagher and Roberto Porzecanski, "The Dragon in the Room: China and the Future of Latin American Industrialization", *Stanford University Press* (2010).

10 John H. Jackson and Edwin Vermulst, *Anti-dumping Law and Practice* (Michigan: The University of Michigan Press, 1989), p. 302.

11 *Ibid.* p. 303.

on Tariffs and Trade 1994 (ADA) sets out that a product is to be considered dumped if the export price of the product exported from one country to another is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country. The article indirectly defines normal value as the comparable price in the ordinary course of trade for the like product when destined for consumption in the exporting country. Therefore, the determination of the costs of a given product shall be based on the costs of production and inputs in the exporting country.

Despite the above, Article 2.2 provides that the normal value may be based on third-country exports or constructed normal value in three situations: i) no domestic sales of the like product in the ordinary course of trade; ii) insufficient (less than 5%) domestic sales of the like product, or iii) particular market situation in the domestic market.

In addition, Article 2.7 ADA provides that dumping determination is made without prejudice to the "second Supplementary Provision to paragraph 1 of Article VI in Annex I to GATT 1994".¹² The Supplementary Provision has been used by various administering authorities to ignore prices and costs in NMEs, considering that they are unreliable insofar as they are not determined by the free market but by the State. Therefore, investigating authorities are entitled to have recourse to prices or costs in a market economy as the basis for constructing the normal value in cases involving importations from NMEs.¹³

The surrogate or analogue country pricing also entails some collateral effects. On the one hand, reliance on this methodology increases the likelihood that the administering authorities will find the occurrence of dumping. The import price is set low by the non-market practice of the exporting country, while the normal value to which the import price is compared to will be higher, insofar as it is set by the market forces in the surrogate country. Thus, it is likely that this methodolo-

gy leads to higher dumping margins.¹⁴ It has been argued that the assumptions for the application of NME under the ADA are hard to apply since it is not common to find countries that have a complete or substantially complete monopoly of their trade and where all domestic prices are fixed by the State; in practice, this means that this provision can be seldom applied, even in the case of highly intervened economies.¹⁵ Moreover, many WTO Members acknowledge that, even in NMEs, there can be 'bubbles of capitalism' whereby prices and costs might not be distorted in a given sector.¹⁶

Lastly, the AB in the EC – Fasteners case interpreted that, in order to rely on the NME exception established in the Ad note, both conditions must be fulfilled:

*"The second Ad Note to Article VI:1 refers to a 'country which has a complete or substantially complete monopoly of its trade' and 'where all domestic prices are fixed by the State'. This appears to describe a certain type of NME, where the State monopolizes trade and sets all domestic prices. The second Ad Note to Article VI:1 would thus not on its face be applicable to lesser forms of NMEs that do not fulfill both conditions, that is, the complete or substantially complete monopoly of trade and the fixing of all prices by the State.'"*¹⁷

In light of the above, the ADA has restricted the possibility to undertake AD investigations using different criteria to the reconstructed normal value under the circumstances specified therein. Moreover, the NME carve-out has stringent requirements for its application, which limit the possibilities of importing countries from investigating dumped imports from highly intervened economies.

B. China's Accession to the World Trade Organization

Before it acceded to the WTO in 2001, China was regarded as a communist country and especially during the 70's it maintained a

centrally planned economy strictly controlled by the government.¹⁸ Considering the large influence that the government had in the market, it was hard to envisage common rules for China's inclusion in the world economy. Accordingly, the accession of China took over fourteen years and a lot of the arduous discussions, revolved around China's transition into a market economy; more specifically, about cost and price comparability in anti-dumping and countervailing duty cases.¹⁹

During the accession process, many of the historical policies maintained by China were scrutinized and amended insofar as they were inconsistent with the WTO principles. Thus, in acceding to the WTO, China agreed that if there was no clear demonstration of market economy conditions in a given sector, importing countries could use prices or costs from a comparable market economy when undertaking an anti-dumping investigation.²⁰ In other words, WTO Members could treat China as an NME, and a transition period towards a market economy was agreed.²¹

The transition period was drafted as a sunset clause in China's Protocol of Accession, which became effective on December 11, 2016.²² Section 15 allows WTO Members to rely on methodologies not based on Chinese prices or costs when undertaking anti-dumping investigations. On the one hand, pursuant to section 15(a)(i), if Chinese producers "can clearly show market economy conditions prevail" in a given industry, then Chinese prices and costs must be used when calculating dumping margins. On the other hand, section 15(a)(ii) provides that, if Chinese producers cannot clearly show the existence of market economy conditions in a given industry, then WTO Members may rely on the use of an alternative methodology.

Section 15(d) of China's Protocol of Accession requires the use of Chinese prices and costs if China can establish, under the national laws of the importing country, that market

¹² The second Supplementary Provision to Article VI:1 states that "It is recognized that in the case of imports from a country which has a complete or substantially complete monopoly of its trade and where all domestic prices are fixed by the State, special difficulties may exist in determining price comparability for the purpose of paragraph 1, and in such cases importing contracting parties may find it necessary to take into account the possibility that a strict comparison with domestic prices in such countries may not always be appropriate".

¹³ Edwin Vermulst, *The WTO Anti-Dumping Agreement* (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 44.

¹⁴ Richard Lockridge, "Doubling Down in Non-Market Economies: The Inequitable Application of Trade Remedies Against China and the Case for a New WTO Institution", 24 S. CAL. INTERDISC. L.J. 249, 258 (2014), page 259.

¹⁵ Vermulst, *op cit* 13, p. 45.

¹⁶ *Ibid*

¹⁷ Appellate Body Report, *European Communities – Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China*, WT/DS397/AB/R, para. 460.

¹⁸ Michael Flynn, *China: A Market Economy?*, 48 *Geo. J. Int'l L.* 297 (2016-2017), p. 298.

¹⁹ Working Party on the Accession of China, *Report of the Working Party on the Accession of China*, para. 150, WTO Doc. WT/ACC/CHN/49 (Oct. 1, 2001).

²⁰ *Ibid*

²¹ See Folkert Graafsma & Elena Kumashova, *In re China's Protocol of Accession and the Anti-Dumping Agreement: Temporary Derogation or Permanent Modification?*, 9 *GLOB. TRADE & CUSTOMS J.* 154, 154 (2014).

²² World Trade Organization, *Ministerial Conference Decision of 10 November 2001*, WTO, Doc. WT/L/432, 15 (2001).

economy conditions are present in the Chinese economy. Lastly, it includes the sunset clause establishing that “[i]n any event, the provisions of subparagraph (a)(ii) shall expire 15 years after the date of accession.”

Considering that the 15 years period expired on December 11, 2016, there are some systemic concerns as to the treatment of Chinese imports and the real consequences of the sunset clause in the use of alternative methodologies for determining anti-dumping margins and duties.²³ Even though some commentators have suggested that the sunset clause has not fully expired,²⁴ the AB reasoning in the EC-Fasteners case seems to have shut down the possibility of any alternative interpretation:

“Paragraph 15(d) of China’s Accession Protocol establishes that the provisions of paragraph 15(a) expire 15 years after the date of China’s accession (that is, December 11 2016). It also provides that other WTO Members shall grant before that date the early termination of paragraph 15(a) with respect to China’s entire economy or specific sectors or industries if China demonstrates under the law of the importing WTO Member ‘that it is a market economy’ or that ‘market economy conditions prevail in a particular industry or sector’. Since paragraph 15(d) provides for rules on the termination of paragraph 15(a), its scope of application cannot be wider than that of paragraph 15(a). Both paragraphs concern exclusively the determination of normal value. In other words, paragraph 15(a) contains special rules for the determination of normal value in anti-dumping investigations involving China. Paragraph 15(d) in turn establishes that these special rules will expire in 2016 and sets out certain conditions that may lead to the early termination of these special rules before 2016.”²⁵

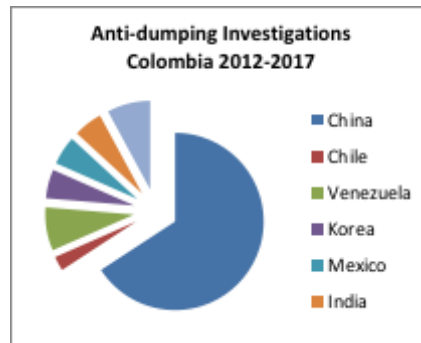
In light of the above, currently, no WTO Member can rely on paragraph 15 of China’s Accession Protocol as the basis for the use of alternative pricing methodologies. Instead, WTO Members could rely on the second Ad note to effectively continue to use the surro-

gate country methodology.²⁶

C. China and the Andean Community

Considering the increasing relevance of China in the world economy, there was an interest in China and the AC countries to profit from growing common commercial opportunities. This phenomenon occurred not only at the AC level, but all the Latin American region appeared on the Chinese radar as a potentially powerful trading partner. According to data of the World Bank, in the year 2016, China became the first commercial partner of Peru,²⁷ the first exporter to Bolivia,²⁸ and the second exporter to the markets of Ecuador²⁹ and Colombia³⁰.

Figure 1: Anti-dumping investigations initiated by Colombia



In addition, in April 2009, the Chinese and Peruvian governments signed the China-Peru Free Trade Agreement in Beijing (China-Peru FTA).³¹ The China-Peru FTA sent a positive

message for the deepening ties of China into the region and enhanced China’s position in the AC market. Moreover, China has been exploring the possibility to commence negotiations with Colombia and Ecuador, although no significant developments have occurred in that front.³²

At the regional level, the pattern of AD activity against China in individual Latin American countries since the year 2000 is noteworthy. Manufactured goods are generally targeted by Latin American investigating authorities, while metallurgical products often occupy a second place. In Brazil, Argentina and Mexico, petrochemicals and minerals amount for an important share as well. However, Colombia has targeted mostly textiles during the course of the decade.³³

In the case of anti-dumping investigations, this work gathered the notifications presented by AC countries before the WTO by virtue of Article 16.4 of the ADA.³⁴ While Peru and Colombia have been presenting the notifications in a timely manner, Ecuador and Bolivia have not presented any notification since 2012. The data gathered for this research shows that the majority of AC countries are targeting China in their AD investigations. In the case of Colombia and Peru China is, by far, the most investigated country in the AD investigations initiated by national authorities.

²⁶ Prusa & Vermulst, *op cit* 23, p. 214.

²⁷ World Integrated Trade Solution (WITS). Peru monthly trade data. Available at: <https://wits.worldbank.org/CountryProfile/en/Country/PER/Year/2016/SummaryText>. (Accessed September 30,2020)

²⁸ World Integrated Trade Solution (WITS). Bolivia monthly trade data. Available at: <https://wits.worldbank.org/CountryProfile/en/Country/BOL/Year/2015/SummaryText>. (Accessed September 30,2020)

²⁹ World Integrated Trade Solution (WITS). Ecuador monthly trade data. Available at: <https://wits.worldbank.org/CountryProfile/en/Country/ECU/Year/2016/SummaryText>. (Accessed September 30,2020)

³⁰ World Integrated Trade Solution (WITS). Ecuador monthly trade data. Available at: <https://wits.worldbank.org/CountryProfile/en/Country/COL/Year/LTST/SummaryText>. (Accessed September 30,2020)

³¹ Ministerio de Producción Comercio Exterior Inversiones y Pesca, *Acuerdos Comerciales Vigentes*, <https://www.produccion.gob.ec/acuerdos-comerciales/> (Accessed September 30,2020)

³² Reuters, “China eyes free trade talks with Colombia”, October 8, 2016. Available at <https://www.reuters.com/article/us-china-colombia/china-eyes-free-trade-talks-with-colombia-idUSKCN12808X>; http://www.xinhuanet.com/english/2016-11/18/c_135840982.htm. (Accessed September 30,2020)

³³ International Bar Association (IBA), *Divisions Project Team Supported by the IBA Trade and Customs Law Committee and the IBA Latin American Regional Forum, The Non-Market Economy Issue in Anti-Dumping Investigations Against China in Latin America Executive*. (February 1, 2010).

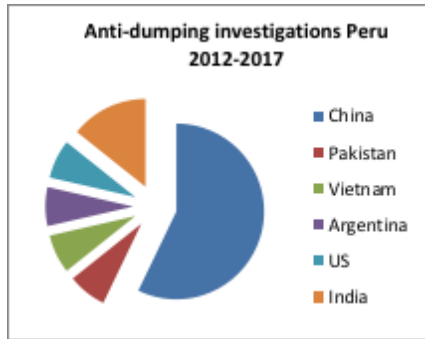
³⁴ Article 16.4 provides that “Members shall report without delay to the Committee all preliminary or final anti-dumping actions taken. Such reports shall be available in the Secretariat for the inspection by other Members. Members shall also submit, on a semi-annual basis, reports of any anti-dumping actions taken within the preceding six months. The semi-annual reports shall be submitted on an agreed standard form.

²³ Thomas J. Prusa & Edwin Vermulst, “United States—Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China: Passing the Buck on Pass-Through”, 12 *WORLD TRADE REV.* 197, 21314 (2013), page 214.

²⁴ See Flynn, *op cit.* 18, p. 301-307.

²⁵ Appellate Body Report, *European Communities – Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China*, WT/DS397/AB/R, para. 289.

Figure 2: Anti-dumping investigations initiated by Peru



Most of the regional AD investigations have focused on steel and aluminium products such as tubes and pipes made from hot-rolled steel coils, as well as apparel and textiles such as cotton fabrics and footwear.³⁵ Even though Peru recognizes China as a market economy, several investigations have been initiated against China, and the majority of those have resulted in the imposition of anti-dumping duties. The same pattern is observed in the case of Colombia, where out of 25 investigations initiated against China, 15 have resulted in the imposition of definitive duties, while there are four more ongoing.³⁶ What can be concluded from the evidence at hand is that AC countries are anxious about the flow of Chinese imports into their markets and AD investigations have been a useful tool in order to redress some of the damaging effects arising from unfair trading practices. However, most of the investigations have been undertaken at the national level, and the communitarian rules have never been used against Chinese products.³⁷

In any event, the large number of investigations against a single country should be interpreted as a red flag. Chinese presence in the region can threaten some of the key industries and pose an even bigger threat for the manufacturing industries, which are a key sector for regional development. Therefore, the correct functioning of communitarian trade remedy rules deserves to be revised.

35 See Annex II and III.

36 See Annex II.

37 See Annex I.

II) Trade remedies in the Andean Community

The AC was originally inspired by the EU that sought to integrate the Andean markets in order to foster communitarian integration and consolidate a block position towards the rest of the world. The block established a common set of rules for the application and administration of trade remedies. However, several carve-outs and the lack of a Common External Tariff (CET), hampered the attempts to reach a deeper level of integration. In that order, the initial idea envisaged by the regional project was never fully accomplished. The question is whether, in light of the current circumstances, the original plan should be pursued further or whether it should be reconsidered thoroughly in light of the new trade dynamics.

Considering the discussion held about the risks and challenges of trading with China, the objective of the following section is to present the functioning of the current regime, its weaknesses and make a case for its reform. As will be demonstrated, under the current State of affairs, the AC is not capable of addressing the injurious dumping problem with the existing set of rules, and thus the trade defence instrument and the competence of the Secretariat in this matter should be amended.

A. Regional integration and institutional setting of the Andean Community

The AC was preceded by the Andean Pact, an instrument of regional integration signed on May 26, 1969, also known as the Cartagena Agreement. Initially, it was integrated by five South American countries (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, and Peru) with the purpose to improve the life quality of their inhabitants through economic and social cooperation. Afterwards, Venezuela joined in 1973 and Chile retired in 1976.³⁸ The main objectives of the Cartagena Agreement were the promotion of balanced and harmonic development in the region through the creation of employment and economic cooperation. The main tool to attain these goals was an inward-looking regionalism,

38 Secretaría General de la Comunidad Andina, *Reseña Histórica*. Available at <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=195&tipo=QU> (Accessed September 30, 2020)

inspired by the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (CEPAL), based in the application of high tariffs to goods produced outside the regional block and the substitution of importations through industrialization.³⁹

The economic crisis of the 1980s was particularly damaging for the Latin American countries, and it was perceived as a lost decade for the regional integration of the Andean countries. The high level of international debt and the political turmoil undermined the integration process and favoured the application of unilateral measures. In 1987 the Quito Protocol was signed, which allowed more flexibilities in the commercial policy of the Andean countries towards third countries, and it also ended the CET. With the signature of the Quito Protocol, Members recovered a larger autonomy in their commercial policy, which has been granted to the Board of the Andean Pact.

In 1989 this initial integration phase came to an end with the signature of the new strategic design for the orientation of the Andean Pact.⁴⁰ The new institutional reform modified the initial objectives and prioritized the integration of the Andean countries with the international market. These changes entailed a new model of “open regionalism” and led to the signature of the Trujillo Protocol of 1996, creating the Andean Institutional System. The newly introduced reforms institutionalized the role of Presidential diplomacy, which relied heavily on the political will of each AC President to advance projects and initiatives. Even though this Presidential diplomacy proved to be effective at first, change in political circumstances in local administrations jeopardized the regional project.

As a consequence, the new model failed to take into account the regional differences and the different processes of integration with the rest of the world in general, and with the US in particular. The latter proved to be highly contentious for the Venezuelan government, which decided to withdraw from the block on 2006, while the rest of the Andean countries decided to undertake bilateral negotiations with the US and the EU. Subsequently, the

39 Luciana Gil and Damián Paikin, “Mapa de la Integración Regional en América Latina: Procesos e Instituciones”, *Revista Nueva Sociedad* 9 (2013), p. 9. Available at <http://www.ba.unibo.it/risorse/files/GillInt.RegionalenAL.pdf> (Accessed September 30, 2020)

40 Comunidad Andina, *Galapagos Declaration: Andean Commitment of Peace, Security and Cooperation*. Available at <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Presidencial/REUNION%20DE%20GALAPAGOS.doc>. (Accessed September 30, 2020)

rest of the countries in a conflictive decision voted to put an end to the application of Decision 598, which imposed the uniformity of the commercial policy of the block.⁴¹

B. Anti-dumping rules in the Andean Community

The Cartagena Agreement is the primary source of the law of the AC and Articles 105 and 106 of the Cartagena Agreement on "Commercial Policy" provide that the Commission has the competence to issue regulations designed to correct or address the commercial practices that might distort competition within the Community, i.e., dumping, safeguards, price manipulations, restrictions on exports, etc. Similarly, the Chapter provides that the Secretariat will have the competence to administer the rules approved by the Commission and it will be in charge of monitoring their application in particular cases that are brought forth by the Members. The latter is not authorized to undertake any corrective measure without the authorization of the Secretariat.

The Commission has approved Decisions concerning the application of AD and CM measures. Such Decisions are directly applicable in all the Andean countries after they have entered into force (usually after their publication in the Official Journal of the Cartagena Agreement) and they prevail over national laws and regulations. The relevant rules for the application of trade remedies are Decisions 283,⁴² 456⁴³, and 457⁴⁴, which establish the applicable provisions in the initiation of dumping and subsidies investigations. Nonetheless, they have a different scope of application. On the one hand, the intra-communitarian trade is regulated by Decisions 456 and 457, which have partially derogated Decision 283 of 1991. On the other hand, Decision 283 only applies to imports from

non-Member countries and provides two different circumstances for its application.

The first case would arise when the dumping or subsidies would occur in a country outside the AC, and it threatens to cause important damage to the national production of an AC Member destined to be exported to another AC Member. The effect of the dumping or subsidies would grant an anti-competitive advantage to the extra-communitarian imports towards intra-communitarian imports of another Andean country.⁴⁵

The second case would arise when the dumping or subsidy occurred in a country outside the AC community, and it threatens to cause important damage to the national production of an AC Member. The difference with the first case is that, in order to be effective, corrective measures should be applied in more than one Andean country.⁴⁶ This scenario is closely linked with the definition of "relevant market" insofar as the relevant market should be different from the national market, and it should encompass two or more AC Member markets.

The third scenario occurs when the dumping takes place in a third country, and the dumped goods are imported into an AC country. National norms will apply in those cases where the intracommunity trade is not affected, and the damage occurs in a local industry of

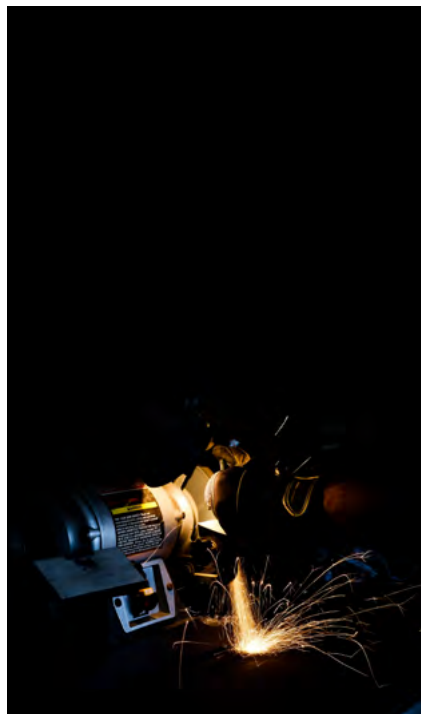
the importing country.

Figure 3: Applicable rules in Anti-Dumping investigations



45 Decision 283/1991, Article 1(c).

46 Decision 283/1991, Article 1(d).



The Secretariat is competent to administer the rules approved by the Commission regarding AD and CM measures, and it is also in charge of monitoring their application. It implements its decisions by issuing administrative acts called "Resolutions". In the case of AD and CM measures, the investigations are regulated in accordance with the provisions of each Decision and the procedural norms that are not contained therein, are filled with the rules on Regulations of Administrative Procedures of the Secretariat.⁴⁷

47 See Decision 425 of the Andean Council of Ministers of Foreign Affairs.

41 It is important to notice that Bolivia could not vote in this decision insofar as it did not pay the fees in a timely manner.

42 Decision 283 was approved on the 21st of March 1991 "Rules to prevent or correct distortions to competition generated by dumping or subsidies".

43 Decision 456 was approved on the 4th of May 1999 "Rules to prevent or correct distortions to competition generated by dumping on the importation of goods originated in an Andean Community Member".

44 Decision 457 was approved on the 4th of May 1999 "Rules to prevent or correct distortions to competition created by subsidies on the importation of goods originated in an Andean Community Member".

C. The shortcomings faced by the Anti-Dumping rules in the Andean Community

As evidenced above, the AD mechanism has not been extensively used by the AC Members. This limited use of the mechanism underlies deeper problems, which relate to two different factors: one concerning structural problems faced by the regional block, while the second one has to do with the stalled negotiation process to reform the existing rules.

I) Structural problems

The structural problems can be divided into two. The first one has to do with the lack of a CET which undermined the integration process and diminished the negotiating position of the block towards third parties. The second one has to do with the weakening of the institutional setting, attributable to political circumstances and the lack of institutional leadership.

a) The lack of a Common External Tariff

First, in 1994 the AC countries negotiated the rules for the implementation of a CET, which concluded with Decision 370/1994 and entered into force in February 1995. The project foresaw the creation of a functional Andean Customs Union with a four-level structure (5%, 10%, 15%, and 20%)⁴⁸ and an average of 13,6% operating for Colombia, Ecuador and Venezuela.⁴⁹ However, Decision 370/1994 also established a special treatment for some countries, especially Bolivia,⁵⁰ while Peru refused to sign the agreement and instead decided to apply a National Tariff Regime.

In the Agricultural Sector, the AC applies a different instrument called the "Andean Price Band System" applicable to certain products that are unstable in the international market.⁵¹ This mechanism provides for an increase of

the ad valorem tariff when the international price is below the reference price, and it will go down to zero when the international price is above the ceiling.⁵²

Subsequently, October 14, 2002, the AC countries officially signed Decision 535/2002, which established the general rules for the application of the CET previously agreed and covered 62% of the tariff levels. For the rest of the products, the applicable rules are still Decision 370/1994 and the Peruvian Tariff Regime.

The special regimes granted to Bolivia and Ecuador progressively attending their special development circumstances, created a sort of free-riding incentives, insofar as other countries had to carry the burden of consolidating the regional process.⁵³ Therefore, since the beginning, there was a carve-out for the harmonization of economic, industrial, and commercial policies. Moreover, Peru refused to participate in the consolidation of the common market and resorted to unilateral commitments which undermine the incentives for deeper integration.

With all its imperfections and carve-outs, the CET was an important step in the consolidation of the regional project, and it was the continuation of the commercial reform process that started in the 1980s.⁵⁴ Nonetheless, the lack of uniformity in its application, and the inclusion of several carve-outs made the rules very costly to administer and subject to free-riding incentives which hampered further attempts to consolidate the regional integration.

b) The weakening of the regional block

When Venezuela left the regional block in 2006, the intra-communitarian trade suffered a big loss, insofar as most of the AC countries maintained strong commercial ties with the Venezuelan government. According to the World Bank data, in the year 2007, Venezuela was the second export partner of Colombia and its fifth import partner.⁵⁵ It was also the

fifth export partner of Ecuador and its third import partner,⁵⁶ and the fifth export partner of Bolivia.⁵⁷ The decline of the Venezuelan economy put the regional trade under a lot of stress, and led to a progressive diminishment of the commercial ties with the neighbouring countries.

Oil revenues perceived by Venezuela translated in deep pockets that were used to increase the regime's regional influence. The governments of Ecuador and Bolivia were politically aligned with the Chavez government, and this created a fracture among the other AC countries. Political differences were escalating until Venezuela finally left the block. However, the communitarian setting ended up highly damaged in the process.⁵⁸ Lastly, after the signature of the Trujillo Protocol of 1996, each country became free to pursue their commercial policy, and several governments started negotiating their trade agreements with different commercial partners. Since 2008, Peru has negotiated more than 14 Free Trade Agreements (FTAs)⁵⁹, similar to Colombia, which has negotiated more than 13 FTAs during the same period.⁶⁰ Nonetheless, Ecuador has maintained a more conservative approach, since it only has negotiated an FTA with the EU while subscribing "Partial Economic Agreements" based on the ALADI framework with a handful of countries.⁶¹

This negotiating spree and the prevalence of the national commercial policy over the regional interests pose new challenges for the AC, insofar as the organization has lost leaders-

⁵⁶ World Integrated Trade Solution (WITS). Ecuador trade data. Available at: <https://wits.worldbank.org/CountryProfile/en/Country/ECU/Year/2007/SummaryText> (Accessed September 30, 2020)

⁵⁷ World Integrated Trade Solution (WITS). Bolivia trade data. Available at: <https://wits.worldbank.org/CountryProfile/en/Country/BOL/Year/2007/SummaryText> (Accessed September 30, 2020)

⁵⁸ See Andrés Casas Casas y María Elvira Correa, "Qué Pasa con la Comunidad Andina de Naciones?", *Pap. Polit. Bogotá (Colombia)*, Vol. 12, No. 2, 591-632, julio-diciembre 2007.

⁵⁹ Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo de Perú. Acuerdos Comerciales de Perú. Available at: http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=171&Itemid=190 (Accessed September 30, 2020)

⁶⁰ Ministerio de Producción Comercio Exterior Inversiones y Pesca, Acuerdos Comerciales Vigentes, <https://www.produccion.gob.ec/acuerdos-comerciales/> (Accessed September 30, 2020)

⁶¹ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Acuerdos Comerciales Vigentes, <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente> (Accessed September 30, 2020)

⁴⁸ As a general rule the applied tariff level increases with the level of process of the good.

⁴⁹ Annex 1 of Decision 370/1994.

⁵⁰ Annexes 2, 3, and 4 of Decision 370/1994.

⁵¹ The Andean Price Band System was established through Decision 371/1994.

⁵² See Andean Community Decision 371 of 1994, Chapter 5.

⁵³ Andrés Casas Casas y María Elvira Correa, "Qué Pasa con la Comunidad Andina de Naciones?", *Pap. Polit.*, Vol. 12, No. 2, 591-632, (Julio-Diciembre 2007), p. 607.

⁵⁴ Arancel Común Externo, Artículo Uniandes, pág. 94.

⁵⁵ World Integrated Trade Solution (WITS). Colombia trade data. Available at: <https://wits.worldbank.org/CountryProfile/en/Country/COL/Year/2007/SummaryText> (Accessed September 30, 2020)

hip and relevance before new regional integration projects.

II) The failed negotiations for reforming the AD rules

On 1998 the AC decided to open up the discussion for the amendment of Decision 283, and the Secretariat prepared a report about the “Basis for revision of Decision 283: Rules to prevent and correct the competition distortions caused by dumping or subsidies on the imports of goods coming from Non-Members of the Andean Community”.⁶²

Several reasons lead to the revision of the rules; some had to do with the fact that there was no apparent reason to maintain the rules on anti-dumping and the rules on subsidies in the same instrument.⁶³ The report also considered that, with the surge of the free trade Andean area and the idea to consolidate a common market, Andean Countries should revise whether it was justified to maintain the possibility to impose anti-dumping duties in the intra-communitarian trade.⁶⁴

Decision 283 was questioned by the European Communities before the WTO Committee on Anti-Dumping Practices⁶⁵. In August 2002, the AC Secretariat initiated an anti-dumping investigation on imports of sorbitol originating in France, following a complaint lodged by Indumaiz del Ecuador SA, the sole sorbitol producer in the AC. The case concerned French sales to customers located in Colombia and Venezuela. On May 15 2003, the Secretariat of the AC imposed a definitive anti-dumping duty of US\$ 70 per tonne of imported sorbitol.⁶⁶

Following the impasse at the WTO, AC Members had bigger incentives for the conclusion of a new set of AD rules against dumped products from third parties. However, three issues proved to be highly contentious throughout the negotiations:

throughout the negotiations:

- Who would be entitled to present a request for the initiation of an AD investigation before the AC Secretariat, whether it should be the Member country or the national industry?
- In addition to the multilateral rules, include a percentage of participation of the affected national industry of the exporting Member in the market of the importing Member.
- The market economy status of the third party under investigation⁶⁷

The market economy status of the third party under investigation became a problematic issue between Colombia and Peru. Colombia considered that the investigations conducted by the Secretariat should take into account the status granted by the national law of the affected exporting Member.⁶⁸ On the other hand, Peru and Ecuador wanted the qualification to be made in accordance with the commitments made by the importing Member. After the disagreement concerning the MES, no further advances were made. Even though negotiations are technically ongoing, there have been no further discussions since 2015, and there seems to be no political will to make any further substantial advances. Considering all the above, it is clear that AC Members are far from making any foreseeable compromise in order to rescue the AD regime at the communitarian level. It is also clear that the current set of rules cannot properly address the injurious dumping from NMEs and that there is no clear will to amend neither the structural nor substantive problems observed in the communitarian regime. Hence, the best way forward would be to reconsider the competences of the Secretariat in the investigation and administration of AD measures.

III) The path to reform: new rules to address new problems?

The first section presented the possible risks faced by the AC countries when trading with China and the second section demonstrated that the existing communitarian rules are not suited to address these problems insofar as

there are structural and substantive issues that have not and will not be addressed in the foreseeable future. The following section elaborates what would be the best way forward for the AC considering amendments undertaken by other regional blocks in order to address similar concerns.

Even though the issue of NMEs is closely related with a set of substantive provisions, the position of this paper is that giving the deep structural problems faced by the AC and its Secretariat, the investigation and administration of AD measures would be better addressed at the national level. Thus, the competence of the AC Secretariat on this front should be eliminated. Instead, the Secretariat could serve as a neutral forum to exchange best practices and cooperate with national authorities in discussing common problems and alternatives.

The next section presents a set of amendments to AD rules undertaken by other WTO Members, and then it discusses what would be the best way forward for the AC to deal with the issue of injurious dumped products from NMEs.

A. The way forward for the Andean Community

Considering the problems faced by the current AC AD rules and the alternatives used by other countries to deal with the problem of Chinese imports, the current section analyzes the options for the regional block to address this problem in a manner consistent with the WTO covered agreements. Initially, there will be an assessment of the structural reforms the AC should undertake in order to disentangle the regional project. Subsequently, there will be some additional considerations as to what substantive amendments should be included in the revision of Decision 283 and what type of integration it is desirable for a sane future of the AC.

i) Solving the structural problems

The structural problems of the AC are not an easy topic to deal with, and the underlying causes of these problems deserve a whole different discussion. It is not the purpose of this paper to elaborate on the merits of the regional project, nor its strengths and weaknesses. However, the economic and political reasons that once opened the path for a regional integration seem to be weaker today than ever before. Therefore, the regional project should be revisited with critical eyes and consider whether certain rules envisaged for

62 Jorge Castro Bernieri, “Informe para la Secretaría General de la Comunidad Andina: Bases para la Revisión de la Decisión 283 de la Comisión: Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios en importaciones de bienes originarios de países que no sean miembros de la Comunidad Andina”, SG/REG.DS//dt (14 de agosto, 1998).

63 Comunidad Andina, *Primera Reunión de Expertos Gubernamentales de los Países Miembros en Dumping y Subsidios*, 09 - 10 de setiembre de 1998, Lima – Perú, SG/REG.DS//Informe.

64 *Ibid.*, p. 5.

65 G/AD/M/25.

66 Secretaría General de la Comunidad Andina, *Resolución 726 de 2002*, SG-DP-039.

67 Comunidad Andina, *Grupo de Expertos Gubernamentales Ad Hoc en Defensa Comercial*, 16 de diciembre de 2014, SG/AG.AH.MO//Acta 12 de enero de 2015.

68 *Ibid.*



a “deep integration” still make any sense. On the one hand, one of the biggest problems of the AC is the imperfect nature of the regional project. In spite of being an FTA and being inspired by the EU, the AC failed to consolidate a CET. Therefore, in order to pursue any common trade remedy rules, it would be necessary to consolidate a CET and prevent the negotiation of additional carve-outs unless strictly necessary. Considering the lack of political momentum, the consolidation of a CET will never occur in the foreseeable future, nor is desirable in light of their different strategic interests and markets. Therefore, the new trade remedy rules should acknowledge that the original integration project is no longer the ultimate goal and that a common set of trade remedy rules might not be the best way forward.

On the other hand, the AC must eliminate Decision 456 and should agree on the definitive elimination of any anti-dumping investigation at the intra-communitarian level. The origin of Decision 456 was to act as a transition regime towards the consolidation of the common market. Nevertheless, AC Members initiated more trade remedies investigations against their regional partners than against third countries.⁶⁹ The latter evidence how sceptical they were from attaining a real integration and how the sovereign approach prevailed

over the regional block approach. Therefore, the existence of Decision 456 does not make much sense.

First, the instrument has not been used since the year 2007⁷⁰, and AC countries are no longer striving to attain a deeper integration. On the contrary, AC countries are much more integrated with other importing and exporting partners than with other Members of the AC. Therefore, keeping a separate AD regime seems anachronistic as of today, and AC Members might as well eliminate this regulation and the subsidies regulation (Decision 457). Instead, Members should have recourse to their national authorities, not the Secretariat, to initiate AD investigations and impose AD measures when necessary, insofar as a separate regime does not seem reasonable nor is it justified.

Second, if AC Members consider that there is still some merit to seek deeper levels of integration, trade remedy instruments should be replaced by competition rules, state aid regulations, structural funds that aim to reduce regional disparities or other related policies. This has been the common denominator in those Regional Trade Agreements (RTAs) that have reached a higher level of economic

and political integration.⁷¹ Even some FTAs that are less ambitious than the AC have eliminated the reciprocal application of AD measures among their Members.⁷² Therefore there is no merit whatsoever in maintaining a different set of AD disciplines only for the regional partners.

Subsequently, the AC countries should eliminate the competence of the Secretariat in conducting AD investigations and imposing AD measures when appropriate. Instead, each of the countries should enhance the role of their national authorities and grant them exclusivity over the initiation of AD investigations whenever their national markets are being affected by injurious dumping.

To begin with, it never made much sense to have a fragmented regime of rules and regulations based on the origin of the dumping and whether more than one country of the Andean market was affected. This differentiation proved to be confusing, hard to administer and could lead to conflicts of jurisdiction. In addition, AC countries never consolidated

⁷¹ Teh, R. et al., “Trade Remedy Provisions in Regional Trade Agreements”, Staff Working Paper ERSD-2007-03, World Trade Organization Economic Research and Statistics Division (2007), p. 27.

⁷² See for example Stockholm Convention establishing the EFTA, EFTA-Singapore, China - Hong Kong, China - Macao, Southern African Customs Union (SACU) and EFTA - Chile.

⁶⁹ See Annex I.

⁷⁰ See Annex I.

a block position. Instead, they were zealous of their national sovereignty and always sought to benefit their local industries, not Andean industries, when designing their industrial, trade and commercial policy. Therefore, the role of the Secretariat as a defender and mediator of the Andean interests in trade remedies cases seems to be irrelevant now. Therefore, countries should stop spending resources and time in keeping alive the trade remedy competences of the Secretariat and reduce its role as a mediator and bridge among national authorities. This down to earth approach seems to be more fruitful and promising.

The AC market is not only less integrated than it ever was, but the intra-communitarian trade is increasingly less relevant for most of its Members. According to the latest data of the AC Secretariat, from January-September 2017, the AC countries exported 77.722 USD Millions to the rest of the world, while the intra-communitarian market only totalled 5.412 USD Millions.⁷³In addition, the participation of the intra-communitarian exports compared to the exports to the rest of the world reduced by 8,0% compared to the same period in 2016⁷⁴.

In light of the above, the healthiest and more feasible reform the AC could undertake to solve the structural problems would be:

- Eliminate Decision 456;
- Eliminate Decision 283;
- Eliminate the competence of the Secretariat in conducting AD investigations and imposing AD measures.

The above alternative might prove extremely controversial at the political level, but the approach maintained so far by the AC Secretariat regarding trade remedies does not make much sense from an economic standpoint. On the contrary, AC countries should stop considering the AC as an "imperfect customs union" and start treating it as regular FTA. This might bring some level of pragmatism to the trade relations within the AC countries and move forward in a more edifying manner.

Lastly, considering that there is no longer any merit to preserve the communitarian AD regime, the Secretariat should open the floor for

the discussion of national rules and exchange best practices among AC countries. Following this approach, the Secretariat could host discussions for an amendment of the national rules and issue guidelines to attain a higher level of harmonization between the different Members.

ii) A new set of substantive provisions

Even though it would be desirable to eliminate the AD regime, the current discussions in the AC have not moved forward in that direction.⁷⁵Instead, Member countries are considering the reform of the substantial rules contained in Decision 283. The following analysis presents some possible substantive amendments for the AC Members to introduce in their national AD rules when dealing with imports from third parties.

a) Introducing a public interest test prior to the imposition of AD measures

A common problem in the application of AD measures is the lack of consideration as to the economy-wide impacts of imposing such measures. On the one hand, the lack of consideration of wider impacts has to do with the assessment is undertaken by the national authorities and its narrow focus. The investigation only assesses whether the constituent elements of dumping are fulfilled and, if so, whether it has caused or threatens material injury to the local industry concerned. Thus, there is no opportunity to consider the wider impact and the broader public interest of imposing an AD measure.

In spite of the above, AD measures may entail a high cost for downstream industries, other stakeholders and consumers, relative to the benefits for recipient industries. Still, a large sector of national production could benefit from cheap imports from other countries and specifically of NMEs. In this regard, it is important to consider that the ADA does not preclude the inclusion of public interest test requirements, and several countries have already implemented them.⁷⁶To address such an effect of AD measures, domestic anti-dumping legislation of some countries ens-

hrines a 'public interest test' clause.⁷⁷

Public interest may be understood as "im-personality, and as the opposite of giving privilege to private interest."⁷⁸Under the EU system, the public interest is defined as "an appreciation of all the various interests in the [Union] taken as a whole by analyzing the likely economic impact of the imposition or non-imposition of measures on economic operators in the [Union]."⁷⁹According to EU legislation regarding public interest "Measures, as determined on the basis of the dumping and injury found, may not be applied where the authorities, on the basis of all the information submitted, can clearly conclude that is not in the Union's interest to apply such measures".⁸⁰The primary purpose of the Community interest test is "to determine whether there are any overriding interests against the imposition of measures despite the existence of injurious dumping. This calls for an appreciation of all economic interests in the Community."⁸¹

Considering the critical impact that the imposition of AD measures has on the general public, who are end-users of the product in question, AD regulations should be amended to contain a clear provision on "public interest", thereby requiring AC national authorities to consider the applicability or not of public interests considerations. The amendment should include a specific and clear articulation of public interest criteria and a non-exhaustive list of factors that can guide the authority on whether and how to conduct a public interest enquiry.⁸²

The ADA does not oblige nor prohibits considering a wider public impact assessment during AD investigations. Article VI of the Ge-

⁷⁷A public interest clause is incorporated into domestic anti-dumping regulations of Argentina, Brazil, China, Canada, EU, Malaysia, Thailand, Ukraine and some others.

⁷⁸International Trade Centre, "Business Guide to Trade Remedies in Brazil: Anti-dumping, countervailing and safeguard legislation" (2009), p. 31.

⁷⁹Replies of the European Communities to the List of Questions Posed by Members on the Application of the Lesser Duty Rule and Considerations of Public Interest, G/ADP/AHG/W/114 dated 11 April 2001, p.1.

⁸⁰Article 21, EU Regulation 2016/1036 on protection against dumped imports from countries not members of the European Union, OJ L176 (30 June 2016).

⁸¹Farmed Atlantic salmon, Norway, Chile and the Faeroe Islands, OJ133, 29 May 2003, para. 243.

⁸²Tao, P., "Dumping and Anti-Dumping Regulations with Specific Reference to the Legal Framework in South Africa and China" LLM dissertation, University of the Free State (2006), p. 107-109.

⁷³Secretaría General de la CAN, "CAN en cifras, Exportaciones Intra y Extra Comunitarias, Enero - Septiembre 2017", available at <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/DEstadisticos/SGDE802.pdf>. (Accessed September 30, 2020)

⁷⁴Ibid

⁷⁵See Section I.E.

⁷⁶Australian Government Productivity Commission, "Australia's Anti-dumping and Countervailing System", Productivity Commission Inquiry Report No. 48 (18 December, 2009).

neral Agreement on Tariffs and Trade (GATT) condemns injurious dumping, but it does not require WTO Members to impose AD measures in each case when injurious dumping has been found. ⁸³Moreover, the AB in *US-1916 Act* clarified that the verb ‘may in GATT Article VI:2 be “understood as giving Members a choice between imposing an anti-dumping duty or not, as well as a choice between imposing an anti-dumping duty equal to the dumping margin or imposing a lower duty”.

⁸⁴The AB also explained that the “meaning of the word ‘may’ in Article VI:2 is clarified by Article 9 of the Anti-Dumping Agreement on the ‘Imposition and Collection of Anti-dumping duties’.” ⁸⁵

Article 9.1 of the ADA confirms the discretionary nature of the AD measures. According to the AB in *EC-Bed Linen*, “Article 9.1 confers on Members the discretion to decide whether to impose an anti-dumping duty in cases where all the requirements for such impositions have been fulfilled”. ⁸⁶

Considering that public interest considerations are permitted under the ADA, the AC countries could condition the imposition and continuation of AD measures to a ‘bounded’ public interest test, embodying a presumption that measures will be imposed if there has been dumping or subsidization that has caused, or threatens to cause, material injury, unless one (or more) of the following circumstances apply:

- The imposition of measures would preclude effective choice and competition in the AC market for the like goods, and the resulting scope for the applicant supplier to exploit market power could not be addressed through the application of the lesser duty rule.
- The price of the imported goods concerned after the imposition of measures would still be significantly below competing local suppliers’ costs to make and sell.
- Un-dumped like imported goods are readily available at a comparable price to the dumped or subsidized imported

goods.

- Prior to the commencement of injurious dumping the local industry’s share of the domestic market for the goods concerned was low, with that share likely to remain low even if measures were imposed.
- The large majority of the foreign supplier’s output of the goods concerned is exported, with the goods imported into the AC being exported at a price which covers the supplier’s fully distributed costs and a reasonable profit margin. ⁸⁷

The experience of the EU and Canada can be taken as a basis for preparing the drafting and framework for a public interest test. The national legislations of AC countries could benefit greatly from the introduction of such a concept and apply their AD regulations in a more balanced manner.

b) Introducing a new methodology for the determination of the normal value when dealing with NMEs

The AC has inadequate mechanisms to deal with the importation of dumped products from third parties. To begin with, Decision 283 provides that “for imports from centrally planned economies, the normal value will be determined in accordance with the comparable price of a similar product sold to a third country with a market economy status, in the ordinary course of trade, for its use and internal consumption. If that comparable price does not exist, the normal value can be calculated in accordance with a reasonable base determined by the Commission”. ⁸⁸However, the criteria established in Decision 283 is somehow unfit to deal properly with imports from NMEs.

On the one hand, Decision 283 does not define what can be considered as a centrally planned economy, but the concept seems to be outdated. ⁸⁹This ambiguity could lead to an arbitrary outcome in its application. On the other hand, Article 6(d) of Decision 283 might be incompatible with the ADA, insofar as the interpretation provided by the AB in *EC*

– *Fasteners* limits the use of price comparability methods in the case of NMEs ⁹⁰.

AC Members could base the determination of what is considered to be an NME inspired by the EU or US regulations; however, this alternative does not seem to be fully available due to technical capacity limitations. On the one hand, the determination of significant distortions entails a challenging task for the national authorities. Each of the criteria listed in the EU regulation requires an extensive macroeconomic analysis of the policies put in place by the exporting country. Moreover, it would be necessary to estimate each of the factors and their impact on the products or costs accordingly. The same occurs in the case of crediting and proving the existence of “particular market situations” and their impacts on the market.

On the other hand, it is not entirely clear that the amendments introduced by the EU are compatible with the ADA. The EU regulation explicitly rejects the exporting producers’ prices or costs due to a finding of country-wide distortions. However, the concept of dumping itself is tied to the individual behaviour of firms/producers rather than countries. ⁹¹

Moreover, the amendments of the EU could be inconsistent with Article 2.2.1.1 of the ADA which provides that the records of the investigated exporters/producers are the exclusive source for establishing the costs of production unless said records are inconsistent with the exporting country’s GAAP or do not reasonably reflect the costs associated with the production and sale of the product under consideration. This reading was further upheld by the AB in *EU – Biodiesel (Argentina)*, where the AB upheld the Panel’s finding that the EU acted inconsistently with Article 2.2.1.1 of the ADA by failing to calculate the cost of production of the product under investigation on the basis of the records kept by the producers. ⁹²

That said there may well be scope for the national legislation to alleviate some of the concerns about the treatment of Chinese imports through some of the following initiatives:

83 GATT Articles VI:1 and VI:2.

84 Appellate Body Report, *United States – Anti-Dumping Act of 1916*, WT/DS162/AB/R, paras. 113-116.

85 Ibid.

86 Appellate Body Report, *European Communities – Anti-dumping duties on Imports of Cotton-type bed Linen from India. Recourse to Article 21.5 of the DSU by India*, WT/DS141/AB/RW, para. 122.

87 Australian Government, Productivity Commission. *Productivity Commission Inquiry Report No. 48*, 18 December 2009: *Australia’s Anti-dumping and Countervailing System*, p. 73.

88 Decision 283, Article 6(d).

89 See Peter D. Ehrenhaft, “The Application of Antidumping Duties to Imports from ‘Non-market Economies’”. Chapter 7, Section 3 in Jackson & Vermulst, op cit 10.

90 See AB Report, *EC – Fasteners*, op cit. 25, para. 460.

91 Edwin Vermulst, “The birth of a monstrosity: The EU’s ‘significant distortions’ proposal”, *Wolters Kluwer* (27 November, 2017). Available at <http://regulatingforglobalization.com/2017/11/27/birth-monstrosity-eus-significant-distortions-proposal/>

92 Appellate Body Report, *European Union – Anti-Dumping Measures on Biodiesel from Argentina*, WT/DS473/AB/R, para 7.2.

- Even though the AC national authorities cannot undertake large investigations in order to document whether and how it has taken into account any input subsidies and other government support in calculating normal values, it can rely on determinations undertaken by other national authorities. For example, the report prepared by the EU and/or investigations dealing with “particular market situations” issued by the US.
- National authorities should engage, where appropriate, with experts to assist in the market and sectoral investigations concerning AD investigations.
- National authorities should develop further technical capacities in order to liaise fluidly with foreign authorities and cooperate in the determination of anti-dumping and countervailing cases.
- National authorities should indicate in their investigation reports whether there have been any comparable recent cases in other countries; what the outcomes of those cases were; and what is the relevance, if any, of those outcomes to the investigation at hand.

The alternatives mentioned above would make it easier for AC Members to agree on a common set of rules, insofar as there is no need to reach a final determination on the market economy status of any other WTO Member. Instead, the assessment would be made on a case by case basis, in a sectoral or product-specific manner, whenever market-distorting circumstances are deemed to exist on specific sectors.

Conclusions

The rise of China has brought many anxieties for trade law and the WTO Members. Some important players consider that the competitiveness of Chinese products cannot be purely explained by efficiency but for what they considered to be a highly distortive government intervention that creates an unlevelled playing field. This situation has been exacerbated by the expiration of the sunset provision of China’s Protocol of Accession to the WTO, and the impossibility to continue treating China as an NME for trade remedy purposes.

Initially, the Andean Community worked as a successful regional integration project, but several structural problems frustrated the enhanced level of integration originally en-

visaged by its Members. The lack of a CET, the shared competence between national authorities and the Secretariat when conducting and administering anti-dumping measures, and the multiplicity of applicable rules made the system hard to administer.

In light of the current trade circumstances and the deeper level of integration attained by the Andean Community Members with different regional partners, the intra-communitarian market seems to be losing relevance, and there is no political will to push for an enhancement of the current system. Thus, the best way forward to face the challenges posed by the new trade dynamics would be to eliminate the competence of the Secretariat in conducting anti-dumping investigations and delegate this competence exclusively on national authorities.

In that order, the Secretariat could be a forum where members exchange best practices and, in order to open up the discussion, it would be desirable for AC Members to include a public interest test and a new set of provisions on the treatment of N-ME in their national legislations.



Of international cooperation, trade, COVID-19, and other demons

Rodolfo C. Rivas Rea¹

¹ Rodolfo C. Rivas Rea holds a J.D. degree from Universidad Panamericana in Mexico, an LL.M. degree from Universitat d'Alacant, an LL.M. degree from Stanford Law School, and an M.B.A. degree from the University of London. He currently serves as Assistant Deputy Permanent Representative to the WTO at the Mission of Israel to the UN and other International Organizations in Geneva, Switzerland. Disclaimer: The views expressed in the article above are those of the author in his capacity. They are not intended and should not be thought to represent official ideas, attitudes, or policies of his employer, any other agency or institution.



The *Stonecutter's Creed*², a tenet from the writings of Jacob A. Riis, has been the mantra of the San Antonio Spurs for over 20 years and its 5 National Basketball Association (NBA) championships. The belief that the 100th blow by the stonecutter's hammer is not the culprit of splitting the rock into two; instead, the rock is split by everything that preceded it—including the previous 99 blows.

Just as the *Creedo's* philosophy may explain the origins and crystallization of a basketball dynasty team, it can also prove insightful in understanding what COVID-19 has done to global trade. COVID-19 is not the only reason for the steep decline of 18.5% in trade flows³ year-on-year drop during the second quarter of 2020, as reported by the World Trade Organization (WTO). Of course, COVID-19 had something to do with it. Still, upon closer inspection, it is perhaps more suitable to say that problems and weaknesses had been visible through the cracks of the global trading system for many years and COVID-19 merely exacerbated them.

In the Spurs' case, the *Creedo* was used as the path towards building one of the most successful dynasties in modern NBA history. In the case of the global trading system, the *Stonecutter's Creed* can be used to lay bare the system's glaring frailty that had become increasingly evident throughout the last couple of years; from the impasse of the Appellate Body to the departure of the Director-General amid a troublesome period for the global trade community. Despite all the adversities, there is a glimmer of hope for the Multilateral Trading System (MTS), much in the same way that the season-ending injury of the Spurs' Hall of Fame centre, David Robinson, served as the starting point of the team's incredibly successful 20+ year run.

COVID-19, unfortunately, is not the world's first rodeo; and it will not be the last either. Going back in history, the 1956–1958 influenza pandemic had a reported death toll of over 1.1 million⁴ people worldwide, a figure the

world is fast approaching with 994,000 COVID-19 deaths as of September 27, 2020. The tragic loss of life in both instances goes well-beyond numbers, with incalculable and long-lasting effects. On the other hand, making sense of the economic consequences is surmountable, and this is where we will focus our attention. In terms of its effect on the global gross domestic product (GDP), the 1956–1958 pandemic's negative impact hovered around 2%, while the 1918 pandemic slashed the world's GDP by 4.8%.⁵ So far, the economic effects, as reported by the International Monetary Fund (IMF), of COVID-19 seem more akin to the latter, with a projected 4.9% contraction in 2020 and an estimated 6.5% GDP decrease for 2021.⁶

The projections spell bad news for years to come. Still, perhaps the *Stonecutter's Creed* can offer a path for trade to significantly impact splitting the difference between the economic effects of the 1956-1958 pandemic and the 1918 one. This paper provides a few musings on international cooperation, WTO reform and Special & Differential treatment (S&D treatment), transparency, and a few other elements that can build towards the 99th blow in international trade after the advent of COVID-19.

International cooperation

The COVID-19 pandemic has been catastrophic, but there is a silver lining, and that is that it is big enough to hopefully rally the world together around a common cause. The global financial crisis of 2009 was significant, and in many instances, its consequences are still influencing global events and markets directly and indirectly. However, for the international economic order and trade, there was little international cooperation in policy actions and reforms.⁷ A significant outcome in

international trade stemmed from the Group of Twenty (G20) meeting in London in early 2009, which “mandated the WTO, together with other international bodies, to monitor and report publicly on the Group of 20 (G20) adherence to resisting protectionism and promoting global trade and investment”.⁸

This trade monitoring report has been in place ever since, and it provided useful information on the domestic actions of G20 economies, which “implemented 154 new trade and trade-related measures, 95 of them import-facilitating and 59 import-restrictive. Of these measures, 93 (about 60 per cent) were linked to the COVID-19 pandemic”.⁹ The transparency offered by this report was useful in parsing, up to a certain extent, through the measures implemented domestically in response to the COVID-19 pandemic. In limited cases, it might even dissuaded officials from implementing trade-restrictive measures or motivated them to swiftly move these measures towards the trade-facilitation column.

Without diminishing the importance of this report, it is clear that the international response to the financial crisis fell short from the foundational response to the biggest human-made catastrophe of the XXth century, namely, the World War II (WWII). At the time, the internationalist response led to planting the seeds for the creation of IMF, the World Bank Group (formerly World Bank), and the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), which would later become the WTO. On top of that, “the Bretton Woods conference occurred while a war was still raging and helped formed the basis of a postwar social contract”.¹⁰ If there was ever a time for swift, decisive action— that time is now! It happened during WWII, and perhaps it can happen again.

the most immediate consequences stemming from the crisis. Similarly, the G7 pledged to take «all necessary steps» to stem the crisis. Nevertheless, there was no institutional reform nor coordinated policy actions meant to tackle future crises.

2 “When nothing seems to help, I go and look at a stonecutter hammering away at his rock perhaps a hundred times without as much as a crack showing in it. Yet at the hundred and first blow, it will split in two, and I know it was not that blow that did it, but all that had gone before.” *Pounding The Rock*. 2018. *The Stonecutter's Creed*. Available at: <https://www.poundingtherock.com/pages/the-stonecutters-creedo>. [Accessed 25 September 2020].

3 *Wto.org*. 2020. *Trade Falls Steeply In First Half Of 2020*. Available at: https://www.wto.org/english/news_e/pres20_e/pr858_e.htm. [Accessed 26 September 2020].

4 *Cdc.gov*. 2020. *1957-1958 Pandemic (H2N2 Virus) | Pandemic Influenza (Flu) | CDC*. Available at: <https://www.cdc.gov>.

gov/flu/pandemic-resources/1957-1958-pandemic.html. [Accessed 26 September 2020].

5 Begley, S., 2013. *Flu-Conomics: The Next Pandemic Could Trigger Global Recession*. Reuters. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-reutersmagazine-davos-flu-economy-idUSBRE90K0F820130121>. [Accessed 26 September 2020].

6 *International Monetary Fund*. 2020. *World Economic Outlook Update, June 2020: A Crisis Like No Other, An Uncertain Recovery*. Available at: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/06/24/WEOupdateJune2020> [Accessed 26 September 2020].

7 *There were responses by the International Monetary Fund (IMF), the World Bank (WB) that served to alleviate some of*

8 Pedersen, P., Diakantoni, A., Perez del Castillo, C. and Mkhitarian, A., 2018. *WTO Trade Monitoring Ten Years On Lessons Learned And Challenges Ahead*. *Wto.org*. Available at: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201807_e.pdf. [Accessed 25 September 2020].

9 *Wto.org*. 2020. *Report on G20 Trade Measures (Mid-October 2019 to mid-May 2020)*. Available at: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/report_trdev_jun20_e.pdf. [Accessed 26 September 2020].

10 Burrow, S., 2020. *Life Post-COVID-19 Six Prominent Thinkers Reflect On How The Pandemic Has Changed The World*. *International Monetary Fund*. Available at: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2020/06/how-will-the-world-be-different-after-COVID-19.htm>. [Accessed 26 September 2020].

There is a trope used to corral support in the literature and have the protagonists join forces, leaving their differences behind, to fight and defeat a significant enough threat.¹¹ In Alan Moore's and Dave Gibbons' *"Watchmen"*, Ozymandias, the smartest man alive, designs a plan on the brink of nuclear confrontation to unite the world against supposed alien invaders. At the end of the graphic novel, it appears to have worked, if only temporarily.

Reality is often stranger than fiction, and we have seen examples of this phenomenon in the case of the Bretton Woods institutions after WWII. Similarly, but to a lesser extent, it was seen with the strengthening of the European Union and its ties post-Brexit. For many, the pathway towards sustained international cooperation was supposed to be climate change. Although there have been essential strides on this front,¹² there is still a long way to go. In the case of COVID-19, the jury is still out, but as the Indian author Arundhati Roy writes, *"Historically, pandemics have forced humans to break with the past and imagine their World anew. This one is no different. It is a portal, a gateway between one World and the next"*.¹³

It is always dangerous to prophesy, especially, as the Danish proverb says, about the future. Nevertheless, based on the trends

during the last few years, there are largely two possible paths as we advance in international trade, with multiple points along the spectrum. One of the options is international cooperation à la *"Watchmen"* to avoid aggravating the already dire economic consequences of COVID-19, not to mention the tragic and ongoing loss of life. The other option is an increase in the nationalistic and protectionist approach, which has sadly proliferated.

Although everyone has their views on this, looking at this entrenched debate from a particular position may do more harm than good; ultimately, what matters is where we stand collectively. In that regard, the existence alone of intergovernmental organizations, such as the WTO, presupposes a predisposition towards international cooperation. This has been further reinforced through various initiatives, with one of the most recent ones being the G20 Trade and Investment Ministerial Meeting on September 22, 2020.¹⁴

Wherever an individual's views fall along the spectrum, it is undeniable that some challenges, such as the COVID-19 pandemic, are far too complex to be tackled by one or two countries alone; or, for that matter, even by governments alone without the participation of civil society and the private sector.¹⁵ The threat posed by COVID-19 and its perceived immediacy may ultimately be a test run for the great challenge that has been in place for some time – climate change. Unfortunately, climate change has yet to cross the immediacy threshold for many to warrant decisive international action.

WTO reform and S&D treatment

The WTO needs to be reformed, this has been clear for some time. If anything, COVID-19 has evidenced the urgency of such reform. Of all the areas for possible improvement, one of its priorities should remain S&D treatment. As alluded to

earlier, confronting global challenges hinder international cooperation, and international cooperation is largely shaped by how and what is asked from each Member – this is where S&D treatment may come into play.

In international trade, S&D treatment has been part and parcel of the MTS in one form or another since the early days of the GATT. It evolved by establishing the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) in 1964.¹⁶ After that, two major phases in its evolution happened; the first being during the Tokyo Round (1973 to 1979) and the second one in the period from the Tokyo Round until the end of the Uruguay Round (1979 to 1995), which concluded with the establishment of the WTO.¹⁷

The concept of S&D treatment evolved greatly during these phases and was largely shaped by the needs of the time. Since then, however, the concept has evolved very little, with the last significant development being the establishment of a mandate¹⁸ under the Doha Declaration in 2001. Since then, there has been little progress and arguably a stalling in its evolution.

Nevertheless, there is a need for improvement, since it is undeniable that the existing realities in 2001 differ from those in 2020. Adding insult to injury, COVID-19 has brought to the foreground many of these differences. One of the reasons for the little progress is that discussing S&D has always been difficult and dogmatic. During the last few years, it seems that the positions have become more entrenched.

Without diminishing or sidelining these discussions, it may be useful to step back and view this matter differently. May I propose

11 A similar idea is found in «Arthashastra», a Sanskrit treatise on statecraft which has influenced foreign policy for centuries. The proverb goes, «the enemy of my enemy is my friend».

12 The most impactful International action around climate change is arguably the Paris Agreement – an agreement within the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), signed in 2016, and dealt with greenhouse-gas-emissions mitigation, adaptation, and finance.

13 Roy, A., 2020. *The Pandemic Is A Portal*. Ft.com. Available at: <https://www.ft.com/content/10d8f5e8-74eb-11ea-95fe-fcd274e920ca>. [Accessed 26 September 2020].

14 G20.org. 2020. *G20 Trade And Investment Ministerial Meeting Communiqué*. Available at: https://g20.org/en/media/Documents/G20SS_Communique_TIMM_EN.pdf. [Accessed 26 September 2020].

15 The decision by the National Basketball Association Commissioner, Adam Silver, to suspend the 2019-2020 season after the first case of COVID-19 amongst its players marked a turning point in the United States and began a tidal wave of reactions in response to COVID-19 from civil society to the Government of the US, as well as other countries.

16 Keck, A. and Low, P., 2004. *Special And Differential Treatment In The WTO: Why, When And How?*. Wto.org. Available at: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200403_e.doc. [Accessed 26 September 2020].

17 Keck, A. and Low, P., 2004. *Special And Differential Treatment In The WTO: Why, When And How?*. Wto.org. Available at: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200403_e.doc [Accessed 26 September 2020].

18 The Doha Declaration, in conjunction with the Decision on Implementation-Related Issues and Concerns, established a mandate to the Committee on Trade and Development (CTD) to identify which of those S&D treatment provisions are mandatory, while considering the legal and practical implications of making mandatory those which are currently non-binding. Additionally, the Committee was set to examine ways in which developing countries, particularly the LDCs, may be assisted in making the best use of S&D treatment. Wto.org. 2020. *Development: Special And Differential Treatment Provisions*. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/dev_special_differential_provisions_e.htm. [Accessed 26 September 2020].

sports? Beyond the apparent simplicity of kicking a ball, sports can serve as a microcosm of complex social and cultural dynamics, replicating to a certain extent the high-stakes game of international relations. David Sally, a behavioural economist, and Chris Anderson, a politics professor, have looked into what makes teams successful in sports. After studying this matter through statistical analysis¹⁹, they found that team sports can be primarily classified into two camps: strong-link and weak-link.

Soccer²⁰ is the weak-link strategy sport par excellence. This means that a team can make a more significant upgrade to its competitiveness by improving its worse players – the weak links. Basketball stands on the other side of the scale, where its superstars' competitiveness is largely defined by its superstars – the strong links. In the S&D treatment debate in international trade, the discussion during the first three periods²¹ leading up to the WTO's creation could arguably be described as being influenced by the weak-link strategy typical of soccer. Since then, the narrative has stalled, and the discussions' tendency seems to have been mo-

ving towards strong-link strategy exhibited mainly in basketball.

Although there may be compelling reasons to fall into either of these two camps, COVID-19 has highlighted the world's interconnectedness. Events happening in the most remote place in the world can have consequences almost anywhere. The perceived degrees of separation between one Member and the next may not be as stark as once believed. In that sense, helping those in need may ultimately be about helping yourself.²² S&D treatment is undoubtedly more complex and technical, and it ultimately aims at a level playing field. It cannot effectively do this if it does not evolve according to the changes and the needs like it did in the past. Any consensus view will not be along either extreme, but it will coalesce around a point that considers all its Members' interconnectedness, which, if it was not clear, has been laid bare by COVID-19. International trade may not be the *Los Angeles Lakers* or even *Real Madrid C.F.*, but it should be clear that all Members are on the same team.

Transparency

The need for accurate information has been a concern of the MTS practically since its inception. This has been mainly addressed through the obligation of timely notifications peppered across all WTO agreements. These notifications serve a vital function that allows all other Members to monitor policies, measures, and standards. Similarly, and equally important, it allows access to information to all other stakeholders. The livelihood of students, academics, professional practitioners, individuals, and big corporations – employing hundreds, thousands, or millions of individuals— can depend on having the right information at the right time. This is why it is important to keep revitalizing this function.

In that regard, ways to improve the notification and transparency functions have been at the core of Members and the WTO's work for a long time. Some of these improvements have already borne fruit, and others require additional work. COVID-19 may have played a key role in accelerating some of these changes, but there is still a long

way to go. Areas of improvement can be the streamlining of the notification process and digital tools. This can help present the information without major delays to the stakeholders after being verified by the corresponding WTO Member.²³ However, it would not be of much help on its own, since there need to be open channels and efficient mechanisms to address problems faced whenever trade is affected in contravention of any WTO agreement. Indeed, an area ripe for improvements that have been singled out as a priority in the MTS with COVID-19. This also goes hand in hand with transparency across all fronts, including public viewings of dispute settlement hearings (respecting confidentiality needs), initiatives like the Public Forum, or even access to certain parts of the Director-General selection process, which at the moment, is ongoing. The credibility of the WTO and the trust of the public rests in large part on this.

It is not all dire as it may appear. The effects of COVID-19 in the MTS are still being felt and will likely be felt for a long time. It may be too early to tell, but so far, trade has avoided the pessimistic scenario vaticinated in April by the WTO.²⁴ With a realistic 2.5% growth per quarter in what remains of the year, it might be possible to meet 13%; the WTO's optimistic projection.²⁵ It remains true that we are not out of the woods yet, but the MTS's resilience may prove that the WTO, although damaged, is not broken. So far, the recent trends may have a lot to do with the slow abating of trade restrictions initially applied to medical goods and medicines at a rate of 15%, so far²⁶. Additionally, an important role has been played by the resumption of activity in key exporting countries such as Germany and China, as well as a growing list of governments going back to a resemblance of normality living with COVID-19. Furthermore, the acceleration of e-commerce and overall digital transformation during the

19 Anderson, C. and Sally, D., 2014. *Why Everything You Know About Football Is Wrong*. London: Penguin Books.

20 Or football, as it is pretty much known everywhere outside of the United States.

21 Keck, A. and Low, P., 2004. *Special And Differential Treatment In The WTO: Why, When And How?*. Wto.org. Available at: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200403_e.doc. [Accessed 26 September 2020].

23 Wolff, A., 2020. *Importance Of Transparency, Cooperation In Dealing With Pandemic Challenges*. Wto.org. Available at: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/ddgaw_15sep20_e.htm. [Accessed 26 September 2020].

24 The optimistic scenario predicted a 13% fall while the pessimistic scenario foretold a dramatic 32% decline. Wto.org. 2020. *Trade Set To Plunge As COVID-19 Pandemic Upends Global Economy*. Available at: https://www.wto.org/english/news_e/pres20_e/pr855_e.htm. [Accessed 26 September 2020].

25 WTO.org. 2020. *Trade Falls Steeply In First Half Of 2020*. Available at: https://www.wto.org/english/news_e/pres20_e/pr858_e.htm. [Accessed 26 September 2020].

26 The Economist. 2020. *How Has Trade Survived Covid-19?*. Available at: <https://www.economist.com/finance-and-economics/2020/09/12/how-has-trade-survived-covid-19>. [Accessed September 26 2020].

22 Philippians 2:4 (ESV). *Let each of you look not only to his interests but also to the interests of others.*



lockdown served a vital role in keeping trade afloat during the pandemic. It is expected that digital trade will become an increasingly important component of international trade, for which a group of WTO Members is preparing through the ongoing Joint Statement on Electronic Commerce negotiation. As we are in uncharted waters, a lot could still change, but there are signs that the previously-maligned international trade, which has been blamed for many of the modern world's woes, may turn out to be one of the engines of growth in the world with COVID-19.

In one of the most poignant passages of J.R.R. Tolkien's *"The Fellowship of the Ring"*, Frodo tells Gandalf, "I wish it need not have happened in my time". Gandalf replies, "So do I, and so do all who live to see such times.

But that is not for them to decide. All we have to decide is what to do with the time that is given us." This feeling has sadly permeated most of society.

However, more often than not, the response we hear is not full of the wisdom we would expect from Gandalf. In the case of the MTS, perhaps we can respond with this type of wisdom – if we manage to collect all the experience, education, and degrees present in any of the WTO's meeting rooms, it may be possible. There is a lot of accumulated work and wisdom in getting to this point, which can add up as part of the 99 blows, with the 100th one perhaps being COVID-19. We can take COVID-19 as the 100th blow in the MTS demise or the 100th blow to turn the tide for its foundational reform. Trade is down, but just

like the Spurs with the drafting of Hall of Farmer superstar Tim Duncan, it may not be out. Jacob Riis's defining work was not the *Stone-cutter's Creed*. His life's defining writing was *"How the Other Half Lives: Studies among the Tenements of New York"*²⁷ taking the title from François Rabelais: "one half of the world does not know how the other half lives". Our current discussion could greatly benefit from that work, but we will leave at that for now.

²⁷ Riis, J., 1971. *How The Other Half Lives: Studies Among The Tenements Of New York*. New York: Dover Publications.



Medidas comerciales y pandemia:

utopía y distopía por el impacto
del COVID-19 en el comercio

*Sergio F. Toro Mendoza*¹

¹ Abogado Universidad de Valparaíso Chile, Consejero del Servicio Exterior de Chile,
LLM European University Institute y MPA Harvard Kennedy School of Government.
Actualmente, Representante Permanente Alterno de Chile ante la OMC.



El presente artículo intenta responder a la pregunta: ¿cómo han reaccionado comercialmente los miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) ante la pandemia por COVID-19? Con esta pregunta se inquiera por el comportamiento comercial de los países, con el fin de saber si la pandemia ha provocado la creación de medidas comerciales y, en caso afirmativo, ¿qué clase de medidas, o si es posible establecer, al menos el patrón de conducta o tendencia comercial de los miembros de la OMC frente al combate de la pandemia? A estos efectos, a modo de introducción, se contextualiza el estado del escenario internacional.

Introducción

Ha sido contra-intuitivo. El mantra que justifica la existencia de relaciones internacionales, especialmente el multilateralismo, ha sido siempre: a problemas globales, soluciones globales. El método ha sido la cooperación, entendida en sentido amplio: encuentro, diálogo, intercambio, gestos políticos, consensos traducidos en acuerdos simples o complejos, armisticios o tratados, creación de espacios supranacionales. Así se logró crear, a partir de 1945, lo que la literatura especializada denomina el orden liberal internacional.

La cooperación internacional representada por acuerdos y organismos internacionales, globales y regionales, ha sido la vacuna para tratar la competencia por poder de los Estados naciones, que una y otra vez resultó en guerras mundiales cada vez más cruentas. Este orden ha garantizado una paz global relativamente alta, el desarrollo del derecho internacional, el respeto de los derechos humanos y el libre comercio. Bajo este esquema se lograron consensos, reacciones coordinadas y estándares comunes (reglas) que moldearon el ethos internacional de los últimos 75 años.

Por su parte, el virus SARS-Cov-2, que apareció en Wuhan, China, saltando la barrera de las especies a un cuerpo intermedio antes de comenzar la colonización de células humanas, ha trasegado nuestro estilo de vida y ha confirmado la refinada observación de Frank Snowden²: “las pandemias son un espejo de las condiciones sociales, culturales y políticas en las cuales nacen”. Como sus parientes (SARS-2002, H1N1-2009, MERS-

2012), ataca principalmente el sistema respiratorio y se hace grande en las debilidades del huésped. Como todo CoV, cuenta con habilidades innatas para sortear todas las barreras inmunológicas del cuerpo humano y cumplir lo que pareciera ser su único propósito: ingresar a la célula, depositar información genética e instruir su propia auto-reproducción. Es el egoísmo de su supervivencia lo que lleva al virus a la utilización/destrucción de la célula. A la fecha ya ha infectado a más de 40 millones de personas. Pronto habrá causado la muerte de más de un millón. El daño provocado no guarda proporción ni con su tamaño (60 a 140 nanómetros de diámetro) ni con su categoría de no-ser (un virus no tiene vida, repiten los científicos). ¿Es posible que la no-vida tenga por propósito prevalecer sobre la vida?

Para diversos analistas el virus está causando un totum revolutum que, más allá de la medicina, tendrá un efecto “renovador” en la estructura internacional. Así lo piensan Henry Kissinger para quien “el mundo nunca será el mismo después del coronavirus” y William Burns quien apunta que el orden liberal internacional será “menos liberal y menos orden”, convirtiéndose en un test de “make or breake it” para la diplomacia de los Estados Unidos (EEUU). John Gray, filósofo inglés, es apocalíptico: el virus ha puesto fin a la hiper-globalización y al capitalismo.

Agrega que la crisis actual es “un punto de inflexión en la historia” y que en el nuevo mundo los gobiernos “actuarán para poner freno al mercado mundial”. Un asalto mortal a la globalización. En fin, también hay quienes piensan que el virus liquidó al neoliberalismo, al multilateralismo, confirmó la eficiencia del autoritarismo y un ascendente nacionalismo, y agudizó las contradicciones de la democracia.

Es importante precisar que el 11 de marzo de 2020, cuando la OMS declaró la pandemia, para muchos de manera tardía, el orden liberal internacional incubaba ya el cuestionamiento de algunas de sus bases principales: el sistema multilateral, con Naciones Unidas en su centro, por ineficaz; la democracia liberal por “haber excedido el tiempo de su propósito”; la desigualdad que se habría expandido entre los países y al interior de los países; el libre comercio como herramienta y beneficio de unos pocos, etc. Se hablaba de un orden donde el poder y los liderazgos tradicionales se licuaban ante la escalada de nuevos actores, en lo que Fareed Zakarí llamaría “the rise of the rest”.

A principios de 2017 Joseph Nye Jr. se pre-

guntaba si el orden liberal internacional sobreviviría, aunque observaba que la posición predominante de EEUU se mantendría porque todas las métricas favorecen su superioridad (soft/hard powers) y porque China aprecia el orden actual en forma más sustancial de lo que comúnmente se piensa (Discurso del Presidente Xi Jinping en el WEF de 2018). Para Nye Jr. las amenazas provienen más bien de la difusión del poder, de actores no estatales y las tragedias transnacionales: inestabilidad financiera, cambio climático, terrorismo, pandemias, ciber seguridad, etc. El mismo año Richard Hass publicó: “El mundo en desorden” que recoge sólidas observaciones sobre la evolución de un escenario internacional sin la influencia activa de EEUU, lo que se traduce en confusión, difusión y desorden.

De las lecturas de autores especializados de los EEUU, hay dos elementos adicionales: la falta de un apoyo ciudadano más amplio a una participación más visible de EEUU en el escenario internacional (liderazgo) y una desafección respecto a las políticas de promoción del libre comercio. Quizás sea una sola gran desafección: desconfianza con el mundo exterior. El profesor de economía de Princeton, Alan S. Blinder, complementa esta visión afirmando, en tono de lamento, que el error más grande de los economistas ha sido no convencer al público sobre los beneficios del libre comercio. Un error de 200 años.

En este contexto descriptivo, y seguramente incompleto, del orden internacional ex-ante COVID-19, la variable analítica independiente es la relación entre EEUU y China. Los sistemas internacionales siempre han girado en torno a la figura del “hegemon”. La guerra fría demostró que un sistema internacional, operado por dos subsistemas ideológicamente diferentes, cede finalmente hacia el de mayor influencia y eficacia.

Desde entonces Graham Allison de HKS ha venido estudiando las variables de transición entre el hegemon y el retador, advirtiendo el peligro de caer en la trampa de Tucídides. Las características de la relación sino-estadounidense es la variable de mayor valor y la que perfila el escenario actual y futuro. En el ámbito comercial, esas “fricciones” fueron claras, por las medidas adoptadas por los EEUU en materia de comercio bilateral con China, lo que forzó, en parte, el llamado acuerdo “Phase I” que incluye una serie de acciones comerciales a favor de los EEUU. Por lo mismo, es efectivo que desde antes que el COVID-19 irrumpiera en la vida de la especie humana, el orden internacional creado a partir de la segunda guerra mun-

² Snowden F.M. *Epidemics and Society: From the Black Death to the Present*. Yale University Press; New Haven, CT, USA: 2019

dial estaba bajo cuestionamiento, incluido el sub-sistema del comercio internacional. Ese orden emitía claras señales de transición hacia un nuevo escenario, aún desconocido.

Ergo, es válido preguntarse ¿cuál es el concepto ordenador del comercio internacional durante la pandemia y como se podrá proyectar en el post-COVID-19? El fenómeno observado es más bien uno en transición, en el cual diversos elementos, a menudo contradictorios, compiten por caracterizar la nueva etapa. En este esfuerzo se aprecia la tentación de algunos analistas por escribir su propia versión del "World of Yesterday" de Stefan Zweig: recrear el mundo del ayer para acrisolar el nacimiento de un nuevo mundo, cuando en realidad viven en cuotas del pasado y del presente, lo que limita objetivamente el bosquejo de ambas variables temporales. Lo que sí parece razonable, posible y útil es revisar algunas variables que compiten por caracterizar del escenario comercial COVID-19. Como diría George Stigler: "What facts are in fact a fact". Entre las variables en competencia se pueden nombrar varias figuras, como los avances tecnológicos, la debilidad del libre comercio y el avance del proteccionismo, la recesión democrática, la consolidación del autoritarismo, el declive del multilateralismo y el ascenso del unilateralismo.

En este sentido entiendo las palabras de Dani Rodrik para quien el virus nos ha convertido en una "versión exagerada de nosotros mismos": el orden no cambiará, sino que, lo más probable, es que acelerará las tendencias actuales llevando la discusión al nivel del "confirmation bias". Esta línea es coincidente con Burns para quien las tendencias actuales recargan energía con la pandemia para proyectar su influencia en el futuro escenario.

Pues bien, del conjunto amplio de tendencias y elementos que podrían perfilar el escenario COVID-19 y post COVID-19, es interesante destacar que el "resurgimiento" del Estado nación y la "nueva economía" de la pandemia y sus proyecciones. Estas aparecen como variables independientes de análisis, con diferentes derivadas.

En efecto, la pandemia no ha tenido una respuesta coordinada a nivel global (multilateral), ni siquiera ha sido objeto de una sola respuesta, lo que ha facilitado su expansión. Esto es ya una recriminación a los miembros de la OMC, que no han podido consensuar una respuesta multilateral. La pandemia ha actuado como una ola que avanza y devasta

con una diacronía que devela una perfecta acronía, logrando que los países se vean afectados con intensidad y tiempos diversos. Aquel "orden inteligente que la sociedad impone al desorden de una plaga", que cita Camus en La Peste, simplemente o ha sido tal con el COVID-19, ni menos en la OMC.

La respuesta sanitaria se ha centrado a nivel nacional, pero incluso a este nivel el virus ha provocado importantes contradicciones, especialmente en los sistemas federados.

Siguiendo esta trayectoria de respuesta nacional, el "renacer del Estado nación", algunos anticipan que, por el efecto de la histéresis, el nuevo mundo será uno con un Estado fuerte, con fronteras y controles visibles - resultados que contrastan con la globalización en la donde la sociedad civil y los mercados funcionaban con cierta mayor autonomía. En la proyección post-pandemia, el predominio del Estado nacional se prolongará en el tiempo, a nivel doméstico e internacional con una tenencia a la "auto-suficiencia" (especialmente alimentaria y de insumos médicos), el nacionalismo económico y la re-ubicación de las cadenas de producción y suministros.

Todas estas derivadas tienen impacto directo en el comercio internacional y sus reglas multilaterales. El revival del Estado nación (más del perfil de Hobbes) y el nacionalismo económico (en sus distintas versiones) son dos variables que merecen un seguimiento prospectivo. Podrían constituirse en las respuestas rápidas y más permanentes en la etapa post-COVID-19; o rápidas y temporales, hasta que la dinámica de un nuevo ciclo (de globalización) nos haga perder el miedo y volver a conjugar el dilema del prisionero: sólo en la cooperación se comparten los beneficios (win-win). En las otras opciones hay siempre un winner y un loser o dos losers.

La pandemia también ha reivindicado, fortalecido y proyectado el comercio electrónico como medio de transacción a nivel doméstico e internacional. Esta modalidad será la base de la recuperación económica que debería seguir a la recesión que está provocando la pandemia. Esta modalidad se mueve independientemente de una regulación multilateral que hoy es inexistente. Hoy el espacio para crecer del comercio electrónico parece ilimitado. Es necesario conocer más detalles sobre el curso técnico que seguirá, respecto de las normas aplicables, así como el impacto en el empleo.

En la reflexión de esta introducción se puede señalar que, con mayor certeza, el esce-

nario post-COVID-19 no será de utopía. El realismo indica que será simplemente subpar al que tenemos hoy. En todo caso hay que trabajar para que no devenga en distopía, en especial en distopía por anomia. Por sobre todo, hay que empeñarse para que la variable independiente, la relación los EEUU-China, permanezca con todos los canales de cooperación abiertos y acompañada por una comunidad internacional solidaria co-adyuvante. Ese es el desafío estratégico que tienen ambas Cancillerías, ya que, como apunta Robert Blackwill, la confrontación entre ambas potencias será "malo para EEUU, malo para China y malo para el mundo": Entre EEUU y China no debe existir social distancing.

Es en este contexto, donde es importante revisar la evidencia comercial disponible, lo que se hace recurriendo a las medidas comerciales adoptadas por los miembros de la OMC, de acuerdo al propio registro que elabora esa Organización.

Evidencia: medidas comerciales adoptadas en pandemia

En esta sección se intenta responder a la pregunta: ¿cómo han reaccionado comercialmente los miembros de la OMC ante la pandemia por COVID-19? Además, con base a esta información, se podría preguntar si esa respuesta se proyectará al futuro escenario post COVID-19.

Con la primera pregunta se inquiriere sobre el comportamiento comercial de los países, con el propósito de saber principalmente si la pandemia ha elevado el nivel de proteccionismo comercial de los miembros de la OMC o, al menos, identificar la existencia de preferencias u opciones comerciales comunes entre los miembros que pudieran transformarse en patrones de conducta o tendencias comerciales en un contexto de pandemia y posiblemente de postpandemia.

Conocer más detalles sobre esta materia sirve el propósito de aprender lecciones, lo que debería ayudar a mejorar la defensa de los intereses comerciales de los miembros de la OMC, en especial teniendo presente que los científicos advierten que esta no será la última pandemia causada por un virus que salte la barrera de las especies.

Para avanzar en el objetivo de este artículo, es importante tener en cuenta dos premisas:

a) Se utiliza como fuente de información el

cuadro elaborado por la OMC sobre medidas comerciales o relacionadas con el comercio adoptadas por los miembros en el contexto de la pandemia por COVID-19. Específicamente, se utiliza el cuadro sobre el comercio de mercancías publicado por la OMC el 14 de mayo de 2020.

b) Se trata de observar medidas comerciales adoptadas por los miembros de la OMC en el comercio de mercancías, por lo que se excluyen los servicios.

Sobre la fuente de información utilizada, la OMC realiza el seguimiento de medidas comerciales y relacionadas con el comercio adoptadas con motivo de la pandemia por COVID-19, como medio para aportar transparencia al sistema internacional de comercio, aunque sin prejuzgar el derecho de los miembros de la OMC a adoptar tales medidas y si tales medidas son compatibles con los acuerdos de la OMC.

Restricciones a las exportaciones	Total 112
Restricciones/prohibiciones	72
Relacionadas con alimentos	22
Relacionadas con licencias	13
Combustible/Petróleo	4
Aumento de Arancel	1

Medidas de Facilitación de Comercio	46
Generales	44
Relacionadas con alimentos	2

Del examen de las tres categorías de medidas mencionadas, se puede realizar una tercera observación, cual es que los miembros de la OMC que adoptaron medidas comerciales al 14 de mayo de 2020, a raíz de la pandemia por COVID-19, prefirieron en su mayoría la adopción de al menos una de las siguientes tres medidas comerciales:

- a) Restringir, incluso prohibir, las exportaciones de insumos y suministros médicos.
- b) Eliminar o reducir los aranceles aplicables a las importaciones de insumos y suministros médicos.
- c) Implementar medidas de facilitación de comercio destinadas a agilizar las importaciones de insumos y suministros médicos. A modo de ejemplo, Azerbaiyán y Colombia adoptaron la eliminación de aranceles para insumos y suministros médicos, a la vez que impusieron la

Otras Medidas comerciales	10
Confiscación de productos	2
Eliminación de derechos anti-dumping	3
Prohibiciones a las importaciones	2
Sin clasificación	3

Análisis de la evidencia

Del examen realizado de la base de datos de la Secretaría de la OMC, se desprende como primera observación que más de 100 miembros individuales han adoptado medidas comerciales relacionadas con la actual pandemia, más la UE y la EEU (Eurasian Economic Union) y que la mayoría de las medidas recaen en el comercio de lo que se conoce como “insumos y suministros médicos” (una categoría amplia que incluye desde mascarillas, guantes, alcohol, PPE, medicinas, ventiladores, etc.).

Del conjunto de medidas adoptadas por los miembros de la OMC, es posible realizar una segunda observación: la mayoría de las medidas adoptadas pueden ser clasificadas en tres grandes categorías:

- a) Restricciones a las exportaciones, incluidas las prohibiciones
- b) Eliminación y reducción de aranceles
- c) Medidas de facilitación de comercio

Eliminación o reducción de aranceles	Total 57
Medidas generales de eliminación	43
Relacionadas con alimentos	8
Reducción de Aranceles	5
Aumento de cuota arancelaria	1

prohibición a la exportación de los mismos. Brasil adoptó 10 comerciales medidas que representan una combinación de baja de aranceles, prohibición de exportación y facilitación de comercio. Georgia adoptó sólo la prohibición de exportación de insumos médicos.

El análisis del cuadro elaborado por la OMC también refleja otras medidas, como la posibilidad de confiscación de productos, que por su naturaleza son medidas restrictivas al comercio (conlleva implícitamente la idea de no exportar) y otras de igual especificidad que, por lo mismo, se han preferido contabilizar por separado. También es posible que la información incluida en el cuadro elaborado por la OMC no sea suficiente para determinar prima facie la naturaleza comercial de las medidas mencionadas, lo que hace difícil su sub-clasificación o desagregación conceptual.



Conclusiones

Como puede observarse, el trabajo de la Secretaría de la OMC es un aporte concreto al seguimiento de las medidas comerciales o relacionadas con el comercio adoptadas por los miembros en tiempos de pandemia. Sin embargo, esto es un primer paso que requiere esfuerzos adicionales para desagregar o re-clasificar las medidas inicialmente inventariadas y así poder reconocer la naturaleza y orientación de las mismas, con el fin de determinar con mayor precisión las tendencias comerciales que de ellas se desprenden.

De este examen resulta que el mayor número de medidas comerciales adoptadas por los miembros de la OMC en tiempo de pandemia por COVID-19, dice relación con aquellas que tienden a la creación de comercio (eliminación o reducción de aranceles, complementado por medidas de facilitación comercial); creación de comercio desde el punto de vista de incentivar las importaciones de ciertos productos específicos (insumos y suministros médicos), los que hoy están caracterizados por su escasez en los mercados mundiales; por lo que es la escasez lo que impulsa a los gobiernos a adoptar medidas que incentivan las importaciones de esos productos (liberalización o desmantelamiento arancelario unilateral específico).

En contraste, y se podría decir sin mayor

sorpresas, es importante destacar que muchos de los gobiernos que incentivan la creación de comercio mediante eliminaciones o reducciones arancelarias y medidas de facilitación comercial complementarias, a su vez restringen el comercio al obstaculizar o simplemente prohibir las exportaciones de los mismos productos cuya importación se incentiva.

La pregunta que surge, es cuán efectivas han sido las eliminaciones o reducciones arancelarias adoptadas y complementadas con medidas de facilitación de comercio, para provocar un aumento de la oferta de los productos sobre las que recaen y si tal aumento no se han visto compensado con las medidas restrictivas al comercio adoptadas sobre los mismos productos. En otras palabras, aún está pendiente un análisis sobre el impacto del conjunto de medidas adoptadas en los flujos del comercio internacional.

Se podría anticipar que, a mayor control de la pandemia y aumento en la abundancia de suministros e insumos médicos, se volverá a la situación ex ante la pandemia, por lo que se elevarán sus aranceles, se eliminarán las medidas de facilitación comercial específicas y se dará fin a las medidas restrictivas a las exportaciones. Sin embargo, la información científica disponible indica que, en ausencia de una vacuna efectiva, el control de la pandemia es un punto situado en un horizonte

temporal lejano, por lo que las medidas comerciales adoptadas podrían seguir vigentes hasta entonces.

Lo anterior nos lleva a concluir que el Estado nación ha realizado una actividad no menor al ajustar sus intereses comerciales a sus intereses sanitarios. Este ajuste va en las direcciones antes señaladas y evidencia una clara tendencia hacia la “auto-suficiencia” como prioridad. Esta tendencia es visible en materia de insumos médicos, pero en estos días se ha visto reforzada en materia de seguridad alimentaria, ya que los países están buscando contar con un suministro de alimentos continuo a nivel doméstico, con reservas suficientes, como también asegurar que los flujos internacionales se mantengan abiertos. La reciente asignación del Premio Nobel de la Paz al Programa Mundial de Alimentos y la invocación de la Declaración de Bali de la OMC en materia de constitución de existencias públicas con fines de seguridad alimentaria, son muestras de esta tendencia de futuro.

CONCEPTOS OALI



Declaración interpretativa conjunta en el marco de un Acuerdo de Protección Recíproco de Inversiones

Fecha:

13 de julio de 2020.

Problema jurídico:

¿Es compatible con las normas de derecho internacional público general aplicables y se ajusta a los parámetros definidos por la Corte Constitucional, en sentencia C-252 de 6 de junio de 2019, la DIC por ser acordada en el marco de un APPRI?

Regla:

Sí, la DIC por ser acordada en el marco de un APPRI es compatible con las normas de derecho internacional público general aplicables y se ajusta a los parámetros definidos por la Corte Constitucional en sentencia C-252 de 6 de junio de 2019.

Concepto

Se consulta acerca de la Declaración Interpretativa Conjunta (DIC) de un Acuerdo de Protección Recíprocos de Inversiones (APPRI), en el marco de la declaratoria de exequibilidad condicionada por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-252 de 2019.



I. Implicaciones de la decisión de la Corte Constitucional:

Respecto de este asunto, resulta importante señalar que en el marco del procedimiento para la entrada en vigor de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano (compuesto por las etapas de

suscripción, aprobación, control de constitucionalidad y ratificación) y, en particular, en desarrollo de la labor de estudio a este instrumento, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-252 de 6 de junio de 2019, con ponencia del Magistrado Carlos Bernal Pulido, en relación con un Acuerdo sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones .

En esta providencia, el citado Tribunal Constitucional varió el grado de control respecto de los acuerdos internacionales de naturaleza económica y procedió a emitir decisiones conforme a las cuales se declara la exequibilidad condicionada de algunas expresiones contenidas en materia de inversiones, las cuales podrían resumirse de la siguiente manera:

Expresión condicionada	contexto interpretativo y alcance de la condicionalidad
<i>El APPRI en general</i>	<i>Alcance de la condicionalidad: Debe entenderse que ninguna de las disposiciones relativas a derechos sustantivos puede dar lugar a tratos más favorables injustificados a los inversionistas extranjeros frente a los nacionales; es decir, todos los inversionistas, ya sean extranjeros o nacionales, deben estar sometidos a la misma protección de sus inversiones, sin que pueda generarse una asimetría en favor de aquéllos, de manera injustificada.</i>
<i>“inter alia”</i>	<i>Ubicación normativa: Artículo 4 del APPRI, en lo relativo al estándar mínimo de trato.</i> <i>Alcance de la condicionalidad: Esta expresión debe interpretarse en sentido restrictivo, es decir, con un sentido analógico y no aditivo, de forma tal que en su aplicación no permita la incorporación de nuevas o diversas obligaciones a las pectadas.</i>
<i>“de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio”</i>	<i>Ubicación normativa: Artículo 4 del APPRI C, en lo relativo al estándar mínimo de trato.</i> <i>Alcance de la condicionalidad: Esta expresión implica que el contenido de las normas internacionales que pueden ser aplicadas a .. debe ser definido por las partes, a efectos de garantizar la seguridad jurídica y con la finalidad de evitar que resulten exigibles a un Estado parte obligaciones internacionales que no han sido asumidas por él de manera voluntaria.</i>
<i>“expectativas legítimas”</i>	<i>Ubicación normativa: Artículos 4 y 6 del APPRI, en lo relativo al estándar mínimo de trato.</i> <i>Alcance de la condicionalidad: Esta expresión debe entenderse en el sentido en que las expectativas legítimas deberán ser definidas por los Estados Partes, de acuerdo con dos componentes: a) Deben derivarse siempre de actos específicos y reiterados que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión; y b) Debe corresponder a cambios abruptos e inesperados que afecten la inversión.</i>
<i>“situaciones similares”</i>	<i>Ubicación normativa: Artículo 5 del APPRI, en lo relativo a los principios de trato nacional y de nación más favorecida.</i> <i>Alcance de la condicionalidad: Esta expresión debe entenderse en el sentido en que las partes deberán definir su contenido, a fin de preservar el principio de seguridad jurídica.</i>

<p>“trato”</p>	<p><i>Ubicación normativa: Artículo 5 del APPRI, en lo relativo a los principios de trato nacional y de nación más favorecida.</i></p> <p><i>Alcance de la condicionalidad: Esta expresión debe interpretarse conforme al alcance descrito en el preámbulo del Acuerdo, en el sentido de entender que se preserva la competencia del Presidente de la República para dirigir las relaciones internacionales y celebrar tratados, la cual no se puede ver diluida por el “efecto cascada” que se genera por la aplicación de cláusulas previstas en otro tratado, que podrían llegar a reemplazar las pactadas expresamente en éste, lo que significaría una incompatibilidad con el carácter bilateral del acuerdo, habida cuenta de la extensión de las ventajas incluidas en acuerdos suscritos con otros países.</i></p>
----------------	---

“necesarias y proporcionales” Ubicación normativa: Artículos 5 y 6 del APPRI, en lo relativo a los principios de trato nacional y de nación más favorecida, así como al tema de la expropiación y la indemnización. Alcance de la condicionalidad: Esta expresión debe interpretarse en el sentido en que deberá respetarse la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales con el fin de garantizar el orden público y proteger los objetivos legítimos de política pública, por lo que da a entender que los supuestos que estarían abarcados en la expresión citada deberían estar contenidos en listados cerrados de supuestos Concretos.

Las decisiones de exequibilidad condicional constituyen cosa juzgada constitucional absoluta, lo que implica que ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material de una regla o una proposición diferente del sentido que la Corte Constitucional ha determinado como el válido, al realizar la modulación de su fallo, en concordancia con lo señalado en el artículo 243 de la Constitución Política y con lo consignado en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en cuanto tales providencias son de obligatorio cumplimiento y tienen efectos erga omnes, en su parte resolutive.

En cuanto al alcance de esta clase de fallos, la Corte Constitucional en sentencia C-259 de 6 de mayo de 2015, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, señaló:

“Ahora bien, el efecto inmediato de las sentencias de constitucionalidad condicionada, es la intervención por parte del juez constitucional en el contenido normativo de la disposición estudiada, con el propósito de señalar cuál o cuáles son los sentidos en los que esa norma resulta ajustada a la Cons-

titución. Cuando ello ocurre, la Corte puede expulsar una proposición jurídica particular del ordenamiento que entiende como ajena a la Carta, para conservar, en un lugar, una determinada regla de derecho, que resulte acorde con los mandatos previstos en el Texto Superior.

La norma jurídica así consolidada, puede ser objeto de nuevos pronunciamientos respecto de cargos de inconstitucionalidad que no fueron examinados en la decisión precedente. Sin embargo, el examen de constitucionalidad posterior que se haga de la norma sujeta a condición, por motivos evidentes, no recaerá solamente sobre el texto original de la ley, sino sobre la norma jurídica que surge, a partir del fallo condicionado.”

Por lo anterior, se puede concluir que los aspectos condicionados por parte de la Corte Constitucional en el ámbito de los acuerdos o tratados en los cuales estén involucrados temas de inversiones, deberán atender los parámetros fijados en la mencionada providencia, en cuanto podrán ser solventados, por ejemplo, si se consigna, de manera expresa, la proposición jurídica definida como válida desde el aspecto constitucional, o bajo el entendimiento que cualquier fórmula deberá comprenderse en el sentido señalado por el mencionado Tribunal.

Adicionalmente, la sentencia enfatiza en el párrafo 72 que lo señalado acerca de la naturaleza del control efectuado frente al APPRI no afecta decisiones respecto de tratados o acuerdos de inversiones que ya hubieran sido declarados exequibles y que se encuentren en vigor, pero advierte que respecto del control a futuros acuerdos de esas características dicho fallo constituirá un precedente.

De esta forma, las condicionalidades a ciertas expresiones comunes a los trata-

dos y acuerdos analizados, en materia de inversiones, significan para las autoridades colombianas unos hitos que deberán respetarse en la negociación de esos temas sin que de ello se entienda un impedimento para el desarrollo de las gestiones en este sentido.

II. Análisis de las disposiciones de la declaración interpretativa

1. Trato Justo y Equitativo (“TJE”) y Protección y Seguridad Plenas (“PSP”)

Respecto al estándar de TJE previsto en el artículo 4.1, tres expresiones fueron analizadas. El artículo prevé, entre otros, que:

“Cada una de las Partes Contratantes deberá otorgar un trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio. Para mayor certeza, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, incluye, inter alia:

- a) La obligación de no denegar justicia en procedimientos civiles, penales o administrativos de conformidad con el principio del debido proceso.
- b) La obligación de actuar de una manera transparente, no discriminatoria y no arbitraria respecto a los inversionistas de la otra Parte Contratante y sus Inversiones.
- c) Este trato es consistente con los principios de previsibilidad y la consideración de las expectativas legítimas de los inversionistas”.

Respecto de la expresión “de conformidad

con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio”, la Corte, en el fallo precitado, estimó necesario que su contenido sea definido de forma que satisfaga “las exigencias del principio de seguridad jurídica”.

En lo que concierne la expresión “inter alia”, la Corte sostuvo que la única interpretación “compatible con el principio de seguridad jurídica es la restrictiva, a la luz de la cual su único alcance es analógico, y bajo ningún entendido puede dar lugar a la inclusión de obligaciones adicionales a las previstas expresamente por el listado del artículo 4.”

En consecuencia, la Corte declaró constitucional la expresión “inter alia”, “bajo el entendido de que esta deberá interpretarse de manera restrictiva, en un sentido analógico, y no aditivo”.

Por su parte, el párrafo 2 de la DIC establece que el artículo 4 del AIJ debe otorgar un TJE de acuerdo con el derecho internacional aplicable, y se incumple cuando una medida tomada por cualquiera de las partes constituya (a) una denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos; (b) un incumplimiento esencial de las garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos; (c) una arbitrariedad manifiesta; (d) una discriminación específica por motivos claramente injustos, como el sexo, la raza o las creencias religiosas y; (e) un trato abusivo a los inversionistas, como la coacción, intimidación o acoso.

En párrafo 3 de la DIC se establece una limitación al contenido del estándar de TJE, limitando la obligación de otorgarlo en los casos mencionados en el párrafo 2, listado que además únicamente podrá ser revisado y complementado mediante acuerdo de las Partes Contratantes.

Los párrafos 2 y 3 de la DIC numeran las garantías mínimas con la que los inversionistas de una parte contarán en el territorio de la otra parte, tanto en relación con sus inversiones como en materia de justicia procesal, transparencia, no discriminación y abuso del derecho. Estos conceptos suelen ser recogidos por los laudos arbitrales bajo la noción de “denegación de justicia”.

Su naturaleza, contenido, y ámbito de protección depende del texto del tratado, estos es, el sentido corriente de las palabras. Algu-

nos AIJ no contienen referencias a la denegación de justicia (Entre otros: Acuerdo entre el Gobierno de la República Árabe de Egipto y el Gobierno de Kazajistán para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, firmado el 14 de febrero de 1993, en vigor desde el 8 de agosto de 1996; Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de Nueva Zelanda para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, firmado el 27 de agosto de marzo de 1999, no en vigor.) lo que para muchos no es necesario (por ejemplo, Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, en *Principles of International Investment Law*, Oxford Press 2008, página 162), pues la denegación de justicia suele sobreentenderse incorporada al estándar de TJE.

Por ejemplo, el AIJ modelo de Colombia establece “Trato Justo y Equitativo. [...]”2. El trato justo y equitativo otorgado a los Inversionistas e Inversiones Cubiertas se refiere únicamente a:

a. la prohibición de denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos; b. violación fundamental de las garantías procesales en los procedimientos judiciales o administrativos; c. manifiesta arbitrariedad; d. discriminación selectiva por motivos manifiestamente ilícitos, como el sexo, la raza, creencias religiosas; o e. trato abusivo de los inversores, como la coacción y el acoso.” Proyecto de Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de la República De Colombia. Proyecto de Modelo de Colombia 2014. Publicado Para Consultas.

Otros tratados lo mencionan como un compromiso independiente. Por ejemplo, el artículo 3.1 del modelo de Acuerdo Internacional de Inversión de India de 2015 establece que las partes no deberán implementar medidas en contra de las inversiones que violen el derecho internacional consuetudinario, a través de la denegación de justicia o proceso administrativo, violación al debido proceso, discriminación, trato abusivo, fuerza, coerción o acoso.

La DIC descrita anteriormente establece una lista limitada del contenido del TJE en cumplimiento de lo señalado en el fallo de constitucionalidad, cuyo carácter de cosa juzgada constitucional absoluta y su condición ineluctable para el trámite de ratificación del acuerdo permite señalar que se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico colombiano y no contraría ningún compromiso internacional adquirido por Colombia, o se

opone de manera directa con alguna de las fuentes de derecho internacional.

2. Expectativas legítimas (Parte de estándar del “TJE”)

Respecto de la expresión “expectativas legítimas”, prevista en el artículo 4, así como en el artículo 6 del AIJ, que establece el estándar aplicable a expropiación, la Corte la declaró condicionalmente exequible, bajo la condición de que las partes “definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión.”

La Declaración, por su parte, establece que las expectativas legítimas se refieren a si una Parte Contratante se había dirigido específicamente a un inversionista para inducirle a realizar una inversión, creando expectativas legítimas en las que se basó el inversionista a la hora de decidir realizar o mantener la inversión, y posteriormente la Parte Contratante en cuestión frustró tales expectativas.

Los laudos arbitrales han ofrecido definiciones extremadamente ambiguas y amplias sobre el concepto de “expectativas legítimas”. En *Tecmed c. México* el Tribunal las definió como el hecho de que “El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación.” (*Técnicas Medioambientales Tecmed c. Mexico*, Laudo del 29 Mayo 2003, par 154.).

Por su parte en *Impregilo c. Argentina*, se entendió que “Las expectativas legítimas de los inversores extranjeros no pueden consistir en que el Estado nunca modificará el marco

legal, particularmente en tiempos de crisis; no obstante, sin duda los inversores deben gozar de protección en caso de que se lleven a cabo modificaciones irrazonables al marco legal.” (Impregilo c. Argentina, Laudo del 21 de Mayo 2013, par 291.).

Al ser el término “expectativas legítimas” un estándar controversial, ambiguo y oscuro, y no existir ninguna limitación establecida en el mismo texto del AIJ, esta Oficina no encuentra ningún reparo, y no considera que esta interpretación contravenga obligaciones internacionales de Colombia.

3. Situaciones similares en los estándares de no-discriminación

Respecto del artículo 5 sobre “Trato nacional y nación más favorecida”, la Corte examinó la expresión “situaciones similares”. El artículo 5 prevé que:

“1. Cada Parte Contratante le aplicará en su territorio a los Inversionistas de la otra Parte Contratante, respecto de sus Inversiones y actividades relacionadas con sus Inversiones un trato no menos favorable que el concedido en situaciones similares a sus Inversionistas o el trato concedido a los inversionistas de la nación más favorecida si este último es más favorable. [...]

4. Para mayor claridad, el trato de nación más favorecida, que ha de otorgarse en situaciones similares, y referido en este Acuerdo no se extiende al artículo 1 ni a los mecanismos de arreglo de diferencias, tales como los contenidos en los artículos 15 y 17 del presente Acuerdo, que están previstos en tratados o acuerdos [i]internacionales de inversión”.

Para su análisis, la Corte se inspiró en gran parte en los desarrollos recientes en el Derecho Internacional de las Inversiones, realizando una comparación con el contenido de otros acuerdos en materia de inversión celebrados entre otros Estados, y teniendo en cuenta el nuevo modelo de acuerdo de inversión colombiano de 2017. Al igual que en el marco del Dictamen 1/17 del TJUE, el derecho a regular jugó un papel importante.

A la luz de la incertidumbre percibida sobre la definición de la expresión “situaciones similares”, la Corte consideró tratados de inversión recientes que acotan dicha expresión y la definen con precisión. De esta manera, la Corte se refirió al Acuerdo de Asociación

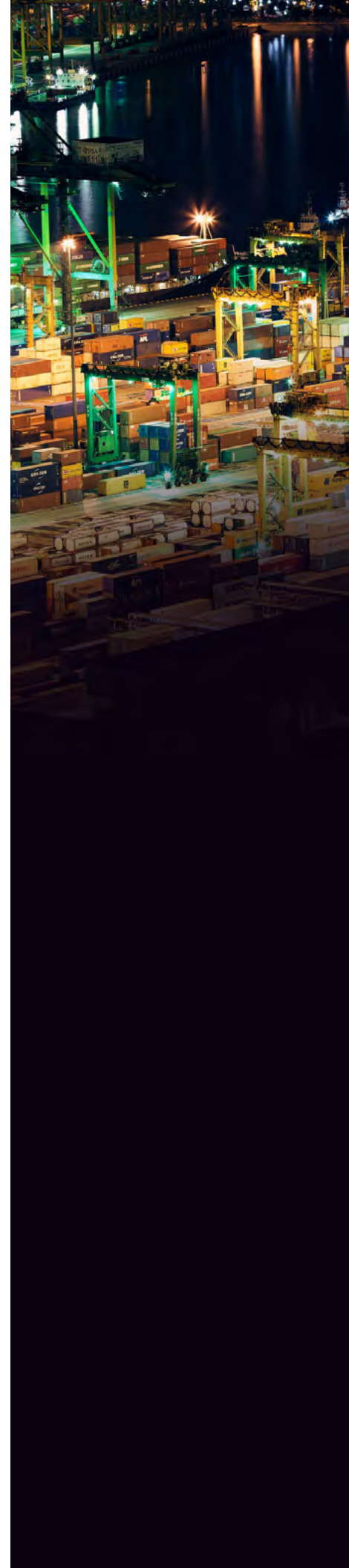
Transpacífico (“TPP”), que es desde 2018 el Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (“CPTPP”).

En relación con este tratado, las partes decidieron adoptar una nota interpretativa en el sentido de que “para mayor certeza, si el trato se otorga en circunstancias similares depende de la totalidad de las circunstancias, incluido si el tratamiento distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público”. La Corte mencionó también, en el mismo sentido, el artículo 14.5 del Acuerdo Comercial entre Estados Unidos, México y Canadá (“USMCA”), donde las partes explicaron que el alcance de las “situaciones similares” depende de “la totalidad de las circunstancias, incluyendo si el tratamiento relevante distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público”.

La Corte hizo otra comparación con recientes desarrollos en derecho internacional de inversiones sobre el alcance de la cláusula de nación más favorecida. Tanto en el USMCA como en el CETA se incluyen limitaciones respecto a esta cláusula. A título ilustrativo, el artículo 8.7 del CETA prevé que esta cláusula:

“no incluye procedimientos para la resolución de controversias sobre inversiones entre inversionistas y estados previstos en otros tratados internacionales de inversión y otros acuerdos comerciales. Las obligaciones sustantivas en otros tratados internacionales de inversión y otros acuerdos comerciales no constituyen en sí mismos un “trato”, y por lo tanto no pueden dar lugar a una violación de este Artículo”.

La Corte estimó que la expresión “situaciones similares” no ha sido aplicada de manera uniforme por los tribunales arbitrales. Para llegar a esta conclusión, la Corte se apoyó en un número limitado de laudos - Saluka c. República Checa (Saluka Investments BV c. República Checa, Laudo parcial, 17 de marzo de 2006.), Occidental c. Ecuador (Occidental Exploration and Production Co. c. Ecuador, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo, 1 de julio de 2004. 101 Methanex Corp c. EEUU, Laudo, 3 de agosto de 2005. Ver Corte Constitucional, Sentencia C- 252/19 de 6 de junio de 2019, apartados 230-231), y Methanex Corp c. EEUU (Methanex Corp c. EEUU, Laudo, 3 de agosto de 2005. Ver Corte Constitucional, Sentencia C- 252/19 de 6 de junio de 2019, apartados 230-231).



Teniendo en cuenta los recientes desarrollos en derecho internacional de inversiones, la Corte declaró constitucional la expresión “situaciones similares”, pero “a condición de que las partes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica”.

Por su parte, la declaración conjunta definió el contenido de “situaciones similares” y estableció que el estándar de Trato Nacional deberá ser otorgado en “situaciones similares” con respecto a la administración, conducción, operación y venta o disposición de inversiones en un mismo sector económico dentro del territorio de una Parte Contratante.

La Declaración estableció que el Acuerdo no debe otorgar tratos más favorables injustificados hacia los inversionistas extranjeros respecto de los inversionistas nacionales. Sin embargo, las obligaciones sustantivas previstas en otros tratados internacionales de inversión y en otros acuerdos comerciales que involucran a las Partes Contratantes no constituyen en sí mismas un “trato” en relación con el principio de nación más favorecida, por lo que no pueden dar lugar a un incumplimiento del artículo, a falta de medidas adoptadas o mantenidas por una Parte Contratante en virtud de dichas obligaciones.

Esta definición es acorde con el sentido ordinario de las palabras y recoge los últimos laudos arbitrales sobre el estándar, por lo que no suscita reparo alguno por parte de esta Oficina, y no considera que esta interpretación contravenga obligaciones internacionales de Colombia.

4. Medidas necesarias y proporcionales en no-discriminación y expropiación

La Corte igualmente comentó las expresiones “necesarias y proporcionales” previstas por los artículos 5 (trato nacional y nación más favorecida) y 6 (expropiación). En primer lugar, el artículo 5 establece que la cláusula de trato nacional no impedirá que el Estado implemente medidas para garantizar el orden público y que dichas medidas deberán ser “necesarias y proporcionales” al objetivo buscado. En segundo lugar, el artículo 6 incluye alguna forma de la doctrina de los conocidos como *police powers* [Ver Catharine Titi, ‘Police Powers Doctrine and International Investment Law’, in Filippo Fontanelli, Andrea Gattini y Attila Tanzi (eds)

General Principles of Law and International Investment Arbitration (Brill 2018), pp. 323-343.] y prevé, entre otros, que:

“Las medidas adoptadas por una Parte Contratante que son diseñadas para proteger objetivos legítimos de política pública, tales como la salud pública, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta, cuando sean necesarias y proporcionales a la luz de estos objetivos y se apliquen de tal forma que respondan efectivamente a los objetivos de política pública para los que fueron diseñadas.”

La utilización de la expresión “necesarias y proporcionales” en estos artículos resulta inusual. Comenzando su análisis en el contexto del artículo 5, la Corte argumentó que una interpretación posible de esta expresión es que el Estado solo puede adoptar tales medidas “siempre que sean necesarias, esto es, que sean indispensables, que no exista otro medio alternativo para alcanzar tal fin con la misma intensidad y que a la vez sea más benigno con los derechos de los inversionistas; y proporcionales, es decir, que la satisfacción del orden público resulte imperiosa y sea por lo menos equivalente al grado de afectación de otros principios constitucionales”.

Tal interpretación no sería compatible con la Constitución Política en la medida en que restringe la autonomía regulatoria de las autoridades en asuntos económicos. Para su interpretación, la Corte se sustentó principalmente en *Continental Casualty c. Argentina* (*Continental Casualty Company c. Argentina*, Laudo del 5 de septiembre de 2008), *Azurix c. Argentina* (*Azurix Corp. c. Argentina*, Laudo del 14 de julio de 2006), y *Pope & Talbot c. Canadá* (*Op cit*, Pope & Talbot).

Como consecuencia de lo anterior, la Corte estimó necesario garantizar la competencia de las partes para adoptar las medidas que consideren “razonables y apropiadas”. Asimismo, la Corte apuntó que la expresión plantea los mismos problemas cuando se encuentra en el artículo 6.

La Corte declaró constitucional dicha expresión, a condición de que se interprete en el contexto del preámbulo del acuerdo que, como el preámbulo del modelo de acuerdo de inversión colombiano de 2017 (Ver <http://www.mincit.gov.co/temas-interes/documentos/model-TBI-2017.aspx>), prevé, entre otros, que el acuerdo no debería “afectar la potestad regulatoria de cada Parte Contra-

tante y con el objeto de proteger los objetivos legítimos de políticas públicas.”

La DIC estableció que si una medida adoptada es necesaria y proporcional para alcanzar los objetivos legítimos de política pública, depende de un análisis caso a caso que tome en consideración la existencia de alternativas apropiadas razonablemente disponibles a la luz de las circunstancias y la relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la importancia del objetivo que se busca lograr.

Adicionalmente, la DIC interpretó el AII en el sentido en que una medida “necesaria” no necesariamente implica que esta sea la única disponible para que pueda ser considerada necesaria, posibilitando otros razonamientos. Y en lo que respecta a la proporcionalidad, interpretó el tratado en el sentido en que una medida no sería proporcionada siempre que su impacto fuera mucho más severo que su aporte en el desarrollo de un propósito u objetivo, tan severo que al comparar, la afectación causada pareciera manifiestamente excesiva en comparación con el objetivo buscado.”

Consideramos que incluir esta interpretación no afecta otras obligaciones internacionales de Colombia en materia de comercio, y en este sentido, este aparte tampoco suscita reparo alguno por parte de esta Oficina.

III. Procedencia de la declaración interpretativa conjunta

La Corte, en su análisis, específicamente a partir del párrafo 68, considera a la Declaración Interpretativa Conjunta, elaborada con base en el consenso de las Partes y con fundamento en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como un remedio judicial idóneo y eficaz para el cumplimiento de la exequibilidad modulada contenida en la sentencia, esto es, condicionar el ajuste del APPRI a la Carta Política excluyendo las interpretaciones que resultan contrarias a ésta mediante la especificación del sentido o el alcance de las cláusulas del acuerdo.

Lo anterior, reviste especial importancia en cuanto el ajuste a los condicionamientos determinados en el fallo de constitucionalidad

constituyen un requisito sine qua non para la ratificación del Presidente de la República de dicho tratado y que pueda entrar en vigor válidamente para las Partes, motivo por el cual la declaración interpretativa, en el marco de la consensualidad, debe materializar los aspectos que a juicio del Tribunal Constitucional Colombiano ajustan ciertas cláusulas acordadas algunas de cuyas interpretaciones podrían contravenir los postulados superiores del ordenamiento jurídico nacional.

Adicionalmente, en el marco del derecho internacional público general y en ejercicio de su soberanía, los estados parte de un tratado pueden formular declaraciones interpretativas siempre que examinen:

“(…) especificar o aclarar el significado o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones”[“Interpretative declaration” means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State or by an international organization whereby that State or that organization purports to specify or clarify the meaning or scope attributed by the declarant to a treaty or to certain of its provisions” Informe de la Comisión de Derecho Internacional (2011) Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, sec. 1.2.]”.

Esta facultad únicamente encuentra dos limitaciones, a saber, aquellas que puedan estar contenidas en el texto del tratado en cuestión y las normas imperativas de derecho internacional (*v.gr.*, prohibición de tortura) [“A State or an international organization may formulate an interpretative declaration unless the interpretative declaration is prohibited by the treaty or is incompatible with a peremptory norm of general international law” Informe de la Comisión de Derecho Internacional (2011) Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, sec. 3.5.]

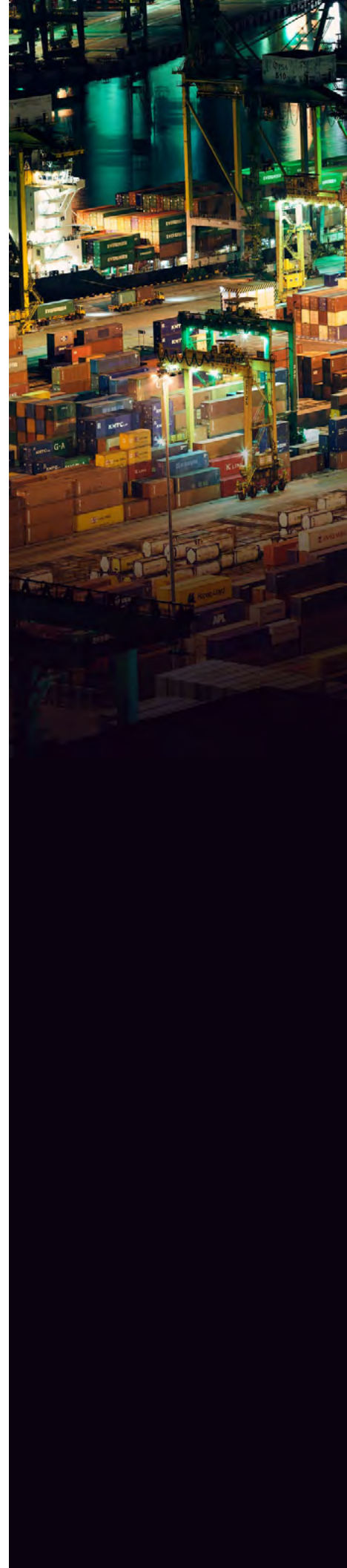
En el caso particular, esta Oficina no encuentra ninguna limitación a la formulación

de declaraciones interpretativas en el APPRI y tampoco considera que el contenido de la Declaración Interpretativa Conjunta sea incompatible con las normas imperativas en mención (*ius cogens*) [“(…) una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” Artículo 53, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).]

IV. Conclusión

En concordancia con lo expuesto, y en el marco de las competencias de esta Oficina, la Declaración Interpretativa Conjunta no es incompatible con las normas de derecho internacional público general aplicables y se ajusta a los parámetros definidos por la Corte Constitucional en la sentencia precitada, al condicionar algunas de las expresiones contenidas en las cláusulas del APPRI, situación que, por la función preventiva del pronunciamiento y de la condición de precedente reconocida en el mismo fallo, aplica para el que se promueve con otros países.

El anterior concepto se emite con base y en el marco de las atribuciones contenidas en el artículo 10 del Decreto 210 de 2013, así como de acuerdo con el alcance y los términos definidos en los artículos 14 (numeral 2) y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, incorporados por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015.



Aplicación del Decreto 462 de 2020 a la dotación y alistamiento de buques colombianos

Fecha:

17 de junio de 2020.

Problema jurídico:

¿Está la dotación y alistamiento de un buque de un ente colombiano exceptuada de la restricción a la exportación de medicamentos, prevista por el Decreto 462 de 2020 y la Resolución 0457 de 2020?

Regla:

La operación de abastecer con medicamentos para la dotación y alistamiento de un buque de un ente colombiano se encuentra exceptuada del Decreto 462 y la Resolución 0457 de 2020.

Concepto

Se consulta respecto a una posible excepción a la aplicación del Decreto 462 y la Resolución 0457 de 2020 para la exportación de medicamentos para la dotación y alistamiento de un buque de un ente colombiano.

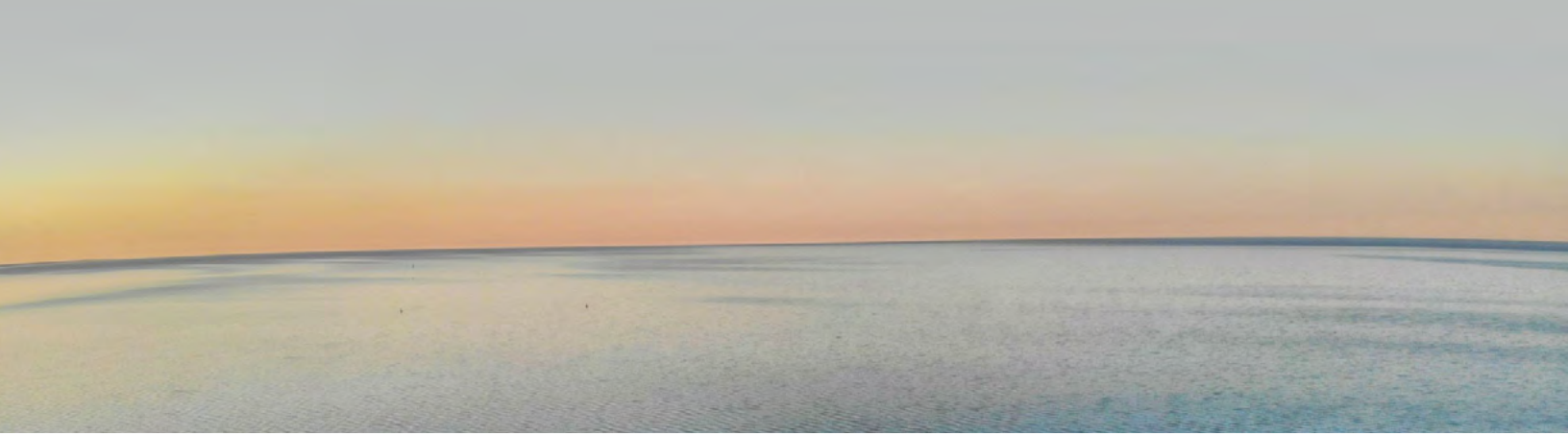
El Gobierno Nacional, para garantizar el abastecimiento de determinados productos considerados indispensables y sobrellevar la crisis de la pandemia COVID19, expidió el Decreto 462 del 22 de marzo de 2020.

Esta medida fue objeto de reglamentación a través de la Resolución No. 0457 de 2 de abril de 2020, donde se particularizaron e individualizaron en el Anexo 1, los productos clasificados en las subpartidas descritas en el Decreto 462 de 2020, cuya exportación se encuentra restringida, dentro de las cuales, del listado de medicamentos e insumos médico-quirúrgicos, serían de exportación restringida los siguientes:

i) Medicamentos*
(...)

ii) Insumos medico quirúrgicos*
(...)





Observamos de los productos arriba identificados como de prohibida exportación, según el Anexo 1 de la Resolución 0457 de 2020, que la gran mayoría de medicamentos (106) y de insumos medico quirúrgicos (57) a exportar según la carta que adjunta, no se encuentran dentro de los productos identificados en el Anexo 1 de la Resolución 0457 de 2020, lo cual significa que no están sujetos al trámite de autorización de exportación señalado en el artículo 6 de la aludida Resolución.

En otras palabras, si el medicamento o insumo medico quirúrgico objeto de la consulta a pesar de estar clasificados bajo una clasificación arancelaria relacionada en el Anexo 1 de la Resolución 0457 de 2020, no se encuentra relacionado en la lista de medicamentos esenciales para atender la emergencia ocasionada por el COVID-19, porque es un medicamento por ejemplo para uso odontológico, o de la artritis o dermatológico, o es el resultado de una combinación de medicamentos incluso de aquellos comprendidos en el Anexo 1, su exportación no se encuentra restringida.

En este caso, según lo dispone el artículo 8 de la misma Resolución, se puede adelantar el trámite de exportación directamente ante la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), para lo cual se recomienda allegar todos aquellos documentos que le permitan a la autoridad aduanera, establecer que no requiere tramitar la referida autorización, por no corresponder a bienes esenciales para atender la emergencia provocada por el COVID-19, esto en consonancia con lo establecido por dicha entidad mediante el Memorando 061 de 2020.

De otra parte, y según la Resoluciones 445 del 27 de marzo de 2020, “por medio de la cual se establecen precisiones respecto a la debida aplicación de los artículos 1, 4 y 7 del Decreto 462 de 2020”, dispuso que la prohibición de la exportaciones de los productos referidos en la norma, no es aplicables a:

“1- Operaciones de comercio que se realicen al amparo de sistemas especiales de importación- exportación.

2- La mercancías que, al momento de la entrada en vigencia del decreto 462 de 2020, hubieren ingresado a puerto, aeropuerto, o deposito habilitado, con destino a la exportación.

3- las mercancías que al momento de la entrada en vigencia de decreto 462 del 22 de marzo de 2020, estuvieran siendo transportadas con destino a la exportación.

4-Las operaciones correspondientes a situaciones jurídicas consolidadas que se deriven de negocios jurídicos que se hubieran celebrado con fecha anterior a la entrada en vigencia del decreto 462 de 2020”.

Dentro de las situaciones transcritas, no fue incluida como excepción la calidad del sujeto que realiza la exportación, como sería una entidad del sector público, en este caso de defensa nacional representada por una entidad colombiana.

Sin embargo, el Decreto 462 de 2020, fue expedido con el propósito de evitar el desabastecimiento de los productos identificados en el artículo 1 y 4 del Decreto 462 de 2020, así como los particularizados en el Anexo 1 de la Resolución 0457 de 2020 y considerados necesarios para atender a los ciudadanos colombianos, como es el caso de los miembros del del buque de la entidad colombiana que se encuentran en un país extranjero.

Adicional a ello, el derecho internacional público contiene previsiones sobre la determinación de la nacionalidad de los buques y las repercusiones que de ello dimanar, fundamentalmente en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CONVEMAR), que acoge un régimen aceptado mucho tiempo antes y en virtud del cual el otorgamiento de la nacionalidad a un buque se rige por los criterios y se supedita a las condiciones que discrecionalmente establece cada Estado.

Aun cuando Colombia no es parte de la CON-

VEMAR, a pesar de haberla suscrito el 10 de diciembre de 1982, reconoce la competencia de cada Estado para otorgar su pabellón y, consecuentemente, otorgar la nacionalidad a los buques, conforme a lo previsto en el artículo 91 de dicho instrumento. Sin embargo, la competencia así reconocida a cada Estado está limitada en sus efectos internacionales, en virtud de la exigencia de una nacionalidad efectiva, pues el mismo precepto de la Convención mencionada señala que ha de existir una relación autentica entre el buque y el Estado cuyo pabellón enarbolar.

En este caso, la nave es un buque de guerra de pabellón colombiano, y según los artículos 95 y 95 de la CONVEMAR, tanto el buque, como sus tripulantes tendrían inmunidad soberana, en los mismos términos del artículo 22 de Convención de Viena Sobre Relaciones Diplomáticas. Cualquier actuación del buque vincula la obligación internacional del Estado cuyo pabellón se enarbola, de acuerdo con el artículo 31 de la CONVEMAR. Y lo más importante, la Convención indica que la ley aplicable en esos buques es la ley del pabellón que enarbola.

Al equiparar el trato del buque de guerra de la entidad colombiana al derivado de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y ser evidente que la ley aplicable es la colombiana a dicha embarcación de guerra, esta Oficina es de la opinión que se le debe extender al buque en mención los mismos privilegios que se reconocen en territorio colombiano.

En razón a lo expuesto, y considerando que el Decreto 462 de 2020 fue expedido con el propósito de garantizar el abastecimiento en todo el territorio nacional, de aquellos bienes considerados esenciales para la atención de la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, la operación de abastecer con medicamentos para la dotación y alistamiento de un buque de una entidad colombiana, no se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la restricción de exportación según el espíritu del Decreto 462 de 2020.

Adicionalmente, y para este caso aplica el artículo 2 del Decreto 462 de 2020, que estableció la priorización y venta de los productos de prohibida exportación, con el propósito de proveer, según el orden allí prescrito. En esa priorización se encuentran en los literales e) y f) las entidades del Gobierno Nacional, como también las fuerzas de seguridad del estado, dentro de las cuales se encuentra la entidad colombiana. Luego, si no les fuese permitido sin ninguna restricción, contar con los elementos esenciales para su normal funcionamiento, se configuraría un contra sentido, del espíritu mismo de la medida.

Si el Decreto 462 de 2020 prevé un orden de priorización en la distribución de los productos esenciales para la contención del COVID-19, en este caso, debe aplicarse la priorización a la operación remisión de medicamentos para la dotación y alistamiento del buque de la entidad colombiana en el lugar del mundo en el que se encuentre actualmente.

Esperamos haber resuelto sus inquietudes y ratificamos la total disposición del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para apoyar a los usuarios de comercio exterior, durante el estado de emergencia provocado por el COVID-19.

En los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

[1] "La Armada Nacional tiene como función constitucional contribuir a la defensa de la Nación mediante la aplicación del Poder Naval. Además de las funciones de Seguridad y Defensa la Armada Nacional está llamada a participar en misiones orientadas a garantizar el empleo integral del mar por parte de la Nación." Tomado de <https://www.armada.mil.co/es/content/mision-armada-nacional-0>
[2] Artículo 91: Nacionalidad de los buques

1. Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón.

Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque.

2. Cada Estado expedirá los documentos pertinentes a los buques a que haya concedido el derecho a enarbolar su pabellón.

[3] Domínguez Cabrera, María del Pino. (2005). *Problemas relacionados con la nacionalidad del buque*. *Revista de derecho (Valdivia)*, 18(1), 119-144. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000100005>

[4] Artículo 95: Inmunidad de los buques de guerra en la alta mar

Los buques de guerra en la alta mar gozan de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón.

Artículo 96. Inmunidad de los buques utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial

Los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial tendrán, cuando estén en la alta mar, completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón.

[5] Casella, D. A., La inmunidad soberana y el embargo de un buque de guerra: el caso de A.R.A. Libertad, 23 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Pág.: 17-52 (2013).

Disponible en la web: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n23/n23a02.pdf> "Si bien los bienes pertenecientes a un Estado extranjero se presumen públicos y protegidos por la inmunidad de ejecución hasta que el acreedor pruebe lo contrario, no es suficiente que el mismo esté afectado a una actividad privada. Entendemos que debe probarse además, que la causa de la medida ejecutoria es la misma que ha dado origen al litigio. Por ello, la inmunidad de ejecución sobre bienes de un Estado extranjero que sirven a fines soberanos de aquel, es una derivación razonada de la inmunidad diplomática prevista en el Artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas"

[6] Artículo 22

1. Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión.

2. El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se

turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad.

3. Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución [7] Artículo 31. Responsabilidad del Estado del pabellón por daños causados por un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines no comerciales

El Estado del pabellón incurrirá en responsabilidad internacional por cualquier pérdida o daño que sufra el Estado ribereño como resultado del incumplimiento, por un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines no comerciales, de las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial o de las disposiciones de esta Convención u otras normas de derecho internacional.

[8] Delgado Knight, M.I.: El Derecho del Mar, y la aplicabilidad del principio de territorialidad, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, noviembre 2010. Disponible en la web: <https://www.eumed.net/rev/cccss/10/midk.htm> "El régimen jurídico que se aplica a los buques del Estado destinados a fines no comerciales y a los buques de guerra cuando atraviesan el mar territorial de otro país, consiste en la sujeción a la ley del pabellón que enarbolan o la ley de nacionalidad de la nave, aunque este principio no es válido cuando se realicen desde esos buques actividades delictivas contra el Estado ribereño. Tampoco es aplicable la ley del pabellón cuando los miembros de la tripulación perpetran acciones delictivas en tierra, por cuanto estas han sido cometidas ya en territorio sujeto a soberanía diferente de la nave. Fuera del mar territorial, el mar no queda sometido a la soberanía de ningún Estado, por eso, con mayor razón los buques públicos quedan sometidos únicamente a la ley de la bandera tal y como se prevé en los artículos 95 y 96 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, no obstante según el artículo 97 de esta Convención en casos de abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar que implique una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque, solo podrán incoarse procedimientos penales o disciplinarios contra tales personas ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado del pabellón o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales".

Situaciones jurídicas consolidadas del Decreto 462 de 2020 y Resolución 445 de 2020

Fecha:

17 de abril de 2020.

Problema jurídico:

¿Puede un negocio jurídico atípico, como un “forecast”, considerarse una situación jurídica consolidada a la luz de la Resolución 445 de 2020?

Regla:

[D]ependiendo de las circunstancias particulares del caso que se trate, siempre enmarcados en el contexto de contratos de compraventa o suministro internacional consolidados con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 462 de 2020, se podría afirmar que documentos como instrumentos de pago, compromisos futuros, “forecast” de producción y facturas, testimonios, declaraciones juradas, y otros medios válidos de prueba podrían acreditar situaciones jurídicas consolidadas en el marco del Decreto 462 de 2020 y la Resolución No 445 de 2020, siempre que el documento objetivamente sustente la existencia de un negocio jurídico consolidado.

Concepto

Se consulta respecto de las situaciones jurídicas consolidadas, a la luz de la Resolución 445 de 2020, en el contexto de los contratos de suministro internacional de mercaderías adelantados por empresas privadas.



I. Introducción

El artículo 1, numeral 4 de la Resolución 445 del 27 de marzo de 2020 exceptúa la aplicación de la prohibición a las exportaciones de productos necesarios para afrontar la emergencia económica provocada por el COVID-19 establecida en el Decreto 462 de 2020 en las operaciones correspondientes a situaciones jurídicas consolidadas, que se deriven de negocios jurídicos que se hubieren celebrado con fecha anterior a la entrada en vigencia del mencionado decreto, siempre y cuando presenten los soportes correspondientes.

Para nuestra Oficina resulta indicativo observar que la práctica de organizaciones multinacionales generalmente esta mediada por entramados jurídicos complejos, que incluyen transacciones, ventas u otros negocios jurídicos entre compañías vinculadas que conllevan derechos ciertos y adquiridos, si bien no siempre existe un acervo documental respaldado en contratos u órdenes de compra, sino que en su lugar, firman instrumentos de pago, “forecast” de producción, y otros instrumentos similares, los cuales si vienen acompañados o enmarcados en contratos de suministro global, internacional o regional, y son consistentes con registros históricos de exportación representativos, compromisos futuros y facturas, u otros instrumentos relacionados pueden eventualmente implicar situaciones jurídicas consolidadas en el marco de la Resolución 445 de 2020.

Cabe señalar sobre el particular que la norma admite cualquier medio de prueba que sustente dichas situaciones jurídicas consolidadas, derivadas de negocios jurídicos con fecha anterior a la entrada en vigencia del mencionado decreto, como medio de prueba idóneo para probar que existen dichos tipos de situaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, observamos también que un “forecast” de producción, o registros históricos de exportación, por si mismos no constituyen situaciones jurídicas consolidadas, sino que como ya se explicó debe existir evidencia de un marco jurídico de suministro global, internacional o regional. En otras palabras, observamos que es necesario probar que el “forecast” se encuentra enmarcado dentro de un contrato de suministro o de compraventa internacional, corroborando que efectivamente lo plasmado en el “forecast” corresponde con derechos que ingresaron al patrimonio del exportador interesado con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 462 de 2020. En los

apartados siguientes explicaremos con mayor detalle nuestra posición.

II. Las competencias de esta oficina en el marco del ordenamiento jurídico vigente

Es importante mencionar que cada una de las consideraciones de su consulta, que en aquellos aspectos específicos en los cuales insiste, y conforme al ámbito funcional que regula la actuación de esta dependencia, frente a lo cual estimamos de suma importancia destacar que todas las peticiones presentadas en relación con los temas de competencia de esta Oficina, debe ser respondida con acatamiento estricto de los parámetros normativos aplicables a la labor encomendada.

En este sentido, las actuaciones desarrolladas se encuentran en concordancia con las normas constitucionales, legales y reglamentarias que delimitan las funciones atribuidas a la dependencia, como se encuentra previsto en los artículos 2, 4, 113, 122 y 123 de la Constitución Política, es decir, con autonomía en el ejercicio de las potestades encomendadas, exclusividad en el desarrollo de tales competencias (artículo 5° de la Ley 489 de 1998, esto es, el principio de competencia administrativa) y en acatamiento de los principios de la función administrativa (artículo 209 de la Constitución Política y artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Así mismo, la competencia de esta oficina para conceptuar acerca de la aplicación de la normatividad internacional y nacional relacionada con la misión del Ministerio, no es una labor que se ejecute de manera aislada, como quiera que la misma debe ser adelantada en coordinación con otros organismos competentes, siempre observando la incidencia de dichos compromisos en las operaciones de comercio exterior y en los temas del desarrollo industrial y turístico, como lo prevé el numeral 3 del artículo 10 del Decreto 210 de 2003.

Los conceptos brindados, aun cuando no son de obligatorio cumplimiento o ejecución (tal y como lo consagra de manera expresa el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incluido por el artículo 1° de la Ley

1755 de 2015) se emiten con un alto grado de rigurosidad y responsabilidad, teniendo en cuenta las reglas de interpretación de los acuerdos y tratados internacionales, en particular los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Sin embargo, es importante aclarar que el alcance de los conceptos otorgados por las autoridades públicas, carecen de fuerza vinculante y no tienen como objetivo la decisión de casos específicos, como quiera que la valoración que se lleva a cabo es abstracta, es decir, que tiene como base la interpretación de una disposición o una serie de instrumentos normativos o jurídicos, frente a una hipótesis y no respecto de un evento específico.

Dicha condición se expresa en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado en virtud del artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, así como en los artículos 230 de la Constitución Política y 5° de la Ley 153 de 1887, conforme a los cuales los conceptos o la hermenéutica normativa deben ser tomados como criterios auxiliares de interpretación. En torno de la naturaleza y las características de esta tipología de petición, la Corte Constitucional refirió en la sentencia T-1075 de 13 de noviembre de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, lo siguiente:

“El artículo 23 constitucional establece que “toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.” En desarrollo de esta norma constitucional, el Código Contencioso Administrativo contempla, en su artículo 25. De las normas se desprenden varias características referentes al derecho a formular consultas: a. La consulta se debe hacer con respecto a materias de la competencia del consultado. b. El plazo para responderlas es de 30 días. c. Las respuestas a éstas no son vinculantes. d. Las respuestas no comprometen la responsabilidad de la entidad que las atiende. En virtud del principio hermenéutico del efecto útil se debe entender que este derecho a formular consultas implica algo diferente a la solicitud de información - aunque en la resolución de la consulta ésta puede ser suministrada- y a la expedición de copias - aunque también la absolución de ésta pueda comprender el suministro de copias de algunos documentos -. Se diferencia también de la petición en interés particular para el reconocimiento de un derecho en virtud de que mientras éste tiene una respuesta que sí vincula a la administración por constituir un acto administrativo, la



consulta, como la norma lo dispone, no tiene carácter vinculante. Establecida esta diferencia se puede afirmar que en ejercicio del derecho de consulta se puede solicitar a la administración que exprese su opinión, desde el punto de vista jurídico, sobre determinado asunto de su competencia, recalando siempre que estos conceptos no son vinculantes, puesto que no se configuran como actos administrativos”.

En un sentido similar, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en providencia de 15 de marzo de 2007, radicación No. 1801, C.P. Gustavo Aponte Santos, refirió en torno de las características de esta tipología del derecho de petición lo siguiente:

“Esta norma ha sido aplicada e interpretada en múltiples casos por la jurisprudencia del Consejo de Estado e incluso de la Corte Constitucional, fijando como elementos del derecho de petición de consultas y de los conceptos que se emitan en su respuesta, los siguientes:

a. En relación con el derecho de petición de consultas:

i. Hace parte del derecho fundamental de petición, y como tal es público, esto es otorgado a cualquier persona;

ii. Es diferente del derecho de petición en interés particular, puesto que éste tie-

ne como finalidad ejercer o buscar la protección de un derecho subjetivo y por lo mismo requiere un interés directo para su ejercicio. Por el contrario, el derecho de petición de consultas requiere de un interés simple por parte del solicitante;

iii. Es diferente del derecho de petición en interés general, pues con éste se busca que las autoridades adopten ciertas medidas en bienestar general, una de las cuales puede ser la de reglamentar una ley, y

iv. La finalidad del derecho de petición de consultas es la de buscar orientación, comunicación, información, acerca de la manera cómo actúa la administración. No puede tener como finalidad ni la decisión sobre derechos particulares, ni tampoco la interpretación de la ley.

b. En relación con los conceptos:

i. No son, en estricto sentido, actos administrativos de contenido particular, pues no definen situaciones concretas derivadas del ejercicio de derechos subjetivos, ni tampoco de contenido general, pues éstos deben ser dictados por las autoridades dentro del marco exacto de las competencias de cada una para reglamentar o ejecutar la ley, con los requisitos formales correspondientes, como por ejemplo, los decretos, las resoluciones con este contenido, etc.

ii. Como se expuso, su finalidad es la de orientar, ilustrar, informar a los particulares sobre la forma de actuar de la administración para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones.

iii. *La competencia de las autoridades está limitada a conceptuar en relación con las materias a su cargo, por lo que carece de facultad para hacerlo aún en relación con temas conexos a las mismas, y menos aún para interpretar por vía general la ley (subrayado por fuera del texto original)”.*

Expuesto lo anterior, la competencia de esta Oficina, en estricto sentido no puede definir situaciones jurídicas concretas derivadas del ejercicio de derechos subjetivos, ni tampoco de contenido general, pues éstos deben ser dictados por las autoridades dentro del marco exacto de las competencias de cada una para reglamentar o ejecutar la ley, con los requisitos formales correspondientes. Por el contrario la finalidad de los conceptos es orientar, ilustrar, informar a los particulares sobre la forma de actuar de la administración para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones.

Adicionalmente, esta oficina está limitada a conceptuar en relación con las materias a su cargo, por lo que carece de facultad para hacerlo aún en relación con temas conexos a las mismas, y menos aún para interpretar por

vía general la ley.

III. Los conceptos de situaciones jurídicas consolidadas y derechos adquiridos frente a los contratos de compraventa comercial y suministro

En el contexto de la Resolución 445 de 2020, el concepto de situación jurídica consolidada incluye el concepto de derechos adquiridos en una relación contractual.

El concepto de situación jurídica consolidada ha sido desarrollado en Colombia por la Corte Constitucional, la cual define el concepto como “un estado de cosas definido plenamente en cuanto a sus características jurídicas y a sus efectos, aun cuando estos no se hayan extinguido aún”¹. De nuevo, la diferencia central de esta figura con una mera expectativa es que en aquella existe certidumbre respecto a que los efectos del estado de cosas en cuestión se producirán (si es que no lo han hecho aún).

En cuanto a los derechos adquiridos, estos los ha definido la Corte Constitucional como “aquellos que han ingresado definitivamente al patrimonio de la persona” [2].² La Corte también clarificó que las situaciones jurídicas no consolidadas, en que los supuestos fácticos no se han realizado, no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas.

Así, se “adquiere” un derecho cuando se reúnen todos los presupuestos exigidos por la norma o el contrato para su imputación a favor del sujeto en calidad de prerrogativa jurídica individualizada [3],³ por ejemplo, cuando alguien obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero, porque se han reunido los presupuestos que prevé el ordenamiento jurídico, para im-

putar el dominio de una cosa a favor de una persona.

En el contexto del Código de Comercio, y específicamente frente a contratos de compraventa. Se predicen derechos adquiridos pues se trata de “situaciones jurídicas individuales o derechos subjetivos que emanan del derecho privado [que deben] serle respetadas íntegramente a su titular por todos los demás particulares, por la autoridad y por la ley”⁴ (Paréntesis fuera del texto original)

Por otra parte los contratos de suministro en Colombia implican un tracto sucesivo de compraventa de bienes o servicios al punto que el artículo 968 del Código de Comercio prevé que el suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

De ellos, en caso de existir, en un estado de derecho como el colombiano, igualmente se deben predicar situaciones jurídicas individuales o derechos subjetivos que emanan del derecho privado y que deben ser respetados por todos los demás particulares, las autoridades y la ley.

Asimismo, al celebrarse contratos de compraventa internacional de mercaderías se consolidan derechos en cabeza de las partes, que deben ser respetados en igual medida por los particulares, por la autoridad y por la ley.

IV. La consensualidad en la convención de naciones unidas firmada en viena sobre compraventa internacional de mercaderías – (“cisg”)

La CISG fue aprobada mediante Ley 518 de 1999, y fue declarada exequible mediante sentencia Sentencia C-529/00 de la Corte Constitucional (MP. Antonio Barrera Carbonel).

La Corte al referirse al citado instrumento manifestó en la sentencia citada estableció:

“La realidad y la práctica internacional, lleva-

ron a que la regulación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías fuese considerado como uno de aquellos temas que requería, con mayor urgencia, de una regulación uniforme que se adaptase a las necesidades del comercio internacional y que a la vez pudiesen gozar de una aceptación general por parte de los distintos sistemas jurídicos que rigen en el mundo. La Convención sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, cumplió con estos requisitos y respondió, sin lugar a dudas, a una necesidad sentida dentro de las relaciones económicas internacionales; la mejor prueba de ello es el hecho de que para finales de 1994 cuarenta y cinco (45) Estados formaban parte de esta Convención”.

Al referirse a la primacía de la autonomía de la voluntad en la Convención la misma establece:

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado en varios fallos lo siguiente:

“La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad. (Cfr. Sentencia T-338 de 1993. M.P.: Alejandro Martínez Caballero)”.

“Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce -aunque no con carácter absoluto- la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público” (Cfr. Sentencia C-367 de 1995. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo”).

Dicha Convención no somete el contrato de compraventa internacional a ningún requisito de forma. En particular, el artículo 11 dispone que no es necesario ningún acuerdo escrito

1 Sentencia C-314 de 2004 Corte Constitucional

2 *Ibidem*

3 Chinchilla Imbett, Carlos Alberto. Chinchilla Imbett, Carlos. 2018. Propiedad Privada Y Derechos Adquiridos En El Proceso De Formalización Y Clarificación De La Propiedad Del Decreto 902 De 2017 a La Luz De Los Principios Generales Del Derecho: La Buena Fe Y La Confianza Legítima. Revista Derecho Del Estado, n.º 41 (mayo), 147-71.

4 Sentencia C-192 de 2016

para la celebración del contrato. Del mismo modo se permite su modificación por el simple acuerdo entre las partes, de conformidad con el artículo 29 de la CISG. En este sentido la CISG reconoce el principio de consensualidad tanto para la formación como para la modificación y extinción. Inclusive, un contrato que se haya celebrado por escrito podría modificarse en forma verbal y viceversa.

Así mismo, el artículo 1.2 de los Principios de Unidroit que rigen a la CISG consagra la consensualidad de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, al afirmar que *“nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos testigo”*.

Incluso se ha reconocido la existencia de contratos cuando en los actos preparatorios de los mismos se pactan todos los elementos esenciales del contrato de compraventa. El Tribunal de Apelaciones de Bélgica, en fallo del 15 de mayo de 2002,⁵ determinó, con fundamento en la CISG, que un documento titulado “carta de intención” equivalía a la celebración de un contrato, pues dicho documento acumulaba todos los requisitos esenciales para entenderse como una verdadera compraventa.

La consensualidad podría limitarse en el caso de que un Estado, a través de la realización de una reserva en los términos del artículo 96 de la CISG excluya la consensualidad y obligue a las partes a celebrar contratos por escrito para que estos surjan a la vida jurídica. También obra como límite a la consensualidad el evento en que las partes pacten cláusulas de integración contractual, las cuales obligan a regirse estrictamente por lo establecido en el texto del contrato, con el objetivo de cerrar negociaciones previas y evitar interpretaciones o suplementaciones adicionales.⁶

5 Hof van Beroep Gent, 15 de mayo de 2002, Corte de Apelación de Gante (NV A.R. v. NV I.) (Design of radio phone case). Bélgica, Disponible en la web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020515b1.html>. (Consultado el 28 de septiembre de 2020)

6 Oviedo Albán, Jorge. Los principios generales en la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Num 141, septiembre diciembre de 2014, pp 987 – 1020.

V. El contrato de suministro comercial a nivel comparado

A nivel internacional es clara la relación conceptual entre el contrato de compraventa internacional y el contrato de suministro bajo la modalidad de Acuerdos globales, internacionales o regionales de suministro (global, international o regional supply agreements). De hecho, a la luz de CISG se considera que un contrato de suministro de bienes, para ser producidos o manufacturados, en esencia representa un contrato de compraventa de mercaderías,⁷ cubierto por los artículos 1 a 3 de la Convención. En ese sentido, el derecho comparado ampliamente ha considerado que la CISG cubre bajo sus principios los contratos de suministro internacional.

Para profundizar más en la figura del contrato de suministro comercial, a nivel comparado, la doctrina ha encotrado algunas características comunes:

“Es bilateral: participan dos agentes comerciales: el que ofrece el producto o servicio y el que lo demanda y paga por adquirirlo. No puede existir un tercer agente; si así fuese, la empresa proveedora tendría que elaborar un contrato para cada uno de sus clientes.

Se establece a través de consenso: todo lo estipulado en el contrato debe ser producto del consenso entre ambas partes. Ninguna de las dos impondrá las condiciones que más le favorezcan en perjuicio del bienestar de la otra. Es, en términos prácticos, una negociación.

De trato sucesivo: por lo general, los contratos de suministro comercial no contemplan el aporte de un solo producto o servicio. La relación es más bien a largo o medio plazo y con entregas sucesivas del bien o servicio.

Está regulado por la legislación vigente: aunque ambas partes fijan las condiciones que más les convienen, no pueden obviar el marco legislativo en el que se realice la negociación. Si es de carácter nacional, serán las leyes de cada país las que regulen este tipo de documentos y su aplicación; si, por el contrario, es de alcance internacional, el contrato deberá regirse por la legislación vigente en un espectro más

7 Digesto de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Pp 13-14 Disponible en la web: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-03.html#2> (Consultado el 28 de septiembre de 2020)

amplio, como sucede con un buen número de contratos

que se firman en el contexto de la Unión Europea.

Es oneroso: los bienes y servicios que se suministran no son gratuitos; tienen un precio que debe estar estipulado de forma clara y consensuada⁸.

Por otra parte, es también observable que empresas multinacionales y multilatinas acuden a este tipo de contratos en sus relaciones intracorporativas, es decir en el contexto de negocios relacionados entre sus empresas principales y subsidiarias, o afiliadas. En opinión de esta oficina, y para efectos de la valoración de las situaciones jurídicas consolidadas, este tipo de contratos o vínculos legales, por el hecho de ser intracorporativos, o entre empresas afiliadas, no pierden las características generales de los contratos de suministro, por el contrario deben ser analizados bajo el mismo rasero, siguiendo el principio de confianza legítima, sin perjuicio de los efectos que estos instrumentos puedan tener, por ejemplo, a la luz de la ley tributaria.

VI. La prueba como fundamento para determinar la existencia de un contrato bajo la cisg

En el marco de la CISG también se encuentra consagrado el principio de libertad de la prueba, admitiendo incluso la prueba testimonial como forma de probar la existencia de un contrato. En este sentido, la CISG desplaza a las normas nacionales que requieran probar que un contrato se celebró por escrito. Incluso, se ha admitido la utilización de pruebas sobre negociaciones para establecer si efectivamente un contrato existe o no.⁹ De acuerdo con el artículo 4.3.1 de los principios Unidroit y el artículo 8.3 de la CISG, se debe “interpretar la intención de las partes, de forma que, según el numeral 1, las declaraciones y otros actos de una de ellas deberán interpretarse conforme a su inten-

8 OBS School, Tendencias & Innovación ¿Cuáles son las características del contrato de suministro mercantil? Disponible en la web: <https://obsbusiness.school/es/blog-investigacion/derecho-de-empresa/cuales-son-las-caracteristicas-del-contrato-de-suministro-mercantil>. (Consultado el 28 de septiembre de 2020).

9 Ver supra.

ción cuando la otra haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. Posteriormente, el numeral 3 del mismo artículo establece que para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, además de las prácticas que hubiesen establecido entre ellas, los usos y su comportamiento ulterior”¹⁰ (subrayas fuera del texto original)

En este sentido, la prueba depende no solo de los actos celebrados y su interpretación, sino también de los usos, costumbres y comportamiento de las partes en la ejecución del negocio jurídico. Esto obliga a quien decida el caso a observar si la conducta de las partes a lo largo de la relación contractual coincide con la ejecución de un verdadero contrato de compraventa o suministro, o si en realidad se trató de acto preparatorio o de negociación que no tiene la aptitud para considerarse un contrato.

En conclusión, encontramos que para efectos de lograr que un juez – en aplicación de la CISG –, declare la existencia de un contrato de compraventa o de suministro es necesario (i) probar que hubo un acuerdo para celebrar y ejecutar un contrato de compraventa o de suministro, (ii) hacerlo mediante cualquier medio de prueba que se considere idóneo, incluyendo testimonios, documentos de negociaciones que cuenten con todos los requisitos esenciales de un contrato, entre otros y (iii) demostrar que el comportamiento de las partes durante la negociación, acuerdo y ejecución del contrato corresponden a los usos y costumbres en los contratos de compraventa internacional y que por lo tanto, a partir de este comportamiento puede deducirse que en realidad se estaba ejecutando un contrato de compraventa o suministro bajo la CISG.

Estos 3 aspectos probatorios están sujetos al análisis de cada caso concreto, y están enfocados a descifrar la realidad del negocio que se celebró, de modo que pueda determinarse el nivel de aplicabilidad de la CISG en el caso que corresponda.

VII. Las situaciones consolidadas en el Decreto 462 de 2020 y la Resolución nº 445 de 2020

Con el fin de garantizar el abastecimiento de determinados bienes con respecto a determinados productos considerados importantes para sobrellevar la crisis del COVID19, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ha expedido el Decreto 462 del 22 de marzo “Por el cual se prohíbe la exportación y la reexportación de productos necesarios para afrontar la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19, se dictan medidas sobre su distribución y venta en el mercado interno, y se adiciona el Decreto 410 de 2020” y la Resolución No. 445 de 2020 “Por medio de la cual se establecen precisiones respecto a la debida aplicación de los artículos 1, 4 y 7 del Decreto 462 de 2020”

La Resolución No. 445 de 2020 establece en la parte relevante:

“Artículo 1. Dando alcance a lo previsto en los artículos 1 y 4 del Decreto 462 de 2020 y conforme a lo previsto en su artículo 7, la prohibición de las exportaciones de los productos a los cuales se refiere esta norma, no aplicará a:

1. Las operaciones de comercio que se realicen al amparo de Sistemas Especiales de Importación – Exportación.
2. Las mercancías que, al momento de la entrada en vigencia del Decreto 462 de 22 de marzo de 2020, hubieren ingresado a puerto, aeropuerto, o depósito habilitado, con destino a la exportación.
3. Las mercancías que, al momento de entrada en vigencia del Decreto 462 de 22 de marzo de 2020, estuvieran siendo transportadas, con destino a la exportación.
4. Las operaciones correspondientes a situaciones jurídicas consolidadas, que se deriven de negocios jurídicos que se hubieran celebrado con fecha anterior a la entrada en vigencia del Decreto 462 de 22 de marzo de 2020.”¹¹

Parágrafo. Estas circunstancias deberán acreditarse ante la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, al momento de la exportación,

con copia de los contratos, facturas, órdenes de pedido o de compra o documentos similares u homólogos que demuestren la existencia de la situación jurídica consolidada antes de la entrada en vigencia de la mencionada normativa” (subrayado fuera del texto).

Así, dando alcance a lo previsto en los artículos 1 y 4 del Decreto 462 de 2020, no aplica la prohibición de las exportaciones a las mercancías que, al momento de entrada en vigencia del Decreto 462 de 22 de marzo de 2020, estuvieran siendo transportadas, con destino a la exportación y a las operaciones correspondientes a situaciones jurídicas consolidadas, que se deriven de negocios jurídicos que se hubieran celebrado con fecha anterior a la entrada en vigencia del Decreto 462 de 22 de marzo de 2020.

Sin embargo, para acreditar estas excepciones, debe presentarse ante la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, al momento de la exportación, copia de los contratos, facturas, declaraciones juramentadas, órdenes de pedido o de compra, documentos o pruebas similares u homólogas que demuestren la existencia de la situación jurídica consolidada.

Estos documentos no pueden limitarse a sustentar la proyección de ventas en 2020, sino que adicionalmente deben indicarle al funcionario que los analiza, que las programaciones o programas de ventas (“forecasts”) y las condiciones del negocio jurídico en que se enmarcan, preservan una situación jurídica existente con anterioridad la entrada en vigencia del Decreto 462 de 2020, al punto que su afectación compromete derechos adquiridos, claros y ciertos para ese momento.

En este sentido un acuerdo de suministro y la programación bajo la cual funciona dicho acuerdo, en opinión de esta oficina, no podría ser modificada con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 462, en tanto bajo ese supuesto, no sería posible predicar la certeza de la situación jurídica alegada a la luz de la Resolución 445 de 2020.

Por otra parte, en esta valoración, esta oficina sería de la opinión, que la existencia de patrones y una periodicidad en los compromisos de venta satisfechos durante los últimos años, también resultan un instrumento a considerar para efectos de valorar la existencia consuetudinaria de un relacionamiento comercial de tal certeza que en sí mismo implica derechos adquiridos y en efecto situaciones jurídicas consolidadas.

¹⁰ Oviedo Albán, Jorge. *Negociación y documentos preliminares en la contratación internacional*. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia, 22 (jun. 2012), pp 73-106.

¹¹ Párrafo 1 Resolución 445 de 2020 “Por medio de la cual se establecen precisiones respecto a la debida aplicación de los artículos 1, 4 y 7 del Decreto 462 de 2020”.

VIII. Necesidad de que toda la información aportada en desarrollo de la Resolución 445 se enmarque en un negocio jurídico que dé lugar a derechos adquiridos

Así, la Resolución 445 de 2020, las exportaciones amparadas por las excepciones establecidas en la misma, siempre y cuando lleven los soportes correspondientes, de acuerdo a dicha resolución. Es necesario que los documentos se enmarquen en un negocio jurídico que dé lugar a derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas.

Los compromisos futuros y el “forecast” son actos que se puede enmarcar o no dentro de negocios jurídicos como la compraventa o el suministro. El “forecast”¹² o previsión de ventas es una práctica de producción de las

12 Tomado de Pablo Tejeira, El contrato de Forecast. Disponible en la web: <https://pablotejeira.es/blog/forecast-que-es-y-para-que-sirve/> (Consultado el 28 de septiembre de 2020).

compañías para la estimación de ventas que una compañía establece para un determinado periodo de tiempo. Para ello se utilizan datos históricos, valoraciones del equipo de marketing, entre otros. En principio, el “forecast” o previsión de ventas es la estimación de ventas que una compañía establece para un determinado periodo de tiempo.

Ahora bien, el hecho de que el “forecast” esté enmarcado en un negocio jurídico que sea efectivamente una compraventa o un suministro es determinante para deducir si existen situaciones jurídicas consolidadas y derechos adquiridos, puesto que en caso de que el “forecast” sea en realidad una mera expectativa, no habrá ni derecho adquirido ni situación jurídica consolidada alguna.

Teniendo en cuenta que el parágrafo 1 de la Resolución 445 de 2020 establece que las situaciones jurídicas consolidadas se deben acreditar con documentos similares u homólogos que demuestren la existencia de la situación jurídica consolidada, el documento de “forecast” podría ser suficiente para acreditarlo si objetivamente demuestra que hace parte de un negocio jurídico, como un acuerdo de suministro global o internacional. La forma de probar dicho acuerdo de suministro, por otra parte, no es taxativa, y admite una amplia libertad probatoria, conforme a lo previsto por la CISG y por la propia norma comercial colombiana.

IX. Conclusión

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, dependiendo de las circunstancias particulares del caso que se trate, siempre enmarcados en el contexto de contratos de compraventa o suministro internacional consolidados con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 462 de 2020, se podría afirmar que documentos como instrumentos de pago, compromisos futuros, “forecast” de producción y facturas, testimonios, declaraciones juradas, y otros medios válidos de prueba podrían acreditar situaciones jurídicas consolidadas en el marco del Decreto 462 de 2020 y la Resolución

No 445 de 2020, siempre que el documento objetivamente sustente la existencia de un negocio jurídico consolidado.

Así, en los casos de compañías que tienen el abastecimiento interno garantizado y realizan sus exportaciones basándose en una planeación estimada de suministro bajo un “Forecast” previo a la entrada en vigencia del decreto 462 de 2020, la trayectoria de exportaciones históricas, declaraciones juramentadas y demás documentos similares u homólogos que puedan acreditar dichos compromisos de exportación, pueden considerarse como exportaciones exceptuadas, siempre y cuando los mencionados documentos sustenten la existencia de negocios jurídicos, y por lo tanto, situación jurídica consolidada bajo el amparo de la Resolución 445 de 2020.

Esperamos haber resuelto sus inquietudes y ratificamos la total disposición del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para apoyar la industria nacional durante el estado de emergencia provocado por el COVID-19.

En los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.



Viabilidad del bono tributario supeditado a compra local de materias primas

Fecha:

20 de diciembre de 2019.

Problema jurídico:

¿Es viable establecer un bono tributario, que consiste en otorgar un monto equivalente a un porcentaje del valor de las compras de materiales producidos en el país, frente a los principios y obligaciones establecidos por la Organización Mundial de Comercio (OMC) y demás acuerdos suscritos por Colombia?

Regla:

No, el bono tributario sujeto a consideración potencialmente resultaría contrario al artículo III del GATT de 1994, ya que afectaría el mercado interno de autopartes domesticas e importadas “similares”, otorgando un trato menos favorable a productos importados.

Concepto

Se consulta sobre la viabilidad de establecer un bono tributario que consiste en otorgar un monto equivalente a un porcentaje del valor de las compras de materiales producidos en el país.



1. Diseño de la medida

La propuesta incluye un bono tributario que consiste en otorgar un monto equivalente a un porcentaje del valor de las compras de materiales producidos en el país, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), que se incorporen en los bienes finales producidos por el beneficiario (autopartista o ensamblador), o por las compras de herramientas, matrices y moldes nuevos producidos en país que se utilicen en la producción, para ser empleado en el pago de impuestos nacionales, que podrá ser cedido a terceros.

2. Acuerdo sobre medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio

El artículo 1 del Acuerdo Sobre Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (Acuerdo MIC) establece que el Acuerdo se aplica únicamente a las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio de mercancías. Según el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo MIC: “ningún Miembro aplicará ninguna MIC que sea incompatible con las disposiciones de los artículos III (trato nacional de los productos importados)”. El Grupo Especial, en Brasil — Determinadas medidas relativas a la tributación y cargas, estableció que un programa de beneficio es una MIC cuando afecta a las inversiones y especialmente su aceptación o recepción, mediante un condicionamiento, restricción o incentivo, por términos de desempeño u operación, con un objetivo indirecto o directo de fomentar la producción local[1].

De acuerdo con el artículo 2.1 del MIC ningún Miembro puede aplicar ninguna MIC que sea incompatible con las disposiciones de los artículos III y XI del GATT de 1994. Adicionalmente, el artículo 2.2 establece que en el Anexo del mismo figura una lista ilustrativa de las MIC que son incompatibles con la obligación de trato nacional, prevista en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, y con la obligación de eliminación general de las restricciones cuantitativas, prevista en el párrafo 1 del artículo XI del mismo GATT de 1994. En complemento, el Grupo Especial en Indonesia- Autos concluyó que si una medida contiene prescripciones en materia de contenido nacional, ha de ser necesariamente una

medida “relacionada con el comercio”, por cuanto esas prescripciones, por definición, propician siempre la utilización de productos nacionales con preferencia a los importados y, por consiguiente, afectan al comercio. [2]

El apartado a) del párrafo 1 del Anexo del Acuerdo MIC establece que dentro de la lista ilustrativa, las MIC incompatibles con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 comprenden las que sean obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, o cuyo cumplimiento sea necesario para obtener una ventaja, y que prescriban a) la compra o la utilización por una empresa de productos de origen nacional o de fuentes nacionales, ya se especifiquen en términos de productos determinados, en términos de volumen o valor de los productos, o como proporción del volumen o del valor de su producción local.

3. Artículo III: 4 del GATT de 1994

El artículo III:4 del GATT de 1994[3] contiene la obligación de trato nacional y prohíbe la discriminación en contra de productos importados vis-à-vis productos similares domésticos. Deben darse tres condiciones para que una medida sea considerada incompatible con el artículo III[4], a saber, (a) La medida debe ser una ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de productos en el mercado interior; (b) Los productos importados y los de origen nacional deben ser “similares”; (c) Los productos importados deben recibir un “trato menos favorable”, el cual ha sido interpretado de forma que implica una modificación de las condiciones de competencia en el mercado relevante en detrimento de los productos importados.[5]

4. Aplicación del estándar legal a la medida y conclusión

Teniendo en cuenta lo anterior, la propuesta de medida, para ser implementada en condiciones idénticas a las previstas en la legislación argentina, tiene el riesgo de resultar incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC literal a). Ello, ya que podría ser caracterizada como una MIC en el marco del artículo 1 del Acuerdo por



tener el objeto de fomentar las inversiones al pretender otorgar un beneficio equivalente a impuestos pagados por concepto de insumos locales y herramientas usadas en la producción de bienes finales en el país. Este programa también tiene repercusiones en el comercio, al afectar a la venta y la compra de productos importados, incluidos los insumos utilizados en la fabricación de productos acabados e intermedios que son objeto de incentivos. A este respecto y, como se ha indicado anteriormente, si una medida contiene prescripciones en materia de contenido nacional, ha de ser necesariamente una medida relacionada con el comercio, por cuanto esas prescripciones, por definición, propician siempre la utilización de productos nacionales con preferencia a los importados y, por consiguiente, afectan al comercio.

Adicionalmente, puede concluirse que “un bono tributario” a condición que se incorporen en los bienes finales producidos en el país por el beneficiario autopartista o ensamblador, o por las compras de herramientas, matrices y moldes nuevos producidos en país que se utilicen en a la producción, es posiblemente inconforme con del artículo III del GATT de 1994, ya que tendría la forma de un reglamento o prescripción que afectaría el mercado interno de autopartes domesticas e importadas “similares,” donde los productos importados recibirían un “trato menos favorable”. Por lo anterior sería una medida discriminatoria para con los empresarios que produzcan bienes finales producidos que utilicen partes extranjeras, a quienes no se les otorgaría el beneficio.

Lo anterior, en opinión de esta Oficina, no proscribe la posibilidad de brindar incenti-

vos o subvenciones que no se encuentren condicionadas, de jure o de facto y de forma directa al uso de mercancías nacionales, la sustitución de importaciones o la promoción de exportaciones. Es el caso de incentivos donde simplemente se busca apoyar la producción en general sin que su adopción implique una discriminación de productos importados utilizados como insumo o parte de los bienes finales, lo cual no revestiría problema alguno. Tampoco se proscribe la utilización de mecanismos o instrumentos de comercio exterior como un medio para incentivar la producción, la inversión y la economía en general, siempre y cuando se respeten los compromisos de no discriminación y de no implementación de subvenciones prohibidas, o de medidas relacionadas con la inversión contrarias al principio de trato nacional. Lo propio sucede con incentivos a la inversión que no se encuentran condicionados al uso de bienes locales o a la promoción de exportaciones, de donde no se desprende necesariamente una incompatibilidad con el GATT 1994, el Acuerdo MIC, o el resto de los acuerdos abarcados de la OMC. En este contexto, observamos que el margen de acción para el diseño de un incentivo económico compatible con los compromisos del estado colombiano resulta bastante amplio y conlleva el deber de tener en cuenta estos criterios en el marco del diseño de las medidas en cuestión.

El anterior concepto se rinde en virtud de las competencias previstas en el artículo 10 del Decreto 210 de 2003, y el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Cumplimiento del artículo 13, anexo II, transporte directo dentro del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia, Perú y Ecuador, por otra parte

Fecha:

7 de octubre de 2019

Problema jurídico:

¿En las operaciones de importación de productos de origen de la Unión Europea, el tránsito de la mercancía por un tercer país conlleva, o no, a que se incumpla el requisito de transporte directo que establece el Artículo 13 del Acuerdo y por consiguiente se pierda el tratamiento preferencial?

Regla:

Una mercancía que no fue transportada directamente desde el territorio de la Unión Europea al territorio de Colombia para luego ser nacionalizada con las preferencias arancelarias sino que, por el contrario, es despachada desde uno de los países Miembros de la Unión Europea con destino a Panamá, no cumple el requisito estipulado en el Artículo 13 del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y los Estados Miembros, por una Parte, y Colombia, Perú y Ecuador, por otra Parte.

Concepto

Se consulta si, en las operaciones de importación de productos de origen de la Unión Europea, la existencia de un centro de distribución "Hub" en Panamá conlleva, o no, a que se incumpla el requisito de transporte directo que establece el Artículo 13 del Acuerdo y por consiguiente se pierda el tratamiento preferencia.



El Anexo II del “Acuerdo Comercial entre la Unión Europea (UE) y sus Estados Miembros, por una parte, y Colombia, Perú y Ecuador, por otra Parte”, en adelante el Acuerdo Multiparte, relativo a la definición de productos originarios y Métodos para la Cooperación Administrativa, establece en su Artículo 13 la Cláusula de Transporte Directo, según la cual:

“(…) 1. El tratamiento preferencial contemplado en este Acuerdo se aplica únicamente a los productos que satisfagan los requisitos de este Anexo que sean transportados directamente entre la Unión Europea y los Países Andinos signatarios. Sin embargo, los productos podrán ser transportados a través de otros territorios, de presentarse la ocasión, incluyendo trasbordos o almacenamiento temporal en esos territorios, siempre que permanezcan bajo la vigilancia de las autoridades aduaneras en el país de tránsito o de almacenamiento temporal y no se sometan a operaciones distintas a las de descarga, carga o cualquier otra operación destinada a conservarlos en buen estado (...)” (subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo señalado en el Artículo 13 del Acuerdo con la Unión Europea, el tratamiento arancelario preferencial, se aplica únicamente a los productos que sean transportados directamente entre el territorio de la Unión Europea y los países andinos. Excepcionalmente y de carácter ocasional, se autoriza el paso a través de otros territorios, incluyendo los trasbordos o el almacenamiento temporal, todo lo anterior en tanto se encuentre probada la vigilancia de las autoridades aduaneras del país de tránsito, y siempre y cuando no se hagan operaciones distintas de las de carga, descarga o mantenimiento sobre las mercancías para garantizar su buen estado.

En consecuencia, la operación comercial a la luz del tratado implica un ciclo integral que va desde la expedición del producto, con su consecuente certificación de origen, y su transporte hasta el destino final, permitiendo en caso de necesidad excepcional el paso a través de un tercer país. Ese paso “de ocasión”, por tercer país generalmente se asocia a demandas de orden geográfico, sin embargo no implica o puede implicar una interrupción de la operación comercial desde el país origen de la mercancía en curso del tránsito necesario por tercer país.

Así las cosas, no pareciera ser un elemento habilitado a la luz del Acuerdo Multiparte la existencia de Hubs o centros de redistribución, donde la mercancía, expedida como originaria o no, desde el país de origen, se le somete un proceso de redistribución, re-expedición, o procesamiento, interrumpiendo

la operación amparada desde el correspondiente país de origen hasta destino final.

Por otra parte, la autoridad aduanera colombiana debe estar en la posibilidad de certificar que la mercancía que reclama origen, ha permanecido siempre bajo la vigilancia de las autoridades aduaneras en el país de tránsito. Lo expuesto implica que la autoridad colombiana cuente con los elementos fácticos y jurídicos para constatar que la vigilancia aduanera de la mercancía que reivindica origen, en su paso por el país o zona de tránsito ha permitido preservar la integridad de dicha carga. Esto generalmente se establece por medio de la ejecución efectiva de acuerdos de asistencia mutua aduanera que permiten a la autoridad del país receptor verificar efectivamente la existencia de dicha vigilancia aduanera.

Ahora bien, como usted indica en su comunicación, la empresa fabricante que confiere y certifica el origen está en Francia (casa matriz de varias filiales), abre un centro de distribución en Panamá, denominado “Hub” Panamá que se encuentra ubicada en una zona aduanera especial denominada Zona Especial Panamá Pacífico (ZEPP). Luego la empresa en Panamá le hace un pedido a la casa matriz de mercancía suficiente para atender los pedidos de toda la región (Sur América y Centro América) y la mercancía sale de la UE acompañada de factura proforma y certificado de origen EUR 1 (Acuerdo Unión Europea-Panamá) para ser introducida a la ZEPP con un formulario de movimiento de mercancía y queda lista para pedidos de otras filiales.

La operación descrita, en nuestra opinión, no cumple con el requisito estipulado en el Artículo 13 del Acuerdo Comercial entre la UE y los Estados Miembros por una Parte y Colombia, Perú y Ecuador por otra Parte transcrito, por cuanto la mercancía no fue transportada directamente desde el territorio de la Unión Europea al territorio de Colombia para ser nacionalizada con las preferencias arancelarias, sino que por el contrario fue despachada desde uno de los países Miembros de la UE con destino a Panamá, acompañada de factura proforma y certificado de origen EUR.1(Acuerdo Unión Europea –Panamá) para ser introducida a ZEPP. Posteriormente, resulta ser la redistribución de los bienes objeto del cargamento original, de acuerdo con los pedidos que hacen otras filiales. Así las cosas, la mercancía que se transportaría de Panamá a Colombia ya no puede ser considerada como originaria, según el Acuerdo Multiparte.

De otra parte, se observa que la segunda condición prevista en el Artículo 13 del Acuerdo Multiparte no se cumple debido a

que este Acuerdo solo permite el tránsito por un tercer país, para efectuar trasbordos y almacenamientos temporales, sin que se pueda realizar respecto de la mercancía operaciones diferentes a las propias para garantizar la conservación de las mercancías. Luego la redistribución no es una operación que se haya acordado por las Partes.

Finalmente, frente al ejemplo que usted cita, esta Oficina no tiene certeza si la autoridad aduanera colombiana cuenta con los elementos necesarios para constatar la existencia de vigilancia aduanera en la zona por la que ocurre el tránsito. Lo expuesto, a la luz de los términos previstos en el Acuerdo Multiparte, de manera tal que se garanticen las condiciones mínimas de integridad de la mercancía y de la operación amparada por dicho instrumento; condiciones que, dicho sea de paso, son incorporadas como parte de la práctica usual de las autoridades aduaneras a nivel comparado.

En síntesis, del análisis realizado sobre la cláusula de “Transporte Directo” del Acuerdo Multiparte, se observa que no es posible aplicar al tratamiento arancelario preferencial a la operación descrita en su comunicación, por cuanto:

- 1- El Artículo 16 del Anexo II, regula lo concerniente al procedimiento de expedición de la prueba de origen, indicando que la autoridad pública competente de la parte exportadora expedirá un certificado de circulación de mercancías EUR.1 con destino a Colombia.
- 2- El Artículo 13 del Anexo II, establece la cláusula de transporte directo, en la que se indica que la mercancía para ser considerada como originaria de las partes, debe ser transportada directamente desde el territorio de las partes y que cuando se transporte a través del territorio de un país no parte, deba cumplir ciertas condiciones como por ejemplo no ser manipuladas o modificadas, y estar sujeto a vigilancia aduanera, entre otras.
- 3- El concepto de originario será tenido en cuenta únicamente cuando ocurra el intercambio comercial entre las Partes del Acuerdo, esto es entre Colombia y alguno de los Países Miembros de la Unión Europea.

Concepto sobre la aplicación de los criterios para el establecimiento de especificaciones o estándares técnicos requeridos en licitaciones públicas, a la luz de los capítulos de compras públicas

Fecha:

28 de octubre de 2019.

Problema jurídico:

¿Los estándares técnicos que se establecen en un proceso de compra pública se pueden establecer en función de las propiedades específicas, funcionalidades concretas y delimitadas a normas nacionales o internacionales específicas o de ciertos países?

Regla:

Las normas o reglamentos técnicos se deben establecer en función de las propiedades de uso y empleo y de los requisitos funcionales, en lugar de su diseño o de sus características descriptivas, a menos que exista una justificación debidamente soportada en el pliego que sustente la necesidad de un requerimiento o norma específica.

Concepto

Se consulta sobre la aplicación de las obligaciones del Capítulo de Compras, en lo relativo al requerimiento de estándares técnicos específicos asociados a una licitación en Colombia.



1. Resumen

Sea lo primero señalar que, en opinión de esta Oficina, frente a proveedores protegidos por un Acuerdo Comercial con disciplina de Compras Públicas, las entidades públicas en sus procesos de contratación no deben estipular que los oferentes cumplan con determinados reglamentos o normas técnicas, cuando eventualmente se impongan en desmedro de bienes de origen de un socio comercial, beneficiado por la disciplina de Compras Públicas, con similar calidad y especificaciones a las del bien requerido, pero orientados por un estándar o reglamento distinto.

Sin embargo, si una entidad pública requiere exigir normas o reglamentos específicos, dado que estos y solo estos son los que garantizan una calidad o especificación técnica requerida por la administración, debe, entonces, incluir en el pliego una justificación adecuada y suficiente, por la cual se sustente que determinado estándar satisface el nivel mínimo establecido por la entidad, y que no le resulta admisible el uso de otro estándar distinto.

En todo caso, siempre se debe dejar abierta la posibilidad para que todos los oferentes interesados presenten propuestas con normas o reglamentos técnicos “similares o equivalentes” a las especificaciones técnicas solicitadas en los pliegos, para garantizar de esta manera un procedimiento transparente y la participación de un mayor número de oferentes.

La opinión antes expresada se sustenta en las consideraciones expuestas a continuación:

2. Normas aplicables sobre compras públicas y especificaciones técnicas a la consulta.

En materia de Contratación Pública los compromisos internacionales establecidos en los Tratados de Libre Comercio con Capítulo de Contratación Pública, como por ejemplo el TLC con la Unión Europea, con Canadá y con Estados Unidos, entre otros, obligan a Colombia a otorgar un trato preferente. Esto incluye entre otros los aspectos relativos a los requerimientos en cuanto a las especificaciones técnicas.

Por ejemplo, en el marco del Acuerdo Comercial con la Unión Europea, bajo el Título VI, se señala que una «especificación técnica»:

“(a) Establece las características de las mercancías o servicios que se contratarán, incluidas la calidad, las propiedades de uso y empleo, la seguridad y las dimensiones, o los procesos y métodos para su producción o suministro; o

(b) se refiere a terminología, símbolos o requisitos sobre embalaje, marcado o etiquetado, en la medida en que sean aplicables a una mercancía o servicio;”

Con respecto a las obligaciones establecidas en la materia de especificaciones técnicas, el Artículo 181 del Título VI del Acuerdo Comercial referido establece:

“1. Las entidades contratantes no prepararán, adoptarán o aplicarán especificaciones técnicas ni prescribirán procedimientos de evaluación de la conformidad con el propósito de crear obstáculos innecesarios al comercio internacional, o que tengan ese efecto”.

La disposición enunciada tiene singular importancia a la luz del derecho internacional, en tanto implica la obligación de justificar porque las especificaciones técnicas establecidas en una licitación, no conllevan un obstáculo al comercio internacional, y en caso de implicar un obstáculo al comercio internacional, debe justificarse porque dicha traba es necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la administración. Dichos objetivos perseguidos por la administración en una licitación específica en todo caso deben ser razonables. El Artículo 181 del Acuerdo comercial citado adicionalmente establece:

“2. Al prescribir las especificaciones técnicas para las mercancías o servicios objeto de contratación, las entidades contratantes, según proceda:

(a) establecerán las especificaciones técnicas más bien en función de las propiedades de uso y empleo y de los requisitos funcionales en lugar de su diseño o de sus características descriptivas; y

(b) basarán las especificaciones técnicas en normas internacionales, cuando éstas existan o, de lo contrario, en reglamentos técnicos nacionales, en normas nacionales reconocidas o en códigos de construcción”.

El literal a, de este numeral 2 del Artículo 181 del Acuerdo Comercial refiere a la necesidad de la Administración de privilegiar el criterio de utilidad, funcionalidad y uso final, sobre el

criterio estético o descriptivo de un bien. No resulta en consecuencia adecuada una justificación sobre la escogencia de un estándar técnico sobre otro, en tanto el mismo no privilegie los criterios de uso, empleo y funcionalidad. El diseño y la descriptividad son admisibles como criterios, en tanto se haya primero satisfecho el criterio funcional.

El literal b de la disposición en comento, por otra parte, refiere a la necesidad que las especificaciones no obedezcan a un criterio caprichoso o autárquico, y que por el contrario privilegien normas internacionales o normas nacionales reconocidas o códigos de construcción avalados internacionalmente.

Recordemos que la Ley 80 de 1993 prescribe en su Artículo 4, numeral 5 que las entidades públicas:

5o. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.

De lo expuesto se desprende que, las normas o estándares internacionales que se privilegian son aquellos en las cuales Colombia ha participado directamente en su elaboración o evolución, en el contexto de un organismo internacional técnico o de normalización del cual nuestro país es Parte. La condición de Parte de dicho tratado se define por el hecho de que el tratado estableciendo la organización internacional de normalización o regulación correspondiente, haya surtido el procedimiento constitucional requerido para los efectos.

Existen otros estándares internacionales que han evolucionado a nivel privado, por entidades técnicas que convocan la participación de expertos técnicos de todo el planeta. Dichos estándares si bien “internacionales” para su admisión en Colombia deben ser avalados por un instrumento internacional o en su defecto por una autoridad nacional, con competencias regulatorias en la materia objeto del estándar, para efectos de hacer este último “obligatorio”, o en su defecto “de uso recomendable o sugerido”.

No siendo lo anterior el caso, o en tratándose de un estándar nacional reconocido, como por ejemplo sucede con los estándares técni-

cos de los Estados Unidos, la Unión Europea o el Japón, debe mediar, sino una aceptación expresa por la autoridad colombiana, consignada en un acuerdo o instrumento internacional, una justificación técnica suficiente en el pliego o anexo a él, motivando por qué, el estándar requerido por la administración, resulta idóneo frente otros estándares nacionales e internacionales, a tal punto que se privilegia el cumplimiento del mismo, sobre otras regulaciones técnicas, en los bienes a proveer.

El Artículo 181 del Acuerdo comercial, incluso precisa aún más lo antes expuesto cuando dispone:

“3. Cuando se usen el diseño o las características descriptivas en las especificaciones técnicas, las entidades contratantes deberán indicar, cuando proceda, que considerarán las ofertas de mercancías o servicios equivalentes que se pueda demostrar que cumplen los requisitos de la contratación, mediante la inclusión en el pliego de condiciones de la expresión «o equivalente» u otra similar.

4. Las entidades contratantes no prescribirán especificaciones técnicas que exijan determinadas marcas de fábrica o de comercio o nombres comerciales, patentes, derechos de autor, diseños o tipos particulares, ni determinados orígenes, fabricantes o proveedores, ni harán referencia a ellos, a menos que no haya otra manera suficientemente precisa o inteligible de describir los requisitos exigidos para la contratación, y a condición de que, en tales casos, la entidad haga figurar en el pliego de condiciones la expresión «o equivalente» u otra similar”.

En efecto, es menester que en las licitaciones públicas las especificaciones técnicas contribuyan al mandato que tienen las entidades de que las licitaciones obedezcan a reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, y que aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación (Ley 80 de 1993, Artículo 25.5 (b)).

En síntesis, las entidades contratantes colombianas deben seguir los parámetros anteriormente transcritos y por lo tanto no deben adoptar o aplicar especificaciones técnicas con el propósito o efecto de crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. Además, las entidades cubiertas al prescribir especificaciones técnicas, deben establecerlas en función de las propiedades de uso y empleo y de los requisitos funcionales en

lugar de su diseño o de sus características descriptivas. Por lo anterior, no se considera acorde con el Acuerdo Comercial incluir normas o reglamentos técnicos determinados, a menos que exista una justificación debidamente soportada en el pliego que sustente el específico requerimiento.

Al examinar el caso consultado, no es competencia de esta oficina juzgar la actividad de una entidad u otra, así como tampoco, determinar si existe la información suficiente para establecer que una u otra entidad cubierta está sustentando inadecuadamente la exigencia de ciertas normas o reglamentos técnicos, o denegando el trato previsto en el Acuerdo a bienes similares, o equivalentes, originarios o proveídos de un socio comercial, al amparo de un instrumento internacional de comercio preferencial.

No obstante lo anterior, a la luz de las obligaciones internacionales transcritas, esta Oficina se permite reiterar que los estándares, requerimientos, requisitos o reglamentos técnicos deban cumplir con los principios normativos antes prescritos y ser objeto de la depuración que corresponda, con arreglo a lo expuesto en esta opinión, por parte de las entidades contratantes, como quiera que es principio fundamental de la etapa de selección del contratista el de garantizar la igualdad de los oferentes, la libre concurrencia de todos los interesados y la transparencia. Lo anterior, con el objeto de que la entidad cumpla con la selección objetiva.

3. Conclusiones

i. Una entidad contratante no preparará, adoptará o aplicará especificaciones técnicas con el propósito de crear obstáculos innecesarios al comercio internacional, o que tengan ese efecto. De lo contrario se imposibilitaría que todos los oferentes de cualquier Parte de un Acuerdo vigente con Colombia con Capítulo de Compras Públicas pueda acceder en condiciones de igualdad a determinado proceso de compra pública.

ii. Las entidades públicas en sus procesos de contratación no deben prescribir que los oferentes cumplan normas técnicas o reglamentos técnicos determinados por encima de otros. Sin embargo, si una entidad pública requiere exigir normas o reglamentos particulares, debe incluir en el pliego la justificación por la cual se considera que solo ese requisito satisface el nivel mínimo establecido por la entidad. En todo caso, siempre se debe dejar abierta la posibilidad para que

oferentes que presenten propuestas con normas o reglamentos técnicos equivalentes a las especificaciones técnicas requeridas en los pliegos, para garantizar un procedimiento transparente, en condiciones de igualdad y un mayor número de oferentes.

Es importante reiterar que de acuerdo con lo previsto en el Decreto 210 de 2003 en armonía con lo previsto en la ley 1437 DE 2011-Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Artículo 28, esta Oficina no tiene la competencia para resolver ni pronunciarse frente a casos particulares y concretos y los conceptos que emite no son vinculantes.

A close-up photograph of several pig snouts, showing their pinkish, textured skin and dark nostrils. The snouts are slightly dirty with some brown residue. The background is dark and out of focus.

Memorando OALI-2019-000089

Brote de peste porcina africana en Bélgica

Fecha:

18 de octubre de 2019.

Problema jurídico:

¿Cuáles son las normas aplicables en el Acuerdo y las demás disposiciones en el ámbito del comercio internacional, que regulan la suspensión temporal de las importaciones de animales y productos de riesgo, con carácter precautorio, por situaciones sanitarias y fitosanitarias?

Regla:

Las normas aplicables a la suspensión temporal de las importaciones de animales y productos de riesgo incluyen el Acuerdo Comercial, el Acuerdo MSF, así como los parámetros de la OIE.

Concepto

Se consulta sobre la conformidad con el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia, el Perú y Ecuador, por otra (Acuerdo Comercial) de la suspensión temporal de las importaciones de animales y productos de riesgo, con carácter precautorio, ordenada por Colombia con ocasión de la notificación del brote de peste porcina africana en cerdos salvajes.

1. Resumen ejecutivo

El día 25 de septiembre de 2018, un instituto de Colombia informó a la Directora General de la Agencia Federal para la Seguridad de la Cadena Alimentaria de un socio comercial que, con ocasión de la notificación del brote de peste porcina africana en cerdos salvajes que se había realizado por el servicio veterinario de ese país, se dispuso con carácter precautorio la suspensión temporal de las importaciones de animales y productos de riesgo, hasta tanto se procediera a la remisión de un informe detallado del control efectuado, junto con la restitución de la condición de país libre de esa enfermedad.

El día 15 de octubre de 2018, el Directorio General para la Salud y la Seguridad Alimentaria del socio comercial comunicó a Colombia la necesidad de atender el protocolo de notificaciones y consultas previsto en el artículo 97 del Acuerdo Comercial, al igual que lo concerniente a la discusión posterior frente a las medidas de emergencia adoptadas en el marco de lo señalado en el artículo 98 de dicho Acuerdo, además de contemplar aspectos como la regionalización y el reconocimiento de áreas libres de la enfermedad o de baja prevalencia de ésta, en concordancia con los parámetros de la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE).

Esta Oficina considera que es muy probable que las medidas de emergencia adoptadas por la autoridad competente en la República de Colombia se encuentran acordes con el artículo 98 del Acuerdo Comercial. No obstante, las mismas tienen un carácter transitorio y provisional.

Es importante señalar que, en la determinación de áreas libres de peste o enfermedad, así como áreas con baja prevalencia de peste o enfermedad, se debe surtir el procedimiento a ser desarrollado por el Subcomité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (artículos 94 y 103, Acuerdo Comercial). En igual sentido, se establece esta posibilidad en el artículo 6 del Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo MSF y OMC, respectivamente) y en el artículo 15.1.4 del Código Sanitario de la OIE.

En el marco del Acuerdo Comercial, para la adopción de medidas alternativas se pueden celebrar consultas entre las partes (artículos 98 y 99, Acuerdo Comercial), al igual que para la valoración de medidas equivalentes, de acuerdo con las disposiciones y con el procedimiento fijado por el Subcomité de

Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (artículo 95, Acuerdo Comercial).

En el marco de las consultas que se desarrollen entre las Partes para el estudio de las medidas sanitarias y fitosanitarias adoptadas respecto de los productos que sean objeto de comercio entre aquéllas, se deben valorar situaciones como el riesgo y el nivel adecuado de, al igual que las medidas de compartimentación y demás señaladas, en materia de importación o tránsito de mercancías seguras, zonas de contención y demás recomendaciones realizadas por la OIE, a través del Código Sanitario para los Animales Terrestres.

Cualquier controversia o situación relacionada con el cumplimiento de lo acordado en el Capítulo 5 del Acuerdo Comercial se podrá ventilar a través del Subcomité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (artículos 103 y 104, Acuerdo Comercial).

Las comunicaciones deben realizarse a través de los puntos de contacto descritos en el Apéndice IV del Capítulo 5 del Acuerdo Comercial.

2. Régimen jurídico aplicable

2.1. Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Colombia:

Para el análisis del asunto planteado, se tomará como fundamento el contenido de Capítulo 5 (sobre medidas sanitarias y fitosanitarias) del Título III (comercio de mercancías), al igual que, en lo pertinente, el Anexo VI, correspondiente a las medidas sanitarias y fitosanitarias del Acuerdo Comercial. En particular, el artículo 86 del Acuerdo Comercial, el cual establece que las Partes reafirman los derechos y obligaciones en virtud del Acuerdo MSF.

2.2. Acuerdo MSF y otras normas concordantes:

Se tendrá en cuenta tanto el Acuerdo MSF, como las disposiciones remisorias a instrumentos complementarios como el Código de Ética para el Comercio Internacional de Alimentos, en el marco de la Comisión del Codex Alimentarius, así como el Código Sanitario para Animales Terrestres de la OIE.



3. Análisis del caso

3.1. Antecedentes:

De acuerdo con los documentos allegados con la comunicación electrónica del solicitante, se observa lo siguiente:

- Mediante el Oficio No. 20182118933 de 25 de septiembre de 2018, suscrito por el Subgerente de Protección Fronteriza del Instituto Colombiano, se informa a la Directora General de la Agencia Federal para la Seguridad de la Cadena Alimentaria del socio comercial que, con ocasión de la notificación del brote de peste porcina africana en cerdos salvajes que se había realizado por el servicio veterinario de ese país, en el marco de las medidas de bioseguridad previstas en el Código Sanitario para los Animales Terrestres de la OIE, Capítulo 15.1, se dispuso con carácter precautorio la suspensión temporal de las importaciones de animales y productos de riesgo, hasta tanto se procediera a la remisión de un informe detallado del control efectuado, junto con la restitución de la condición de país libre de esa enfermedad.

- A través de comunicación de 15 de octubre de 2018, el Directorio General para la Salud y la Seguridad Alimentaria del socio comercial reitera la necesidad de atender el protocolo de notificaciones y consultas previsto en el artículo 97 del Acuerdo Comercial, al igual que lo concerniente a la discusión posterior frente a las medidas de emergencia adoptadas en el marco de lo señalado en el artículo 98 de dicho Acuerdo, además de contemplar aspectos como la regionalización y el reconocimiento de áreas libres de la enfermedad o de baja prevalencia de ésta, en concordancia con los parámetros de la OIE.

En atención a lo anterior y a los demás aspectos incorporados en la comunicación electrónica aludida al inicio, se procederá a analizar el asunto, conforme al marco jurídico referido en el acápite anterior.

3.2. Análisis de la normativa aplicable:

El Acuerdo Comercial establece en el Título III (comercio de mercancías), Capítulo 5 (medidas sanitarias y fitosanitarias), algunos temas relevantes referidos al aspecto concreto consultado:

- **Protección de intereses y facilitación del comercio:**

El literal “a” del párrafo 1 del artículo 85, contempla el objetivo de proteger la vida y la salud de las personas, animales y vegetales en los territorios de las Partes, así como facilitar el comercio entre éstas.

En desarrollo de este postulado se prevén disposiciones relacionadas con los requisitos y el procedimiento de importación (artículos 91 y 92, Acuerdo Comercial), al igual que lo relativo a las verificaciones de los sistemas de control (artículo 93, Acuerdo Comercial); también se contemplan normas sobre medidas de emergencia (artículo 98, Acuerdo Comercial), medidas alternativas (artículo 99, Acuerdo Comercial) y de equivalencia (artículo 95, Acuerdo Comercial).

- **Concordancia de las medidas y soporte científico:**

El literal “c” del párrafo 1 del artículo 85, establece la necesidad de asegurar que las medidas sanitarias y fitosanitarias no terminen constituyendo un obstáculo injustificado al comercio entre las Partes.

En este mismo sentido, el artículo 90 prevé como principios generales que estas medidas no podrán ser empleadas como obstáculos injustificados al comercio entre las Partes (párrafo 1) y que los procedimientos dispuestos no podrán ser utilizados para demorar el acceso de productos al mercado local, sin justificación técnica o científica (párrafo 3).

Como desarrollo de este aspecto se contemplan disposiciones en materia de la adopción de medidas vinculadas a la sanidad animal y vegetal (artículo 94).

- **Procedimientos para resolver inconvenientes:**

El literal “d” del párrafo 1 del artículo 85, prevé que deberán desarrollarse mecanismos y procedimientos de solución eficiente de los problemas que surjan de la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias por las Partes.

En concordancia con lo anterior se pueden mencionar las disposiciones en torno del Subcomité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (artículo 103) y lo concerniente a la resolución de controversias (artículo 104), además de lo mencionado en el artículo 90 (párrafo 2), acerca de los principios que habrán de aplicarse a los procedimientos, como son el de transparencia, el de oportunidad (sin demoras injustificadas) y el de similitud (respecto de las condiciones y requisitos exigibles).

- **Intercambio de información:**

El literal “e” del párrafo 1 del artículo 85, refiere la necesidad de reforzar la comunicación y colaboración entre las autoridades con la competencia en la materia.

Respecto de este aspecto, se proveen normas acerca de las autoridades competentes y puntos de contacto (artículo 87, así como los apéndices 1 y 4 del Anexo VI del Acuerdo Comercial), de transparencia e intercambio de información (artículo 96, Acuerdo Comercial), de mecanismos de notificación y consultas (artículo 97, Acuerdo Comercial) y de asistencia técnica y fortalecimiento de capacidades (artículo 101, Acuerdo Comercial).

De conformidad con ese marco general, se abordará el estudio de los temas que se encuentran involucrados en la solicitud, los cuales se describen a continuación:

- **a. Establecimiento de medidas de emergencia:**

El artículo 98 del Acuerdo Comercial contempla la posibilidad de adoptar medidas para la protección de la salud pública o la sanidad animal y vegetal, las cuales revisten las siguientes características:

- Proceden por motivos graves de riesgo para la salud pública o la sanidad animal y vegetal.

- Tienen un ámbito de aplicación limitado, toda vez que son provisionales y transitorias.

- Deben ser necesarias, esto es, corresponder a la solución que resulte más conveniente y proporcionada, a efectos de evitar perturbaciones innecesarias al comercio.

Así mismo, el párrafo 5 del artículo 94 establece que para la determinación de áreas libres de plagas o enfermedades y de baja prevalencia de tales fenómenos, el país importador basará su determinación, en principio, en el estatus sanitario o fitosanitario del país exportador y en la información que proporcione la Parte exportadora según los estándares internacionales definidos.

En concordancia con el artículo 86, en materia de derechos y obligaciones de las Partes, debe atenderse lo dispuesto en el Acuerdo MSF el cual prevé que la aplicación de estas medidas sanitarias y fitosanitarias se circunscribirá a los siguientes parámetros, según el artículo 2:



- Que sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (párrafo 2).
- Que esté basada en principios científicos (ibídem).
- Que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes (ibídem, en concordancia con el párrafo 7 del artículo 5).
- Que no constituyan una discriminación arbitraria e injustificable frente a los Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares (párrafo 3).
- Que no impliquen una restricción encubierta del comercio internacional (párrafo 3).

El artículo 3 de este Acuerdo MSF contempla las disposiciones en relación con la armonización de las medidas, para lo cual prevé que la conformidad de éstas con normas, directrices o recomendaciones internacionales tiene como efectos los siguientes, según el párrafo 2:

- Se entienden necesarias para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales.

- Se presume su compatibilidad con las normas del Acuerdo MSF y del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

En este sentido, las medidas adoptadas con fundamento en parámetros internacionales se entienden necesarias para la protección de la salud de animales y personas y se presumen compatibles con las normas relativas al comercio internacional lo que, ante motivos graves de riesgo, supondrían su procedencia como medidas de emergencia, en el marco del Acuerdo Comercial, en tanto se dispongan como transitorias y provisionales.

Respecto de las referencias internacionales, en concordancia con el párrafo 4 del artículo 3 del Acuerdo MSF, se tomarán para el comercio de animales el Código Sanitario para los Animales Terrestres de la OIE y el Código de Ética para el comercio internacional de alimentos de la Comisión del Codex Alimen-

tarius, respecto del comercio de alimentos derivados de los animales.

El Código Sanitario contempla en su artículo 1.2.1 que las enfermedades, infecciones e infestaciones incluidas en la lista de la OIE tiene como fin el de proporcionar información necesaria para la adopción de las medidas que se estimen más apropiadas para prevenir la propagación transfronteriza de las mismas.

El artículo 1.3.5 del Código Sanitario incluye, dentro de las enfermedades e infecciones de los suidos, a la infección por virus de peste porcina africana.

En el Capítulo 5.3, el Código Sanitario contempla procedimientos relativos al Acuerdo MSF, los cuales se basan en la equivalencia de las medidas y en el análisis y la gestión del riesgo asociado a la enfermedad para la salud de personas y animales. En cuanto a los principios para la determinación de la equivalencia, el artículo 5.3.5, numeral 1, estipula lo siguiente:

“el país importador tiene el derecho de esta-

blecer el nivel de protección que considere adecuado en relación con la vida y la salud de las personas y la sanidad de los animales en su territorio; dicho nivel adecuado de protección puede expresarse en términos cualitativos o cuantitativos (...)”.

Adicionalmente, respecto de la infección por el virus de la peste porcina africana, el Capítulo 15.1 del Código Sanitario contempla algunas normas en torno de los animales y productos referidos a su comercio internacional, de las cuales se enuncian, entre otras, las siguientes:

- El artículo 15.1.2 señala que independientemente del estatus sanitario del país o la zona de exportación respecto de esta infección, no deberán exigir ningún tipo de condición cuando se autorice la importación o el tránsito de carne en un recipiente sellado herméticamente (con un valor FOB de 3 o superior), de gelatina, y de otras mercancías de suidos según las disposiciones pertinentes incluidas en ese Capítulo.

- El artículo 15.1.3 establece los criterios aplicables para la determinación del estatus sanitario de un país, zona o compartimiento respecto de la peste porcina africana.

- El artículo 15.1.9 contempla las recomendaciones para las importaciones procedentes de países o zonas que no están libres de peste porcina africana, respecto de los cerdos domésticos y silvestres cautivos.

- El artículo 15.1.32 prevé algunos parámetros referidos al programa de vigilancia del virus de la peste porcina africana en los cerdos silvestres y asilvestrados y en los suidos silvestres africanos.

De acuerdo con la consulta realizada en el Sistema Mundial de Información Zoonosaria (WAHIS), respecto de los socios comerciales se observa lo siguiente:

- En el informe de seguimiento No. 45 de 19 de agosto de 2019, remitido por el Dr. Jean-François Heymans, Director de Sanidad Animal y de Seguridad de los Productos de Origen Animal, Agencia Federal para la Seguridad de la Cadena Alimenticia (FASFC), Bruselas, Bélgica, se da cuenta de la resolución, el 11 de agosto de este año, del foco de infección de peste porcina africana que dio inicio el 9 de septiembre de 2018 en Saint-Léger, Valonia, provincia de Luxemburgo, con ocasión de su detección en un jabalí (Sus scrofa - Suidae), el cual fue eliminado.

En dicho informe se da cuenta que esta enfermedad es recurrente en el país, presentándose el último evento que antecedió al referido, en el año 1985.

- En el informe de seguimiento No. 35 de fecha 9 de septiembre de 2019, remitido por el Dr. Pawel Niemczuk, Director Veterinario del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Varsovia, Polonia, se da cuenta que los 58 focos de peste porcina africana fueron resueltos entre el 14 de abril y el 17 de mayo hogaño, luego del inicio de los mismos el 2 de enero de 2019 respecto de su hallazgo en 110 ejemplares de jabalí (Sus scrofa - Suidae) los cuales murieron.

En este informe se da cuenta que esta enfermedad es recurrente en el país, presentándose el último evento que antecedió al referido, en el mes de diciembre de 2018.

Por otro lado, en cuanto al Código de Ética (CAC/RCP 20.1979), aplicable respecto del comercio internacional de alimentos (artículo 1), contempla en el numeral 4.2 del artículo 4 lo siguiente:

“Sin perjuicio de los derechos y obligaciones otorgados por los acuerdos bilaterales o multilaterales, no se debería autorizar, exportar o reexportar ningún alimento, inclusive en el contexto de transacciones en condiciones de favor y ayuda alimentaria, que no cumpla con los requisitos impuestos por la legislación del país exportador, excepto disposición contraria de la legislación que pueda estar vigente en el país importador o explícitamente aceptada por las autoridades competentes del país importador, teniendo en cuenta las disposiciones de las normas y textos afines del Codex cuando corresponda”.

b. Establecimiento de medidas alternativas:

El artículo 99 del Capítulo 5 (sobre medidas sanitarias y fitosanitarias) del Acuerdo Comercial, prevé la posibilidad de llegar a una concertación en torno de medidas alternativas o de condiciones de importación adicionales respecto de las medidas adoptadas por la parte exportadora, cuando se afecte el comercio y, en el evento en que se estime apropiado, se basen en estándares internacionales o resulten equivalentes para el nivel de protección requerido.

Respecto de las medidas de emergencia, previstas en el artículo 98, en el párrafo 3, en el marco de las consultas que se surtan con ocasión de su adopción, se pueden conside-

rar opciones para facilitar la aplicación o la sustitución de las medidas.

Por su parte, en el Acuerdo MSF, el artículo 5 contempla como principio para la incorporación de este tipo de instrumentos de protección de la vida y la salud de las personas y animales, así como de la sanidad vegetal, que se lleve a cabo una evaluación del riesgo a efectos de determinar un nivel adecuado de protección. En este sentido refiere lo siguiente:

- La evaluación debe ser adecuada a las circunstancias, así como a los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y animales o para la preservación de los vegetales, de conformidad con las técnicas elaboradas por las organizaciones internacionales competentes (párrafo 1).

- En la medición del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria se deberá considerar por el Miembro la necesidad de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio que pueda generar la medida (párrafo 4).

- Sin perjuicio de lo dispuesto en materia de las medidas adoptadas con fundamento en normas, directrices o recomendaciones internacionales, los Miembros deben asegurarse que las medidas “(...) no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica” (párrafo 6).

Teniendo como parámetro como referente internacional señalado antes, el Código Sanitario, éste refiere en torno de la evaluación del riesgo en su artículo 2.1.3, lo siguiente:

“1. La evaluación del riesgo deberá ser flexible para adaptarse a la complejidad de las situaciones reales. No existe ningún método que se aplique a todos los casos. La evaluación del riesgo deberá poder tener en cuenta la variedad de mercancías de origen animal, los múltiples peligros que se pueden identificar en una importación y la especificidad de cada enfermedad, así como los sistemas de detección y vigilancia, las condiciones de exposición y los tipos y cantidades de datos y de información.

2. Son válidos tanto el método de evaluación cualitativa como el de evaluación cuantitativa del riesgo.

3. La evaluación del riesgo deberá basarse en la información científica disponible más

actualizada. Deberá estar debidamente documentada y sustentada por referencias a publicaciones científicas y a otras fuentes, incluida la opinión de expertos.

4. La coherencia y la transparencia de los métodos de evaluación del riesgo son esenciales para garantizar la imparcialidad y racionalidad de la evaluación, la coherencia de las decisiones y la facilidad de comprensión por todas las partes interesadas.

5. Las evaluaciones del riesgo deberán dar cuenta de las incertidumbres y las hipótesis formuladas, así como de su influencia en el resultado final.

6. El riesgo es mayor cuanto mayor es la cantidad de mercancías importadas.

7. Deberá poderse actualizar la evaluación del riesgo en caso de obtenerse información complementaria”.

Así mismo, en el artículo 5.3.3 se incluyen unas consideraciones generales acerca de la determinación de la equivalencia de las medidas, lo que está acorde con la consignación de este principio en el artículo 95 del Capítulo 5 del Acuerdo Comercial. En concordancia con las normas que regulan el comercio internacional, el artículo 5.3.1 estipula lo siguiente:

“El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) alienta específicamente a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) a basar sus medidas sanitarias en normas, directrices y recomendaciones internacionales, cuando éstas existen. Los Miembros pueden decidir implementar medidas sanitarias más rigurosas que las de las normas internacionales, si se consideran necesarias para la protección animal o la salud humana y si se justifican científicamente mediante un análisis del riesgo. En ese caso, los Miembros deberán adoptar un enfoque en consonancia con la gestión del riesgo”.

Por su parte, respecto de la peste porcina africana, el Código Sanitario prevé en el Capítulo 15.1 una serie de recomendaciones aplicables a las importaciones de cerdos domésticos o silvestres cautivos, del semen de éstos, de carnes frescas de dichos animales, de embriones de cerdos domésticos recolectados in vivo, de productos cárnicos de cerdos, de cerdas de cerdos, de estiércol sólido o líquido de cerdos, de pieles y trofeos de suidos y de otros productos de cerdos, tanto de países libres de dicha infección como de

los que no.

Por otra parte, en el marco de la Comisión del Codex Alimentarius y de la Organización Panamericana de la Salud, se propugna por la implementación de un sistema HACCP para el control sanitario y de inocuidad de alimentos, cuyos principios son los siguientes, de acuerdo con la información que se encuentra disponible en la siguiente página web:

https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=10913:2015-sistema-haccp-siete-principios&Itemid=41452&lang=en

- Principio 1: Realizar un análisis de peligros e identificar las medidas preventivas respectivas.

- Principio 2: Determinar los puntos críticos de control.

- Principio 3: Establecer límites críticos.

- Principio 4: Establecer un sistema de control para monitorear el PCC.

- Principio 5: Establecer las acciones correctivas a ser tomadas, cuando el monitoreo indique que un determinado PCC no está bajo control.

- Principio 6: Establecer procedimientos de verificación para confirmar si el sistema HACCP está funcionando de manera eficaz.

- Principio 7: Establecer documentación para todos los procedimientos y registros apropiados a esos principios y su aplicación.

De acuerdo con lo anterior, en aras de establecer medidas proporcionales al nivel del riesgo, se proveen de acuerdo con los citados instrumentos una serie de elementos para la determinación de medidas alternativas o para la evaluación de las existentes.

c. Reconocimiento de las áreas libres de plagas y enfermedades y de áreas con baja prevalencia de plagas y enfermedades:

El artículo 94 del Acuerdo Comercial, al abordar el tema de las medidas vinculadas a la sanidad animal y vegetal, prevé que las Partes reconozcan el concepto de áreas libres de plagas o enfermedades y de áreas de baja prevalencia de plagas y enfermedades, en concordancia con el Acuerdo MSF y con los

estándares, directrices o recomendaciones de la OIE.

El reconocimiento de estas áreas, sin embargo, se encuentra supeditado a la fijación de un procedimiento para su determinación por el Subcomité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, para lo cual deberá tener en cuenta:

- La localización geográfica.
- Los ecosistemas.
- La vigilancia epidemiológica.
- La efectividad de los controles sanitarios y fitosanitarios en esa área.

Por otro lado, el párrafo 8 contiene el reconocimiento de las partes frente al principio de compartimentalización de la OIE y el de sitios de producción libres de plagas de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria.

El Acuerdo MSF, en su artículo 6, establece la adaptación a las condiciones regionales, con inclusión de las zonas libres de plagas o enfermedades y las zonas de escasa prevalencia de plagas o enfermedades. En este orden, el párrafo 2 estipula:

“Los Miembros reconocerán, en particular, los conceptos de zonas libres de plagas o enfermedades y zonas de escasa prevalencia de plagas o enfermedades. La determinación de tales zonas se basará en factores como la situación geográfica, los ecosistemas, la vigilancia epidemiológica y la eficacia de los controles sanitarios o fitosanitarios”.

En el párrafo 3 se agrega que serán los Miembros exportadores quienes se encargarán de aportar las pruebas necesarias para demostrar al Miembro importador que esas zonas se encuentran libres de plagas o enfermedades o tienen una escasa prevalencia de éstas y que no es probable que varíe tal circunstancia.

El Código Sanitario de la OIE prevé en su artículo 5.3.7 las etapas para para establecer una zona o un compartimento y para obtener su reconocimiento a efectos de comercio internacional, las cuales se distinguen en las de una zonificación (correspondiente a un sector geográfico del territorio del País exportador que considera que, con base en los resultados de la vigilancia, contiene una subpoblación animal con un estatus sanitario distinto frente a una enfermedad, infección o infestación determinada) y las de una compartimentación (con fundamento en las

conversaciones sostenidas con la industria pertinente, mediante las cuales el País exportador identifica en su territorio un compartimento compuesto por una subpoblación animal presente en una o más explotaciones y en otro tipo de instalaciones que funcionan con las mismas prácticas de gestión y plan de bioseguridad, con un estatus sanitario distinto respecto de determinadas enfermedades).

En cuanto a la peste porcina africana, además del ya referido artículo 15.1.2, el artículo 15.1.4 incorpora los estatus de los países o zonas históricamente libres (históricamente libre, libre en todos los suidos y libre de enfermedad en cerdos domésticos y silvestres cautivos), así como en el artículo 15.1.5 lo concerniente al compartimento libre de peste porcina africana:

“El establecimiento de un compartimento libre de peste porcina africana deberá cumplir con los requisitos correspondientes de este capítulo y seguir los principios establecidos en los Capítulos 4.4. y 4.5”.

Por otra parte, se incluyen algunas reglas para el establecimiento de zonas de contención (artículo 15.1.6), la restitución del estatus libre (artículo 15.1.7), entre otras disposiciones.

d. Procedimiento aplicable y comunicaciones:

De manera general, el capítulo 5 del Acuerdo Comercial incorpora una serie de situaciones o de eventos en los cuales se deberá surtir el procedimiento de notificación, la realización de consultas entre las Partes y la ejecución de actividades a cargo del órgano creado para llevar a cabo el seguimiento de lo estipulado en ese acápite, a saber, el Subcomité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

Notificaciones:

- En caso de cualquier riesgo grave o significativo para la salud pública, la sanidad animal o vegetal, incluidos los alimentos, dentro de los dos días hábiles (párrafo 1, artículo 97, Acuerdo Comercial).

- En el evento de la adopción de una medida de emergencia, a más tardar al día hábil siguiente, frente a la cual deberá proporcionar la información requerida por las otras Partes, una vez disponga de ella (párrafo 2, artículo 98, Acuerdo Comercial).

Consultas:

- En caso de existir preocupaciones respecto de un riesgo para la salud pública o la sanidad animal y vegetal, que afecte productos objeto de comercio entre las partes, para que se surtan en el menor tiempo posible y en cuyo escenario se aportará la información necesaria a fin de evitar una perturbación al comercio (párrafo 3, artículo 97, Acuerdo Comercial).

- Dentro de los 15 días hábiles, con la finalidad de evitar una perturbación innecesaria al comercio y valorar la aplicación o sustitución de otras medidas distintas a la de emergencia adoptada por la Parte importadora (párrafo 3, artículo 98, Acuerdo Comercial).

- Respecto de las medidas adoptadas que afecten el comercio, a fin de acordar condiciones de importación adicionales o medidas alternativas que se basen, en tanto sea apropiado, en estándares internacionales o en medidas de protección equivalente (párrafo 1, artículo 99, Acuerdo Comercial).

Labor del Subcomité:

- Establecer un procedimiento para el reconocimiento de áreas libres de plagas o enfermedades y áreas de baja prevalencia de éstas, conforme a los estándares, directrices o recomendaciones internacionales que sean pertinentes, el cual incluirá lo relativo a situaciones referidas a brotes o reinfestaciones (párrafo 2, artículo 94, Acuerdo Comercial).

- Desarrollar disposiciones sobre equivalencia, incluido el procedimiento para su reconocimiento, y realizar las recomendaciones respectivas al Comité de Comercio (artículo 95, Acuerdo Comercial).

- Identificar y revisar las necesidades de cooperación entre las partes (párrafo 2, artículo 101, Acuerdo Comercial).

- Promover la colaboración en materia de bienestar animal entre las Partes (artículo 102, Acuerdo Comercial).

- Asegurar y monitorear la aplicación de lo dispuesto en el capítulo 5 del Acuerdo Comercial con la Unión Europea (párrafo 1, artículo 103, Acuerdo Comercial).

- Considerar cualquier asunto que pueda afectar el cumplimiento de lo dispuesto en el Capítulo 5 del Acuerdo Comercial

(párrafo 1, artículo 103, Acuerdo Comercial).

- Realizar las consultas técnicas dirigidas a la solución de controversias que surjan con ocasión de lo consignado en el mencionado Capítulo (párrafo 1, artículo 104, Acuerdo Comercial).

- Las demás descritas en el párrafo 3 del artículo 103.

Puntos de contacto:

- El Apéndice IV del Capítulo 5, relativo a los puntos de contacto y páginas de internet, refiere que por la Unión Europea será la Comisión Europea y por Colombia lo hará el ICA, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

4. Conclusión

En atención a lo señalado, se concluye lo siguiente:

- Las medidas de emergencia adoptadas por la autoridad competente en la República de Colombia se encuentran contempladas en el artículo 98 del Acuerdo Comercial. No obstante, las mismas tienen un carácter transitorio y provisional.

- Tanto para las medidas de emergencia como para la adopción de medidas alternativas, se pueden celebrar consultas entre las Partes (artículos 98 y 99, Acuerdo Comercial), al igual que para la valoración de medidas equivalentes, de acuerdo con las disposiciones y con el procedimiento fijado por el Subcomité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (artículo 95, Acuerdo Comercial).

- Es factible la determinación de áreas libres de peste o enfermedad, así como áreas con baja prevalencia de peste o enfermedad, para lo cual se deberá surtir el procedimiento a ser desarrollado por el Subcomité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (artículos 94 y 103, Acuerdo Comercial). En igual sentido, se establece esta posibilidad en el artículo 6 del Acuerdo MSF y en el artículo 15.1.4 del Código Sanitario de la OIE.

- En el marco de las consultas que se desarrollen entre las Partes para el estudio de las medidas sanitarias y fitosanitarias adoptadas respecto de los productos que sean objeto de comercio entre aquéllas, se deben valorar situaciones como el riesgo y el nivel adecuado de protección (artículos 4

y 5 del Acuerdo MSF, sistema HACCP en el marco de la Comisión del Codex Alimentarius y de la Organización Panamericana de la Salud), al igual que las medidas de compartimentación y demás señaladas, en materia de importación o tránsito de mercancías seguras, zonas de contención y demás recomendaciones realizadas por la OIE, a través del Código Sanitario para los Animales Terrestres (artículo 94 del Acuerdo Comercial y capítulo 15.1 del Código Sanitario).

- Cualquier controversia o situación relacionada con el cumplimiento de lo acordado en el Capítulo 5 del Acuerdo Comercial se podrá ventilar a través del Subcomité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (artículos 103 y 104, Acuerdo Comercial).

- Las comunicaciones deben realizarse a través de los puntos de contacto descritos en el Apéndice IV del Capítulo 5 del Acuerdo Comercial.



Disposiciones sobre compras públicas en el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia, el Perú y Ecuador, por otra

Fecha:

17 de septiembre de 2019.

Problema jurídico:

¿Cuándo le es aplicable el capítulo sobre contratación pública del Acuerdo Comercial a una entidad contratante, que se rige por derecho privado y depende de una entidad cubierta por dicho tratado?

Regla:

Para que a una entidad contratante le sea aplicable el capítulo de contratación pública del Acuerdo Comercial, dicha entidad debe estar cubierta expresamente por el Acuerdo o estar genéricamente incluida y regirse por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a menos que el Acuerdo disponga otra cosa.

Concepto

Se consulta sobre la aplicación del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia, el Perú y Ecuador, por otra (Acuerdo Comercial) a una entidad contratante, que se rige por derecho privado y depende de una entidad cubierta por dicho tratado.



I. La situación bajo examen

El solicitante refiere múltiples situaciones asociadas a un trato discriminatorio e incumplimientos que se han venido presentando en ejecución de varios contratos que, según refiere el solicitante, se han celebrado con la entidad contratante; en el mismo sentido, el solicitante aduce que en muchas oportunidades han propuesto soluciones y alternativas a la entidad para solucionar estos inconvenientes sin que hayan sido escuchados o adoptado medidas para ello.

Anuncia el solicitante en el escrito que de no encontrar soluciones a los diversos problemas existentes actualmente, los cuales les están causando daño a sus intereses económicos, se verían en la necesidad de evaluar la posibilidad de iniciar acciones como la activación del mecanismo de solución de controversias entre Estados previsto en el Acuerdo Comercial, por ser un solicitante de la República de Portugal, país miembro de la Unión Europea, aclarando que el solicitante está dispuesto a acudir a mecanismos directos de resolución de disputas con miras a resolver las diferencias existentes.

II. Marco normativo de la propuesta y aplicación en el caso planteado

Con la finalidad de determinar si la contratación descrita en la comunicación del solicitante es objeto de aplicación del Acuerdo referido, revisaremos si la entidad con la que se suscribieron los contratos, es una entidad cubierta por el Acuerdo y si lo es, proceder con el análisis de los umbrales y de las excepciones previstas en el Acuerdo.

Lo primero es identificar la naturaleza jurídica de la entidad con la que se suscribieron los contratos mencionados por el solicitante y la normativa aplicable, luego hacer la verificación de la cobertura del Acuerdo, establecer si se trata de una entidad cubierta por el referido Acuerdo y, de serlo, determinar si está obligada a cumplir con las obligaciones del Acuerdo.

La entidad con la que se suscribieron los contratos, fue creada mediante la Ley 1753 de 2015, como veremos a continuación:

a) Ley 1753 de 2015: Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un Nuevo País”:

“Artículo 59. Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media. Créase el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media, sin personería jurídica, como una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional. Con cargo a los recursos administrados por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media, se asumirán los costos en que se incurra para el manejo y control de los recursos, los gastos de operación del fondo, y cualquier otro contrato que se requiera para la estructuración, desarrollo e implementación de esquemas necesarios para lograr la ejecución de los proyectos del Plan Nacional de Infraestructura Educativa. El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa será administrado por una Junta cuya estructura y funcionamiento será definida por el Gobierno nacional (...).”

b) Decreto 1075 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del Sector Educación:

“Artículo 1.1.2.4. Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, Básica y Media - FFIE. El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, Básica y Media es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional, sin personería jurídica, creado por el artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, para financiar o cofinanciar los proyectos que se realizarán de acuerdo con el Plan Nacional de Infraestructura Educativa del país y para asumir sus propios gastos de operación”.

En este sentido, debemos revisar lo que es un fondo especial, para determinar la naturaleza jurídica de la entidad contratante, por lo cual nos remitiremos a lo previsto en el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, en el cual se definen los fondos especiales en los siguientes términos:

“c) Decreto 111 de 1996. Estatuto Orgánico del Presupuesto. Artículo 30 (...) Constituyen fondos especiales en el orden nacional, los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador. (...)”

De conformidad con lo anterior, se puede establecer que (i) la entidad con la que se suscribieron los contratos:

(i) Tiene una naturaleza jurídica propia;

(ii) Su creación es por vía legal;

(iii) No tiene personería jurídica, y su repre-



sentación legal es asumida por una persona jurídica de derecho privado como una Compañía Fiduciaria regulada por el derecho financiero;

(iv) Recibe recursos destinados a la estructuración, desarrollo e implementación de los esquemas necesarios para lograr la ejecución de los proyectos del Plan Nacional de Infraestructura Educativa, y

(v) Se ubica dentro de la categoría de los fondos especiales, sin que constituya una nueva categoría administrativa dentro de la estructura del poder público.

Conforme con lo anterior, la entidad contratante, es un fondo cuenta creado con la finalidad de que el Ministerio de Educación administre y ejecute eficientemente los recursos asignados a la estructuración, desarrollo e implementación de los Proyectos del Plan Nacional de Infraestructura Educativa.

En este orden de ideas, revisaremos si por haberse constituido a la entidad con la que se suscribieron los contratos como Patrimonio Autónomo, le imprime un carácter distinto y por ende si tiene que cumplir con las obligaciones previstas en el Acuerdo que nos ocupa:

“Artículo 59. Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media. Créase el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Pre-escolar, básica y media, sin personería jurídica, como una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional. (...) En caso de que un proyecto priorizado por la Junta Administradora involucre cualquiera de los recursos de que tratan los literales d), e), f), g) y h) del presente artículo, con cargo al Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa se podrán constituir patrimonios autónomos que se regirán por normas de derecho privado en donde podrán confluir todas las fuentes de recursos con las que cuenten los proyectos. Dichos Patrimonios Autónomos, podrán celebrar operaciones de crédito interno o externo a su nombre, para lo cual la Nación podrá otorgar los avales o garantías correspondientes” (negrillas fuera del texto).

Es preciso aclarar que cuando la Ley 1753 de 2015 establece que tratándose de proyectos que involucren cualquiera de los recursos de las fuentes indicadas en el artículo 59 se requerirá la constitución de Patrimonios Autónomos, con la finalidad de administrar los recursos de la entidad, y que tales Patrimonios Autónomos estarán sujetos a las normas del derecho privado, se estableció que los contratos o actos que se celebren

por intermedio del Patrimonio Autónomo, se regirán expresamente por la normativa del derecho privado.

Ahora bien, los Fondos Especiales operan usualmente bajo la figura de la Fiducia; al respecto el Código de Comercio contempla la figura de la fiducia mercantil en el artículo 1226:

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”.

De acuerdo con lo anterior, la celebración del contrato de fiducia mercantil conlleva la conformación de un Patrimonio Autónomo, independiente patrimonial y funcionalmente del Ministerio de Educación Nacional; como quiera que la entidad con la que se suscribieron los contratos carece de personería jurídica, la representación recae en cabeza de la sociedad fiduciaria, quien ostenta plena capacidad legal para hacer al Patrimonio titular de derechos y obligaciones con respecto a los bienes entregados y destinados al cumplimiento de una finalidad específica.

Ahora bien frente a los Contratos de Fiducia, constitutivos de Patrimonios Autónomos como el que es objeto de examen, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-438 de 2017 al referirse al régimen jurídico aplicable a los mismos, señaló:

“47. Vale la pena resaltar que en general los fondos especiales pueden suscribir contratos para el cumplimiento de los objetivos que le fueron asignados. En su mayoría, estos fondos garantizan el cumplimiento de su objeto mediante contratos fiduciarios. En este sentido, la Corte ha considerado que es constitucional que estos fondos se rijan por el derecho privado. Lo anterior obedece a que el régimen de contratación privada permite celebrar contratos de manera más expedita”.

En este contexto, la entidad con la que se suscribieron los contratos, al operar bajo la figura de Patrimonio Autónomo, se rige en todas sus actuaciones por el derecho privado, por lo que en un primer filtro la contratación

que se celebre bajo esta modalidad estaría excluida del ámbito de aplicación de los procedimientos contractuales que rigen la contratación estatal en Colombia.

Adicionalmente, y siendo esta una Entidad plenamente regida por el derecho privado, esta Oficina no se encontraría en posición de conceptuar si a la misma le aplican los compromisos de compras públicas del Acuerdo Comercial. Lo anterior en tanto el Capítulo de compras públicas del tratado en mención aplica a entidades de naturaleza gubernamental expresamente definidas en el Anexo XII del Título VI del Acuerdo. Dichas entidades en Colombia, usualmente son destinatarias de la Ley 80 de 1993 que contiene el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La Entidad contratante al no estar incluida en el listado del Anexo XII del Acuerdo, al no ser destinataria de la Ley 80 y demás normativa que regula la Contratación Pública en Colombia, y al tener naturaleza de derecho privado, no pareciera estar regida por la normativa del Tratado que tiene como objeto las entidades que prestan servicios gubernamentales, que están listadas en el Anexo correspondiente al mismo, y se encuentran generalmente regidas por el derecho público.

En otras palabras, si bien el Ministerio de Educación Nacional se encuentra cubierto por el capítulo de compras del Acuerdo, no estaríamos en capacidad de predicar lo mismo de la entidad con la que se suscribieron los contratos mencionados por el solicitante, la cual tiene una naturaleza de derecho privado y no está listada en el Acuerdo, su administración y personería es ejercida por una entidad estrictamente regulada por derecho de carácter privado.

En segundo lugar, como quiera que la fiducia mercantil es la figura jurídica utilizada por la entidad contratante para administrar los recursos que le fueron asignados para cumplir la finalidad para la cual fue creada, los procedimientos contractuales que adelante quedan excluidos de la aplicación del Acuerdo, de conformidad con lo previsto en el artículo 173 que trata del Ámbito de Aplicación del Capítulo de Contratación Pública, numeral 3. (c) que trata sobre asuntos a los que no aplica el capítulo, así:

“(c) la contratación o adquisición de servicios de agencias fiscales o servicios de depósito, servicios de liquidación y gestión para instituciones financieras reguladas, ni los servicios vinculados a la venta, redención y distribución de la deuda pública, incluyendo prés-



tamos y bonos, notas y otros títulos valores públicos”(58)

(58) Para mayor certeza, este Título no se aplica a la contratación pública de servicios bancarios, financieros o especializados relativos a las siguientes actividades:

- 1. el endeudamiento público, o*
- 2. la administración de deuda pública (...)*

En este sentido, por la clase de servicios brindados a través de la Fiducia Mercantil, también estarían los contratos analizados por fuera de la aplicación del Acuerdo.

III. Naturaleza de las reclamaciones citadas por el peticionario

Por otra parte el peticionario hace referencia a unas condiciones de trato, supuestamente discriminatorio, consistentes entre otros en la aplicación de sanciones, terminación de acuerdos de obra, imposibilidad de facturar ciertos trabajos, no autorización de prorrogas, dilaciones en la revisión de facturas presentadas, no reajuste de precios, demoras en la liquidación de acuerdos obra, apertura de nuevas licitaciones en casos donde se les ha terminado sus contratos. En virtud de lo anterior, el peticionario pretende una reparación consistente en la corrección de las anteriores situaciones y en una indemnización.

Esta Oficina observa, preliminarmente, que las alegaciones del peticionario son esencialmente asuntos de naturaleza contrac-

tual. Por la naturaleza de la entidad y del peticionario dicha contratación pareciera estar regulada por el derecho privado y por lo previsto en los propios contratos. Con la información recibida; por otro lado, no es claro como la discusión del orden contractual que tiene el peticionario con la entidad contratante constituye una alteración de las disciplinas plasmadas en el Título VI del Acuerdo. Igualmente, la documentación disponible, no permite constatar de lo expuesto una violación del acceso del peticionario a la contratación con la entidad, del principio de trato nacional, como tampoco del cumplimiento de los principios de transparencia y publicidad, todo lo anterior disciplinas contenidas en el Acuerdo en el título referido.

Así las cosas, de las discusiones referidas en la comunicación del peticionario, se puede deducir que las mismas serían de naturaleza netamente contractual, por fuera del ámbito de cobertura del tratado, en el curso de los negocios que han venido adelantando el solicitante con la entidad con la que se suscribieron los contratos. Por lo expuesto, si el peticionario considera que le asiste el derecho y la razón frente a sus quejas por la ejecución, terminación, y otras actividades de los contratos referidos, debería acudir a las instancias judiciales o de solución de diferencias acordadas contractualmente para efectos de hacer valer sus derechos conforme a la legislación colombiana.

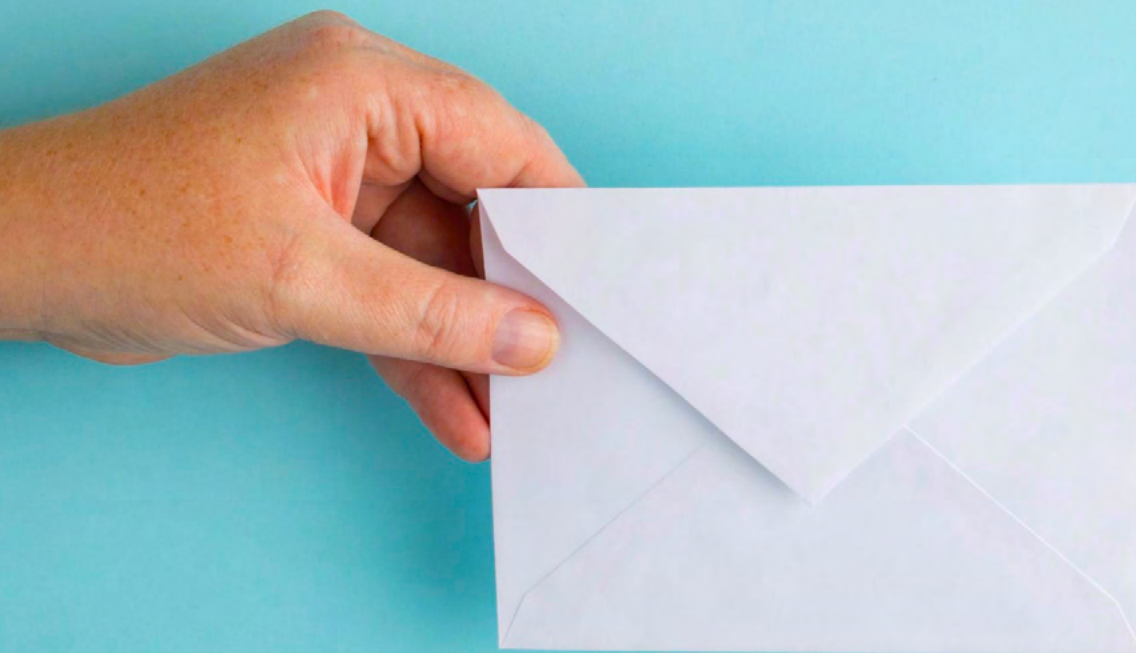
IV. Conclusion

La Ley 1753 de 2015 que creó la entidad con la que se suscribieron los contratos establece que se regirán expresamente por la normativa del derecho privado. Dicha entidad no

está, por otro lado, consignada en la lista de cobertura del Anexo al Capítulo VI que regula las Compras Públicas en el Acuerdo Multipartes. Así mismo, en razón a que la entidad contratante es administrada bajo una Fiducia Mercantil, en opinión de esta Oficina los procedimientos contractuales quedarían excluidos de la aplicación del Acuerdo de conformidad con lo previsto en el artículo 173 que trata del Ámbito de Aplicación del Capítulo de Contratación Pública, numeral 3(c) sobre asuntos a los que no aplica el Capítulo.

Así las cosas, esta Oficina no estaría en capacidad de conceptuar que la entidad contratante se encuentra dentro del ámbito de cobertura del Acuerdo Comercial. En este contexto, no aplicaría el Título VI del Acuerdo. Sin perjuicio de lo anterior, el peticionario cuenta con todas las garantías constitucionales y legales, para en caso de considerarlo pertinente, reclame sus derechos ante los jueces de la República de Colombia, conforme al derecho colombiano.

Por otro lado, esta Oficina observa preliminarmente que las alegaciones del peticionario son esencialmente asuntos de naturaleza contractual. Por la naturaleza de la entidad contratante y del peticionario dicha contratación pareciera estar regulada por derecho privado y por lo previsto en los contratos respectivos.



Oficio OALI 1--2019--023671

Reglas de origen de la subpartida arancelaria tráfico postal y envíos entrega rápida

Fecha:

30 de Agosto del 2019.

Problema jurídico:

¿Cuáles serían las reglas de origen para las mercancías clasificadas bajo la subpartida de tráfico postal y envíos de entrega rápida o mensajería expresa, de acuerdo con el Acuerdo De Promoción Comercial Entre Colombia y Estados Unidos?

Regla:

El Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos no establece una regla de origen para la subpartida 9807.10.00.00. Sin embargo, esto no significa que la autoridad aduanera no pueda verificar bajo las condiciones establecidas en el artículo 4.18 del Capítulo Cuarto del APC si una mercancía es originaria, en consideración a la regla de origen específica de la mercancía.

Concepto

Se consulta sobre las reglas de origen para las mercancías clasificadas bajo la subpartida de tráfico postal y envíos de entrega rápida o mensajería expresa.

1. Observamos que dentro del Capítulo Dos “Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado” las mercancías que se encuentran dentro del Anexo 2.3 “Listas de Desgravación de Colombia” se encuentra la subpartida arancelaria:

9803000000	Envíos urgentes por avión y paquetes postales
------------	---

También observamos que a la subpartida en mención le corresponde la siguiente categoría de desgravación:

“(...) (a) las mercancías originarias incluidas en las fracciones arancelarias en la categoría de desgravación A en la Lista de una Parte deberán ser eliminados completamente y dichas mercancías deberán quedar libres de

arancel en la fecha en que este acuerdo entre en vigor (...)”

Lo anterior, significa que las mercancías originarias de los Estados Unidos que se clasifiquen bajo las subpartidas 9807.10.00.00 (paquetes postales) y 9807.00.00 (envíos urgentes) no están sujetas al gravamen arancelario correspondiente a la subpartida arancelaria específica (10%), si la mercancía es originaria e importada bajo la modalidad de tráfico postal desde los Estados Unidos.

2. Verificado el texto del acuerdo (Capítulo Cuarto Reglas de Origen y Procedimientos de Origen), específicamente en el Anexo 4.1, no se encuentra una regla de origen específica para dicha subpartida. En nuestra opinión, la razón puede ser la variedad de tipos de mercancías que se puede importar bajo la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes.

3. Las mercancías que se importen bajo la modalidad de tráfico postal, según la legislación aduanera vigente (artículo 254 del Decreto 1165 de 2019) sería aquella que cumple entre otros, con los siguientes requisitos:

- Su valor no exceda de dos mil dólares (US 2.000) de los Estados Unidos;
- Su peso no exceda de 50 kilogramos;
- Corresponda a mercancías sobre las cuales no exista restricciones legales o administrativas, salvo cuando se trate de envíos que no constituyan expedición comercial es decir aquellas que no superan seis (6) unidades y que sus medidas no superen 1.50 metros en cualquiera de sus dimensiones ni de tres metros la suma de su longitud, entre otras condiciones.

Así mismo, el artículo 270 de la Resolución 46 de 2019 señala que estas mercancías deberán cancelar el gravamen arancelario correspondiente a la subpartida arancelaria específica de la mercancía, o a la subpartida arancelaria 9807.10.00.00 y 9807.20.00.00 del Arancel de Aduanas, cuando el remitente no haya indicado expresamente la subpartida específica; y el impuesto a las ventas liquidado de acuerdo a la descripción de la mercancía.

Consideración preliminar

Las normas aludidas nos permiten deducir dos cosas:

a) Las mercancías originarias de los Estados Unidos que se clasifiquen en la subpartida 9807.10.00.00 (tráfico postal) no están sujetas al gravamen arancelario correspondiente a la subpartida arancelaria específica, si la mercancía ha sido importada bajo la modalidad de tráfico postal.

b) Las mercancías de los Estados Unidos que se clasifiquen en la subpartida 9807.10.00.00 (tráfico postal) deben ser originarias si pretende gozar de trato arancelario preferencial. Ahora bien, si bien es cierto el Acuerdo De Promoción Comercial Entre Colombia y Estados Unidos (APC) no establece una regla de origen para la subpartida 9807.10.00.00, en nuestra opinión esto no significa que la autoridad aduanera no pueda verificar bajo las condiciones establecidas en el artículo 4.18 del Capítulo Cuarto del APC si una mercancía es originaria, en consideración a la regla de origen específica de la mercancía

Excepciones

El APC establece “excepciones” para exigir certificado de origen o información que demuestre que una mercancía es originaria en el artículo 4.15 del Capítulo Cuarto del APC. Por ejemplo cuando

“a) el valor aduanero de la importación no exceda de US\$ 1500 o el monto equivalente en la moneda de la Parte importadora o un monto mayor que puede ser establecido por la parte importadora, a menos que la Parte importadora considere que la importación forma parte de una serie de importaciones realizadas o planificadas con el propósito de evadir el cumplimiento de legislación de la Parte que regula las solicitudes (...)”

Al respecto, consideramos que la excepción de no exigir un “certificado de origen” u “otra información” comprende aquella información relativa a demostrar que una mercancía es originaria.

Sin embargo el mismo artículo 4.15, consideró que cuando la autoridad aduanera de la Parte importadora detecte que hay una serie de importaciones realizadas o planificadas con el propósito de evadir la legislación de la Parte importadora, está facultada para exigir tanto el certificado de origen como otra información que demuestre que la mercancía es originaria.

Conclusión

Al analizar la inquietud planteada y respecto a la observancia de las disposiciones establecidas en el APC, podemos concluir:

- Las mercancías originarias que se im-

portan por el régimen de tráfico postal desde los Estados Unidos y que se clasifiquen por la subpartida arancelaria 9807.10.00.00 y según la Lista de Desgravación de una parte les corresponde la Categoría A, gozan de un tratamiento libre de arancel.

- A las mercancías originarias que se clasifiquen bajo la subpartida 9807.10.00.00 del arancel de aduanas, que no superen el valor de US 1.500 dólares de los Estados Unidos, no se les puede exigir la presentación de un Certificado de Origen o de cualquier información que demuestre que la mercancía es originaria. Esto no impide a la Parte importadora exigir el Certificado de Origen o cualquier información en los términos del Artículo 4.18 del Capítulo Cuarto del APC, cuando perciba que la importación forma parte de una serie de importaciones realizadas con el fin de evadir el cumplimiento de la legislación de la Parte que regula las solicitudes de tratamiento preferencial bajo este Acuerdo.
- Las mercancías originarias importadas por la modalidad de tráfico postal o envío urgentes cuyo valor sea superior al US 1500 dólares de Estados Unidos e inferior a US \$ 2000 dólares de Estados Unidos, deben presentar una certificado de origen o la información que demuestre que la mercancía es originaria, si pretende solicitar el tratamiento arancelario preferencial.
- La autoridad aduanera estará facultada para solicitar toda la información que corresponda a la clasificación específica de la mercancía necesaria para acreditar que cumple con la regla de origen, si su valor es superior a los US 1500 dólares de los Estados Unidos, y hay utilizado el régimen de tráfico postal o envío urgente para su importación.

El anterior concepto se emite en consideración a lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo (CPACA), en el entendido que los conceptos emitidos por nuestra Oficina como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.



Noticias de actualidad



Colombia asumió la Presidencia *pro tempore* de la Comunidad Andina



Al asumir la Presidencia Pro Tempore-PPT de la Comunidad Andina para el periodo 2020- 2021, el presidente Iván Duque reafirmó su compromiso fundamental de continuar y avanzar decididamente en el proceso de modernización del Sistema Andino de Integración y anunció que Colombia desarrollará un Plan de Trabajo muy claro en materia comercial, agrícola, de comunicación, movilidad, tecnología, pero, sobre todo, integrando un equipo con los presidentes de los países de la Comunidad Andina.

El Plan de Trabajo que pretende construir sobre lo construido, tiene como ejes: las directrices del XIX Consejo Presidencial Andino, la Decisión 792 sobre la Reingeniería del Sistema Andino de Integración, el Plan de Trabajo de la Secretaría General de la CAN para el año 2020, y los avances alcanzados bajo la Presidencia Pro Tempore de Bolivia. Igualmente, se diseñó teniendo en cuenta la situación de pandemia en la que se ejerce la PPT, lo que representa desafíos pero también oportunidades para fortalecer la CAN.

Colombia recibe la Presidencia Pro tempore

en el marco del XX Consejo Presidencial Andino, realizado de forma virtual, por primera vez en la historia de la CAN, particularmente, además de los mandatarios, participaron los Cancilleres y ministros de Comercio Exterior de los cuatro países andinos,

En la misma cita el Estado Plurinacional de Bolivia presentó un informe de gestión de la PPT ejercida el último año y entregó la Presidencia Pro Tempore del organismo a la República de Colombia con muy buenos resultados y altas expectativas.

Durante esta PPT se propondrá la adopción de la Carta Ambiental Andina, que pretende ser una declaración política alineada con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030, entre otros, temas, Colombia desarrollará alrededor de 83 actividades en 31 áreas distintas. De estas, 56 iniciativas corresponden a los temas de la Comisión Andina y 27 a los temas del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores.

Uno de los propósitos de la Presidencia Pro Tempore es integrar a la CAN y hacerla parte activa de las nuevas tendencias a nivel

global como lo son las cadenas regionales de valor, el comercio electrónico y la cuarta revolución industrial.



Entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con Israel

El Tratado de Libre Comercio entre Colombia y el Estado de Israel entró en vigor el 11 de agosto de 2020. Las negociaciones iniciaron en marzo de 2012 y tuvieron como finalidad incrementar los flujos comerciales y de inversión, impulsar la cooperación económica bilateral, la remoción de las barreras no arancelarias y el fomento de las relaciones diplomáticas, entre otros aspectos.



Fue aprobado por el Congreso de la República mediante Ley 1841 del 12 de julio de 2017 y declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-254 de 2019 (sujeto a una declaración interpretativa conjunta con Israel en materia de inversión extranjera) y posteriormente desarrollado lo pertinente a la desgravación arancelaria mediante el Decreto 1100 del 10 de agosto de 2020.

Israel es un socio comercial estratégico de Colombia en el Medio Oriente. Mediante la implementación de este Acuerdo se obtendrá un acceso preferencial en ese mercado, lo cual propiciará un crecimiento en el comercio bilateral, en los flujos de inversión y facilitará la creación de nuevos negocios.

Características del acuerdo:

- Es un Acuerdo de última generación, que va más allá del comercio de bienes, consta de 16 capítulos e incluye disciplinas como: procedimientos aduaneros, inversión, servicios, medidas sanitarias y fitosanitarias, medidas de defensa comercial, compras públicas, asistencia técnica y fortalecimiento de las capacidades comerciales y solución de controversias, entre otros.
- Fija reglas claras para la inversión. Se espera que lleguen nuevas inversiones de Israel al país, que contribuyan a fortalecer y diversificar el aparato productivo nacional, principalmente en sectores de alta tecnología, en proyectos orientados a mejorar la competitividad.
- Facilita la cooperación en áreas como el desarrollo tecnificado de la agricultura, las telecomunicaciones, salud pública, innovación, biotecnología y desarrollo de tecnologías ambientales, entre otros sectores.
- Va a generar nuevas oportunidades comerciales para Colombia en agricultura e industria. Contribuirá en la innovación y la productividad de la economía del país y en la correcta aplicación de las medidas no arancelarias que pudieran afectar los flujos comerciales.

Preferencias otorgadas a Colombia para productos agrícolas y agroindustriales:

El 97% de las exportaciones agrícolas y agroindustriales de Colombia, que en la ac-

tualidad se venden en el mercado de Israel ingresarán libres de aranceles, es decir, en condiciones mucho más competitivas.

Se negociaron 227 productos agropecuarios de interés exportador de Colombia en donde se obtuvo acceso inmediato para el 63% de estos productos. De ese 63%, el 40% quedó liberado de forma inmediata y para el 23% restante se consolidó un arancel en cero.

Preferencias otorgadas a Colombia para productos industriales:

Se acordó que el 99% de las exportaciones industriales de Colombia a Israel quedarán libres de arancel de forma inmediata y el 1% restante en 5 años. Lo pactado permitirá a los exportadores colombianos con presencia en el mercado israelí incrementar sus ventas en petroquímicos, cosméticos, utensilios de aseo, textiles, confecciones, joyería y autopartes.

Importancia de Israel:

El mercado israelí representa en promedio cerca de US\$ 400 millones anuales para las exportaciones colombianas, de los cuales alrededor del 8% corresponde a bienes no minero energéticos. Existe un gran potencial de crecimiento en el intercambio comercial.

Desde 2010 el comercio bilateral con Israel ha presentado una balanza comercial positiva para Colombia, en 2019 el superávit comercial alcanzó US\$ 278 millones. Las exportaciones colombianas en ese último año alcanzaron US\$ 366 millones, el 92% de ellas corresponde a carbón y el 8% restante a productos no minero energéticos como café, flores, confites, galletas, esmeraldas y manufacturas de papel, entre otros.

Por su parte las importaciones desde Israel se ubicaron en US\$ 88 millones en 2019, constituidas principalmente por compras de maquinaria, aparatos médicos, abonos, agroquímicos, resinas plásticas, productos químicos, fibras e hilados y tejidos.

- En 2019 el PIB de Israel se ubicó en US\$ 387 mil millones, con un PIB per cápita de US\$ 42.823, similar al de Francia y el Reino Unido.
- En ese año exportó al mundo US\$ 76.580 millones.

- Cuenta con una población de 9 millones de habitantes con alto poder adquisitivo.
- Se destaca por su desarrollo tecnológico en telecomunicaciones, tecnologías de la información, tecnologías de riego, medio ambiente, electrónica y ciencias de la vida, entre otros sectores.
- Su inversión en investigación y desarrollo es una de las más altas del mundo.
- Es una de las economías más innovadoras y dinámicas del Medio Oriente.
- Tiene Acuerdos comerciales con Estados Unidos, Canadá, México, UE, MERCOSUR, EFTA, y Turquía

Australia – **Determinadas medidas** **relativas a las marcas de fábrica** **o de comercio, indicaciones** **geográficas y otras** **prescripciones de empaquetado** **genérico aplicables** **a los productos de tabaco** **y al empaquetado de esos** **productos**

Resumen Ejecutivo
Oficina de Asuntos Legales Internacionales (OALI)



Honduras, República Dominicana, Cuba, Indonesia y Ucrania iniciaron consultas con Australia con el propósito de discutir ciertas medidas tomadas sobre los productos de tabaco. Al no llegar a una solución, se constituyó un Panel el 24 de abril de 2014. El reporte de este Panel del 28 de junio de 2018 fue apelado por Honduras y República Dominicana (“Solicitantes”), solicitando la determinación sobre:

- Si el Panel erró al determinar que las Medidas no restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, en los términos del artículo 2.2. del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (“OTC”).

- Si el Panel erró al determinar que las Medidas no son inconsistentes con el artículo 16.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (“ADPIC”).

- Si el Panel erró al determinar que las Medidas no son inconsistentes con el artículo 20 del ADPIC.

El 9 de junio de 2020, el Órgano de Apelación emitió su reporte. Para efectos de mayor claridad, nos referiremos a cada uno de estos puntos individualmente.

Medidas en cuestión (“medidas”)

Las Medidas están contenidas en el Tobacco Plain Packaging Act del 2011, en las Tobacco Plain Packaging Regulations del 2011 y en el Trade Marks Amendment Act del 2011 (“Medidas”). Todas estas aplicables a los productos de tabaco vendidos, ofrecidos para la venta o suministrados, de cualquier otra manera, en Australia (“Productos”). Estas Medidas consisten en:

- Requisitos sobre el empaquetado de los Productos por comercializar al por menor: entre otros, el empaquetado de los Productos por comercializar al por menor debe tener un acabado mate y ser de color exterior café oscuro e interior blanco. El empaquetado no puede contener ninguna alusión a su marca, con excepción del nombre y la variante (e.g., Marlboro Rojo o Gold) en letra Lúcida Sans, color gris, tamaño 14 o 10 respectivamente.

- Requisitos sobre el aspecto de los Productos: entre otros, los Productos no deben contener ninguna marca y el papel del cigarrillo o adhesivos de papel sólo pueden ser de color blanco o café oscuro.

Constataciones y Conclusiones del Órgano de Apelación

El Órgano de Apelación determinó que el Panel interpretó y aplicó correctamente:

- El artículo 2.2. del OTC: Aunque el Órgano de Apelación consideró que el Panel erró al establecer que las medidas alternativas propuestas no contribuyen de forma equivalente al objetivo perseguido por Australia (¶¶ 6.496 y 6.497), este confirmó la conclusión del Panel teniendo en cuenta que estas medidas alternativas, en todo caso, no son menos restrictivas para el comercio internacional (¶¶ 6.513 y 6.514).

- El artículo 16.1 del ADPIC: El Órgano de Apelación confirmó la conclusión del Panel teniendo en cuenta que esta norma se limita a otorgar a titulares marcarios el derecho exclusivo, oponible a terceros, de prevenir que una marca registrada sea usada por un tercero no autorizado (¶¶ 6.587 y 6.588).

- El artículo 20 del ADPIC: El Órgano de Apelación confirmó la conclusión del Panel encontrando que el uso de la marca no está siendo complicado injustificadamente por Australia, existiendo buenas razones para haber tomado la medida en el marco del margen de discrecionalidad que esta norma le otorga a los Miembros (¶¶ 6.647 a 6.655).

- En relación con el comercio ilícito, el Órgano de Apelaciones no tuvo consideraciones adicionales, pues las conclusiones del Panel en este ámbito no fueron apeladas (¶¶ 6.351).



La Secretaría General

**de la Comunidad Andina
encontró que no se había
incumplido el ordenamiento
jurídico andino en el caso
FP-06-2019, promovido
por la Empresa de Licores
de Cundinamarca**



El 3 de septiembre de 2019, la Secretaría General de la Comunidad Andina informó acerca de la admisión del reclamo presentado por la Empresa de Licores de Cundinamarca en contra de la República de Colombia, por el presunto incumplimiento de lo establecido en el artículo 123 de la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

La empresa reclamante consideró que se había desconocido el ordenamiento jurídico andino, debido a que ni los jueces de conocimiento (Juzgado Penal del Circuito de Gachetá y Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca) de los incidentes de reparación integral promovidos en tres procesos penales que culminaron con la condena de tres personas por la comisión del delito de usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales, ni los jueces constitucionales en el marco de las acciones de tutela presentadas contra las determinaciones de los jueces de conocimiento (Sala de Casación Penal y Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia), habían realizado la consulta obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de conformidad con lo enunciado en el artículo 123 de la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, para que en mediante la interpretación prejudicial se pronunciara acerca de la aplicación de los criterios previstos para el cálculo de la indemnización de perjuicios establecidos en el artículo 243 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

A través del Dictamen No. 004-2019 del 19 de noviembre de ese año, la Secretaría General de la Comunidad Andina determinó que no se había demostrado que Colombia hubiera incumplido las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico andino, por cuanto el artículo 243 de la Deci-

sión 486 no fue objeto de controversia en los procesos nacionales respectivos, es decir, que respecto de dicha disposición se presentara una discusión extensa y detenida, con opiniones contrapuestas, en torno de esa norma, ya que la cuestión debatida recayó en la idoneidad del medio probatorio que había sido presentado por la reclamante en las actuaciones judiciales internas para soportar su pretensiones indemnizatorias.

Adicionalmente, refirió el órgano comunitario que en el marco de ese procedimiento andino no le corresponde calificar o valorar las apreciaciones realizadas por el juez nacional acerca de si resultaba procedente, previsible y necesaria la aplicación de una norma andina para resolver la controversia, y por lo tanto requerir la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con el fin de garantizar la aplicación correcta y uniforme del Derecho comunitario.

Por otro lado, destacó que el artículo 243 de la Decisión 486 sólo contempla criterios generales para el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la infracción a los derechos de propiedad industrial, sin que establezca parámetros relacionados con los medios probatorios para la demostración de aquéllos, por lo que resalta que para la aplicación de esa disposición andina se debe tener como premisa previa que dichos daños y perjuicios hayan sido probados oportunamente en el proceso correspondiente.

Para una mayor información puede consultar el siguiente enlace:

<http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203662.pdf>



La Secretaría General

**de la Comunidad Andina
encontró que la adopción
del FEPA no entorpece,
ni distorsiona el mercado
subregional, en el caso
FP-07-2019, promovido
por la Asociación Peruana
de Agroindustriales del Azúcar
y Derivados - APAAD**

El 30 de septiembre de 2019, la Secretaría General de la Comunidad Andina informó acerca de la admisión del reclamo presentado por la Asociación Peruana de Agroindustriales de Azúcar y Derivados «APAAD» en contra de la República de Colombia, por el presunto incumplimiento de lo establecido en el artículo 36 de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina.



La asociación reclamante, conformada por las empresas Cartavio S.A.A., Corporación Azucarera del Perú – Coazúcar del Perú S.A., casa Grande S.A.A., Agroindustrial Laredo S.A.A., Agroindustrias San Jacinto S.A.A., Agroindustrial Paramonga S.A.A., Agroaurora S.A.C., Agrolmos S.A. y Agrícola del Chira S.A., consideró que se había desconocido el ordenamiento jurídico andino, en atención a la reglamentación y regulación del Fondo para la Estabilización de Precios del Azúcar “FEPA”, conforme al Decreto 569 de 2000 (artículos 1, 2, 3, 4, 6, 11 y 12) y las Resoluciones 1 y 2 de 2016 (modificadas por las Resoluciones 1 y 2 de 2019) que, según afirmaban, constituían una conducta restrictiva de la competencia con efectos reales en el mercado subregional andino y que generaba efectos reales a los asociados de la APAAD y al mercado peruano, al corresponder, según lo sostuvo, a una herramienta que conforme la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina distorsionaba la competencia en el mercado de la subregión, implicaba una fijación indirecta de precios del azúcar, generaba una ventaja competitiva artificial para los exportadores colombianos, lo que había llevado al posicionamiento del producto en ese país, y tenía una relación directa frente entre las exportaciones de azúcar a Perú con el valor de las compensaciones realizadas, a través del Fondo, a los exportadores colombianos.

A través del Dictamen No. 002-2020 del 4 de septiembre de este año, la Secretaría General de la Comunidad Andina determinó que las disposiciones que regulan el mecanismo de cesiones y compensaciones del FEPA no incumplen lo dispuesto en el artículo 36 de la Decisión 608, ya que, si bien el Fondo se constituía como una política y medida regulatoria del mercado, su aplicación no impide, ni entorpece, ni distorsiona el mercado subregional.

En este sentido, el órgano comunitario reitera lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el sentido de aclarar que las acciones que realiza el Estado para el desarrollo de funciones de regulación o, en general, de intervención en la economía, no pueden ser objeto de calificación como prácticas restrictivas del derecho de la competencia.

En lo relativo a los elementos establecidos en el artículo 36 de la Decisión 608, refiere la Secretaría que el FEPA no entorpece ni impide el mercado subregional toda vez que no afecta el acceso de las importaciones colombianas de azúcar ni de ningún otro país

miembro, ni se otorga a su Comité Directivo funciones de administración o regulación de las provisiones de este bien, de manera que pueda encarecer o dificultar el flujo de las importaciones provenientes de otro socio andino.

Igualmente, destaca que el mecanismo de estabilización de precios permite que los productores colombianos reciban una compensación por vender sus productos en el mercado externo, pero ninguna de las disposiciones regulatorias crea mecanismos para fijar precios de exportación, por lo que no distorsiona el mercado peruano del azúcar, respecto del cual anota que en el período analizado (enero de 2000 a octubre de 2019), otros proveedores extranjeros habían realizado envíos al mercado peruano a precios FOB bastante menores a los provenientes de Colombia, a lo que se suma que estas últimas no ingresaron a un precio inferior a su cotización internacional.

Para una mayor información puede consultar el siguiente enlace:

<http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetitas/Gaceta%204076.pdf>





Resultados de la Mesa de Diálogo y Coordinación

En desarrollo de la labor de Secretaría Técnica de la Mesa de Diálogo y Coordinación, creada por la Resolución No. 0457 de 2 de abril de 2020, expedida por los Ministerios de Salud y Protección Social y de Comercio, Industria y Turismo, se presentan los siguientes resultados de las labores adelantadas en materia de consolidación de la información requerida para la autorización o denegación de la exportación de los productos considerados esenciales para la atención de la emergencia sanitaria generada por la COVID-19, clasificados dentro de las subpartidas señaladas en el Decreto 462 de 2020:

1. Participantes:

Además de los integrantes institucionales descritos en el artículo 3 de la Resolución No. 457 de 2020¹, participaron con voz y voto en las diferentes sesiones de la Mesa las siguientes agremiaciones del sector privado:

- Asociación Nacional de Empresarios de Colombia – ANDI.
- Asociación Nacional de Comercio Exterior – ANALDEX.
- Cámara de Comercio Colombo Americana – AMCHAM Colombia.
- Asociación de Industrias Farmacéuticas en Colombia – ASINFAR.
- Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo – AFIDRO.
- Acoplásticos.

¹ La Consejera Presidencial para la Competitividad y la Gestión Público Privada; la Viceministra de Comercio Exterior y el Viceministro de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; el Viceministro de Salud Pública y Prestación de Servicios del Ministerio de Salud y Protección Social; el Superintendente de Industria y Comercio; y el Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE.

Igualmente, acompañaron estas reuniones representantes tanto de Procolombia, como de Colombia Productiva.

2. Reuniones:

Se llevaron a cabo 25 sesiones de la Mesa en las que se emitieron recomendaciones a 720 solicitudes de exportación, 398 de ellas (55.3%) evaluadas por los integrantes y 322 (44.7%), por delegación de manera automática, a cargo del Grupo Base del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo².

3. Recomendaciones:

De las 720 solicitudes de exportación evaluadas se recomendó autorizar a 699 de ellas (97%) y denegar en 21 de los casos presentados (3%). En términos de cantidades de producto involucradas en dichas solicitudes, respecto de unidades de medida homólogas se recomendó la autorización de exportación del 99.03% (618.859.231 unidades) y la denegación del 0.97% (6.078.437 unidades); a la totalidad de las solicitudes radicadas en otras unidades de medida como toneladas (16.474), pacas (61.717), litros (13.368.287), cajas (2.793.380), pares (222), kilos (2.000) o paquetes (900), se recomendó su autorización.

² Conformado por asesores y profesionales de la Dirección de Relaciones Comerciales, la Dirección de Comercio Exterior y la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

4. Recomendaciones por tipo de producto:



5. Decisiones por cantidades:

Por tipo de producto se realizaron las siguientes recomendaciones: alcohol (2 unidades, equivalentes al 0.0000003% del total); caretas de protección (45.700.412 unidades aprobadas, equivalentes al 7.38% del total de unidades aprobadas, y 100.000 unidades denegadas, equivalentes al 1.65% del total de unidades denegadas); equipos médicos (9.663 unidades aprobadas, equivalentes al 0.002% del total de unidades aprobadas, y

1.644 unidades denegadas, equivalentes al 0.027% del total de unidades denegadas); gel sanitizante y desinfectante (16.683.272 de unidades aprobadas, equivalentes al 2,70% del total de unidades aprobadas, y 3.775.793 unidades denegadas, equivalentes al 62.12% del total de unidades denegadas); medicamentos (329.217.216 unidades aprobadas, equivalentes al 53.20% del total de unidades aprobadas, y 191.000 unidades denegadas, equivalentes al 3.14% del total de unidades denegadas); tapabocas (203.663.785 unidades aprobadas, equivalentes al 32.91% de unidades aprobadas, y 191.000 unidades denegadas, equivalentes al 3.14% del total de unidades denegadas); y trajes y elementos de protección (8.367.784 unidades aprobadas, equivalentes al 1.35% del total de unidades aprobadas, y 2.010.000 unidades denegadas, equivalentes al 33.07% del total de unidades denegadas).

lentes al 0.11% del total de unidades aprobadas); repuestos (64 unidades aprobadas, equivalentes al 0.00001% del total de unidades aprobadas); gel sanitizante y desinfectante (16.683.272 de unidades aprobadas, equivalentes al 2,70% del total de unidades aprobadas, y 3.775.793 unidades denegadas, equivalentes al 62.12% del total de unidades denegadas); medicamentos (329.217.216 unidades aprobadas, equivalentes al 53.20% del total de unidades aprobadas, y 191.000 unidades denegadas, equivalentes al 3.14% del total de unidades denegadas); tapabocas (203.663.785 unidades aprobadas, equivalentes al 32.91% de unidades aprobadas, y 191.000 unidades denegadas, equivalentes al 3.14% del total de unidades denegadas); y trajes y elementos de protección (8.367.784 unidades aprobadas, equivalentes al 1.35% del total de unidades aprobadas, y 2.010.000 unidades denegadas, equivalentes al 33.07% del total de unidades denegadas).

6. Algunos datos en torno de las cantidades autorizadas y empresas beneficiarias:

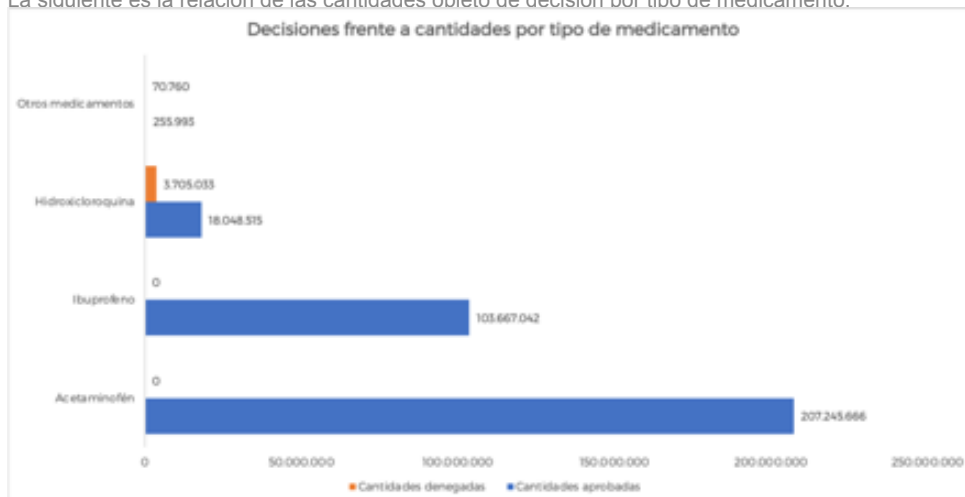
6.1. Mascarillas de protección (tapabocas). Las empresas con la mayor cantidad de unidades autorizadas por la Mesa fueron las siguientes:

No.	Empresa	Monto aprobado	Unidad de medida
1	Ushuaia Jeans S.A.S.	27.000.000	Unidades
2	Ibest Metrología y Suministros S.A.S.	20.000.000	Unidades
3	Marquillas y Accesorios S.A. En Reorganización	20.000.000	Unidades
4	Permoda Ltda.	20.000.000	Unidades
5	Machine Brand S.A.S.	15.000.000	Unidades

6.2. Medicamentos. De acuerdo con el tipo de medicamento, se realizaron las siguientes recomendaciones frente a las solicitudes presentadas a consideración de la Mesa:



La siguiente es la relación de las cantidades objeto de decisión por tipo de medicamento:



En relación con las empresas a las cuales se les autorizó la mayor cantidad de unidades de medicamentos a exportar, se tiene la siguiente relación:

No.	Empresa	Monto aprobado	Unidad de medida
1	Genfar S.A.	270.681.801	Unidades
2	Sanofi Aventis de Colombia S.A.	39.408.742	Unidades
3	Laboratorios La Santé S.A.	14.600.286	Unidades
4	Tecnoquímicas	4.069.711	Unidades
5	Laboratorios Siegfried S.A.S.	154.029	Unidades

En cuanto a los tipos de medicamentos específicos con mayor cantidad de unidades autorizadas, se tiene la siguiente relación:

No.	Producto	Monto aprobado	Unidad de medida
1	Acetaminofén 500 mg	200.593.902	Unidades
2	Ibuprofeno 400 mg	69.166.741	Unidades
3	Ibuprofeno 800 mg	12.860.902	Unidades
4	Hidroxicloroquina 400 mg	10.390.365	Unidades
5	Ibuprofeno 600 mg	7.955.799	Unidades

6.3. Máscaras especiales de protección de trabajadores (caretas de protección).

Las empresas con la mayor cantidad de unidades autorizadas por la Mesa fueron las siguientes:

No.	Empresa	Monto aprobado	Unidad de medida
1	Multidimensionales S.A.S.	32.529.440	Unidades
2	Papelcard S.A.S.	5.000.000	Unidades
3	Plásticos Ojara S.A.	5.000.000	Unidades
4	Ideplas S.A.S.	500.000	Unidades
5	Ferplast S.A.S.	400.000	Unidades

6.4. Geles sanitizantes y desinfectantes. Las empresas con la mayor cantidad de unidades autorizadas por la Mesa fueron las siguientes:

No.	Empresa	Monto aprobado	Unidad de medida
1	Laboratorios Pineda de Colombia S.A.S.	11.500.000	Litros
2	Prebel S.A.	7.000.000	Unidades
3	Reckitt Benckiser Colombia S.A.S.	2.651.872	Unidades
4	Multidimensionales S.A.S.	1.800.000	Unidades
5	Bel Star S.A.	1.033.204	Unidades

6.5. Trajes y elementos de protección. En cuanto a los tipos de traje y elementos de protección con mayor cantidad de unidades autorizadas, se tiene la siguiente relación:

Tipo de traje o elemento de protección	Cantidades y unidades de medida	
Traje completo	976.314 unidades	
Polainas	726.000 unidades	
Guantes en polietileno	6.000.000 unidades	
Traje parcial	660.205 unidades	
Gorro	5.265 unidades	
Guantes de nitrilo	19 Cajas unidades	110 Pares
Guantes de vinilo y polivinilo	50 Cajas unidades	112 Pares

7. Recomendaciones de denegación de solicitudes de exportación:

Por último, se tiene que durante la primera mitad del plazo de vigencia de las medidas previstas en el Decreto 462 de 2020 (los 3 primeros meses), se produjeron 20 de las 21 recomendaciones de denegación de las exportaciones de productos.

En cuanto al tipo de productos específicos objeto de dichas recomendaciones, se observó lo siguiente:

No.	Tipo de producto	Monto denegado	Unidad de medida
1	Hidroxiclороquina	3.705.033	Unidades
2	Guantes de caucho	1.690.000	Unidades
3	Trajes parciales de protección	320.000	Unidades
4	Tapabocas	191.000	Unidades
5	Caretas de protección	100.000	Unidades
6	Fentanilo	60.000	Unidades
7	Multielectrolitos	5.390	Unidades
8	Solución 90	5.370	Unidades
9	Camas y camillas hospitalarias	1.444	Unidades
10	Concentradores de oxígeno	200	Unidades