

**ESTUDIO DE DIAGNOSTICO Y EVALUACIÓN DEL FONDO DE
ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS PARA EL PALMISTE, EL ACEITE DE PALMA Y
SUS FRACCIONES**

-FEP-

INFORME FINAL

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS
CENTRO DE INVESTIGACIONES PARA EL DESARROLLO
- CID -



FEDERACIÓN NACIONAL DE CULTIVADORES DE PALMA DE ACEITE
FEDEPALMA

INFORME FINAL

GABRIEL IBARRA PARDO
SILVIA ANZOLA DE GONZÁLEZ

ESTUDIO DE DIAGNÓSTICO Y EVALUACIÓN DEL FONDO DE
ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS PARA EL PALMISTE, EL ACEITE DE PALMA Y
SUS FRACCIONES FEP

Bogotá D.C., Octubre 30 de 2009

PRESENTACIÓN

El trabajo que se presenta a continuación es producto de un amplio esfuerzo por analizar el marco jurídico aplicable a la operación del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones.

A lo largo de la elaboración del informe final que hoy se presenta, se plantearon varias inquietudes por parte de la Federación Nacional de Cultivadores de Aceite de Palma -Fedepalma- en torno a algunos aspectos frente a los cuales la obtención de conclusiones sería indispensable.

Tales inquietudes se dieron principalmente alrededor de varios temas complejos, frente a los cuales el debate jurídico se encuentra aún vigente, si bien nada obsta para que a la luz de determinados conceptos, se adopte una u otra posición. Tal es el caso de la determinación de la naturaleza jurídica de las cesiones y compensaciones de estabilización, para la cual se sugirió que se trazara una distinción entre la posición doctrinal y la jurisprudencial.

A propósito de lo anterior, Fedepalma se encontró igualmente interesada en que se evaluara especialmente el Acuerdo 144 como parte del marco jurídico nacional e internacional.

Por otra parte, se puso de presente la preocupación alrededor de la consagración del “incremento de las exportaciones” como uno de los objetivos de los fondos de estabilización de precios de los productos agropecuarios y pesqueros, y la incidencia que ello pueda tener en el análisis del FEP Palmero, especialmente a la luz de la normativa multilateral.

En este sentido, fue importante aclarar que tal objetivo se encuentra expresamente consignado en la Ley 103 de 1993, mas no debe identificarse como una posición que se sostenga a lo largo de este estudio. Igualmente, en relación con esta misma inquietud, fue pertinente incluir el caso de compensaciones a las transacciones en el mercado local, que es un indicativo que aminora los efectos que esta disposición puede tener al analizar particularmente el FEP Palmero.

En materia de subvenciones y de dumping, se hizo énfasis especial en el caso de Costa Rica y en el caso del Perú, este último en el marco de la Comunidad Andina de Naciones.

Por último, se tomó nota de la necesidad de especificar, desde el punto de vista de la normativa nacional aplicable, las reflexiones en torno al FEP Palmero en el caso en que el aceite de palma que fuera objeto de estabilización, estuviera destinado a la producción de *biodiesel*. Para ello debieron tenerse en cuenta de manera especial, los aspectos de seguridad alimentaria y los propósitos específicos del FEP, consagrados en las normas que lo regulan y reglamentan.

En este orden de ideas, el Informe Jurídico Final se encuentra conformado por tres capítulos.

El primero de ellos, destinado a la presentación del marco jurídico nacional de los fondos de estabilización de precios de los productos agropecuarios y pesqueros en general, como del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones en particular. En este capítulo se tratan precisamente los temas relacionados con la naturaleza jurídica de las cesiones y compensaciones de estabilización. De igual forma se acude a la jurisprudencia y doctrina más relevantes en la materia, especialmente alrededor de los recursos parafiscales.

El segundo capítulo contiene el marco jurídico internacional, en el que se estudia la figura del FEP Palmero a la luz de los Acuerdos sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; sobre Dumping y sobre la Agricultura de la Organización Mundial del Comercio. Adicionalmente, se realiza este mismo análisis desde la perspectiva de los acuerdos comerciales suscritos por Colombia y se presentan las conclusiones correspondientes acerca de los riesgos que la implementación del FEP puede tener desde el punto de vista de esta normativa internacional.

Por último, el tercer capítulo, fue dedicado a tratar los temas relacionados con la circunstancia de la destinación de la oferta de aceite de palma, a la producción de *biodiesel*. Lo anterior, como se dijo, se realiza igualmente desde el punto de vista de la normativa nacional e internacional.

El informe cuenta con nueve documentos anexos, con los cuales se pretende otorgar un complemento al contenido expuesto en el documento principal.

ABREVIATURAS

ASMC ó Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias anexo al Acuerdo sobre la OMC
AA	Acuerdo sobre la Agricultura anexo al Acuerdo sobre la OMC
AD	Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
CAN	Comunidad Andina de Naciones
FEP	Fondo de Estabilización de Precios
FEP Palmero	Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones
GATT/94	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 anexo al Acuerdo de la OMC
MEIC	Ministerio de Economía Industria y Comercio de la República de Costa Rica
OMA	Organización Mundial de Aduanas
OSD	Órgano de Solución de Diferencias de la OMC
RCPDC	Reglamento Centroamericano sobre Prácticas Desleales de Comercio
Sistema Armonizado o SA	Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías aprobado por la Organización Mundial de Aduanas

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO I

LOS FONDOS DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE PRODUCTOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS Y EL FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS PARA EL PALMISTE, EL ACEITE DE PALMA Y SUS FRACCIONES..... 11

PRESENTACIÓN 12

1. Los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agroindustriales y Pesqueros..... 13

1.1 Marco constitucional..... 13

1.2 Desarrollo Normativo..... 14

1.3 Régimen patrimonial: cesiones y compensaciones de estabilización. 17

1.4 Funciones de los Comités Directivos. 18

1.5 Diferencias entre los Fondos de Estabilización de Precios y las Cesiones de Estabilización. 19

1.6 Control de los Fondos de Estabilización..... 20

2. El Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones - FEP-..... 21

2.1 Definición y Objetivos..... 21

2.2 Mecanismos de estabilización. 23

2.2.1 La Cesión de Estabilización..... 24

2.2.2 La Compensación de Estabilización..... 30

2.3 Naturaleza jurídica de las cesiones y de las compensaciones de estabilización..... 34

2.3.1 Naturaleza jurídica de las cesiones. 34

2.3.2 Naturaleza jurídica de las compensaciones de estabilización 45

2.4 Régimen patrimonial del FEP. 48

2.5 Organismos de Dirección y Administración del FEP Palmero. 49

2.5.1 Congreso Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite 49

2.5.2 Comité Directivo..... 50

2.5.3 Entidad Administradora 52

2.5.4 Secretaría Técnica..... 52

2.6 Mecanismos de control. 52

2.6.1 Mecanismos de control interno 53

2.6.2 Mecanismos de control externo 54

2.7 Comentarios sobre el Acuerdo 144, Modificado por el Acuerdo No. 152 del 26 de julio de 1005 y el Acuerdo No. 156 del 29 de noviembre de 2005..... 55

3. Conclusiones 56

CAPÍTULO II

NORMATIVA MULTILATERAL Y BILATERAL APLICABLE AL FEP PALMERO EN MATERIA DE SUBVENCIONES Y DERECHOS ANTIDUMPING 59

PRESENTACIÓN 60

SECCIÓN I. NORMATIVA MULTILATERAL APLICABLE AL FEP PALMERO EN MATERIA DE SUBVENCIONES..... 62

1. Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC y su relación con el FEP Palmero. 64

1.1 La existencia de una subvención en el sentido del artículo 1.1(a)(1) del ASMC..... 66

1.1.1 El término "Contribución Financiera" 67

1.1.2 Artículo 1.1 a) 1) iv): "Transferencia Indirecta" y "Delegación Explícita" 73

1.2	<i>La existencia de una subvención en el sentido del artículo 1.1(a)(2) del ASMC.</i>	81
1.2.1	Desarrollo jurisprudencial del Artículo 1.1(a)(2) del ASMC y su relación con el Artículo XVI del GATT/94 y sus notas suplementarias.....	94
1.2.2	Conclusiones.....	95
1.3	<i>El término “Beneficio”.</i>	97
2.	Acuerdo sobre la Agricultura de la Organización Mundial del Comercio.	105
2.1	<i>Aplicación conjunta del Artículo 9 del AA y el Artículo 1 del ASMC.</i>	108
2.2	<i>Análisis del literal c) del Artículo 9 del AA:</i>	112
2.3	<i>Ayuda Interna:</i>	116
3.	Conclusiones	122
SECCIÓN II. NORMATIVA MULTILATERAL APLICABLE AL FEP PALMERO EN MATERIA DE DUMPING.....		129
1.	Normas Relevantes.....	131
1.1	<i>Artículo VI del GATT de 1994.</i>	131
1.2	<i>Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 – Acuerdo Antidumping.</i>	132
2.	Determinación de la Existencia de Dumping.	136
2.1	<i>Definición de Dumping a la Luz de las Normas Relevantes.</i>	136
2.2	<i>Elementos Constitutivos de Dumping – Pronunciamientos.</i>	138
2.2.1	<i>Cálculo del “valor normal”</i>	138
2.2.2	<i>El curso de Operaciones Comerciales Normales</i>	138
2.2.3	<i>Producto similar</i>	146
2.2.4	<i>Destinación del producto similar al consumo en el país exportador.</i>	149
2.2.5	<i>El precio sea comparable.</i>	151
2.2.6	<i>El precio de exportación.</i>	151
2.2.7	<i>Comparabilidad entre Valor Normal y Precio de Exportación.</i>	154
3.	<i>El FEP para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones a la luz del Acuerdo Antidumping.</i>	169
3.1	<i>Ámbito de aplicación del Artículo VI del GATT.</i>	169
3.2	<i>El artículo VI:7 del GATT y su aplicación al FEP para el Palmiste, el Aceite de palma y sus Fracciones.</i>	177
4.	Conclusiones.	179
SECCIÓN III. EL FEP PALMERO EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS DE INTEGRACION CELEBRADOS POR COLOMBIA.....		184
1.	Acuerdos Bilaterales.....	185
1.1	<i>Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y los Estados Unidos en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS.</i>	185
1.1.1	<i>Conclusión.</i>	189
1.2	<i>Acuerdo de Cartagena por el cual se crea la Comunidad Andina.</i>	190
1.2.1	<i>Decisión 457 sobre subvenciones.</i>	190
1.2.2	<i>Decisión 456 sobre Dumping.</i>	194
1.3	<i>Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y El Salvador, Guatemala y Honduras, países denominados “Triángulo Norte de Centroamérica”, celebrado en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS.</i>	196
1.3.1	<i>Conclusión.</i>	198
1.4	<i>Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y Chile en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS.</i>	198
1.5	<i>Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica celebrado en el marco de la ALADI por Colombia con México y Venezuela TLC G-3 para la conformación de una zona de libre comercio en el marco del tratado de Montevideo.</i>	201
1.5.1	<i>Bienes industriales.</i>	201

1.5.2	Bienes agrícolas.....	202
1.5.3	Conclusiones.....	204
1.6	<i>Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica celebrado en el marco de la ALADI por Colombia, Ecuador y Venezuela países miembros de la CAN con Brasil, Uruguay, Paraguay y Argentina, Estados Parte del Mercosur, al amparo del Tratado de Montevideo 1980.</i>	205
1.6.1	Conclusiones.....	206
1.7	<i>Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y los países EFTA en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS.</i>	207
1.7.1	Conclusiones.....	210
1.8	<i>Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y Canadá en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el Artículo V del AGCS.</i>	210
1.8.1	Disposiciones Generales.....	210
1.8.2	Subvenciones a las exportaciones y Ayudas Internas para mercancías agrícolas.	211
1.8.3	Ayudas Internas.....	212
1.8.4	Medidas Antidumping y Compensatorias para mercancías no agrícolas.	213
1.8.5	Conclusiones.....	214
2.	Controversias relevantes adelantadas por Colombia.	214
2.1	<i>Antecedentes en Colombia: investigación para la imposición de derechos compensatorios por parte de la República de Costa Rica.</i>	216
2.1.1	Los Hechos.....	216
2.1.2	La solicitud de la sociedad Compañía Numar S.A. (Costa Rica).....	219
2.1.3	La respuesta del Gobierno de Colombia.	220
2.1.4	El análisis del MEIC.	221
2.1.5	El compromiso del Gobierno de Colombia y su valoración por el MEIC.	224
2.1.6	Conclusiones y Comentarios.....	226
2.2	<i>Investigación Adelantada por la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones para la Imposición de Derechos Antidumping a Exportaciones Colombianas a Perú.</i>	231
2.2.1	Los Hechos.....	231
2.2.2	Las empresas involucradas.	233
2.2.3	El análisis de la Secretaría General.....	234

CAPÍTULO III

EL USO DE ACEITE DE PALMA PARA LA FABRICACIÓN DE BIODIESEL		240
PRESENTACIÓN		241
1.	Normativa Nacional: extensión del FEP Palmero al Biodiesel.....	243
1.1	<i>Breve recuento del Marco Jurídico Nacional del FEP Palmero.</i>	243
1.2	<i>El Aceite de Palma para Biodiesel y el tema de la seguridad alimentaria: marco jurídico.</i>	245
1.3	<i>Análisis concreto de la situación planteada a la luz del marco jurídico desarrollado.</i>	250
1.3.1	El Ámbito de Aplicación del FEP Palmero no depende de la destinación del Aceite de Palma, el Palmiste y sus fracciones.	250
1.3.2	El tema de la seguridad alimentaria.....	251
1.4	Conclusiones.	253
2.	Normativa internacional: compatibilidad y aplicación del FEP Palmero a transacciones destinadas a producir biodiesel.....	253
2.1	<i>Acuerdo SMC.</i>	254

2.1.1	Análisis del tratamiento del biodiesel frente a la definición de subvención del ASMC.	255
2.1.2	Conclusiones.	265
2.2	<i>Acuerdo sobre Dumping</i>	269
BIBLIOGRAFÍA GENERAL		269

CAPÍTULO I

LOS FONDOS DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE PRODUCTOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS Y EL FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS PARA EL PALMISTE, EL ACEITE DE PALMA Y SUS FRACCIONES

MARCO JURÍDICO INTERNO

PRESENTACIÓN

El presente capítulo tiene por objeto presentar el marco jurídico de los Fondos de Estabilización de Precios en general, haciendo especial énfasis en el Fondo de Estabilización de Precios del Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones (en adelante “FEP Palmero”). Incluye el estudio de la naturaleza jurídica de los elementos constitutivos del Fondo, su régimen patrimonial, órganos de dirección, administración y control.

El estudio de los posibles efectos de dumping o de subvención a las exportaciones atribuibles al FEP que se presentará en el Capítulo II de este documento, partirá del análisis de la naturaleza jurídica del Fondo conforme a la normativa nacional, de manera tal que sea posible obtener conclusiones acerca de la conformidad de la legislación nacional a la luz de las regulaciones externas.

En el capítulo se tendrán en cuenta las normas constitucionales que sirven de marco a la ley 101 de 1993 -Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero- mediante la cual se establecen los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, así como los Decretos 2025 y 2354 de 1996 que, en su orden, establecen mecanismos de control interno para los Fondos constituidos con contribuciones parafiscales, y determina de manera particular la organización del FEP Palmero.

De igual forma, el carácter de contribución parafiscal atribuido por la ley a las cesiones de estabilización, exige que el análisis jurídico del tema se complemente con el estudio de la naturaleza jurídica de tales cesiones: su definición, elementos, efectos y operatividad. A este respecto se expondrán las diferencias entre la doctrina y la jurisprudencia en la materia.

Los Anexos 1, 2 y 3 incluyen referencias sobre aspectos históricos y jurisprudenciales de la parafiscalidad.

1. Los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agroindustriales y Pesqueros.

El análisis jurídico del Fondo de Estabilización de Precios del Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones requiere el estudio previo de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agroindustriales y Pesqueros, su fundamento constitucional y desarrollo legal a través de la Ley 101 de 1993 cuyas disposiciones resultan plenamente aplicables al FEP Palmero.

En particular, el estudio jurídico del Fondo Palmero incluye los Decretos 2354 de 1996 y 130 de 1998 que reglamentan su organización; el Decreto 2025 de 1996 mediante el cual se establecen los mecanismos de control interno de los Fondos de Estabilización de Precios, y finalmente, el Acuerdo 144¹ por el cual se establece el reglamento para las operaciones de estabilización.

1.1 Marco constitucional.

El análisis del fundamento constitucional de los FEP debe remitirse a los artículos 64 y 65 de la Constitución Política, que constituyeron la base para la expedición de la Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero, Ley 101 de 1993.

En desarrollo del principio de solidaridad, fundamento del Estado Social de Derecho, el artículo 64 de la Constitución Política consagra el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios y, entre otros servicios, a los de comercialización de los productos, con el fin de mejorar el ingreso de los trabajadores². En el mismo

¹ Acuerdo No. 144, modificado por el Acuerdo No. 152 del 26 de julio de 2005 y el Acuerdo No. 156 del 29 de noviembre de 2005.

² Constitución Política de Colombia, artículo 64: “*Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa y a los servicios de (...) comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos*” (se subraya).

sentido, el artículo 65 de la Constitución establece la obligación del Estado de dar una protección especial a la producción de alimentos, a través del fomento del desarrollo integral de las actividades agrícolas y agroindustriales³.

Como puede apreciarse, las normas constitucionales citadas consagran de manera especial para el sector agrícola, la necesidad de intervención del Estado, tal como lo prevé en términos generales, el artículo 334 de la Carta.⁴ Estos mandatos, que confieren específicas facultades y obligaciones al ente estatal para dirigir la política sectorial, eliminan cualquier posición de neutralidad o indiferencia ante los sectores económicos agropecuario y agroindustrial, y obligan al Estado a dar un tratamiento preferencial en el diseño y ejecución de las políticas generales y sectoriales en la materia.

En sentir de la Corte Constitucional, este compromiso puede atenderse por el Gobierno Nacional mediante la implementación de diferentes políticas y mediante el “establecimiento de contribuciones” como apoyo a la producción agrícola⁵.

1.2 Desarrollo Normativo.

En virtud de las obligaciones constitucionales impuestas al Estado, se expidió la Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero, Ley 101 de 1993, en virtud de la cual creó los Fondos de Estabilización de Productos Agropecuarios y Pesqueros como cuentas especiales, con el objeto de “...

³ Constitución Política de Colombia, artículo 65: “La producción de alimentos gozará de la **especial protección del Estado**. Para tal efecto, se **otorgará prioridad** al desarrollo integral de las actividades agrícolas (...) y agroindustriales (...)” (se subraya).

⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 334: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1067 del 3 de diciembre de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

procurar un ingreso remunerativo para los productores, regular la producción nacional e incrementar las exportaciones, mediante el financiamiento de la estabilización de los precios al productor...”⁶.

Posteriormente, el Gobierno Nacional organizó específicamente el FEP Palmero a través de los Decretos 2354 de 1996 y 130 de 1998. Finalmente, mediante el Acuerdo No. 144, modificado por el Acuerdo No. 152 del 26 de julio de 2005 y el Acuerdo No. 156 del 29 de noviembre de 2005, se establece el reglamento vigente para las operaciones de estabilización.

En materia reglamentaria, la determinación de la organización de los fondos en cada caso particular, si bien es facultativa del Gobierno Nacional, debe siempre sujetarse a los criterios legales previamente establecidos. Se trata entonces de una facultad reglada para que, en atención a la diversidad de subsectores que integran el sector agropecuario y pesquero, el Gobierno organice los fondos o los ponga en funcionamiento cuando lo considere necesario.

La Ley 7 de 1991, Ley Marco de Comercio Exterior, también otorga facultades al Gobierno Nacional en su Artículo 8º, el cual establece que *“El gobierno podrá organizar fondos de estabilización de productos básicos de exportación que garanticen la regularidad del comercio exterior y la estabilidad de los ingresos de los productores domésticos”*.

En cuanto a la administración de los fondos, ésta se encuentra a cargo de la entidad gremial correspondiente, quien debe administrarlos como cuentas especiales.

⁶ En la exposición de motivos de la Ley 101 de 1993 se señala que *“de acuerdo con el marco constitucional el Estado debe poner al servicio del desarrollo agropecuario todos los instrumentos legales de que pueda disponer para garantizar la protección integral a la producción de alimentos, el mejoramiento de la calidad de vida de los campesinos y la sana expansión de las actividades agropecuarias”*.

Es importante resaltar que para la interpretación la Ley 101 de 1993, es indispensable tener presentes los propósitos de su expedición señalados en el artículo 1^o⁷, entre los cuales se encuentra la protección del desarrollo de las actividades agropecuarias y pesqueras, y promover el mejoramiento del ingreso y calidad de vida de los productores rurales.

Por último, y especialmente para el análisis que se adelantará en el Capítulo II de este documento, vale la pena resaltar que el hecho de que la Ley 101 de 1993 manifieste expresamente que uno de los objetivos de los fondos de estabilización consista en “*incrementar exportaciones*”, constituye un riesgo al momento de analizar el FEP Palmero a la luz de la normativa multilateral y bilateral. Por esta razón, se sugiere plantear la posibilidad de realizar una reforma en la que se tengan en cuenta este tipo de aspectos.

No obstante, también es preciso resaltar de antemano que las normas que organizan y reglamentan específicamente las operaciones específicas del FEP Palmero no mencionan expresamente este aspecto de promoción de exportaciones, lo cual puede ser una forma de minimización del riesgo.

⁷ Para lograr una interpretación acertada de las disposiciones legales contenidas en la Ley 101 de 1993, es preciso considerar los propósitos que le sirvieron de fundamento que, como ella misma lo señala, “*deben ser tenidos en cuenta en la interpretación de sus disposiciones, con miras, a proteger el desarrollo de las actividades agropecuarias y pesqueras, y promover el mejoramiento del ingreso y calidad de vida de los productores rurales*”. Entre otros principios y, por tanto criterios fundamentales de interpretación, se señalan los siguientes: i) **otorgar especial protección a la producción de alimentos**; ii) adecuar el sector agropecuario y pesquero a la internacionalización de la economía, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional; iii) promover el desarrollo del sistema agroalimentario nacional; iv) elevar la eficiencia y la competitividad de los productos agrícolas, pecuarios y pesqueros mediante la creación de condiciones especiales; v) impulsar la modernización de la comercialización agropecuaria y pesquera; vi) **determinar las condiciones de funcionamiento de las cuotas y contribuciones parafiscales para el sector agropecuario y pesquero**; y viii) **establecer los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros**.

1.3 Régimen patrimonial: cesiones y compensaciones de estabilización.

El patrimonio de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios puede estar constituido con recursos de origen privado o público, tales como:

- Sumas que los Fondos parafiscales Agropecuarios y Pesqueros destinen a favor de los Fondos de Estabilización.
- Recursos del presupuesto nacional destinados a capitalización de los fondos.
- Aportes de entidades públicas o personas de derecho privado.
- Rendimientos de inversiones temporales que se efectúen con recursos de los Fondos.
- Las cesiones de estabilización realizadas por los productores, vendedores o exportadores.

Las cesiones de estabilización son contribuciones parafiscales que los productores, vendedores o exportadores, deben pagar cuando el precio del mercado internacional de un producto, para el día en que se registre la operación en el Fondo de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, es superior al precio de referencia o al límite superior de la franja de precios de referencia.

Cuando se configura este presupuesto, la cesión, que equivale a un porcentaje de la diferencia entre ambos valores, tiene la calidad de contribución parafiscal, por disposición de la misma ley y por reunir los elementos constitutivos de este tipo de gravamen, a saber, representan una contrapartida a cargo de un determinado grupo de personas y no afectan un universo de contribuyentes; el producto de esas erogaciones se destina al mismo sector

agropecuario y pesquero; tales dineros no hacen parte del Presupuesto General de la Nación; y tienen objetivos orientados a beneficiar al mismo grupo⁸.

La importancia que presenta el análisis de la parafiscalidad en el desarrollo del presente estudio, obliga a tratarla de manera independiente más adelante en este documento.

Por otra parte, y como un elemento adicional se establecen las compensaciones de estabilización, entendiéndose por tales las sumas pagadas por el Fondo de Estabilización de Precios respectivo a productores, vendedores o exportadores, cuando el precio del mercado internacional del producto en cuestión para el día en que se registre la operación en el Fondo es inferior al precio de referencia o al límite inferior de la franja de precios de referencia. Las compensaciones son equivalentes al porcentaje de la diferencia entre ambos precios que determine el Comité Directivo. Al igual que en el punto anterior, dada la importancia del tema, el mismo se estudiará de manera detallada, más adelante.

1.4 Funciones de los Comités Directivos.

Las funciones que tienen a su cargo los Comités Directivos de los fondos son los siguientes⁹:

⁸ El Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), por el cual se compilan las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, señala lo que debe entenderse por contribuciones parafiscales: "Artículo 29. *Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.*

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración".

⁹ Decreto 2354 de 1996, artículo 9.

- Definir la metodología y el reglamento para el cálculo del precio de referencia o la franja de precios de referencia a partir de la cotización más representativa en el mercado internacional para cada producto colombiano, con base en un promedio móvil no inferior a los últimos 12 meses, ni superior a los 60 anteriores.
- Determinar la cotización fuente del precio del mercado internacional relevante, entendiendo este supuesto como la adopción de los indicadores de precios que servirán de elementos de comparación con el precio o precios de referencia, y asimismo, para la determinación del monto (%) de las cesiones y compensaciones de estabilización establecidas por el Fondo.
- Fijar el porcentaje de la diferencia entre ambos precios que se cederá a los fondos o se compensará a los productores dentro de un margen máximo o mínimo que oscile entre el 80% y el 20% de la diferencia entre ambos precios del producto gravado.
- Determinar la etapa del proceso de comercialización en la cual se aplican las cesiones de estabilización y los procedimientos y sanciones para asegurar su efectividad.

1.5 Diferencias entre los Fondos de Estabilización de Precios y las Cesiones de Estabilización.

Las cesiones de estabilización constituyen tan sólo una de las fuentes de recursos de los fondos de estabilización, pero no la única. Si bien es cierto que los Fondos se nutren principalmente de estas cesiones, bien podrían utilizar otros recursos para su funcionamiento. Por lo tanto, constituye un error identificar los Fondos con uno de sus elementos, como son las Cesiones.

Al respecto la Corte Constitucional¹⁰ ha señalado:

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1067 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

"... la Corte Constitucional encuentra que no es posible identificar, para todos los efectos, la organización de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros con las cesiones de estabilización, que son una de las fuentes de financiación de tales Fondos. Éstas son dos figuras jurídicas diferentes, consagradas en dos normas distintas -el parágrafo del artículo 36 y el numeral 1 del artículo 38 de la Ley 101-, entre las cuales el demandante construye una aparente relación de causalidad. Sin embargo, no existe tal manera de vinculación entre ellas puesto que una es la función que la Ley 101 de 1993 le asigna al Gobierno para que, cuando lo considere necesario, organice Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, y otra es la circunstancia que las cesiones de estabilización sean una de las fuentes de recursos de aquellos Fondos de Estabilización de Precios. Es decir que organizar un Fondo, es una actividad diferente a la determinación de una contribución parafiscal.

(...)

Tampoco admite la Corte... que al desaparecer las cesiones desaparecen las compensaciones, en la medida en que, en atención a políticas públicas específicas, bien podría disponerse que la principal fuente de financiamiento de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros provengan de otras fuentes En tales circunstancias bien podría prescindirse de las cesiones como fuente de financiamiento de estos Fondos de Estabilización”.

1.6 Control de los Fondos de Estabilización.

Mediante el Decreto 2025 de 1996, reglamentario de la Ley 101 de 1993, se establecen mecanismos de control interno y externo de los fondos de fomento y de los fondos de estabilización de precios del sector agropecuario y pesquero.

Para el efecto, se crea una Auditoría Interna de los Fondos de carácter independiente, encargada de vigilar la correcta liquidación de las contribuciones parafiscales, su pago oportuno, así como su administración, inversión y contabilización.

2. El Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones - FEP-.

De conformidad con la Ley 101 de 1993, el Gobierno Nacional organizó el FEP Palmero mediante el Decreto 2354 de 1996, modificado por el Decreto 130 de 1998. A continuación, se hará referencia a estas normas que se refieren específicamente al Fondo Palmero y que a su vez han sido desarrolladas mediante los Acuerdos de su Comité Directivo, en particular los Acuerdos 022, 029, 149 y 144, modificado este último mediante los Acuerdos 152 y 156.

2.1 Definición y Objetivos.

El Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones es un mecanismo financiero, de carácter parafiscal, financiado con recursos del sector palmicultor, mediante el cual se busca estabilizar el ingreso de los productores en los mercados interno y de exportación a los que dirijan su comercialización. El FEP Palmero funciona como una cuenta especial, sin personería jurídica, incorporada al Fondo de Fomento Palmero.

El FEP Palmero busca principalmente optimizar el ingreso de los palmicultores, procurando que sus ventas al mercado nacional o en el mercado de exportación, o a ambos, se realicen al mejor precio promedio posible de

acuerdo con las circunstancias del mercado internacional respectivo¹¹, y con las políticas y normas comerciales vigentes.

Dentro de los objetivos del Fondo se encuentra igualmente el ordenar los flujos de comercialización para cubrir de manera permanente las necesidades del mercado local y manejar la oferta exportable. Todo ello de conformidad con el artículo 65 de la Constitución Política sobre protección a la producción de alimentos.

En ausencia de este mecanismo, un precio alto en el mercado internacional incentivaría las exportaciones y podría resultar en un desabastecimiento del mercado local. Por el contrario, un precio internacional bajo traería consigo un posible sobre-abastecimiento del mercado local, que probablemente se traduciría en una disminución de los precios efectivos de mercado, hasta niveles cercanos al de exportación.

En conclusión, el FEP Palmero se define como un sistema de autorregulación sectorial en el cual el equilibrio buscado da lugar en ocasiones a cesiones y en ocasiones a compensaciones, dependiendo del precio en el mercado internacional y del precio de referencia, tanto en operaciones destinadas al mercado doméstico como en aquellas dirigidas al mercado externo.

Por último, en especial para efectos del estudio que se adelantará más adelante, es importante mencionar que si bien el artículo 36 de la Ley 101 de 1993 prevé como uno de los objetivos los Fondos de Estabilización de Precios, *“el incremento de las exportaciones”*, no sucede lo mismo con las normas especiales por las que se crea el FEP Palmero.

¹¹ Acuerdo 022 del Comité Directivo del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones.

2.2 *Mecanismos de estabilización.*¹²

El FEP Palmero cuenta con dos mecanismos de estabilización:

- **Cesión de estabilización:** Es la contribución parafiscal que todo productor, vendedor o exportador de Palmiste, Aceite de palma o sus fracciones, pagará al Fondo cuando el precio en los mercados a estabilizar sea superior al precio de referencia o al límite superior de la franja establecida para dichos mercados. La cesión de estabilización corresponde a un porcentaje de la diferencia entre ambos precios, fijada por el Comité Directivo del Fondo con el voto favorable del Ministro de Agricultura o su delegado.
- **Compensación de Estabilización:** Es el pago a los productores, vendedores o exportadores de palmiste, aceite de palma y sus fracciones, cuando el indicador de precio para dichos mercados sea inferior al indicador de precio de referencia calculado para las operaciones de estabilización.

Reciben compensaciones de estabilización los productos de la agroindustria de la palma de aceite que cumplan las condiciones técnicas al momento del embarque o despacho de venta previstas en el Acuerdo 29 del Comité Directivo del Fondo: aceite de palma crudo y refinado; aceite de palmiste crudo y refinado; oleína de palma; estearina de palma; margarina y jabones; hidrogenados de palma y ácido esteárico.

Es importante tener en cuenta que las cesiones gravan tanto las ventas internas como las exportaciones, y las compensaciones pueden beneficiar a unas u otras operaciones, cuando se configuren en el mercado los presupuestos señalados en las normas. En desarrollo del estudio se demostrará la ocurrencia de cesiones en la exportación y compensaciones en el mercado interno

¹² Acuerdo 22 y 149 del Comité Directivo del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones.

A continuación, procederemos a explicar cada uno de los mecanismos mencionados:

2.2.1 La Cesión de Estabilización

2.2.1.1 Definición y Elementos de la Cesión como contribución parafiscal

Como se mencionaba anteriormente, de conformidad con las normas aplicables, las cesiones de estabilización tienen naturaleza de *contribuciones parafiscales* y en esa medida se encuentran sujetas al marco normativo y regulación general y particular relativa a este tipo de tributos¹³.

Como todo tributo, las contribuciones parafiscales cuentan con cinco elementos estructurales que consisten en el sujeto activo, sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa.

La Corte Constitucional se pronunció específicamente acerca de los elementos estructurales de las contribuciones parafiscales de los productos agropecuarios y pesqueros, con ocasión de la demanda por inconstitucionalidad de la Ley 101 de 1993, en la que afirmaba el demandante, entre otros, que se violaba el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política en materia tributaria, por facultarse al Gobierno Nacional para organizar los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, y por dejarse en manos de los Comités Directivos de dichos Fondos la competencia para fijar la base gravable y las tarifas propias de dichas contribuciones.

La Corte, para desvirtuar la anterior afirmación, expuso cómo la misma Ley 101 de 1993, había fijado directamente todo lo que en virtud de la Constitución Política debe establecerse por disposición legal, de acuerdo con el

¹³ El Anexo 1 incluye un breve resumen acerca de la parafiscalidad.

artículo 338 inc. 1, *id.* Dijo la Corte en ese entonces, que aunque los elementos no se especificaran en la Ley 101 de 1993 con las denominaciones que trae la Carta Política, era claro que habían sido fijados de manera directa por la ley, así:

“Sujeto Activo: son los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros (arts. 36, 37 y 38).

Sujeto Pasivo: es el productor, vendedor o exportador de productos agropecuarios y pesqueros (art. 38).

Hecho Generador: es la operación comercial internacional a que haya lugar y que resulte superior al precio de referencia o al límite superior de la franja de precios de referencia establecida (art. 40).

Base Gravable: es la diferencia de precios entre el valor del mercado internacional del respectivo producto para el día en que se registre la operación y el precio de referencia o límite superior de la franja de precios de referencia fijado (art. 40).

Tarifa: es el porcentaje de la diferencia de los precios que determinan la base gravable, establecido por el respectivo Comité Directivo del Fondo de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros”¹⁴.

Con respecto a la tarifa, la Corte aclara que si bien se autorizó para su fijación a los Comités Directivos de los Fondos, la Ley 101 de 1993, en su artículo 40, num. 3, estableció el sistema y el método para dicha fijación (tal como lo autoriza el artículo 338, inciso 2 de la Constitución Política) y aunque no lo hizo mediante densas fórmulas matemáticas, sí a través de reglas sencillas, definidas y precisas. Es decir, los parámetros han sido cabalmente precisados por el legislador. Cuando la norma se refiere a que sean éstos los que establecerán la metodología para el cálculo del precio de referencia, alude a la forma en que se acordará tal precio, dentro de las directrices fijadas en la ley. En este sentido dicho precepto se encuentra ajustado a la Constitución.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1067 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Lo anterior, afirmó además, se justifica en la medida en que “precisamente las circunstancias variables e indeterminadas del mercado, la fluctuación de precios y fenómenos dinámicos tales como la inflación y la devaluación monetaria determinan la imposibilidad de que en estas materias sea el legislador el que determine directamente el monto de la tarifa a cobrar”¹⁵.

Ahora bien, hecha la anterior aclaración, se entrará a establecer cómo opera dicha cesión al interior del FEP Palmero:

- **Sujeto activo y administración del FEP Palmero:** El Fondo mismo es el sujeto activo del tributo¹⁶ y su naturaleza es la de ser una cuenta especial, sin personería jurídica, incorporada al Fondo de Fomento Palmero¹⁷. No obstante, su administración corresponde a “la misma entidad que administre el Fondo de Fomento Palmero”¹⁸, esto es, la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite, FEDEPALMA¹⁹, cuyo patrimonio no se confunde con el del Fondo, pues los recursos de este último son independientes y deben llevarse en contabilidad separada²⁰. Por su parte, FEDEPALMA recibe por su gestión una remuneración hasta del 10% del recaudo anual originado en la contribución parafiscal, que debe definirse anualmente²¹.
- **Sujetos pasivos de la contribución parafiscal:** Se trata, en términos generales, de los productores, vendedores o exportadores de palmiste, aceite de palma o sus fracciones²². En cuanto a la retención y pago del tributo, deberán seguirse ciertas reglas que se explicarán más adelante.

¹⁵ *Ibídem*.

¹⁶ Decreto 2354 de 1996, artículo 3.

¹⁷ Ley 13 de 1994.

¹⁸ Decreto 2354 de 1996, artículo 4.

¹⁹ Ley 138 de 1994, artículo 9.

²⁰ Decreto 2354 de 1996, artículo 10.

²¹ Decreto 2354 de 1996, artículo 4.

²² Decreto 2354 de 1996, artículo 5, numeral 2.

- **Hecho Generador:** Ocurre cuando el precio del mercado internacional del Palmiste, del Aceite de Palma o sus Fracciones, para el día en que se registre la operación en el Fondo, sea superior al precio de referencia o al límite superior de una franja de precios de referencia²³, que en el caso del mercado interno, debe ser el más relevante del mercado²⁴.
- **Base Gravable:** Equivale a la diferencia entre ambos precios, esto es, el precio del mercado internacional del Palmiste o del Aceite de Palma o sus Fracciones, para el día en que se registre la operación en el Fondo y el precio de referencia, o el límite superior de una franja de precios de referencia²⁵.
- **Tarifa:** Se trata del porcentaje que se aplica sobre la base gravable, y es fijada en cada caso por el Comité Directivo del Fondo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado²⁶.

2.2.1.2 Responsables de las cesiones de estabilización.

Son responsables de las cesiones de estabilización los productores²⁷, vendedores o exportadores, que realicen “*la primera venta*” con destino a los mercados de consumo o grupos de mercados según el caso²⁸, objeto de las operaciones de estabilización, cuando de conformidad con la metodología vigente para dichos mercados o grupos de mercados haya lugar al pago de

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

²⁷ En los contratos de maquila o de procesamiento agroindustriales similares, las personas naturales o jurídicas que encargan la maquila o los contratos de procesamiento agroindustriales similares, se consideran productores.

²⁸ Acuerdo 149 art. 4 *Mercados*.- Para los efectos de las operaciones de estabilización se definen los siguientes mercados de consumo: 1. Colombia; 2. Ecuador; 3. Resto de la Comunidad Andina; 4. Centroamérica y El Caribe; 5. NAFTA (Canadá, Estados Unidos y México); 6. Mercosur y Chile; 7. Resto del Mundo, para los demás países no comprendidos en los mercados anteriores.

cesiones. En cada caso, el responsable de la cesión actuará como agente retenedor.

En el caso de las personas naturales o jurídicas que produzcan aceite de palma crudo y aceite de palmiste crudo, de origen nacional, y los incorporen en otros procesos productivos por cuenta propia, para todos los efectos de las operaciones de estabilización con el Fondo, dicha incorporación se entenderá como la primera venta y serán estos productores responsables de la retención.

En los casos de maquila, las personas que encarguen la operación se considerarán productores y actuarán como agentes retenedores.

Los agentes retenedores deben cumplir la obligación formal de declarar las cesiones causadas y la obligación sustancial de pagarlas. La omisión en el cumplimiento de esta obligación origina la causación de intereses de mora.

2.2.1.3 Causación de las cesiones

Para conocer el momento en que se realiza la "*primera venta*" -que es aquella que determina la causación de la cesión- es preciso considerar las diferentes transacciones que pueden realizarse:

- **Venta con destino al consumo en el mercado interno gravado con cesión.**
 - En la fecha de la factura de venta de los productos objeto de cesión.
 - En el momento en que el productor del aceite de palma crudo o del aceite de palmiste crudo realiza la incorporación de los mismos en otros procesos productivos por cuenta propia.

- **Venta con destino a los mercados de consumo para exportación gravados con cesión.**
 - En la fecha de expedición del correspondiente Certificado al Proveedor cuando la exportación la realiza una Comercializadora Internacional.
 - En la fecha de exportación efectiva certificada por las correspondientes Declaraciones de Exportación -DEX-.
 - En la fecha de expedición de los Certificados del Programa Especial de Exportación -PEX- correspondientes.
 - En el momento en que el productor del aceite de palma crudo o del aceite de palmiste crudo realice la incorporación de estos aceites, en otros procesos productivos, por cuenta propia.

- **Venta con destino al mercado de consumo interno en el evento en que este mercado o grupos de mercado esté siendo compensado.**
 - En la fecha de expedición por parte del comprador del Documento de Compromiso de Destino -DCD-²⁹ amparado con la respectiva póliza de cumplimiento, en el formato que para el efecto expida la Entidad Administradora.
 - En el momento en que el productor del aceite de palma crudo o del aceite de palmiste crudo, realice la incorporación de estos aceites, en otros procesos productivos por cuenta propia y simultáneamente suscriba el Documento de Compromiso de Destino -DCD- al mercado de consumo compensado, en el formato que para el efecto expida la Entidad Administradora, amparado con la respectiva póliza de cumplimiento.

²⁹ De conformidad con el Acuerdo 144, el DCD es el documento mediante el cual el comprador se compromete ante la entidad administradora del FEP a que el aceite de palma o el aceite de palmiste crudo será destinado al mercado de consumo objeto de compensación.

- **Venta con destino a los mercados de consumo para exportación, en el evento en que estos mercados estén siendo compensados.**
 - En la fecha de expedición del correspondiente Certificado al Proveedor -CP- cuando la exportación la realice una Comercializadora Internacional.
 - En la fecha de exportación efectiva certificada por las correspondientes Declaraciones de Exportación -DEX-.
 - En la fecha de expedición de los Certificados del Programa Especial de Exportación -PEX- correspondientes.
 - En la fecha de expedición por parte del comprador del Documento de Compromiso de Destino -DCD-, amparado con la respectiva póliza de cumplimiento, en el formato que para el efecto expida la Entidad Administradora.
 - En el momento en que el productor del aceite de palma crudo o del aceite de palmiste crudo realice la incorporación de estos aceites, en otros procesos productivos por cuenta propia y simultáneamente suscriba el Documento de Compromiso de Destino -DCD- en el formato que para el efecto expida la Entidad Administradora, amparado con la respectiva póliza de cumplimiento.

2.2.2 La Compensación de Estabilización

2.2.2.1 Definición y Alcance.

El Artículo 5 del Decreto 2354 de 1996 las define las compensaciones de estabilización en los siguientes términos:

“Compensaciones a favor de los productores, vendedores o exportadores. Ocurre cuando el precio del mercado internacional del palmiste o del aceite de palma o de sus fracciones, para el día en que se

registre la operación del fondo sea inferior al precio de referencia o al límite inferior de una franja de precios de referencia. En este evento, el Fondo Pagará a los productores, vendedores o exportadores de tales productos una compensación de estabilización equivalente a un porcentaje de la diferencia entre ambos precios, fijado en cada caso por el comité directivo del Fondo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado”³⁰.

Las compensaciones de estabilización son los pagos que se otorgan con los recursos del Fondo de Estabilización a los productores, vendedores o exportadores que realizan la primera venta de aceite de palma crudo o aceite de palmiste crudo con destino a los mercados o grupos de mercado objeto de las operaciones de estabilización, cuando el indicador del precio para dichos mercados o grupos de mercado sea inferior al indicador de precio de referencia para las operaciones de estabilización.

Es claro que este pago representa un instrumento o herramienta de estabilización, que el mismo fondo otorga a los miembros de su sector.

2.2.2.2 Causación de las compensaciones.

Para acceder a las compensaciones de estabilización, los productores, vendedores, y exportadores de los productos y los mercados objeto de compensación por parte del Fondo, deben cumplir una serie de requisitos, entre los cuales se encuentran: (i) suscribir con Fedepalma (quien actúa como entidad administradora del fondo) un Convenio Marco de Estabilización; (ii) declarar las compensaciones dentro del término estipulado para el efecto³¹; (iii) entregar a la entidad administradora del Fondo el documento de compromiso de destino

³⁰ Decreto 2354 de 1996, artículo 5 y Ley 101 de 1993, artículo 40.

³¹ La declaración debe hacerse en la primera quincena del mes calendario siguiente a la primera venta objeto de compensación.

(DCD)³² expedido por el comprador, o la Declaración de Exportación (DEX) o el Certificado de Proveedor (CP), o el Certificado PEX³³.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta la definición, alcance y operatividad de los documentos mencionados anteriormente, con el objeto de comprender el funcionamiento y alcances de las compensaciones de estabilización en el Fondo:

- **Convenio Marco de Compromiso de Destino:** este convenio se suscribe directamente con la entidad administradora del Fondo, en este caso Fedepalma, y tiene por objeto establecer claramente los compromisos adquiridos por quienes suscriban los Documentos de Compromiso de Destino a los mercados de consumo, o grupos de mercado objeto de compensación. El convenio marco impone las siguientes obligaciones:
 - Cumplir con los compromisos de demostrar el destino de los productos al mercado compensado en la forma establecida en el reglamento para las operaciones de estabilización.
 - Permitir esquemas de verificación y control, para así llevar un seguimiento claro de cada uno de los procedimientos a nivel empírico.
 - Facilitar información básica de los aceites de palma y de palmiste crudo para el control de las operaciones.

- **Documento de Compromiso de Destino (DCD)³⁴:** el Documento de Compromiso de Destino, es el escrito por medio del cual el comprador se

³² Ello en el evento en el que el mercado interno sea el que esté siendo compensado. Este DCD debe entregarse a Fedepalma con la respectiva póliza de cumplimiento expedida a nombre de la misma entidad y determinando como beneficiario al Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones.

³³ En el evento de los mercados externos sean objeto de compensación, el productor, vendedor o exportador debe presentar cualquiera de esos documentos. Con excepción del DEX, todos estos deben entregarse a Fedepalma con la respectiva póliza de cumplimiento expedida a nombre de esta entidad y determinando como beneficiario al Fondo de estabilización de precios para el Palmiste, el aceite de palma y sus fracciones.

obliga ante Fedepalma, a destinar el aceite de palma crudo o el aceite de palmiste crudo adquirido, a los mercados de consumo objeto de compensación.

Quien suscribe el DCD asume las siguientes responsabilidades, que se traducen como obligaciones en el ámbito legal:

- Obligación de despachar a los mercados compensados dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de expedición del Documento de Compromiso de Destino.
- Demostración del destino de los productos al mercado compensado en la forma establecida.
- Facilitar el desarrollo de los esquemas de verificación y control.
- Suministrar información básica sobre la compra de los aceites de palma y palmiste crudos, de forma que la entidad administradora asegure su adecuado manejo y control.

Ahora bien, al ser el DCD el documento por el cual se garantizan los compromisos adquiridos por el comprador, cada uno de éstos se encuentra amparado por una póliza de cumplimiento expedida por una compañía de seguros vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

El valor asegurado debe ser equivalente al valor de la compensación y de la cesión vigente a la fecha de la primera venta del aceite de palma o el aceite de palmiste crudos. En caso de incumplimiento del DCD por parte del comprador, la entidad administradora del Fondo emitirá a la respectiva aseguradora una comunicación declarando ocurrido el siniestro y solicitando al asegurador y al emisor del compromiso, el pago del valor correspondiente a la póliza.

³⁴ El Certificado de Proveedor y el Certificado PEX, tienen la misma función que el Documento de Compromiso de Destino, y por tanto, deben cumplir con los mismos requisitos de éste.

Luego de presentados los documentos mencionados, la Secretaría Técnica del FEP Palmero determina, mediante Resolución motivada, el valor de las compensaciones de estabilización que serán pagadas con recursos patrimoniales del Fondo. Estas compensaciones son las vigentes en la fecha de la primera venta o en la fecha de la incorporación del aceite de palma o del palmiste crudo.

El valor determinado para las compensaciones por la Secretaría Técnica del Fondo, al igual que para las cesiones, es aprobado por el Comité Directivo del Fondo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado.

2.3 *Naturaleza jurídica de las cesiones y de las compensaciones de estabilización.*

2.3.1 Naturaleza jurídica de las cesiones.

En primer lugar, debe destacarse que el parágrafo segundo del artículo 38 de la Ley 101 de 1993, dispone expresamente que las cesiones de estabilización son “*contribuciones parafiscales*”³⁵.

No obstante lo anterior, la naturaleza pública o privada de las cesiones de estabilización ha sido un tema objeto de debate en la jurisprudencia y la doctrina, que han adoptado interpretaciones opuestas en la materia.

³⁵ Ley 101 de 1993, artículo 38: “(...) parágrafo 2. *Las cesiones a que se refiere el numeral primero de este artículo son contribuciones parafiscales*” (se resalta).

2.3.1.1 Jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, en varias de sus sentencias³⁶, atribuye a las contribuciones parafiscales un carácter público. Sobre el particular, cabe resaltar los siguientes apartes jurisprudenciales:

En sentencia C- 152 de 1997, la Corte considera las contribuciones parafiscales como un tipo de contribución especial con las siguientes características esenciales:

“1a. Obligatoriedad, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado;

2a. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico;

3a. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa;

4a. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa.

5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o "por los órganos que

³⁶ Los apartes jurisprudenciales están contenidos, entre otras, en las sentencias que a continuación se citan: Corte Constitucional, Sentencias C-1067 del 3 de diciembre de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño; C-152 del 19 de marzo de 1997, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía; T-442 del 30 de mayo de 2002, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería; C-959 del 14 de noviembre de 2007, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería; C-308 del 7 julio de 1994, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón; C-040 del 11 de febrero de 1993, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón; C-711 del 5 de julio de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería; C-1173 del 8 de noviembre de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería; C-253 del 7 de junio de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-543 del 23 de mayo de 2001, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis; C-490 del 28 de octubre de 1993, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; C-678 del 18 de noviembre de 1998, M.P. Dr. Alberto Beltrán Sierra; C-191 del 8 de mayo de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; C-536 del 28 de julio de 1999, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz; C-040 del 11 de febrero de 1993, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

forman parte del presupuesto general de la Nación”, como lo prevé el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, corresponde a la Contraloría General de la República, por mandato expreso del artículo 267 de la Constitución, inciso primero.

7a. Son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer "excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley" (se resalta).

En sentencia C- 183 de 1997, al referirse a los aportes parafiscales percibidos por las cajas de compensación familiar, reitera la Corte lo siguiente:

“Debe señalarse inicialmente que, establecido por la Corte el carácter parafiscal de la cuota en estudio, no se trata de un recurso perteneciente a las rentas estatales y su destinación está ordenada por la ley al beneficio del sector de los trabajadores, que es el aportante de los dineros percibidos por las cajas de compensación, luego no encaja en el artículo 355 de la Constitución.

En efecto, no todos los recursos públicos pertenecen al Estado y, en el caso de los de origen parafiscal -que son públicos mas no ingresan al fisco- tampoco son de libre asignación o disposición por las autoridades. Por su naturaleza y funciones, tales rentas están afectadas a una finalidad, que es la que, según la ley correspondiente, les dio origen, y que justifica su recaudo”³⁷ (se resalta).

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-183 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

De otra parte, debe advertirse que la Corte Constitucional también ha resaltado la afectación especial, como elemento característico de las contribuciones parafiscales. Sobre este particular, precisa la Corte:

*“Se advierte claramente que los recursos de las Cajas **no son propiedad privada** (artículo 58 de la Carta) del empleador ni de los trabajadores en particular sino **del sector** de los trabajadores remunerados. No es pues un derecho subjetivo de las personas sino del sector en su conjunto. (...)*

*La propiedad de estos recursos, así como su administración, a diferencia de lo que sucede con el Fondo Nacional del Café³⁸, no pertenece al Estado y en consecuencia no media al respecto un contrato entre la Nación y la entidad. **Pero en uno y otro caso los recursos están afectados a una finalidad** que tiene que cumplir el administrador de los mismos, pues, al fin de cuentas, ambos recursos son parafiscales”³⁹ (se resalta).*

Vale la pena mencionar que en el año 2001⁴⁰, la Corte se pronunció específicamente acerca del manejo presupuestal de los recursos parafiscales regulados por la ley 101 de 1993, con ocasión de la demanda de los artículos 30 inciso 2º y 32 inciso 1º. En esta sentencia, se alude de nuevo a la naturaleza pública de los recursos, pero también se mencionan dos aspectos relevantes para efectos de la concepción de un mecanismo financiado mediante este tipo de recursos, especialmente a la luz de la normativa multilateral en materia comercial.

El primer aspecto se refiere a que los recursos parafiscales no constituyen ni mucho menos una donación, cuya prohibición en el ordenamiento colombiano “se refiere exclusivamente a negocios jurídicos que tengan una causa “donandi” y no a otros que carezcan de ella, como es el caso de las contribuciones

³⁸ La Corte cita en este punto la Sentencia C-449 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C- 651 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

parafiscales agropecuarias y pesqueras, en las cuales se busca que su administración y recaudo genere productividad en beneficio de la misma colectividad”.

El segundo aspecto, apoyado en jurisprudencia precedente, se refiere a la exclusión de tales recursos del esquema financiero de ingresos y gastos del Estado, pues tienen una destinación específica y “*no existe entonces la necesidad de que ellas estén incorporadas a la ley anual de presupuesto*”.

No obstante, si bien la posición de la Corte respecto del carácter público de las contribuciones parafiscales en principio parece clara, debe advertirse que en los precedentes jurisprudenciales enunciados, el carácter público o privado de las contribuciones parafiscales no es el asunto principal objeto de controversia, y en ese sentido podría entenderse que estas afirmaciones no hacen parte de la *ratio decidendi* de la sentencia⁴¹.

En este orden de ideas, nada obsta para que en pronunciamientos futuros la Corte desarrolle en este sentido el concepto de la parafiscalidad, teniendo en cuenta que incluso ha variado sustancialmente sus posiciones en materia tributaria, por ejemplo, alrededor de la naturaleza de las regalías y de su compatibilidad con los impuestos entre los años 1995 y 2002⁴².

Como complemento de lo anterior, pueden consultarse los Anexos 2 y 3, que contienen un estudio jurisprudencial de la Corte Constitucional relativo a los elementos de las contribuciones parafiscales y un estudio de la Sentencia C-1067 de 2002, que se considera de especial relevancia en esta materia.

⁴¹ Es menester recordar que en materia de precedente judicial de la Corte Constitucional, únicamente la denominada *ratio decidendi* tiene carácter vinculante para efectos de decisiones posteriores. La *ratio decidendi* hace referencia a lo que corresponde únicamente a aquellas conclusiones que sirven de fundamento a la parte resolutoria del fallo.

En la Sentencia SU-047 de 1999, la Corte sostuvo que: “*únicamente el principio general que sirvió de sustento directo para resolver el caso, esto es la ratio decidendi, puede aspirar a convertirse en precedente vinculante, mientras que las otras opiniones incidentales, al no estar inescindiblemente ligadas al asunto planteado al juez, a lo sumo tienen un valor pedagógico y persuasivo*” (se resalta).

⁴² Plazas Vega, Mauricio, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, Tomo I, Bogotá: Temis (2006), p. 585.

Adicionalmente, se anexa un cuadro donde se relacionan las sentencias en las que las contribuciones parafiscales han sido objeto de pronunciamiento.

2.3.1.2 Posiciones doctrinales.

En el mismo sentido que la Corte, la doctrina durante muchos años consideró la *contribución parafiscal* como una “*contribución especial*”. Sin embargo, dicho concepto ha evolucionado en los últimos años, asignándole a la parafiscalidad una categoría especial, diferente a los tributos tradicionalmente analizados e inclusive privándoles de la naturaleza pública, sin desconocer en ningún caso que su recaudo, administración y destino son de interés colectivo.

Catalina Hoyos y Luis Felipe Botero en su trabajo “*La parafiscalidad en el derecho hacendístico colombiano*” atribuyen a la parafiscalidad una naturaleza tributaria, pero como una especie autónoma que no puede ser calificada como impuesto, tasa o contribución. En su opinión, los cobros de carácter parafiscal no son impuestos, tasas o contribuciones, sino exacciones que si bien derivan del poder de imperio que detenta el Estado, son exigidos por organismos ajenos a la administración y no ingresan al tesoro. De ahí su nombre “parafiscal”, que sugiere que la percepción de los recursos se hace al margen del fisco.

Señalan los autores cómo, cuando el “[...] *intervencionismo económico* condujo a la consolidación de un grupo de actividades que no podían sostenerse de manera adecuada con los ingresos hasta entonces conocidos, surgió la necesidad de hacer participar en su financiación, mediante exacciones hechas a los miembros que se beneficiaban de sus actividades, excluyendo en consecuencia a los demás sujetos de la sociedad política para quienes en estos casos resultaba intolerable el peso de la tributación adicional”.

De otro lado, encontramos la posición del tratadista Mauricio Plazas Vega, quien analizando las características propias de las *contribuciones*

parafiscales, introduce el concepto de “*rentas parafiscales*”⁴³, a las cuales priva de la naturaleza de tributos y por consiguiente de la naturaleza de recursos públicos.

Como argumentos para desvirtuar el carácter tributario de las rentas parafiscales y sustentar cada uno de los elementos de la definición propuesta, afirma el tratadista:

“De la esencia de los tributos es la destinación de los recursos obtenidos con la ocurrencia del hecho generador, como medios financieros para el ejercicio de la función pública a cargo del Estado. Por el contrario, las rentas parafiscales destinadas a nutrir fondos parafiscales, se afectan de manera exclusiva al desarrollo de las actividades sectoriales del fondo, que benefician exclusivamente a sus integrantes. Aún en el caso de liquidación del fondo, los recursos se destinan a beneficio del sector y en ningún caso a la financiación de actividades del Estado.

La creación legal de la renta parafiscal obedece a que ella genera una obligación a cargo de los integrantes del respectivo sector. En un Estado de derecho una carga de esta naturaleza sólo puede ser impuesta por el Congreso. En este punto es importante precisar que si bien todo tributo debe ser creado por ley, no toda creación legal es un tributo.

La renta parafiscal es eminentemente sectorial, nunca tiene objetivos generales. Sólo debe ser sufragada por los integrantes del sector respecto del cual se ha conformado el fondo parafiscal; se destina a financiar exclusivamente, objetivos y metas inherentes al sector que originó el fondo parafiscal. De esta manera la renta parafiscal genera de manera directa e inmediata un beneficio sectorial que corresponde a los objetivos del fondo,

⁴³ El profesor Plazas Vega define las “*rentas parafiscales*” como: “*una prestación de iure imperii, de creación legal, que han de sufragar quienes integran un determinado grupo o sector como instrumento estatal de intervención, encaminado a que se ejecute una actividad, o un conjunto de actividades, que si bien beneficia (n) de manera inmediata a ese determinado grupo o sector, interesa (n) a toda la colectividad*” (Plazas, Mauricio, **Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario**, Tomo II, Temis, Bogotá:2005, pp. 159 y 162).

*sin perjuicio de que más adelante, de manera mediata el beneficio sectorial se traduzca, a su vez en mejores condiciones para los individuos que lo integran*⁴⁴.

Finalmente, debe destacarse que en la obra titulada “*Financiamiento de los agricultores al desarrollo tecnológico. Naturaleza jurídica e impacto en el sector palmero colombiano*”, la doctora Myriam Conto, al referirse a las rentas parafiscales, señala:

*“No se debe hablar de impuesto parafiscal (...); no es una contribución parafiscal, porque a pesar de que así lo reconoce la Constitución Política, **no son un tributo, ya que ni siquiera eventual o indirectamente pueden llegar a representar ingresos para el Estado.***

(...). El beneficio (de las rentas parafiscales) no se predica del deudor que la sufraga, sino que adquiere una connotación de conjunto, o sectorial, respecto de la cual la existencia o no de un beneficio divisible e individual es secundaria. (...)

Las rentas parafiscales son bienes intermedios, ya que son bienes que pueden ser consumidos como bienes públicos por parte de grupos bien delimitados de la población, por razón de la ley, pero al mismo tiempo son bienes cuya producción o prestación no beneficia al resto de la población...” (Se subraya).

2.3.1.3 Conclusión sobre la naturaleza jurídica de las rentas parafiscales del FEP palmero.

Si bien los recursos del FEP, por mandato legal tienen diferentes orígenes, constituye elemento central del presente estudio la determinación de la naturaleza jurídica de las cesiones de estabilización, por cuanto estos recursos

⁴⁴ *Ibidem.*

y sus rendimientos consisten en los únicos aportes que actualmente recibe el Fondo; por tanto, la naturaleza jurídica de las cesiones afecta de manera directa a las compensaciones de estabilización que el Fondo reconozca a los integrantes del gremio.

En principio, podría asumirse la posición más simple de acoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a las contribuciones parafiscales y afirmar que corresponden a “contribuciones especiales” y que sus recursos son “públicos”. No obstante, las consecuencias que pueden derivarse de esta afirmación, entre otros aspectos, frente a la normativa multilateral y frente a compromisos asumidos por Colombia en acuerdos bilaterales, así como el reducido debate que en torno al carácter público o privado de las cesiones se ha dado en las altas Cortes, obligan a analizar en este documento el tema de manera más detallada, considerando para ello los avances experimentados recientemente en la doctrina.

A pesar de la reiterada jurisprudencia que atribuye a los recursos parafiscales, originados en las cesiones de estabilización la naturaleza de “*contribución especial*” de naturaleza pública, los argumentos expuestos por el doctor Mauricio Plazas de que trata el punto anterior, permiten sustentar, en el ámbito nacional y multilateral, la inexistencia del carácter tributario y por consiguiente de “*contribución especial*” de estas prestaciones.

En efecto, la organización y manejo del FEP satisface todos los presupuestos previstos por el tratadista para descartar la naturaleza tributaria de sus recursos.

En primer lugar, las cesiones de estabilización no constituyen medios financieros de la función pública; se trata de recursos extraídos de un sector económico, bajo condiciones de orden legal y contractual, para ser invertidos en beneficio del mismo sector, en este caso en la estabilización de ingresos al productor del aceite de palma, el palmiste y sus fracciones en niveles ponderados, razonables y acordes con los precios internacionales. Los recursos

percibidos por las cesiones no ingresan al presupuesto nacional y por consiguiente, no pueden nunca destinarse al cumplimiento de los fines del Estado, característica propia de los tributos no vinculados.

En segundo lugar, debe considerarse que el principio de reserva de ley aplicado a la parafiscalidad *“es característico mas no exclusivo de los tributos”*. Quienes afirman que las cesiones son tributos por el hecho de haber sido creados por ley, dado que la imposición de tributos es competencia exclusiva del legislador, desconocen que si bien todo tributo tiene su origen en la ley, no toda figura o instituto de origen legal, es un tributo. Como afirma el doctor Plazas *“...si bien toda prestación tributaria está sometida a la reserva de ley, no toda prestación regulada por la ley es un tributo”*⁴⁵. Una interpretación en contrario conduciría a atribuir el carácter de tributo a todo instrumento creado por la ley.

En tercer lugar, por mandato de la Constitución Política, artículo 338, inciso 2: *“La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y las contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen...”*. La tasa, entonces, tiene como hecho generador la prestación de un servicio divisible a favor de quien la sufraga y la contribución especial, por mandato de la Carta, la generación de un beneficio específico para quien la realiza.

Los recursos obtenidos con las cesiones de estabilización no originan un servicio o beneficio individual y concreto para los cedentes. Por el contrario, tiene una destinación sectorial común y de interés general para los integrantes.

Quienes efectúan las cesiones no necesariamente reciben las compensaciones de estabilización y, en el evento que las reciban, estas no guardan equivalencia ni proporcionalidad con las erogaciones efectuadas. Puede darse el caso en que el beneficiario de una compensación, jamás haya

⁴⁵ *Ibidem*, p. 151.

efectuado una cesión, pues la cesión no condiciona la compensación, desde el punto de vista individual.

Puede ocurrir también que el destinatario de una compensación obtenga recursos por un monto superior a las cesiones efectuadas o por una cuantía significativamente menor que los pagos realizados. El beneficio para los productores, vendedores o exportadores de palmiste, aceite de palma y sus fracciones, en todos los casos, se deriva del hecho mismo de hacer parte del sector beneficiado, de usufructuar un instrumento de estabilización de ingresos, mas no de la cuantía de las compensaciones percibidas de manera individual. En este aspecto, los recursos parafiscales difieren de los tributos vinculados, esto es, de las tasas y las contribuciones.

En este orden de ideas, establecida la naturaleza de “*rentas parafiscales*” de las cesiones de estabilización que conforman el FEP Palmero, y descartada su connotación tributaria, procede aclarar la naturaleza privada o pública de estos recursos consultando su *origen, administración y destino* y no el ámbito de su utilidad.

En este sentido, es importante tener en cuenta que el *origen* de las rentas parafiscales es extraño al sector público, en ningún momento ingresan a las arcas del Estado ni se destinan al cumplimiento de sus funciones. Por el contrario, su *origen y administración* son privados y su *destinación* es la constitución de un fondo parafiscal.

La intervención del Estado en el desarrollo del mecanismo, se limita a su creación en desarrollo del principio de legalidad y al ejercicio de su poder de coacción, sin que por ello participe en el recaudo, o derive de éste beneficios pecuniarios de manera directa o indirecta, u obtenga recursos para financiar el cumplimiento de los fines que le son propios o la satisfacción de intereses de la comunidad como un todo, ni asuma responsabilidad frente a los sujetos pasivos de la cesión.

Para que un recurso financiero pueda calificarse como público es preciso que se perciba por el Estado como de su propiedad o que se perciba por un particular para el cumplimiento de funciones públicas. Las rentas parafiscales no están destinadas a una función pública sino a una función privada de interés público.

Es pertinente señalar que si la Corte considera de manera reiterada que en la creación de una renta parafiscal, así como en su recaudo y destinación, el Estado “*presta su soberanía*” o “*presta su poder coercitivo*”, es porque entiende que los recursos objeto del ejercicio de dicha soberanía y poder coercitivo tienen un titular diferente, es decir, que no son propios del Estado, por no ser recursos públicos.

Además, de la prestación del poder coercitivo del Estado para garantizar la efectividad de un interés particular, no puede deducirse que recursos privados se conviertan en recursos públicos, pese a que el Estado siga siendo ajeno a su generación, administración y provecho. Tampoco puede inferirse esta conclusión del ejercicio del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, el cual se deriva de la importancia de los recursos para el interés colectivo sectorial y no de su naturaleza pública.

2.3.2 Naturaleza jurídica de las compensaciones de estabilización

Del análisis realizado en relación con las cesiones del FEP Palmero, es posible concluir que las compensaciones de estabilización se pueden definir como expresiones de un beneficio parafiscal, que se encuentran estrechamente ligadas con las cesiones de estabilización, y que permiten cumplir con los objetivos del fondo y con su función principal de estabilizar el ingreso de los productores.

De esta manera, las compensaciones son pagos que reciben los productores, con recursos propios del Fondo, para estabilizar su ingreso. La naturaleza jurídica de las mismas, nos permite concluir lo siguiente:

- No provienen de recursos estatales, ni ofrecen algún tipo de beneficio en bienes o servicios gratuitos que financie u ofrezca el Estado.
- Se reconocen tanto a quienes venden en el mercado interno o exportan, sin discriminación alguna. Es decir, con el solo cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas aplicables, el vendedor o exportador está en el derecho de recibir compensaciones de estabilización. Lo anterior ha sido demostrado en la práctica.
- El tesoro público no se ve afectado en ningún modo por el pago de cesiones o el recibo de compensaciones, lo que permite concluir el carácter privado de ambos mecanismos.
- Las compensaciones se reconocen si se cumplen los requisitos establecidos y aceptados por las partes en el Convenio de Estabilización suscrito entre Fedepalma y el beneficiario de las compensaciones. De esta manera, el Convenio suscrito por el destinatario es un instrumento de carácter privado, regido por las reglas de derecho privado, lo que recalca la naturaleza privada de los recursos del FEP⁴⁶.
- La compensación de estabilización no interviene de manera alguna, ni de manera previa, en la determinación del precio de venta del producto colombiano en el mercado externo, el cual es determinado por otros elementos. La compensación actúa después con el único objeto de

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Recursos Ordinarios de Súplica del 1 de noviembre de 2007, Radicación No. 25000-23-24-000-2000-00772-01 y 25000-23-24-000-2001-00258-01, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Sobre el particular, destaca el Consejo de Estado: *“Así, toda actividad de FEDEPALMA que atañera al pago de las compensaciones a la contraparte del convenio, tenía origen inmediato y directo en este acuerdo de voluntades, constitutivo de un negocio jurídico privado, y se sujetaba a él; luego esa actividad comportaba actos de ejecución o desarrollo del mismo, que se dan en el ámbito de la comentada relación convencional o negocial entre dos personas de derecho privado; actos que vienen a ser actos negociales de esta misma condición privada”*.

equilibrar y estabilizar los ingresos de los productores en las ventas realizadas en el mercado externo y el mercado local, sin que en ningún caso busque reducir los precios de exportación a niveles inferiores a los precios domésticos.

- Existe un riesgo potencial para el FEP Palmero, en lo que respecta a la inclusión en la determinación de la autorización por parte del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o quien haga sus veces, del valor tanto de las cesiones como de las compensaciones de estabilización, punto que trataremos más adelante.

Finalmente, debe advertirse que en reciente jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁷, se debatió si Fedepalma tenía funciones públicas de carácter administrativo en relación con los recursos del Fondo, y por tanto si las negativas de ésta frente al pago de unas compensaciones alegadas por la compañía demandante eran actos administrativos susceptibles de revisión ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En dicho proceso, el apoderado de Fedepalma sostuvo que las cesiones de estabilización, en la medida en que eran consideradas contribuciones parafiscales, eran *“ingresos de carácter público de naturaleza tributaria que la ley decreta a cargo de unas personas (sujeto pasivo) a favor del Estado (sujeto activo) los cuales se destinan en provecho de un sector económico o social (beneficiarios)...”*.

No obstante, consideró el apoderado, *“las compensaciones de estabilización no son ingresos públicos de naturaleza tributaria decretados a favor de los particulares y a cargo del Estado”*. De acuerdo con lo anterior, una compensación de estabilización *“en ningún caso consiste en una contribución parafiscal porque si bien es cierto se trata de un beneficio con cargo a los recursos del*

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Recursos Ordinarios de Súplica del 1 de noviembre de 2007, Radicación No. 25000-23-24-000-2000-00772-01 y 25000-23-24-000-2001-00258-01, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

*tesoro público ello no convierte al Estado en sujeto pasivo de una obligación tributaria a favor de los particulares que tampoco podrían tener el carácter de sujetos activos*⁴⁸.

Si bien el proceso adelantado ante el Consejo de Estado se centra en determinar el carácter de los actos emanados de Fedepalma, por virtud de los cuales se negó el reconocimiento de compensaciones, la Dra. Olga Inés Navarrete, mediante auto del 29 de agosto de 2004, destaca frente al tema de las compensaciones de estabilización que éstas no tienen el carácter de contribuciones parafiscales, como sí lo tienen las cesiones de estabilización⁴⁹.

Finalmente, en la providencia por virtud de la cual el Consejo de Estado decide el recurso de súplica interpuesto contra el auto mencionado, se afirma que *“la naturaleza jurídica de los actos de ejecución o aplicación de esos recursos (las compensaciones) no se determina por la clase de los ingresos utilizados, sino por la actividad jurídica, o lo que es igual, las condiciones jurídicas en que se hace aplicación, luego no es válido deducir que en todo caso en que se apliquen recursos fiscales o parafiscales se está ante el ejercicio de la función administrativa”*.

2.4 Régimen patrimonial del FEP.

El patrimonio del FEP está integrado por los mismos elementos que el patrimonio de los Fondos de Estabilización de Precios a los cuales se hizo referencia en el punto 1.3 de este capítulo.

Sobre el particular, es importante precisar que de conformidad con el artículo 38 de la Ley 101 de 1993, los recursos de los Fondos de Estabilización provienen, entre otras fuentes, de recursos del Presupuesto Nacional y/o de

⁴⁸ Documento por virtud del cual el Dr. Jorge Enrique Ibáñez Najar descubre el traslado del recurso ordinario de súplica presentado por ACEGRASAS S.A., dentro del expediente 250002324000200100258-01, de la Sección Primera del Consejo de Estado.

⁴⁹ La Magistrada afirma que el tema central del litigio no *“tiene que ver propiamente con las contribuciones parafiscales, entre otras cosas, porque las compensaciones de estabilización, en principio, no tienen ese carácter como sí lo tienen indudablemente las cesiones de estabilización”*.

aportes de entidades públicas. El FEP Palmero, en una única oportunidad, recibió del Estado colombiano un aporte económico representado como “capital semilla” al inicio de su organización. Sin embargo, este “capital semilla” no ha sido utilizado ni siquiera en una mínima proporción por el FEP Palmero, ya que el Fondo se nutre de los recursos de sus afiliados. Lo anterior nos permite concluir que el Fondo no se ha beneficiado o nutrido de recursos estatales, en aras de realizar sus operaciones de estabilización.

2.5 Organismos de Dirección y Administración del FEP Palmero.

EL FEP Palmero cuenta con una estructura que le permite una organización clara y jerarquizada. Así las cosas el Fondo para su dirección, administración y apoyo técnico cuenta con los siguientes organismos:

2.5.1 Congreso Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite

El Congreso Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite se encuentra integrado por todos los palmicultores colombianos en ejercicio. Es decir, las personas naturales o jurídicas que se encuentren debidamente registradas ante Fedepalma.

Su importancia radica en que es el encargado de elegir un representante de todos los cultivadores de palma de aceite, por cada zona palmera del país, quien a su vez se encarga de representarlos ante el Comité Directivo del FEP, por un periodo de dos años.

Con lo anterior, se garantiza la representación efectiva en la toma de decisiones al interior del FEP por parte de los cultivadores de palma de aceite, lo que trae consigo beneficios para estos últimos.

2.5.2 Comité Directivo

El Comité Directivo del FEP encuentra su fundamento legal en el artículo 39 de la Ley 101 de 1993, en el cual se determina que la composición de los Comités Directivos de los fondos de estabilización de precios de productos agropecuarios y pesqueros será determinada para cada caso particular por el Gobierno Nacional. Específicamente para el FEP Palmero, el Decreto 2354 de 1996, determina las funciones del Comité, el cual estará integrado por:

- Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, o su delegado
- El Ministro de Comercio, Industria y Turismo, o su delegado
- Cuatro representantes de los cultivadores de palma de aceite elegidos por el Congreso Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite, con sus respectivos suplentes.

Sus funciones, expresadas en el Artículo 9 del Decreto en comento son, entre otras:

- Establecer la metodología y el reglamento para las operaciones de estabilización que se realicen al interior del FEP.
- Establecer el precio de referencia o la franja de precios de referencia de los productos que se someterán a operaciones de estabilización. Igualmente establecer la cotización fuente del precio del mercado internacional relevante y el porcentaje de la diferencia entre los dos precios que se cederá al FEP o que, por el contrario, se compensará a los productores, vendedores o exportadores.
- Determinar las políticas y lineamientos del FEP, las cuales serán los fundamentos para que la entidad administradora expida los actos administrativos y suscriba los contratos o convenios que le permitan realizar el cabal cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo.

- Establecer la etapa del proceso de comercialización en la que se aplicarán las cesiones al productor, vendedor o exportador.
- Determinar los procedimientos y sanciones para asegurar el cabal cumplimiento de las cesiones de compensación
- Establecer los programas de estabilización para las operaciones que se realicen con el FEP.
- Aprobar el presupuesto anual de ingresos y gastos que se ejecuta con el FEP, presentado por Fedepalma, previo visto bueno del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.
- Velar por la gestión eficiente del FEP, gestión que realiza la entidad administradora.

En lo que respecta a la composición del Comité Directivo, consideramos que existen dos riesgos que se deben tomar en consideración para efectos de analizar el FEP palmero a la luz de la normativa multilateral y bilateral:

En primer lugar, la intervención del Ministro de Agricultura en la composición del Comité, y la participación del Ministro de Comercio, Industria y Turismo, o quien haga sus veces, en la conformación del mismo, que se presenta como una intervención flagrante del Gobierno en el FEP Palmero.

En segundo lugar, el hecho de que el presupuesto anual de ingresos y gastos que se ejecuta para el FEP Palmero, deba obtener el visto bueno previo por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, pone en un escenario bastante desfavorable al Fondo en lo que respecta a la intervención del Estado y a la posibilidad de que el Fondo sea considerado una subvención a la luz de la normativa de la Organización Mundial del Comercio.

Estos riesgos se acrecientan si se tienen en cuenta las funciones del Comité Directivo señaladas anteriormente, tales como establecer la metodología y el reglamento para las operaciones de estabilización que se realicen al interior del

FEP Palmero; establecer el precio de referencia o la franja de precios de referencia de los productos que se someterán a operaciones de estabilización; establecer la cotización fuente del precio del mercado internacional relevante y el porcentaje de la diferencia entre los dos precios que se cederá al FEP o que, por el contrario, se compensará a los productores, vendedores o exportadores; determinar las políticas y lineamientos del FEP, entre otras.

2.5.3 Entidad Administradora

La entidad administradora del FEP Palmero es Fedepalma. Lo anterior en virtud de un contrato de administración celebrado entre la Federación y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

2.5.4 Secretaría Técnica

La Secretaría Técnica tiene como función principal asesorar y apoyar al Comité directivo del FEP Palmero mediante la elaboración de los estudios, propuestas y evaluaciones técnicas requeridas para el funcionamiento y eficiencia administrativa del mismo. Igualmente, esta encargada de evaluar, de forma constante, la aplicación de los mecanismos de estabilización.

2.6 *Mecanismos de control.*

De conformidad con el Decreto Reglamentario 2025 de 1996, los fondos de constituidos con las contribuciones parafiscales del sector agropecuario y pesquero, como los son los fondos de estabilización de precios, están sometidos a dos tipos de mecanismos de control:

- Mecanismos de control interno ejercido por la Auditoría Interna.

- Mecanismos de control externo ejercidos por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la Contraloría General de la República, la Contaduría General de la Nación y el Congreso de la República.

2.6.1 Mecanismos de control interno

Los entes administradores de los Fondos realizan el seguimiento del manejo de los recursos a través de la Auditoría Interna correspondiente, designada por el Comité Directivo del Fondo. El seguimiento del manejo de los recursos comprende la correcta liquidación de las contribuciones parafiscales, así como su debido pago, recaudo y consignación, administración, inversión y contabilización. Los costos y gastos que demande la auditoría serán sufragados con recursos provenientes de las cesiones de estabilización del respectivo Fondo.

Corresponde a la Auditoría Interna presentar un informe semestral consolidado sobre su actuación ante el Comité Directivo; certificar la información relativa a las cuotas parafiscales que no se paguen oportunamente, se dejen de recaudar o se paguen con irregularidades en la liquidación, el recaudo y la consignación; realizar mediciones a las áreas de producción y sobre la producción misma y efectuar aforos de las contribuciones parafiscales resultantes de las mediciones. La Auditoría Interna tiene la facultad de hacer visitas de inspección a los libros de contabilidad de los productores, vendedores o exportadores obligados a efectuar cesiones de estabilización con el fin de verificar si están efectuando las declaraciones de manera correcta.

La certificación de la Auditoría Interna sobre el no pago o pago extemporáneo de las cesiones de estabilización o las irregularidades en su liquidación, consignación o recaudo, previa verificación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, originan la expedición de una

certificación por parte de la autoridad administradora del Fondo sobre el monto de la deuda y su exigibilidad; esta certificación presta mérito ejecutivo.

La mora en la transferencia de recursos por los agentes retenedores origina intereses de mora a la tasa señalada para el impuesto de renta y complementarios.

2.6.2 Mecanismos de control externo

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural verifica que el recaudo de las cuotas parafiscales, los ingresos, las inversiones, los gastos y todas las operaciones ejecutadas por el FEP Palmero, se ajusten a las finalidades, objetivos, a los presupuestos y a los acuerdos de gastos aprobados. Igualmente, corresponde al Ministerio verificar el cumplimiento del contrato que para la administración y manejo de los recursos del Fondo, celebre con la entidad administradora del mismo.

La Contraloría General de la República ejerce el control fiscal en forma posterior y selectiva sobre las contribuciones parafiscales, en desarrollo del artículo 267 de la Constitución Política. De igual manera, participan como organismos de control externo la Contaduría General de la Nación de conformidad con el artículo 354 de la Constitución Política y el Congreso de la República.

En conclusión, los mecanismos de control externo presentan, al igual que la composición del Comité Directivo, un riesgo flagrante a la luz de la normativa multilateral y bilateral en la medida que existe una intervención directa del Estado Colombiano a través de el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la Contraloría General de la República -al ejercer control fiscal sobre las contribuciones parafiscales- la Contaduría General de la Nación y el Congreso de la República.

2.7 Comentarios sobre el Acuerdo 144, Modificado por el Acuerdo No. 152 del 26 de julio de 1005 y el Acuerdo No. 156 del 29 de noviembre de 2005.

En relación con el Acuerdo 144, Modificado por el Acuerdo No. 152 del 26 de julio de 1005 y el Acuerdo No. 156 del 29 de noviembre de 2005, deben hacerse tres comentarios puntuales sobre: i) los Acuerdos Marco (artículo 8º); ii) la definición del término “mercado de consumo compensado”; y iii) los aspectos sancionatorios.

En primer lugar, de conformidad con el artículo 8 del Acuerdo 144, la Entidad Administradora del Fondo deberá suscribir Convenios Marco con los beneficiarios de las compensaciones o los compradores de aceite de palma crudo y de aceite de palmiste crudo, según corresponda. Sin embargo, en el Acuerdo no se regulan los requisitos ni el contenido de los Convenios Marco. Teniendo en cuenta lo anterior, recomendamos que se incluya en el Acuerdo 144 una disposición que reglamente los requisitos y el contenido de estos Convenios, para evitar que se incluyan cláusulas que no estén conformes con el marco normativo del Fondo de Estabilización y, por consiguiente, evitar el riesgo de la nulidad de los mismos.

Por otro lado, en algunos artículos del Acuerdo se hace referencia al término “mercado compensado” o “mercado de consumo compensado” (ver artículos 7 y 8, entre otros). Recomendamos que el Acuerdo 144 incluya una definición de este término donde se aclare que el mercado compensado puede ser tanto el mercado interno como el mercado de exportación, con el fin de evitar los riesgos de una interpretación contraria a las normas internacionales especialmente en materia de subvenciones.

Finalmente, el contenido del artículo 12 del Acuerdo 144 puede generar inquietudes sobre la legalidad de la norma, debido a que en este artículo se

establecen sanciones para los compradores de aceite de palma crudo y de aceite de palmiste crudo, por el incumplimiento de los compromisos estipulados en los Documentos de Compromiso de Destino -DCD-. Lo anterior, teniendo en cuenta que las sanciones dispuestas en el Acuerdo no están establecidas expresamente en la ley 101 de 1993.

3. Conclusiones

- Los mandatos constitucionales que confieren específicas capacidades al Estado, para dirigir la política sectorial, eliminan cualquier posible neutralidad o indiferencia de su parte ante los sectores económicos agropecuario y agroindustrial, y lo obligan a brindar un tratamiento preferencial en el diseño y ejecución de las políticas generales y sectoriales en la materia.
- Existe un riesgo latente expresado en el texto del artículo 36 de la Ley 101 de 1993, en la medida que su cuerpo normativo establece expresamente como uno de los objetivos de los fondos de estabilización incrementar las exportaciones.
- El FEP Palmero se define como un sistema de autorregulación sectorial en el cual el equilibrio buscado da lugar en ocasiones a cesiones y en ocasiones a compensaciones, dependiendo del precio en el mercado internacional y del precio de referencia, tanto en operaciones destinadas al mercado doméstico como en aquellas dirigidas al mercado externo.
- El FEP Palmero cuenta con las cesiones y las compensaciones como dos mecanismos de estabilización.
- La definición de la naturaleza pública o privada de las cesiones de estabilización es determinante desde el punto de vista del tratamiento previsto para estos recursos en la normativa multilateral.
- La naturaleza pública o privada de las cesiones de estabilización ha sido un tema objeto de debate en la jurisprudencia y la doctrina, adoptando incluso interpretaciones opuestas.

- El análisis efectuado en este documento permite afirmar que las cesiones de estabilización efectuadas por productores, vendedores y exportadores, son rentas parafiscales, diferentes de los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales.
- Las cesiones de estabilización son rentas parafiscales privadas. Son generadas por personas privadas, para beneficio de ellas mismas y ni las rentas ni sus rendimientos forman parte del tesoro. El Estado sólo interviene para asegurar su pago y correcta destinación, sin que de ello pueda derivarse el cambio de naturaleza, de privado a público, de los recursos.
- El origen de los recursos del FEP Palmero es privado. Si bien la Ley 101 de 1993 prevé como fuente de recursos de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, *“los recursos que le sean apropiados en el presupuesto nacional”*, jamás se ha recurrido a esta fuente de ingresos, por cuanto el *“Capital Semilla”* aportado por el gobierno nunca fue utilizado para la operatividad del Fondo.
- La administración de los recursos originados en las cesiones que constituyen el Fondo, se adelanta por una entidad gremial de derecho privado quien no ejerce función administrativa alguna, y debe desarrollarla en el marco del contrato celebrado con el Gobierno. La relación con los agentes económicos compensados es igualmente contractual sujeta al derecho privado.
- El control de los recursos del FEP Palmero por parte de la Contraloría General de la República obedece a su importancia para el interés colectivo sectorial y no a la naturaleza pública de los mismos.
- Las compensaciones son pagos que reciben los productores, con recursos propios del Fondo, para estabilizar su ingreso. No provienen de recursos estatales, ni ofrecen algún tipo de beneficio en bienes o servicios gratuitos que financie u ofrezca el Estado.
- Las compensaciones se reconocen si se cumplen los requisitos establecidos y aceptados por las partes en el Convenio de Estabilización suscrito entre

Fedepalma y el beneficiario de las compensaciones. De esta manera, el Convenio suscrito por el destinatario es un instrumento de carácter privado.

- Existe un riesgo potencial para el FEP Palmero, en lo que respecta a la inclusión en la determinación de la autorización por parte del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o quien haga sus veces, del valor tanto de las cesiones como de las compensaciones de estabilización.
- La intervención del Ministro de Agricultura y del Ministro de Comercio en la composición del Comité, puede considerarse una participación del gobierno en la organización del FEP Palmero. Adicionalmente, el hecho de que el presupuesto anual de ingresos y gastos que se ejecuta con el FEP Palmero, deba obtener el previo visto bueno por parte de este Ministerio, agrava más la situación, y pone en un escenario bastante desfavorable al Fondo en lo que respecta a la intervención del Estado y a la posibilidad de que el mismo sea considerado una subvención a la luz de la normativa de la Organización Mundial del Comercio. No obstante, este hecho únicamente es relevante para efectos del análisis del ASMC, que debe entenderse secundario frente al Acuerdo sobre la Agricultura que sería aplicable al Fondo. Para estos efectos, la importancia está en el condicionamiento del beneficio a la actividad exportadora, situación esta que no se presenta en el caso del Fep Palmero, como ha quedado demostrado a lo largo de este capítulo.
- Es recomendable que el Acuerdo 144 reglamente el contenido de los Convenios Marco que se deben suscribir entre el Administrador del Fondo y el beneficiario o comprador del producto, así como el alcance del término mercado compensado para evitar que el Acuerdo 144 sea contrario al marco normativo del fondo y los compromisos internacionales.
- La inclusión de sanciones en el artículo 12 del Acuerdo 144 puede generar dudas sobre la legalidad de esta norma ya que estas sanciones no están expresamente en la Ley 101 de 1993.

CAPÍTULO II

NORMATIVA MULTILATERAL Y BILATERAL APLICABLE AL FEP PALMERO EN MATERIA DE SUBVENCIONES Y DERECHOS ANTIDUMPING

MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

PRESENTACIÓN

En el Capítulo titulado “*Del Marco Jurídico Interno*” se presentó el análisis normativo de los fondos de estabilización de precios en general, haciendo especial énfasis en el Fondo de Estabilización de Precios del Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones (FEP). Se incluyó, por tanto, el estudio de la naturaleza jurídica, los elementos constitutivos del Fondo y su régimen patrimonial, así como los órganos de dirección, administración y control. El análisis temático descrito incluye la formulación de los comentarios y conclusiones pertinentes.

Conocido entonces el marco general de la legislación nacional aplicable a la operación del FEP, se hace necesario analizar la normativa internacional de orden multilateral y bilateral que regula los mecanismos de defensa comercial destinados a hacer frente a las subvenciones y el dumping. Todo ello en el entendido de que la reglamentación analizada sólo será aplicable al FEP en el evento que llegare a concluirse que dicho mecanismo pueda ser considerado como una subvención no permitida a las exportaciones, o que las ventas a mercados externos puedan darse a precios de dumping, según el alcance que den a dichas figuras los acuerdos bajo estudio o la normativa de la OMC, cuando resultare aplicable por remisión.

En el contexto indicado, este Capítulo comprende tres Secciones. La primera, tiene por objeto el estudio del FEP Palmero y, en particular, de los mecanismos de estabilización a la luz de las disciplinas multilaterales de la OMC en materia de Subvenciones y Medidas Compensatorias y el artículo XVI del GATT de 1994 con sus Notas Suplementarias. La segunda Sección, analiza con la misma cobertura temática el FEP Palmero de conformidad con el Acuerdo Antidumping de la OMC y con el Artículo VI del GATT de 1994. La tercera Sección, por su parte, se ocupa de las estipulaciones que regulan la materia en los acuerdos bilaterales celebrados por Colombia en el marco del

Artículo XXIV del GATT de 1994 para la conformación de zonas de libre comercio. En este escenario se estudiarán los acuerdos celebrados por Colombia con Mercosur, los Estados Unidos, los países del Área Europea de Libre Comercio de Europa - AELC -, Canadá, Triángulo Norte de Centroamérica, México y Chile. Incluirá, desde luego este estudio el esquema de integración más antiguo y profundo en que ha participado Colombia: la Comunidad Andina de Naciones - CAN-.

El ejercicio anterior que se presenta en tres Secciones referidas, en su orden, las dos primeras al contexto multilateral y la última al bilateral, se verá enriquecido con los desarrollos jurisprudenciales alcanzados en el marco de la OMC y la Comunidad Andina. Todo ello con el propósito de contar con elementos de juicio suficientes para formular las recomendaciones que resultaren pertinentes.

SECCIÓN I. NORMATIVA MULTILATERAL APLICABLE AL FEP PALMERO EN MATERIA DE SUBVENCIONES

Introducción

La presente Sección tiene por objeto analizar de manera integral el FEP Palmero frente a la normativa multilateral de la OMC, con el propósito de determinar si los mecanismos de compensación de precios allí establecidos pueden ser considerados como una subvención.

Antes de abordar el tema es preciso mencionar que, desde nuestro punto de vista, el funcionamiento del FEP Palmero a lo largo del tiempo y la reducida participación de Colombia en el mercado mundial de los productos, lo ha convertido en un mecanismo de estabilización de ingresos, pese a que su misma denominación legal lo enuncia como un fondo de estabilización de precios. Lo anterior por cuanto al ser Colombia un país tomador de precios no tiene incidencia, de ninguna clase, en la determinación y configuración de los precios internacionales, ni por consiguiente, de los precios en el mercado interno.

La aplicabilidad de la normativa multilateral en materia de subvenciones en general y, de manera particular para el ámbito agrícola, obliga a analizar el tema frente a los Acuerdos sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, al Acuerdo sobre Agricultura y al Artículo XVI del GATT de 1994 junto con sus notas suplementarias. En este marco legal, el tema comenzará a abordarse por el ASMC por cuanto la definición del concepto de subvención establecida en su artículo 1, constituye el marco de referencia para analizar si el tratamiento previsto en la Ley 101 de 1993 y el Decreto 2354 de 1996 constituye una subvención, tanto para los productos industriales que, como el biodiesel, deben sujetarse al ASMC, como para los productos agrícolas que, como el palmiste el aceite de palma y sus fracciones forman parte del ámbito agrícola y, por consiguiente, deben regirse por el AA.

En el contexto anterior, una primera parte de esta Sección, aborda el análisis jurídico de la “Definición de Subvención” consagrada en el artículo 1 del ASMC frente a la normativa del FEP Palmero y estudia cada uno de los elementos legales constitutivos del concepto de “subvención” a la luz de la jurisprudencia desarrollada en la materia. Ello con el fin de conocer si el mecanismo aplicado a los productos industriales se adecua a las disciplinas multilaterales y, en caso afirmativo, de identificar aquellos posibles argumentos que podrían esgrimirse en su contra a la luz del ordenamiento multilateral.

Una segunda parte, con idéntico propósito, estudia el AA en estrecha relación con el ASMC con el objeto de identificar si el tratamiento de los fondos de estabilización constituye una subvención a la exportación para los productos agrícolas. En este último aspecto, el estudio analiza el concepto de “subvención a la exportación” previsto en el AA y se apoya en las conclusiones formuladas en la primera parte en cuanto se refiere a la “Definición de Subvención”.

Una tercera parte se refiere, de manera específica, a la aplicación al biodiesel de las consideraciones jurídicas expuestas sobre las subvenciones en el ámbito industrial, y a la procedencia de la inclusión del insumo que se destinará al biodiesel en los mecanismos de estabilización del FEP Palmero.

Una última parte incluye las conclusiones derivadas de los análisis anteriores que, como se verá a lo largo de este estudio, se concretan en afirmar que, en nuestro concepto, las compensaciones de estabilización no constituyen una subvención, de conformidad con el artículo 1 del ASMC y el artículo XVI del GATT, aplicables en su integridad al biodiesel, producto industrial. Por otra parte, se concluirá que las antedichas compensaciones tampoco constituyen, en nuestra opinión, una subvención a la exportación de los productos agrícolas en el marco del AA artículos 1 y 9 literal c), interpretados de manera sistemática con el artículo 1 del ASMC. Cada uno de los temas identificará además

aquellos elementos, que sin constituir *per se* un incumplimiento de las obligaciones dimanantes de las disciplinas multilaterales, pueden constituir elementos controversiales en la materia por lo cual y de manera paralela, se propondrán las medidas encaminadas a rebatirlos, cuando sea del caso.

Es preciso señalar que la inexistencia de pronunciamientos sobre mecanismos similares al FEP Palmero, ha llevado a considerar para el análisis jurídico la jurisprudencia multilateral desarrollada según el caso, frente al ASMC, al AA y al artículo XVI del GATT de 1994, como se verá más adelante.

De manera breve, se presenta a continuación el marco normativo y las normas específicas que serán objeto de estudio especial en el presente documento. Adicionalmente a lo anterior, y para mayor facilidad del lector, se anexa al presente documento lo que hemos denominado una “cartilla de normas” en la cual se incluyen todas y cada una de las normas que se analizan en este capítulo.

1. Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC y su relación con el FEP Palmero.

Deben resaltarse en primer término tres asuntos transversales y determinantes del estudio del ASMC, aplicables a las consideraciones que se expondrán más adelante en el documento.

El primer punto consiste en que la definición de subvención que trae el artículo 1.1 del Acuerdo en comento, aplica de manera general a todas las subvenciones incluidas en el mismo, ya sea las del artículo 3, relativas a las subvenciones a la exportación, calificadas como subvenciones prohibidas, o a las del artículo 5, relativo a las subvenciones recurribles⁵⁰.

⁵⁰ EE.UU. – EVE, OA, párr. 89.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 1.1 del Acuerdo no impone por sí solo obligaciones para las Partes Contratantes, en la medida en que la determinación de la existencia de una subvención en el sentido allí señalado, no implica en sí misma la violación o incompatibilidad con el Acuerdo.

Lo anterior permite afirmar lo siguiente:

“Son las disposiciones del Acuerdo SMC que siguen al artículo 1, como los artículos 3 y 5, las que imponen a los Miembros obligaciones con respecto a las subvenciones englobadas en la definición del párrafo 1 del artículo 1.

(...)

En consecuencia, la cuestión que examinamos en el marco del párrafo 1 del artículo 1 por lo que respecta a la medida impugnada es una cuestión preliminar que por sí misma no determina si los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con sus obligaciones dimanantes del Acuerdo SMC.”⁵¹

En último término es preciso señalar que la determinación de que una medida no constituye una subvención conforme al artículo 1, hace innecesario cualquier análisis ulterior que pretenda efectuarse frente a los artículos 3 y 5 del ASMC por cuanto elimina el presupuesto legal exigido para ello, vale decir, la existencia de una subvención.

Las anteriores interpretaciones aportan el criterio para determinar la extensión en la que se aplica la definición de subvención contenida en el ASCM y el alcance de la misma en materia de las obligaciones contraídas por los Miembros.

⁵¹ *Ibidem*, párrs. 85 – 87.

1.1 *La existencia de una subvención en el sentido del artículo 1.1(a)(1) del ASMC.*

Se abarca en este punto el concepto de subvenciones sobre las que se aplica el ASMC de conformidad con el artículo primero:

“Artículo 1. Definición de subvención

1.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:

a) 1) Cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo "gobierno"), es decir:

i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);

ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales)⁵²;

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

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

A continuación se analizará cada uno de los términos de la definición legal transcrita, a saber:

⁵² De conformidad con las disposiciones del Artículo XVI del GATT de 1994 (Nota al Artículo XVI), y las disposiciones de los Anexos I a III del presente Acuerdo, no se consideraran subvenciones la exoneración, a favor de un producto exportado, de los derechos o impuestos que graven el producto similar cuando este se destine al consumo interno, ni la remisión de estos derechos o impuestos en cuantías que no excedan de los totales adeudados o abonados.

1.1.1 El término “Contribución Financiera”

Para determinar la existencia de una “contribución financiera” es necesario analizar las acciones que pueden catalogarse como tal.

En este sentido los paneles que han desarrollado el concepto se refieren a los incisos i) a iii) del artículo 1.1(a) del ASMC, que constituyen puntos de referencia de las acciones gubernamentales que pueden considerarse contribuciones financieras en el marco del Acuerdo, para identificar como tales:

- “(...) transacción a través de la cual un gobierno transfiere algo dotado de valor económico”⁵³, o
- “la transferencia de recursos económicos de un gobierno a una entidad privada”⁵⁴,
- Incluyen también como punto de referencia para determinar la existencia de una subvención el inciso iv) del artículo en comento que, a diferencia de los tres incisos anteriores, excluye actuaciones directas del gobierno y se circunscribe a las acciones “encomendadas u ordenadas por el gobierno”, a entidades privadas a las cuales nos referiremos más adelante.

En el mismo sentido se pronuncia el Grupo Especial en el panel EE.UU. - Madera blanda IV, para afirmar que en la definición de subvención que trae el artículo 1.1.a) queda incluida “una amplia gama de transacciones”, a saber:

- La transferencia directa de fondos por un gobierno, inciso i),
- Condonación de ingresos públicos que en otro caso se percibirían inciso ii),
- Contribución dotada de valor financiero *en especie*, mediante el suministro de bienes o servicios por los gobiernos, o a través de compras de los mismos (inciso iii),

⁵³ EE.UU. - Madera Blanda IV, OA, ¶ 52.adoptado el 17 de abril de 2004

⁵⁴ EE.UU. - Medidas que afectan las exportaciones, GE, ¶ 8.65.adoptado el 23 de agosto de 2001

- Pagos efectuados por un gobierno a un mecanismo de financiación o encomendando a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii)⁵⁵.

1.1.1.1 Naturaleza de los recursos que constituyen una “contribución financiera”

Para determinar la existencia de una contribución financiera por parte de un gobierno u organismo público, se ha discutido si los recursos que constituyen su objeto deben revestir el carácter de públicos, o si por el contrario, pueden ser privados. Como se observará, las conclusiones se orientan a afirmar que la existencia de la contribución financiera no implica necesariamente una carga presupuestal o costo para el gobierno, ni por consiguiente, el carácter público de los recursos. En otras palabras, se considera que la existencia de la “contribución financiera” no se condiciona a la naturaleza de los recursos, que pueden ser públicos o privados.

A continuación, y dada la importancia del término, se realiza un recuento de criterios relevantes para la determinación del mismo, tomando en consideración los antecedentes del ASMC y algunos paneles que han desarrollado la materia, en la medida en que unos y otros han sido tomados como criterio determinante de interpretación para resolver controversias posteriores.

En el caso *EE.UU. - Medidas que afectan las exportaciones*, el Grupo Especial dada la importancia del término, incluye los antecedentes de la definición de “contribución financiera”. Así, estudia las declaraciones de los países en las negociaciones previas a la redacción del ASMC, en lo que respecta al origen de los recursos objeto de transferencia por parte del Estado.

⁵⁵ EE.UU. - Madera Blanda IV, OA, ¶ 52. adoptado el 17 de abril de 2004

En este sentido se hace alusión a las posiciones en debate de los participantes en las negociaciones:

*"Véase, por ejemplo, (...) las Comunidades Europeas: "... sólo puede hablarse de subvenciones en el comercio internacional cuando un gobierno o autoridad administrativa **ha asumido** una carga financiera a favor de un beneficiario" (MTN.GNG/NG10/W/7); Egipto: "... solamente las 'medidas que constituyen una carga para el presupuesto público tales como donaciones, préstamos en condiciones de favor o garantías de préstamos' constituyen una subvención" (MTN.GNG/NG10/W/14); (...) los Países Nórdicos: "... la adopción de medidas compensatorias ... [debe] quedar supeditada a que se trate de prácticas del Estado que entrañen una **transferencia neta de fondos públicos al beneficiario**" (GNG/NG10/W/30), y Suiza: "Se consideran subvenciones recurribles todas las medidas que se traduzcan directa o indirectamente en una transferencia neta de **fondos ... de fuentes oficiales al receptor**" (MTN.GNG/NG10/W/26)"⁵⁶.*

Estas posiciones se resumieron en una nota de la Secretaría sobre la reunión del Grupo de Negociación de los días 26 y 27 de septiembre de 1989, en la cual:

*"A juicio de esos participantes, otro criterio importante [para la definición de una subvención recurrible] era el de **que la subvención fuera a cargo de los presupuestos públicos**, en el sentido de implicar una contribución financiera del Estado (o ingresos fiscales condonados). Se expuso la opinión de que este concepto debería abarcar no sólo las transferencias directas de fondos, sino también las indirectas (por ejemplo, las transferencias de un gobierno por conducto de organismos no gubernamentales) para prevenir cualquier elusión (...)." (MTN.GNG/NG10/13, sin cursivas en el original.)⁵⁷.*

El panel⁵⁸ cita igualmente la opinión de un Grupo de Expertos establecido antes de las negociaciones de la Ronda Uruguay, por el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Ronda Tokio. Dicha opinión se

⁵⁶ *Ibidem*, nota 155 (se resalta).

⁵⁷ *Ibidem*, nota 165 (se resalta).

⁵⁸ EE.UU. - Medidas que afectan las exportaciones, GE. adoptado el 17 de abril de 2004

reprodujo en un informe de la Secretaría que resumía el estado del debate en ese momento en torno a las disposiciones del GATT en la materia. En este documento el concepto de "contribución financiera" como presupuesto de una subvención, se entiende como expresión de una relación entre la subvención y la facultad impositiva del Estado, ya sea directamente o mediante organismos de carácter privado. Lo anterior, es determinante en la evolución que presenta el tema de la naturaleza de los recursos, públicos o privados, para la configuración de una subvención.

Veamos, la opinión del Grupo de Expertos expresa:

"Se sugiere que no puede existir subvención si no hay una contribución financiera del Estado; dicho de otro modo, una subvención presupone esa contribución. Este enfoque parece ser útil en la medida en que subraya la existencia de un vínculo necesario entre una subvención y la función impositiva del Estado, ejercida directamente o delegada en otros organismos, de carácter privado (...)"⁵⁹

En sentido similar, el Grupo Especial en el caso *Canadá-Aeronaves*, al estudiar la existencia de una subvención en el sentido del Artículo 1 b) del ASMC, se refiere a la exigencia de un costo a cargo del gobierno, así:

*(...) 9.115 En tercer lugar, la inclusión en el concepto de "beneficio" del concepto de costo neto para el gobierno **podría excluir de la definición de "subvención" supuestos que el propio inciso 1) del párrafo 1 a) del artículo 1 identifica expresamente como contribuciones financieras del gobierno aunque no supongan ningún costo para éste. Concretamente, el apartado iv) del inciso 1) del párrafo 1 a) del artículo 1 identifica como "contribución financiera" el hecho de que un gobierno encomiende a una entidad privada que realice "contribuciones financieras" en el sentido de los apartados i) a iii) del inciso 1) del párrafo 1 a) del***

⁵⁹ *Ibidem*, ¶ 8.71 (referencia en nota de pie de página: MTN.GNG/NG10/W/4 "Subvenciones y medidas compensatorias - Nota de la Secretaría", 28 de abril de 1987, sección 4.1.A (excluida la nota de pie de página, sin cursivas en el original).

*artículo 1. En tal caso, el costo neto podría recaer enteramente en la entidad privada, y no en el gobierno*⁶⁰.

De igual manera lo anterior queda confirmado por el Órgano de Apelación así:

*“El Canadá insiste en que el concepto de "costo para el gobierno" es pertinente a la interpretación del término "beneficio". Señalamos que esta interpretación de "beneficio" excluiría del ámbito de ese término las situaciones en las que otorga un "beneficio" por un organismo privado bajo la dirección del gobierno. Estas situaciones no pueden quedar excluidas de la definición de "beneficio" tal como figura en el párrafo 1 b) del artículo 1, dado que están específicamente incluidas en la definición de "contribución financiera" contenida en el inciso iv) del párrafo 1 a) del artículo 1. Por lo tanto, no nos convence este argumento del Canadá”*⁶¹

Cabe concluir que, si bien en los paneles citados no se define de manera expresa el origen de los recursos objeto de la transferencia o de los recursos utilizados por el gobierno, de manera implícita se acepta su origen privado cuando se afirma que “el costo neto [de la contribución financiera] podría recaer enteramente en la entidad privada y no en el gobierno”, o cuando se reconoce que la transferencia “no implica una carga presupuestal o costo para el gobierno”.

Del análisis anterior es claro que la existencia de una contribución financiera no exige como requisito *sine qua non* la existencia de recursos de carácter público, ni un costo a cargo del estado. En consecuencia, la contribución de que trata el artículo en comento puede recaer sobre recursos, tanto de carácter público como de carácter privado, y su costo, consecuentemente, incidir en una entidad privada o en el gobierno, siempre que exista una acción estatal.

⁶⁰ *Ibidem*, ¶¶ 9.112 y 9.115 (se resalta).

⁶¹ *Canadá – Aeronaves*, OA, ¶ 160 (se resalta). Adoptado El 20 de agosto de 1999

El argumento expuesto podría ser utilizado para calificar el FEP Palmero como una subvención producto de una contribución del carácter privado generada a raíz de una intervención del estado, representada en una orden estatal tipificada en la Ley 101 de 1993, el Decreto 2354 del 1996 y el Decreto 2025 de 1996.

Este argumento podría, a su vez, rebatirse, afirmando que la intervención del estado obedece exclusivamente al interés social y económico consagrado en la Constitución Política de 1991, y a su obligación de esta misma índole, de velar por la seguridad alimentaria. Adicionalmente, aún en el evento en que se configurara con el FEP Palmero una contribución financiera, ello no determinaría por sí solo la existencia de una subvención, la cual se encuentra condicionada según el Artículo 1 del ASMC a la tipificación de una de las finalidades previstas en los incisos i) a iv) de la misma norma, a los que nos referiremos más adelante para demostrar que NO se configuran.

1.1.1.2 Medidas que constituyen contribución financiera:

Como ya se señaló, el artículo 1 determina el alcance, o si se quiere, las formas en las que una contribución financiera constituye una subvención. Estas, se encuentran establecidas taxativamente en los incisos del artículo en comento.

Las tres primeras, consignadas en los incisos i) a iii), suponen una transferencia directa de fondos por el gobierno, una condonación de su parte, o un suministro de bienes o servicios que no sean de la infraestructura general; situaciones todas estas que implican una actuación directa del estado y que, por consiguiente, resultan extrañas a la naturaleza y objetivos del FEP Palmero.

Restaría entonces analizar la situación prevista en el inciso iv) del artículo en comento dado que el mismo contempla la intervención eminentemente privada por orden o delegación del Estado.

Veamos cada una de las conductas consignadas que, en consecuencia, pueden llegar a configurar por sí solas y de manera independiente, una subvención de acuerdo con el inciso iv):

- Que el gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación ó
- Que el gobierno encomiende a una entidad privada, una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii), que normalmente le incumbirían al gobierno o,
- Que el gobierno ordene a una entidad privada que las lleve a cabo.

En todos los casos anteriores, la norma exige además como condición adicional que la práctica no difiera en ningún sentido -real- de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos.

Así las cosas, entraremos a analizar el alcance del inciso iv) del Artículo 1.1 a) 1), dada la contingencia, que en principio podría suponer para el FEP Palmero por considerársele un medio utilizado por el Gobierno para realizar, a través de una entidad privada, una de las conductas descritas en los incisos precedentes, en particular la relativa a la “transferencia directa de fondos” de que trata el inciso i).

1.1.2 Artículo 1.1 a) 1) iv): “Transferencia Indirecta” y “Delegación Explícita”

En primer lugar, vale la pena recalcar que el inciso iv) bajo estudio se encuentra circunscrito a las conductas descritas en los tres incisos anteriores y

debe interpretarse en el sentido de referirse, estrictamente, a transferencias de recursos económicos encomendadas u ordenadas por el gobierno⁶².

En el ámbito señalado se analizarán los siguientes elementos:

a. Que un gobierno “encomiende u ordene”

Se trata de la puesta en práctica por parte de un gobierno de una determinada política, por intermedio de una entidad privada, que envuelve, en su significado corriente, una acción de delegación o de mando, según se trate de “encomiende” o de “ordene” respectivamente.

De lo anterior, se desprende que los actos mencionados implican la existencia de tres elementos, a saber:

- i) Una acción explícita y afirmativa de delegación o de mando;
- ii) Dirigida a un destinatario explícito (que será una entidad privada); y
- iii) Cuyo objeto es llevar a cabo una tarea u obligación particular (que deberá ser, el llevar a cabo una acción).⁶³

El Órgano de Apelación, en el caso EEUU Medidas que Afectan las Exportaciones, concluyó que las dos acciones descritas (encomendar u ordenar), consisten en “acciones gubernamentales *equivalentes*”, en la medida en que ambas implican una acción de un gobierno que, por conducto de un

⁶² EE.UU. - Medidas que afectan las exportaciones, GE, párr. 8.74. Adoptado el 23 de agosto de 2001

⁶³ *Ibidem*, párrs. 8.28 y 8.30.

intermediario (mecanismo de financiación o entidad privada), realiza una contribución financiera, que de otra manera haría directamente el gobierno⁶⁴.

b. Entidad Privada

El Órgano de Apelación, concluyó sin mayores especificidades que el término “entidad privada” debe interpretarse en contraposición con “gobierno” o “cualquier organismo público”, de modo que en estas categorías de entidades privadas quedaban comprendidos todos los entes que no correspondieran a “gobierno o cualquier organismo público”⁶⁵.

c. Una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra

El Órgano de Apelación, nuevamente, fue claro en afirmar que el alcance del inciso iv) está limitado por las funciones “físicas” descritas en los tres incisos anteriores y no otra clase de mecanismos gubernamentales. Así, “la diferencia entre los incisos i) a iii) y el inciso iv) se basa enteramente en la identidad del *agente* y no en la naturaleza de la *acción*.”⁶⁶

d. “Que normalmente incumbirían al gobierno” y “la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos”

En primer término vale la pena señalar que no es claro el alcance de los términos transcritos. Adicionalmente, el Órgano de Apelación (EE.UU. – Medidas que Afecten las Exportaciones) no hace referencia a ninguna decisión adoptada por el OSD que los desarrolle ya que considera que para la definición de la controversia este punto no era determinante, ni sustancial.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 8.32.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 8.49.

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 8.53.

Teniendo presente la relevancia que para este estudio presentan las expresiones “que normalmente incumbirían al gobierno” y que “la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos” se presentarán los planteamientos de las partes objeto de la diferencia citada anteriormente:

Canadá, en síntesis, considera que las acciones del inciso iv) tienen un alcance menor al de las descritas en los tres incisos anteriores, pues hacen referencia a la *práctica habitual* de un gobierno de llevar a cabo estas últimas.⁶⁷ De lo anterior parece desprenderse que en el caso que un gobierno no lleve a cabo como *práctica habitual* alguna de las conductas descritas en los tres primeros incisos del artículo 1.1 (a)(1), no se estará frente a una práctica que no difiera “en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos”.

Por su parte, Estados Unidos sostiene que las conductas descritas en los tres primeros incisos del art. 1.1(a)(1), corresponden a funciones gubernamentales “normales”, en el contexto del otorgamiento de subvenciones. Partiendo de esta idea, toma como punto de referencia central la función de los gobiernos de percibir impuestos y/o conceder subvenciones. A este respecto, el Órgano de Apelación se pronuncia expresamente en desacuerdo al afirmar:

“Creemos que, con este criterio, de (sic) cualquier intervención de un gobierno que implicara una reasignación de recursos con la consiguiente creación de un beneficio podría decirse que implica también una "concesión de subvenciones" en el sentido más amplio empleado por los Estados Unidos, con lo que se cumpliría el requisito de la contribución financiera. En otros términos, con este criterio las acciones gubernamentales que creasen "beneficios" se considerarían contribuciones financieras de conformidad con el inciso iv), aunque estas acciones no figurasen entre las funciones descritas en los incisos i) a iii).”⁶⁸

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 8.56.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 8.58.

En este escenario, podemos concluir que es requisito para que se configure una contribución financiera conforme al inciso iv), que se encomiende u ordene una de las siguientes funciones: transferir de manera directa fondos, condonar o no recaudar ingresos, o proporcionar bienes o servicios. Frente a las dos últimas no cabe duda alguna de que al FEP Palmero no se le encomienda u ordena ninguna de estas funciones, no así frente a la primera que analizaremos a continuación.

La transferencia directa de fondos que constituye presupuesto de la causal de subvención que se analiza, merece un estudio detallado. Para el efecto es conveniente recurrir a la acepción gramatical del término “transferir” que significa “Ceder, traspasar a otro el derecho que se tiene sobre alguna cosa.”⁶⁹ En este sentido es necesario tener en cuenta que el presupuesto de una transferencia es la existencia de un derecho que el sujeto activo cede o traspasa a un beneficiario. En el caso del FEP Palmero las cesiones que constituyen el Fondo son de naturaleza privada. Entonces, el Estado carece de legitimidad para transferir recursos o para ordenar o encomendar a una persona de derecho privado transferir recursos que no son, ni han sido, de su propiedad.

Caso diferente ocurre con la asignación de recursos que por mandato de la ley y de acuerdo con la metodología fijada en la norma, se realiza entre los titulares del Fondo. Para entender el alcance de esta expresión debe conocerse primero el sentido corriente de la palabra “asignar”. Por “Asignar” se entiende “Señalar lo que le corresponde a una persona o cosa”⁷⁰; por consiguiente, a diferencia de la transferencia, en la asignación no hay cambio en la titularidad de un bien. La asignación consiste en la distribución de un bien entre sus titulares.

⁶⁹ Gran Enciclopedia Larousse, Tomo 10, Editorial Planeta,S.A. Barcelona, Edición 1979.

⁷⁰ Ibídem Tomo 1

En el caso del FEP Palmero, la intervención del Gobierno tiene por objeto exclusivo fijar las reglas para la asignación de recursos propios de los miembros de una colectividad; productores, vendedores y exportadores, entre ellos mismos, sin que el gobierno o una tercera persona transfiera recursos. Existe identidad cerrada entre cedentes y cesionarios, que se comportan como sujetos activos y pasivos de la asignación de los recursos propios de la colectividad. Además, es preciso considerar que la asignación de recursos no genera un beneficio para el cesionario, ni para el Fondo como tal; el único beneficiario es el Estado que al estabilizar los ingresos de un sector productivo, garantiza la seguridad alimentaria y atiende de esta forma un mandato constitucional.

Es así como, de acuerdo con el Decreto 2354 de 1996, el mecanismo de la Cesión de Estabilización permite recibir recursos cuando el precio internacional es alto, y entregarlos a través de la compensación cuando el precio internacional es bajo; en otras palabras, existe una reasignación de recursos entre quien recibe ingresos superiores (cedente) y quien debe vender (cesionario) a precios inferiores al promedio histórico (precio de referencia).

Por otra parte, es importante considerar además el condicionamiento que existe en el inciso iv), el cual exige que las actividades encomendadas u ordenadas “normalmente”, deban incumbir al gobierno y su práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por este.

Si bien es cierto que por mandato constitucional⁷¹ al Estado le corresponde la intervención en la economía para racionalizarla con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades, y los beneficios del desarrollo, esta obligación se ve circunscrita y limitada por la libertad de la actividad

⁷¹ Constitución Política de Colombia, Artículo 334.

económica y la iniciativa privada consagrada en el Artículo 333 de la Carta Política.

En ese marco, la intervención del Estado tiene límites, sin que constituya función normal del mismo intervenir en los mecanismos de estabilización del FEP Palmero. Esta afirmación que puede corroborar al consultar los objetivos y funciones del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural establecidos mediante Decreto 2478 de 1999, en los cuales no se tipifica como función de la entidad la estabilización de precios o de ingresos de productos agropecuarios.

En este orden de ideas, esta función intervencionista del Estado es excepcional y sólo debe ejercerse cuando se tutelan bienes de interés significativo para la colectividad.

De esta manera si como se estableció anteriormente, la estabilización de precios y/o de ingresos no constituye una de las funciones y objetivos del Ministerio responsable de la formulación, coordinación y adopción de las políticas, planes, programas y proyectos del Sector Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, esta función no puede incumbir normal ni accidentalmente al Gobierno. Por el contrario, cualquier ejercicio de esta atribución constituiría una extralimitación de funciones por parte del Estado, situación extraña a un Estado Social de Derecho. Por tanto, de acuerdo a nuestro criterio, no se configura la condición prevista en el inciso iv) que nos ocupa.

En el mismo sentido, si se descarta, con los argumentos atrás expuestos, que la estabilización de precios y/o ingresos incumbe normalmente al gobierno, mal podría afirmarse que la práctica que realice la entidad privada no difiera de las “prácticas normalmente seguidas por los gobiernos”. Por consiguiente, si la función es ajena al gobierno, su práctica también lo será.

Las consideraciones anteriores permiten concluir, respecto a la operatividad del FEP Palmero a la luz de la normativa multilateral, específicamente prevista en el ASMC Artículo 1 numeral 1.1 a) 1) que:

- Si bien la “contribución financiera” puede predicarse tanto de recursos públicos como de recursos privados, y configurarse con la existencia o no de erogaciones a cargo del Estado, la tipificación de una subvención exige además que la medida corresponda a una de las categorías previstas en los incisos i) a iv), a saber: transferencia de fondos (i); condonación o no recaudo de ingresos públicos (ii); proporción de bienes o servicios que no sean de la infraestructura general (iii) o realización por el gobierno de pagos a un mecanismo de financiación o emisión de una orden o encomienda para llevar a cabo una o varias de las funciones descritas de manera taxativa en los incisos i) a iii) en las condiciones previstas en el inciso iv).
- Los mecanismos de cesión y compensación no corresponden a ninguna de las clases de contribución financiera previstas en los incisos i) a iii), que constituyen una enumeración taxativa de las medidas que pueden ser calificadas como subvención.
- En cuanto al inciso iv) los mecanismos de estabilización previstos en el FEP Palmero no corresponden, en ninguna medida, a una función que “normalmente le incumba al gobierno” (su ejercicio es ajeno a las funciones y objetivos del Ministerio del Ramo), y por tanto, su práctica no puede corresponder a la práctica seguida por el mismo o no diferir “en ningún sentido real de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos”. De esta manera no se configuran las dos condiciones previstas en el inciso iv) del artículo que se comenta y debe descartarse esta causal constitutiva de subvención.

1.2 *La existencia de una subvención en el sentido del artículo 1.1(a)(2) del ASMC.*

“A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención: (...) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994”

Desvirtuada la existencia de una subvención de conformidad con la causal prevista en el artículo 1.1 a) 1) de la ASMC, corresponde analizar **la causal consagrada, con carácter excluyente y disyuntivo**, en el artículo 1.1. a) 2), disposición que remite a “alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, en el sentido del Artículo XVI del GATT de 1994”.

En este punto, es importante resaltar que de acuerdo con el Grupo Especial en el caso EE.UU. – Algodón Americano (*Upland*), los Acuerdos del GATT, el ASMC y el Acuerdo sobre la Agricultura, deben leerse en conjunto, y en ningún caso, entender que sustituyen o excluyen la aplicación de las disposiciones del GATT (a menos que así se disponga expresamente).

Adicionalmente el Artículo 1.1 a) 2) remite expresamente al Artículo XVI del GATT, por lo cual la interpretación de este tema debe efectuarse consultando de manera conjunta y simultánea el ASMC y el Artículo XVI que se transcribe a continuación.

Artículo XVI. Subvenciones*

Sección A - Subvenciones en general

1. Si una parte contratante concede o mantiene una subvención, incluida toda forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante o reducir las importaciones de este producto en su territorio, esta parte contratante notificará por escrito a las PARTES CONTRATANTES la importancia y la naturaleza de la subvención, los efectos que

estime ha de ocasionar en las cantidades del producto o de los productos de referencia importados o exportados por ella y las circunstancias que hagan necesaria la subvención. En todos los casos en que se determine que dicha subvención causa o amenaza causar un perjuicio grave a los intereses de otra parte contratante, la parte contratante que la haya concedido examinará, previa invitación en este sentido, con la otra parte contratante o las otras partes contratantes interesadas, o con las PARTES CONTRATANTES, la posibilidad de limitar la subvención.

*Sección B - Disposiciones adicionales relativas a las subvenciones a la exportación^{*72}*

2. Las partes contratantes reconocen que la concesión, por una parte contratante, de una subvención a la exportación de un producto puede tener consecuencias perjudiciales para otras partes contratantes, lo mismo si se trata de países importadores que de países exportadores; reconocen asimismo que puede provocar perturbaciones injustificadas en sus intereses comerciales normales y constituir un obstáculo para la consecución de los objetivos del presente Acuerdo.

*3. Por lo tanto, las partes contratantes deberían esforzarse por evitar la concesión de subvenciones a la exportación de los productos primarios. No obstante, si una parte contratante concede directa o indirectamente, en la forma que sea, una subvención que tenga por efecto aumentar la exportación de un producto primario procedente de su territorio, esta subvención no será aplicada de manera tal que dicha parte contratante absorba entonces más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación del producto de referencia, teniendo en cuenta las que absorbían las partes contratantes en el comercio de este producto durante un período representativo anterior, así como todos los factores especiales que puedan haber influido o influir en el comercio de que se trate.^{*73}*

⁷² Nota Suplementaria de la Sección B): "Sección B

" (...) 2. A los efectos de aplicación de la sección B, la expresión "productos primarios" significa todo producto agrícola, forestal o de la pesca y cualquier mineral, ya sea que se trate de un producto en su forma natural, ya sea que haya sufrido la transformación que requiere comúnmente la comercialización en cantidades importantes en el mercado internacional.

⁷³ Nota Suplementaria del párrafo 3: Párrafo 3

4. Además, a partir del 1 de enero de 1958 o lo más pronto posible después de esta fecha, las partes contratantes dejarán de conceder directa o indirectamente toda subvención, de cualquier naturaleza que sea, a la exportación de cualquier producto que no sea un producto primario y que tenga como consecuencia rebajar su precio de venta de exportación a un nivel inferior al del precio comparable pedido a los compradores del mercado interior del producto similar. (...). Negrilla y subraya fuera del texto.⁷⁴

En este orden de ideas, para proceder a la interpretación sistemática de los textos legales, y determinar si se configura en el FEP Palmero una subvención conforme al artículo 1.1(a)(2) del ASMC, es preciso tener en cuenta que el Artículo XVI del GATT de 1994, estipula en su párrafo primero de una parte, el deber de efectuar notificaciones por parte de los países miembros que concedan o mantengan subvenciones y, de otra parte, la obligación de limitar una subvención que cause o amenace causar un perjuicio grave a una Parte Contratante.

“ (...) 2. **Un sistema destinado a estabilizar** ya sea el precio interior de un producto primario, ya sea **el ingreso bruto de los productores nacionales de este producto, con independencia de las variaciones de los precios para la exportación**, que tiene a veces como consecuencia la venta de este producto para la exportación a un precio inferior al precio comparable pedido a los compradores del mercado interior por el producto similar, no será considerado como una forma de subvención a la exportación en el sentido de las estipulaciones del párrafo 3, si las PARTES CONTRATANTES determinan que:

a) este sistema ha tenido también como resultado, o está concebido de modo a tener como resultado, la venta de este producto para la exportación a un precio superior al precio comparable pedido a los compradores del mercado interior por el producto similar, y b) este sistema, como consecuencia de la reglamentación efectiva de la producción o por cualquier otra razón, **es aplicado o está concebido de una forma que no estimula indebidamente las exportaciones o que no ocasiona ningún otro perjuicio grave a los intereses de otras partes contratantes**. No obstante la determinación de las PARTES CONTRATANTES en la materia, las medidas adoptadas para la aplicación de un sistema de esta clase estarán sujetas a las disposiciones del párrafo 3 cuando su financiación se efectúe en su totalidad o parcialmente por medio de las contribuciones de los poderes públicos, además de las de los productores con respecto al producto de que se trate.” Negrilla fuera del texto

⁷⁴ Nota Suplementaria del párrafo 4. Párrafo 4

“La finalidad del párrafo 4 es la de que las partes contratantes traten de llegar, antes de que termine el año 1957, a un acuerdo para abolir, a partir del 1 de enero de 1958, todas las subvenciones existentes todavía o, en su defecto, a un acuerdo para prorrogar el statu quo hasta una fecha lo más próxima posible en la que estimen que podrán llegar a tal acuerdo.”

En su segundo párrafo el artículo incluye el reconocimiento de las consecuencias perjudiciales que, para todas las partes contratantes, pueden derivarse de la concesión por una de ellas de una subvención a la exportación de un producto.

Bajo las consideraciones anteriores, el párrafo tercero consagra la obligación de las partes de esforzarse por evitar la concesión de subvenciones a la exportación de productos primarios. Adicionalmente prevé que la concesión de una subvención que tenga por efecto aumentar la exportación de un producto primario, debe aplicarse de manera tal que quien la concede no absorba más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación del producto de referencia.

Finalmente el párrafo 4 establece la obligación de las Partes eliminar una subvenciones a productos diferentes a los primarios, siempre que la subvención tenga por objeto bajar el precio de exportación a un nivel inferior al del precio del mercado local.

Como puede apreciarse los párrafos 1, 2 señala normas de conducta al ordenar a las Partes notificar las subvenciones, limitar aquellas que causen perjuicios a otra Parte, situación que no se presenta en el FEP Palmero. En efecto las compensaciones de estabilización, como ya se señaló en el punto 2.1. anterior no configuran una subvención y menos aún una subvención con capacidad de causar daño a otra Parte Contratante dada la reducida participación de las exportaciones colombianas en el mercado internacional y su condición de tomadoras de precios fijados por los grandes exportadores.

El párrafo tercero, por su parte, presenta cuatro características específicas:

1. Dicho párrafo se refiere únicamente a las subvenciones a la exportación que, bajo una lectura conjunta con el ASMC, constituyen subvenciones prohibidas por el Acuerdo, en su artículo 3.
2. El párrafo debe interpretarse en concordancia con la Nota Suplementaria 2. Excluye la Nota 2 del concepto de subvención, y por consiguiente de las previsiones del párrafo 3, los sistemas destinados a estabilizar los precios internos o los ingresos de los productores con independencia de las variaciones de los precios para la exportación, que tengan como consecuencia la venta para la exportación a un precio inferior al señalado en el mercado interior siempre y cuando: i) el sistema pueda tener como resultado la venta para la exportación a un precio superior al del mercado interior y ii) el sistema este concebido de una forma que no estimule las exportaciones o no ocasione un perjuicio grave a las demás partes.

A continuación analizaremos cada uno de estos requisitos, previa anotación de que el FEP Palmero no afecta positiva o negativamente el precio de venta en el mercado interno o externo del aceite de palma, el palmiste y sus fracciones. El FEP tiene como objetivo estabilizar los ingresos de productores o vendedores nacionales ante cambios en los precios. Como sistema de estabilización de ingresos, el FEP se limita a buscar un nivel de indiferencia entre las ventas locales y las ventas a mercados externos sin afectar el precio de estas operaciones que corresponde siempre al señalado en el mercado internacional por los principales exportadores, sin injerencia alguna de los vendedores colombianos.

En cuanto a la primera exigencia de la Nota Suplementaria 2 del párrafo 3 referida a que el sistema pueda tener como resultado la venta para la exportación a un precio superior al del mercado interno, es preciso tener en cuenta que las operaciones de estabilización del FEP Palmero se aplican tanto a las ventas que se realizan con destino al consumo en el mercado de Colombia, como a las que se realizan en los mercados o grupos de mercados de consumo

externo. De ello se deriva que sean acreedores de las compensaciones de estabilización los productores, vendedores o exportadores que realicen la primera venta con destino a los mercados objeto de estabilización internos o externos, cuando el indicador del precio para dichos mercados, internos o externos, sea inferior al precio de referencia para las operaciones de estabilización.

Confirma la afirmación anterior, las cesiones y compensaciones registradas durante el año 2008 por ventas de aceite de palma y aceite de palmiste con destino a mercados internos y externos, tal como puede apreciarse en el siguiente cuadro:

CONCEPTO														
Cesiones														
Mes de Vigencia	01-ene-08	01-feb-08	01-mar-08	01-abr-08	01-may-08	01-jun-08	01-jul-08	01-ago-08	01-sep-08	01-oct-08	01-nov-08	01-dic-08	01-ene-09	
Aceite de palma crudo														
Colombia Mercado Interno	81	82	117	29	57	42	54	58	67	78	183	155	123	
Grupo 1 Resto de la CAN/I	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Grupo 2 Centroamérica y el Caribe	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Aceite de palmiste crudo														
Colombia Mercado Interno	76	72	60	0	19	20	2	5	75	61	229	194	242	
Grupo 1 Resto de la CAN/I	21	9	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Grupo 2 Centroamérica y el Caribe	29	18	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Grupo 3 NAFTA, MERCOSUR Y Chile, Resto del Mundo I/	0	0	0	6	0	6	6	0	0	0	0	0	0	
Compensaciones														
Mes de Vigencia	01-ene-08	01-feb-08	01-mar-08	01-abr-08	01-may-08	01-jun-08	01-jul-08	01-ago-08	01-sep-08	01-oct-08	01-nov-08	01-dic-08	01-ene-09	
Aceite de palma crudo														
Colombia Mercado Interno				0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Grupo 1 Resto de la CAN/I	37	22	52	20	81	82	49	13	59	104	289	279	263	
Grupo 2 Centroamérica y el Caribe	29	14	46	14	76	77	44	8	54	98	282	271	256	
Grupo 3 NAFTA, MERCOSUR Y Chile, Resto del Mundo I/	90	74	84	50	111	112	78	43	84	132	320	306	290	
Aceite de palmiste crudo														
Colombia Mercado Interno	0	0	0	5	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Grupo 1 Resto de la CAN/I	0	0	27	5	40	38	5	6	61	65	264	230	167	
Grupo 2 Centroamérica y el Caribe	0	0	21	0	35	33	1	1	56	59	257	222	160	
Grupo 3 NAFTA, MERCOSUR Y Chile, Resto del Mundo I/	2	14	14	0	28	27	0	0	57	61	259	241	177	
I/ Excepto Ecuador														
Fuente: FEP, Secretaría Técnica.														
PRECIO HISTORICO	Ene-08(P)	Feb-08(P)	Mar-08(P)	Abr-08(P)	May-08(P)	Jun-08(P)	Jul-08(P)	Ago-08(P)	Sep-08 (P)	Oct-08 (P)	Nov-08 (P)	Dic-08 (P)	Ene-09 (P)	
Aceite de Palma Crudo	\$ 1.893	\$ 2.076	\$ 2.258	\$ 2.197	\$ 2.098	\$ 2.148	\$ 2.059	\$ 1.647	\$ 1.636	\$ 1.587	\$ 1.488	\$ 1.404		
Aceite de Palmiste	\$ 2.200	\$ 2.450	\$ 2.590	\$ 2.591	\$ 2.473	\$ 2.486	\$ 2.271	\$ 1.849	\$ 1.997	\$ 2.003	\$ 1.879	\$ 1.466		
Almendra	\$ 743	\$ 832	\$ 886	\$ 884	\$ 859	\$ 863	\$ 794	\$ 645	\$ 673	\$ 680	\$ 578	\$ 445		
(P) Preliminar														
Página 1 Precio de Referencia Primer Semestre 2009 Cuota FFP Resolución Ministerial 00419 Dic 2008 Aceite Crudo de Palma \$ 1.604 Almendra de Palmiste \$ 659														

De acuerdo a lo anterior, en los meses de enero y febrero de 2008 las ventas a países de la CAN, Centroamérica y Caribe (Grupo 1) efectuaron cesiones por ser superior el precio de exportación al precio del mercado local; situación similar se presentó en el mes de agosto de 2008 cuando en las ventas efectuadas a Nafta, Mercosur, Chile y el resto del mundo se efectuaron cesiones

por ser superior el precio de las vetas externas al registrado en las ventas destinadas al mercado doméstico. De la misma manera durante el mes de abril de 2008 productores nacionales recibieron compensación por ventas en el mercado local a precios inferiores a los precios de referencia internacional.

En cuanto a la segunda exigencia de la Nota Suplementaria 2 del párrafo 3 que se comenta, según la cual el sistema no debe estar concebido para estimular las exportaciones, debemos señalar que desde nuestra óptica, puede generarse un cuestionamiento al FEP Palmero, al excluirlo de las excepciones del concepto de subvención previstas en la nota 2 del Párrafo 3 del Artículo XVI del GATT de 1994. La exclusión podría fundamentarse en una simple lectura de las leyes 101 de 1993 y 7 de 1991) que señalan entre los objetivos del FEP el de “incrementar las exportaciones”. Si bien según lo hemos señalado en el punto anterior, la concepción y reglamentación del sistema lo tipifican como instrumento estabilizador de ingresos y no como mecanismo regulador de precios o facilitador de las exportaciones, debemos alertar sobre la inconveniencia del texto legal que constituye una debilidad del sistema y podría originar controversias futuras.

Sin embargo, aún en el evento de que llegara a excluirse de la excepción, el FEP Palmero cumpliría con la exigencia prevista en el Párrafo 3 por cuanto el mecanismo no conduce a absorber “más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación del producto de referencia, teniendo en cuenta las que absorbían las partes contratantes en el comercio de este producto, durante un periodo representativo anterior”.

De esta manera, aun aceptando en gracia de discusión que el mecanismo del FEP Palmero estuviere encaminado a estimular las exportaciones, estaría amparado en el Párrafo 3 del Artículo XVI toda vez que su aplicación jamás ha conducido a que Colombia absorba más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación.

Sin embargo, las causales de exclusión de los sistemas de estabilización de precios o de ingresos del concepto de subvención previstas en la Nota Suplementaria del párrafo 3 del Artículo XVI que comentamos, no se aplican cuando la financiación se efectúe por medio de contribuciones de los poderes públicos. En este caso, dispone la norma que el sistema de estabilización de precios o de ingresos debe regularse por el párrafo 3, pudiendo llegar a contemplarse su limitación ante un daño o amenaza de daño a una Parte Contratante.

Aun aceptando en gracia de discusión la existencia de recursos públicos en el FEP Palmero, y por consiguiente, la inaplicabilidad de la excepción prevista en la Nota Suplementaria, el mecanismo estaría amparado por las consideraciones señaladas en el numeral inmediatamente anterior. Sobre este punto específico es preciso tener en cuenta las consideraciones efectuadas en el Capítulo denominado “Del marco Jurídico Interno”, especialmente las contenidas en el Anexo denominado “Parafiscalidad”, según las cuales los recursos de las compensaciones tienen naturaleza privada.

Ahora bien, en relación con la aplicación de la disposición suplementaria del párrafo en comento, debe tenerse en cuenta el pronunciamiento del Grupo Especial en el caso “Francia - Exportación de Trigo y Harina” adoptado el 21 de noviembre de 1958. El Grupo Especial se concentró en determinar si se daba la situación que supeditaba la implementación de la subvención a lo dispuesto en el párrafo 3, cuando su financiación se efectuara total o parcialmente mediante contribuciones de los poderes públicos.

El resultado del análisis del Grupo Especial consistió en que, efectivamente se encontraban involucrados recursos públicos en la financiación del sistema, con lo cual el mecanismo quedaba excluido de la excepción de no ser considerado una forma de subvención a la exportación:

“Según hemos señalado ya, los ingresos del ONIC proceden de tres fuentes principales, a saber: la tasa de reabsorción de los excedentes, los abonos por remesas fuera del "quantum" y los créditos presupuestarios hasta llegar al importe del saldo. Durante la campaña de 1957-58, las dos primeras partidas representaron el 20 y el 45 por 100, respectivamente, de los ingresos. La parte restante, o sea el 35 por 100, la entregó el Gobierno.

El Grupo especial comprobó que no era posible establecer una relación o conexión directa entre las diversas fuentes de ingresos del ONIC y las partidas de gastos, y que, por tanto, sería difícil evaluar con precisión la parte de los créditos presupuestarios en la financiación de las exportaciones. No obstante, si se considera que los ingresos se reparten uniformemente entre las tres partidas de gastos, se deduce que, durante la campaña de 1957-58, el 35 por 100 de los abonos efectuados en concepto de exportaciones procedía de los fondos públicos. Además, en el supuesto de que las pérdidas originadas por la exportación se hallen cubiertas principalmente por ingresos distintos de los créditos presupuestarios, será no obstante necesario recurrir a los fondos del Estado para liquidar el saldo.”⁷⁵

De manera complementaria es preciso considerar el antecedente registrado en la investigación adelantada por Costa Rica para imponer derechos compensatorios a la oleína de palma y margarina de hojaldre originarias de Colombia en la cual es clara la posición de la Autoridad Investigadora de excluir del concepto de subvención a los sistemas de estabilización que se nutren de recursos privados.

Es así como en primer lugar la Autoridad investigadora, al formular la determinaciones mediante la Resolución 003 de 2004 interpreta en el párrafo 83 la nota interpretativa al párrafo 3 del artículo XVI del GATT, para afirmar lo siguiente:

⁷⁵ *Ibídem*, párrs. 12 y 13.

“Es decir, (...) se puede interpretar que aquellos sistemas en los cuales no intervengan fondos públicos, no podrá considerárseles como una subvención en los términos del artículo XVI.”

En segundo lugar, la misma Autoridad atribuye un carácter definitorio a la naturaleza de los recursos que nutren los fondos de estabilización cuando con base en el artículo 18.2 del ASMC⁷⁶ fundamenta la terminación de la investigación precisamente en la aceptación del compromiso de Colombia en el sentido de abstenerse de utilizar recursos provenientes del Presupuesto Nacional para otorgar compensaciones de estabilización.

A continuación se transcribe la parte pertinente al fundamento en mención:

“En virtud de las consideraciones anteriores FEDEPALMA se compromete con el Gobierno de Costa Rica a:

No utilizar ningún tipo de recursos provenientes del Presupuesto Nacional de la República de Colombia, para otorgar compensaciones de estabilización a productores, vendedores o exportadores de aceite de palma crudo y aceite de palmiste crudo, que pudieran ser utilizados en la fabricación de oleína de palma y margarina para hojaldre que sean exportadas a la República de Costa Rica, como hasta la fecha no ha sucedido. (...)” .

En la parte final de la presente Sección se incorpora un resumen de la investigación en comentario.

⁷⁶ El artículo 18.2 del ASMC, señala: “No se recabarán ni se aceptarán compromisos excepto en el caso de que las autoridades del Miembro importador hayan formulado una determinación preliminar positiva de la existencia de subvención y de daño causado por esa subvención y, en el caso de compromisos de los exportadores, hayan obtenido el consentimiento del Miembro exportador”.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que el párrafo 3 del Artículo XVI en comento hace referencia a las subvenciones a la exportación de “*productos primarios*”, que se definen en sus disposiciones complementarias, como “todo producto agrícola, forestal o de la pesca y cualquier mineral, ya sea que se trate de un producto en su forma natural, ya sea que haya sufrido la transformación que requiere comúnmente la comercialización en cantidades importantes en el mercado internacional”⁷⁷.

En cuanto al alcance del término “*productos primarios*” el Grupo Especial en el caso EE.UU. – Algodón Americano (Upland), reconoció que existe una relación potencial de este tipo de productos, con aquellos sobre los cuales se aplica el Acuerdo sobre la Agricultura, sin afirmar, por supuesto, que se trate del mismo tipo de bienes:

*“(…) a diferencia del párrafo 4 del artículo XVI, que según sus propios términos, se aplica claramente a "la exportación de cualquier producto que no sea un producto primario", el párrafo 3 del artículo XVI se aplica a las "subvenciones a la exportación de los productos primarios". Por consiguiente, también se relaciona potencialmente con productos abarcados por el Acuerdo sobre la Agricultura.”*⁷⁸

De acuerdo con lo anterior, cabría sintetizar el asunto de la siguiente forma:

- No existe una prohibición general al otorgamiento de subvenciones para productos primarios. Interpretación en contrario, dejaría desprovisto de aplicación el Artículo XVI del GATT de 1994 y sus Notas Suplementarias, que regulan precisamente las condiciones para el mantenimiento y aplicación de la subvención. El aceite de palma y el palmiste son productos primarios; de esta manera, aún en el evento que el FEP

⁷⁷ GATT/94, Anexo I, Notas y Disposiciones Suplementarias al Artículo XI, Sección B.

⁷⁸ EE.UU. – Algodón Americano, GE, nota 1175. Adoptado el 3 de marzo de 2005.

Palmero se calificara como subvención, no existiría la obligación de eliminarlo.

- Cualquier forma de sostenimiento de los ingresos y de los precios es considerada una subvención (párrafo 1: “incluida toda forma...”) (no necesariamente a la exportación). Sin embargo, respecto de la misma, sólo habrá un deber de notificación, cuando tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un *producto cualquiera (...)* o reducir las importaciones de este producto en su territorio. En este escenario Colombia no notificó el FEP Palmero como subvención por no tener obligación de hacerlo. En ningún caso podría afirmarse que el FEP Palmero tenga por efecto aumentar exportaciones o reducir importaciones.
- Cabría en este escenario señalar el riesgo que genera la vinculación que la Ley Nacional establece del FEP Palmero con las exportaciones. En este evento son aplicables las consideraciones expuestas anteriormente, no sin antes recalcar que se debe analizar el comportamiento real que las exportaciones han presentado a lo largo del tiempo (1997-2009), porque aunque se modifique o elimine la disposición normativa que consagra la vinculación del FEP con las exportaciones, la práctica constituye un factor de riesgo.
- No existe tampoco una prohibición general de las subvenciones a la exportación de los productos primarios, si bien existe un deber general de esforzarse por no otorgarlos. Párrafo 3, artículo XVI.
- Una subvención que tenga por objeto aumentar la exportación de un producto primario, no podrá aplicarse en forma tal que la parte exportadora absorba más de una parte equitativa del comercio de ese

producto de acuerdo con el comportamiento en un período reciente (párrafo 3, Art XVI).

- Un sistema destinado a estabilizar ingresos o precios que tiene a veces como consecuencia la venta de este producto para la exportación a un precio inferior al precio comparable pedido a los compradores del mercado interior por el producto similar si: i) el sistema ha tenido como resultado o está concebido para tener como resultado la venta para exportación a un precio superior al fijado para el mercado interior; y ii) el sistema no estimula indebidamente las exportaciones o no ocasiona perjuicio grave a los demás Miembros. La aplicación de esta excepción se condiciona a la naturaleza privada de la totalidad de los recursos objeto de la estabilización. La excepción es aplicable al FEP Palmero dado que sus recursos son de naturaleza privada, y la aplicación del mecanismo ha dado como resultado ventas para exportación a precios superiores a los del mercado nacional, no estimula las exportaciones ni causa perjuicio grave a los demás países.

- Para los productos industriales el artículo XVI establece la obligación de eliminar las medidas que constituyan una subvención; que tengan como consecuencia rebajar el precio de venta de exportación a un nivel inferior al del precio comparable pedido a compradores del mercado interior del producto similar .(párrafo 4 Artículo XVI).

- El FEP Palmero aplicado a los productos industriales no tiene como consecuencia rebajar el precio de venta de exportación a un nivel inferior al del precio comparable en el mercado interior asumiendo que existe un precio internacional de estos productos y que Colombia es tomadora de los mismos. En este escenario, aun aceptando en gracia de discusión que el mecanismo sea considerado una subvención, el mecanismo no estaría

sujeto al compromiso de desmonte conforme al párrafo 4 del Artículo XVI del GATT.

1.2.1 Desarrollo jurisprudencial del Artículo 1.1(a)(2) del ASMC y su relación con el Artículo XVI del GATT/94 y sus notas suplementarias

La aplicación del aparte de estos artículos que se refiere a “*toda forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios*”, no registra desarrollo importante dentro de las decisiones adoptadas por el OSD, como lo confirma el Informe sobre Comercio Mundial 2006, que afirma:

“(...) merece también un examen más detenido la alusión que se hace en el párrafo 1 a) del artículo 1 a cualquier forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994. Se trata de una referencia a todo tipo de apoyo que tenga por efecto directo o indirecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera de un país Miembro o reducir las importaciones de este producto en su territorio. Nunca se ha definido con precisión el concepto de sostenimiento de los ingresos o de los precios en ese contexto.”⁷⁹

No obstante, el tema fue discutido en el Panel Estados Unidos – Algodón Americano (Upland) en el cual el Grupo Especial evaluó las circunstancias en las que podría darse un mecanismo de sostenimiento de los precios a un nivel superior al precio internacional. Menciona los siguientes casos:

- Un método mediante el cual un gobierno, directa o indirectamente, sostiene el precio mediante compras y ventas a pérdida. Al respecto de este mecanismo, se ha estado de acuerdo en cuanto a que constituye un subsidio.
- Un gobierno fija un precio mínimo para los productores, que se sostiene mediante restricciones cuantitativas, tarifas flexibles (flexible tariffs) o

⁷⁹ Informe de la OMC sobre el Comercio Mundial 2006, p. 225.

cargas similares. En este caso no se trataría de una pérdida asumida por el gobierno, y por consiguiente no se encontraría en el ámbito de aplicación del artículo XVI.

- Estudia así mismo el caso en el cual un grupo de productores decidía voluntariamente imponerse una contribución para subsidiar las exportaciones de un producto, en cuyo caso, afirma, no existe una obligación de notificación.
- Como último punto, describe el Panel una circunstancia muy similar a la dispuesta en el inciso iv) del artículo 1.1(a) del ASMC, en el sentido de reafirmar la obligación de notificar cualquier esquema de “subsidio impuesto” (levy/subsidy) que afecte las exportaciones o importaciones, en el que el gobierno participara ya fuera mediante pagos al fondo común, o encomendando a un ente privado sus funciones impositivas y de subsidio, de manera tal que en la práctica no difiera en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos.

1.2.2 Conclusiones

Ahora bien, de acuerdo al análisis anterior, es posible plantear las siguientes conclusiones:

- El hecho de que el artículo 1.1 a)2) del ASMC haga alusión a “alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios” como una posible forma de subvención diferente de las consagradas en el artículo 1.1.a) 1, significa que estas medidas no deben cumplir los presupuestos previstos por la norma en el artículo 1.1(a)(1).
- Una forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, únicamente se considerará una subvención, si tiene directa o indirectamente por

efecto aumentar las exportaciones de un *producto cualquiera* (...) o reducir las importaciones de este producto en su territorio.

- Las compensaciones en el marco del FEP Palmero no se encuentran supeditadas al resultado de las exportaciones, toda vez que se otorgan igualmente cuando las ventas se realizan en el mercado nacional, siempre y cuando se den los presupuestos establecidos en la operatividad interna del fondo, esto es que la venta se efectúe a un precio inferior al denominado precio de referencia, o a la franja de precios de referencia. En este caso, cualquiera que sea el destino de la venta, se otorga idéntica compensación.
- El presupuesto contemplado en el párrafo 3 del Artículo XVI del GATT/94, de que la subvención “tenga por efecto aumentar la exportación de un producto primario” no se configura en el caso del FEP Palmero si se considera que, de acuerdo con los mecanismos establecidos, en algunas oportunidades, son los mismos exportadores quienes deben ser los sujetos pasivos de las cesiones de estabilización, y los vendedores en el mercado interno los beneficiarios de las compensaciones de estabilización.
- Aún en el evento de que la operatividad del FEP Palmero tuviere como objeto aumentar las exportaciones procedería aplicar entonces la nota suplementaria del párrafo 3 del artículo XVI dado que aun cuando el FEP Palmero recibió, en el momento de su constitución recursos del Estado, estos nunca se han destinado a las compensaciones. Además, el FEP no ha tenido como efecto que las exportaciones absorban una parte no equitativa del comercio mundial.

1.3 El término “Beneficio”.

De conformidad con el Artículo 1 del ASMC, constituye presupuesto de la existencia de una subvención, la “*contribución financiera*” o “*cualquier forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios*”, **siempre y cuando** “*con ello se otorgue un beneficio*”.

En los puntos anteriores aclaramos que en cuanto al FEP Palmero, en nuestra opinión no se configura la subvención por la inexistencia de una contribución financiera en los términos previstos en los incisos i) a iv) del artículo 1.1.a) del ASMC. Igualmente sostuvimos que el sistema de estabilización se encuentra amparado por el Párrafo 3 del Artículo XVI del GATT/94 y sus notas suplementarias, por cuanto la aplicación del sistema no ha llevado a Colombia a absorber más de una parte “equitativa del comercio mundial del producto en referencia”. Señalamos igualmente que el aval del párrafo 3 se mantiene para el FEP Palmero aún si se aceptare en gracia de discusión que: i) los recursos que lo constituyen sean o hayan sido producto de contribuciones de los poderes públicos, tema desvirtuado en la parte inicial de este documento al analizar el Marco Jurídico; y/o ii) de que el sistema tenga por objeto estimular las exportaciones.

Por lo tanto, resta analizar solo la existencia de un “beneficio”, siendo este el segundo presupuesto para la existencia de una subvención conforme al artículo 1 del ASMC.

Así, el Órgano de Apelación de la OMC, al interpretar el artículo 1.1 (b) del Acuerdo SMC, ha entendido que existe una subvención cuando el otorgante efectúa una “*contribución financiera*” que confiere un “*beneficio*”, “*en*

*comparación con lo que de otro modo habría podido obtener el receptor en el mercado.”*⁸⁰ Negrilla y cursiva fuera del texto.

Por su parte, el ASMC no define expresamente el concepto de “beneficio”; se limita, en su artículo 14 a señalar las directrices de cálculo de la cuantía de una subvención, en función del “beneficio” obtenido por el receptor.

Por tanto, para interpretar el concepto de “beneficio”, es forzoso recurrir a una interpretación sistemática del Artículo 1.1. b), y el Artículo 14 del ASMC.

Veamos,

Artículo 14

Cálculo de la cuantía de una subvención en función del beneficio obtenido por el receptor

A los efectos de la Parte V, el método que utilice la autoridad investigadora para calcular el beneficio conferido al receptor a tenor del párrafo 1 del artículo 1 estará previsto en la legislación nacional o en los reglamentos de aplicación del Miembro de que se trate, y su aplicación en cada caso particular será transparente y adecuadamente explicada. Además, dicho método será compatible con las directrices siguientes:

a) no se considerará que la aportación de capital social por el gobierno confiere un beneficio, a menos que la decisión de inversión pueda considerarse incompatible con la práctica habitual en materia de inversiones (inclusive para la aportación de capital de riesgo) de los inversores privados en el territorio de ese Miembro;

b) no se considerará que un préstamo del gobierno confiere un beneficio, a menos que haya una diferencia entre la cantidad que paga por dicho préstamo la empresa que lo recibe y la cantidad que esa empresa pagaría por un préstamo comercial comparable que pudiera obtener efectivamente en el mercado. En este caso el beneficio será la diferencia entre esas dos cantidades;

⁸⁰ Canadá – Aeronaves, OA, ¶¶ 156 y 157.

c) *no se considerará que una garantía crediticia facilitada por el gobierno confiere un beneficio, a menos que haya una diferencia entre la cantidad que paga por un préstamo garantizado por el gobierno la empresa que recibe la garantía y la cantidad que esa empresa pagaría por un préstamo comercial comparable sin la garantía del gobierno. En este caso el beneficio será la diferencia entre esas dos cantidades, ajustada para tener en cuenta cualquier diferencia en concepto de comisiones;*

d) *no se considerará que el suministro de bienes o servicios o la compra de bienes por el gobierno confiere un beneficio, a menos que el suministro se haga por una remuneración inferior a la adecuada, o la compra se realice por una remuneración superior a la adecuada. La adecuación de la remuneración se determinará en relación con las condiciones reinantes en el mercado para el bien o servicio de que se trate, en el país de suministro o de compra (incluidas las de precio, calidad, disponibilidad, comerciabilidad, transporte y demás condiciones de compra o de venta).*

En el contexto legal anterior, es necesario considerar que el concepto de “beneficio” debe atarse necesariamente al destinatario del mismo. De esta manera, se ha estimado que sólo puede existir un “beneficio” en el sentido del artículo bajo estudio, cuando se “ha recibido de hecho algo”, de tal forma que la investigación debe centrarse necesariamente en el receptor del mismo y no en la autoridad que lo otorga. Por tanto, no es de recibo concebir el beneficio como un equivalente del costo en que incurre el gobierno al otorgarlo.

La posición a la que se alude, ha sido confirmada tanto en lo relativo al punto de referencia del receptor para el examen de la existencia de un “beneficio”, como en lo relativo a que el punto de comparación debe corresponder a las condiciones del mercado. En el caso *EE.UU.- Plomo y Bismuto II* se reitera lo dicho en los siguientes términos:

“Estamos de acuerdo con el enfoque adoptado por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el asunto Canadá - Aeronaves. En nuestra opinión, la existencia o no existencia del "beneficio" depende de si el receptor o beneficiario potencial,

*que "lógicamente" debe ser una persona jurídica o una persona física, o un grupo de personas, ha recibido una "contribución financiera" en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado"*⁸¹. (Negrilla fuera del texto).

*"(...) El concepto de "subvención" consta dos elementos: 1) "una contribución financiera", y 2) "un beneficio". Como se señaló supra, el "beneficio" se determina en relación con las condiciones en las que una persona jurídica o física determinada, o un grupo de personas, hubieran podido obtener la "contribución financiera" en el mercado"*⁸².

En el caso del FEP Palmero, debe señalarse que no existe identidad entre el destinatario de la compensación de estabilización, persona natural o jurídica, y el beneficiario del mecanismo. Es así, como el destinatario de la compensación ha efectuado erogaciones previas (cesiones de estabilización) que pueden ser superiores a las compensaciones que recibe. El sector palmero, por su parte, ve estabilizado los ingresos de los productos objeto del Fondo, sin recibir ningún beneficio directo de esta situación en el sentido en que lo define la norma, por cuanto en ausencia de ella, dirigiría sus ventas al mercado más favorable. El verdadero beneficiario del mecanismo es el Estado que ve reflejado en su economía la el abastecimiento del mercado nacional y la seguridad alimentaria; todo ello sin detrimento de la libre iniciativa privada consagrada en la Carta Política.

Para descartar la existencia de un beneficio para el exportador, puede considerarse que la existencia del FEP Palmero, no incide en los precios de venta en el mercado interno o en el internacional dada la categoría de Colombia de "tomador de precios en el mercado internacional". Tampoco existe una estabilización de ingresos para productores vendedores o exportadores de manera individual, por cuanto desde ningún punto de vista puede afirmarse que a través del FEP el Estado fija precios de sustentación o

⁸¹ EE.UU. – Plomo y Bismuto II, GE, ¶ 6.66.

⁸² *Ibidem*, párr. 6.69.

logra mantener ficticiamente unos ingresos predeterminados. La estabilización de ingresos adopta un ámbito sectorial y nacional que toma como referentes los precios en el mercado internacional y en el mercado interno en un mismo momento, para establecer cesiones a cargo de quien venda a un precio superior y compensaciones a quien lo haga a un precio inferior. Ello con el fin de evitar desequilibrios estructurales de excedentes o escasez de oferta que a la larga se traducirían en detrimento de la seguridad alimentaria.

La inexistencia del FEP Palmero generaría de una parte una escasez en la oferta interna ante un alza en los precios internacionales o, un exceso de la oferta local ante una reducción del precio internacional, situaciones que no tendría incidencia sobre los ingresos de los productores que, como ya se señaló, direccionarían su oferta de acuerdo con las leyes del mercado para obtener los mayores beneficios económicos.

Adicionalmente, valdría la pena señalar que en la práctica, la aplicación del FEP Palmero ha generado *cesiones por ventas a mercados externos y compensaciones por ventas al mercado interno*, lo cual demuestra que no constituyen un “beneficio” para los exportadores.

De la misma manera, el Órgano de Apelación en el caso en comento, confirma igualmente la posición expuesta:

“En nuestro informe en el asunto Canadá - Aeronaves, declaramos, con respecto al término "beneficio" del párrafo 1 b) del artículo 1, lo siguiente:

Un "beneficio" no existe en abstracto, sino que debe ser recibido por un beneficiario o un receptor, que disfruta de él. Lógicamente, sólo puede decirse que existe un "beneficio" si una persona, física o jurídica, o un grupo de personas, ha recibido de hecho algo. Por lo tanto, el término "beneficio" implica que debe haber un receptor [...].

Consideramos que esta interpretación está apoyada por el artículo 14 del Acuerdo SMC, que constituye el contexto para la interpretación del "beneficio" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1. El texto de la parte pertinente del artículo 14 es el siguiente: [...].

El artículo 14 se refiere al cálculo del "beneficio conferido al receptor a tenor del párrafo 1 del artículo 1" (las cursivas son nuestras). Como exponíamos en nuestro informe en el asunto Canadá - Aeronaves:

[...] Esta referencia explícita al párrafo 1 del artículo 1 en el texto del artículo 14 nos indica que el término "beneficio" se utiliza en el mismo sentido en el artículo 14 y en el párrafo 1 del artículo 1. Por lo tanto, la referencia al "beneficio conferido al receptor" que figura en el artículo 14 implica también que el término "beneficio", tal como se utiliza en el párrafo 1 del artículo 1, alude al "beneficio conferido al receptor" [...]. (Negrilla fuera del texto)

En consecuencia, coincidimos con las constataciones del Grupo Especial en que el término "beneficio" tal como se utiliza en el párrafo 1 b) del artículo 1 alude al "beneficio conferido al receptor", en que dicho receptor ha de ser una persona física o jurídica (...)"⁸³

Sobre el particular es importante precisar que, como se expuso anteriormente, no existe identidad entre el receptor de la compensación de estabilización y el beneficiario de la misma, que como se señaló es el Estado.

Igualmente, en el caso *Brasil – Aeronaves*, puede observarse la aplicación del criterio del “receptor” para determinar la existencia de un beneficio, así:

“Al considerar si los pagos por parte de PROEX III confieren un beneficio, el Grupo Especial nota que la contribución financiera en este caso adopta la forma de un pago (no reembolsable), más que la forma de un préstamo. Como regla general, por supuesto, un pago no reembolsable confiere un beneficio. Por lo tanto, no habría necesidad de un análisis complejo acerca de la existencia de un beneficio, si los

⁸³ EE.UU. – Plomo y Bismuto II, OA, ¶ 57 y 58.

pagos por parte de PROEX III se realizaran directamente a los productores o compradores de las aeronaves regionales del Brasil. (...) Sin embargo, en este caso, los pagos de PROEX III se proporcionan a un prestamista como apoyo a una transacción de crédito para la exportación para las aeronaves regionales del Brasil. Así, si bien no cabe duda que los pagos de PROEX III confieren un beneficio, consideramos que la cuestión continúa siendo si los pagos de PROEX III confieren un beneficio a los productores de aeronaves regionales.

(...)

La cuestión de si la contribución financiera confiere un beneficio a los productores de aeronaves regionales –por oposición al conferirlo únicamente a quienes suministran servicios financieros– depende del impacto que tengan los pagos de PROEX III en los términos y condiciones del financiamiento del crédito para la exportación al que tengan acceso los compradores de aeronaves regionales del Brasil”⁸⁴

Consideración similar se aplicaría al FEP Palmero por cuanto quien se beneficia, en este caso, no es el receptor de la cesión (el Fondo), dada la destinación específica que tienen los recursos recibidos. Tampoco es el beneficiario el destinatario de la compensación, que como ya se señaló, puede haber efectuado erogaciones superiores a la misma y en todo caso se encuentra sujeto a efectuarlas en un futuro, de acuerdo con el comportamiento de los precios. El único beneficiario es el Estado quien al velar por la seguridad alimentaria cumplirá sus obligaciones constitucionales de orden social y económico.

En lo relativo al mercado como punto de referencia para comparar la situación del beneficiario, puede hacerse referencia al caso *Canadá – Créditos y Garantías para las Aeronaves*, en el que afirma el Grupo Especial lo siguiente:

⁸⁴ *Brasil – Aeronaves*, GE, ¶¶ 5.27 y 5.28 (traducción no oficial – texto disponible únicamente en inglés).

“Al examinar las alegaciones del Brasil en este asunto, consideraremos si se otorga o no un "beneficio" a Bombardier por el hecho de otorgarse un "beneficio" a la empresa de transporte aéreo que adquiere aeronaves Bombardier.⁸⁵ A este respecto, el Brasil alega que puede existir un "beneficio" para Bombardier aunque no haya "beneficio" para la empresa de transporte aéreo compradora: por ejemplo, aunque la EDC suministre financiación a esa empresa en condiciones que no son más favorables que las que podría obtener en el mercado.

(...)

A nuestro juicio, el hecho de que Bombardier pueda organizar la financiación en forma de apoyo por el Gobierno no otorga necesariamente un "beneficio" simplemente porque Bombardier quede "[liberado] de la necesidad de suministrar u organizar su propia financiación". De lo contrario, se otorgaría un "beneficio" siempre que Bombardier organizara financiación externa -incluso a través de bancos comerciales- puesto que cualquier financiación externa "[libera] de la necesidad de suministrar u organizar su propia financiación". Nos parece difícil admitir que la existencia de un "beneficio" (en el contexto de la financiación) se determine sobre la base de si Bombardier suministra o no una financiación interna o externa. La existencia de un "beneficio" (en el contexto de la financiación) se determina por referencia a las condiciones en que la empresa de transporte aéreo compradora dispone de financiación análoga en el mercado. La comparación de mercado citada indica que varias de las operaciones concretas en litigio en estos procedimientos no otorgan un "beneficio" a la empresa de transporte aéreo compradora y, por consiguiente, tampoco a Bombardier”⁸⁶.

⁸⁵ (Nota al pie: Hacemos nuestra la siguiente declaración del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Brasil - Aeronaves - Segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21*: "Observamos que los pagos de PROEX III se realizan en apoyo de créditos a la exportación otorgados al *comprador* y no al *productor*, de aeronaves de transporte regional brasileñas. Sin embargo, estimamos que, en la medida en que el Canadá pueda acreditar que los pagos de PROEX III permiten que los compradores de un producto obtengan créditos a la exportación en condiciones más favorables que las que podrían obtener en el mercado, esta circunstancia representa, como mínimo, una demostración '*prima facie*' de que los pagos otorgan un beneficio también a los *productores* de ese producto, pues reducen su costo para los compradores y con ello hacen que el producto resulte más atractivo en comparación con los productos competidores" (*Brasil - Aeronaves - Segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21*, informe del Grupo Especial, nota 35, *supra*, párrafo 5.28, nota 42) (las cursivas figuran en el original).

⁸⁶ *Canadá - Créditos y Garantías para las Aeronaves*, GE, ¶ 7.229.

Complementando las consideraciones anteriores, debe señalarse como el destinatario de la compensación no recibe beneficios adicionales a los que obtendrían de no existir esta figura. En efecto, en ausencia del FEP Palmero, los productores y vendedores, de acuerdo a las leyes del mercado, venderían los productos en el territorio nacional o en el exterior, usando como criterio el beneficio económico que recibirían. En esta situación, se generaría un desabastecimiento doméstico cuando los precios internacionales fueran superiores a los del mercado interno, ante la omisión del estado de intervenir en la economía para garantizar, entre otros, la seguridad alimentaria.

2. Acuerdo sobre la Agricultura de la Organización Mundial del Comercio.

El tema relativo a la aplicación del Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC, al FEP Palmero, debe abordarse analizando los artículos 1,2 y 9 del AA y 1 del ASMC de manera conjunta y sistemática

Disponen las normas señaladas del AA:

Artículo 1

Definición de los términos

En el presente Acuerdo, salvo que el contexto exija otro significado, (...)

e) por "subvenciones a la exportación" se entiende las subvenciones supeditadas a la actuación exportadora, con inclusión de las enumeradas en el artículo 9 del presente Acuerdo;

Artículo 2

Productos comprendidos

El presente Acuerdo se aplica a los productos enumerados en el Anexo 1 del presente Acuerdo, denominados en adelante "productos agropecuarios"⁸⁷

⁸⁷ El Anexo 1 del AA incluye los productos clasificados por los Capítulos 1 a 24. Por tanto el aceite de palma, el palmiste y sus fracciones se encuentran comprendidos en el ámbito agrícola.

Por otra parte,

Artículo 9

Compromisos en materia de subvenciones a la exportación

1. *Las subvenciones a la exportación que se enumeran a continuación están sujetas a los compromisos de reducción contraídos en virtud del presente Acuerdo:*

a) *el otorgamiento, por los gobiernos o por organismos públicos, a una empresa, a una rama de producción, a los productores de un producto agropecuario, a una cooperativa u otra asociación de tales productores, o a una entidad de comercialización, de subvenciones directas, con inclusión de pagos en especie, supeditadas a la actuación exportadora;*

b) *la venta o colocación para la exportación por los gobiernos o por los organismos públicos de existencias no comerciales de productos agropecuarios a un precio inferior al precio comparable cobrado a los compradores en el mercado interno por el producto similar;*

c) *los pagos a la exportación de productos agropecuarios financiados en virtud de medidas gubernamentales, entrañen o no un adeudo en la contabilidad pública, incluidos los pagos financiados con ingresos procedentes de un gravamen impuesto al producto agropecuario de que se trate o a un producto agropecuario del que se obtenga el producto exportado;*

d) *el otorgamiento de subvenciones para reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios (excepto los servicios de asesoramiento y promoción de exportaciones de amplia disponibilidad) incluidos los costos de manipulación, perfeccionamiento y otros gastos de transformación, y los costos de los transportes y fletes internacionales;*

e) *las tarifas de los transportes y fletes internos de los envíos de exportación establecidas o impuestas por los gobiernos en condiciones más favorables que para los envíos internos;*

f) las subvenciones a productos agropecuarios supeditadas a su incorporación a productos exportados.

Ahora bien, los literales a) b) d) e) y f) no resultan aplicables al caso en comento, si se tiene en cuenta que los presupuestos en ellos señalados, no contienen ninguno de los elementos constitutivos del FEP Palmero.

Como quiera que el literal c) podría generar alguna duda, por la inclusión de expresiones tales como “pagos a la exportación de productos agropecuarios” que podrían asimilarse a las compensaciones del FEP ó la expresión “financiados en virtud de medidas gubernamentales” que podría asemejarse a cesiones ordenadas por la Ley, a continuación se analizará tal disposición en concordancia con el primer inciso del artículo en comento, el cual condiciona su existencia a la configuración de una “subvención a la exportación”. Igualmente, el análisis comprenderá el artículo 1 del ASMC, pues este determina los requisitos de existencia de una subvención.

Por su parte, y como lo mencionamos anteriormente, el Artículo 1 del ASMC dispone:

Artículo 1

Definición de subvención

1.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:

a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo "gobierno"), es decir:

i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);

ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales)⁸⁸;

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

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

o

a) 2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994;

y

b) con ello se otorgue un beneficio.

2.1 Aplicación conjunta del Artículo 9 del AA y el Artículo 1 del ASMC.

El AA en el inciso 1 del artículo 9 establece los compromisos de reducción de las “subvenciones a la exportación”, que posteriormente enumera en los literales a) a f). Por tanto, la aplicación del literal c) del Artículo 9 del AA, presupone el análisis previo de que la medida en cuestión configure una subvención a la exportación, tal como lo exige el inciso 1 del artículo 9 con la expresión: “Las subvenciones a la exportación que se enumeran a continuación”

De la definición anterior podemos concluir que el estudio completo del tema amerita, necesariamente, analizar si el FEP Palmero constituye una

⁸⁸ De conformidad con las disposiciones del artículo XVI del GATT de 1994 (Nota al artículo XVI), y las disposiciones de los anexos I a III del presente Acuerdo, no se considerarán subvenciones la exoneración, en favor de un producto exportado, de los derechos o impuestos que graven el producto similar cuando éste se destine al consumo interno, ni la remisión de estos derechos o impuestos en cuantías que no excedan de los totales adeudados o abonados.

subvención a la luz del Artículo 1 del ASMC, en caso afirmativo, si se trata de una subvención a la exportación y, finalmente, si se configuran todos los elementos descritos en el literal c). Lo anterior por cuanto el AA regula las subvenciones a la exportación, pero no las define, lo cual obliga a acudir a la definición que consagran las normas generales sobre la materia como es el ASMC.

Interpretación en contrario llevaría al absurdo de eliminar cualquier sentido al inciso 1 del artículo 9 y someter a los compromisos de reducción previstos en el AA a las medidas estipuladas en los literales a) a f), sin establecer previamente que las mismas constituyan una subvención, y más específicamente, una subvención a la exportación como lo exige el encabezado de dicha norma. Conllevaría igualmente a proscribir la aplicación de estas medidas sin reparar si las mismas se originan en “*contribuciones financieras*” o si generan un “*beneficio*” al receptor, si tienen por objeto incrementar las exportaciones de manera indebida, si están constituidas por recursos públicos, pese a que estos conceptos son parte integral de la definición de la “subvención” contenida en el ASMC.

En otras palabras, interpretar de manera aislada el artículo 9 del AA implicaría modificar, en lo que se refiere al ámbito agrícola y para las figuras que allí se enlistan, la definición de la subvención: ampliando considerablemente su espectro, eliminando elementos inherentes a su misma esencia y estableciendo compromisos de reducción de medidas con prescindencia de su efecto distorsivo del comercio exterior.

En otras palabras, el análisis del tema debe abordarse considerando inicialmente si la medida descrita en el artículo 9 del AA, en este caso en el literal c), es una subvención a la exportación; para ello, se debe precisar, en primer término, la existencia de una “subvención” y en segundo término, si esta se encuentra condicionada a la exportación. Para resolver el primer interrogante

es preciso considerar el artículo 1 del ASMC, mientras que para despejar la segunda inquietud debe analizarse artículo 3 del referido Acuerdo. Solo si estas dos respuestas son afirmativas puede considerarse la existencia de una subvención a la exportación, y por consiguiente, entenderse que se configura el presupuesto del inciso 1 del artículo 9.

De acuerdo al ejercicio anterior, contenido en el punto 2 de este documento, es claro que, en nuestra opinión, el FEP Palmero no constituye una subvención conforme al artículo 1 del ASMC, por las razones mencionadas de manera previa al referirnos al estudio detallado del artículo en comento. Por consiguiente, al no existir una subvención a la luz de esta disposición, no podría existir, bajo ningún contexto, una subvención a la exportación, y por tanto, no se configuraría el presupuesto de “subvención a la exportación” previsto en el AA, inciso 1 artículo 9.

Debe señalarse sin embargo que la posición de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación en lo que respecta a la forma de abocar el análisis de este tema, no ha sido unívoca. Por una parte, consideran necesario remitirse al ASMC de manera previa al estudio del Artículo 9 del AA, mientras que por otra parte no ven necesario esta remisión.

En el caso *Canadá – Productos Lácteos*, el Órgano de Apelación concluye en sentido similar al expuesto anteriormente al afirmar que debe realizarse un examen previo de la existencia de una “subvención” de acuerdo con el artículo 1 del ASMC:

(...) En ningún momento examinó el Grupo Especial si los "pagos en especie" cuya existencia constató, constituían "subvenciones", y mucho menos "subvenciones directas". El Grupo Especial no hizo ninguna referencia a que las medidas fuesen "subvenciones directas". Éste asumió que puesto que las medidas eran "pagos en especie" también eran, por consiguiente, "subvenciones directas".

(...)

“Observamos también que la interpretación del párrafo 1 a) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura hecha por el Grupo Especial sobre el Acuerdo SMC no es coherente. El concepto de "beneficio" es parte integral de la definición de "subvención" contenida en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC. Sin embargo, por una parte, el Grupo Especial utilizó este término no para ayudar a definir el término "subvenciones directas", sino para definir la palabra "pago". Y, por otra parte, el Grupo Especial no mencionó en absoluto el otro aspecto integral de una "subvención" de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, a saber, la necesidad de una "contribución financiera". El Grupo Especial no explicó por qué un aspecto de la definición de "subvención" contenida en el Acuerdo SMC debía ser pertinente al interpretar el párrafo 1 a) del artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura, y la otra no⁸⁹.

De la misma manera, en el caso *EE.UU. – EVE*, el Órgano de Apelación reitera la posición expresada en el caso *Canadá – Productos Lácteos*, al determinar que para la interpretación del artículo 1(e) del AA, debe remitirse a la definición de subvención contenida en el artículo 1 del Acuerdo SMC, tomando como punto de referencia para la determinación de la misma, los elementos esenciales para su constitución que trae este último Acuerdo:

*Observamos que el apartado e) del artículo 1 del Acuerdo sobre la Agricultura dice que "por 'subvenciones a la exportación' se entiende las subvenciones supeditadas a la actuación exportadora". Sin embargo, observamos también que el Acuerdo sobre la Agricultura no contiene ninguna definición de los términos "subvención" o "subvenciones". En nuestro informe sobre el asunto *Canadá - Leche*, asunto relacionado con las "subvenciones a la exportación" en el marco del Acuerdo sobre la Agricultura, manifestamos que "una 'subvención' implica una transferencia de recursos económicos del otorgante al receptor por una cantidad inferior a la prestación total".⁹⁰ En la formulación de esta declaración, nos basamos, como*

⁸⁹ *Ibíd.*, ¶¶ 90-92.

⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos* ("Canadá - Leche"), WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, adoptado el 27 de octubre de 1999, párrafo 87

contexto, en la definición de "subvención" contenida en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC:

... existe "subvención", en el sentido del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC, cuando el otorgante efectúa una "contribución financiera" que confiere un "beneficio" para el receptor, en comparación con lo que de otro modo habría podido obtener el receptor en el mercado.

Por consiguiente, en este asunto, tomaremos en consideración, primero, si la medida relativa a las EVE constituye una transferencia de recursos económicos efectuada por el otorgante, que en esta diferencia es el Gobierno de los Estados Unidos y, segundo, si una transferencia de recursos económicos constituye un beneficio para el receptor⁹¹.

Posteriormente, el Órgano de Apelación da un giro a sus posiciones anteriores, para afirmar que la lista de prácticas contenida en el párrafo 1 del artículo 9 del AA, supone en sí misma, por definición, subvenciones a la exportación⁹².

2.2 Análisis del literal c) del Artículo 9 del AA:

El artículo 9º del AA presenta una lista de subvenciones a la exportación sujetas a los compromisos de reducción previstos en el mismo Acuerdo. El mecanismo del FEP Palmero no se encuentra dentro de tal enumeración.

En el caso específico del literal c), numeral 1º del artículo 9º, se hace referencia a *"pagos a la exportación de productos agropecuarios" "financiados en virtud de medidas gubernamentales, entrañen o no un adeudo a la contabilidad pública"*.

⁹¹ EE.UU. – EVE, OA, ¶¶ 136 y 137.

⁹² Ver paneles: "CE – Subvenciones a la exportación de azúcar, OA ¶¶ 268-271", "EE.UU. – Algodón Americano Upland, OA, ¶¶ 570 y 571 (nota al pie: Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - EVE (recurso de las CE al párrafo 5 del artículo 21), párrafo 192)".

Como cuestión previa para analizar la configuración de la causal que nos ocupa, es preciso revisar si las compensaciones pueden ser calificadas como “pagos financiados”. Para el efecto recurrimos al sentido literal de la expresión “financiación” que significa: “*Acción de procurar a una empresa, un organismo público o semipúblico los capitales necesarios para su funcionamiento*”⁹³. Además, si en la misma línea interpretativa verificamos que por “procurar” se entiende “*proporcionar o facilitar a alguien una cosa o intervenir para que la tenga*”, puede deducirse que en el FEP Palmero no se configura una financiación si se considera que los recursos de las compensaciones no han sido “procurados” por ningún agente externo. Corresponden en su integridad a las cesiones recibidas, sin que como lo hemos señalado a lo largo de este documento, intervengan agentes externos al Fondo para suministrar recursos. En otras palabras, el mecanismo no “procura” recurso sólo reasigna entre afiliados al FEP los recursos ya aportados por estos.

De otra parte, los términos del literal citado al referirse a “*medidas gubernamentales*” parecerían incluir las *compensaciones de estabilización* teniendo en cuenta que el Fondo de Estabilización de Precios, con el cual se financian, es consecuencia de una medida gubernamental de naturaleza legislativa que se refleja en la ley 101 de 1993.

No obstante, una conclusión como la anterior dejaría de lado que el ámbito de aplicación del artículo 9 del Acuerdo implica, en primer lugar, la existencia de una *subvención a la exportación*, figura que en nuestra opinión no se tipifica en el FEP Palmero por las razones expuestas en el punto 2 de este documento “Análisis del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y su relación con el FEP Palmero”, algunas de las cuales han sido retomadas en el punto inmediatamente anterior. Nótese que los pagos a la exportación fruto de *medidas gubernamentales* quedan sujetos a la norma en

⁹³ Gran Enciclopedia Larousse Tomo 4

análisis sólo cuando constituyen *subvenciones* o, si se quiere, precisamente porque constituyen *subvenciones*. Pero ello no significa que toda *medida gubernamental* que se traduzca en pagos a los exportadores constituya una “*subvención*”. Esa no es una conclusión lógicamente admisible, porque parte de la base de confundir el *efecto* con la *causa*, la *parte* con el *todo*.

Adicionalmente es preciso recordar que los mecanismos de compensación del FEP Palmero no se aplican exclusivamente a las exportaciones; reciben compensación, igualmente, las ventas en los mercados domésticos de aceite de palma y palmiste. Por tanto, si al analizar la tipificación de la medida prevista en el literal c) del Artículo 9 que nos ocupa se afirma que las medidas gubernamentales que crearon el FEP Palmero financian “*pagos a las exportaciones*”, y se elimina del análisis la asignación de recursos en las ventas internas, se estaría partiendo de un supuesto fáctico parcial y erróneo que, necesariamente, conducirá a una conclusión igualmente fragmentada y equivocada.

Para determinar el alcance del término “financiados en virtud de medidas gubernamentales” el tan renombrado caso del Canadá – Productos Lácteos determina lo siguiente:

“In assessing whether the Panel erred in finding that the ‘payments’ made under Special Classes 5(d) and 5(e) are ‘financed by virtue of governmental action’, it is appropriate to look to the ‘governmental’ involvement as whole and not just to the role of the provincial milk marketing boards.

While the ‘cost of selling milk at a reduced price for export is not borne by the government’, ‘governmental action’ is, in our view, indispensable to the transfer of resources that takes place as a result of the operation of Special Classes 5(d) and 5(e). The factors relied upon by the Panel, which we have summarized above, demonstrate that at every stage in the supply of milk under Special Classes 5(d) and 5(e), from the determination of the volume and the authorization of the

*purchase of milk for processing for export, to the calculation of the price of the milk to the processors and the return to the producers, 'governmental action' is not simply involved; it is, in fact, indispensable to enable the supply of milk to processors for export, and hence the transfer of resources, to take place. In the regulatory framework, 'government agencies' stand so completely between the producers of the milk and the processors or the exporters that we have no doubt that the transfer of resources takes place 'by virtue of governmental action'."*⁹⁴

Finalmente incluye de otra parte el literal c) del Artículo 9 que se analiza *"los pagos financiados con ingresos procedentes de un gravamen impuesto al producto agropecuario de que se trate o al producto agropecuario del que se obtenga el producto exportado"*.

Con miras a aclarar la improcedencia de considerar que los recursos con que se otorgan las compensaciones por ventas en el mercado nacional y en el mercado externo, se originan en un "gravamen impuesto", consideramos conveniente reiterar algunas de las conclusiones formuladas en el Anexo 1 de este documento titulado "Breve estudio sobre parafiscalidad", que descartan la naturaleza tributaria de las cesiones parafiscales al afirmar:

"Las cesiones de estabilización no son tributos porque: i) no constituyen medios financieros para el ejercicio de la función pública a cargo del Estado; ii) sólo deben ser sufragados por los integrantes del sector y se afectan exclusivamente a actividades que benefician a sus integrantes; iii) carecen de objetivos generales; y iv) no entrañan beneficio directo y equivalente para quien las sufraga.

Las cesiones de estabilización son rentas parafiscales privadas. Son generadas por personas privadas, para beneficio de ellas mismas y ni las rentas ni sus rendimientos forman parte del tesoro. El Estado sólo interviene para asegurar su

⁹⁴ En el Anexo 1 del presente documento encontrarán un cuadro comparativo entre la diferencia de Canadá - Productos Lácteos y el FEP Palmero. Lo anterior, con el propósito de evidenciar que no existe ningún tipo de semejanza entre esta diferencia y el FEP Palmero, para demostrar, de manera fehaciente, que esta decisión no resultaría aplicable al FEP Palmero bajo ninguna circunstancia.

pago y correcta destinación sin que de ello pueda derivarse el cambio de naturaleza, de privado a público, de los recursos. Los recursos obtenidos con las cesiones de estabilización no se traducen en un servicio o beneficio individual, concreto y proporcional para los cedentes. Tienen una destinación sectorial común y de interés general de los integrantes”.

2.3 Ayuda Interna:

En lo que respecta al posible riesgo de que el FEP Palmero se enmarque al interior de una conducta que se tipifique como ayuda interna a la luz de la normativa de la Organización Mundial del Comercio, es importante analizar este punto no sin antes especificar que, según nuestra opinión, el Fondo no encuadra, bajo ningún supuesto, en lo que podría considerarse como ayuda interna, ya que el FEP Palmero no mantiene un mínimo nivel de precios en el mercado doméstico.

No obstante, una de las hipótesis que podría plantearse en el ámbito multilateral con el objeto de someter a consideración este asunto es que el FEP Palmero podría constituir una ayuda interna, en la medida en que involucra la intervención del Estado, supuestamente dirigida a mantener un mínimo nivel de precios en el mercado doméstico. De tal manera, podrían argumentar que el Fondo representaría un subsidio dirigido a sustentar los precios de los productos objeto del FEP palmero lo que constituye una ayuda interna según lo establecido en el artículo 1. a) y el Anexo 2 [2.1.a) y 2.1.b)] del código de Agricultura de la OMC.⁹⁵

⁹⁵ El artículo 1 a) dispone:

"Medida Global de la Ayuda" y "MGA" se entiende el nivel anual, expresado en términos monetarios, de ayuda otorgada con respecto a un producto agropecuario a los productores del producto agropecuario de base o de ayuda no referida a productos específicos otorgada a los productores agrícolas en general, excepto la ayuda prestada en el marco de programas que puedan considerarse eximidos de la reducción con arreglo al Anexo 2 del presente Acuerdo, que...:

El Anexo 2 sobre ayuda interna establece:

Analizaremos, por consiguiente, si la hipótesis planteada tiene o no alguna validez, y si el FEP palmero se enmarca en la definición de lo que se entiende por *“mecanismo de soporte de precios”*.

Es claro que a la luz de la reglamentación vigente en la OMC, todas las ayudas internas son subsidios. Sin embargo, no toda medida que contribuya a mantener el nivel de precios internos constituye una ayuda interna. Así por ejemplo, el arancel como instrumento de política: si bien determina el nivel de precios domésticos, no puede considerarse como un mecanismo de ayuda interna.

Ahora bien es preciso, en primer término, establecer lo que ha de entenderse por *“mecanismo de sustentación”, “soporte de precios”* o *“support price system”*.

La OMC y en concreto el Acuerdo sobre la Agricultura, no define este concepto y de ahí que sea menester acudir a las definiciones consignadas en los textos académicos sobre el tema.

De estas, hemos escogido las siguientes que son especialmente ilustrativas:

“1. Las medidas de ayuda interna que se pretenda queden eximidas de los compromisos de reducción satisfarán el requisito fundamental de no tener efectos de distorsión del comercio ni efectos en la producción, o, a lo sumo, tenerlos en grado mínimo. Por consiguiente, todas las medidas que se pretenda queden eximidas se ajustarán a los siguientes criterios básicos:

a) la ayuda en cuestión se prestará por medio de un programa gubernamental financiado con fondos públicos (incluidos ingresos fiscales sacrificados) que no implique transferencias de los consumidores; y

b) la ayuda en cuestión no tendrá el efecto de prestar ayuda en materia de precios a los productores;”

- *“Price support - Government intervention to set an artificially high price through the use of a price floor designed to aid producers.”*⁹⁶
- *“price support - a government subsidy used to maintain prices at a certain level”,*⁹⁷.
- *“Price support - Subsidy or financial aid offered to specific growers, producers, or distributors, in accordance with governmental regulations to keep market prices from dropping below a certain minimum level.”*⁹⁸

De los textos transcritos se concluye que un *“mecanismo de soporte de precios”* supone necesariamente la intervención del Estado, a través de una ayuda financiera, dirigida a mantener unos precios mínimos o piso.

La intervención del Estado para estos propósitos puede manifestarse, en estos casos, mediante la compra de cosechas o de excedentes, a un precio llamado *“de sustentación”* y las formas de compra se camuflan en general bajo la figura de préstamos, cuya única garantía es el mismo producto, y que a la postre, resultan ser préstamos no cobrables, que nunca se redimen.

Se considera, además, que los medios que se emplean para obtener los precios mínimos, constituyen un subsidio o ayuda financiera que concede el estado al productor.

Autores como Roger Le Roy Millar y Roger E. Meiner, han señalado que:

“desde los años treinta, el gobierno de los Estados Unidos ha estado comprometido en una serie de programas dirigidos al sector agropecuario, con el propósito de dar soluciones al llamado “problema agrícola”

⁹⁶ Financial Glossary, disponible en <http://www.fiscalreference.com/glossary/price-support.htm>

⁹⁷ Webster online, disponible en <http://www.websterdictionary.org/definition/Price%20support>

⁹⁸ International Trade Terms, disponible en <http://www.itds.treas.gov/glossary6.html#P>

Una de las formas en que se implantó el programa consistió en diseñar un plan de sustentación de precios.

Por muchos años y con anterioridad a 1973 (y para algunos bienes desde entonces), el exceso de oferta existente en el mercado fue, en efecto comprado por la CCC (Commodity Credit Corporation), entidad que hacía préstamos sin garantía colateral, al precio de sustentación y por los montos que los agricultores desearan “tomar prestado”.

La CCC le presta al agricultor una suma de dinero igual al precio de sustentación multiplicado por las unidades colocadas como garantía.

Al agricultor no se le exige en ningún momento del futuro que pague la totalidad del préstamo”⁹⁹.

Sin embargo, no es ésta la única manera de sostener los precios y, en Estados Unidos particularmente, se ha acudido en diversos periodos, a otros sistemas, entre los cuales se pueden enunciar los siguientes:¹⁰⁰

- Control de las cantidades producidas por los agricultores nacionales para satisfacer la demanda interna (cuotas de producción) acompañado de imposición de aranceles o cuotas a las importaciones.
- Fijación legal de precios.
- Requerimientos (o pagos) a los agricultores para que no cultiven en ciertos territorios.
- Creación de una agencia gubernamental - Comodity Credit Corporation (CCC) –que se encarga de comprar una cantidad determinada, del bien

⁹⁹ LeRoy Millar, Roger; Meiner Roger E.M. MICROECONOMIA, 3ª. Edición 1990, págs. 47, 48.

¹⁰⁰ Thompson Robert L. “Agricultural Price Supports”. Disponible en <http://www.econlib.org/library/Enc/AgriculturalPriceSupports.html>

ofrecido por los agricultores nacionales, a un precio sostenido garantizado.

- Esta agencia almacena el producto y lo coloca en el mercado cuando el precio alcanza un tope máximo o un porcentaje determinado del precio sostenido. (Se protege a los agricultores del riesgo de los bajos precios pero también se protege a los consumidores de altos precios inusuales y la diferencia entre el precio de adquisición del producto y el precio al que se lanza al mercado constituye una fuente de ingresos de la organización.)

Si se tiene en cuenta el concepto y las características de los esquemas de sustentación de precios mencionados anteriormente, es claro que el FEP Palmero no puede catalogarse como tal por cuanto no ayuda a mantener un nivel de precios internos, ya que el objetivo del Fondo bajo ningún supuesto es fomentar las exportaciones de excedentes con el propósito de que estos no ingresen al mercado nacional, y que consecuentemente, produzcan una reducción en el precio interno.

Adicionalmente, el FEP Palmero no se enmarca en estas conductas por cuanto:

- No incentiva ni limita la producción de aceite de palma, palmiste o sus fracciones.
- No interviene el mercado y no compra, ni vende los productos objeto de estabilización a un precio mínimo o garantizado.
- No fija ni garantiza un precio interno.
- No establece cuotas de importación.
- Los contribuyentes no financian, ni soportan el Fondo. Este es financiado con los mismos recursos de los productores.
- No existen créditos, ni preferencias a los productores de aceite de palma, palmiste y sus fracciones para soportar los precios.

- No constituye una ayuda, recurso o pago del gobierno a los agricultores.
- No implica ninguna transferencia de rentas, del gobierno a los productores, en proporción a las ventas.
- No existe a través del FEP Palmero ningún sistema de préstamos para asegurar a los agricultores un equilibrio en los precios.
- No puede tipificarse en ninguna de las formas tradicionales, según las cuales se presta ayuda económica a la agricultura.

Sobre el particular, el conocido autor, Paul A. Samuelson, en su obra *Curso de Economía Moderna*¹⁰¹, indica que “cinco son las formas principales en que el Estado puede prestar ayuda económica a la agricultura:

1. *Donaciones gratuitas a los agricultores que hayan demostrado su necesidad y pobreza.*
2. *Actuación del Estado que tienda a incrementar la demanda de productos agrícolas o a disminuir sus costos reales de producción.*
3. *Restricción de las cosechas (a través de las cuotas de superficie o de producción), con el objeto de limitar la oferta y hacer así subir el precio.*
4. *Compra o préstamos por el Estado sobre los excedentes, manteniendo así los precios.*
5. *Un subsidio que consiste en que el Estado compre los excedentes a un precio mayor al que los va a vender”.*

De todo lo anterior se concluye que el objetivo y el efecto del FEP Palmero no es mantener un nivel mínimo de precios y por consiguiente queda claro que no puede considerarse como un mecanismo de sustentación de precios ni que estimule directa y de manera indebida la producción.

Tampoco puede catalogarse el fondo como una medida de apoyo interna, pues el mismo no implica ningún tipo de transferencia, ayuda

¹⁰¹ Samuelson, Paul A., *Curso de Economía Moderna*, 10ª. Edición, 1963, págs. 520 a 525.

financiera o el sacrificio o renuncia de recursos fiscales en favor de los particulares¹⁰².

Desde esta perspectiva queda entonces claro, que no siendo el FEP Palmero una medida de ayuda interna no hay lugar a clasificarlo en ninguno de los compartimientos a los que se refiere el AA (Ámbar, Azul o Verde) y no esta tampoco sujeto a ningún compromiso de reducción en el marco de la OMC.¹⁰³

3. Conclusiones

Las consideraciones de orden jurídico expuestas a lo largo de esta Sección permiten afirmar que en nuestra opinión:

- El análisis jurídico en el marco multilateral del FEP Palmero para el aceite de palma y el palmiste debe realizarse, interpretando, de manera

¹⁰² Para el estudio de la clasificación de las ayudas internas, se consultó el documento informativo preparado por la División de Información y Relaciones con los Medios de Comunicación de la Secretaría de la OMC para “ayudar al público a comprender las negociaciones sobre la agricultura”. Documento disponible http://www.wto.org/spanish/tratop_s/agric_s/agnegs_bkgrnd_s.pdf

¹⁰³ La reglamentación para el caso de subsidios a productos agrícolas, se encuentran en el artículo 6 del Acuerdo sobre la Agricultura y se organizan por cajas, de la siguiente manera:

- Caja ámbar: incluye ayudas vinculadas a la producción, y que por distorsionar el comercio. El valor total de esas medidas debe reducirse. En varias propuestas se plantea cuánto más deben reducirse esas subvenciones y si se deben fijar límites para productos específicos, en vez de establecer límites “agregados” generales.

- Caja azul: incluye los pagos directamente vinculados a la superficie cultivada o al número de cabezas de ganado, pero en el marco de programas que también limitan la producción, al imponer cuotas o exigir el retiro de la producción de parte de las tierras cultivables.

- Caja verde: incluye las subvenciones que no distorsionan el comercio, o lo hacen en grado mínimo. Se trata de ayudas directas a los productores y están desvinculadas de los niveles de producción o los precios. Incluyen programas de protección ambiental y desarrollo regional, La participación financiera del Estado en los programas de seguro de los ingresos y de red de seguridad de los ingresos. Estas subvenciones son permitidas sin límite. Fuente: <http://www.jurisint.org/pub/06/sp/doc/C15.pdf>.

Para una visión detallada en relación este tema, puede consultarse http://www.wto.org/spahish/tratop_s/agric_s/negs_bkgrnd13_boxes_s.htm, consultada por última vez el día 7 de julio de 2004.

sistemática y en conjunto, el AA y el ASMC disposición esta última que define el concepto de subvención.

- La naturaleza y funcionamiento del FEP Palmero no tipifica una subvención conforme al artículo 1.1 a) 1 del ASMC. Si bien las contribuciones financieras pueden tener recursos públicos o recursos privados, en el diseño y aplicación del FEP no se configura ninguna de las medidas previstas **de manera taxativa** en los incisos i) a iii) de dicha norma, los cuales suponen una acción directa del gobierno, situación ajena a la naturaleza y objetivos del FEP Palmero.
- Por su parte, el inciso iv) del artículo 1.1 a) 1 del ASMC contempla la situación en que el gobierno encomienda u ordena a una entidad privada realizar: i) una de las conductas descritas en los tres incisos anteriores, ii) que “normalmente incumben al gobierno” y iii) cuya práctica no debe diferir de las “prácticas normalmente seguidas por los gobiernos”. Los tres elementos deben configurarse de manera simultánea. La diferencia radica en primer término en la intervención, en este caso, de una entidad privada, mientras que en los tres primeros eventos, actúa directamente el gobierno. En segundo término, el inciso iv) establece dos condiciones adicionales a las previstas en las normas precedentes expresadas en los puntos ii) y iii) anteriores.
- Los presupuestos anteriores no se configuran en el FEP: i) no existe una transferencia directa de fondos, una condonación o la entrega de bienes o servicios; ii) la estabilización de ingresos, es función que desarrolla el gobierno en virtud del intervencionismo del Estado, de manera excepcional “para racionalizar la economía”, dentro de los límites trazados por la libre iniciativa privada; no es una práctica “normalmente seguida por el gobierno”, ni una función propia del ministerio del ramo. iii) ninguna práctica seguida “normalmente” por los gobiernos se

asimila, en ningún sentido, a la estabilización de precios del FEP; iv) si la función de estabilizar ingresos no incumbe normalmente al gobierno, su práctica no puede corresponder a la práctica normalmente seguida por este.

- En el caso del FEP Palmero, la intervención del Gobierno tiene por objeto exclusivo fijar las reglas para la asignación de recursos propios de los miembros de una colectividad; productores, vendedores y exportadores, entre ellos mismos, sin que el gobierno o una tercera persona transfiera recursos. Existe identidad entre cedentes y cesionarios, que se comportan como sujetos activos y pasivos de la reasignación de los recursos propios de la colectividad
- La naturaleza y funcionamiento del FEP Palmero no configura “alguna forma de sostenimiento de ingresos o precios” que deba ser eliminada en el sentido del artículo XVI de que trata el artículo 1.1.a) 2.
- El FEP es un mecanismo de estabilización de ingresos que busca establecer un nivel de indiferencia, entre los mercados cuyo precio representativo esté por debajo del promedio ponderado y aquellos cuyo precio sea superior a dicho promedio. Por tanto, no puede considerarse como un mecanismo de sustentación de precios de acuerdo con el artículo 1.1.a) 2.
- El FEP Palmero como mecanismo de sostenimiento de ingresos, no tiene por efecto directo o indirecto aumentar las exportaciones. De acuerdo con los mecanismos establecidos, en muchas oportunidades, son los mismos exportadores los sujetos pasivos de las cesiones de estabilización, y los vendedores en el mercado interno los beneficiarios de las compensaciones de estabilización. Ejemplifican esta aseveración las cesiones de estabilización que durante algunos meses del año 2008

(enero y febrero) se causaron a cargo de exportadores de aceite de palmiste crudo: Grupo 1 Resto de la CAN y Grupo 2 Centroamérica y Caribe y durante los meses de julio y agosto gravaron las ventas del Grupo 3 Nafta, Mercosur, Chile y resto del mundo. Por tanto, no se configura la Sección A, párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994.

- La Sección B del Artículo XVI consagra en el párrafo 2 normas de conducta que per se no crean obligaciones ni constituyen prohibiciones para las Partes. El párrafo 3 se refiere a productos primarios como son: la palma, el aceite de palma y sus fracciones. El FEP Palmero : i) no constituye una subvención a la exportación como ya se anotó; ii) no tiene por objeto aumentar la exportación de productos primarios; iii) aún si se configuraran los presupuestos anteriores, la reducida capacidad productiva de Colombia le impediría “absorber más de una “parte equitativa” del comercio mundial de los productos. Por tanto no se configura el párrafo 3 de la Sección B del artículo XVI del GATT DE 1994.
- Las compensaciones en el FEP Palmero no se condicionan al resultado de las exportaciones, toda vez que se otorgan igualmente a las ventas que se realizan en el mercado nacional, siempre y cuando se den los presupuestos establecidos en la operatividad interna del fondo. Aún si la operatividad del FEP Palmero tuviere como objeto aumentar las exportaciones de productos primarios, procedería aplicar la nota suplementaria del párrafo 3 del artículo XVI dado que la financiación se efectúa en su totalidad, con recursos privados.
- El párrafo 4 se refiere a productos industriales como el biodiesel. El FEP Palmero: i) no constituye una subvención, como ya se anotó; ii) en el evento que constituyera una subvención no tendría como consecuencia rebajar precios de exportación. Colombia exporta con precios determinados con base en base a la fluctuación del mercado

internacional. Por tanto no se configura el párrafo 3 de la Sección B del artículo XVI del GATT DE 1994.

- El artículo 1, inciso 1.2. del ASMC exige para la configuración de una subvención, en todos los casos, el otorgamiento de un beneficio. En el FEP Palmero, el único beneficiario es el Estado que cumple deberes constitucionales: “racionaliza la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes...” y vela por la seguridad alimentaria. El destinatario de la compensación, quien además de ser sujeto de cesiones iguales o superiores a las compensaciones recibidas, no recibe beneficios adicionales a los que obtendrían de no existir esta figura. En ausencia del FEP Palmero, los productores y vendedores, de acuerdo a las leyes del mercado, venderían los productos en el territorio nacional o en el exterior, usando como criterio el beneficio económico que recibiría.
- En el ámbito agrícola, la interpretación sistemática del AA y el artículo 1 del ASMC, permite afirmar que como el FEP Palmero no configura una subvención, tampoco puede ser sujeto de los compromisos de reducción previstos en el Artículo 9 del AA.
- El FEP no puede catalogarse como un subsidio o medida de apoyo interno, pues no implica ningún tipo de transferencia, ayuda financiera o el sacrificio o renuncia de recursos fiscales en favor de los particulares. La medida gubernamental (Ley 101 de 1993) tiene por objeto asignar los recursos propios de un sector productivo entre sus miembros, pero no transferirlos
- No siendo el FEP una medida de ayuda interna no hay lugar a clasificarlo en ninguno de los compartimientos a los que se refiere el AA

(Ámbar, Azul o Verde) y no esta tampoco sujeto a ningún compromiso de reducción en el marco de la OMC.

- El Fondo no está financiado por el gobierno colombiano, ni por fondos públicos de ninguna naturaleza. Las contribuciones (cesiones) provienen del sector privado (productores, vendedores y exportadores) que constituyen rentas parafiscales.
- El gobierno colombiano no está subsidiando las exportaciones de aceite de palma y palmiste. Por el contrario, cuando las exportaciones son hechas a un precio superior al precio de referencia, los exportadores se ven obligados a pagar cesiones de estabilización. Esto podría entonces interpretarse como la imposición de un impuesto a las exportaciones, lo que sería contradictorio al concepto de subsidio.
- La producción, venta o exportación de biodiesel no es objeto de los mecanismos del FEP. Su vinculación al tema obedece a la utilización en su proceso productivo de una materia prima sujeta a estos mecanismos de estabilización
- El biodiesel es un producto industrial sujeto al ASMC, al Artículo XVI del GATT párrafos 1 y 4. No se aplica al biodiesel el tratamiento permisivo previsto para el sector agrícola en el párrafo 3 del mencionado artículo.
- En la producción y exportación de biodiesel:
 - La existencia de una contribución financiera, se condiciona a la demostración de esta práctica en sus materias primas, situación que no se configura en nuestra opinión;
 - De llegar a aceptarse que el FEP constituye una forma de sostenimiento de ingresos para productores o exportadores de

biodiesel, esta acción se vería amparada por el párrafo 1 y 4 del Artículo XVI, toda vez que no tiene por objeto incrementar las exportaciones, restringir las importaciones, reducir el precio de exportación o causar un daño a productos similares;

- Aún si se aceptara que las compensaciones recibidas por productores o vendedores de aceite de palma, configuran subvenciones y otorgan un beneficio a sus receptores, para que pudiera predicarse la existencia de un beneficio en la exportación del biodiesel, debería acreditarse que el beneficio recibido en la materia prima de la cadena, ha sido transferido al producto final.

SECCIÓN II. NORMATIVA MULTILATERAL APLICABLE AL FEP PALMERO EN MATERIA DE DUMPING.

Introducción

La presente Sección tiene como propósito exponer de manera general, las principales normas de la Organización Mundial del Comercio relativas a la determinación de la existencia de dumping y desplegar algunos de los pronunciamientos adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias sobre el particular. Presenta, igualmente, de manera general, la forma como podrían ser analizadas en el escenario multilateral las exportaciones de productos sujetos al Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, Aceite de Palma y sus Fracciones implementado en Colombia, a la luz del Acuerdo Antidumping, del Artículo VI del GATT de 1994 y de algunos pronunciamientos jurisprudenciales que resultaren pertinentes.

Para los efectos propuestos, la Sección estará dividida en dos partes: la primera, estará destinada a la normativa relevante sobre los elementos constitutivos de dumping; a continuación de la presentación de las normas y sus desarrollos jurisprudenciales, el documento incluirá consideraciones referidas al FEP Palmero a la luz de la normativa multilateral relacionada con “determinación de dumping” y el alcance que este concepto podría tener ante una eventual investigación de este mecanismo de estabilización. Una segunda parte, analizará la aplicación a las exportaciones colombianas sujetas al FEP del artículo VI del GATT en cuanto se refiere a dumping.

Antes que nada, y para delimitar el alcance de la Sección, debe diferenciarse la existencia de la práctica de dumping de la imposición de derechos antidumping, en la medida que no necesariamente la primera genera

la imposición de estos mecanismos correctivos, a pesar de que estos derechos sólo pueden existir, previa comprobación de los supuestos fácticos que de conformidad con la norma, tipifican la existencia de dumping.

Siguiendo este orden de ideas, es menester señalar que la presente Sección tendrá como objeto el análisis de los presupuestos que deben tenerse en cuenta para la determinación de la existencia de dumping, en especial el “valor normal” y el “precio de exportación”, y las condiciones de “comparabilidad” entre estos dos elementos, sin entrar a afirmar o negar la existencia de dicha práctica respecto al Aceite de Palma, el Palmiste y sus fracciones y del biodiesel cuando fuera objeto de exportación ni menos aún la aplicabilidad de derechos antidumping. Ello por cuanto este ejercicio corresponde a hipótesis muy concretas que requieren un específico ámbito geográfico y temporal y que, por tanto, adquieren relevancia únicamente en la medida que se está tratando un caso particular, situación que, por tanto, resta posibilidades de acierto a un cálculo general y abstracto.

Por las consideraciones anteriormente mencionadas, el estudio no incluirá las normas relativas a la imposición de derechos antidumping, tema respecto del cual constituyen elementos *sine qua non* particularidades propias del caso específico tanto en el país importador como exportador en lo referente a similitud de productos, definición de rama de producción nacional, daño o amenaza del mismo, nexo de causalidad, entre otros.

Finalmente como anexo de esta Sección se incorporan el documento por el que las Comunidades Europeas establecen un derecho antidumping sobre las importaciones de biodiesel originario de los Estados Unidos de América así como un resumen del caso. Por otra parte, la Ley de Comercio Exterior de México a la luz de las normas del Acuerdo Antidumping de la OMC, por cuanto este país es destinatario significativo de Aceite de Palmiste colombiano (cifras de 2007).

1. Normas Relevantes

1.1 Artículo VI del GATT de 1994.

“Derechos antidumping y derechos compensatorios

1. Las partes contratantes reconocen que el dumping, que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un **precio inferior a su valor normal**, es condenable cuando **causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente** de una parte contratante o **si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional**. A los efectos de aplicación del presente artículo, un producto exportado de un país a otro debe ser considerado como introducido en el mercado de un país importador a un **precio inferior a su valor normal**, si su precio es:

a) menor que el **precio comparable**, en las operaciones comerciales normales, de un **producto similar** destinado al consumo **en el país exportador**; o

b) a falta de dicho precio en el mercado interior de este último país, si el precio del producto exportado es:

i) menor que el precio comparable más alto para la exportación de un producto similar a un tercer país en el curso de operaciones comerciales normales; o

ii) menor que el costo de producción de este producto en el país de origen, más un suplemento razonable para cubrir los gastos de venta y en concepto de beneficio.

Se deberán tener debidamente en cuenta, en cada caso, las diferencias en las condiciones de venta, las de tributación y aquellas otras que influyan en la comparabilidad de los precios. (se resalta)*

(...)

5) Ningún producto del territorio de una parte contratante, importado en el de otra parte contratante, será objeto simultáneamente de derechos antidumping y de

derechos compensatorios destinados a remediar una misma situación resultante del dumping o de las subvenciones a la exportación.

(...)

7) Se presumirá que un sistema destinado a estabilizar el precio interior de un producto básico o el ingreso bruto de los productores nacionales de un producto de esta clase, con independencia de las fluctuaciones de los precios de exportación, que a veces tiene como consecuencia la venta de este producto para la exportación a un precio inferior al precio comparable pedido por un producto similar a los compradores del mercado interior, no causa un daño importante en el sentido del párrafo 6, si se determina, mediante consulta entre las partes contratantes que tengan un interés substancial en el producto de que se trate:

a) que este sistema ha tenido también como consecuencia la venta del producto para la exportación a un precio superior al precio comparable pedido por el producto similar a los compradores del mercado interior;

y

b) que este sistema, a causa de la reglamentación efectiva de la producción o por cualquier otra razón, se aplica de tal modo que no estimula indebidamente las exportaciones ni ocasiona ningún otro perjuicio grave a los intereses de otras partes contratantes" (se resalta).

1.2 Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 – Acuerdo Antidumping.

"Artículo 2

Determinación de la existencia de dumping

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

2.2 Cuando el producto similar no sea objeto de ventas en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país exportador o cuando, a causa de una situación especial del mercado o del bajo volumen de las ventas en el mercado interno del país exportador¹⁰⁴, tales ventas no permitan una comparación adecuada, el margen de dumping se determinará mediante comparación con un precio comparable del producto similar cuando éste se exporte a un tercer país apropiado, a condición de que este precio sea representativo, o con el costo de producción en el país de origen más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general así como por concepto de beneficios.

2.2.1. Las ventas del producto similar en el mercado interno del país exportador o las ventas a un tercer país a precios inferiores a los costos unitarios (fijos y variables) de producción más los gastos administrativos, de venta y de carácter general podrán considerarse no realizadas en el curso de operaciones comerciales normales por razones de precio y podrán no tomarse en cuenta en el cálculo del valor normal únicamente si las autoridades¹⁰⁵ determinan que esas ventas se han efectuado durante un período prolongado¹⁰⁶ en cantidades¹⁰⁷ sustanciales y a precios que no permiten recuperar todos los costos dentro de un plazo razonable. Si los precios inferiores a los costos unitarios en el momento de la venta son superiores a los costos unitarios medios ponderados correspondientes al período objeto de investigación, se considerará que esos precios permiten recuperar los costos dentro de un plazo razonable.

(...)

¹⁰⁴ Normalmente se considerarán una cantidad suficiente para determinar el valor normal las ventas del producto similar destinado al consumo en el mercado interno del país exportador si dichas ventas representan el 5 por ciento o más de las ventas del producto considerado al Miembro importador; no obstante, ha de ser aceptable una proporción menor cuando existan pruebas que demuestren que las ventas en el mercado interno, aunque representen esa menor proporción, son de magnitud suficiente para permitir una comparación adecuada.

¹⁰⁵ Cuando se utiliza en el presente Acuerdo el término "autoridad" o "autoridades", deberá interpretarse en el sentido de autoridades de un nivel superior adecuado.

¹⁰⁶ El período prolongado de tiempo deberá ser normalmente de un año, y nunca inferior a seis meses.

¹⁰⁷ Se habrán efectuado ventas a precios inferiores a los costos unitarios en cantidades sustanciales cuando las autoridades establezcan que la media ponderada de los precios de venta de las operaciones consideradas para la determinación del valor normal es inferior a la media ponderada de los costos unitarios o que el volumen de las ventas efectuadas a precios inferiores a los costos unitarios no representa menos del 20 por ciento del volumen vendido en las operaciones consideradas para el cálculo del valor normal.

2.3 Cuando no exista precio de exportación, o cuando, a juicio de la autoridad competente, el precio de exportación no sea fiable por existir una asociación o un arreglo compensatorio entre el exportador y el importador o un tercero, el precio de exportación podrá reconstruirse sobre la base del precio al que los productos importados se revenden por vez primera a un comprador independiente o, si los productos no se revendiesen a un comprador independiente o no lo fueran en el mismo estado en que se importaron, sobre una base razonable que la autoridad determine.

2.4. Se realizará una comparación equitativa entre el precio de exportación y el valor normal. Esta comparación se hará en el mismo nivel comercial, normalmente el nivel "ex fábrica", y sobre la base de ventas efectuadas en fechas lo más próximas posible. **Se tendrán debidamente en cuenta en cada caso, según sus circunstancias particulares, las diferencias que influyan en la comparabilidad de los precios, entre otras las diferencias en las condiciones de venta, las de tributación, las diferencias en los niveles comerciales, en las cantidades y en las características físicas, y cualesquiera otras diferencias de las que también se demuestre que influyen en la comparabilidad de los precios.**¹⁰⁸ En los casos previstos en el párrafo 3, se deberán tener en cuenta también los gastos, con inclusión de los derechos e impuestos, en que se incurra entre la importación y la reventa, así como los beneficios correspondientes. Cuando, en esos casos, haya resultado afectada la comparabilidad de los precios, las autoridades establecerán el valor normal en un nivel comercial equivalente al correspondiente al precio de exportación reconstruido o tendrán debidamente en cuenta los elementos que el presente párrafo permite tomar en consideración. Las autoridades indicarán a las partes afectadas qué información se necesita para garantizar una comparación equitativa y no les impondrán una carga probatoria que no sea razonable.

2.4.1 Cuando la comparación con arreglo al párrafo 4 exija una conversión de monedas, ésta deberá efectuarse utilizando el tipo de cambio de la

¹⁰⁸ Queda entendido que algunos de los factores arriba indicados pueden superponerse, y que las autoridades se asegurarán de que no se dupliquen ajustes ya realizados en virtud de la presente disposición.

*fecha de venta*¹⁰⁹, con la salvedad de que cuando una venta de divisas en los mercados a término esté directamente relacionada con la venta de exportación de que se trate, se utilizará el tipo de cambio de la venta a término. No se tendrán en cuenta las fluctuaciones de los tipos de cambio y, en una investigación, las autoridades concederán a los exportadores un plazo de 60 días, como mínimo, para que ajusten sus precios de exportación de manera que reflejen movimientos sostenidos de los tipos de cambio durante el período objeto de investigación.

2.4.2 A reserva de las disposiciones del párrafo 4 que rigen la comparación equitativa, la existencia de márgenes de dumping durante la etapa de investigación se establecerá normalmente sobre la base de una comparación entre un promedio ponderado del valor normal y un promedio ponderado de los precios de todas las transacciones de exportación comparables o mediante una comparación entre el valor normal y los precios de exportación transacción por transacción. Un valor normal establecido sobre la base del promedio ponderado podrá compararse con los precios de transacciones de exportación individuales si las autoridades constatan una pauta de precios de exportación significativamente diferentes según los distintos compradores, regiones o períodos, y si se presenta una explicación de por qué esas diferencias no pueden ser tomadas debidamente en cuenta mediante una comparación entre promedios ponderados o transacción por transacción.

2.5 En caso de que los productos no se importen directamente del país de origen, sino que se exporten al Miembro importador desde un tercer país, el precio a que se vendan los productos desde el país de exportación al Miembro importador se comparará, normalmente, con el precio comparable en el país de exportación. Sin embargo, podrá hacerse la comparación con el precio del país de origen cuando, por ejemplo, los productos transiten simplemente por el país de exportación, o cuando esos productos no se produzcan o no exista un precio comparable para ellos en el país de exportación.

2.6 En todo el presente Acuerdo se entenderá que la expresión "producto similar" ("like product") significa un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto

¹⁰⁹ Por regla general, la fecha de la venta será la del instrumento en que se establezcan las condiciones esenciales de la venta, bien sea el contrato, el pedido de compra, la confirmación del pedido, o la factura.

que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado.

2.7 El presente artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en la segunda disposición suplementaria del párrafo 1 del artículo VI del GATT de 1994, contenida en su Anexo I" (se resalta)

2. Determinación de la Existencia de Dumping.

2.1 Definición de Dumping a la Luz de las Normas Relevantes.

La normativa multilateral transcrita señala que un producto es objeto de dumping, cuando:

"Se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal".

De acuerdo con las normas en la materia, lo anterior, como regla general, sucede respecto al producto en cuestión cuando:

"(...) su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador".

Este criterio para la determinación de la existencia de dumping, si bien es la regla general, admite la aplicación de una fórmula diferente bajo ciertas circunstancias:

- Cuando el producto similar no sea objeto de ventas en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país exportador; o

- Cuando tales ventas no permitan una comparación adecuada, a causa de:
 - Una situación especial del mercado; o
 - Del bajo volumen de las ventas en el mercado interno del país exportador

En tales casos, el margen de dumping se determinará de acuerdo con alguno de los dos criterios siguientes:

- Mediante comparación con un precio comparable del producto similar cuando éste se exporte a un tercer país apropiado, a condición de que este precio sea representativo; o
- Con el costo de producción en el país de origen más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general así como por concepto de beneficios.

Adicionalmente, en lo que respecta a la determinación de la existencia de dumping, el Acuerdo hace referencia a la determinación del precio de exportación, la comparación equitativa entre precio de exportación y el valor normal, las hipótesis de importaciones desde un tercer país, la noción de producto similar y en general, a los criterios que deben tenerse en cuenta para la aplicación de las disposiciones referidas anteriormente, y que como mencionamos en la introducción, deben analizarse a la luz de casos concretos. A éstos se hará referencia a lo largo del documento en la medida en que se haga necesario.

2.2 Elementos Constitutivos de Dumping – Pronunciamientos.

En términos generales, los elementos esenciales para la determinación de la existencia de dumping son: (i) el valor normal del producto similar, y (ii) el precio de exportación del producto de que se trate.

2.2.1 Cálculo del “valor normal”

En el caso *Estados Unidos – Acero laminado en caliente*, el Órgano de Apelación determina cuáles son las ventas que de acuerdo con el artículo 2.1 del Acuerdo Antidumping *deben* tenerse en cuenta para efectos del cálculo del valor normal de un bien, con el cual como lo presenta la norma habrá de compararse el precio de exportación:

“El texto del párrafo 1 del artículo 2 impone expresamente cuatro condiciones para que las ventas puedan utilizarse en el cálculo del valor normal: en primer lugar, la venta debe realizarse “en el curso de operaciones comerciales normales” en segundo lugar, la venta debe ser del “producto similar” en tercer lugar, el producto debe estar “destinado al consumo en el país exportador” y, en cuarto lugar, el precio debe ser “comparable”.¹¹⁰

Se tomará entonces esta estructura como punto de referencia para el desarrollo del análisis tendiente a establecer la forma como debe calcularse el valor normal.

2.2.2 El curso de Operaciones Comerciales Normales

Este elemento asegura que la comparación se realice realmente sobre la base del valor “normal” de un bien, de manera tal, que puedan excluirse las

¹¹⁰ Estados Unidos – Acero laminado en caliente, OA, ¶ 165.

ventas en determinadas condiciones o modalidades que no hacen parte de la "práctica comercial normal" y que pudieran tener el efecto de distorsionar el punto de referencia de comparación que debe tomarse. Lo anterior, independientemente, de que ello tenga como resultado un valor menor o mayor del producto similar frente al valor que tendría en el curso de las operaciones comerciales "normales".

El Órgano de Apelación, en el caso citado anteriormente (*Estados Unidos - Acero laminado en caliente*), se pronunció al respecto en los siguientes términos:

En el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping se dispone que el valor normal -el precio del producto similar en el mercado interno del exportador o el productor- debe establecerse sobre la base de ventas realizadas "en el curso de operaciones comerciales normales". (...) El Acuerdo Antidumping no define la expresión "en el curso de operaciones comerciales normales" (...)

*Con arreglo a la definición citada, el párrafo 1 del artículo 2 dispone que las autoridades encargadas de la investigación excluyan las ventas no realizadas "en el curso de operaciones comerciales normales", del cálculo del valor normal, precisamente para asegurarse de que el valor normal es efectivamente **el precio "normal" del producto similar en el mercado interno del exportador.** Cuando una venta se realiza con arreglo a modalidades y condiciones incompatibles con la práctica comercial "normal" para las ventas del producto similar en el mercado de que se trata en el momento pertinente, la transacción no es una base apropiada para el cálculo del valor "normal".*

Podemos contemplar muchas razones de que las transacciones no tengan lugar "en el curso de operaciones comerciales normales". Por ejemplo, cuando las partes en una transacción tienen un propietario común, aunque jurídicamente sean personas distintas, es posible que no respeten los principios comerciales habituales en las transacciones entre ellas. En lugar de ser una transferencia de mercancías entre dos empresas económicamente independientes, realizada a precios de mercado, una venta entre esas partes es en realidad una transferencia de mercancías dentro de una empresa económica única. En esa situación, hay razones para suponer que el precio de venta podría fijarse con arreglo a criterios que no sean los del mercado.

La venta puede utilizarse como vehículo para transferir recursos dentro de una empresa económica única. (...)

*Señalamos que, para determinar si un precio de venta es superior o inferior al precio propio de las "operaciones comerciales normales" no se trata sencillamente de comparar los precios. **El precio es simplemente una de las modalidades y condiciones de una transacción. Para determinar si el precio es alto o bajo, se lo debe evaluar teniendo en cuenta las demás modalidades y condiciones.** Por ejemplo, el volumen de ventas influirá en si un precio es alto o bajo. O el vendedor podrá asumir en algunas transacciones responsabilidades o funciones adicionales, por ejemplo de transporte o seguro. Puede preverse que estos factores y muchos otros influirán en la evaluación del precio.*

Es evidente que cuanto menor sea el grado de propiedad común, que implica un control común, entre las partes en una transacción, menos probable será que la transacción no se realice "en el curso de operaciones normales". No obstante, incluso cuando las partes son totalmente independientes, la transacción puede no realizarse "en el curso de operaciones comerciales normales" [nota de pie de página no. 106: Un ejemplo de transacción de este tipo es una venta de liquidación de una empresa a un comprador independiente, que puede no reflejar los principios comerciales "normales"]. En esta apelación, no necesitamos definir todas las circunstancias en las que las transacciones pueden no realizarse "en el curso de operaciones comerciales normales".

(...)

A nuestro juicio, con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, la función de las autoridades encargadas de la investigación es exactamente la misma, ya sea el precio de venta superior o inferior al precio propio de las "operaciones comerciales normales" e independientemente de la razón de que la transacción no se haya realizado "en el curso de operaciones comerciales normales". Las autoridades encargadas de la investigación deben excluir del cálculo del valor normal todas las ventas que no se realicen "en el curso de operaciones comerciales normales". Incluir esas ventas en el cálculo, ya sea el precio bajo o alto, distorsionaría lo que se define como "valor normal".

Dados los numerosos tipos distintos de transacciones que no se realizan "en el curso de operaciones normales" -en algunas de las cuales participan partes vinculadas y en otras no; en algunas de las cuales los precios son elevados y en otras bajos; en algunas de las cuales los precios se sitúan por debajo del costo y en otras no- las autoridades encargadas de la investigación no están obligadas, de conformidad con el Acuerdo Antidumping, a investigar, según normas idénticas, todas y cada una de las categorías de ventas que pueden no realizarse "en el curso de operaciones comerciales normales".

*Señalamos que el propio párrafo 2.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping proporciona un método para determinar si las ventas a precios por debajo del costo se realizan "en el curso de operaciones comerciales normales". No obstante, **en esa disposición no se trata de agotar toda la gama de métodos que permiten determinar si las ventas tienen lugar "en el curso de operaciones comerciales normales" ni siquiera la gama de posibles métodos que permiten determinar si las ventas a bajo precio se realizan "en el curso de operaciones comerciales normales".** En el párrafo 2.1 del artículo 2 se facilita **un método** que permite determinar si las ventas entre dos partes cualesquiera tienen lugar "en el curso de operaciones comerciales normales"; no se trata la cuestión más específica de las transacciones entre partes vinculadas.*

*Aunque creemos que el Acuerdo Antidumping deja a la discreción de los Miembros de la OMC la decisión en cuanto a la manera de asegurarse de que el valor normal no se distorsiona debido a la inclusión de ventas no realizadas "en el curso de operaciones comerciales normales", esa discreción no carece de límites. En particular, debe ejercerse de manera **imparcial**, que sea **equitativa** para todas las partes afectadas por una investigación antidumping"¹¹¹ (se subraya).*

Del pronunciamiento anterior podemos concluir que la definición de valor normal, atada a operaciones comerciales normales, aplicada al FEP Palmero, debe construirse de manera particular y concreta atendiendo a los criterios propios de los productos objeto de cada investigación. Por esta razón, la jurisprudencia transcrita suministra lineamientos que permiten dilucidar,

¹¹¹ *Ibidem*, ¶¶ 139-148.

para el FEP Palmero, el alcance de lo que debe entenderse como “operaciones comerciales normales” así:

- El valor normal es el precio normal de un producto en el mercado interno del país exportador, en el periodo de análisis.
- La vinculación entre las partes objeto de la operación, hace suponer la existencia de una operación que no se sujeta a los criterios de mercado, por lo cual pueden distorsionar la construcción del “valor normal”. Sin embargo, las transacciones entre partes independientes, pueden generar a su vez, operaciones en condiciones no normales.
- Para determinar si las operaciones son realizadas en el ámbito de “operaciones comerciales normales” debe consultarse, además del precio, las modalidades y condiciones de venta y no ceñirse exclusivamente al valor alto o bajo del precio en sí mismo. Lo anterior, amplía considerablemente el espectro de análisis tanto en grado como en elementos. Es decir, para calcular el valor normal se deben estudiar tanto los precios altos como los bajos, al igual que el destino de exportación, condiciones subjetivas de las partes y características de la negociación particular, por cuanto estos factores pueden distorsionar la construcción del concepto.
- No pueden investigarse con normas ni métodos idénticos todas y cada una de las ventas que puedan realizarse o no realizarse en el mercado dados los numerosos tipos de transacciones que no se realizan “en el curso de operaciones comerciales normales”.
- Tanto la imparcialidad como la equidad rigen la construcción y el análisis puntual de lo que puede considerarse “operación comercial normal”.

Otro de los aspectos importantes que se mencionan sobre el particular, se refiere a la identidad de las partes en la transacción, con ocasión de un argumento planteado por el Japón según el cual, bajo el artículo 2.1 del Acuerdo Antidumping (implícitamente), las ventas que debían evaluarse para efectos del

cálculo del valor normal del bien, debían ser realizadas por el exportador para el que se calculaba el margen de dumping.

Adicionalmente se estudió la posibilidad bajo el artículo 2.1 del Acuerdo -valga aclarar, no bajo el 2.2 que se refiere a la reconstrucción del valor normal- que se tomaran para la determinación del valor normal, las reventas ulteriores entre una empresa vinculada al exportador y un comprador independiente, ante la conclusión del Grupo Especial según la cual tomar tales ventas para el cálculo no sería compatible con el artículo 2.1.

El Órgano de Apelación rechazó el argumento y dejó claro que el artículo 2.1 del Acuerdo no excluía la posibilidad de considerar las reventas ulteriores para el cálculo del valor normal:

“No obstante, el texto del párrafo 1 del artículo 2 no dice nada sobre *quiénes* deben ser las partes en las ventas pertinentes. Por consiguiente, el párrafo 1 del artículo 2 no dispone expresamente que realicen la venta los exportadores para los que se esté calculando un margen de dumping. Tampoco excluye expresamente la posibilidad de que las ventas pertinentes sean reventas ulteriores entre empresas vinculadas al exportador y compradores independientes. **En nuestra opinión, siempre que se cumplan todas las condiciones que figuran explícitamente en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, la identidad del vendedor del "producto similar" no es un motivo para excluir la utilización de reventas ulteriores al calcular el valor normal.** En resumen, no creemos que exista ninguna razón para interpretar que el párrafo 1 del artículo 2 contiene otra condición que no se expresa.

No deseamos sugerir que la identidad del vendedor no es pertinente para el cálculo del valor normal de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo Antidumping*. No obstante, para garantizar que el precio sea "comparable", el *Acuerdo Antidumping* establece, en el párrafo 4 del artículo 2, un mecanismo que permite que las autoridades encargadas de la investigación tengan plenamente en cuenta, según convenga, el hecho de

que una venta pertinente no fue realizada por el propio exportador o productor sino por otra parte. En el párrafo 4 del artículo 2 se requiere que se realice "una comparación equitativa" entre el precio de exportación y el valor normal. Esta comparación "se hará en el mismo nivel comercial, normalmente el nivel 'ex fábrica'". Al hacer esa "comparación equitativa", el párrafo 4 del artículo 2 dispone que se tengan debidamente en cuenta "las diferencias que influyan en la comparabilidad de los precios", por ejemplo las diferencias en los "niveles comerciales" para los que se calculan el valor normal y el precio de exportación.

(...) Por consiguiente, creemos que, **cuando las autoridades encargadas de la investigación deciden utilizar reventas ulteriores a compradores independientes para calcular el valor normal, están especialmente obligadas a garantizar que la comparación sea equitativa porque es más que probable que las reventas ulteriores contengan componentes adicionales de los precios, que podrían distorsionar la comparación**"¹¹².

"Por lo tanto, revocamos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.1 c) del informe de éste, de que la utilización por el USDOC de reventas ulteriores entre partes vinculadas a un exportador objeto de investigación y compradores independientes para calcular el valor normal fue incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo Antidumping*"¹¹³ (se subraya).

De otra parte, en relación con el ámbito que debe tenerse en cuenta para definir las ventas en condiciones de "operaciones comerciales normales", en el Panel *Argentina – Medidas antidumping sobre los pollos*, se examina si deben incluirse *todas* las ventas en el curso de operaciones comerciales normales para efectos del cálculo del margen de dumping.

El Grupo Especial en el caso, constató que si bien el Acuerdo en su artículo 2.1 no indicaba si era necesario incluir todas las transacciones de venta en el mercado interno, sí mencionaba en su artículo 2.2.1 cuáles podían no

¹¹² *Ibidem*, ¶ 166 - 168.

¹¹³ *Ibidem*, ¶ 173.

tenerse en cuenta, de manera tal que para efectos del cálculo (al que se refiere específicamente el artículo 2.4.1) debían tenerse en cuenta *todas* las transacciones salvo aquellas que en su caso pudieran excluirse de conformidad con el Acuerdo mismo:

“Al examinar el significado de la expresión "un promedio ponderado del valor normal", atribuimos especial importancia al sentido de la expresión "valor normal". Observamos que el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo Antidumping* se refiere al valor normal como al "precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador". Por tanto, el párrafo 1 del artículo 2 define el valor normal refiriéndose a transacciones de venta en el mercado interno realizadas en el Miembro exportador (aunque el párrafo 2 del artículo 2 dispone que, en determinadas circunstancias, pueden utilizarse métodos alternativos para establecer el valor normal). Sin embargo, el párrafo 1 del artículo 2 no indica si es o no necesario incluir todas las transacciones de venta en el mercado interno. De esta cuestión se ocupa el párrafo 2.1 del artículo 2, que enuncia las condiciones que han de cumplirse para que las ventas en el mercado interno puedan considerarse no realizadas en "el curso de operaciones comerciales normales" y, por consiguiente, excluidas a los efectos de establecer el valor normal con arreglo al párrafo 1 del artículo 2. El párrafo 2.1 del artículo 2 dispone que las ventas en el mercado interno "podrán no tomarse en cuenta en el cálculo del valor normal únicamente si" se cumplen las condiciones pertinentes. Entendemos que esas disposiciones significan que las transacciones de venta en el mercado interno pueden excluirse del valor normal únicamente en circunstancias específicas. Consideramos que estas disposiciones constituyen el contexto pertinente para interpretar la expresión "un promedio ponderado del valor normal", ya que indican que "un promedio ponderado del valor normal" es un promedio ponderado de todas las ventas en el mercado interno distintas de las que podrán no tomarse en

cuenta de conformidad con el párrafo 2.1 del artículo 2 del *Acuerdo Antidumping*¹¹⁴.

Para el FEP Palmero los anteriores pronunciamientos tienen relevancia en la medida en que para la determinación del valor normal deben tenerse en cuenta todas las ventas realizadas en el mercado interno (incluidas las reventas realizadas por un comprador independiente), siempre y cuando unas y otras, se den en “condiciones comerciales normales”.

2.2.3 Producto similar

Este es un elemento cuyo desarrollo en detalle implica comparaciones particulares según sea el caso ya que supone la existencia de dos productos, y su consecuente comparabilidad, situación que no se presenta en el caso del FEP Palmero. Sin embargo, dado que constituye uno de los elementos para la determinación del valor normal, vale la pena hacer referencia expresa al desarrollo normativo y jurisprudencial.

Como se desprende de la lectura del artículo 2.6 del AD transcrito inicialmente, el criterio de producto similar se entiende como un producto idéntico al producto considerado, o en su defecto, de no existir dicha identidad, un producto que presente “características muy parecidas a las del producto considerado”.

En este sentido se pronunció el Panel en el caso *Estados Unidos – Madera Blanda V*, en el que pone de presente:

“A nuestro juicio, esto significa que el "producto similar", a los efectos de la determinación de existencia de dumping, es el producto destinado al consumo en el país de exportación. El "producto similar", por lo tanto, debe compararse con el producto que es objeto del supuesto dumping, que el

¹¹⁴ Argentina – Medidas antidumping sobre los pollos, GE, ¶ 7.272.

Acuerdo Antidumping generalmente denomina "producto considerado".¹¹⁵
(...)

El párrafo 6 del artículo 2, en consecuencia, define las bases sobre las cuales debe determinarse el producto que se ha de comparar con el "producto considerado", es decir, un producto que sea idéntico al producto considerado o, cuando no exista ese producto, otro producto que tenga características muy parecidas a las del producto considerado. (...)

Por lo tanto, una vez definido el producto considerado, el "producto similar" a él tiene que determinarse sobre la base del párrafo 6 del artículo 2. Pero nuestro análisis del *Acuerdo Antidumping* no nos ha permitido encontrar ninguna orientación sobre la forma en que se ha de determinar el "producto considerado"¹¹⁶.

Adicionalmente a lo anterior, el Órgano de Apelación se ha pronunciado en relación con la determinación del producto similar, en el sentido que la determinación de la existencia de dumping debe hacerse con respecto a un producto en su conjunto y no a un tipo, modelo o categoría del producto. En el mismo caso citado anteriormente, el Órgano de Apelación se pronunció en los siguientes términos:

"Del texto de [el párrafo 1 del artículo VI del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo Antidumping*] se desprende inequívocamente que el dumping se define en relación con un producto en su conjunto tal como ha sido definido por la autoridad investigadora. Observamos, además, que la frase inicial del párrafo 1 del artículo 2 —"a los efectos del presente

¹¹⁵ (nota de pie de página original) Véase también la nota 2 del *Acuerdo Antidumping*, que establece lo siguiente:

"Normalmente se considerarán una cantidad suficiente para determinar el valor normal las ventas del *producto similar* destinado al consumo en el mercado interno del país exportador si dichas ventas representan el 5 por ciento o más de las ventas del *producto considerado* al Miembro importador; no obstante, ha de ser aceptable una proporción menor cuando existan pruebas que demuestren que las ventas en el mercado interno, aunque representen esa menor proporción, son de magnitud suficiente para permitir una comparación adecuada." (sin cursivas en el original)

¹¹⁶ Estados Unidos – Madera Blanda V, GE, ¶¶ 7.152 y 7.153.

Acuerdo” – indica que la definición del “dumping” que figura en el párrafo 1 del artículo 2 es aplicable a todo el Acuerdo, lo que incluye, como es natural, el párrafo 4.2 del artículo 2. En consecuencia, sólo puede constatarse que existe “dumping”, en el sentido del *Acuerdo Antidumping*, con respecto al producto objeto de investigación en su conjunto, y no puede constatarse que existe únicamente para un tipo, modelo o categoría de ese producto”¹¹⁷.

En el mismo sentido se pronunció el Órgano de Apelación en el caso *CE – Ropa de Cama*, en el que establece:

“(…) Ni en el párrafo 4.2 del artículo 2 ni en ningún otro precepto del *Acuerdo Antidumping* hay una disposición que prevea el establecimiento de “la existencia de márgenes de dumping” *para tipos o modelos* del producto objeto de investigación; por el contrario, todas las referencias que se hacen al establecimiento de “la existencia de márgenes de dumping” son referencias al *producto* objeto de la investigación. (...) En nuestra opinión, cualquiera que sea el método que se utilice para calcular los márgenes de dumping, esos márgenes sólo deben y pueden establecerse para el *producto* objeto de investigación como un todo único. (...)”¹¹⁸

En conclusión, en el evento bajo el cual las exportaciones de los bienes objeto de estabilización a través del FEP Palmero sean investigadas por una posible práctica de dumping es preciso considerar, en primera instancia, que el punto de partida de la comparación del valor normal es el “producto considerado”, esto es, el bien producido por la rama de la producción nacional del país que inicie la investigación referida. Sólo a partir de la determinación de este producto en el país importador, se analizará la identidad con el producto exportado por Colombia, y de no existir producto idéntico, el análisis recaerá sobre el producto similar, es decir, el que comparta “características muy parecidas a las del producto considerado”. En este orden de ideas, la similitud no presentaría ninguna duda respecto de las materias primas, objeto de

¹¹⁷ Estados Unidos – Madera Blanda V, OA, ¶ 93.

¹¹⁸ CE – Ropa de Cama, OA, ¶ 53.

estabilización del Fondo. No ocurriría lo mismo con los productos intermedios y bienes finales que utilicen el palmiste y el Aceite de Palma como materias primas, por lo cual es determinante analizar, para estos últimos casos, los criterios de similitud enunciados por la jurisprudencia.

2.2.4 Destinación del producto similar al consumo en el país exportador.

Este elemento hace referencia a las ventas del producto similar en el país exportador. El análisis debe situarse en el ámbito de si tales ventas se realizan en el curso de operaciones comerciales normales y en el de la comparabilidad.

Si bien no se identifica un pronunciamiento expreso en cuanto a este aspecto específico en la jurisprudencia relevante de la OMC, la lectura de cierta jurisprudencia, de las normas relacionadas y del documento de “Información técnica sobre las medidas antidumping” de la OMC, ofrece elementos que permiten concluir que se trata de las transacciones de venta del producto similar que se realizan en el mercado interno del país exportador.

Las características de tales transacciones, para efectos del cálculo del valor normal del bien bajo la regla general enunciada en el párrafo 2.1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, deben entonces observarse bajo las interpretaciones correspondientes a su realización en el curso de operaciones comerciales normales y en las relativas a la comparabilidad, de manera tal que de no enmarcarse en tales conceptos, darán paso a la aplicación de los métodos alternativos para la determinación del valor normal dispuestos en el Acuerdo, y enunciados en este documento.

Así, por ejemplo, el Grupo Especial en el caso *Argentina – Medidas antidumping sobre los pollos*, observa que el cálculo del valor normal de acuerdo con el párrafo 2.1 del artículo 2 se construye sobre las “transacciones de venta en el mercado interno realizadas en el Miembro exportador”, para luego

concluir que deben tomarse todas las ventas en ese mercado, salvo las que pueden excluirse de acuerdo con el párrafo 2.2.1 del Acuerdo¹¹⁹:

“Al examinar el significado de la expresión "un promedio ponderado del valor normal", atribuimos especial importancia al sentido de la expresión "valor normal". Observamos que el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo Antidumping* se refiere al valor normal como al "precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador". Por tanto, el párrafo 1 del artículo 2 **define el valor normal refiriéndose a transacciones de venta en el mercado interno realizadas en el Miembro exportador** (aunque el párrafo 2 del artículo 2 dispone que, en determinadas circunstancias, pueden utilizarse métodos alternativos para establecer el valor normal). (...) Entendemos que esas disposiciones significan que las transacciones de venta en el mercado interno pueden excluirse del valor normal únicamente en circunstancias específicas. (...)"¹²⁰. (Se subraya)

Por otra parte, el documento de “Información técnica sobre las medidas antidumping” publicado por la OMC, al referirse a la regla general para la determinación del valor normal, explica:

“En general, el valor normal es el precio que tiene el producto en cuestión, en las operaciones comerciales normales, **cuando está destinado al consumo en el mercado del país exportador. En ciertas circunstancias, por ejemplo cuando el producto no se venda en el mercado interno, puede no ser posible determinar el valor normal sobre esta base.** El Acuerdo

¹¹⁹ Cabe entender que cuando el Grupo Especial se refiere en su pronunciamiento al “párrafo 2.1 del artículo 2”, hace referencia al párrafo 2.2.1 del artículo 2 (en otras palabras, el primer subpárrafo del párrafo 2 del artículo 2), de acuerdo con la numeración con la que se ha presentado el Acuerdo Antidumping en el presente documento.

¹²⁰ Argentina – Medidas antidumping sobre los pollos, GE, ¶ 7.272.

prescribe otros métodos para la determinación del valor normal en tales casos”¹²¹. (Se subraya).

Como se observa, se alude igualmente a la venta del producto en el mercado interno, como referencia a la transacción sobre la cual se calcula el valor normal bajo la regla general, por fuera de la cual quedan a disposición los otros métodos que para tal determinación ha establecido el Acuerdo.

En conclusión y teniendo de presente la aplicabilidad de este elemento para el FEP Palmero , cabe señalar que cuando se hace referencia al producto similar “destinado al consumo en el país exportador”, se trata de las transacciones de venta (en general) del producto similar en el mercado colombiano.

2.2.5 El precio sea comparable.

Este concepto que constituye uno de los elementos del valor normal, ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia en el marco de la comparación entre dicho valor y el precio de exportación. Por tanto, nos ocuparemos de este tema a continuación del análisis del concepto de precio de exportación.

2.2.6 El precio de exportación.

Antes que nada vale la pena aclarar que el AD no define que debe entenderse por precio de exportación. Se limita a señalar la metodología que se debe seguir en el caso que no exista dicho precio, o en el caso en que, a juicio de la autoridad competente el precio de exportación no sea confiable. Prevé igualmente el procedimiento que debe seguirse en el caso en que los productos

¹²¹ Organización Mundial del Comercio, “Información técnica sobre las medidas antidumping” [en línea] de <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/adp_info_s.htm>

similares no se importen directamente del país de origen, sino que por el contrario, se exporten al miembro importador desde un tercer país.

Veamos,

AD, Artículo 2.3

“Cuando no exista precio de exportación, o cuando, a juicio de la autoridad competente, el precio de exportación no sea fiable por existir una asociación o un arreglo compensatorio entre el exportador y el importador o un tercero, el precio de exportación podrá reconstruirse sobre la base del precio al que los productos importados se revendan por vez primera a un comprador independiente o, si los productos no se revendiesen a un comprador independiente o no lo fueran en el mismo estado en que se importaron, sobre una base razonable que la autoridad determine”.

2.5 En caso de que los productos no se importen directamente del país de origen, sino que se exporten al Miembro importador desde un tercer país, el precio a que se vendan los productos desde el país de exportación al Miembro importador se comparará, normalmente, con el precio comparable en el país de exportación. Sin embargo, podrá hacerse la comparación con el precio del país de origen cuando, por ejemplo, los productos transiten simplemente por el país de exportación, o cuando esos productos no se produzcan o no exista un precio comparable para ellos en el país de exportación.

Dado que el tema de comparabilidad se relaciona tanto con el valor normal como con el precio de exportación, es importante tener en cuenta el pronunciamiento del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Acero inoxidable*, de la distinción que existe entre la obligación de tener en cuenta los factores mencionados por el artículo 2.4 en materia de comparabilidad y los que menciona en relación con *la reconstrucción del precio de exportación*:

“Nuestra conclusión de que el párrafo 4 del artículo 2 contiene obligaciones vinculantes en cuanto a los elementos que se pueden tener en cuenta para reconstruir un precio de exportación no significa que equiparemos la obligación de tener en cuenta las diferencias que influyen en la comparabilidad de los precios con la obligación de tener en cuenta los elementos relativos a la reconstrucción del precio de exportación. Antes bien, la tercera frase del párrafo 4 del artículo 2 exige que se tengan debidamente en cuenta las diferencias que influyan en la comparabilidad de los precios, mientras que la cuarta frase dispone que, en los casos previstos en el párrafo 3, es decir, al reconstruir un precio de exportación, se deberán tener en cuenta *también* ciertos gastos y beneficios. Finalmente, la quinta frase del párrafo 4 del artículo 2 deja claro que los elementos que se tengan en cuenta para reconstruir el precio de exportación podrían, de hecho, *reducir* la comparabilidad de los precios, por lo que se debería tomar una de varias medidas de compensación. Por todas estas razones, para nosotros está claro que los elementos que se deben tener en cuenta para reconstruir el precio de exportación son distintos de las diferencias que influyen en la comparabilidad de los precios y se rigen por normas sustantivas diferentes”¹²².

Es menester anotar que son diferentes los elementos que deben tenerse en cuenta para reconstruir al precio de exportación en los eventos previstos en el Artículo 2.3 del AD, de las diferencias que influyen en la comparabilidad de los precios, y que obligan a realizar específicos ajustes al precio de exportación. Los primeros se refieren, entre otros, a ciertos gastos y beneficios, como lo señala el Grupo Especial en el panel precedente.

El FEP Palmero debe tener en cuenta este elemento de la determinación del margen de dumping, y en especial considerar que el precio de exportación debe ser objeto de los mismos ajustes, cuando correspondieren, que los aplicados al valor normal.

¹²² Estados Unidos – Acero inoxidable, GE, ¶ 6.95.

2.2.7 Comparabilidad entre Valor Normal y Precio de Exportación.

Al respecto de la comparabilidad del precio del producto similar en cuanto a la determinación del valor normal, deben tenerse en cuenta, entre otros, las condiciones de venta, tributación, los niveles comerciales y las cantidades y características físicas en las ventas del producto similar. El Acuerdo Antidumping hace alusión de manera específica a este aspecto de comparabilidad, desarrollando lo que debe entenderse como una “comparación equitativa”:

“AD, Artículo 2.4

Se realizará una comparación equitativa entre el precio de exportación y el valor normal.

Esta comparación se hará **en el mismo nivel comercial, normalmente el nivel "ex fábrica"**, y sobre la base de ventas efectuadas en fechas lo más próximas posible.

Se tendrán debidamente en cuenta en cada caso, según sus circunstancias particulares, las diferencias que influyan en la comparabilidad de los precios, entre otras las diferencias en las condiciones de venta, las de tributación, las diferencias en los niveles comerciales, en las cantidades y en las características físicas, y cualesquiera otras diferencias de las que también se demuestre que influyen en la comparabilidad de los precios.

En los casos previstos en el párrafo 3 [Cuando no exista precio de exportación, o cuando, a juicio de la autoridad competente, el precio de exportación no sea fiable por existir una asociación o un arreglo compensatorio entre el exportador y el importador o un tercero], se deberán tener en cuenta también los gastos, con inclusión de los derechos e impuestos, en que se incurra entre la importación y la reventa, así como los beneficios correspondientes. Cuando, en esos casos, haya resultado

afectada la comparabilidad de los precios, las autoridades establecerán el valor normal en un nivel comercial equivalente al correspondiente al precio de exportación reconstruido o tendrán debidamente en cuenta los elementos que el presente párrafo permite tomar en consideración. Las autoridades indicarán a las partes afectadas qué información se necesita para garantizar una comparación equitativa y no les impondrán una carga probatoria que no sea razonable”.

El Acuerdo hace igualmente especificaciones en lo relacionado con las reglas que deben seguirse cuando para la “comparación equitativa” se requiera la conversión de monedas y lo relacionado con la metodología que debe implementarse para el cálculo del margen de dumping. A este respecto dispone el Acuerdo lo siguiente:

AD, Artículo 2.4.1 (Conversión de monedas)

“Cuando la comparación con arreglo al párrafo 4 exija una conversión de monedas, ésta deberá efectuarse utilizando el tipo de cambio de la fecha de venta, con la salvedad de que cuando una venta de divisas en los mercados a término esté directamente relacionada con la venta de exportación de que se trate, se utilizará el tipo de cambio de la venta a término. (...)”.

AD, Artículo 2.4.2 (Determinación de la existencia de márgenes de dumping)

“A reserva de las disposiciones del párrafo 4 que rigen la comparación equitativa, la existencia de márgenes de dumping durante la etapa de investigación **se establecerá normalmente sobre la base de una comparación entre un promedio ponderado del valor normal y un promedio ponderado de los precios de todas las transacciones de exportación comparables o mediante una comparación entre el valor normal y los precios de exportación transacción por transacción.** Un valor normal establecido sobre la base del promedio ponderado podrá

compararse con los precios de transacciones de exportación individuales si las autoridades constatan una pauta de precios de exportación significativamente diferentes según los distintos compradores, regiones o períodos, y si se presenta una explicación de por qué esas diferencias no pueden ser tomadas debidamente en cuenta mediante una comparación entre promedios ponderados o transacción por transacción". (Se subraya)

La interpretación de este artículo en el desarrollo de la resolución de controversias en el marco de la OMC, ha sido bastante amplio. En primer lugar debe mencionarse que de acuerdo con el Grupo Especial en el caso *Egipto – Barras de Acero*, lo dispuesto en este artículo alude específicamente a lo relacionado con el margen de dumping y no a la determinación del valor normal o el precio de exportación, para lo cual existen otras disposiciones pertinentes. El Grupo Especial ofrece una explicación general del artículo en los términos siguientes:

"El párrafo 4 del artículo 2, en sí mismo, se refiere a la *comparación* entre el precio de exportación y el valor normal, es decir, al cálculo del margen de dumping, y exige en particular que esa comparación sea "equitativa". Un examen directo del sentido corriente de esta disposición confirma que no se refiere al fundamento ni la determinación básica del precio de exportación y el valor normal (de los que tratan detalladamente otras disposiciones)¹²³, sino a la naturaleza de la comparación entre el precio de exportación y el valor normal. En primer lugar, la oración inicial hace hincapié en el carácter *equitativo* de la *comparación*. La oración siguiente, que se inicia con las palabras "[e]sta comparación", se refiere evidentemente a la "comparación equitativa" que constituye el objeto de la primera oración. La segunda desarrolla consideraciones relativas a la "comparación": el nivel comercial y las fechas de las ventas en los dos miembros de la ecuación que determina el margen de dumping, es decir, el referente al valor normal y el

¹²³ (nota de pie de página original) A este respecto observamos que otras disposiciones anteriores del artículo 2, a saber, el párrafo 2 y todos sus apartados y el párrafo 3, se refieren exclusivamente y con cierto detalle a la determinación del valor normal y el precio de exportación, y también el párrafo 1 se relaciona en parte con el establecimiento del precio de exportación.

referente al precio de exportación. La tercera oración se refiere a los factores que deben tenerse en cuenta respecto de las "diferencias que influyan en la *comparabilidad de los precios*", y presenta una lista ilustrativa de posibles diferencias de esa clase. Las dos oraciones siguientes tienen que ver con la garantía de la "comparabilidad de los precios" en el caso concreto de que se haya utilizado un precio de exportación reconstruido. La última oración, que contiene la referencia a la carga probatoria, también se refiere a "garantizar una comparación equitativa". En particular, esa oración dispone que las autoridades indicarán a las partes afectadas qué información se necesita para garantizar una comparación equitativa y no les impondrán una carga probatoria que no sea razonable.

El contexto inmediato de esta disposición (los párrafos 4.1 y 4.2 del artículo 2) confirma que el párrafo 4 del artículo 2, y en particular su prescripción acerca de la carga probatoria, se aplican a la comparación entre el precio de exportación y el valor normal; es decir, al cálculo del margen de dumping. El párrafo 4.1 contiene las disposiciones que corresponden al caso en que "la *comparación* con arreglo al párrafo 4 exija una conversión de monedas" (sin cursivas en el original). El párrafo 4.2 se refiere específicamente al párrafo 4 como "las disposiciones ... que rigen la comparación equitativa" para establecer seguidamente ciertas reglas acerca del método por el cual se efectúa la comparación (es decir, el cálculo de márgenes de dumping sobre la base de una comparación entre promedios ponderados o sobre otra base).

En síntesis, el párrafo 4 del artículo 2, incluyendo su prescripción referente a la carga probatoria, alude a la garantía de una comparación equitativa, a través de los diversos ajustes convenientes, entre el precio de exportación y el valor normal. Por lo tanto, constatamos que no se aplica a la determinación por la autoridad investigadora del valor normal en sí mismo, que era el propósito principal (si no el único) de la solicitud formulada el 19 de agosto por la autoridad investigadora egipcia, referente a determinadas informaciones relacionadas con los costos"¹²⁴.

¹²⁴ Egipto – Barras de Acero, GE, ¶¶ 7.333 – 7.335

Uno de los asuntos esenciales al tema de la comparación equitativa es el de las “diferencias que influyan en la comparabilidad de los precios”, sobre la cual tanto el Panel como el Órgano de Apelación se han pronunciado en varias ocasiones y en varios aspectos relevantes. A continuación se exponen algunos de esos pronunciamientos:

En cuanto a la metodología para fijar los ajustes en orden a asegurar la comparabilidad de los precios, el Grupo Especial en el caso *CE – Accesorios de tubería* dispuso que si bien es discrecional de la autoridad correspondiente, debe hacerse sobre la base de un examen imparcial por parte de esa autoridad. Dijo el Panel lo siguiente:

“Una autoridad investigadora debe actuar de una **manera imparcial y no sesgada y no debe ejercer sus facultades discrecionales de manera arbitraria**. Esta obligación también se aplica cuando la autoridad investigadora se enfrenta con dificultades prácticas y limitaciones de tiempo. No encontramos, en el párrafo 4 del artículo 2 ni en ninguna otra disposición pertinente del Acuerdo, ninguna norma específica que rija la metodología que ha de aplicar una autoridad investigadora al calcular los ajustes. En ausencia de una orientación precisa en el texto del Acuerdo acerca de cómo han de calcularse los ajustes, y en ausencia de una prohibición, en dicho texto, del uso de una metodología determinada adoptada por una autoridad investigadora con miras a garantizar una comparación equitativa, estimamos que una autoridad imparcial y objetiva podría haber aplicado esta metodología aplicada por las Comunidades Europeas y calculado este ajuste sobre la base de los datos reales del expediente de esta investigación”¹²⁵. (Se subraya)

En el mismo sentido se pronunció el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Acero laminado en caliente*, en donde dispuso:

“Desearíamos poner también de relieve que, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 2, la obligación de garantizar una "**comparación equitativa**"

¹²⁵ CE – Accesorios de tubería, GE, ¶ 7.178.

corresponde a las *autoridades encargadas de la investigación* y no a los exportadores. Son esas autoridades las que, como parte de su investigación, se encargan de comparar el valor normal y el precio de exportación y de determinar si existe dumping de las importaciones".¹²⁶ (Se subraya).

En conclusión, el AD no contiene una metodología específica para que la autoridad investigadora realice la comparación; tampoco señala como han de hacerse los ajustes ni los enuncia de manera taxativa, ni prohíbe efectuar algunos de ellos. Es decir, se limita exclusivamente a exigir "una comparación equitativa", lo cual ha permitido afirmar a la jurisprudencia que la actuación de la administración es discrecional pero que, en ningún caso, puede ser arbitraria.

Además de lo anterior, es importante mencionar que la autoridad correspondiente debe tener en cuenta *cualquier* diferencia que influya en la comparabilidad de los precios, sin que lo anterior quiera decir que necesariamente existirán siempre diferencias entre estos elementos.

El Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos – Acero laminado en caliente, enfatizó la importancia de incluir el universo de factores de ajuste que puedan existir en un caso particular:

"El párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo Antidumping* dispone que, cuando haya, entre el precio de exportación y el valor normal, "diferencias" que influyan en la "comparabilidad" de esos precios, esas diferencias "se tendrán debidamente en cuenta". En el texto de esa disposición se facilitan algunos ejemplos de factores que pueden influir en la comparabilidad de los precios: "las diferencias en las condiciones de venta, las de tributación, las diferencias en los niveles comerciales, en las cantidades y en las características físicas, y cualesquiera otras diferencias". No obstante, en el párrafo 4 del artículo 2 se estipula expresamente que se tendrán "en cuenta [...] *cualquiera otras diferencias* de las que también se demuestre que influyen en la comparabilidad de los precios" (sin cursivas en el original).

¹²⁶ Estados Unidos - Acero Laminado en caliente, OA, ¶ 178.

Por lo tanto, no hay diferencias "que influyan en la comparabilidad de los precios" que, como tales, no deban tenerse "en cuenta"¹²⁷.

Por otra parte, se ha hecho referencia igualmente a que la interpretación del artículo 2.4 no puede realizarse en abstracto, pues si bien el artículo trae una serie de ejemplos no exhaustivos de los factores que pueden influir en la comparabilidad de los precios, ello únicamente podrá apreciarse sobre la base de un examen "caso a caso" en lo que corresponda tal como lo hemos venido sosteniendo a lo largo de este acápite. Así lo sostuvo el Grupo Especial en el caso *Egipto – Barras de Acero*:

"Al considerar esta alegación tomamos nota de los argumentos de las partes conforme a los cuales el párrafo 4 del artículo 2, según una de ellas, *siempre* impone un ajuste en función del costo de los créditos para el cálculo del valor normal reconstruido, y según la otra autoriza la política de *no efectuar nunca* ese ajuste. A nuestro juicio, no es posible interpretar de este modo el párrafo 4 del artículo 2: es decir, **esta alegación no puede resolverse sobre la base de una apreciación acerca de la admisibilidad de determinada interpretación jurídica de la disposición, en abstracto y sin tomar en consideración los hechos concretos del caso individual.**

Por el contrario, interpretamos que el párrafo 4 del artículo 2 obliga explícitamente a realizar un **análisis caso por caso y basado en los hechos acerca de las diferencias que influyen en la comparabilidad de los precios.** A este respecto tomamos nota, en particular, de la prescripción del párrafo 4 del artículo 2 conforme a la cual "[s]e **tendrán debidamente en cuenta en cada caso, según sus circunstancias particulares, las diferencias que influyan en la comparabilidad de los precios.**" Observamos también que, además de la lista ilustrativa de posibles diferencias de ese tipo, el párrafo 4 del artículo 2 obliga igualmente a tener en cuenta "cualesquiera otras diferencias de las que también *se demuestre* que influyen en la comparabilidad de los precios" (sin cursivas en el original). Por último, observamos la carga positiva impuesta a este respecto a la autoridad

¹²⁷ Estados Unidos - Acero laminado en caliente, OA, ¶ 177.

investigadora en materia de obtención de informaciones, conforme a la cual las autoridades "indicarán a las partes afectadas qué información se necesita para garantizar una comparación equitativa y no les impondrán una carga probatoria que no sea razonable". En suma, cuando se demuestra por una u otra de las partes en un caso particular, o resulta de los datos mismos, que determinada diferencia influye en la comparabilidad de los precios, debe efectuarse un ajuste. Al indicar a las partes los datos que considera necesarios para realizar tal demostración, la autoridad investigadora no debe imponer a las partes una carga probatoria que no sea razonable. **Por lo tanto, el proceso por el que se determina cuáles son las clases o tipos de ajustes que es preciso efectuar en uno u otro miembro de la ecuación del margen de dumping para garantizar una comparación equitativa es una especie de diálogo entre las partes interesadas y la autoridad investigadora, y debe realizarse caso por caso y sobre la base de pruebas fácticas**¹²⁸. (Se subraya)

Corroborar el panel la afirmación presentada desde la introducción del documento en la medida que, en nuestra opinión, la determinación del margen de dumping obedece, y de esta manera requiere necesariamente, supuestos fácticos puntuales que solo pueden ser estudiados en un caso particular y concreto. Por esta razón hemos desarrollado el tema en forma general, planteando los riesgos que podrían derivarse para el FEP Palmero, y en especial para sus afiliados, tanto de la normativa como de la interpretación jurisprudencial, en una eventual investigación por dumping.

En el caso *Estados Unidos – Madera blanda V*, el Grupo Especial se pronunció en este mismo sentido, poniendo de relieve un aspecto importante, que consiste en que la existencia de diferencias no implica *per se* que esas diferencias tendrán influencia en la comparabilidad de los precios:

El examen de una solicitud de ajuste de conformidad con el párrafo 4 del artículo 2 debe comenzar, por tanto, con la determinación de si existe una *diferencia* entre el precio de exportación y el valor normal. Es decir, una

¹²⁸ Egipto – Barras de acero, GE, ¶¶ 7.351 y 7.352.

diferencia entre el precio al que el producto similar se vende en el mercado interno del país exportador y el precio por el cual se vende el producto supuestamente objeto de dumping en el país importador. En última instancia, esta disposición exige que existan diferencias entre dos mercados. Si no existe ninguna diferencia que influya en los productos vendidos en los mercados en cuestión, por ejemplo, cuando los gastos de embalaje del producto supuestamente objeto de dumping y los del producto similar vendido en el mercado interno del país exportador son idénticos, a nuestro juicio esa disposición no exigiría que se efectuara un ajuste.

Las diferencias identificadas en relación con los productos vendidos en los dos mercados deben influir en la *comparabilidad* del valor normal y el precio de exportación para que sea aplicable la obligación de tener debidamente en cuenta esas diferencias. **El párrafo 4 del artículo 2 no define el significado de *comparabilidad*, pero incluye una lista no exhaustiva de factores que pueden influir en la comparabilidad de los precios. "Comparabilidad" es un término que, a nuestro juicio, no se puede definir en abstracto.** Por el contrario, la autoridad investigadora, según los datos de que disponga, debe decidir en cada caso si está demostrado que determinado factor influye en la comparabilidad de los precios. **Podemos imaginar situaciones en las que, aunque existan diferencias, no influyen en la comparabilidad de los precios.** Por ejemplo, esto podría suceder cuando en el país exportador todos los automóviles vendidos son rojos mientras que los destinados a la exportación son todos negros. La diferencia es obvia y, de hecho, es una de las diferencias enumeradas en el propio párrafo 4 del artículo 2, una diferencia en las características físicas. No obstante, puede no haber diferencia de costos variables entre los dos automóviles porque el costo de la pintura -sea roja o negra- puede ser el mismo. Si en lugar de las diferencias de costo examináramos las diferencias de valor de mercado, podríamos llegar a la misma conclusión si el vendedor o el comprador estuviera dispuesto a vender o comprar al mismo precio, con independencia de que el automóvil sea rojo o negro (Se subraya).

También es importante señalar que no hay diferencias "que influyan en la comparabilidad de los precios" que, como tales, no deban *tenerse en cuenta*. Además, consideramos que el deber de la autoridad investigadora es examinar las circunstancias de cada ajuste solicitado y determinar si la diferencia influye en la comparabilidad de los precios entre el producto supuestamente objeto de dumping y el producto similar vendido en el mercado interno del país exportador"¹²⁹

En lo que respecta al FEP Palmero, y en especial a sus mecanismos de estabilización, es importante tener presente que en una posible controversia en el ámbito multilateral, las cesiones y compensaciones pueden generar diferencias, tanto en el valor normal como en el precio de exportación del producto considerado y/o del producto similar. Si Como quiera que estas diferencias influyen en la comparabilidad de los precios por cuanto afectan (en sentido positivo o negativo) los elementos de la ecuación del margen de dumping, deben realizarse los ajustes pertinentes.

Un caso hipotético en el que el tema de los ajustes positivos, reviste especial importancia en la comparación del valor normal y el precio de exportación de productos objeto del FEP Palmero, se presenta en el escenario de una caída súbita de los precios internacionales que se transmite de inmediato en el precio de exportación (Colombia es tomador de precios) pero que no se refleja con la misma rapidez y automaticidad en los precios de referencia ni genera una variación en la misma proporción de los precios del mercado interno. Un análisis aislado de estas operaciones, transacción por transacción, arrojaría diferencia entre el valor normal y el precio de exportación, diferencia esta que se anularía al tomar en consideración el promedio ponderado durante el período de la investigación y, especialmente, al ajustar el precio de exportación con las compensaciones recibidas, producto del mecanismo de estabilización de ingresos del FEP Palmero.

¹²⁹ Estados Unidos – Madera Blanda V, GE, ¶¶ 7.356 y 7.357.

El pronunciamiento anterior resulta relevante frente a lo declarado por el Órgano de Apelación en el caso *CE – Ropa de cama*, en lo relativo a la relación que necesariamente debe hacerse entre la determinación de un “producto similar” y el concepto de comparabilidad. En este sentido, afirmó que una definición de lo que ha de considerarse como “producto similar”, necesariamente implica la comparabilidad de las transacciones de exportación sobre los mismos:

“Después de haber definido el producto en litigio y el “producto similar” en el mercado comunitario de la forma en que lo hicieron, las Comunidades Europeas no podían adoptar, en una etapa posterior del procedimiento, la posición de que algunos tipos o modelos de ese producto tienen características físicas tan distintas entre sí que esos tipos o modelos no son “comparables”. Todos los tipos o modelos comprendidos en el ámbito de un producto “similar” han de ser, forzosamente, “comparables”, y, en consecuencia, las transacciones de exportación de esos tipos o modelos deben considerarse “transacciones de exportación comparables” en el sentido del párrafo 4.2 del artículo 2”¹³⁰.

Cabe anotar con respecto a este pronunciamiento la relación que hace el Órgano de Apelación entre “producto similar” y “las transacciones de exportación”, que no parece obedecer a la distinción entre “producto similar” y “producto considerado” al que se aludía anteriormente (exposición sobre el elemento “producto similar”, caso *Estados Unidos – Madera Blanda V*). Lo anterior si se tiene en cuenta que si bien el concepto de comparabilidad se refiere tanto al valor normal como al precio de exportación, cabría entender que el “producto similar” se determina en comparación con el “producto considerado”, siendo este último el producto objeto de dumping y las transacciones sobre el mismo las que habrán de considerarse para efectos del cálculo del promedio de los precios de todas las transacciones de exportación comparables (AD, art. 2.4.2).

¹³⁰ CE – Ropa de Cama, OA, ¶ 58.

Por otro lado, en el Panel en el caso *Argentina – Baldosas de cerámica*, se pronunció más específicamente sobre lo relacionado con las características físicas como factor que influye en el precio. Este pronunciamiento, comparado con el del Órgano de Apelación en el caso *CE – Ropa de Cama* (“producto similar y comparabilidad”), deja la inquietud sobre su compatibilidad frente a “los ajustes” a los que se refiere en este caso el Grupo Especial por diferencias en las características físicas que influyan en la comparabilidad, especialmente si se tiene en cuenta que en la definición de “producto similar” se alude a “características muy parecidas”, más no específicamente a las características físicas del producto. A continuación el pronunciamiento del Grupo Especial en *Argentina – Baldosas de cerámica*:

“El párrafo 4 del artículo 2 obliga a las autoridades investigadoras a tener debidamente en cuenta, en cada caso, según sus circunstancias particulares, las diferencias que influyan en la comparabilidad de los precios, entre otras las diferencias en las características físicas. En la última frase de ese párrafo se dispone que las autoridades indicarán a las partes afectadas qué información se necesita para garantizar una comparación equitativa. Creemos que la obligación de tener debidamente en **cuenta esas diferencias, en cada caso, según sus circunstancias particulares**, significa, como mínimo, que las autoridades deben evaluar las diferencias en las características físicas identificadas para comprobar si es necesario un ajuste a fin de mantener la comparabilidad de los precios y garantizar una comparación equitativa entre el valor normal y el precio de exportación, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, y realizar los ajustes necesarios”¹³¹. (Se subraya)

En igual sentido se pronuncia el Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Madera blanda V*:

“El párrafo 4 del artículo 2 obliga, cuando existen *diferencias* entre el precio de exportación y el valor normal que influyen en la comparabilidad de esos precios, a “tener debidamente en cuenta” esas diferencias. Observamos que

¹³¹ Argentina – Baldosas de cerámica, GE, ¶¶ 6.113 y 6.116.

una diferencia de características físicas es uno de los factores que *pueden* influir en la comparabilidad de los precios.¹³² Estamos de acuerdo con el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Accesorios de tubería* en que la prescripción de tener en cuenta debidamente esas diferencias, en cada caso y según sus circunstancias particulares, significa que la autoridad debe, *por lo menos*, evaluar las diferencias identificadas -en este caso, diferencias en las dimensiones- con vistas a determinar si el párrafo 4 del artículo 2 obliga a efectuar un ajuste para asegurar la comparación equitativa entre el valor normal y el precio de exportación, y realizar un ajuste cuando la autoridad investigadora determina sobre la base de su evaluación que es necesario. **Consideramos que el párrafo 4 del artículo 2 no obliga automáticamente a efectuar un ajuste en todos los casos en que se comprueba que existe una diferencia, sino solamente cuando -sobre la base de las circunstancias particulares del caso- se demuestra que esa diferencia influye en la comparabilidad de los precios.** Una interpretación según la cual tuviera que hacerse un ajuste automáticamente cuando se comprobase que existe una diferencia de características físicas haría inútil la expresión "que influyan en la comparabilidad de los precios".¹³³ Además, esa interpretación tendría muy poco sentido en la práctica, ya que no todas las

¹³² (nota de pie de página original) En *CE - Accesorios de tubería*, el Grupo Especial constató lo siguiente: "Las diferencias de tributación están expresamente mencionadas como factor que debe tenerse debidamente en cuenta en virtud del párrafo 4 del artículo 2 *en la medida en que pueda influir* en la comparabilidad de los precios, en cada caso según sus circunstancias particulares" (sin cursivas en el original) (Informe del Grupo Especial, *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 7.157.)

¹³³ (nota de pie de página original) El principio de que la interpretación debe dar significado y efecto a todos los términos de un tratado está firmemente establecido en el sistema de solución de diferencia de la OMC. Véase informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina* párrafo 23. En *CE - Ropa de cama*, el Órgano de Apelación revocó una constatación del Grupo Especial fundándose en que el Grupo Especial "ha eliminado del texto, en algunas circunstancias, la obligación de calcular una 'media ponderada'. En tales circunstancias, la expresión 'media ponderada' quedaría sustancialmente privada de sentido". (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama* párrafo 75.) En consecuencia, estamos impedidos de adoptar una interpretación de una disposición del *Acuerdo Antidumping* que la dejaría sustancialmente privada de sentido. En el caso que se nos plantea, adoptar una interpretación según la cual debiera efectuarse automáticamente un ajuste en todos los casos en que se comprobase que existe una diferencia dejaría, a nuestro juicio, privada de todo sentido la frase "que influyan en la comparabilidad de los precios". En consecuencia, debemos rechazar tal interpretación.

diferencias de características físicas influyen necesariamente en la comparabilidad de los precios”¹³⁴ (Se subraya)

Por último, se expondrá la posición del Grupo Especial en el caso *Estados Unidos – Acero inoxidable*, que alude a las diferencias en las condiciones de venta que afectan la comparabilidad de los precios y al alcance de ese concepto en la aplicación del artículo 2.4 del Acuerdo:

“A este respecto, señalamos que el párrafo 4 del artículo 2 se refiere a las *"terms and conditions of sale"*. Ambas palabras (*"term"* y *"condition"*), aunque evidentemente tienen muchos significados se utilizan corrientemente en relación con los contratos y los acuerdos. Así, *"term"* se define, en particular, como *"conditions with regard to payment for goods or services"* (condiciones relativas al pago de bienes o de servicios), en tanto que *"condition"* se define, en particular, como *"a provision in a will, contract, etc., on which the force or effect of the document depends"* ("una disposición de un testamento, contrato, etc., de la que depende la fuerza o el efecto del documento"). Así pues, consideramos que, interpretadas conjuntamente, las palabras *"conditions and terms of sale"* se refieren al conjunto de derechos y obligaciones creados por el contrato de venta, y que las palabras *"differences in conditions and terms of sale"* se refieren a las diferencias del conjunto de derechos y obligaciones contractuales. Por consiguiente, en la medida en que existen, por ejemplo, diferencias en los *"terms"* (estipulaciones) relativos al pago en los dos mercados, existen diferencias en las *"conditions and terms of sale"*. (...)

No creemos que se pueda basar en el texto la tentativa de los Estados Unidos de considerar todas las diferencias de costos relacionadas con los términos del contrato y gastos directamente relacionados con la venta como *"differences in terms and conditions of sale"*. Los Estados Unidos sostienen que las *"conditions"* de venta pueden interpretarse en este contexto en el sentido de que significan el *"mode or state of being"* (naturaleza o modo de ser) de las ventas, de forma que las *"differences in conditions and terms of sale"* incluyen

¹³⁴ Estados Unidos – Madera Blanda V, GE, ¶ 7.165.

el "*mode or circumstances*" (modo o circunstancias) de las ventas. Esta interpretación, suponiendo que sea admisible, permitiría introducir ajustes por las "*differences in conditions and terms of sale*" en los casos en que las disposiciones contractuales por las que se rigiesen las ventas en los dos mercados fuesen idénticas pero en los que el vendedor supiera, por circunstancias existentes en el momento de la venta, que esas disposiciones entrañarían costos diferentes. Así, recurriendo a un ejemplo citado frecuentemente por los Estados Unidos en esta diferencia, el vendedor podría conceder garantías idénticas en mercados diferentes o a clientes diferentes, sabiendo de antemano que los costos inherentes a esas garantías serían más altos en un mercado que en otro. Análogamente, el vendedor podría concertar ventas con las mismas estipulaciones en lo que se refiere al crédito en dos mercados diferentes o a dos clientes diferentes, sabiendo que el riesgo de falta de pago (y, por consiguiente, los costos probables inherentes a la concesión del crédito) sería mayor en un caso que en otro. (...)

A nuestro juicio, **la prescripción de que se tengan debidamente en cuenta las diferencias que influyan en la comparabilidad de los precios tiene por finalidad neutralizar las diferencias existentes en una transacción que el exportador podría haber esperado que se reflejasen en el precio.** Una diferencia que el exportador no pudiera razonablemente haber previsto y, por consiguiente, haber tenido en cuenta al determinar el precio que había de cargar por el producto en diferentes mercados o a diferentes clientes no es una diferencia que influya en la comparabilidad de los *precios* en el sentido del párrafo 4 del artículo 2. Esto corrobora nuestra opinión de que no es admisible interpretar las palabras "*differences in conditions and terms of sale*" en el sentido de que comprenden la falta de pago no prevista del importe de ciertas ventas por un cliente"¹³⁵ (Se subraya).

Lo anterior, aplicado a las transacciones o contratos suscritos entre los afiliados al FEP Palmero y sus compradores, nos permite concluir que:

¹³⁵ Estados Unidos - Acero inoxidable, GE, ¶¶ 6.75-6.77.

- No toda diferencia en condiciones y términos de venta, implica necesariamente, un ajuste en el valor normal o en el precio de exportación.
- El ajuste con base en diferencias en estipulaciones y términos de venta, puede sustentarse en cláusulas o previsiones contractuales diferentes que rigen las ventas, o aún en condiciones idénticas, cuando el vendedor sabe por circunstancias existentes en el momento de la venta que estas disposiciones idénticas le van a generar costos desiguales.

Ahora bien, esta interpretación debe tenerse en cuenta por los afiliados cuando dirigen sus ventas a mercados diferentes, en los que cada uno de ellos supongan riesgos disímiles en cuanto a oportunidad de pago, e inclusive, al mismo pago.

3. El FEP para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones a la luz del Acuerdo Antidumping.

Un primer aspecto que debe definirse es el ámbito de aplicación del Artículo VI del GATT, en conjunto con el Acuerdo Antidumping, pues será en estas normas e interpretaciones, que la aplicación el artículo VI:7 del GATT pueda ser debidamente respaldada.

3.1 Ámbito de aplicación del Artículo VI del GATT.

En relación con este aspecto, debe mencionarse en primer lugar el artículo primero del AD, disposición que hace referencia específica a las “medidas antidumping” y no a los elementos constitutivos de dumping, distinción a la que se hará referencia posteriormente. El artículo primero del AD establece:

“Artículo 1. Principios. Sólo se aplicarán **medidas antidumping** en las circunstancias previstas en el artículo VI del GATT de 1994 y en virtud de investigaciones iniciadas y realizadas de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo. Las siguientes disposiciones regirán la aplicación del artículo VI del GATT de 1994 siempre que **se tomen medidas** de conformidad con las leyes o reglamentos antidumping”. (Se subraya).

Por su parte, el artículo 18 del AD incluye igualmente una disposición en el mismo sentido:

“Artículo 18. Disposiciones finales.

18.1 No podrá adoptarse **ninguna medida específica contra el dumping** de las exportaciones de otro Miembro si no es de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, según se interpretan en el presente Acuerdo. (...)” (Se subraya).

A este respecto se ha pronunciado el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Ley de 1916*, a propósito de un argumento de los Estados Unidos según el cual el término “medidas antidumping” en los artículos citados anteriormente, se refería únicamente a ciertas medidas (derechos antidumping definitivos, compromisos en materia de precios y medidas provisionales), pero no precisamente a la existencia de dumping. El Órgano de Apelación rechazó ese argumento, concluyendo que se trataba de cualquier medida que se adoptara frente a una situación en la que pudiera constatarse la existencia de dumping:

“(…) No entendemos que en las palabras "medidas antidumping" haya una limitación expresa a determinados tipos de medida.

Dado que las "medidas antidumping" deben, según el artículo 1 del *Acuerdo Antidumping* ser compatibles con el artículo VI del GATT de 1994 y

las disposiciones del *Acuerdo Antidumping*, parece inferirse que el artículo VI sería aplicable a "las medidas antidumping" es decir, las medidas adoptadas contra el dumping.

Consideramos que el párrafo 1 del artículo 18 del *Acuerdo Antidumping*, en particular, aclara el ámbito de aplicación del artículo VI. Dicho párrafo establece lo siguiente:

No podrá adoptarse *ninguna medida específica contra el dumping* de las exportaciones de otro Miembro si no es de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, según se interpretan en el presente Acuerdo. (Sin cursivas en el original.)

A nuestro parecer, conforme a su significado corriente, la expresión "*medida específica contra el dumping*" de las exportaciones, en el sentido del párrafo 1 del artículo 18, designa las medidas adoptadas en respuesta a situaciones en las que concurren los elementos constitutivos del "dumping". Debe entenderse que, como mínimo, comprende las medidas que *sólo* pueden adoptarse cuando concurren los elementos constitutivos del "dumping". (...)

El texto de la nota 24 de pie de página del párrafo 1 del artículo 18 del *Acuerdo Antidumping* es el siguiente:

Esta cláusula no pretende excluir la adopción de medidas al amparo de otras disposiciones pertinentes del GATT de 1994, según proceda.

Observamos que la nota 24 de pie de página se refiere en términos generales a "medidas" y no, como el párrafo 1 del artículo 18, a las medidas específicas contra el dumping de las exportaciones. Es necesario distinguir las "medidas" en el sentido de la nota 24 de pie de página de las medidas específicas contra el dumping de las exportaciones, reguladas por el propio texto del párrafo 1 del artículo 18.

El párrafo 1 del artículo 18 del *Acuerdo Antidumping* prohíbe adoptar cualquier "medida específica" contra el dumping de las exportaciones

cuando esa medida no se adopte "de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994 según se interpretan en el presente Acuerdo". Puesto que las únicas disposiciones del GATT de 1994 que "se interpretan" en el *Acuerdo Antidumping* son las disposiciones del artículo VI relativas al dumping, debe entenderse que el párrafo 1 del artículo 18 exige que cualquier "medida específica contra el dumping" de las exportaciones de otro Miembro esté en conformidad con las disposiciones pertinentes del *artículo VI* del GATT de 1994, según se interpreta en el *Acuerdo Antidumping*.

Recordamos que la nota 24 de pie de página al párrafo 1 del artículo 18 se refiere a "*otras* disposiciones pertinentes del GATT de 1994" (sin cursivas en el original). Con esos términos únicamente puede hacerse referencia a otras disposiciones distintas de las del artículo VI relativas al dumping. **Por lo tanto, la nota 24 de pie de página confirma que las "disposiciones del GATT de 1994" a las que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 18 son en realidad las disposiciones del artículo VI del GATT de 1994 relativas al dumping**¹³⁶. (Se subraya).

En conclusión, en lo relativo a las "medidas antidumping" y de acuerdo con las disposiciones y el pronunciamiento citados, cabe hacer las siguientes conclusiones puntuales:

- La expresión "medidas antidumping" hace referencia a *cualquier* medida que se adopte como respuesta a una situación en la que concurren los elementos constitutivos de dumping.
- De la lectura conjunta del Artículo 18.1 del AD y su nota de pie de página, se concluye que cualquier "medida antidumping" debe adoptarse de conformidad con el Artículo VI del GATT, según su interpretación en el Acuerdo Antidumping.

¹³⁶ Estados Unidos - Ley de 1916, OA, ¶¶ 119-125.

- Lo anterior no excluye la adopción de otras “medidas” –distinción frente a las “medidas antidumping”- a la luz de disposiciones del GATT diferentes a las del Artículo VI.

Ahora bien, en lo relacionado con los elementos constitutivos de dumping, cabe observar cómo tanto el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio GATT como el AD contienen disposiciones muy similares (salvo por la precisión en el Acuerdo Antidumping de “precio de exportación”) como regla general:

GATT, Artículo VI:1

“Las partes contratantes reconocen que el dumping, que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal (...). A los efectos de aplicación del presente artículo, un producto exportado de un país a otro debe ser considerado como introducido en el mercado de un país importador a un precio inferior a su valor normal, si su precio es:

a) menor que el precio comparable, en las operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador. (...)”

AD, Artículo 2.1

“(...) se considerará que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, **cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro** sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador”. (Se subraya).

No obstante, los Acuerdos difieren en mayor medida en lo relacionado con las circunstancias especiales que admiten la aplicación de otros criterios para la determinación de la existencia de dumping y el cálculo del margen de dumping. El Acuerdo Antidumping hace claridad de las circunstancias concretas en las que pueden aplicarse tales criterios y modifica en ciertos aspectos los criterios mismos, además de hacer referencia específica en ese caso a la determinación del “margen de dumping”:

GATT, Artículo VI:1

“(..); o

b) **a falta de dicho precio** en el mercado interior de este último país, si el precio del producto exportado es:

i) menor que el precio comparable más alto para la exportación de un producto similar a un tercer país en el curso de operaciones comerciales normales; o

ii) menor que el costo de producción de este producto en el país de origen, más un suplemento razonable para cubrir los gastos de venta y en concepto de beneficio.” (Se subraya)

AD, Artículo 2.2

“Cuando el producto similar no sea objeto de ventas en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país exportador o cuando, **a causa de una situación especial del mercado o del bajo volumen de las ventas en el mercado interno del país exportador**¹³⁷, tales ventas no permitan una comparación adecuada, el margen de dumping se determinará mediante comparación con un precio comparable del producto similar cuando éste se exporte a un tercer país apropiado, a

¹³⁷ Normalmente se considerarán una cantidad suficiente para determinar el valor normal las ventas del producto similar destinado al consumo en el mercado interno del país exportador si dichas ventas representan el 5 por ciento o más de las ventas del producto considerado al Miembro importador; no obstante, ha de ser aceptable una proporción menor cuando existan pruebas que demuestren que las ventas en el mercado interno, aunque representen esa menor proporción, son de magnitud suficiente para permitir una comparación adecuada.

condición de que este precio sea representativo, o con el costo de producción en el país de origen más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general así como por concepto de beneficios”.

A este respecto se ha pronunciado igualmente el Órgano de Apelación, para concluir que las normas que deben tenerse en cuenta tanto para la determinación de la existencia de dumping, como para el cálculo del margen de dumping, son las del artículo 2 del AD, más que las del párrafo 2 del artículo VI del GATT.

En el caso *CE – Accesorios de Tubería*, el Órgano de Apelación se pronunció en este sentido, a propósito las limitaciones que existen en relación con la metodología para el cálculo de los márgenes de dumping. Dijo el Órgano de Apelación lo siguiente:

“... No vemos cómo el párrafo 2 del artículo VI, al declarar que la finalidad de los derechos antidumping es “contrarrestar o impedir el dumping”, impone a las autoridades investigadoras la obligación de elegir cualquier metodología determinada para comparar el valor normal y los precios de exportación de conformidad con el párrafo 4.2 del artículo 2 del *Acuerdo Antidumping* cuando calculan un margen de dumping. Tal como nosotros lo entendemos, la obligación dimanante de la finalidad de “contrarrestar o impedir el dumping” está clara en el texto del propio párrafo 2 del artículo VI, cuando se dice en él que un derecho antidumping “no excede[rá] del margen de dumping relativo a[l] [...] producto [objeto de dumping]”. Esta limitación de los derechos antidumping al margen de dumping es el único requisito que impone a las autoridades investigadoras la primera frase del párrafo 2 del artículo VI. Las normas precisas relativas a la determinación de si hay dumping y, en caso afirmativo, a la manera en que ha de calcularse el margen de dumping se enuncian, no en el párrafo 2 del artículo VI del GATT de 1994 sino, más bien, en el artículo 2 del *Acuerdo*

Antidumping, que es el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994. ...”¹³⁸

En el caso *Estados Unidos – Ley de Compensación*, el Órgano de Apelación se pronunció en el mismo sentido, haciendo referencia al caso *Estados Unidos – Ley de 1916*, en los siguientes términos:

“... Recordamos que, en el asunto *Estados Unidos – Ley de 1916*, dijimos que los elementos constitutivos del dumping se encuentran en la definición de éste que figura en el párrafo 1 del artículo VI del GATT de 1994, desarrollada en el artículo 2 del *Acuerdo Antidumping*.”¹³⁹

El pronunciamiento anterior se evidencia de manera indirecta en el pronunciamiento del Grupo Especial en el caso aludido anteriormente de *Estados Unidos – Ley de 1916 (CE)*, en el que se dice que no es suficiente demostrar una violación del artículo VI:1 del GATT para demostrar una violación del artículo 2 del Acuerdo Antidumping:

“En lo que se refiere a la infracción de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, tomamos nota de que las Comunidades Europeas simplemente declaran que los párrafos 1 y 2 del artículo 2 amplían las normas sobre la definición sustantiva del dumping. Las CE sí identificaron sus alegaciones relacionadas con los párrafos 1 y 2 del artículo 2 en su solicitud de establecimiento de un Grupo Especial. Pero, no consideramos que hayan establecido con precisión y aclarado progresivamente sus argumentos relativos a los párrafos 1 y 2 del artículo 2 durante el procedimiento. En particular, no presentaron ningún argumento o prueba que demostrara qué aspectos específicos de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 fueron infringidos y por qué. En nuestra opinión, confrontamos una situación similar a la que hacía referencia el Órgano de Apelación en *Japón – Productos agrícolas*. En el caso que nos ocupa, las CE no demostraron *prima facie* una infracción de los párrafos 1 y 2 del artículo 2. El hecho de que hayamos constatado una infracción del párrafo 1 del artículo VI del GATT

¹³⁸ CE – Accesorios de tubería, OA, ¶ 76.

¹³⁹ Estados Unidos – Ley de Compensación, OA, ¶ 240.

de 1994 no es en sí suficiente para llegar a la conclusión de que también se han infringido los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, si no se cuenta con pruebas y argumentos más específicos. De hecho, puede haber varias razones para alegar una infracción de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 que serían totalmente independientes de aquellas en las cuales nos basamos con respecto al artículo VI¹⁴⁰

3.2 *El artículo VI:7 del GATT y su aplicación al FEP para el Palmiste, el Aceite de palma y sus Fracciones.*

GATT, Artículo VI:7

(...)

Se presumirá que un sistema destinado a estabilizar el precio interior de un producto básico o el ingreso bruto de los productores nacionales de un producto de esta clase, con independencia de las fluctuaciones de los precios de exportación, que a veces tiene como consecuencia la venta de este producto para la exportación a un precio inferior al precio comparable pedido por un producto similar a los compradores del mercado interior, no causa un daño importante en el sentido del párrafo 6, si se determina, mediante consulta entre las partes contratantes que tengan un interés substancial en el producto de que se trate:

- a) que este sistema ha tenido también como consecuencia la venta del producto para la exportación a un precio superior al precio comparable pedido por el producto similar a los compradores del mercado interior; y
- b) que este sistema, a causa de la reglamentación efectiva de la producción o por cualquier otra razón, se aplica de tal modo que no estimula

¹⁴⁰ Estados Unidos, Ley de 1916 (CE), GE, ¶ 6.209.

indebidamente las exportaciones ni ocasiona ningún otro perjuicio grave a los intereses de otras partes contratantes”.

Es observable que este párrafo del artículo VI del GATT, hace referencia específica al daño “en el sentido del párrafo 6”. Ese párrafo dispone lo siguiente:

GATT, Artículo VI:6 (a)

(...)

Ninguna parte contratante percibirá derechos antidumping o derechos compensatorios sobre la importación de un producto del territorio de otra parte contratante, a menos que determine que el efecto del dumping o de la subvención, según el caso, sea tal que cause o amenace causar un daño importante a una rama de producción nacional ya existente o que retrase de manera importante la creación de una rama de producción nacional.

De acuerdo con el ámbito de aplicación desarrollado anteriormente, para efectos de la aplicación de cualquier medida específica contra el dumping de las exportaciones de otro miembro, este es un asunto que debe tenerse necesariamente en cuenta, pues su aplicación se refiere específicamente a asuntos relativos al daño y a la imposición de derechos antidumping, a los que de manera expresa aluden las normas desarrolladas en el punto anterior sobre el ámbito de aplicación.

Debe tenerse en cuenta que lo dispuesto en el artículo VI:7 del GATT consiste en una *presunción* de ausencia de daño. En principio, ello podría significar que no necesariamente habrá una exclusión de la imposición de derechos antidumping, pues consiste en una inversión de la carga de la prueba en el caso de una determinación de existencia de dumping. Sin embargo, esta

carga se encuentra en todo caso en cabeza de la autoridad investigadora de la parte afectada, con lo cual una inversión de la carga de la prueba en ese sentido no tendría mayores efectos. Por otra parte, en cuanto a los requisitos que se imponen como hipótesis para la aplicación de la presunción, la norma establece que la determinación que tales hipótesis debe hacerse “mediante consulta entre las partes contratantes que tengan un interés substancial en el producto de que se trate”, de manera tal que en este contexto, la presunción podría obedecer a una situación en la cual debe quedar establecido que no “causa o amenaza causar un daño importante” y que, por lo tanto, debe descartarse la posibilidad de imponer derechos antidumping.

Si la determinación de la existencia de dumping tuviere lugar respecto de las exportaciones de productos que han sido objeto del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones., el mismo AD de acuerdo con la jurisprudencia de la OMC en la materia, ordena que la imposición de derechos antidumping deba sujetarse a lo dispuesto en el artículo VI del GATT. Esa disposición, en el contexto que se estudia, implicaría, si se dan los presupuestos allí establecidos se presume la inexistencia de daño y por tanto, salvo prueba en contrario, no se impongan derechos antidumping. Los presupuestos, como ya se expresó se refieren a: i) que este sistema haya tenido también como consecuencia la venta del producto para la exportación a un precio superior al precio comparable pedido por el producto similar a los compradores del mercado interior; y ii) que el sistema se aplica de tal modo que no estimula indebidamente las exportaciones ni ocasiona ningún otro perjuicio grave a los intereses de otras partes contratantes,

4. Conclusiones.

- Es diferente la existencia de la práctica de dumping de la imposición de derechos antidumping. Si bien, los derechos correctivos presuponen la

existencia del dumping, no necesariamente toda práctica de dumping implica la imposición de estos derechos.

- El análisis de la aplicación del AD al FEP Palmero se desarrolla en este documento en forma general, planteando los riesgos en opinión de la Consultoría, podrían derivarse para las exportaciones de productos objeto de los mecanismos de estabilización en una eventual investigación por dumping en el marco de la OMC.
- El análisis jurídico no lleva a afirmar o negar la existencia de dumping en las exportaciones de Aceite de Palma, el Palmiste y sus fracciones y del biodiesel ni menos aún la aplicabilidad de derechos antidumping. La determinación de la existencia de dumping exige la comprobación de supuestos fácticos puntuales que solo pueden ser estudiados en un caso particular y concreto.
- El estudio comprende el análisis, de manera general, de los presupuestos de la existencia del dumping: “valor normal”, “precio de exportación”, y condiciones de “comparabilidad” La determinación del “valor normal” exige por su parte, que la comparación se realice teniendo en cuenta: i) que la venta se realice “en el curso de operaciones comerciales normales”; ii) que la venta recaiga sobre un “producto similar” al producto ; iii) que el producto esté “destinado al consumo en el país exportador” ; iv) que el precio sea “comparable”.
- La definición de valor normal, atada a operaciones comerciales normales, aplicada al FEP Palmero , debe construirse de manera particular y concreta atendiendo a los criterios propios de los productos objeto de cada investigación. No obstante en caso de presentarse una controversia multilateral al respecto, se sugiere considerar como lineamientos para determinar el alcance de lo que debe entenderse como “operaciones comerciales normales”:
 - El valor normal es el precio normal de un producto en el mercado interno del país exportador, en el periodo de análisis.

- La vinculación entre las partes objeto de la operación en el país de exportación, hace suponer la existencia de una operación que no se sujeta a los criterios de mercado, por lo cual pueden distorsionar la construcción del “valor normal”. Sin embargo, las transacciones entre partes independientes, también pueden generar operaciones en condiciones no normales.
- Para determinar si las operaciones son realizadas en el ámbito de “operaciones comerciales normales” debe consultarse, además del precio, las modalidades y condiciones de venta y no ceñirse exclusivamente al valor alto o bajo del precio en sí mismo. El estudio debe incluir tanto los precios altos como los bajos, el destino de exportación, las condiciones subjetivas de las partes y las características de la negociación particular, por cuanto estos factores pueden distorsionar la construcción del concepto.
- La investigación no puede adoptar normas ni métodos idénticos para todas y cada una de las ventas que puedan realizarse o no realizarse en el mercado, dados los numerosos tipos de transacciones que no se realizan “en el curso de operaciones comerciales normales”.
- Tanto la imparcialidad como la equidad rigen la construcción y el análisis puntual de lo que puede considerarse “operación comercial normal”.
- La *identidad* del vendedor del "producto similar" no es un motivo para excluir la utilización de reventas ulteriores al calcular el valor normal siempre que se cumplan las demás condiciones exigidas en el AD. si se efectúen los ajustes que permitan eliminar componentes adicionales de los precios, que podrían distorsionar la comparación.
- Para determinar el valor normal deben tomarse, en principio, todas las ventas del producto similar al producto investigado en

el mercado interno de exportación (Colombia), salvo aquellas que no puedan ser consideradas como “operación comercial normal”

- El elemento de la similitud implica comparaciones particulares que suponen la existencia de dos productos, situación que no se presenta con la información actualmente disponible en el caso del FEP Palmero. No obstante, de llegar a investigarse las exportaciones de un bien sometido a los mecanismos de dicho Fondo es preciso considerar, que el punto de partida de la comparación del valor normal es el bien producido por la rama de la producción nacional del país que inicie la investigación (“producto considerado”). Sólo a partir de esta determinación en el país importador, se analizará la identidad con el producto idéntico exportado por Colombia o, en su defecto, con el producto que comparta “características muy parecidas a las del producto considerado (producto similar)”.
- En el caso del FEP la similitud no presentaría ninguna duda respecto de las materias primas, objeto de estabilización del Fondo (palmiste y el aceite de palma,) pero no ocurre lo mismo con los productos intermedios y bienes finales que utilicen como materias primas estos productos para los cuales es determinante analizar los criterios de similitud enunciados por la jurisprudencia. En una eventual investigación por dumping, para garantizar una comparación equitativa entre los elementos de la ecuación para determinar la existencia de dumping, es preciso tener en cuenta que el “precio de exportación”, debe ser objeto de los mismos ajustes, cuando correspondiere, que los aplicados al valor normal.
- La "comparabilidad" exigida en el Acuerdo, es un término que no se puede definir en abstracto. Por ello, el Acuerdo no define su significado, pero incluye una lista no exhaustiva de factores que pueden influir en la comparabilidad de los precios.
- Las diferencias identificadas en relación con los productos vendidos en los dos mercados (interno y externo), deben influir en la *comparabilidad*

del valor normal y el precio de exportación para que sea aplicable la obligación de tener debidamente en cuenta esas diferencias. Pueden presentarse situaciones en las que aunque existan diferencias por ejemplo de costos o de valor de mercado que no influyen en la comparabilidad de los precios.

- En una posible controversia en el ámbito multilateral sobre productos objeto de los mecanismos de estabilización de ingresos del FEP Palmero , es importante tener presente que las cesiones y compensaciones de estabilización, pueden generar diferencias, tanto en el “valor normal” como en el “precio de exportación” del producto considerado y/o del producto similar. Estas diferencias influyen en la comparabilidad de los precios que son afectados en sentido positivo o negativo, y obligan a realizar los respectivos ajustes.
- El tema de dumping está regulado en el Artículo VI del GATT de 1994 y en el AD. Aún en el evento de comprobarse la existencia de dumping, en las exportaciones objeto del mecanismo de estabilización de ingresos del FEP Palmero, la imposición de derechos antidumping debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo VI párrafo 7 del GATT de 1994. Por tanto su adopción requiere que, previamente, se desvirtúe la presunción de inexistencia de daño allí consagrada.

SECCIÓN III. EL FEP PALMERO EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS DE INTEGRACION CELEBRADOS POR COLOMBIA.

Introducción

Las Secciones anteriores presentaron la normativa multilateral aplicable al FEP Palmero en materia de dumping y subvenciones, tomando como referente complementario la jurisprudencia desarrollada en la materia por Grupos Especiales y por el órgano de Apelación originada en controversias suscitadas por los Países Miembros en el marco de la OMC.

Conocido entonces, el marco multilateral aplicable a la operación del FEP, se hace necesario analizar de manera complementaria la normativa internacional que, a través de los acuerdos bilaterales suscritos por Colombia, regula la materia de subvenciones y dumping. Todo ello en el entendido de que la reglamentación analizada sólo será aplicable al FEP en el evento que llegare a concluirse que dicho mecanismo puede ser entendido como una subvención a las exportaciones o que las ventas a mercados externos pueden darse a precios de dumping, según el alcance que den a dichas figuras los acuerdos bajo estudio o la normativa de la OMC, cuando resultare aplicable por remisión.

En el marco descrito, este Capítulo se ocupará de analizar el tratamiento previsto en los siguientes escenarios de integración económica:

- Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos.

- Acuerdo de Cartagena por medio del cual se creó la Comunidad Andina entre Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú.
- Acuerdo entre Colombia y Guatemala, Honduras y El Salvador.
- Acuerdo de Colombia con Chile para la conformación de una zona de libre comercio.
- Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica celebrados por Colombia con México y Venezuela.
- Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica celebrados por Colombia, de manera individual o junto a otros países andinos, con los Estados Parte del Mercosur.
- Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio suscrito entre Colombia y los países pertenecientes a EFTA.
- Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio suscrito entre Colombia y Canadá.

1. **Acuerdos Bilaterales.**

1.1 *Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y los Estados Unidos en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS.*

El Capítulo 1 del Acuerdo suscrito con los Estados Unidos que para efectos de este documento denominaremos TLC, bajo el título Disposiciones Iniciales, en su artículo 1.1. regula la relación del TLC con otros acuerdos internacionales celebrados por las Partes y confirma de manera expresa las obligaciones existentes entre ellas en virtud del Acuerdo sobre la OMC y otros Acuerdos internacionales de que sean parte.

De manera concordante, al desarrollar el Capítulo 2 el tema de Acceso de Mercancías al Mercado, incorpora a la normativa bilateral el principio de trato nacional consagrado en el artículo III del GATT. A continuación, incluye temas

como la desgravación arancelaria, los regímenes especiales y las medidas no arancelarias, tema éste último que comprende la eliminación de restricciones a la importación y a la exportación.

En materia de restricciones a la importación o exportación, las Partes del TLC de un lado, ratifican el compromiso del GATT de no introducir a sus compras o ventas desde o hacia mercados externos restricciones de cualquier clase con excepción de las medidas permitidas en el artículo XI de dicho Acuerdo multilateral titulado *Eliminación general de las restricciones cuantitativas*. De otro lado, de manera expresa, reiteran la prohibición del GATT de: i) adoptar o mantener requisitos de precios de importación o exportación diferentes a los necesarios para ejecutar disposiciones y compromisos en materia de derechos antidumping y compensatorios; y ii) de establecer restricciones voluntarias a la exportación incompatibles con el Artículo VI del GATT, implementadas conforme a lo dispuesto en los Artículos 18 del ASCM “Compromisos”¹⁴¹ y el artículo 8.1. del AA “Compromisos relativos a los precios”.¹⁴²

¹⁴¹ Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, artículo 18, en adelante ASMC . Señala en el numeral 1: “18.1 Se podrán suspender o dar por terminados los procedimientos sin imposición de medidas provisionales o derechos compensatorios si se recibe la oferta de compromisos voluntarios satisfactorios con arreglo a los cuales: a) el gobierno del Miembro exportador conviene en eliminar o limitar la subvención o adoptar otras medidas respecto de sus efectos; o b) el exportador conviene en revisar sus precios de modo que la autoridad investigadora quede convencida de que se elimina el efecto perjudicial de la subvención. Los aumentos de precios estipulados en dichos compromisos no serán superiores a lo necesario para compensar la cuantía de la subvención. Es deseable que los aumentos de precios sean inferiores a la cuantía de la subvención si así bastan para eliminar el daño a la rama de producción nacional.”

¹⁴² Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT conocido como Acuerdo Antidumping en adelante A.A. Señala en el artículo 8.1. *Compromisos relativos a los precios:* “ Se podrán suspender o dar por terminados los procedimientos sin imposición de medidas provisionales o derechos antidumping si el exportador comunica que asume voluntariamente compromisos satisfactorios de revisar sus precios o de poner fin a las exportaciones a la zona en cuestión a precios de dumping, de modo que las autoridades queden convencidas de que se elimina el efecto perjudicial del dumping. Los aumentos de precios estipulados en dichos compromisos no serán superiores a lo necesario para compensar el margen de dumping. Es deseable que los aumentos de precios sean inferiores al margen de dumping si así bastan para eliminar el daño a la rama de producción nacional.”

Salvo las remisiones anteriormente citadas, el Capítulo 2 en las Secciones A a D referentes, en su orden, a *Trato Nacional, Desgravación Arancelaria, Regímenes Especiales y Medidas no Arancelarias*, aplicables con carácter general al comercio de mercancías de las Partes no hace referencia alguna al tema de Subvenciones o de Dumping ni, consecuentemente, a derechos compensatorios o derechos antidumping.

Sin embargo, la Sección E del Capítulo 2 del TLC que regula de manera especial la Agricultura, sector que corresponde al referido en el Artículo 2 del *Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC*, introduce en el artículo 2.16 de manera específica disposiciones en materia de “*Subsidios a la Exportación de productos agrícolas*”, que adicionan la normativa general que regula el acceso al mercado a que hacen referencia las Secciones anteriores. Consagra este artículo tres previsiones, a saber:

- Voluntad coincidente de las Partes de eliminar en el marco multilateral los subsidios a la exportación de productos agrícolas, trabajar conjuntamente para alcanzar la eliminación de subsidios mediante un Acuerdo en la OMC y velar por evitar su reintroducción en cualquier forma.
- Prohibición de adoptar o mantener cualquier subsidio a la exportación de cualquier mercancía agrícola al territorio de la otra Parte
- Aplicación excepcional por una de las Partes de subsidios en el caso de exportaciones subsidiadas de terceros países al territorio de otra de las Partes, previas las siguientes etapas: i) presentación por la Parte exportadora de solicitud escrita a la Parte importadora, celebración de consultas y acuerdo sobre imposición por la Parte importadora de medidas a las importaciones de terceros subsidiadas; y ii) negativa por la parte importadora de aplicar medidas a las importaciones subsidiadas por terceros países, pese a existir solicitud de la Parte exportadora y consenso en torno a las medidas a aplicar.

De manera complementario el Capítulo 2 del TLC señala que la expresión “subsidios a la exportación” tendrá “el significado asignado a dicho término en el artículo 1 e) del Acuerdo de la OMC sobre Agricultura incluyendo cualquier modificación de dicho Artículo ...” Por su parte el artículo mencionado define como Subsidio a la exportación “... las subvenciones supeditadas a la actuación exportadora, con inclusión de las enumeradas en el artículo 9 del presente Acuerdo”

Por su parte el Capítulo 8 del TLC, titulado “*Defensa Comercial*”, Sección B “*Antidumping y Derechos Compensatorios*”, artículo 8.8. consagra de un lado, que cada Parte conserva sus derechos y obligaciones en la materia de conformidad con la OMC respecto a la aplicación de derechos antidumping y compensatorios y de otro lado, que ninguna de las disposiciones del TLC incluidas las relativas a Solución de Diferencias se interpretará en el sentido de imponer cualquier derecho u obligación a las Partes con respecto a las medidas sobre derechos antidumping y compensatorios.

La lectura y análisis de las previsiones referidas, nos permiten afirmar que para los productos industriales el tema de subvenciones y dumping no se encuentra regulado de manera especial en el TLC, razón por la cual les resulta plenamente aplicable la normativa multilateral en la materia. Ello, teniendo en consideración de un lado, la reafirmación de carácter general que hacen las Partes de las obligaciones existentes entre ellas en virtud del Acuerdo de la OMC y de otro lado, la ratificación que, de manera específica, hacen posteriormente en el artículo 8.8. referido a la aplicación de las disposiciones de la OMC consagradas en el AA y el ASMC.

En el mismo sentido la voluntad de las Partes de aplicar los acuerdos multilaterales mencionados, se expresa en las previsiones consagradas en el artículo 2.8. del TLC que hacen remisión directa a los AA y ASMC. Es así, como

el artículo 2.8. de una parte permite con carácter excepcional determinar “requisitos de precios de importación” para la adopción de derechos antidumping y compensatorios y de otra parte, reitera la aplicación de los compromisos de precios previstos en los artículos 18 del ASMC y 8.1 del AA como una excepción a la prohibición de establecer restricciones voluntarias a las exportaciones.

En materia de dumping, es aún más clara la remisión que hace el TLC al ordenamiento bilateral, sin condiciones ni modificación de ninguna clase. Por tanto resultan directamente aplicables las consideraciones expresadas en la Sección Segunda de este documento.

1.1.1 Conclusión.

En el marco del TLC celebrado con los Estados Unidos, las prácticas de subvenciones a la exportación para el sector industrial y de reglamentación para hacer frente a prácticas de dumping no son objeto de desarrollo adicional al previsto en los acuerdos que regulan estos temas en la OMC, cuya normativa resulta aplicable en virtud de remisión expresa de los artículos 1.1. y 8.8. del TLC.

Para el ámbito agrícola en el cual se ubican los productos objeto del FEP Palmero, el TLC como ya se señaló, prohíbe de manera expresa a las partes adoptar o mantener “subsidios a la exportación”, medidas, cuyo ámbito y elementos, determina mediante remisión al ordenamiento multilateral. De esta manera, si como lo señalamos en la Sección Primera, los mecanismos de estabilización del FEP Palmero, en nuestra opinión, no constituyen subvención, estas medidas tampoco estarán proscritas en el ordenamiento bilateral.

En este contexto, el mecanismo del FEP sólo podría verse afectado en el marco bilateral, si llegara a entenderse que constituye una subvención en el marco multilateral, de acuerdo con los presupuestos allí establecidos, tema que como se expresó en las Secciones precedentes no se configura en las exportaciones objeto de los mecanismos de estabilización previstos en el FEP Palmero

1.2 *Acuerdo de Cartagena por el cual se crea la Comunidad Andina.*

Como marco normativo en materia de subvenciones se puede citar la Decisión 457 por la cual, se expiden normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.

1.2.1 Decisión 457 sobre subvenciones.

Para los efectos de la Decisión 457, se considera que existe una subvención cuando se otorga un beneficio mediante:

- Una contribución financiera del gobierno o cualquier organismo público en el territorio del país de origen o de exportación; ó
- Alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido previsto en el "*Artículo XVI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio del GATT de 1994*" sic

A continuación se analizará cada una de las causales legales citadas anteriormente, así:

1.2.1.1 Contribución financiera del gobierno.

Señala la Decisión de manera complementaria, que existe una contribución financiera de los gobiernos u organismos públicos cuando:

- La práctica del gobierno u organismo público implique una transferencia directa de fondos, o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos;
- Se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían.
- El gobierno u organismo público proporcione bienes o servicios que no sean de infraestructura general, o compren bienes; o,
- Cuando el gobierno u organismo público realice pagos a un sistema de financiación o encomiende a una entidad privada, una o más de las funciones descritas en los puntos anteriores que normalmente le incumbiría, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos u organismos públicos.

A continuación se analizará la transferencia directa de fondos o posibles transferencias de fondos o pasivos por parte del Gobierno por ser esta la única de las conductas gubernamentales previstas en la Decisión 457 que podría eventualmente imputarse al FEP. Las demás causales allí contempladas resultan perfectamente extrañas a la naturaleza misma del mecanismo y, por tanto, se considera que no requieren análisis especial.

La transferencia de fondos del gobierno exige como presupuesto la titularidad por su parte de los recursos correspondientes, es decir que estos sean públicos y que como tales formen parte del presupuesto estatal. Para el efecto resulta importante recordar las conclusiones de carácter preliminar sobre la naturaleza jurídica de las compensaciones de estabilización consignadas al

punto 3.3. del Capítulo 1, cuando al hacer referencia al régimen patrimonial del FEP, se destaca el carácter privado de sus recursos, esto es de las cesiones de estabilización que constituyen fuente de las compensaciones, así como la inexistencia de aportes del presupuesto nacional.

Por tanto, resulta imposible afirmar la transferencia por parte del Gobierno de unos fondos a productores, vendedores o exportadores que, como se demostró en el Capítulo “Del marco jurídico”, se originan en cesiones de carácter privado que una vez recaudadas se mantienen fuera del Presupuesto General de la Nación, ajenos a los ingresos de la Nación, para destinarlos al mismo sector que los aportó, de conformidad con los parámetros establecidos en la norma de su creación, sin que en ello intervenga actuación del gobierno: discrecional o reglada. En otras palabras, mal podría atribuirse al gobierno la transferencia de unos fondos cuando su origen, manejo y destino le resultan ajenos.

1.2.1.2 Forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido previsto en el Artículo XVI del GATT de 1994.

Si bien la normativa andina no hace una remisión total del tema de subvenciones al ordenamiento multilateral como ocurre en el Acuerdo suscrito por Colombia con los Estados Unidos, si difiere la configuración de una de las causales que configuran esta práctica al GATT de 1994 y en particular al Artículo XVI.

Por consiguiente, resultan aplicables al tema todas las consideraciones y conclusiones expuestas en la Sección Primera de este documento.

1.2.1.3 Conclusión

Las cesiones de estabilización no constituyen, en nuestra opinión, una subvención conforme al artículo 8 de la Decisión 457 por cuanto no se configura ninguna de las causales previstas para el efecto:

- a. No constituyen una transferencia por parte del Gobierno de fondos dada su naturaleza privada, la no participación de recursos públicos en su formación y su exclusión del Presupuesto General de la Nación.
- b. No constituyen una condonación o la abstención del gobierno de recaudar recursos públicos
- c. No puede ser considerada como forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido previsto en el Artículo XVI del GATT de 1994 dado que:
 - i) su objetivo es ordenar los flujos de comercialización y equilibrar los precios pagados al productor en el mercado interno y en el mercado de exportación para evitar el desabastecimiento del mercado doméstico cuando los precios del mercado foráneo resulten ser más favorables. Con el ordenamiento de los flujos de comercialización busca el FEP, cubrir de manera permanente las necesidades del mercado local y manejar la oferta exportable.
 - ii) el artículo XVI en cuanto se refiere a subvenciones a la exportación, no se aplica a productos primarios, y,
 - iii) de acuerdo con las notas Suplementarias del Artículo XVI no se considera subvención un mecanismo que puede tener como resultado la venta para la exportación a un precio superior al precio comparable pedido en el mercado interior.

1.2.2 Decisión 456 sobre Dumping.

Para efectos de la Decisión 456 se considera que un producto es objeto de dumping cuando su precio de exportación sea inferior al valor normal de un producto similar destinado al consumo o utilización en el país de exportación.

Para efectos de comparación y determinación del margen de dumping, la legislación andina en su artículo 8 considera como “valor normal” el precio realmente pagado o por pagar, por un producto similar al importado, cuando sea vendido para su consumo o utilización en el mercado interno del país de origen o de exportación, en operaciones comerciales normales. De manera complementaria, señala la normativa que para determinar el valor normal se utilizarán, en primera instancia, las ventas del producto similar destinado al consumo en el mercado interno del país exportador, siempre que dichas ventas representen como mínimo el cinco por ciento (5%) de las ventas del producto considerado al País Miembro importador. Sin embargo, podrá utilizarse un volumen inferior al cinco por ciento (5%) cuando los precios cobrados se consideren representativos del mercado de que se trate.

Tratándose de partes que estén asociadas o que hayan concertado entre sí un acuerdo de compensación, sus precios sólo podrán ser considerados como propios de operaciones comerciales normales y ser utilizados para establecer el valor normal, si se demuestra que no se ven afectados por dicha relación, siendo comparables a aquellos de las operaciones realizadas entre partes independientes.. Finalmente, el artículo 10 dispone que si el producto similar no es vendido en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país de origen, éste se podrá calcular indistintamente utilizando los precios de exportaciones realizadas a un tercer país apropiado, en el curso de operaciones comerciales normales siempre que dichos precios sean representativos, o sobre la base del costo de producción en el país de origen más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos, de venta, de carácter general y beneficios;

Como “precio de exportación” señala la Decisión en su artículo 12, el precio realmente pagado o por pagar por el producto vendido para su exportación hacia el País Miembro importador

Al igual que en el ordenamiento multilateral exige la norma andina la realización de una comparación equitativa entre los elementos anteriores, así como la realización de todos los ajustes que requieran “las circunstancias particulares de cada caso, para tener en cuenta diferencias en factores, que influyan en los precios y, por lo tanto, en la comparabilidad de éstos”

La configuración de un dumping en la aplicación del mecanismo del FEP que pudiera llegar a estimarse por la diferencia entre el precio de exportación y el valor normal, se desvirtúa si se considera en primer lugar, que la compensación de estabilización actúa con el único objeto de equilibrar los ingresos de los productores en las ventas realizadas en el mercado externo y el mercado local, sin que en ningún caso busque ni logre, ni pueda llegar a lograr, reducir los precios de exportación a niveles inferiores a los precios domésticos; y en segundo lugar, que la escasa participación de la oferta exportable colombiana en el mercado internacional de palma, aceite de palma y sus fracciones, lo ubica como tomador de los precios fijados por los principales proveedores internacional.

Por tanto, debe tenerse en cuenta en una investigación en la materia que entre los ajustes que deben efectuarse por las autoridades para hacer comparables el “precio de exportación” y el “valor normal” es preciso incluir las cesiones y las compensaciones realizadas durante el período de análisis en el mercado interno y en las ventas al exterior; las cuales se convierten en ajustes positivos o negativos, según el caso, a uno u otro de los extremos de la relación determinante del margen de dumping,

Como antecedente jurisprudencial es importante tener en cuenta la decisión adoptada por la Secretaría General de la CAN mediante Resolución 844. En dicha providencia la autoridad investigadora se abstuvo de imponer

derechos antidumping por inexistencia de margen de dumping determinado al considerar como ajustes las cesiones efectuadas a las exportaciones que, para el período investigado, y de acuerdo a la normativa aplicable entonces, se denominaban “reintegros”.

1.2.2.1 Conclusión.

La similitud de la normativa andina con la regulación multilateral en materia de dumping hace aplicables para el FEP Palmero todas las consideraciones expuestas sobre el particular en la Sección Segunda de este documento, especialmente la referida a la necesidad de incluir los mecanismos de estabilización del FEP, cesiones y/o compensaciones, como ajustes negativos o positivos en los elementos determinantes de la existencia de dumping, así como la comparación que de promedios ponderados.

1.3 *Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y El Salvador, Guatemala y Honduras, países denominados “Triángulo Norte de Centroamérica”, celebrado en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS.*

En el Capítulo 1 del Acuerdo, bajo el título Disposiciones Iniciales, se regula en el artículo 1.3. la relación del Acuerdo con otros acuerdos internacionales, y se confirman las obligaciones existentes entre las Partes en virtud del Acuerdo sobre la OMC y otros Acuerdos internacionales de que sean parte.

De manera concordante, al desarrollar el Capítulo 3 del Acuerdo el tema de Acceso de Mercancías al Mercado, reitera el principio de trato nacional consagrado en el artículo III del GATT, y consagra, además de la desgravación arancelaria, la eliminación de Restricciones a la importación y a la exportación.

Como en el Acuerdo celebrado por Colombia con los Estados Unidos, en el presente Acuerdo, en materia de restricciones a la importación o exportación, las Partes de un lado ratifican el compromiso del GATT de no introducir en la importación o exportación restricciones de cualquier clase con excepción de las medidas permitidas en el artículo XI de dicho Acuerdo titulado *Eliminación general de las restricciones cuantitativas*. De otro lado, de manera expresa, reiteran la prohibición del GATT de: i) adoptar o mantener requisitos de precios de importación o exportación diferentes a los necesarios para ejecutar disposiciones y compromisos en materia de derechos antidumping y compensatorios y, ii) de establecer restricciones voluntarias a la exportación incompatibles con el Artículo VI del GATT, implementadas conforme a lo dispuesto en los Artículos 18 del ASCM “Compromisos” y el artículo 8.1. del AA “Compromisos relativos a los precios”.

Salvo las remisiones anteriormente citadas, el Capítulo 3 en las Secciones I a IV referentes, en su orden, a Trato Nacional, Programa de Desgravación de Aranceles Aduaneros, Regímenes Especiales y Medidas no Arancelarias, aplicables con carácter general al comercio de mercancías de las Partes, no hace referencia alguna al tema de Subvenciones o de Dumping ni, consecuentemente, a derechos compensatorios o derechos antidumping.

Sin embargo, la Sección V del Capítulo 3 que regula de manera especial la Agricultura, sector que corresponde al referido en el Anexo 1 del Artículo 2 del Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC, introduce en el artículo 3.15 de manera específica disposiciones en materia de Subsidios a la Exportación de Productos Agropecuarios entendiendo por tales “*aquellos incluidos en el Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC incluyendo cualquier modificación posterior*” sobre los siguientes temas:

- Voluntad coincidente de las partes en lograr la eliminación en el marco multilateral de los subsidios a la exportación de productos

agrícolas y cooperar para alcanzar un Acuerdo en la OMC en este sentido

- Prohibición de mantener, introducir o reintroducir subsidios a la exportación de productos agropecuarios en su comercio recíproco.

De otra parte, en el Capítulo 8 *Medidas Antidumping y Compensatorias*, el Acuerdo regula el tema con una Disposición Única que señala que cada Parte conserva sus derechos y obligaciones de conformidad con el Acuerdo de la OMC con respecto a la aplicación de derechos antidumping y compensatorios.

1.3.1 Conclusión.

La similitud de textos del Acuerdo celebrado por Colombia con los Estados Unidos a que se hizo referencia en el punto 1 de esta Sección y el Acuerdo celebrado por Colombia con los países del Triángulo Norte de Centroamérica, hacen que las consideraciones y conclusiones allí expuestas, sean totalmente aplicables a este Acuerdo.

1.4 *Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y Chile en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS.*

Al igual que en los Acuerdos celebrados por Colombia con Estados Unidos y con algunos países centroamericanos, en el Acuerdo con Chile las Partes confirman las obligaciones existentes entre ellas en virtud del Acuerdo sobre la OMC y otros acuerdos internacionales de que sean parte. Asumen, igualmente, compromisos similares en materia de Trato Nacional, incorporando el Acuerdo el Artículo III del GATT y prevén la eliminación de restricciones a las importaciones y exportaciones con el mismo texto empleado en los Acuerdos de que tratan los Acuerdos celebrados por Colombia con los Estados

Unidos y con el Triángulo Norte de Centroamérica analizados anteriormente en la presente Sección a los puntos 2.1. y 2.3.

En materia de Subsidios a las Exportaciones Agropecuarias el artículo 3.5. del Acuerdo en primer término, expresa la coincidencia de las Partes en la eliminación de los subsidios a la exportación de productos agrícolas en el marco multilateral y su voluntad de trabajar, conjuntamente, para alcanzar la eliminación de subsidios mediante un Acuerdo en la OMC y velar por evitar su reintroducción en cualquier forma. En segundo lugar, prohíbe a las Partes adoptar o mantener cualquier subsidio a la exportación de cualquier mercancía agrícola al territorio de la otra Parte. En último lugar, define el término “*subsidio a la exportación*” como las subvenciones supeditadas a la actuación exportadora, con inclusión de las enumeradas en el artículo 9 del Acuerdo sobre la Agricultura.¹⁴³

¹⁴³Acuerdo sobre la Agricultura Anexo al Acuerdo de la OMC. Artículo 9 - Compromisos en materia de subvenciones a la exportación

1. Las subvenciones a la exportación que se enumeran a continuación están sujetas a los compromisos de reducción contraídos en virtud del presente Acuerdo:

a) el otorgamiento, por los gobiernos o por organismos públicos, a una empresa, a una rama de producción, a los productores de un producto agropecuario, a una cooperativa u otra asociación de tales productores, o a una entidad de comercialización, de subvenciones directas, con inclusión de pagos en especie, supeditadas a la actuación exportadora; b) la venta o colocación para la exportación por los gobiernos o por los organismos públicos de existencias no comerciales de productos agropecuarios a un precio inferior al precio comparable cobrado a los compradores en el mercado interno por el producto similar; c) los pagos a la exportación de productos agropecuarios financiados en virtud de medidas gubernamentales, entrañen o no un adeudo en la contabilidad pública, incluidos los pagos financiados con ingresos procedentes de un gravamen impuesto al producto agropecuario de que se trate o a un producto agropecuario del que se obtenga el producto exportado; d) el otorgamiento de subvenciones para reducir los costos de comercialización de las exportaciones de productos agropecuarios (excepto los servicios de asesoramiento y promoción de exportaciones de amplia disponibilidad) incluidos los costos de manipulación, perfeccionamiento y otros gastos de transformación, y los costos de los transportes y fletes internacionales; e) las tarifas de los transportes y fletes internos de los envíos de exportación establecidas o impuestas por los gobiernos en condiciones más favorables que para los envíos internos; f) las subvenciones a productos agropecuarios supeditadas a su incorporación a productos exportados.

2. a) Con la excepción prevista en el apartado b), los niveles de compromiso en materia de subvenciones a la exportación correspondientes a cada año del período de aplicación, especificados en la Lista de un Miembro, representan, con respecto a las subvenciones a la exportación enumeradas en el párrafo 1 del presente artículo, lo siguiente: i) en el caso de los compromisos de reducción de los desembolsos presupuestarios, el nivel máximo de gasto destinado a tales subvenciones que se podrá asignar o en que se podrá incurrir ese año con

Idéntica situación se presenta con la regulación en el Capítulo 8 Defensa Comercial de los Derechos Antidumping y Compensatorios con un texto igual al del Acuerdo Colombia- Estados Unidos.

La similitud de textos obliga a formular las mismas consideraciones que en los casos anteriores, debiendo afirmar, al igual que en ellos, que el mecanismo del FEP sólo podrá verse afectado en el marco bilateral, si llega a

respecto al producto agropecuario o grupo de productos agropecuarios de que se trate; y ii) en el caso de los compromisos de reducción de la cantidad de exportación, la cantidad máxima de un producto agropecuario, o de un grupo de productos, respecto a la cual podrán concederse en ese año tales subvenciones.

b) En cualquiera de los años segundo a quinto del período de aplicación, un Miembro podrá conceder subvenciones a la exportación de las enumeradas en el párrafo 1 *supra* en un año dado por encima de los correspondientes niveles de compromiso anuales con respecto a los productos o grupos de productos especificados en la Parte IV de la Lista de ese Miembro, a condición de que:

i) las cuantías acumuladas de los desembolsos presupuestarios destinados a dichas subvenciones desde el principio del período de aplicación hasta el año de que se trate no sobrepasen las cantidades acumuladas que habrían resultado del pleno cumplimiento de los correspondientes niveles anuales de compromiso en materia de desembolsos especificados en la Lista del Miembro en más del 3 por ciento del nivel de esos desembolsos presupuestarios en el período de base;

ii) las cantidades acumuladas exportadas con el beneficio de dichas subvenciones a la exportación desde el principio del período de aplicación hasta el año de que se trate no sobrepasen las cantidades acumuladas que habrían resultado del pleno cumplimiento de los correspondientes niveles anuales de compromiso en materia de cantidades especificados en la Lista del Miembro en más del 1,75 por ciento de las cantidades del período de base;

iii) las cuantías acumuladas totales de los desembolsos presupuestarios destinados a tales subvenciones a la exportación y las cantidades que se beneficien de ellas durante todo el período de aplicación no sean superiores a los totales que habrían resultado del pleno cumplimiento de los correspondientes niveles anuales de compromiso especificados en la Lista del Miembro; y

iv) los desembolsos presupuestarios del Miembro destinados a las subvenciones a la exportación y las cantidades que se beneficien de ellas al final del período de aplicación no sean superiores al 64 por ciento y el 79 por ciento, respectivamente, de los niveles del período de base 1986-1990. En el caso de Miembros que sean países en desarrollo, esos porcentajes serán del 76 y el 86 por ciento, respectivamente.

3. Los compromisos relativos a las limitaciones a la ampliación del alcance de las subvenciones a la exportación son los que se especifican en las Listas.

4. Durante el período de aplicación, los países en desarrollo Miembros no estarán obligados a contraer compromisos respecto de las subvenciones a la exportación enumeradas en los apartados d) y e) del párrafo 1 *supra*, siempre que dichas subvenciones no se apliquen de manera que se eludan los compromisos de reducción.

calificarse como subvención violatoria del marco multilateral, tema este que será objeto de análisis posterior.

1.5 *Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica celebrado en el marco de la ALADI por Colombia con México y Venezuela TLC G-3 para la conformación de una zona de libre comercio en el marco del tratado de Montevideo.*

En materia de subsidios, el TLC G-3 regula de manera diferente los bienes industriales y los agrícolas como se verá a continuación.

1.5.1 Bienes industriales.

En materia de subsidios para bienes industriales, el artículo 9-02 bajo el título *Subsidios a la exportación*, prohíbe a las Partes otorgar subsidios en sus ventas externas destinadas a los mercados de las Partes.

De manera complementaria el artículo 9-03 faculta a las Partes para aplicar cuotas compensatorias conforme a su legislación interna, al Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT, al Acuerdo Relativo a la Interpretación y Aplicación de los artículos VI, XVI del GATT en caso de presentarse situaciones en las que, mediante un examen objetivo basado en pruebas positivas se determine la existencia de importaciones:

- a. A precios de dumping
- b. De bienes que hubieren recibido subsidios para su exportación, incluyendo subsidios distintos a los que se otorgan a las exportaciones, que influyan desfavorablemente en las condiciones de competencia normal; y
- c. Se compruebe la existencia de daño o amenaza de daño a la producción nacional de bienes idénticos o similares en la Parte importadora o el

retraso significativo al inicio de esa producción, como consecuencia de esas importaciones de bienes idénticos o similares, provenientes de otra Parte.

1.5.2 Bienes agrícolas.

Los subsidios a la exportación de bienes del sector agropecuario¹⁴⁴ se rigen conforme a lo establecido en el capítulo V, “Sector Agropecuario y Medidas sanitarias y Fitosanitarias”, Sección A.

Para el efecto se define como subsidio a la exportación, entre otros mecanismos,

“los pagos a la exportación de bienes del sector agropecuario financiados en virtud de medidas gubernamentales, con independencia de que esos pagos supongan o no un cargo en el presupuesto público, incluidos los financiados con cargo a ingresos procedentes de un gravamen impuesto al bien del sector agropecuario de que se trate o al bien del sector agropecuario del que se obtenga el bien exportado”.

El tratamiento dado a los subsidios se aplica sólo a los productos incluidos en el Programa de Liberación respecto de los cuales deben desmontarse los subsidios de manera gradual previendo que una vez concluida la desgravación, ninguna Parte podrá mantener o introducir subsidios a la exportación de bienes del sector agropecuario en su comercio recíproco. Además, las Partes renuncian a los derechos que el GATT les confiera para utilizar subsidios a la exportación de bienes del sector agropecuario en su comercio recíproco, así como a los derechos respecto al uso de estos subsidios que pudieran resultar de negociaciones multilaterales en materia agropecuaria en el marco del GATT.

¹⁴⁴ Por bienes del sector agropecuario se entienden las mercancías que clasifican por los Capítulos 1 a 24 del Arancel de Aduanas, con excepción de los pescados, productos del pescado adicionado por algunas partidas identificadas de manera puntual en el artículo 5-01,

Como puede apreciarse el Tratado es más riguroso en el tema de subvenciones a bienes agrícolas que el GATT en el Acuerdo sobre la Agricultura, en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y en los artículos VI y XVI. Llega, inclusive, a obligar a las Partes a renunciar a aquellos derechos conferidos en el marco multilateral. De esta manera, a diferencia de los casos anteriores, el tratamiento de los subsidios en el TLC G-3 debería analizarse por fuera del marco de la OMC sujetándose exclusivamente a la normativa bilateral.

No obstante lo anterior antes de proceder al análisis del tema es preciso considerar que:

- De conformidad con el artículo 5-04 numeral 3 del TLC G-3 “*Las Partes exceptúan del Programa de Desgravación los bienes del sector agropecuario de conformidad con el anexo 2 a este artículo.*”
- De manera concordante, las obligaciones en materia de eliminación de subvenciones sólo se aplican a los bienes incluidos en el programa de Desgravación de acuerdo con el artículo 5-08 numeral 2 que señala: “*2. Las Partes eliminarán gradualmente los subsidios a la exportación para los bienes del sector agropecuario incorporados al Programa de Desgravación de la siguiente manera...*”
- El aceite de palma, el palmiste y sus fracciones clasificados por las subpartidas 1511.10.00 y 1511.90.00 están incluidos en el Anexo 2 del artículo 5-04 como Bienes excluidos del Programa de Liberación. En consecuencia no les son aplicables las obligaciones previstas en el Acuerdo en materia de eliminación de subvenciones.

1.5.3 Conclusiones.

Para el sector industrial el TLC G-3 regula el tema de subsidios y dumping de manera conjunta remitiéndose a la normativa OMC. Por tanto resultan aplicables las consideraciones expuestas en las Secciones Primera y Segunda de este documento.

Cabría entonces analizar sólo el tratamiento del biodiesel, producto industrial que se sometería de conformidad con el artículo 9-02 a las disciplinas del GATT, debiendo demostrarse en este caso la existencia de una subvención conforme a los artículos VI, XVI y el ASMC, situación similar a la presentada en los Acuerdos celebrados por Colombia con Estados Unidos, Chile, países centroamericanos que se analizaron en los puntos 2.1, 2.3 y 2.4 anteriores.

Para el sector agrícola, el TLC G-3 adopta en materia de subvenciones una normativa especial y diferente de las disciplinas multilaterales. Sin embargo, limita el ámbito de aplicación de esta normativa especial a los productos incluidos en el Programa de Liberación Comercial. El aceite de palma, el palmiste y sus fracciones clasificados por las subpartidas 1511.10.00 y 1511.90.00 se encuentran en el Listado de bienes excluidos del Programa de Liberación según el Anexo 2 del artículo 5-04. En consecuencia, no les son aplicables las obligaciones previstas en el Acuerdo en materia de eliminación de subvenciones

1.6 Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica celebrado en el marco de la ALADI por Colombia, Ecuador y Venezuela países miembros de la CAN con Brasil, Uruguay, Paraguay y Argentina, Estados Parte del Mercosur, al amparo del Tratado de Montevideo 1980.

En materia de medidas antidumping y compensatorias de conformidad con el Título V del Acuerdo las Partes acuerdan regirse por sus propias legislaciones que deberán ser acordes con el Artículo VI del GATT y con el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC

Adicionalmente en materia de subvenciones, las Partes condenan toda práctica desleal de comercio y se comprometen a cumplir los compromisos asumidos en el ámbito de la OMC, sin perjuicio de que conforme al artículo 18 del Acuerdo se obliguen, adicionalmente, a eliminar las medidas que puedan causar distorsiones al comercio bilateral, de conformidad con lo dispuesto en la OMC.

En ese sentido, las Partes Signatarias acuerdan tratamientos diferentes para el sector industrial y el sector agrícola. Para el primero, se obligan a no aplicar al comercio recíproco subvenciones que resulten contrarias a lo dispuesto en la OMC. Para el segundo, se proscriben igualmente aplicar cualquier forma de subvenciones a la exportación, pero adicionalmente se señala que cuando una Parte decida apoyar a sus productores agropecuarios, orientará sus políticas de apoyo interno hacia aquellas que: i) no tengan efectos de distorsión o los tengan mínimos sobre el comercio o la producción; o ii) estén exceptuadas de cualquier compromiso de reducción conforme al Artículo 6.2 del Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC y sus modificaciones posteriores.

Los productos que no cumplan con lo dispuesto en este Artículo no se beneficiarán del Programa de Liberación Comercial, pudiendo la Parte afectada

suspender los beneficios que de dicho Programa pudieren derivarse, previa celebración de consultas entre las Partes y verificación de la existencia de la subvención.

La lectura de las normas acordadas nos permite afirmar que en materia de dumping y subvenciones, el Acuerdo hace una remisión a la normativa de la OMC en el sentido de: i) prohibir para el sector industrial la aplicación de subvenciones contrarias a dicho ordenamiento; y ii) señalar que la adopción de medidas antidumping y compensatorias se regirá por las legislaciones nacionales que, a su vez, deben ser acordes con la normativa multilateral. Situación similar se presenta en el sector agropecuario cuando el Acuerdo hace remisión al Acuerdo sobre la Agricultura incorporando al comercio recíproco bilateral, las causales de exoneración del cumplimiento de los compromisos de reducción a la ayuda interna establecidos en el artículo 6.2 del Acuerdo.

1.6.1 Conclusiones.

Las consideraciones anteriores respecto de este Acuerdo llevan a concluir en sentido similar al expuesto para los Acuerdos analizados a los puntos 1, 3, 4 y 5 de este documento sobre la aplicabilidad en los Acuerdos bilaterales del estudio del FEP frente a la normativa multilateral. En otras palabras, si el mecanismo del FEP es consistente con los artículos VI y XVI del GATT y los Acuerdos multilaterales que desarrollan el tema, lo será igualmente con las disciplinas bilaterales.

1.7 *Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y los países EFTA en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS.*

Colombia, conjuntamente con Perú, negoció la firma de un tratado de libre comercio con los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC/EFTA por sus siglas en inglés): Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein. Estas negociaciones se llevaron a cabo durante los años 2007 y 2008.

El tratado contiene un acuerdo principal, y listas independientes en lo que al tema agrícola se refiere, para el comercio entre Colombia y Suiza, Noruega e Islandia.

En el Acuerdo Principal queda establecido el artículo 1.4 que regula la relación del Acuerdo con otros acuerdos internacionales celebrados por las Partes. En este se confirman los derechos y obligaciones en virtud del acuerdo sobre la OMC y sobre los otros acuerdos de los cuales sean parte.

En lo que respecta al comercio de mercancías, de manera paralela se incorpora a lo largo del capítulo 2 el principio de trato nacional consagrado en el artículo 2.11 III del GATT¹⁴⁵. A continuación incluye temas como la desgravación arancelaria, tasa base y las medidas no arancelarias, tema éste último que comprende la eliminación de restricciones a la importación y a la exportación incorporando *mutatis mutandi* el artículo XI del GATT 1994.

Ahora bien en lo que respecta al tema de subsidios y medidas compensatorias se tiene a lo dispuesto en el artículo 2.15 mediante el cual se hace remisión directa a los artículos VI y XVI del GATT de 1994 y a los

¹⁴⁵ A excepción de lo dispuesto en el Anexo X, que hace referencia a restricciones a la importación y a la exportación, como se verá más adelante.

dispuesto en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC. Sin embargo, se hace claridad en que, antes de que una parte inicie una investigación para determinar la existencia, el grado y el efecto de cualquier subsidio alegado en Colombia o en un estado AELC, de acuerdo al artículo 11 del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la OMC, la parte que considere iniciar la investigación tiene la obligación de notificar por escrito a la otra parte, y debe otorgar un periodo de 30 días, con el único propósito de encontrar una solución mutuamente aceptable.

En lo que respecta a la reglamentación anti-dumping el artículo 2.16 hace remisión directa a la normativa multilateral, específicamente al Artículo VI del GATT de 1994, y al Acuerdo Antidumping de la OMC. Sin embargo, y al igual que en lo que a subsidios y medidas compensatorias se refiere, en este artículo se instauran las consultas previas antes de iniciar el procedimiento antidumping de la OMC¹⁴⁶.

En este punto vale la pena resaltar que en lo que a las consultas previas se refiere, el acuerdo comercial se encarga de constituir el Comité Conjunto entendido como un organismo de notificación y consultivo, en una etapa previa antes de iniciar cualquier procedimiento, buscando de esta manera una solución mutuamente convenida por las partes.

En materia de restricciones a la importación y exportación y trato nacional, se encuentra establecido en el Anexo X las excepciones a lo determinado en el Acuerdo General (específicamente en los Artículos 2.9 y 2.11), entre las cuales se encuentran:

¹⁴⁶ Artículo 2.16 Antidumping: 2. Cuando una parte reciba una solicitud debidamente documentada, y antes de iniciar una investigación en virtud del Acuerdo Antidumping de la OMC, la parte notificará por escrito a la otra parte cuyas mercancías supuestamente están siendo importadas en condiciones de dumping, y permitirá la realización de consultas en un periodo de 20 días, con miras a lograr una solución mutuamente satisfactoria. Si tal solución no puede ser alcanzada, cada Parte conserva sus derechos y obligaciones conforme al Artículo VI del GATT y del Acuerdo Antidumping de la OMC.

- Controles sobre la exportación de café, de conformidad con la Ley 9 del 17 de enero de 1991.
- Medidas relacionadas con la aplicación de impuestos a las bebidas con un contenido de alcohol de al menos 2.5%, de conformidad con la Ley 788 del 27 de diciembre de 2002 y la Ley 223 del 22 de diciembre de 1995, hasta dos años después de la fecha de entrada en vigor de este acuerdo.
- Controles a la importación de mercancías, de conformidad con el Artículo 3 del Decreto 3803 de 2006, excepto los controles a las mercancías remanufacturadas.
- Controles a la importación de vehículos automotores, incluyendo vehículos usados y vehículos nuevos cuya disposición se realice después de los dos años siguientes a la fecha de su fabricación de conformidad con el Decreto 3803 del 2006.

De la misma forma determina que la modificación o renovación de estas medidas serán permitidas siempre y cuando cumplan con las disposiciones del acuerdo.

Por otra parte es importante resaltar que en los acuerdos agrícolas que se celebran de manera independiente con Suiza, Islandia y Noruega, se ratifican nuevamente los compromisos adquiridos y se realiza remisión expresa a la normativa multilateral. En estos acuerdos agrícolas bilaterales, en lo que respecta a los subsidios a la exportación se determina que se deben eliminar los subsidios a las exportaciones a la entrada en vigencia del acuerdo, según definición OMC. De la misma manera, se establece que se podrá aumentar el arancel hasta el nivel de Nación Más favorecida por existencia de subsidios a la exportación, con una notificación previa de 30 días. Esta determinación de los acuerdos bilaterales, también se aplica al anexo de los productos agrícolas procesados, que hace parte integrante del acuerdo principal.

1.7.1 Conclusiones.

La lectura y análisis de las previsiones referidas, nos permiten afirmar que es plenamente aplicable la normativa multilateral en la materia. Ello teniendo en consideración de un lado, la reafirmación de carácter general que hacen las Partes de las obligaciones existentes entre ellas en virtud del Acuerdo de la OMC y de otro lado, la ratificación que de manera específica hacen posteriormente a la aplicación de las disposiciones de la OMC consagradas en el AA y el ASMC.

En este contexto el mecanismo del FEP sólo podría verse afectado en el marco bilateral, si previamente llegara a entenderse que constituye una subvención en el marco multilateral, o si de conformidad con el Acuerdo Antidumping se estableciere que las exportaciones colombianas son objeto de dumping y, que se dan los presupuestos de daño grave o amenaza de daño grave previstos de dicho Acuerdo tema este que será objeto de análisis posterior.

1.8 *Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y Canadá en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el Artículo V del AGCS.*

1.8.1 Disposiciones Generales.

En el Capítulo 1 Disposiciones Generales, Artículo 102, las Partes reafirman sus derechos y obligaciones adquiridos en virtud de la OMC y de los demás Acuerdos de que sean parte; así mismo afirman que en caso de incompatibilidad entre las disposiciones de esos acuerdos y las del Acuerdo Canadá - Colombia, prevalecerán estas últimas salvo que en este Acuerdo se disponga otra cosa

Señalan expresamente en el artículo 105 que cuando en el Acuerdo se haga referencia a otros acuerdos o instrumentos jurídicos en todo o en parte, esta referencia incluirá las disposiciones citadas, así como las Notas de pie de página y las notas interpretativas.

En materia de Trato Nacional el Artículo 201 del Acuerdo incorpora el artículo III del GATT DE 1994 y sus notas interpretativas, tanto a nivel nacional como a nivel subnacional. (para Canadá, gobiernos provinciales, subregionales o locales; para Colombia, república unitaria, no se aplica)

En materia de eliminación de restricciones a la importación y exportación de manera expresa se prohíbe mantener requisitos de precios de importación y exportación, salvo los necesarios para atender compromisos en materia de derechos antidumping o compensatorios. Se prohíbe igualmente mantener restricciones voluntarias a la exportación incompatibles con el artículo VI del GATT de 1994 tal y como fueron implementadas de conformidad con el artículo 18 del Acuerdo SMC y 8.1 del Acuerdo AD.

1.8.2 Subvenciones a las exportaciones y Ayudas Internas para mercancías agrícolas.

La Sección E “Agricultura” del Capítulo 2 del Acuerdo “Trato Nacional y Acceso a Mercados de Mercancías”, al señalar el ámbito y cobertura de la Sección prevé en el artículo 213 que, en caso de incompatibilidad de las disposiciones allí contenidas, con las consagradas en otra Sección o Capítulo del Acuerdo, prevalecerán las normas especiales de la Sección de Agricultura.

En materia de subvenciones a las exportaciones de mercancías agrícolas, las partes: expresan: i) su voluntad coincidente de trabajar conjuntamente para eliminar en el marco multilateral las subvenciones a la agricultura y evitar su reintroducción; ii) prohíben que cualquiera de ellas mantenga, introduzca o

reintroduzca subvenciones a los productos agrícolas sobre las mercancías originarias o enviadas desde su territorio que sean exportadas directa o indirectamente al territorio de la otra parte; y iii) si una Parte mantiene, introduce o reintroduce subvenciones a productos agrícolas exportados al territorio de otra Parte, las Partes entrarán en consultas para acordar medidas específicas para contrarrestar los efectos de la subvención. En caso de no obtenerse acuerdo en las consultas la Parte importadora podrá adoptar medidas, incluyendo el aumento del arancel a los productos originarios de la Parte exportador hasta el nivel del arancel NMF.

Para la definición del ámbito de las mercancías agrícolas el Acuerdo hace remisión al artículo 2 del Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC.

Para la definición de la expresión “subvenciones a las exportaciones agrícolas”, el Acuerdo se remite a la definición del término consagrada en el Acuerdo sobre la Agricultura, artículo 1, literal e) según el cual “por subvención a la exportación” se entiende las subvenciones supeditadas a la actuación exportadora, con inclusión de las enumeradas en el artículo 9 del presente Acuerdo

1.8.3 Ayudas Internas.

En materia de ayudas internas las Partes acuerdan cooperar en las negociaciones agrícolas de la OMC a fin de lograr una reducción sustancial de las medidas que distorsionan la producción y el comercio. Si alguna de las Partes mantiene, introduce o reintroduce una medida de ayuda interna que en concepto de la otra parte distorsiona el comercio, las partes celebrarán consultas con miras a eliminar la anulación o menoscabo de las concesiones otorgadas.

1.8.4 Medidas Antidumping y Compensatorias para mercancías no agrícolas.

En materia de Medidas Antidumping y compensatorias, el Capítulo 7, Sección B) artículos 702 dispone que cada parte mantiene sus derechos y obligaciones conforme al Acuerdo sobre la OMC e inclusive excluye los temas de dumping y subvenciones del ámbito de aplicación del Acuerdo, incluido el Capítulo 21 referido a Solución de Controversias. Reitera que ninguna disposición del Acuerdo puede interpretarse en el sentido de imponer derechos o conferir obligaciones a las Partes en la materia. Reitera la jurisdicción exclusiva de la OMC en materia de controversias.

La normatividad a que se ha hecho referencia permite afirmar en primer término que mientras las prácticas de dumping en las exportaciones de una de las Partes de cualquier tipo de bienes, así como las subvenciones que una de ellas pudiere otorgar a las exportaciones dirigidas a la otra Parte de bienes industriales, se regula en su totalidad por el AD ó el ASMC de la OMC, el tema de las subvenciones y de ayudas internas en el ámbito agrícola tiene reglamentación especial, aunque referida a la normativa multilateral.

En este contexto, la aplicación de la prohibición I de mantener, introducir o reintroducir una subvención a la exportación o la obligación de adelantar el procedimiento de consultas para eliminar la anulación o menoscabo que pudiere ocasionar una ayuda interna que distorsione el comercio, se condiciona en el ámbito bilateral a la comprobación de los mismos supuestos fácticos que conforme al AA y al ASMC determinan la existencia de una subvención o la presencia de una ayuda interna.

Por tanto, para efectos del FEP Palmero resultan plenamente aplicables las consideraciones expuestas en la Sección Primera. En efecto, si de conformidad con el análisis allí realizado los mecanismos de estabilización del FEP no constituyen una subvención o una ayuda interna de acuerdo con la

normativa multilateral que regula la materia, tampoco constituirá una medida de esta naturaleza al aplicar las disposiciones adoptadas en el Acuerdo celebrado por Colombia con Canadá.

1.8.5 Conclusiones.

En el Acuerdo celebrado por Colombia con Canadá el tema de dumping se regula en su totalidad por la normativa OMC.

La misma afirmación procede con el tema de subvenciones de productos industriales.

En materia de subvenciones y ayudas internas a las mercancías agrícolas, el tema se regula en primer término por el Acuerdo bilateral. No obstante, la remisión que este efectúa a las disposiciones de la OMC, permite afirmar que una medida que no constituya conforme al ordenamiento multilateral subvención a la exportación o ayuda interna, no será objeto de la prohibición consagrada en el Acuerdo bilateral que se analiza.

El FEP Palmero en nuestra opinión no constituye una subvención o una medida de ayuda interna; por tanto, no puede ser considerado como un mecanismo violatorio de los compromisos y obligaciones contraídos por Colombia en el Acuerdo de Libre Comercio celebrado con Canadá.

2. Controversias relevantes adelantadas por Colombia.

Dentro del objetivo concerniente a analizar los posibles efectos de dumping o de subvención a las exportaciones atribuibles al Fondo de Estabilización de precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus fracciones, es determinante conocer la interpretación que del marco legal se ha desarrollado en controversias adelantadas en la materia.

De esta manera se presentó en las dos primeras Secciones un estudio de los compromisos adquiridos por Colombia, tanto a nivel multilateral como bilateral. Esto con el propósito de especificar el marco legal en materia de subvenciones y derechos antidumping establecido en cada uno de ellos, así como los compromisos adquiridos en función de los mismos. Posteriormente, se indicó la relación del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus fracciones con cada uno de estos acuerdos, y se revisaron sus riesgos o contingencias, si las hubiere.

Ahora bien, en este aparte se analizan dos controversias a las que se ha visto expuesto el Fondo, de manera directa, en el contexto internacional: En primer lugar, la diferencia con Costa Rica relativa a la iniciación de una investigación para la imposición de derechos compensatorios por parte de este último. En este caso se encuentran elementos y factores de análisis relevantes para evaluar la procedencia jurídica en el ámbito de los compromisos y obligaciones contraídos por Colombia en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

En segundo lugar, aparece la investigación adelantada en contra de Colombia ante la Secretaría General de la Comunidad Andina tendiente a la imposición de derechos antidumping a las exportaciones al Perú que realizan empresas colombianas de manteca vegetal comestible producida a partir de aceite de palma sometido al mecanismo de estabilización del FEP Palmero.

2.1 *Antecedentes en Colombia: investigación para la imposición de derechos compensatorios por parte de la República de Costa Rica.*

2.1.1 Los Hechos.

En el año 2004 Costa Rica, a raíz de una solicitud presentada en el año 2002 por la sociedad Compañía Numar, S.A., para la aplicación de derechos compensatorios a la importación desde Colombia de margarina de hojaldre y oleína de palma, declara la existencia de una subvención mediante la implementación del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones, y de igual manera, la existencia de daño a una de sus ramas de producción. Por esta razón, decide aceptar el compromiso de Colombia de no involucrar recursos públicos en el sistema de estabilización, para las exportaciones a Costa Rica. La aceptación de dicho compromiso se otorgó en el sentido del artículo 18.2 del SMC, que se transcribe a continuación:

“No se recabarán ni se aceptarán compromisos excepto en el caso de que las autoridades del Miembro importador hayan formulado una determinación preliminar positiva de la existencia de subvención y de daño causado por esa subvención y, en el caso de compromisos de los exportadores, hayan obtenido el consentimiento del Miembro exportador”

Ahora bien, Colombia fue notificada por Costa Rica en octubre de 2002 acerca de la solicitud del inicio de una investigación tendiente a determinar la imposición de derechos compensatorios a los productos agropecuarios mencionados. La investigación se inicia posteriormente en el mismo mes de octubre, tras determinar que existían indicios suficientes para llevarla a cabo. No obstante, la República de Colombia, invocando los artículos 13 del SMC y 9 del RCPDC, solicitó que se anulara la resolución que ordenaba el inicio de la investigación, para que los países celebraran las consultas pertinentes. La resolución fue revocada y Costa Rica invitó formalmente a Colombia a realizar

consultas en enero de 2003, de acuerdo con el artículo 13 del SMC. Colombia a su vez, en marzo del mismo año, ofrece ser anfitrión de las consultas.

En abril de 2003, Costa Rica da inicio nuevamente la investigación mencionada mediante Resolución 017-2003, cuya parte dispositiva establece lo siguiente:

“Iniciar una investigación destinada a determinar la imposición de derechos compensatorios contra las importaciones de los siguientes productos (a) oleína de palma y (b) margarina para hojaldre; ambos originarios de la República de Colombia. El período por indagar comprenderá 2 años, abarcando el 01 de enero del 2001 al 01 de enero del 2003.”¹⁴⁷

En julio de 2003, Colombia solicita que las consultas sean postergadas, hasta tanto se resuelva el escrito de oposición presentado por Colombia en junio del mismo año, en contra de la Resolución mencionada (017-2003). Dicha solicitud es aceptada por Costa Rica, quien, en septiembre de 2003, rechaza el recurso de revocatoria de la Resolución 017-2003 presentado por Colombia y ordena continuar con el proceso de consultas a la mayor brevedad posible.

En este proceso participaron, además, las siguientes personas:

FEDEPALMA: presenta recurso de revocatoria de la Resolución 017-2003 y es rechazado en octubre de 2003.

C.I. Grasas y Aceites Andinos S.A.-EMA: en junio de 2003 presenta oposición y revocatoria de la Resolución 017-2003, recurso rechazado en octubre del mismo año.

Premezclas Industriales para Panadería S.A.: en junio de 2003 presenta recurso de revocatoria contra la Resolución 017-2003, recurso rechazado en octubre del mismo año.

¹⁴⁷ Resolución 003-2004, citando la Resolución 017-2003, párr. 12.

Tanto Colombia como las empresas mencionadas solicitaron, así mismo, la prórroga y suspensión de los plazos determinados por la Resolución 017-2003 para la presentación de las respuestas a los cuestionarios a las partes interesadas, para la presentación de los alegatos, para aportar pruebas y responder los formularios, así como requerimientos de información¹⁴⁸.

En octubre de 2003, la denominada “Unidad de Estudios Económicos del Ministerio de Economía, Industria y Comercio” de Costa Rica, presenta un Informe Técnico inicial relativo al procedimiento administrativo para la imposición de medidas compensatorias a la importación de oleína de palma y margarina de hojaldre de Colombia¹⁴⁹. Dicho informe se pone a disposición de todas las partes interesadas.

Luego de varias gestiones para llevar a cabo las consultas entre los países, en octubre de 2003, mediante Resolución 127-2003 la autoridad costarricense establece que deberán realizarse en dicho país en un plazo que no supere los 30 días. Colombia, por su parte, propone la fecha del 28 de noviembre del mismo año, propuesta que responde Costa Rica favorablemente.

En noviembre de 2003, la Unidad de Estudios Económicos del MEIC, presenta un segundo informe técnico relativo al procedimiento para la imposición de medidas compensatorias¹⁵⁰, que se pone igualmente a disposición de todas las partes interesadas.

El 20 de noviembre de 2003, el MEIC instaura un órgano unipersonal director del procedimiento (Órgano Director de Procedimiento), el cual, mediante auto el 27 de noviembre, declara conocer la Delegación de Colombia y

¹⁴⁸ *Ibidem*, párrs. 15-24.

¹⁴⁹ Informe Técnico Inicial EE-09-2002 VP

¹⁵⁰ Informe Técnico EE-23-03 VP

de Costa Rica para la celebración de las consultas acordadas para el día siguiente.

El 28 de noviembre, a petición de la delegación del Gobierno de Colombia, el Órgano Director solicita a la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda, información relativa a las partidas arancelarias de 8 dígitos de los productos en cuestión, con indicación de los demás bienes comprendidos por dichas partidas, además de las estadísticas de las importaciones totales y por origen de las mismas, para el período comprendido entre 1998, hasta ese momento. Si bien el período de investigación correspondía al período comprendido entre el 1º de enero de 2001 y 1º de enero de 2003, con la información solicitada se obtendría un criterio más amplio para la evaluación del mercado durante el período en investigación.

En la reunión celebrada en la misma fecha, se acuerda que Colombia remitirá información relacionada con los instrumentos de política comercial utilizados por la CAN, en especial la relativa al Sistema Andino de Franjas de Precios para el aceite de palma. Dicha información es remitida por Colombia el 5 de enero de 2004.

En la misma fecha del 5 de enero de 2004, Colombia presenta una oferta de compromiso voluntario sobre la eliminación de subsidios, suscrita conjuntamente por la República de Colombia y Fedepalma.

2.1.2 La solicitud de la sociedad Compañía Numar S.A. (Costa Rica).

La empresa solicitante fundamenta su petición en la implementación y regulación en Colombia de los Fondos de Estabilización de Precios de los productos agropecuarios y pesqueros, mediante la Ley 101 de 1993.

Sostiene que mediante los sistemas de estabilización, se pretende equilibrar los precios pagados al empresario agrícola, por medio de la “transferencia de recursos provenientes de las ventas en el mercado más favorable (el nacional) para compensar las ventas en el mercado menos favorable (mercado internacional)”¹⁵¹.

Adicionalmente, argumenta que los efectos del FEP-Palma se maximizan por la política arancelaria colombiana, mediante un “sistema de franja de precios el cual modifica el arancel que se cobra a las mercancías que compiten en el mercado interno”¹⁵². Con lo anterior, afirma, se asegura que siempre existan precios más altos en el mercado interno, lo que a su vez permite el subsidio de las exportaciones para colocar los productos a un precio más bajo en el mercado internacional.

|

Por último, considera el solicitante que “la combinación de ambos mecanismos, provoca un sostenimiento de los precios que induce a un incremento indebido de las exportaciones colombiana (sic) y que ocasiona un perjuicio serio a los intereses de Costa Rica, y un daño importante a una rama de la producción nacional”¹⁵³.

2.1.3 La respuesta del Gobierno de Colombia.

Colombia argumenta que el FEP no implica un subsidio a las importaciones, pues como país netamente importador, es tomador de precios y “no tiene la capacidad de fijar o influir en la determinación de los precios internacionales de estos productos. Por consiguiente, los productos colombianos objeto de investigación se exportan al precio internacional. Las

¹⁵¹ Resolución 003-2004, párr. 49.

¹⁵² *Ibidem*, párr. 50.

¹⁵³ *Ibidem*, párr. 51.

compensaciones otorgadas por el Fondo de Estabilización de Precios se derivan de recursos provenientes del mismo sector que las percibe.”¹⁵⁴.

2.1.4 El análisis del MEIC.

2.1.4.1 Marco Jurídico.

Este análisis se inicia con el estudio de los arts. VI y XVI del GATT/94, para establecer una definición de subvención de acuerdo con la normativa internacional. A este respecto, afirma lo siguiente:

“... si bien tocan el mismo tema, ambos responden a finalidades completamente diferentes: en tanto que el primero reconoce el derecho de adoptar medidas unilaterales para compensar las subvenciones, el segundo establece normas de conducta y procedimientos en relación con éstas.”¹⁵⁵

Así mismo, se cita cierto desarrollo dado especialmente al artículo XVI del GATT, en un Informe del Grupo de Expertos, adoptado en 1960, en el que se expone:

“En lo que concierne al alcance que conviene atribuir al término “subvenciones”, la gran mayoría del Grupo entendió que no podía tratarse sino de subvenciones otorgadas por gobiernos u organismos paragubernamentales. Por el contrario, tres expertos estimaron que era menester interpretar dicho término de manera más amplia y que abarcaba todas las subvenciones, cualquiera que sean su carácter y su origen y, por lo tanto, con inclusión de las concedidas por organismos particulares. Se decidió, por último, que no atañe exclusivamente a entregas efectivas sino que se refiere también a medidas que tengan un efecto equivalente.”¹⁵⁶

¹⁵⁴ *Ibidem*, párr. 52.

¹⁵⁵ *Ibidem*, párr. 53.

¹⁵⁶ Se transcribe la cita textual del párrafo 34: L/1141, adoptado el 27 de mayo de 1960, 9S/208, 215.

Luego de analizar la definición de subvención del Acuerdo SMC, el MEIC concluyó que la estructura jurídica del FEP Palmero , como estaba concebida en general en la ley 101 de 1993, implicaba una subvención, que ésta no había sido debidamente notificada a ninguno de los órganos de la OMC y que, como lógica consecuencia, no se encontraba sujeto a ningún tipo de compromiso o medida.

No obstante la afirmación anterior, se dice posteriormente en el mismo párrafo, que el Fondo “se puede” llegar a nutrir de fondos públicos y que en esa medida es claro que el mecanismo constituye una subvención, “en el momento en que se reciban dichos fondos públicos”¹⁵⁷.

2.1.4.2 Caso específico: la oleina de palma y la margarina de hojaldre.

Tras analizar la clasificación arancelaria de cada uno de los productos, el MEIC tuvo como resultado que en el caso de la margarina de hojaldre, las importaciones desde Colombia habían sido superiores al 4% en el año 2001 y 2002, lo cual excluía la aplicación del artículo 27.10 del ASMC, que dispone:

“Se dará por terminada toda investigación en materia de derechos compensatorios sobre un producto originario de un país en desarrollo Miembro tan pronto como las autoridades competentes determinen que:

- i) El nivel global de las subvenciones concedidas por el producto en cuestión no excede del 2 por ciento de su valor, calculado sobre una base unitaria; o
- ii) El volumen de las importaciones subvencionadas representa menos del 4 por ciento de las importaciones totales del producto similar en el Miembro importador, a menos que las importaciones procedentes de países en

¹⁵⁷ Resolución 003-2004, párr. 62.

desarrollo Miembros cuya proporción individual de las importaciones totales represente menos del 4 por ciento constituyan en conjunto más del 9 por ciento de las importaciones totales del producto similar en el Miembro importador.”

Por su parte, dada la clasificación bajo la cual debía encontrarse la oleína de palma de acuerdo con la Dirección General de Aduanas (partida no. 1511.90), resultaba que no existían importaciones desde Colombia de dicho producto en ninguno de los períodos informados, si bien los exportadores colombianos y el mismo Gobierno de Colombia habían reconocido la realización de exportaciones de dicho producto a la República de Costa Rica.

Ante esta circunstancia, el MEIC se vio en la imposibilidad de determinar con precisión el nivel de las importaciones. No obstante, partiendo de lo afirmado por la rama de producción de Costa Rica, tomó la partida no. 1516.20, que daba como resultado un nivel de importaciones superior al 8% en el año 2001, pero que descendía en el año 2002 al 1.18%, frente a lo cual afirma el MEIC que “partiendo del error en la clasificación arancelaria, e inclusive sumando los porcentajes de ambas partidas, para el año 2002, no se llega a superar el nivel de insignificancia dispuesto en el artículo 27.10b). del Acuerdo sobre Subvenciones y Derechos Compensatorios (...)”¹⁵⁸.

De acuerdo con lo anterior, se da por terminada la investigación con respecto a la oleína de palma, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 del RCPDC:

“Se dará por terminada la investigación, si se determina que el margen de dumping o la cuantía de la subvención es de minimis o que el volumen de las importaciones o el daño son insignificantes”¹⁵⁹

¹⁵⁸ *Ibidem*, párr. 71.

¹⁵⁹ *Ibidem*, párr. 72.

2.1.5 El compromiso del Gobierno de Colombia y su valoración por el MEIC

El Gobierno colombiano reiteró que si bien era cierto que la Ley 101 de 1993 permitía que el FEP recibiera fondos públicos, hasta dicho momento las compensaciones se habían obtenido únicamente mediante contribuciones originarias del sector privado.

El compromiso ofrecido conjuntamente por Fedepalma y el Gobierno de Colombia, en general, “garantiza que los productos investigados que se vayan a exportar al mercado costarricense no tendrán los beneficios derivados de compensaciones de estabilización que provengan de recursos del presupuesto nacional de Colombia”¹⁶⁰

El texto del compromiso es el siguiente:

“En virtud de las consideraciones anteriores FEDEPALMA se compromete con el Gobierno de Costa Rica a:

1. No utilizar ningún tipo de recursos provenientes del Presupuesto Nacional de la República de Colombia, para otorgar compensaciones de estabilización a productores, vendedores o exportadores de aceite de palma crudo y aceite de palmiste crudo, que pudieran ser utilizados en la fabricación de oleína de palma y margarina para hojaldre que sean exportadas a la República de Costa Rica, como hasta la fecha no ha sucedido. (...)”¹⁶¹

En su evaluación del compromiso el MEIC tiene en cuenta los siguientes aspectos:

¹⁶⁰ *Ibidem*, párr. 76.

¹⁶¹ *Ibidem*, párr. 77.

a. El artículo 18.2 del ASMC

Se recalca en este punto el requisito que impone el artículo en comento para la aceptación de compromisos en esta materia, pues implica la determinación preliminar positiva de la existencia de subvención y de daño causado por dicha subvención. Así, el MEIC pasa a adecuar dichos requerimientos a las circunstancias en investigación:

- *Existencia de una subvención:* según lo dicho anteriormente se llegó a la conclusión de que lo dispuesto en la Ley 101 de 1993 efectivamente constituye una subvención.
- *Existencia de daño:* este estándar se cumple en el sentido que “la autoridad investigadora consideró que existían indicios suficientes sobre la existencia de daño”¹⁶²

Para valorar la existencia de daño, se hizo referencia a la Resolución de inicio de la investigación (017-2003), en la que se afirma que si las importaciones subsidiadas continuaban ingresando al país, se generaría un aumento de la capacidad ociosa de la industria de la rama, reducción de la mano de obra, aumento en el costo unitario del proceso, disminución de utilidades y capacidad de inversión y de retorno sobre la inversión.

Cumplido el requisito del artículo 18.2 del ASMC, se abría paso a la posibilidad de analizar con seriedad el ofrecimiento del Gobierno colombiano.

b. El artículo XVI del GATT: notas explicativas e interpretación

El MEIC cita el análisis realizado en el Informe de 1960 del párrafo 5 del artículo XVI del GATT y lo resuelto por el Grupo Especial en el caso Francia -

¹⁶² *Ibidem*, párr. 79.

Exportaciones de Harina y Trigo (ver punto 2. B. iv. o Anexo I de este informe), así como la Nota Explicativa anexa al ASMC al párrafo 3 del artículo XVI de ese Acuerdo.

De la lectura de lo anterior, concluye que dado que Gobierno de Colombia ha afirmado que el FEP no ha recibido fondos públicos durante el período investigado, y en tanto que éste y Fedepalma se han comprometido a “tomar medidas que neutralicen los efectos de la subvención”, el ofrecimiento debe tenerse como satisfactorio por la autoridad investigadora costarricense.

2.1.6 Conclusiones y Comentarios.

Para concluir, vale la pena exponer en conjunto ciertas determinaciones tomadas en la Resolución 003-2004:

2.1.6.1 Acerca de la existencia de una subvención de acuerdo con la Resolución 003-2004.

- a. En su determinación acerca de la existencia de una subvención, la Autoridad Investigadora afirma que “es indispensable indicar que según lo dicho en el párrafo 59 de esta resolución se arriba a la conclusión de que los dispuesto en la Ley 101 de 1993 del Gobierno de Colombia efectivamente constituye una subvención.”¹⁶³

En el párrafo 59 de la Resolución 003-2004, se analiza el contenido del inciso ii) del párrafo 1.1(a)(1) del ASMC, indicando:

“En segundo lugar tenemos todo el universo de exoneraciones tributarias (...) cuyo contenido principal es relevar al empresario del pago de impuestos. El contenido de este párrafo fue ampliado en el acuerdo

¹⁶³ *Ibidem*, párr. 79.

mediante una nota al pie que indica (...). Con esto se excluye aquellas exoneraciones a productos cuyo destino sea el mercado interno, en otras palabras, si la exoneración al impuesto es dada en condiciones de favorecer el consumo de cierto de (sic) tipo de productos en el mercado nacional.”

No se ve allí que se establezca la existencia de una subvención.

- b. Como se mencionó anteriormente, el párrafo 62 de la Resolución en comento determina la existencia de una subvención, afirmando a su vez que:

“Este fondo se puede llegar a nutrir a través de fondos públicos, por lo que es claro que jurídicamente la aplicación de este mecanismo constituye una subvención en el momento en que se reciban dichos fondos públicos”

- c. En el párrafo 83 de la Resolución, al interpretar la nota interpretativa al párrafo 3 del artículo XVI del GATT, la Autoridad Investigadora afirma lo siguiente:

“Es decir, (...) se puede interpretar que aquellos sistemas en los cuales no intervengan fondos públicos, no podrá considerárseles como una subvención en los términos del artículo XVI.”

- d. Al concluir, en el párrafo 85 de la Resolución se dice textualmente:

“El Gobierno de Colombia ha afirmado que el Fondo de Estabilización de Precios no ha recibido fondos públicos durante el período de investigación, ni luego de él hasta la fecha (...). Sumado a lo anterior al hecho de que tanto la entidad gremial (...) junto con el Gobierno de su país, asuman el compromiso de tomar medidas que neutralicen los efectos de la *subvención* (...).”

2.1.6.2 Acerca de la terminación de la investigación respecto de la oleina de palma y la aceptación del compromiso en el sentido del artículo 18.2 del ASMC.

Por otra parte, cabe observar que no obstante dar por terminada la investigación al respecto de la oleina de palma y de confirmar la necesidad de cumplir el requerimiento del artículo 18.2 del ASMC, se acepta el ofrecimiento de compromiso por parte de Colombia igualmente con respecto a la margarina de hojaldre y a la oleina de palma, pues, como se refirió anteriormente, el compromiso incluía ambos productos. Se transcribe nuevamente:

“En virtud de las consideraciones anteriores FEDEPALMA se compromete con el Gobierno de Costa Rica a:

1. No utilizar ningún tipo de recursos provenientes del Presupuesto Nacional de la República de Colombia, para otorgar compensaciones de estabilización a productores, vendedores o exportadores de aceite de palma crudo y aceite de palmiste crudo, que pudieran ser utilizados en la fabricación de oleina de palma y margarina para hojaldre que sean exportadas a la República de Costa Rica, como hasta la fecha no ha sucedido. (...)”¹⁶⁴

2.1.6.3 Acerca de la transferencia de la subvención de un insumo al producto elaborado y la imposición de derechos compensatorios.

Puede ser relevante en este asunto, la constatación del Órgano de Apelación de la OMC en cuanto a que para que proceda la aplicación de derechos compensatorios sobre un producto elaborado, deben determinarse los elementos de la subvención en el sentido del artículo 1.1(a)(1) y 1.1(b) sobre

¹⁶⁴ *Ibidem*, párr. 77.

dicho producto específicamente, pues no basta con hacerlo con respecto al insumo utilizado para su elaboración.

De acuerdo con el Decreto 2354 de 1996, los mecanismos para la estabilización de precios se aplican para la compra y venta por los productores, vendedores o exportadores de Palmiste, Aceite de Palma y sus Fracciones (artículo 5). De acuerdo con el artículo 2 del mismo Decreto, se establecen las definiciones de estos productos así:

Aceite de Palma: producto que se obtiene de la maceración y extracción del mesocarpio, pulpo o parte blanda del fruto de la palma de aceite, que puede ser crudo, semirrefinado o refinado.

Fracciones del Aceite de Palma: son la oleína y la estearina de palma

Palmiste: semilla almendra dura y blanca del fruto de la palma de aceite.

Fracciones del Palmiste: son el aceite y la torta de palmiste

En el compromiso de Colombia, se hace referencia específicamente al “aceite de palma crudo y aceite de palmiste crudo”. En el caso del primero, su refinamiento resulta en insumo para la producción de margarina y su refinamiento y fraccionamiento, resulta en la oleína de palma (y estearina de palma) que es, a su vez, insumo para la producción de margarina¹⁶⁵.

De lo anterior se deduce, que al menos en lo que se refiere a la margarina de hojaldre y de acuerdo con las constataciones del Órgano de Apelación, una investigación para la imposición de derechos compensatorios debe incluir la determinación de los elementos de la subvención, en este caso, una contribución

¹⁶⁵ Fact Sheets, Malaysian Palm Oil, Fact 15 y 27.

financiera con la que se otorgue un beneficio, respecto del producto sobre el cual se pretende imponer el derecho compensatorio.

El Órgano de Apelación se refiere a este aspecto en los siguientes términos:

“[Según] la definición general de “subvención” que figura en el artículo 1 del *Acuerdo SMC ...*, sólo se considerará que existe subvención cuando haya al mismo tiempo una *contribución financiera* de un gobierno, en el sentido del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, y con ello se otorgue un *beneficio* en el sentido del párrafo 1 b) del artículo 1. Si los derechos compensatorios tienen por objeto contrarrestar una subvención otorgada al productor de un insumo pero los derechos deben aplicarse al *producto elaborado* (y no al insumo), *no basta* que la autoridad investigadora determine únicamente respecto del *insumo* la existencia de contribución financiera y el otorgamiento de un beneficio al productor del mismo. En ese caso, las condiciones acumulativas que establece el artículo 1 tienen que determinarse respecto del producto elaborado, en especial cuando los productores del insumo y del producto elaborado no son la misma entidad. La autoridad investigadora debe determinar que existe una *contribución financiera*; y debe determinar también que el beneficio resultante de la subvención se ha transferido, por lo menos en parte, desde el insumo hacia una fase ulterior del proceso productivo, de modo que *beneficie* indirectamente al producto elaborado que será objeto de la medida compensatoria.”¹⁶⁶

En un caso posterior, el Órgano de Apelación se refiere a esta constatación suya en el caso referido, aclarando que ello debe entenderse para efectos de la investigación para la imposición de derechos compensatorios y no para efectos de la determinación de un perjuicio grave. Así lo expone el Órgano de Apelación en dicho caso:

“Los Estados Unidos responden que el razonamiento del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Madera blanda IV* indica que no cabe

¹⁶⁶ EE.UU. – Madera Blanda IV, OA, ¶ 142.

presumir que una “subvención”, tal como se define en el párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, otorgada al productor de un insumo (como, por ejemplo, el algodón en rama) “se transfiere” al productor de un producto elaborado (en este caso, el algodón americano (*upland*) despepitado). Sin embargo, el razonamiento del Órgano de Apelación en esa diferencia no se centraba en las prescripciones para establecer la existencia de perjuicio grave con arreglo a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 5 y en el párrafo 3 c) del artículo 6 del *Acuerdo SMC*, sino en la realización de investigaciones en materia de derechos compensatorios de conformidad con la Parte V del *Acuerdo SMC*.¹⁶⁷

Los anteriores se consideran factores que pueden tener relevancia igualmente para efectos de evaluar la admisibilidad jurídica de la figura del FEP Palmero frente al Biodiesel y a la luz de los Acuerdos de la OMC.

2.2 *Investigación Adelantada por la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones para la Imposición de Derechos Antidumping a Exportaciones Colombianas a Perú.*

2.2.1 Los Hechos.

El 21 de abril de 2003, la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante Secretaría General) recibió una comunicación de las empresas peruanas Industrias del Espino S.A., Industrial Alpamayo S.A., ALICORP S.A. y Ucisa S.A., mediante la cuál solicitaban se iniciara una investigación para la imposición de derechos antidumping respecto de las exportaciones al Perú que realizaran las empresas colombianas, ecuatorianas y venezolanas asociadas a la empresa Tecnología Empresarial de Alimentos S.A. de Colombia (en adelante Alianza Team) de manteca vegetal comestible comprendida bajo la subpartida NANDINA 1516.20.00.

La Secretaría General emitió la Resolución 730, el día 5 de junio de 2003, mediante la cuál resolvió, entre otras cosas, iniciar la investigación antidumping

¹⁶⁷ EE.UU. – Algodón Americano, OA, ¶. 471.

para las importaciones peruanas de manteca vegetal comestible, producida, distribuida o exportada por las empresas colombianas asociadas a Alianza Team, o por encargo de éstas, por estar causando o amenazando causar daño a la producción nacional peruana del producto similar destinado al mercado peruano.

Mediante la Resolución 770, se modificó la Resolución 730, acogiendo parcialmente los recursos de reconsideración presentados por ambas partes y los alegatos del Gobierno de Colombia. En dicha Resolución se amplió el ámbito material de la investigación; se resolvió acotar el ámbito de las empresas investigadas a las empresas colombianas Grasas y Aceites Vegetales S.A. Acegrasas S.A. (en adelante, Acegrasas), y Grasas y Aceites Andinos S.A. EMA CI Grandinos S.A. EMA (en adelante, Grandinos), por haberse determinado ser las únicas que producen, distribuyen o exportan el producto investigado al Perú; y se consideró como período objeto de investigación para la determinación de la práctica de dumping, el comprendido entre enero a diciembre de 2002 y como período objeto de investigación para la determinación del daño, el comprendido entre enero de 2000 a diciembre de 2002.

Posteriormente, mediante Resolución N° 807, publicada el 24 de marzo de 2004, la Secretaría General denegó la solicitud de las empresas peruanas solicitantes para la aplicación de las medidas provisionales. Las empresas reclamantes presentaron Recurso de Reconsideración contra la mencionada Resolución.

El 15 de abril de 2004, la Secretaría General remitió el Informe de los Hechos Esenciales que servirían de base para su decisión de aplicar o no medidas definitivas y comunicó a las partes que disponían de cinco días hábiles para presentar sus observaciones y comentarios.

Por razones de economía procesal y habida cuenta de la coincidencia de las fechas para la expedición de la Resolución respecto de la procedencia de medidas definitivas y el recurso de reconsideración contra la Resolución 807, la Secretaría General decidió considerarlas de manera conjunta a través de la Resolución 844 de 20 de 26 de julio de 2004.

En la mencionada resolución, la Secretaría General decidió denegar tanto el recurso de reconsideración presentado por las partes solicitantes, como la aplicación de medidas antidumping al amparo de la Decisión 456, a las importaciones peruanas de manteca vegetal comestible producida, distribuida o exportada por las empresas colombianas Grandinos y Acegrasas.

2.2.2 Las empresas involucradas.

Empresas reclamantes:

- Industrias del Espino: Su objeto social, entre otros, es la industrialización, fabricación y envasado de aceites y grasas comestibles y sus derivados, promoviendo el desarrollo de la producción de palma en la región
- ALICORP: El objeto social de la empresa es, entre otros, la producción, exportación, importación, distribución y comercialización de productos de consumo masivo principalmente alimenticios (harinas, fideos, galletas, aceites, grasas comestibles y otros) en sus más variadas formas, en especial, los que corresponden a la industria oleaginosa.
- Industrial Alpamayo: La empresa se dedica a la elaboración de aceites y grasas comestibles a base principalmente de aceite de pescado, soya y palma, exclusivamente en su planta ubicada en la ciudad de Lima. No produce subproductos derivados de la fabricación del aceite o la manteca.

- Ucisa: La elaboración y distribución de aceites y grasas comestibles constituye el 30 por ciento de la actividad de la empresa. La planta le permite flexibilidad para producir las formulaciones de manteca vegetal con base en los diferentes aceites vegetales o de pescado. Su materia prima es principalmente el aceite de pescado, de algodón y soya.

Empresas investigadas

Las empresas investigadas fueron Acegrasas y Grandinos, las que conjuntamente con otras cinco empresas conforman la denominada “Alianza Team”.

Importadores

Las solicitantes identificaron como importadores peruanos de manteca vegetal comestible a las empresas Levapán, Interloom y Jarol

2.2.3 El análisis de la Secretaría General.

2.2.3.1 Marco Jurídico.

La Secretaría General realizó la investigación al amparo de lo dispuesto en la Decisión 456 de la Comisión.

2.2.3.2 El Recurso de Reconsideración presentado por las reclamantes en contra de la Resolución N° 807 de 2004.

En el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 807 de 2004, las partes reclamantes señalaron que desde la presentación de su denuncia solicitaron a la Secretaría General tener en cuenta que *“la denominada Alianza TEAM constituye una alianza estratégica conformada por siete compañías colombianas dedicadas a la producción de alimentos y productos afines en el sector de las grasas y los aceites comestibles, debiendo dirigirse la investigación iniciada contra la Alianza TEAM*

*en su conjunto, y adicionalmente, contra todas las sucursales y subsidiarias que tengan sus empresas miembro en Colombia, Ecuador y Venezuela*¹⁶⁸.

Sin embargo, precisaron que, si bien al momento de la presentación de la denuncia no resultaba claro cuáles eran las marcas elegidas para la comercialización de la manteca vegetal comestible en los mercados colombianos e internacionales, ni tampoco cuál de las empresas miembro de la Alianza TEAM fue la elegida para la fabricación de dicho producto, a la fecha de interposición del recurso de reconsideración ya se podía precisar que era la empresa Acegrasas S.A. la fabricante y vendedora en el mercado interno colombiano, que *“no exporta para no incurrir en dumping”*, y que, es la empresa Grandinos la exportadora, que no vende en el mercado interno colombiano, *“Para disfrazar u ocultar la realización de prácticas de dumping se evita la comparación del precio de venta en el mercado colombiano con el precio de exportación, comparación que arrojaría un fuerte margen de dumping.”* Señalaron, al respecto, que más allá de las formas comerciales y jurídicas engañosas utilizadas por Grandinos y Acegrasas, para pretender burlar la normatividad antidumping, éste se trataría de *“un caso de dumping encubierto”*.

Finalmente, en su recurso de reconsideración, las empresas solicitantes pidieron que se efectuara una determinación del margen de dumping comparando el precio de venta en el mercado colombiano de la manteca vegetal producida por las empresas conformantes de la Alianza TEAM a través de la empresa Acegrasas (valor normal) y la exportada al Perú a través de la empresa Grandinos (precio de exportación), aplicándose para ello lo dispuesto por el artículo 2.1 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 de la OMC.

Señalaron que el producto similar al exportado al Perú (manteca elaborada por Acegrasas) era plenamente destinado al consumo en el país

¹⁶⁸ Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones, Resolución 844 de 2004.

exportador y que no resultaba procedente determinar el valor normal en función a los precios de exportación a terceros países ni a los costos de producción, siendo su aplicación excepcional, caso que no correspondía con el presente, pues la misma manteca vegetal o su producto similar sí era vendida en Colombia en el curso de operaciones comerciales normales.

2.2.3.3 Análisis de los elementos del dumping.

A tenor de la normativa aplicable, la Secretaría General tuvo en cuenta el siguiente orden de análisis:

- a) Determinación del margen de dumping
 - 1) determinación del precio de exportación
 - 2) determinación del valor normal y
 - 3) comparación entre el precio de exportación y el valor normal para determinar la existencia o no de un margen de dumping
- b) En caso de determinar la existencia de un margen de dumping, determinación de la existencia de daño o amenaza de daño
- c) En caso de determinar la existencia de un margen de dumping y un daño, determinación de la vinculación causal entre a) y b).

El mencionado análisis culminó en el punto a), es decir, en la determinación del margen de dumping, pues la Secretaría concluyó que no existía dicho margen y como consecuencia de ello, consideró innecesario pronunciarse sobre los puntos b) y c).

La discusión se centró en la forma de determinar el valor normal del producto objeto de análisis, pues como se vio en el acápite anterior, el argumento de las empresas reclamantes consistía en que el valor normal debía determinarse con base en las ventas internas en Colombia de la empresa

Acegrasas. Ello por cuanto dichas ventas, a su juicio, correspondían al valor de ventas del producto similar destinado al consumo en el mercado interno del país exportador, al estar las empresas Acegrasas y Grandinos relacionadas a través de la Alianza Team.

Si se empleaba el método propuesto por los solicitantes, el valor normal resultaba inferior al precio de exportación, y en consecuencia existía un margen de dumping.

Sin embargo, la Secretaría General concluyó que no existían operaciones de venta en el mercado colombiano, por cuenta de la empresa Grandinos, que era la empresa exportadora al Perú de la manteca objeto de investigación, motivo por el cuál, desestimó los precios de venta en dicho mercado como base para el cálculo del valor normal y procedió a la reconstrucción de dicho valor recalculando el precio sobre la base del costo de producción en el país de origen, más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos, de venta, de carácter general y beneficios. A dicho valor, le restó el reintegro que el Fondo de Estabilización de precios de Fedepalma le otorga a los exportadores.

Según los resultados de esa metodología, el valor normal resultaba superior al precio de exportación, y por lo tanto no existía margen de dumping.

Y en cuanto al argumento de la vinculación, señaló que:

“si se demuestra que los precios de compra de las materias primas y de la prestación del servicio de maquila se realizan en condiciones similares a operaciones realizadas entre partes independientes, a los fines de una investigación antidumping, la referida vinculación entre empresas no es relevante. Tal es la situación en el presente caso”¹⁶⁹

¹⁶⁹ *Ibíd.*

Pues bien, la diferencia entre los márgenes de dumping resultantes de utilizar la metodología para el cálculo del valor normal propuesta por las empresas solicitantes y aquella utilizada por la Secretaría General, radicó en que la primera no tomó en cuenta el reintegro que la empresa Grandinos recibía por parte del Fondo de Estabilización de precios de Fedepalma, lo que llevó a sobreestimar los costos de adquisición de la materia prima y consecuentemente los costos de producción.

Como señala la Secretaría General, el reintegro consiste en lo siguiente:

“El Fondo de Estabilización de Precios de Fedepalma tiene por objeto beneficiar al sector palmicultor de Colombia, creando un sobreprecio que es exclusivamente asumido por el consumidor colombiano y que es equivalente a los valores del flete y otros gastos de internación que se generarían de importarse el aceite bruto de palma de otro país. Como quiera que el objeto del Fondo no es sobrecargar los precios de exportación del aceite bruto de palma o de los productos exportados producidos en Colombia a base de dicha materia prima, se reintegra al exportador el sobreprecio pagado por la adquisición de dicha materia prima.

La existencia de tal mecanismo de compensación y reintegro afecta la conformación de precios en la cadena del aceite bruto de palma en Colombia, ello independientemente de si las empresas se encuentren vinculadas o no. Sin embargo, a pesar de que por su tipo de actividad económica las empresas exportadoras se ven favorecidas por el beneficio generado por el reintegro, éste constituye una práctica generada aguas arriba de la actividad productiva, la misma que se encuentra fuera del ámbito de esta investigación por dumping habida cuenta que ésta se centra en la operación de exportación.”¹⁷⁰

En el mismo sentido, la Secretaría señaló lo siguiente:

“Dada la naturaleza de los reintegros que percibe una empresa, éstos no son atribuibles a la estructura de costos de la misma, salvo cuando ellos correspondan a

¹⁷⁰ *Ibíd*em

su gestión exportadora. Por tanto, tal como lo establece la normativa antidumping, en el presente caso, es técnicamente apropiado descontar de la estructura de costos y gastos de la empresa Grandinos por su exportación realizada al Perú en el año 2002, el monto del reintegro promedio ponderado por tonelada de aceite bruto de palma percibido por dicha empresa, a fin de no sobreestimar los costos”¹⁷¹

En conclusión, la forma de determinar el valor normal del producto objeto de investigación por parte de la Secretaría General, incluyó el deducir al valor estimado, el reintegro promedio efectuado por Fedepalma una vez constatada la exportación de la manteca de aceite de palma (ajustado por el costo financiero implícito promedio ocasionado por la demora en la realización del reintegro), deducción que no se incluía en la metodología propuesta por las empresas reclamantes.

Lo anterior llevó a la Secretaría General a concluir que los precios de exportación eran superiores al valor normal estimado, y que por tal motivo no existía margen de dumping.

Sin existir margen de dumping, resultaba innecesario pronunciarse sobre un daño o amenaza del mismo y sobre la relación causal entre éste y la práctica de dumping. En palabras de la Secretaría General:

“Con base en lo señalado y en los cálculos detallados en esta Resolución, se aprecia que el precio de exportación resulta ser superior al valor normal, por lo que, en ausencia de un margen de dumping, corresponde desestimar el pedido de aplicación de las medidas antidumping definitivas solicitadas al no existir una determinación positiva de la existencia de dumping, conforme lo indican los artículos 64 a 66 de la Decisión 456”¹⁷²

¹⁷¹ *Ibíd*em

¹⁷² *Ibíd*em.

CAPÍTULO III
EL USO DE ACEITE DE PALMA PARA LA FABRICACIÓN DE
BIODIESEL

PRESENTACIÓN

Este capítulo tiene como propósito presentar el análisis del marco jurídico que regula el Fondo de Estabilización de Precios para el Aceite de Palma, el Palmiste y sus Fracciones (en adelante “FEP Palmero” o “Fondo”), a la luz de las implicaciones del uso del aceite de palma para la fabricación de biodiesel, en la medida en que tal producto formará parte del mercado de los combustibles y podría encontrarse bajo condiciones diferentes en relación con los objetivos del FEP Palmero y sus operaciones.

En particular, el informe se centrará en desarrollar dos problemas jurídicos concretos, que tienen como punto de partida el hecho de que la nueva demanda de biodiesel tendrá un impacto en el mercado del aceite de palma crudo, lo cual a su vez puede producir un impacto en el FEP Palmero.

Si bien la medida de ese impacto es materia de análisis de tipo económico, desde el punto de vista jurídico se hará una aproximación a la hipótesis planteada, para observar si desde la normativa nacional es viable mantener el mecanismo del Fondo, teniendo en cuenta que gran parte de la producción de aceite de palma estará destinada a la producción de biodiesel. Este es un aspecto que tiene relación principalmente con los objetivos del FEP Palmero y las justificaciones legales y constitucionales de la implementación de este tipo de mecanismos de estabilización en el sector agrícola.

En segundo lugar, desde la perspectiva de la normativa internacional, en especial el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el Acuerdo sobre Dumping de la Organización Mundial del Comercio, se analizará la compatibilidad de la aplicación del FEP Palmero, ante una creciente producción de Biodiesel a base de aceite de palma crudo.

El informe presentará en su parte final, las principales conclusiones del desarrollo de los problemas jurídicos planteados con anterioridad.

1. Normativa Nacional: extensión del FEP Palmero al Biodiesel.

1.1 Breve recuento del Marco Jurídico Nacional del FEP Palmero.

Para el desarrollo de este punto deben reiterarse varios de los aspectos señalados con antelación en la presentación del marco jurídico nacional que regula el FEP Palmero, en especial, aquellos relacionados con su fundamento constitucional y objetivos delimitados en la ley, que constituyen la base primordial para la implementación de este tipo de mecanismos a la luz de la normativa aplicable.

En este sentido, debe recordarse el fundamento constitucional consignado en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Política¹⁷³. De manera resumida, estos artículos constitucionales consagran un deber de *promoción y protección* de ciertas actividades en cabeza del Estado, con un propósito específico que consiste en “*mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos*” (C.Pol. art. 64) y proteger especialmente la producción de alimentos (C.Pol. art. 65). La Constitución Política igualmente reconoce las características propias del sector agropecuario, al nombrar como punto de referencia los ciclos de las cosechas y *de los precios*, “*como también los riesgos inherentes a la actividad y las calamidades ambientales*” (C.Pol., art. 66).

Desde el punto de vista legal, tal como se expuso en el documento relativo al marco jurídico del FEP Palmero, fue con base en estas obligaciones constitucionales del Estado, que se expidió la Ley General de Desarrollo

¹⁷³ Constitución Política, artículo 64. “***Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa y a los servicios de... comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos***” (negrilla fuera de texto).

Constitución Política, artículo 65. “***La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas... y agroindustriales...***” (negrilla fuera de texto).

Agropecuario y Pesquero número 101 de 1993, por la cual se adoptan medidas, estrategias e instrumentos para el desarrollo agropecuario y pesquero.

En este marco jurídico el legislador crea los Fondos de Estabilización de Productos Agropecuarios y Pesqueros, como parte de la ejecución de tales obligaciones, teniendo presente los propósitos que deben orientar su intervención para el cumplimiento de lo que le fue constitucionalmente encomendado.

La Ley 101 de 1993 crea los Fondos de Estabilización, como cuentas especiales con el objeto de “... *procurar un ingreso remunerativo para los productores, regular la producción nacional e incrementar las exportaciones, mediante el financiamiento de la estabilización de los precios al productor...*” de los bienes agropecuarios y pesqueros.

Adicionalmente, la **Ley 7 de 1991**, Ley Marco de Comercio Exterior, determina en su artículo 8º que “*El gobierno podrá organizar fondos de estabilización de productos básicos de exportación que garanticen la **regularidad del comercio exterior** y la **estabilidad de los ingresos de los productores domésticos***”.

A su vez, el Gobierno Nacional organizó específicamente el FEP Palmero a través de los Decretos 2354 de 1996 y 130 de 1998. Finalmente, mediante el Acuerdo No. 144, modificado por el Acuerdo No. 152 del 26 de julio de 2005 y el Acuerdo No. 156 del 29 de noviembre de 2005, se establece el reglamento vigente para las operaciones de estabilización.

Es observable entonces cómo mediante el Fondo de Estabilización de Precios, a través de un mecanismo cuya operación genera un nivel de indiferencia en las actividades comerciales cubiertas por el mismo -sea que dichas actividades se realicen para el mercado gravado con cesión o para el mercado que se compensa- se busca igualmente proteger el abastecimiento

regular del mercado doméstico cuando los precios del mercado foráneo resulten ser más favorables, lo que se traduce en la estabilidad del mercado y del ingreso remunerativo de los productores locales y otorga regularidad al comercio exterior.

1.2 El Aceite de Palma para Biodiesel y el tema de la seguridad alimentaria: marco jurídico.

Lo expuesto en el punto anterior se encuentra necesariamente relacionado con los aspectos de seguridad alimentaria consagrados en el artículo 65 de la Constitución Política. Este es uno de los propósitos que orienta la protección del abastecimiento del mercado doméstico de los alimentos.

El contenido del artículo 65 constitucional, que ordena la protección y garantía de la seguridad alimentaria, si bien requiere aún mayor desarrollo jurisprudencial desde el punto de vista de la política económica agrícola, agroindustrial o de comercio exterior, los pronunciamientos de la Corte Constitucional y su inclusión como motivo de protección del sector agrícola, implican tener en cuenta el potencial alcance de este mandato constitucional.

Debe anotarse que lo que establece el artículo 65 *id.*, es un sistema de prioridades al que ha de sujetarse la acción del Estado, la que a su vez debe concentrarse en el desarrollo integral de varias actividades, entre ellas, valga la pena resaltar, las agroindustriales.

Por otra parte, cabría afirmar que el tema de seguridad en este ámbito, se encuentra también orientado a garantizar la independencia de la oferta nacional de alimentos con respecto a los mercados externos, y a proteger la producción nacional de productos agrícolas. La Asamblea Nacional Constituyente definió la seguridad alimentaria como:

*"el grado de garantía que debe tener toda población, de poder disponer y tener acceso oportuno y permanente a los alimentos que cubran sus requerimientos nutricionales, **tratando de reducir la dependencia externa y tomando en consideración la conservación y equilibrio del ecosistema para beneficio de las generaciones futuras**"(se resalta)¹⁷⁴.*

La Corte Constitucional, en Sentencia C-750 de 2008, a través de la cual declaró la exequibilidad de la ley aprobatoria del Tratado de Libre Comercio de Colombia con los Estados Unidos, se refirió a la Exposición de Motivos de esa Ley, en donde se menciona el tema del aceite de palma; la producción de margarina como uno de sus usos industriales y el asunto relacionado con el biodiesel:

*"Situación similar a la del etanol se plantea con el TLC para la palma de aceite, pues quedaron con acceso inmediato tanto las grasas y aceites vegetales como el biodiesel. En el primer caso surge una interesante oportunidad por la enorme ventaja que plantea el hecho de que la **producción de margarinas a partir de la palma de aceite no produce los ácidos trans, como ocurre con otros productos como girasol, colza y canola**; en varios países desarrollados, incluido Estados Unidos, ya existe legislación sobre contenidos máximos de esa sustancia en los productos alimenticios, por su relación con problemas cardiovasculares. **En el caso del biodiesel, en Estados Unidos hay una demanda creciente que puede ser atendida con ventajas competitivas para Colombia**, toda vez que se cuenta con acceso preferencial (arancel cero) mientras los principales competidores deben pagar un arancel de 52 centavos de dólar por galón (se subraya)¹⁷⁵".*

Igualmente, en la misma Exposición de Motivos, se alude al cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el artículo 65 de la Constitución Política:

"El capítulo agrícola del TLC se ajusta plenamente al mandato del artículo 65 de la Constitución Política,...como se explica a continuación: (...) Nuestros agricultores

¹⁷⁴ Regis Manuel Benítez Vargas, "La seguridad alimentaria en crisis", *Economía Colombiana*, Contraloría General de la República, Edición 296, Junio/Julio, 2003.

¹⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-750 del 24 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

van a poder llegar al mercado más rico, próspero y grande del mundo y van a tener la posibilidad de aumentar sus exportaciones y con ello generar el empleo, la riqueza y el bienestar que necesita el campo colombiano. Igualmente, las ventajas obtenidas para el etanol, el biodiesel y toda la agroindustria también impulsarán nuestra agricultura. De esta manera el TLC se convierte en un instrumento muy importante del Estado para otorgarle prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales como lo ordena nuestra Constitución. Por supuesto, aunque en el balance general el sector agrícola se ve directamente beneficiado con el acceso al mercado de Estados Unidos, existen subsectores sensibles que necesitan un tratamiento especial de protección al interior del Tratado, como también se deriva del mandato del artículo 65. Dichos subsectores recibieron una protección especial como se detalla en seguida. (...) (se resalta)¹⁷⁶

Tras las afirmaciones anteriores, la Corte Constitucional concluye lo siguiente en relación con el tema de la seguridad alimentaria, en el mismo sentido de lo definido por la Asamblea Nacional Constituyente:

“Para la Corte, las normas convenidas en materia de comercio agrícola no desconocen el deber de seguridad alimentaria que corresponde al Estado colombiano para que toda la población pueda acceder de manera oportuna y permanentemente a los alimentos que satisfagan sus requerimientos nutricionales para el bienestar presente y futuro, que al ser una garantía consagrada en el art. 65 de la Constitución, no puede ser desatendida por el Estado colombiano” (se resalta)¹⁷⁷.

Adicionalmente, la Ley 101 de 1993, en su exposición de motivos, alude también al otorgamiento de una especial protección a la producción de alimentos como uno de sus principios orientadores, los cuales:

“(...) deben ser tenidos en cuenta en la interpretación de sus disposiciones, con miras, a proteger el desarrollo de las actividades agropecuarias y pesqueras, y

¹⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-750 del 24 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-750 del 24 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

*promover el mejoramiento del ingreso y calidad de vida de los productores rurales". Entre otros principios y, por tanto criterios fundamentales de interpretación, podemos citar: i) **otorgar especial protección a la producción de alimentos**; ii) **adecuar el sector agropecuario y pesquero a la internacionalización de la economía, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional**; iii) **promover el desarrollo del sistema agroalimentario nacional**; iv) **elevar la eficiencia y la competitividad de los productos agrícolas, pecuarios y pesqueros mediante la creación de condiciones especiales**; v) **impulsar la modernización de la comercialización agropecuaria y pesquera**; vi) **determinar las condiciones de funcionamiento de las cuotas y contribuciones parafiscales para el sector agropecuario y pesquero** y; viii) **establecer los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros"** (se resalta).*

La misma ley 101 de 1993, en sus primeros artículos, le otorga un contenido especial y específico al mandato de especial protección del Estado a la producción de alimentos. En el artículo 3º dispone lo siguiente:

"Salvo las previsiones contempladas en el artículo anterior, el Gobierno Nacional establecerá tarifas arancelarias, mecanismos para arancelarios o sistemas compensatorios, con el fin de que en la importación de bienes agropecuarios y pesqueros se garantice la adecuada protección a la producción nacional."

Nótese que artículo 2 de la ley, hace referencia a la posibilidad de pactar compromisos para desarrollar concesiones en el sector agropecuario, en el marco de Tratados Bilaterales, Subregionales o Multilaterales, siempre sobre la base de los principios de equidad, igualdad, reciprocidad y, muy importante, del principio de conveniencia nacional.

Adicionalmente, el Capítulo II de la Ley (arts. 6º - 11) desarrolla lo concerniente al artículo 65 de la Constitución Nacional, en el que precisamente se hace especial énfasis en las prioridades de las que gozarán las actividades rurales en la agenda fiscal y regulatoria del Gobierno Nacional.

Ahora bien, con respecto a la destinación del aceite de palma para la producción de biodiesel, es menester remitirse a la política del Gobierno

Nacional consignada en el Documento Conpes 3510 de 2008 – *“Lineamientos para promover la producción sostenible de los biocombustibles en Colombia”*-, cuyo objetivo se plantea como el aprovechamiento de las oportunidades de desarrollo económico y social que ofrecen los mercados emergentes de biocombustibles y diversificación de la canasta energética¹⁷⁸.

Las estrategias propuestas en el Conpes 3510 y el plan de acción para llevarlas a cabo, prevén, por una parte, que en el corto plazo la producción nacional de biocombustibles se destine exclusivamente a cubrir la demanda interna, generada en parte a través del establecimiento de mezclas obligatorias con combustibles fósiles.

Por otra parte, se recomienda igualmente en el Conpes que las acciones gubernamentales se encuentren orientadas a promover la consolidación del mercado doméstico de manera prioritaria, de manera tal que se creen los incentivos apropiados para que la industria local se prepare para competir en el mercado internacional.

En atención a lo anterior, las estrategias gubernamentales en aspectos tales como el esquema regulatorio de los biocombustibles, el establecimiento de ingresos máximos al productor de biodiesel, entre otros, como se sabe, tienen la potencialidad de afectar el mercado del aceite de palma. Además, la política que lleva a cabo el gobierno actualmente en materia de biocombustibles, podría implicar, que en su mayoría, el aceite de palma producido en el mercado doméstico se destine a cubrir esta nueva demanda para la producción de biodiesel.

¹⁷⁸ Consejo Nacional de Política Económica y Social, República de Colombia, Documento CONPES 3477, *“Estrategia para el desarrollo competitivo del sector Palmicultor colombiano”*, julio 9 de 2007, pp. 5 y 6.

¹⁷⁸ Consejo Nacional de Política Económica y Social, República de Colombia, Documento CONPES 3510, *“Lineamientos de Política para Promover la Producción Sostenible de Biocombustibles en Colombia”*, marzo 31 de 2008.

No sin antes reiterar que los efectos actuales o esperados que este escenario pueda tener en los mercados, es un asunto que se reduce estrictamente al análisis económico, es dable afirmar que las conclusiones frente a la situación que aquí se plantea dependen, al menos desde el punto de vista jurídico, de los propósitos u objetivos prioritarios directamente relacionados con el FEP Palmero, y el fundamento de tales propósitos. Este análisis se desarrollará a continuación.

1.3 Análisis concreto de la situación planteada a la luz del marco jurídico desarrollado.

Como se indicaba en la presentación de este documento, el impacto de la nueva demanda de aceite de palma para biodiesel en el mercado del aceite, es una cuestión que es importante evaluar a la luz de los fundamentos y objetivos del FEP Palmero.

A continuación se presentará el análisis con respecto a cada uno de los aspectos relevantes expuestos en el marco jurídico desarrollado en los puntos anteriores.

1.3.1 El Ámbito de Aplicación del FEP Palmero no depende de la destinación del Aceite de Palma, el Palmiste y sus fracciones.

Debe decirse como punto de partida, que el FEP Palmero desarrolla sus operaciones de estabilización sobre el aceite de palma crudo y el aceite de palmiste crudo, de origen colombiano. Como se desprende de lo anterior, es claro que en las normas que lo regulan y reglamentan, no existe restricción alguna en cuanto a los usos o destinaciones finales de los bienes objeto de estabilización.

Por consiguiente, y en lo que respecta a la inclusión del aceite de palma destinado a la producción del biodiesel en los mecanismos de estabilización del

FEP Palmero, es posible afirmar que jurídicamente no hay disposición normativa nacional o sectorial aplicable al FEP Palmero, que prohíba expresamente la inclusión del aceite de palma que se destina a la producción del biocombustible.

De acuerdo con lo anterior, no es dable hacer una distinción en donde las normas aplicables no lo hacen. Desde este punto de vista, en nuestra opinión, es posible afirmar que el Fondo puede mantenerse con independencia de la destinación que se le dé a los productos objeto de estabilización, esto es, el palmiste el aceite de palma y sus fracciones.

1.3.2 El tema de la seguridad alimentaria.

Visto el marco jurídico del punto 1.2., no debe perderse de vista que si bien los artículos 64, 65 y 66 son mencionados expresamente por el artículo 1º de la Ley 101 de 1993 como objeto de desarrollo de la misma, y si bien su fundamento se encuentra en los propósitos que allí se mencionan, cada uno de estos mandatos constitucionales, que se encuentran estrechamente relacionados, se desarrollan por la misma Ley de manera particular y especial.

Lo anterior, se reitera, no significa que en términos generales, el propósito de otorgar especial protección a la producción de alimentos deba dejarse de lado, si bien debe reconocerse por ser evidente, que de los objetivos establecidos en el artículo 1º de la Ley 101 de 1993, aquellos que tienen una relación directa con los fondos de estabilización, se encuentran regulados en los capítulos V y VI y corresponden a los siguientes:

“Determinar las condiciones de funcionamiento de las cuotas y contribuciones parafiscales para el sector agropecuario y pesquero”;

“Establecer los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros”.

En este sentido, cabría afirmar que la seguridad alimentaria **no** es propiamente el sustento principal de la existencia del Fondo. Lo anterior, en la medida en que, si bien indirectamente existe una relación entre la seguridad de los alimentos y la creación de los FEP, los FEP Agropecuarios y Pesqueros no fueron creados con el objeto exclusivo de proteger la producción nacional de alimentos, sino con los tres propósitos principales de *“procurar un ingreso remunerativo para los productores; regular la producción nacional; e incrementar las exportaciones”*, de conformidad con el artículo 36 de la ley 101 de 1993.

Si las condiciones de mercado generadas como resultado de esta nueva demanda para la producción de biodiesel, llegaren a afectar alguno de tales propósitos consignados en la ley 101, el Fondo podría entonces encontrarse potencialmente desprovisto de un sustento jurídico y fundamento sólidos.

Por el contrario, la destinación del aceite de palma objeto de estabilización a la producción de biodiesel sería perfectamente compatible con el texto del artículo 65 de la Constitución Política.

Como se mencionaba anteriormente, en el artículo 65 se establecen ciertas prioridades, dentro de las cuales se encuentra el *“desarrollo integral de las actividades agrícolas (...) y agroindustriales (se subraya)”*. Es observable cómo el mismo artículo promueve igualmente el desarrollo de actividades agroindustriales, como parte de las herramientas para la protección especial de los alimentos. No se aprecia en este texto oposición alguna a estabilizar un sector cuya producción se destina a la producción agroindustrial, como es el caso del biodiesel.

1.4 Conclusiones.

- De conformidad con las normas que regulan y reglamentan el FEP Palmero, su funcionamiento no depende de la destinación del Aceite de Palma, el Palmiste y sus fracciones, pues las normas aplicables no hacen distinción alguna a este respecto
- En cuanto a los aspectos de seguridad alimentaria, la destinación del aceite de palma a la producción de biodiesel, no se opone, desde el punto de vista del fundamento jurídico del Fondo, a las disposiciones y mandatos constitucionales y legales en la materia.

- Por último, de acuerdo con el análisis económico del mercado ante la nueva demanda de aceite de palma para la producción de biodiesel, será muy importante evaluar si en tales condiciones de mercado, la operación del Fondo continuaría cumpliendo con los propósitos para los cuales fue constituido.

2. Normativa internacional: compatibilidad y aplicación del FEP Palmero a transacciones destinadas a producir biodiesel.

En este punto se realizará el análisis de la misma situación fáctica y jurídica planteada en el punto anterior, pero desde la perspectiva de la normativa internacional.

Este análisis de la normativa internacional estará principalmente circunscrito a lo establecido en los Acuerdos de la OMC sobre dumping y sobre subvenciones y medidas compensatorias (AD y ASMC), en la medida en que en los TLC firmados por Colombia (con Estados Unidos, Chile, Países Centroamericanos y el G3) que han sido objeto de análisis en el Capítulo II de

este documento, el tratamiento del biodiesel como producto industrial, se somete a las disciplinas de la OMC, debiendo demostrarse en este caso la existencia de una subvención conforme a los artículos VI y XVI del GATT y conforme al ASMC, o los elementos constitutivos de dumping, según sea el caso.

2.1 *Acuerdo SMC.*

El punto de partida del análisis sobre la existencia de una subvención, debe darse con referencia al análisis hecho con anterioridad en el Capítulo II de este documento.

Lo anterior, en la medida en que si de conformidad con las consideraciones expuestas en ese Capítulo, los mecanismos de estabilización de ingresos previstos en el FEP Palmero, en nuestro concepto, no constituyen una subvención para los productos que reciben compensaciones, mal podría llegar a afirmarse que el producto industrial -biodiesel- que emplea una materia prima no subvencionada -aceite de palma- pueda ser objeto de subvenciones.

Esta afirmación preliminar encuentra sustento en dos supuestos:

- a. En el análisis se toma en consideración la normatividad vigente aplicable al FEP Palmero (Ley 103 de 1991, Decretos 2354 de 1996 y 2025 del mismo año). Por lo tanto, se tendrá en cuenta el alcance y cobertura del Fondo y, por consiguiente, de los productos sujetos a los mecanismos de estabilización: el palmiste, el aceite de palma y sus fracciones.
- b. El biodiesel clasificado por la subpartida 3824.90.99.10 del SA no está incluido en el ámbito agrícola determinado en el Anexo 1 del AA ni en la definición de “productos primarios” del Artículo XVI del GATT.

Por tanto, al biodiesel le son aplicables las disposiciones que regulan el sector industrial y, para el tema que nos ocupa, el ASMC, el artículo XVI del GATT de 1994 en lo que se refiere a productos no primarios y sus notas suplementarias con la misma acotación.

Bajo las consideraciones expuestas y en el contexto legal descrito anteriormente que corresponde al vigente en la fecha, el biodiesel producto industrial que utiliza en su fabricación como materia prima el aceite de palma, no es sujeto de cesiones ni de compensaciones y su única vinculación con el tema se deriva del empleo en su proceso de producción de una materia prima objeto del FEP y sujeta a los mecanismos de estabilización de ingresos, cual es el aceite de palma.

Sin embargo, si se llegara a determinar la existencia de una subvención en la materia prima del biodiesel (aceite de palma), procedería analizarse el tema teniendo en este caso como marco jurídico exclusivo el ASMC.

A propósito de esta última posibilidad, se analizará el tema de la transmisión de la subvención de la materia prima subvencionada al producto final, que ha sido objeto de pronunciamientos en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

2.1.1 Análisis del tratamiento del biodiesel frente a la definición de subvención del ASMC.

En el marco regulatorio del ASMC aplicable al biodiesel es preciso analizar los tres elementos que conforman la definición de subvención consagrada en el Artículo 1, disposición que, como oportunamente se afirmó, por sí misma no prohíbe ni permite el desarrollo de acciones por el Gobierno,

limitándose, exclusivamente, a señalar las conductas que tipifican la práctica de una subvención, a saber:

- a. *Existencia de una contribución financiera de un gobierno u organismo público, de manera directa o indirecta, bajo uno cualquiera de los tipos que se enuncian en los incisos i) a iv) del párrafo 1.1. a) 1.).*

Sobre el particular resultan plenamente aplicables las consideraciones expuestas en este documento bajo el título *“La existencia de una subvención en el sentido del artículo 1.1(a)(1) del ASMC”*, las cuales permiten afirmar que, en nuestro concepto, las cesiones como mecanismos del FEP Palmero no constituyen una contribución del tipo prescrito en la norma.

En consecuencia si las cesiones que recibe el aceite de palma no constituyen una contribución financiera de acuerdo con lo previsto en la norma en comento, ni por consiguiente una subvención, mal podría afirmarse tal situación del producto elaborado con su participación.

- b. *“Existencia de alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994”*

Sobre el particular resulta aplicable las consideraciones expuestas en este documento bajo el título *“La existencia de una subvención en el sentido del artículo 1.1(a)(2) del ASMC”* previas las siguientes consideraciones preliminares:

- El biodiesel no es un producto primario dado que no se encuentra comprendido en el ámbito agrícola establecido en el Anexo 1 del AA, como tampoco en la definición que al respecto introduce el Artículo XVI del GATT, Sección B, nota suplementaria 2.

- El biodiesel tampoco se puede incluir en el ámbito de productos primarios con base en la citada nota suplementaria 2 que incorpora en el ámbito agrícola, además del producto agrícola “en su forma natural”, el mismo producto agrícola que ha sufrido la transformación que “requiere comúnmente la comercialización en cantidades importantes en el mercado internacional”. Sin embargo para la producción de biodiesel el producto agrícola en su forma natural (palma de aceite) sufrido transformaciones sustanciales muy superiores a las requeridas para la comercialización, circunstancia que lo excluye, inclusive, del ámbito ampliado de productos primarios.
- Desde nuestra óptica, la transformación que ha sufrido el aceite de palma para convertirse en biodiesel supera considerablemente las transformaciones necesarias para la comercialización de la materia prima, por lo cual nunca podría afirmarse que el biodiesel es un producto primario. En consecuencia no le es aplicable al biodiesel el tratamiento previsto para los productos primarios en el Artículo XVI párrafo 3 como tampoco sus notas suplementarias. Estas disposiciones como se expresó al tratar, las “formas de sostenimiento de los ingresos y de los precios”, establecen un tratamiento más permisivo para las subvenciones destinadas a productos agrícolas, frente a las aplicadas a productos industriales.

Efectuadas las consideraciones anteriores procederemos a efectuar el análisis jurídico del citado artículo XVI considerando su aplicabilidad para productos industriales.

Consagra el artículo XVI en sus párrafos 1 y 4 las obligaciones de cada país de: i) notificar “toda forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios” que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones y reducir las importaciones; ii) de limitar las subvenciones

cuando se determine que causan o amenazan causar un daño grave a los intereses de otra parte contratante; y iii) de dejar de concederlas cuando tengan como consecuencia rebajar “su precio de venta de exportación a un nivel inferior al del precio comparable pedido a los compradores del mercado interior por el producto similar”.

Sin perjuicio de reiterar que la normativa del FEP Palmero en ningún caso está dirigida al biodiesel y que por tanto, de entrada puede descartarse que ella constituya una forma de sostenimiento de ingresos o precios de este producto, es importante resaltar que no se cumple respecto del biodiesel, ninguna de las condiciones previstas en el párrafo 1 del Artículo XVI para su notificación o limitación, como tampoco aquellas que conforme al párrafo 4 obligan a su desmonte.

Veamos: Como se ha señalado de manera reiterada en este documento, el Estado al crear el FEP y prever las cesiones y compensaciones como mecanismos de estabilización, busca, exclusivamente, contrarrestar fenómenos estructurales del mercado que generen desviaciones inadecuadas de la oferta hacia el consumo interno o hacia las ventas para exportación. En ningún caso pretende aumentar las exportaciones o reducir las importaciones; sólo busca generar un nivel de indiferencia entre productores y vendedores frente al mercado de destino de su oferta, mantener el abastecimiento normal del mercado nacional y garantizar la seguridad alimentaria. Prueba de ello es que de acuerdo con el comportamiento de los precios, los exportadores pueden recibir compensaciones o efectuar cesiones.

De otra parte, como también se ha señalado a lo largo de este documento, la reducida participación de las exportaciones colombianas y la circunstancia de que Colombia no está en capacidad de influenciar los precios internacionales restan cualquier posibilidad de que los productos colombianos causen un daño a productos similares.

Las consideraciones anteriores permiten afirmar que, en nuestra opinión, aún en el evento que llegare a afirmarse que las compensaciones recibidas en el marco del FEP constituyen una subvención para los productos objeto de ellas (entre los cuales no se encuentra el biodiesel); y pese a que el tratamiento en materia de subvenciones y formas de sostenimiento de ingresos y precios de los productos industriales es más riguroso que el de los productos primarios, no se configura ninguna de las causales que conforme a las disciplinas del GATT de 1994 exigen la notificación, limitación o retiro de la medida.

- c. “Y con ellos se otorgue un beneficio” en los términos del Inciso 1.1.b) del Artículo 1 del ASMC

Los análisis jurídicos efectuados en este documento en el Capítulo II han permitido concluir que en el FEP Palmero no se configura la contribución financiera de que trata el artículo 1.1. inciso a) 1 ni las formas de sostenimiento de ingresos y precios prevista en el inciso a) 2 del mismo artículo. De la misma forma se ha sostenido de manera fundamentada la inexistencia de beneficio y, por tanto de subvención.

Sin perjuicio de reafirmar la conclusión anterior, de manera complementaria para el análisis jurídico del tema, a continuación se analizará para el caso particular del biodiesel, la existencia del beneficio, concepto que, como ya se ha sostenido, constituye elemento *sine qua non* de la definición de subvención.

Para el efecto es preciso recordar que los mecanismos del FEP Palmero: cesiones y compensaciones, tienen como objeto las ventas internas y las exportaciones de palma y aceite de palma, materias primas del biodiesel, pero que este producto final no se encuentra incluido en el sistema de estabilización de precios.

En este escenario, es preciso analizar si de aceptarse, en gracia de discusión, la presencia de una subvención para el aceite de palma y el palmiste, ello incidiría en el biodiesel producto ajeno al mecanismo del FEP. En otras palabras si es factible afirmar la existencia de un beneficio para un producto que no es objeto de una medida que pudiera calificarse como subvención, cuando una de sus materias primas ha sido objeto de dicha práctica.

El fundamento jurídico de la obligación de llevar a cabo un análisis de la transferencia se deriva de las siguientes disposiciones:

Artículo VI DEL GATT, Párrafo 3. “**No se percibirá** sobre ningún producto del territorio de una parte contratante, importado en el de otra parte contratante, **derecho compensatorio alguno que exceda del monto estimado de la prima o de la subvención que se sepa ha sido concedida, directa o indirectamente, a la fabricación, la producción o la exportación** del citado producto en el país de origen o de exportación, con inclusión de cualquier subvención especial concedida para el transporte de un producto determinado. Se entiende por "derecho compensatorio" un derecho especial percibido para contrarrestar cualquier prima o subvención concedida, directa o indirectamente, a la fabricación, la producción o la exportación de un producto.” (Se subraya).

Artículo 10. *ASMC Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994.* “Los Miembros tomarán todas las medidas necesarias para que la imposición de un derecho compensatorio [36] sobre cualquier producto del territorio de cualquier Miembro importado en el territorio de otro Miembro esté en conformidad con las disposiciones del artículo VI del GATT de 1994 y con los términos del presente Acuerdo. Sólo podrán imponerse derechos compensatorios en virtud de una investigación iniciada y realizada de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo y del Acuerdo sobre la Agricultura.”

Nota 36 al art. 10, SMC. “Se entiende por "derecho compensatorio" un derecho especial percibido para neutralizar cualquier subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994.”

En el contexto normativo anterior la cuestión ha sido abordada en las siguientes controversias: *Estados Unidos - Carne de cerdo canadiense*, en un asunto sustanciado en el marco del *GATT de 1947* y, más recientemente, por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Madera blanda IV* y muy recientemente en el caso *CE - Aceite de Oliva*.

En la última controversia citada el Grupo Especial se remite a decisiones anteriores para sostener:

“El Órgano de Apelación destacó que en ausencia de un análisis de la transferencia "no es posible demostrar que los elementos esenciales de la definición de subvención, que contiene el artículo 1 están presentes respecto del *producto elaborado*" con lo que "el derecho de imponer medidas compensatorias al producto elaborado con el fin de contrarrestar una subvención otorgada a un insumo [...] no quedaría establecido de conformidad con el párrafo 3 del artículo VI del *GATT de 1994* y, por consiguiente, tampoco estaría en conformidad con el artículo 10 y el párrafo 1 del artículo 32 del *Acuerdo SMC*”

(...)

“Como declaró el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Madera blanda IV* "dado que el párrafo 3 del artículo VI permite *contrarrestar*, mediante derechos compensatorios, únicamente 'la subvención que se sepa que ha sido concedida [...] a la fabricación [o] la producción ... del citado *producto*', se deduce que los Miembros no pueden imponer derechos para

contrarrestar una cuantía de la subvención otorgada al insumo que *no* se ha transferido al producto elaborado objeto de la medida compensatoria"¹⁷⁹

De otra parte señala el Grupo Especial:

“El Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Carne de cerdo canadiense* observó que el párrafo 3 del artículo VI del *GATT de 1947* limitaba la cuantía de los derechos compensatorios al monto de la subvención "concedida directa o indirectamente a la producción del 'citado producto'", (es decir, el producto importado), y constató que los Estados Unidos sólo podían aplicar medidas compensatorias a las importaciones de carne de cerdo si se había determinado que se había concedido una subvención a la producción de carne de cerdo. (...) las subvenciones concedidas a los productores de ganado porcino sólo podían considerarse "concedidas a la producción" de carne de cerdo (como exigía el párrafo 3 del artículo VI del *GATT de 1947*) si habían hecho descender los precios pagados por el ganado porcino por los productores de carne de cerdo a un nivel inferior al que habrían tenido que pagar por ganado porcino de otras fuentes posibles de abastecimiento en condiciones comerciales normales"¹⁸⁰.

De esta manera puede afirmarse que de los asuntos *Estados Unidos - Carne de cerdo canadiense* y *Estados Unidos - Madera Blanda IV* se desprende que es necesario un análisis de la transferencia en los casos en que concurren dos condiciones:

- i. Que se conceda una subvención respecto de un producto que es un insumo del producto elaborado importado objeto de la investigación en materia de derechos compensatorios; y

¹⁷⁹ Comunidades Europeas - Aceite de Oliva ¶¶ 7.139 y 7.142. Citando *Estados Unidos - Madera Blanda IV*, OA, ¶¶ 143 y 141 respectivamente.

¹⁸⁰ *Ibidem*, ¶ 7.133. Citando *Estados Unidos - Carne de cerdo canadiense*, GE, ¶ 4.6.

- ii. Que el productor del insumo y el productor del producto importado objeto de la investigación en materia de derechos compensatorios no estén vinculados.

Sin embargo, no siempre en una transacción en condiciones de plena competencia entre empresas no vinculadas en la cadena de la producción de un producto importado objeto de una investigación en materia de derechos compensatorios, debe realizarse un análisis de la transferencia. Lo anterior obedece al siguiente razonamiento:

“(…) en el asunto *Estados Unidos - Madera blanda IV* el Órgano de Apelación constató que cuando *tanto* un insumo *como* un producto manufacturado ulterior están abarcados por la definición del producto objeto de la investigación en materia de derechos compensatorios, *no* es necesario un análisis de la transferencia, aun cuando los productores de los productos respectivos *no estén vinculados* y operen en condiciones de plena competencia”¹⁸¹.

Las normas consultadas y las consideraciones jurisprudenciales transcritas permiten afirmar que aún en el caso que llegare a establecerse la existencia de una subvención a las materias primas empleadas en la producción del biodiesel, debería demostrarse plenamente que el beneficio recibido por los destinatarios de las compensaciones se ha transferido a los exportadores del biodiesel. Ello siempre y cuando las transacciones de la cadena productiva se hayan efectuado en condiciones de plena competencia entre empresas no vinculadas.

Las consideraciones referidas al biodiesel permiten afirmar:

¹⁸¹ *Ibidem*, ¶ 7.143. Citando *Estados Unidos - Madera Blanda IV*, OA, ¶ 163. Informe adoptado el 17 de febrero de 2004

- En nuestra opinión los mecanismos de estabilización del FEP para el aceite de palma y el palmiste, no constituyen una contribución financiera de acuerdo con el artículo 1 del ASMC párrafo 1. 1 a) 1, literales i) a iv) o una forma de sostenimiento de ingresos o precios que deba desmontarse conforme al artículo XVI del GATT. Tampoco otorgan beneficio a productores, vendedores o exportadores.
- La producción, venta o exportación de biodiesel no es objeto de los mecanismos del FEP. Su vinculación al tema obedece a la utilización en su proceso productivo de una materia prima sujeta a estos mecanismos de estabilización.
- El biodiesel es un producto industrial sujeto al ASMC, al Artículo XVI del GATT párrafos 1 y 4. No se aplica al biodiesel el tratamiento permisivo previsto para el sector agrícola en el párrafo 3 del mencionado artículo.
- En el marco legal bajo el cual debe estudiarse el biodiesel se encuentra que: i) la existencia de una contribución financiera para el biodiesel se condiciona a la existencia de esta práctica en sus materias primas, situación que no se configura en nuestra opinión; ii) de llegar a aceptarse que el FEP constituye una forma de sostenimiento de ingresos para productores o exportadores de biodiesel, esta acción se vería amparada por los párrafos 1 y 4 del Artículo XVI toda vez que no tiene por objeto incrementar las exportaciones, restringir las importaciones, reducir el precio de exportación o causar un daño a productos similares; y iii) aún si se aceptara en gracia de discusión que las compensaciones recibidas por productores o vendedores de aceite de palma, configuran subvenciones y otorgan un beneficio a sus receptores, para que pueda predicarse la existencia de un beneficio en la exportación del biodiesel, debería acreditarse que el beneficio recibido en la materia prima de la cadena, ha sido transferido al producto final.

2.1.2 Conclusiones.

Las consideraciones de orden jurídico expuestas a lo largo de esta Sección permiten afirmar que en nuestra opinión:

- El análisis jurídico en el marco multilateral del FEP Palmero para el aceite de palma y el palmiste debe realizarse, interpretando, de manera sistemática y en conjunto, el AA y el ASMC disposición esta última que define el concepto de subvención.
- La naturaleza y funcionamiento del FEP Palmero no tipifica una subvención conforme al artículo 1.1 a) 1 del ASMC. Si bien las contribuciones financieras pueden tener recursos públicos o recursos privados, en el diseño y aplicación del FEP no se configura ninguna de las medidas previstas **de manera taxativa** en los incisos i) a iiiii) de dicha norma, los cuales suponen una acción directa del gobierno, situación ajena a la naturaleza y objetivos del FEP Palmero.
- En el caso del FEP Palmero, la intervención del Gobierno tiene por objeto exclusivo fijar las reglas para la asignación de recursos propios de los miembros de una colectividad; productores, vendedores y exportadores, entre ellos mismos, sin que el gobierno o una tercera persona transfieran recursos. Existe identidad entre cedentes y cesionarios, que se comportan como sujetos activos y pasivos de la reasignación de los recursos propios de la colectividad.
- El FEP es un mecanismo de estabilización de ingresos que busca establecer un nivel de indiferencia, entre los mercados cuyo precio representativo esté por debajo del promedio ponderado y aquellos cuyo precio sea superior a dicho promedio. Por tanto, no puede considerarse

como un mecanismo de sustentación de precios de acuerdo con el artículo 1.1.a) 2 del ASMC.

- El FEP Palmero como mecanismo de sostenimiento de ingresos, no tiene por efecto directo o indirecto aumentar las exportaciones (de acuerdo con los mecanismos establecidos, en muchas oportunidades, son los mismos exportadores los sujetos pasivos de las cesiones de estabilización, y los vendedores en el mercado interno los beneficiarios de las compensaciones de estabilización). Por tanto, no se configura la Sección A, párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994.
- El párrafo 3 se refiere a productos primarios como son: la palma, el aceite de palma y sus fracciones. El FEP Palmero : i) no constituye una subvención a la exportación como ya se anotó; ii) no tiene por objeto aumentar la exportación de productos primarios; iii) aún si se configuraran los presupuestos anteriores, la reducida capacidad productiva de Colombia le impediría “absorber más de una “parte equitativa” del comercio mundial de los productos. Por tanto no se configura el párrafo 3 de la Sección B del artículo XVI del GATT DE 1994.
- Las compensaciones en el FEP Palmero no se condicionan al resultado de las exportaciones, toda vez que se otorgan igualmente a las ventas que se realizan en el mercado nacional, siempre y cuando se den los presupuestos establecidos en la operatividad interna del fondo. Aún si la operatividad del FEP Palmero tuviere como objeto aumentar las exportaciones de productos primarios, procedería aplicar la nota suplementaria del párrafo 3 del artículo XVI dado que la financiación se efectúa en su totalidad, con recursos privados.
- El párrafo 4 se refiere a productos industriales como el biodiesel. El FEP Palmero: i) no constituye una subvención, como ya se anotó; ii) en el evento que constituyera una subvención no tendría como consecuencia

rebajar precios de exportación. Colombia exporta con precios determinados en base a la fluctuación del mercado internacional. Por tanto no se configura el párrafo 3 de la Sección B del artículo XVI del GATT DE 1994.

- El artículo 1, inciso 1.2. del ASMC exige para la configuración de una subvención, en todos los casos, el otorgamiento de un beneficio. En el FEP Palmero, el único beneficiado es el Estado que cumple deberes constitucionales: “racionaliza la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes...” y vela por la seguridad alimentaria. El destinatario de la compensación, quien además de ser sujeto de cesiones iguales o superiores a las compensaciones recibidas, no recibe beneficios adicionales a los que obtendrían de no existir esta figura. En ausencia del FEP Palmero, los productores y vendedores, de acuerdo a las leyes del mercado, venderían los productos en el territorio nacional o en el exterior, usando como criterio el beneficio económico que recibiría.
- En el ámbito agrícola, la interpretación sistemática del AA y el artículo 1 del ASMC, permite afirmar que como el FEP Palmero no configura una subvención, tampoco puede ser sujeto de los compromisos de reducción previstos en el Artículo 9 del AA.
- El FEP no puede catalogarse como un subsidio o medida de apoyo interno, pues no implica ningún tipo de transferencia, ayuda financiera o el sacrificio o renuncia de recursos fiscales en favor de los particulares. La medida gubernamental (Ley 101 de 1993) tiene por objeto asignar los recursos propios de un sector productivo entre sus miembros, pero no transferirlos

- No siendo el FEP una medida de ayuda interna no hay lugar a clasificarlo en ninguno de los compartimientos a los que se refiere el AA (Ámbar, Azul o Verde) y no esta tampoco sujeto a ningún compromiso de reducción en el marco de la OMC.
- El Fondo no está financiado por el gobierno colombiano, ni por fondos públicos de ninguna naturaleza. Las contribuciones (cesiones) provienen del sector privado (productores, vendedores y exportadores) que constituyen rentas parafiscales.
- El Gobierno colombiano no está subsidiando las exportaciones de aceite de palma y palmiste. Por el contrario, cuando las exportaciones son hechas a un precio superior al precio de referencia, los exportadores se ven obligados a pagar cesiones de estabilización. Esto podría entonces interpretarse como la imposición de un impuesto a las exportaciones, lo que sería contradictorio al concepto de subsidio.
- La producción, venta o exportación de biodiesel no es objeto de los mecanismos del FEP. Su vinculación al tema obedece a la utilización en su proceso productivo de una materia prima sujeta a estos mecanismos de estabilización
- El biodiesel es un producto industrial sujeto al ASMC, al Artículo XVI del GATT párrafos 1 y 4. No se aplica al biodiesel el tratamiento permisivo previsto para el sector agrícola en el párrafo 3 del mencionado artículo.
- En la producción y exportación de biodiesel:
 - La existencia de una contribución financiera, se condiciona a la demostración de esta práctica en sus materias primas, situación que no se configura en nuestra opinión;

- De llegar a aceptarse que el FEP constituye una forma de sostenimiento de ingresos para productores o exportadores de biodiesel, esta acción se vería amparada por el párrafo 1 y 4 del Artículo XVI, toda vez que no tiene por objeto incrementar las exportaciones, restringir las importaciones, reducir el precio de exportación o causar un daño a productos similares;
- Aún si se aceptara que las compensaciones recibidas por productores o vendedores de aceite de palma, configuran subvenciones y otorgan un beneficio a sus receptores, para que pudiera predicarse la existencia de un beneficio en la exportación del biodiesel, debería acreditarse que el beneficio recibido en la materia prima de la cadena, ha sido transferido al producto final.

2.2 *Acuerdo sobre Dumping.*

En relación con el Acuerdo sobre Dumping, se aplicable en su totalidad el análisis y conclusiones en relación con las operaciones del Fondo sobre el Aceite de Palma, el Palmiste y sus fracciones, desarrollados en el Capítulo II de este documento.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Normas Jurídicas Nacionales

Constitución Política de Colombia

Exposición de motivos de la Ley 101 del 23 de diciembre de 1993, “Ley general de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”.

Ley 101 del 23 de diciembre de 1993, “Ley general de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”.

Decreto 2025 del 6 de noviembre de 1996, “Por el cual se reglamenta parcialmente el capítulo V de la Ley 101 de 1993 y las leyes 67 de 1983 , 40 de 1990, 89 de 1993 y 114, 117, 118 y 138 de 1994”.

Decreto 2354 del 27 de diciembre de 1996, “Por el cual se organiza el Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones”.

Acuerdo 022 Comité Directivo Comité Directivo del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones

Acuerdo 029 Comité Directivo Comité Directivo del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones

Acuerdo 144 Comité Directivo Comité Directivo del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones

Acuerdo 149 Comité Directivo Comité Directivo del Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones

Consejo Nacional de Política Económica y Social, República de Colombia,
Documento CONPES 3510, "*Lineamientos de Política para Promover la
Producción Sostenible de Biocombustibles en Colombia*", marzo 31 de 2008.

Normas Jurídicas Internacionales

Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y los Estados Unidos en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS.

Acuerdo de Cartagena por el cual se crea la Comunidad Andina de Naciones.

Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y El Salvador, Guatemala y Honduras, países denominados "Triángulo Norte de Centroamérica", celebrado en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS.

Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y Chile en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS.

Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica celebrado en el marco de la ALADI por Colombia con México y Venezuela TLC G-3 para la conformación de una zona de libre comercio en el marco del tratado de Montevideo.

Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica celebrado en el marco de la ALADI por Colombia, Ecuador y Venezuela países miembros de la CAN con Brasil, Uruguay, Paraguay y Argentina Estados Parte del Mercosur, al amparo del Tratado de Montevideo 1980.

Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y los países EFTA en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS.

Acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre Colombia y Canadá en desarrollo del Artículo XXIV del GATT y el artículo V del AGCS.

Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 457 Por la cual se expiden normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina

Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 456 Por la cual se expiden normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina

Secretaría General de la Comunidad Andina, Resoluciones 730, 770 y 844

Organización Mundial del Comercio, Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Organización Mundial del Comercio, Acuerdo sobre la Agricultura

Investigación tendiente a la imposición de derechos antidumping a las importaciones peruanas de manteca vegetal comestible comprendida en la subpartida NANDINA 1516.20.00.

Jurisprudencia Nacional

Corte Constitucional, Sentencia C-750 del 24 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-1067 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-152 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón.

Organización Mundial del Comercio - Decisiones, Informes y Documentos

Jurisprudencia

Estados Unidos - Ley de 1916, OA	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Ley Antidumping de 1916</i> , WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adoptado el 28 de agosto de 2000
EE.UU., Ley de 1916 (CE), GE	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916</i> , Reclamación presentada por las Comunidades Europeas, WT/DS136/R, adoptado el 31 de marzo de 2000
EE.UU. Acero laminado en caliente, OA	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas Antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente provenientes del Japón</i> , WT/DS184/AB/R, adoptado el 24 de julio de 2001
Argentina - Medidas AD sobre los pollos, GE	Informe del Grupo Especial, <i>Argentina - Derechos Antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil</i> , WT/DS241/R, adoptado el 22 de abril de 2003
EE.UU. - Madera Blanda V, GE	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Determinación definitiva de la existencia de dumping respecto de la madera blanda procedente del Canadá</i> , WT/DS264/R, adoptado el 13 de abril de 2004
EE.UU. - Madera Blanda V, OA	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinación definitiva de la existencia de dumping respecto de la madera blanda procedente del Canadá</i> , WT/DS264/AB/R, adoptado el 11 de agosto de 2004

CE – Ropa de Cama, AO	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas – Derechos Antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India</i> , WT/DS141/AB/R, adoptado el 1 de marzo de 2001
Egipto – Barras de Acero, GE	Informe del Grupo Especial, <i>Egipto – Medidas Antidumping definitivas aplicadas a las barras de refuerzo de acero procedentes de Turquía</i> , WT/DS211/R, adoptado el 8 de agosto de 2002.
CE – Accesorios de tubería, GE	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas – Derechos Antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil</i> , WT/DS219/R, adoptado el 7 de marzo de 2003
CE – Accesorios de tubería, OA	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas – Derechos Antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil</i> , WT/DS219/AB/R, adoptado el 22 de julio de 2003
Argentina – Baldosas de cerámica, GE	Informe del Grupo Especial, <i>Argentina – Medidas Antidumping definitivas aplicadas a las importaciones de baldosas de cerámica para el suelo procedentes de Italia</i> , WT/DS189/R, adoptado el 28 de septiembre de 2001.
EE.UU. – Acero inoxidable, GE	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos – Aplicación de medidas antidumping a las chapas de acero inoxidable en rollos y las hojas y tiras de acero inoxidable procedentes de Corea</i> , WT/DS179/R, adoptado el 22 de diciembre de 2000.
Estados Unidos – Ley de Compensación, OA	Informe del Órgano de Apelación, <i>Ley de Compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000</i> , WT/DS217/AB/R, adoptado el 16 de enero de 2003

Informes y Documentos

Informe de la OMC Comercio Mundial 2006	Informe de la OMC sobre el Comercio Mundial 2006, “II. Las subvenciones, el Comercio y la OMC”, pp. 51 – 237.
L/1141, adoptado el 27 de mayo de 1960, 9S/208, 215.	L/1141, Second Report of the Group of Experts on Anti-Dumping and Countervailing Duties, 29 de enero de 1960
L/1160, 1960	L/1160, Panel on Subsidies and State Trading, “Report on Subsidies”, 22 de marzo de 1960

Documento MTN.GNG/NG10/W/4

Organización Mundial del Comercio,
Documento MTN.GNG/NG10/W/4
"Subvenciones y medidas compensatorias -
Nota de la Secretaría", 28 de abril de 1987

Otras Decisiones e Investigaciones

Informe Técnico EE-23-03 VP

Informe Técnico EE-23-03 VP, Unidad de Estudios Económicos del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, República de Costa Rica.

Informe Técnico Inicial EE-09-2002 VP

Informe Técnico Inicial EE-09-2002 VP (versión pública), Unidad de Estudios Económicos del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, República de Costa Rica

Resolución 003-2004

Resolución 003-2004 del 3 de febrero de 2004, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, República de Costa Rica

Resolución 017-2003

Resolución 017-2003 del 25 de abril de 2003, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, República de Costa Rica.

USDA, GAIN Report, 2006

United States Department of Agriculture, Foreign Agricultural Service, "Agricultural Situation, Import Duties for Biofuels, 2006", GAIN Report No. E36056, 4 de junio de 2006.

Libros y Artículos

Benítez Vargas, Regis Manuel "La seguridad alimentaria en crisis", *Economía Colombiana*, Contraloría General de la República, Edición 296, Junio/Julio, 2003.

Conto P, Myriam, **Financiamiento de los agricultores al desarrollo tecnológico. Naturaleza jurídica e impacto en el sector palmero colombiano.** Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Fedepalma.

LeRoy Millar, Roger y Meiner, Roger E.M., **Microeconomía**, 3ª. Edición, 1990.

Malaysian Palm Oil Council y Malaysian Palm Oil Board (pub.), *“Fact Sheets, Malaysian Palm Oil”*, 2007.

Plazas, Mauricio, **Derecho de la hacienda pública y derecho tributario**, Bogotá, Temis: 2000.

Samuelson, Paul A., **Curso de Economía Moderna**, 10ª. Edición, 1963.

WALTER Juan, ROSALES Ramón, SAMACÁ, Henry, *“Un análisis empírico del fondo de estabilización de precios en el mercado de aceite de palma colombiano”*, Documento CEDE 2004-35, Universidad de los Andes, septiembre de 2004.

Documentos en línea

Financial Glossary, [en línea] de:

<[http://www.fiscalreference.com/glossary/price support.htm](http://www.fiscalreference.com/glossary/price%20support.htm)>

International Trade Therms, [en línea] de:

<<http://www.itds.treas.gov/glossary6.html#P>>

Organización Mundial del Comercio, “Ayuda interna: a veces está permitida y a veces no”, [en línea] de:

<http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm3_s.htm#domestic>

Thompson Robert L. “Agricultural Price Supports”, [en línea] de:

<<http://www.econlib.org/library/Enc/AgriculturalPriceSupports.html>>

Webster Online, [en línea] de:

<<http://www.websterdictionary.org/definition/Price%20support>>