



**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**

**RESOLUCIÓN NÚMERO 275 DE 27 NOV. 2018**

( )

"Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

**EL DIRECTOR DE COMERCIO EXTERIOR**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las que le confieren el numeral 5 del artículo 18 del Decreto 210 de 2003 modificado por el Decreto 1289 de 2015, el Decreto 1750 de 2015, y

**CONSIDERANDO:**

Que mediante Resolución 198 del 6 de agosto de 2018 publicada en el Diario Oficial 50.681 del 10 de agosto de 2018, la Dirección de Comercio Exterior ordenó el inicio de una investigación de carácter administrativo para determinar la existencia, el grado y los efectos en la rama de la producción nacional, de un supuesto dumping en las importaciones de láminas de cartón y polietileno, con lámina intermedia de aluminio, con barrera de oxígeno, para envasado aséptico de productos tratados con el proceso UHT, en la industria alimentaria, clasificadas en la subpartida arancelaria 4811.59.20.00 originarias de la República Federativa del Brasil (en adelante Brasil), de conformidad con lo establecido en el Decreto 1750 de 2015, en concordancia con lo estipulado en el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 de la Organización Mundial del Comercio (en adelante Acuerdo Antidumping de la OMC).

Que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 1750 de 2015 se informó la apertura de la investigación y se enviaron comunicaciones a los importadores y comercializadores en Colombia, a los exportadores y productores extranjeros a través del representante diplomático de la República Federativa del Brasil en Colombia y para su divulgación al Gobierno de dicho país, así como las direcciones de Internet para descargar la citada resolución y los cuestionarios.

Que mediante la Resolución 235 del 28 de septiembre de 2018 publicada en el Diario Oficial 50.733 del 1° de octubre del año en curso, la Dirección de Comercio Exterior prorrogó hasta el 8 de octubre de 2018 el plazo con que cuentan todas las partes interesadas para dar respuesta a cuestionarios, y hasta el 1° de noviembre de 2018 el plazo para adoptar una determinación preliminar dentro de la presente investigación.

Que de conformidad con el artículo 30 del Decreto 1750 de 2015, transcurridos dos meses contados a partir del día siguiente a la fecha de publicación de la resolución de apertura por supuesto dumping, la Dirección de Comercio Exterior debe pronunciarse mediante resolución motivada, sobre los resultados preliminares evaluados por la Subdirección de Prácticas Comerciales y, si es del caso, puede ordenar el establecimiento de derechos antidumping provisionales. Asimismo, el mencionado artículo prevé que la Dirección de Comercio Exterior de oficio o a petición de parte interesada, siempre que circunstancias especiales lo ameriten, podrá prorrogar el plazo señalado para la determinación preliminar hasta en 20 días más.

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

Que mediante Resolución 254 del 1º de noviembre de 2018 publicada en el Diario Oficial 50.765 del 2 de noviembre de 2018, previa autorización del Comité de Prácticas Comerciales en sesión 125 celebrada el 31 de octubre de 2018, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del Decreto 1750 de 2015, prorrogó hasta el 27 de noviembre de 2018, el plazo para la adopción de la determinación preliminar dentro de la investigación administrativa iniciada con la Resolución 198 de 2018.

Que los documentos y pruebas que se tuvieron en cuenta para las etapas de apertura y preliminar de la investigación administrativa abierta por la Dirección de Comercio Exterior, tales como la solicitud presentada por PLASTILENE S.A., y NOVALENE ZONA FRANCA S.A.S., en nombre de la rama de producción nacional, con apoyo de la empresa FLEXO SPRING S.A., la similitud entre el producto nacional y el importado, la representatividad de los productores nacionales, información sobre dumping, daño importante y relación causal, con sus respectivos soportes probatorios, así como también la aportada por las partes interesadas y la acopiada por la Subdirección de Prácticas Comerciales de la Dirección de Comercio Exterior durante la etapa preliminar, reposan en el expediente D-105-02-106.

Que en desarrollo de lo dispuesto en el Título II del Decreto 1750 de 2015, a continuación, se resumen los procedimientos y análisis sobre la determinación preliminar de la investigación administrativa, ampliamente detallados en el Informe Técnico Preliminar que reposa en el expediente antes mencionado.

## **1. ASPECTOS GENERALES Y DE PROCEDIMIENTO**

### **1.1 REPRESENTATIVIDAD**

En su solicitud las peticionarias, debido a que cuentan con el apoyo de FLEXO SPRING S.A.S. manifiestan que son representativas de más del 50% de la producción nacional de láminas flexibles impresas, fabricadas con polietilenos y EVOH con barrera al oxígeno, para envasado aséptico de productos tratados con el proceso UHT, en la industria alimentaria, clasificadas en la subpartida arancelaria 3920.10.00.00 tal como consta en la solicitud.

En este sentido, la Autoridad Investigadora con radicados 2-2018-01834 y 2-2018-01835 ambos del 25 de junio de 2018, solicitó a las peticionarias PLASTILENE S.A., y NOVALENE ZONA FRANCA S.A.S. aclaración sobre la representatividad.

Las peticionarias dieron respuesta con el oficio 1-2018-015594 radicado el 17 de julio de 2018 y sobre el particular presentaron certificación de ACOPLASTICOS como gremio al cual están afiliadas las empresas peticionarias, en donde manifiesta el apoyo a la solicitud de investigación y además indica que para los últimos tres años las peticionarias cuentan con porcentajes estimados en más del 25%.

Adicionalmente, la Autoridad Investigadora requirió a la empresa FLEXO SPRING S.A.S. sobre los datos de volúmenes de producción de 2015, 2016 y 2017, la cual mediante comunicación con radicado 1-2018-015592 del 17 de julio del presente año, informó con carácter confidencial para uso exclusivo de la Autoridad Investigadora que la producción de películas flexibles impresas o sin impresión, fabricadas con polietilenos y EVOH con barrera al oxígeno, para envasado aséptico de productos tratados con el proceso UHT, en la industria alimentaria, clasificadas en la subpartida arancelaria 3920.10.00.00, es el indicado en el oficio aquí reseñado y que obra a folios 567 y 568 del expediente en su versión confidencial.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Subdirección de Prácticas Comerciales, para efectos de la apertura de la investigación, encontró que la solicitud cumplió con los requisitos establecidos en los artículos 21, 23 y 24 del Decreto 1750 de 2015, en concordancia con el párrafo 4 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping de la OMC.

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

## 1.2 DESCRIPCIÓN DEL PRODUCTO OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

De acuerdo con la información suministrada por las peticionarias PLASTILENE S.A., y NOVALENE ZONA FRANCA S.A.S. el producto objeto de investigación que ingresa supuestamente a precios de dumping en Colombia corresponde a: láminas de cartón y polietileno, con lámina intermedia de aluminio, con barrera al oxígeno, para envasado aséptico de productos tratados con el proceso UHT, en la industria alimentaria clasificado en la subpartida arancelaria 4811.59.20.00 originario de Brasil.

## 1.3 SIMILARIDAD

Los peticionarios explican que el producto importado y el de producción nacional, tienen similitud funcional, en la medida que ambos compiten por los mismos clientes, como son las empresas fabricantes de jugos, néctares, leche, derivados lácteos y demás productos, que deban ser envasados en un empaque aséptico, con barrera al oxígeno y sometido al proceso de UHT.

Dicen que por estas condiciones mencionadas tanto el producto importado, como el producto de producción nacional es sustituible comercialmente el uno con el otro.

El producto empacado en la lámina de cartón importada o en la película flexible de producción nacional es promovido y presentado para su venta, en forma idéntica.

Sostienen que, la similaridad entre el producto importado y el producto nacional, está establecida en la ley, en el artículo 43 (clases de envases) del Decreto 616 de 2006 Reglamento Técnico sobre los requisitos que debe cumplir la leche para el consumo humano que se obtenga, procese, envase, transporte, comercializa, expendia, importe o exporte en el país, y que si bien esta norma es solo relativa a la leche, es también aplicable a los demás productos que se envasan con la propiedad de larga vida.

Ahora bien, la Subdirección de Prácticas Comerciales mediante memorando del 21 de mayo de 2018, requirió concepto de similaridad entre el producto importado investigado y el nacional al Grupo Registro de Productores de Bienes Nacionales, el cual dio respuesta por medio de memorando del 1º de junio del año en curso, comunicando que una vez comparadas las características del producto nacional con el importado, existen algunas diferencias en cuanto a la clasificación arancelaria, materias primas, y características físicas:

- El producto nacional se clasifica por la subpartida arancelaria 3920.10.00.00 y el importado por la subpartida arancelaria 4811.59.20.00.
- El producto nacional es un empaque flexible, liviano mientras que el importado es un empaque rígido y más pesado.
- Ambos empaques utilizan como materia prima polietileno, pero existen diferencias en los otros materiales que los constituyen.

Los dos productos se consideran similares entre otros, en los siguientes aspectos:

- Ambos tienen similitud funcional.
- Ambos utilizan polietileno en su proceso de fabricación. El importado 20%
- El proceso de fabricación es similar, tanto el empaque flexible como el rígido son sometidos al proceso de esterilización UHT y envasado aséptico.
- Ambos pueden ser impresos, tienen similitud funcional, ambos presentan similaridad en cuanto al Decreto 616 de 2006 - Reglamento Técnico- Reglamento Técnico sobre los requisitos que debe cumplir la leche para el consumo humano que se obtenga, procese, envase, transporte, comercializa, expendia, importe o exporte en el país-
- La industria alimentaria utiliza ambos empaques.
- Los empaques no requieren de cadena de enfriamiento para el almacenamiento y la distribución.

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

Termina el concepto del Grupo de Registro de Productores de Bienes Nacionales señalando que, aunque existen diferencias en materias primas entre el producto importado y el nacional, se consideran productos similares para usos idénticos.

En este orden de ideas, para la etapa de apertura la Autoridad Investigadora consideró que al tenor de lo dispuesto en el literal q) del artículo 1° del Decreto 1750 de 2015, en concordancia con lo establecido en el párrafo 6 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping de la OMC existían indicios suficientes para establecer que el producto importado y el de fabricación nacional eran similares. No obstante, se consideró necesario precisar que la Subdirección de Prácticas Comerciales profundizaría en las etapas subsiguientes el estudio de similaridad entre los productos nacionales e importados.

#### **1.4 DERECHO DE DEFENSA**

La Autoridad Investigadora ha garantizado la participación y el derecho de defensa de todas las partes interesadas durante esta etapa de la investigación, a través de comunicaciones, remisión y recepción de cuestionarios, reuniones técnicas, y visitas de verificación como consta en el expediente D-105-02-106.

Dentro de la investigación administrativa que se adelanta, intervienen:

- **PLASTILENE S.A., y NOVALENE ZONA FRANCA.**
- **TETRA PAK COLOMBIA LTDA** por intermedio de apoderado
- **TETRA PAK BRASIL** por intermedio de apoderado

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 1750 de 2015, la Subdirección de Prácticas Comerciales efectuó la remisión del acto administrativo de apertura de la investigación y de los cuestionarios correspondientes a la Embajada de la República Federativa de Brasil en Colombia, a importadores y/o comercializadores identificados en la base de datos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, como principales importadores del producto objeto de investigación.

De igual manera, la Dirección de Comercio Exterior convocó a quienes acreditaran interés en la investigación para que expresaran sus opiniones debidamente sustentadas y aportaran los documentos y pruebas que consideraran pertinentes para los fines de la misma.

## **2. ARGUMENTOS SOBRE SIMILITUD Y DEBIDA REPRESENTACIÓN**

### **2.1 ARGUMENTOS PRESENTADOS POR TETRA PAK SOBRE LA SIMILARIDAD:**

TRETA PAK (Brasil) a través de apoderado especial, con el radicado 1-2018-025231 de 2018 (folios 1015 a 1109) y TRETA PAK Colombia a través de apoderado especial con el radicado 1-2018-025235 ambos del 8 de octubre de 2018 (folios 1110 a 1119 y 1184 a 1375) señalan que la información presentada abarca los productos que corresponden a la descripción del producto investigado y se exportaron desde Tetra Pak Brasil a Colombia durante el período de investigación, independientemente de su clasificación de subpartida arancelaria. Tetra Pak Colombia señala que la descripción de los productos investigados corresponde a productos clasificados en diferentes subpartidas arancelarias a saber 4811.59.20.00 y 4811.51.10.00. Estos corresponden a las importaciones de Tetra Pak Colombia de material de envase aséptico de Brasil. Tetra Pak Colombia no hace ninguna distinción de estos productos por subpartidas arancelarias para fines internos garantizando la coherencia de los datos proporcionados.

Los productos investigados están desarrollados por el llenado aséptico de productos alimenticios líquidos, lo que se logra a través de esterilización del producto a llenar, llenado en el envase aséptico y el envase en sí está esterilizado.

Indican que el producto supuestamente similar descrito en la Resolución 198 de 2018, fabricado por la industria nacional consiste en láminas flexibles de polietileno y EVOH con barrera de oxígeno, para el

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

envasado aséptico de productos tratados con el proceso UHT, en la industria alimentaria clasificadas en la subpartida arancelaria 3920.10.00.00.

Argumentan que existen diferencias significativas entre los productos investigados y los producidos por la industria nacional. Por lo mismo, y ante la ausencia de similaridad entre los productos en cuestión, la investigación debe ser considerada carente de fundamento. Bajo tales condiciones exigir proporcionar información relacionada con las exportaciones realizadas por Tetra Pak Brasil a todos sus países de exportación es excesiva.

Con radicado 1-2018-025235 el 8 de octubre de 2018 (folios 1121 a 1151) el apoderado de Tetra Pak Ltda (Colombia) solicita la terminación inmediata de la investigación administrativa y que no se impongan derechos antidumping provisionales y/o definitivos, de acuerdo con los argumentos allí expuestos y en relación con la similaridad, sostienen que no pueden considerarse similares el producto colombiano y el investigado brasileño, ya que corresponden a dos productos totalmente diferentes en cuanto a características físicas y químicas, materias primas, procesos de producción, subpartidas arancelarias y funcionalidades.

Especifican que según la resolución de apertura de la investigación las láminas o películas flexibles en la industria alimentaria, clasificadas en la subpartida 3920.10.00.00 – producto doméstico – se consideran un *"producto similar para uso idéntico"* a las láminas de cartón y polietileno clasificados en la subpartida arancelaria 4811.59.20.00 – productos importados –. Sin embargo, estos productos están fabricados a partir de diferentes materias primas, tienen diferentes características físicas y químicas, procesos de producción completamente diferentes, diferentes funcionalidades y características, y están clasificados por diferentes subpartidas arancelarias. Por lo tanto, la determinación de similaridad realizada en la Resolución 198 de 2018 no cumple con los presupuestos del Acuerdo Antidumping de la OMC y el Decreto 1750 de 2015 y menos con la jurisprudencia pertinente.

Afirman que la determinación de similaridad es el primer presupuesto para dar inicio a una investigación antidumping, ya que permite la identificación precisa del producto extranjero investigado y la comparación entre dicho producto y el producto nacional y que la definición adecuada del producto investigado es necesaria para evaluar la existencia del dumping.

Comentan que dado el carácter transversal de la determinación de similaridad en las investigaciones antidumping, el análisis de este factor debe sustentarse en una metodología sólida. Si bien el texto del Acuerdo Antidumping de la OMC y la legislación nacional otorgan a las autoridades investigadoras cierta discrecionalidad sobre este tema, esta metodología se establece en precedentes establecidos por el Órgano de Apelación de la OMC y los grupos especiales de la OMC, así como en la jurisprudencia nacional pertinente.

Recuerdan que el artículo 2.6 del Acuerdo Antidumping establece que el término *"producto similar"* se interpretará en el sentido de *"un producto idéntico, es decir, similar en todos los aspectos al producto considerado o, en ausencia de dicho producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tiene características muy similares a las del producto considerado"*. Desde el punto de vista de la ley colombiana el inciso q) del artículo 1° del Decreto 1750 de 2015, define el producto similar como *"(...) un producto idéntico, es decir, igual en todos al producto considerado de que se trate, o, cuando no exista ese producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado."*

Aclaran que, en ausencia de un producto idéntico, se puede encontrar "similaridad" cuando el producto importado tiene *"características muy similares a las del producto considerado"* es decir, el producto nacional y citan los casos *CE-Accesorios de tubería* y *EEUU Madera Blanca* donde las autoridades interpretaron el lenguaje del Artículo 2.6 tomando en consideración el requerimiento de ser *"muy similar."*

Argumentan que dicha semejanza debe analizarse a la luz de los diferentes elementos relacionados

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

con la naturaleza y las características de los productos, como las características físicas, los usos finales, los hábitos y preferencias del consumidor, y la clasificación arancelaria, lo que está en línea con la práctica internacional relativa a la determinación de la similaridad y totalmente compatible con la regulación relevante colombiana, y en particular el Decreto 1750 de 2015 que en su artículo 1° hace referencia a los elementos para determinar la similaridad.

Destacan un caso de dumping histórico en Colombia, el caso de las licuadoras en 2009, donde la parte presuntamente perjudicada declaró que, dado que ambos tipos de licuadoras cumplían el mismo propósito, deberían considerarse como productos similares. Sin embargo, la Autoridad declaró que se debe realizar un análisis exhaustivo, ya que dos productos pueden ser "superficialmente similares, pero sustancialmente diferentes", este mismo criterio debe aplicarse al caso en cuestión.

Igualmente, citan el caso Tornillos y Tuercas donde los derechos antidumping se otorgaron sobre la base de la conclusión de que tanto el producto nacional como el extranjero eran idénticos, en sus características físicas, químicas y proceso de producción. Conforme con este precedente, aseveran que se debe considerar que, según los estándares colombianos, se ha concluido que los productos deben ser desde la perspectiva física, química y de producción, idénticos entre sí para ser considerados similares, lo que ciertamente no es el caso de los productos que se comparan en esta investigación antidumping.

Manifiestan que los peticionarios basan su argumento completamente en la afirmación de que el producto nacional sería "funcionalmente similar" al producto investigado y esto serviría como base suficiente para la determinación de la similaridad. Sin embargo, tal enfoque carece de base legal y es contrario a los estándares ampliamente establecidos en la OMC y la legislación colombiana. Las normas y precedentes relevantes antes mencionados demuestran claramente la necesidad de considerar una serie de factores diferentes en los análisis para determinar "productos similares", con énfasis en las características físicas de los productos en comparación.

Registran que el Grupo de Productores de Bienes Nacionales concluyó que los productos serían "similares" principalmente porque se emplean para los mismos usos. Sin embargo, es importante subrayar que tal concepto de "*similaridad funcional*" no resiste un examen más detallado de los productos en comparación. El producto fabricado por Tetra Pak Ltda. de Brasil incluye una capa de aluminio, que proporciona una barrera absoluta contra el oxígeno, la luz, el vapor de agua, el aroma y el olor de manera eficiente. Por otro lado, los productores nacionales se basan en EVOH y no proporcionan propiedades de barrera adecuadas para todas las aplicaciones. Esto se debe a que los requisitos de barrera varían para diferentes bebidas y dependen también de las condiciones específicas de almacenamiento.

Concluyen que el requisito de la similaridad no se cumple por las siguientes razones:

- Diferentes características físicas
- Diferentes subpartidas arancelarias
- Diferentes materias primas utilizadas
- Diferentes procesos de fabricación
- Irrelevancia del tratamiento UHT y
- Diferentes funcionalidades derivadas de distinta tecnología.

## **2.2 ARGUMENTOS PRESENTADOS POR PLASTILENE Y NOVALENE SOBRE LA SIMILARIDAD:**

Los peticionarios explican que el producto importado y el de producción nacional, tienen similitud funcional, en la medida que ambos compiten por los mismos clientes, como son las empresas fabricantes de jugos, néctares, leche, derivados lácteos y demás productos, que deban ser envasados en un empaque aséptico, con barrera al oxígeno y sometido al proceso de UHT.

Dicen que por estas condiciones mencionadas tanto el producto importado, como el producto de

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

producción nacional es sustituible comercialmente el uno con el otro.

El producto empacado en la lámina de cartón importada o en la película flexible de producción nacional es promovido y presentado para su venta, en forma idéntica.

Sostienen que, la similitud entre el producto importado y el producto nacional, está establecida en la ley, en el artículo 43 del Decreto 616 de 2006 y que, si bien esta norma es solo relativa a la leche, es también aplicable a los demás productos que se envasan con la propiedad de larga vida.

### **3. ARGUMENTOS SOBRE LA REPRESENTACIÓN DE LOS PODERES**

#### **3.1 Argumentos Plastilene**

El 18 de octubre de 2018 con el radicado 1-2018-026878 el representante legal de la empresa PLASTILENE S.A., presentó algunos comentarios y precisiones a los documentos mostrados, por Tetra Pak de Brasil relacionados con el poder, representatividad, similitud, precio, valor normal, daño y relación causal entre las importaciones y el daño.

Respecto del poder presentado afirma que fue otorgado por André Fernandes Santos, sin acreditar que éste tenga la representación legal de la sociedad mencionada, ni las facultades para otorgarlo y que en el anexo 26 de la solicitud de investigación obra una ficha catastral simplificada de Tetra Pak Brasil en que aparece Gustavo Lorenzi de Castro, firmando por la empresa.

Concluye sus comentarios indicando que se encuentra probado el incremento de las importaciones de Brasil del producto considerado acompañado de un decrecimiento del precio durante el período de investigación; la representatividad de las empresas peticionarias también se encuentra acreditada; la similitud se encuentra ampliamente documentada; y el valor normal establecido a partir de la base de datos de Trade Map, Tetra Pak acepta de manera expresa la fuente para establecer el dumping y no niega esa práctica.

Sobre este mismo particular, con el oficio 1-2018-027433 radicado el 23 de octubre de 2018, el representante legal de la empresa PLASTILENE S.A., hace algunas precisiones relativas a la ausencia de presentación personal ante notario del poder otorgado por Bibiana Martínez Román y del olvido por parte de las personas encargadas de autenticaciones en notaría, afirmando que existe una gran diferencia entre la afirmación del Notario encargado y la información de la autenticación biométrica que debe reposar en la misma.

Por otra parte se advierte, que el representante legal de la empresa PLASTILENE S.A. con radicado 1-2018-025198 del 8 de octubre de 2018 (folios 1011 a 1014), presentó solicitud de revocatoria directa respecto de la Resolución 235 del 28 de septiembre de 2018 por considerar que el poder con que actuó Mauricio Jaramillo Campuzano, no contó con la presentación personal del mismo, por parte de Bibiana Martínez Román. Requisito indispensable para que se hubiera configurado ante esa entidad la representación legal de Tetra Pak Ltda, ya que debió ser presentado personalmente por las dos personas que constituyen la representación legal de la empresa mencionada.

La anterior solicitud de revocatoria fue resuelta mediante Resolución 248 del 23 de octubre de 2018 denegándose por improcedente.

#### **3.2 Argumentos TETRA PAK**

El radicado 1-2018-026878 del 18 de octubre de 2018, fue respondido por el apoderado especial de Tetra Pak Ltda. Brasil y Tetra Pak Ltda. de Colombia el 31 de octubre de 2018 y radicado 1-2018-028613 solicitando rechazar el documento presentado por Plastilene por las razones que se resumen a continuación:

Afirman que el representante especial que otorgó el poder tiene amplios poderes para hacerlo y sus

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

facultades fueron acreditadas en su momento ante el Consulado de Colombia y por lo mismo certificaron su firma; de no haber sido así, no habría sido aceptado reconocer su firma y no podría actuar dentro de la presente investigación, pues de conformidad con la legislación y los tratados internacionales, así como la regulación local, los poderes especiales se otorgan siguiendo las normas internas de cada país y no las del país al que están dirigidos.

Reiteran que el producto no puede considerarse similar, pues son dos productos con diferencias relevantes en cuanto a sus características físicas y químicas, materias primas, procesos de producción, subpartidas arancelarias y funcionalidades. No compiten por los precios dado que ofrece más funcionalidades en sus productos, debido a su formulación tecnológica más avanzada. El valor normal a utilizar en la investigación corresponde a los precios de exportación de Ecuador y no Paraguay, toda vez que dicho país comprende el mercado de exportación más grande y cercano después del colombiano; Plastilene no ha podido demostrar la existencia de un daño importante que respalde el inicio de la investigación.

#### 4. CONSIDERACIONES DE LA AUTORIDAD INVESTIGADORA

##### 4.1 Definición de similaridad

El artículo 1 literal q) del Decreto 1750 de 2015 establece que:

Producto similar. Es un producto idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto considerado de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado. Para efectos de probar la similaridad, se podrá considerar las características físicas y químicas, los criterios de materias primas empleadas, proceso de manufacturación o producción, canales de distribución, clasificación arancelaria, entre otros.

El artículo 2.6 del Acuerdo Antidumping establece que:

*"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 sus aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado"*

##### 4.2. Criterios analizados por Jurisprudencia de la OMC en aspectos de similaridad

Los cuatro criterios utilizados por los órganos decisorios pertinentes del GATT/OMC para determinar si los productos son "similares" con arreglo al párrafo 1 del artículo I son los siguientes:

1. Los usos finales del producto.
2. Los gustos y hábitos de los consumidores.
3. La naturaleza, las propiedades y la calidad del producto (características físicas).
4. La clasificación arancelaria de los productos.

El pronunciamiento del Órgano de Apelación de la OMC, en el caso de Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, concluyó:

*"Estimamos que las propiedades físicas merecen un examen separado, que no debe confundirse con el examen de los usos finales. Aunque la medida en que los productos tienen propiedades físicas comunes no sea decisiva, puede constituir una indicación útil de "similitud". Además, las propiedades físicas de un producto también pueden influir en la manera que puede utilizarse este, en las actitudes de los consumidores ante el mismo y en la clasificación arancelaria. Es pues importante que los grupos especiales examinen plenamente las características físicas de un producto. (...)"*



Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

*Antes de pasar a examinar las constataciones del Grupo Especial relacionadas con los criterios segundo y tercero, señalamos que estos dos criterios comprenden algunos de los elementos esenciales relativos a la relación de competencia entre los productos: en primer lugar, la medida en que los productos pueden cumplir las mismas, o análogas, funciones (usos finales) y segundo, la medida en que los consumidores están dispuestos a utilizar los productos para que cumplan esas funciones (gustos y hábitos del consumidor)".*

#### **4.3. Evaluación del mérito para determinar la terminación anticipada de la investigación**

De acuerdo con los análisis anteriormente realizados, se observa que la solicitud se presentó para las láminas de cartón y polietileno, con lámina intermedia de aluminio, con barrera de oxígeno, para envasado aséptico de productos tratados con el proceso UHT, en la industria alimentaria, clasificadas en la subpartida arancelaria 4811.59.20.00 originarias de la República Federativa del Brasil, y la Autoridad Investigadora para el inicio de la investigación, no tenía ninguna indicación para limitar sus análisis a las importaciones citadas que según el peticionario son los que les causan daño. Por lo tanto, la Autoridad Investigadora en forma imparcial y objetiva sobre esa base razonable llegó a la conclusión de que la información era suficiente para justificar la iniciación de la investigación, tal como quedó estipulado en la Resolución 198 del 6 de agosto de 2018 que dispuso la apertura.

A partir de los argumentos expuestos se plantea la necesidad de abordar si existen pruebas suficientes para continuar la investigación, considerando que las pruebas en que se basó la Subdirección de Prácticas Comerciales para iniciar la investigación, podrían no ser suficientes para continuarla.

Para abordar esta cuestión, conviene tener presente las consideraciones del Grupo Especial en la controversia "Estados Unidos – Madera blanda", ( WT/DS264/R ) en donde se analizó si el párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping impone o no a la autoridad investigadora una obligación permanente de examinar la suficiencia de las pruebas en que se basó su decisión de iniciar la investigación, durante las etapas posteriores de ella, y ponerle fin si llega a la conclusión de que las pruebas en que basó su decisión de iniciarla no son suficientes a la luz de otras informaciones que han surgido. (Ver, Párrafos 4.281 y 5.14).

Entre los aspectos que fueron sometidos a consideración del Grupo Especial, se destaca la alegación de Canadá que argumentó que el párrafo 8 del artículo 5 se aplica tanto antes de la iniciación de la investigación, como durante ella.

Al respecto, el párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping, establece: *"La autoridad competente rechazará la solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 y pondrá fin a la investigación sin demora en cuanto se haya cerciorado de que no existen pruebas suficientes del dumping o del daño que justifiquen la continuación del procedimiento relativo al caso."*

Para evaluar este tema, el Grupo Especial en la controversia México – Jarabe de maíz analizó lo siguiente:

*" La redacción del párrafo 8 del artículo 5 pone de manifiesto que la disposición trata dos situaciones. La primera se refiere al caso en que debe rechazarse la solicitud antes de iniciarse la investigación; y la segunda trata de la conclusión de la investigación después de que se ha iniciado. Con respecto a la primera parte de la alegación del Canadá, relativa a la iniciación de la investigación, observamos que se planteó una cuestión análoga al Grupo Especial que se ocupó del asunto México - Jarabe de maíz. Ese Grupo Especial declaró lo siguiente acerca de las obligaciones establecidas por el párrafo 8 del artículo 5, después de constatar que no existía infracción del párrafo 3:*

*En nuestra opinión, este párrafo no impone a la autoridad competente, en lo que respecta a la*

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

*iniciación de una investigación, ninguna obligación sustantiva adicional a las derivadas del párrafo 3 del artículo 5. Es decir, si existen pruebas suficientes que justifiquen la iniciación de una investigación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 5, no se infringirá el párrafo 8 de dicho artículo si no se rechaza la solicitud.*

*Estamos de acuerdo con esta afirmación. Como hemos constatado que una autoridad investigadora imparcial y objetiva podía llegar a la conclusión de que existían pruebas suficientes que justificaban la iniciación de una investigación y los Estados Unidos, por lo tanto, no violaron el párrafo 3 del artículo 5, constatamos que los Estados Unidos no han violado el párrafo 8 del artículo 5 respecto de la iniciación de la investigación.*

*Pasaremos ahora a la segunda parte de la alegación del Canadá, es decir, a determinar si el USDOC debió haber puesto fin a la investigación sobre la base de que las pruebas disponibles a través de los datos de Weldwood, de mayor eficacia "probatoria", hicieron insuficientes las pruebas sobre cuya base el USDOC justificó la iniciación de la investigación, y debió haberse puesto fin a ésta conforme al párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping.*

*Al examinar el sentido corriente del texto pertinente del párrafo 8 del artículo 5, observamos que en él se establece que "la autoridad competente... pondrá fin a la investigación sin demora en cuanto se haya cerciorado de que no existen pruebas suficientes del dumping". (sin cursivas en el original) Esto significa, a nuestro juicio, que la autoridad investigadora debe poner fin a la investigación en cuanto se haya cerciorado de que su investigación indica la inexistencia de pruebas suficientes de dumping. Pero no encontramos ningún fundamento para llegar a la conclusión de que el párrafo 8 del artículo 5 impone a la autoridad investigadora una obligación permanente, después de iniciada la investigación, de seguir evaluando la suficiencia de las pruebas presentadas con la solicitud y poner fin a la investigación fundándose en que otras informaciones destruyen la suficiencia de esas pruebas. Una vez iniciada la investigación sobre la base de pruebas suficientes de existencia de dumping, la solicitud ha cumplido sus fines. Lógicamente, la obligación permanente de poner fin a la investigación cuando la autoridad investigadora se ha cerciorado de que no existen pruebas suficientes que justifiquen su continuación debe basarse en la evaluación de la situación general de las pruebas presentadas en la investigación a la autoridad que la realiza, y no en una evaluación sobre si siguen siendo suficientes las informaciones presentadas con la solicitud. Opinamos que no puede haber sido el propósito de los redactores del párrafo 8 del artículo 5 que su interpretación diese lugar a que la investigación pudiera iniciarse sobre la base de pruebas suficientes, pero tuviera que ponerse fin a esa misma investigación si los declarantes, posteriormente, aportaban otras pruebas, a pesar de que las obtenidas durante la investigación indicasen la existencia de dumping."(Párrafos 7.134 a 7.137) (Subrayado y negrillas fuera de texto)*

En este orden de ideas, se advierte desde ya, que de acuerdo con los resultados de los análisis realizados por la Subdirección de Prácticas Comerciales, entre los que se observa que no se encuentran pruebas suficientes que justifiquen la continuación de la investigación, se puede concluir que es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del Decreto 1750 de 2015, dar por terminada anticipadamente la investigación. En este sentido, en primer lugar se describirá el procedimiento desarrollado y algunas conclusiones que se han determinado en el mismo.

#### **4.3.1. Procedimiento desarrollado:**

Se dio apertura a la investigación por medio de la Resolución 198 del 6 de agosto de 2018, en consideración a los indicios aportados por los peticionarios en su solicitud y el concepto de existencia de similitud por USO FINAL, emitido por el Grupo de Registro de Productores de Bienes Nacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MINCIT). A su vez, se enviaron cuestionarios a importadores, exportadores y al Gobierno de Brasil, de los que se ponen de presente las diferencias advertidas por Tetra Pak Ltda. (Colombia), en el siguiente sentido:

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

- **Características técnicas:** El producto investigado son láminas de cartón y polietileno- para cajas de cartón y el nacional corresponde a láminas flexibles de polietileno- para bolsas.
- **Características físicas láminas de cartón:** Material rígido para el envasado aséptico de productos alimenticios, compuestas de materias primas tales como: capa exterior de polietileno, cartón para estabilidad y resistencia (en mayor proporción), capa de polietileno de laminación, papel aluminio, polímero adhesivo, capa interna de polietileno y tintas de impresión.
- **Características físicas láminas flexibles de polietileno:** Material flexible para el envasado aséptico de productos alimenticios, compuestas de materias primas tales como: polímero de etileno, copolímero de etileno con olefinas de tipo buteno, hexeno y octeno, resina tipo etil-vinil-alcohol de alta barrera al oxígeno y pigmentos para aplicación en alimentos.
- **Clasificación arancelaria:** El producto investigado, láminas de cartón y polietileno se clasifica por la subpartida arancelaria 4811.59.20.00 y el nacional, láminas flexibles de polietileno 39.20.10.00.00.
- **Diferentes procesos de fabricación:** Láminas de cartón consta de: impresión de cartón, laminación por extrusión, recubrimiento por extrusión, laminación por extrusión, corte de bobinas y envasado aséptico y el de láminas flexibles: proceso de co-extrusión de película por burbuja soplada, impresión flexográfica y envasado aséptico.

Ahora bien, a las diferencias relacionadas por Tetra Pak Ltda. en su respuesta a cuestionarios, debe adicionarse la decisión de la Comisión Europea relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (Competencia), con la que se impusieron multas a Tetra Pak en Europa por conducta anticompetitiva, con el fin de contar con mayores elementos para determinar bajo qué condiciones los productos podrían considerarse o no similares. Es así como en la decisión de la Comisión Europea referida se consideró lo siguiente:

*"...Puede afirmarse que las botellas de vidrio, las bolsas y botellas de plástico, los cartones para leche aséptica y los de leche fresca forman todos parte del amplio mercado del envasado de leche. Cada modalidad de envasado y sus máquinas correspondientes, que tienen una tecnología propia y distinta, constituye un mercado separado con sus propias condiciones de distribución y demanda..."*

*"...Aunque las mencionadas bolsas y botellas de plástico se venden junto con los cartones en los supermercados ello no significa que un pequeño incremento en el precio relativo de los cartones con respecto al de las botellas de plástico o las bolsas hiciera que los consumidores concretamente de otros estados miembros, se pasaran de la leche envasada en cartones a las botellas o a las bolsas..."*

*"...desde el punto de vista de la demanda, los diferentes envases y su técnica correspondiente constituyen mercados independientes: su precio y demanda no dependen en gran medida del precio de otros envases..."*

*"... la existencia de modificaciones subyacentes de las preferencias por determinados tipos de envase debido a los cambios de los hábitos de consumo (por ejemplo, incremento de las compras en los supermercados que optan por determinados envases por motivos de manipulación y almacenamiento o por la mayor comodidad que supone la leche UHT o por la creciente convicción que la leche fresca sabe mejor y tiene más cualidades) es coherente con la afirmación de que los diferentes tipos de envase pueden considerarse integrantes de mercados diferentes..."*

Quedan vistos de esta manera aspectos a considerar como la tecnología, el mercado, las condiciones de distribución y demanda, así como las preferencias de los consumidores, que podrían llegar a jugar

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

un papel fundamental en la determinación de unos productos que puedan resultar "muy parecidos".

Por otra parte, sobre el tema de la similitud, la Oficina de Asuntos Legales Internacionales – OALI – del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se pronunció, al afirmar que el análisis de similitud se refiere a una relación de competencia entre los productos y es esta relación la que se analiza con los criterios de similitud. Es por ello que recomienda se haga un análisis integral, incluyendo los criterios para establecer la similitud que ha puesto de relieve la jurisprudencia de la OMC (características físicas, uso final del producto, subpartida arancelaria) conforme al artículo 2.6 del Acuerdo Antidumping de la OMC.

A su vez, termina diciendo la citada Oficina que con la información disponible y haciendo un análisis preliminar está de acuerdo en que no se trataría en principio de productos similares, pero que de todas formas esta decisión es competencia de la Autoridad Investigadora.

En este marco, debe tenerse en cuenta que al momento de adoptar una determinación preliminar, la Dirección de Comercio Exterior cuenta con las siguientes opciones:

- Continuar la investigación si se determina que existe similitud y si es del caso, la adopción o no de derechos provisionales.
- Dar por terminada la investigación si se determina que no existe similitud entre el producto nacional y el investigado.

De otra parte, de acuerdo con la información presentada dentro de la investigación y según lo manifestado por las empresas peticionarias, Tetra Pak ha sido investigado y sancionado en otros países por violación a las normas de competencia, debido al modelo de negocio utilizado, que ponen como condición para la venta de la lámina de cartón, la compra o uso de sus máquinas de empaque, envasado y tratamiento aséptico, así como el servicio de mantenimiento para la elaboración de las cajas de cartón para envasado aséptico de productos alimenticios, lo que consideran operaciones comerciales no normales. En este orden, se considera pertinente dar traslado a la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad nacional en materia de normas de competencia.

#### 4.3.2 Sobre la debida representación de los apoderados

En el desarrollo de la investigación se discutió sobre la debida representación de los apoderados especiales en los términos mencionados con anterioridad. Sobre el tema es preciso referirse en los mismos términos propuesto por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-863 del 25 de octubre de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva:

"La función *fedante*, como se denomina la facultad del notario de *dar fe*, es una atribución de interés general propia del Estado, que aquél ejerce en su nombre por asignación constitucional, en desarrollo de la cooperación que el sector privado ofrece al sector público en virtud del fenómeno de la descentralización por colaboración.

(...)

Justamente en nuestro ordenamiento jurídico, la ley le reconoce a los notarios autoridad cuando les confía atribuciones en las cuales está de por medio el ejercicio de una función pública, pues en ese caso, éstos se colocan en una posición de supremacía frente a quienes acuden al servicio notarial y, por supuesto, los usuarios del servicio quedan obligatoriamente subordinados a las determinaciones que aquél imparta, desde luego, en el ejercicio de sus atribuciones"<sup>1</sup>

En este sentido, se entiende que la notaria que autenticó los poderes otorgados para efectos de adelantar la investigación, actuó conforme a la ley, y en consecuencia que los apoderados especiales

<sup>1</sup> Sentencia C-1508 de 2000, M.P. Jairo Charry Rivas.

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

representan en debida forma a sus poderdantes.

#### **4.4. Implicaciones de la similaridad en el dumping, daño y relación de causalidad**

##### **4.4.1. Identificación del producto objeto de investigación**

De acuerdo con la información suministrada por el peticionario en su solicitud, para la etapa de apertura el producto objeto de investigación corresponde a láminas de cartón y polietileno, con lámina intermedia de aluminio, con barrera de oxígeno, para envasado aséptico de productos tratados con el proceso UHT, en la industria alimentaria, clasificadas en la subpartida arancelaria 4811.59.20.00 originarias de la República Federativa del Brasil.

De otra parte, el producto de fabricación nacional corresponde a láminas flexibles impresas, fabricadas con polietilenos y EVOH con barrera al oxígeno, para envasado aséptico de productos tratados con el proceso UHT, en la industria alimentaria, clasificadas en la subpartida arancelaria 3920.10.00.00.

En este sentido, es necesario analizar la definición de "producto objeto de la investigación". En primer lugar, cabe señalar que ni en el Decreto 1750 de 2015, ni en el Acuerdo Antidumping aparece actualmente una definición expresa sobre lo que se considera "producto objeto de investigación o producto considerado", razón por la cual este tema ha sido discutido dentro del documento "Segunda Contribución al debate relativo a las Medidas Antidumping" (TN/RL/W/10) del Grupo de Negociación sobre Normas en el marco de las negociaciones adelantadas por los Miembros de la Organización Mundial de Comercio (en adelante OMC) en la Conferencia Ministerial de Doha.

En particular, las discusiones que se han adelantado en el mencionado Grupo de Negociación, respecto a la definición del "producto objeto de la investigación", han destacado la importancia de definir este concepto desde la etapa inicial de la investigación, ya que el alcance que se le dé a este término, define también el alcance del "producto similar", que a su vez determina a los productores nacionales que integran la rama de producción nacional, así como los datos que serán necesarios para el análisis del daño (TN/RL/W/10).

Así mismo, el Grupo de Negociación ha advertido que la ambigüedad que existe alrededor de la definición del "producto objeto de la investigación", puede tener como consecuencia que las Autoridades Investigadoras definan un grupo de productos destinados a segmentos muy diferentes del mercado como un solo producto sujeto a investigación, de manera que se pueden terminar aplicando medidas antidumping a otro producto superficialmente similar, pero sustancialmente distinto. Lo anterior, plantea la necesidad de desarrollar criterios claros y adecuados desde el inicio de la investigación para determinar el "producto objeto de investigación" a fin de evitar que se amplíe arbitrariamente el alcance del producto, lo cual le implica a la Subdirección de Prácticas Comerciales la obligación de garantizar el cumplimiento de este aspecto durante el proceso de investigación.

En posteriores discusiones del Grupo de Negociación, se ha planteado que entre los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar el alcance del "producto objeto de investigación", se incluyen: i) las características del producto, ii) los usos de los productos que correspondan a esas características, y iii) el grado de intercambiabilidad, fungibilidad o sustituibilidad de dichos bienes. Lo anterior, permitirá determinar si los productos que se van a incluir dentro de la definición de "producto objeto de investigación", están destinados efectivamente al mismo mercado, o si por el contrario, están destinados a diferentes mercados. De igual manera, debe adicionalmente determinarse: iv) si los productos analizados tienen distintas aplicaciones, y v) si son sustancialmente distintos o no son similares cercanos, caso en el cual no podrían considerarse como un único producto abarcado por una única investigación antidumping.

##### **4.4.2. Similaridad**

Desde el inicio de la investigación, para demostrar la similaridad entre los productos de fabricación nacional e importada, de acuerdo con lo dispuesto en el literal q) artículo 1° del Decreto 1750 de 2015,

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

la empresa peticionaria presentó descripción detallada del producto importado y de fabricación nacional.

Ahora bien, la Subdirección de Prácticas Comerciales mediante memorando del 21 de mayo de 2018, requirió concepto de similitud entre el producto importado investigado y el nacional al Grupo Registro de Productores de Bienes Nacionales, el cual dio respuesta por medio de memorando del 1° de junio del año en curso, comunicando que una vez comparadas las características del producto nacional con el importado, existen algunas diferencias en cuanto a la clasificación arancelaria, materias primas, y características físicas:

- El producto nacional se clasifica por la subpartida arancelaria 3920.10.00.00 y el importado por la subpartida arancelaria 4811.59.20.00.
- El producto nacional es un empaque flexible, liviano mientras que el importado es un empaque rígido y más pesado.
- Ambos empaques utilizan como materia prima polietileno, pero existen diferencias en los otros materiales que los constituyen.

A su vez, por medio del mismo memorando, se indicó que los dos productos se consideran similares entre otros, en los siguientes aspectos:

- Ambos tienen similitud funcional.
- Ambos utilizan polietileno en su proceso de fabricación.
- El proceso de fabricación es similar, tanto el empaque flexible como el rígido son sometidos al proceso de esterilización UHT y envasado aséptico.
- Ambos pueden ser impresos, tienen similitud funcional, ambos presentan similitud en cuanto al Decreto 616 de 2006. Reglamento Técnico.
- La industria alimentaria utiliza ambos empaques.
- Los empaques no requieren de cadena de enfriamiento para el almacenamiento y la distribución.

Termina el concepto del Grupo de Registro de Productores de Bienes Nacionales señalando que, aunque existen diferencias en materias primas entre el producto importado y el nacional, se consideran productos similares para usos idénticos.

En este orden, la Subdirección de Prácticas Comerciales considera pertinente reiterar que con fundamento en las discusiones realizadas por el Grupo de Negociación sobre las normas antidumping en la OMC, la ambigüedad que pueda existir alrededor de la definición del "producto objeto de la investigación" puede tener como consecuencia que las Autoridades Investigadoras definan un grupo de productos destinados a segmentos muy diferentes del mercado como un solo producto sujeto a investigación, de manera que se puede terminar aplicando medidas antidumping a otro producto superficialmente similar, pero sustancialmente distinto.

#### **4.4.2.1. Análisis de los criterios para determinar la similitud**

Los criterios utilizados por los órganos decisorios pertinentes del GATT/OMC para determinar si los productos son "similares" con arreglo al párrafo 1 del artículo I son los siguientes:

1. Los usos finales del producto.
  - Láminas de cartón: Material rígido para el envasado aséptico de productos alimenticios, utilizado para hacer empaques de Jugos y néctares, leche UHT, leche fresca, derivados lácteos, salsas, sopas y pastas y licores.
  - Láminas flexibles de polietileno: Material flexible para el envasado aséptico de productos alimenticios, utilizados para envasado aséptico de: Jugos y néctares, leche UHT, derivados lácteos, leche fresca, aguas puras y saborizadas, salsas, sopas y pastas y licores.

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

2. Los gustos y hábitos de los consumidores.
3. La naturaleza, las propiedades y la calidad del producto (características físicas).
  - Láminas de cartón: Empaque rígido, diseñado para alimentos con tratamiento aséptico cuyo material laminado multicapa está compuesto por: Cartón, películas de polietileno, foil de Aluminio y tintas.
  - Láminas flexibles de polietileno: Empaque flexible, con polietileno de baja densidad, polietilenos lineales de baja densidad, resinas adhesivas y etilenvinilalcohol y tintas.
4. La clasificación arancelaria de los productos.
  - Láminas de cartón: Láminas de cartón y polietileno con clasificación arancelaria 4811.59.20.00.
  - Láminas flexibles de polietileno: Láminas flexibles de polietileno con clasificación arancelaria 39.20.10.00.00.
5. Procesos de fabricación
  - Láminas de cartón: Impresión de cartón, laminación por extrusión, recubrimiento por extrusión, laminación por extrusión, corte de bobinas y envasado aséptico.
  - Láminas flexibles: proceso de co-extrusión de película por burbuja soplada, impresión flexográfica y envasado aséptico.
6. Canales de distribución
  - Láminas de cartón: Tetra Pak atiende directamente a los clientes que son sus consumidores finales.
  - Láminas flexibles: Se vende directamente a los consumidores finales sin intermediarios y directamente a convertidores que son empresas que no pueden fabricar la película y la compran para imprimir y comercializar.

#### 4.4.3. En relación con el análisis del dumping, daño importante y relación causal

En razón a que no existe similaridad entre el producto investigado y el de fabricación nacional, en el sentido del artículo 2.6 del Acuerdo Antidumping – OMC, no sería procedente realizar una comparación equitativa entre el precio de exportación y el valor normal.

La falta de una determinación adecuada del producto similar tiene como consecuencia que la autoridad investigadora realice un análisis erróneo del cálculo del margen de dumping, el posible daño experimentado por la rama de producción nacional y por ende, llegar a una determinación de relación de causalidad.

Al respecto el Acuerdo Antidumping de la OMC dispone lo siguiente:

*"3.1 La determinación de la existencia de daño a los efectos del artículo VI del GATT de 1994 se basará en pruebas positivas y comprenderá un examen objetivo: a) del volumen de las importaciones objeto de dumping y del efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno y b) de la consiguiente repercusión de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales productos.*

*3.2 En lo que respecta al volumen de las importaciones objeto de dumping, la autoridad*

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

*investigadora tendrá en cuenta si ha habido un aumento significativo de las mismas, en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo del Miembro importador. En lo tocante al efecto de las importaciones objeto de dumping sobre los precios, la autoridad investigadora tendrá en cuenta si ha habido una significativa subvaloración de precios de las importaciones objeto de dumping en comparación con el precio de un producto similar del Miembro importador, o bien si el efecto de tales importaciones es hacer bajar de otro modo los precios en medida significativa o impedir en medida significativa la subida que en otro caso se hubiera producido. Ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva."*

De la evaluación general realizada con anterioridad en la presente Resolución, se puede concluir que a partir de la información aportada por las partes interesadas hubo un cambio en la identificación del producto objeto de investigación, que exige, dado el momento procesal, la construcción de una nueva solicitud con pruebas suficientes del dumping, daño y relación causal, que permita determinar si existe o no mérito para adelantar una investigación a las importaciones de la subpartida 4811.59.20.00 teniendo en cuenta las características anteriormente citadas.

#### **4.4.4. Sobre las pruebas aportadas a la investigación y la similitud**

En el mismo sentido, resulta necesario analizar las pruebas que obran en el expediente, con el objetivo de verificar si en efecto demostraron que los productos son o no similares y en consecuencia tomar una decisión de fondo sobre la viabilidad de continuar con la investigación antidumping.

De esta forma, se ponen de presente las consideraciones del Grupo Especial en la controversia Comunidad Europea – Salmón (WT/DS337R), en las que se verá la importancia de la carga de la prueba y el examen de productos idénticos o muy parecidos:

"En general, la parte que alega un hecho debe aportar la prueba correspondiente. Por lo tanto, corresponde también a las CE presentar prueba de los hechos que afirma. También hemos tenido presente que, cuando las alegaciones se ha acreditado *prima facie*, si no existe refutación eficaz por la otra parte, el grupo especial está jurídicamente obligado a resolver en favor de la parte que ha hecho la alegación.

(...)

Es importante observar que la evaluación acerca de si los productos son o no 'similares' en el sentido del párrafo 6 del artículo 2 supone en primer lugar el examen de si son o no idénticos. El párrafo 6 del artículo 2 sólo permite que la autoridad investigadora examine si existen productos que tienen 'características muy parecidas a las del producto considerado' en caso de que no existan productos idénticos a éste"<sup>2</sup>.

Visto lo anterior, se comprende desde un inicio que en la presente investigación no debe hacerse referencia a productos idénticos en los términos del artículo 2.6 del Acuerdo Antidumping, si se tiene en cuenta que para que esto ocurriera, no debería presentarse diferencia alguna entre las características analizadas por la jurisprudencia de la OMC como los usos finales, los gustos y hábitos de los consumidores, la naturaleza, las propiedades y la calidad del producto (características físicas), en su clasificación arancelaria, ni en aquello descrito en el literal q) del artículo 1 del Decreto 1750 de 2015, es decir, en sus características físicas y químicas, las materias primas empleadas, los procesos de manufacturación o producción, los canales de distribución y nuevamente la clasificación arancelaria.

De esta manera, al no tratarse de productos idénticos por no coincidir en varios de los aspectos en mención, debe analizarse si se comparten características muy parecidas a las del producto considerado.

<sup>2</sup> Informe del Grupo Especial, CE – Salmón (Noruega), párrafos 7.12 y 7.52.



Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

Este análisis debe llevarse a cabo según las pruebas aportadas al expediente de la investigación antidumping, pues de esta forma se logrará un entendimiento de los motivos por los que no resulta procedente continuar con la investigación por la ausencia de similitud entre los productos.

En este sentido, téngase en cuenta que desde un inicio la peticionaria de la investigación sostuvo que los productos son similares debido a su funcionalidad y en la medida en que ambos compiten por los mismos clientes, esto con base en el artículo 43 del Decreto 616 de 2006, por el cual se expide el reglamento técnico sobre los requisitos que debe cumplir la leche para el consumo humano, en el que se dispone lo siguiente:

"Artículo 43.- CLASE DE ENVASE. La leche líquida higienizada con destino al consumo humano directo, debe envasarse en cualquiera de los siguientes tipos de recipientes:

1. Bolsas, garrafas o botellas de polímeros Grado Alimenticio.
2. De plasti-cartón-aluminio.
3. De cartón encerrado.

PARÁGRAFO.- El Ministerio de la Protección Social podrá autorizar el envasado de la leche en recipientes distintos de los señalados en el presente reglamento técnico siempre que garanticen su condición higiénico-sanitaria".

En el mismo sentido, se sostuvo que el producto empacado en la lámina de cartón importada o en la película flexible de producción nacional es promovido y presentado para su venta en forma idéntica, para lo cual se aportaron las dos presentaciones de los productos.

Por su parte, la compañía Tetra Pak Ltda. sobre las características físicas, químicas y de calidad del producto se refirió a las fichas técnicas aportadas por los peticionarios, según las cuales afirmó que las materias primas utilizadas en la producción de ambos productos son sustancialmente diferentes dado que una está hecha de plástico y la otra de cartón. Esto sumado a que, "el producto importado es una estructura multicapa, diferente a la película de polietileno fabricada localmente, ya que tiene: (i) capa exterior de polietileno (protege contra la humedad exterior); (ii) tintas de impresión; (iii) cartón; (iv) capa de polietileno de laminación; (v) papel de aluminio (barrera contra el oxígeno, el sabor y la luz); y (vi) polímero adhesivo y capa interna de polietileno. Por lo tanto el material de envasado confiere rigidez y resistencia al empaque, que no se encuentra en los productos fabricados localmente".

De igual manera, obsérvese que Tetra Pak Ltda. en su respuesta a cuestionarios, adjuntó las especificaciones de material del envase tetra pak, con lo que se pudo verificar de manera detallada sus propiedades y dimensiones, su unidad de suministro, estructura, el almacenamiento y manipulación entre otros detalles pertinentes para el análisis respectivo.

En cuanto al proceso productivo del envase tetra pak, de igual manera en la respuesta a cuestionarios se aportó una descripción del mismo con la que se logra comprender que el cartón como material principal de estos envases es un material renovable, hecho de madera, que proporciona estabilidad, resistencia y suavidad a la superficie de impresión. Sobre el tema se debe mencionar que para la peticionaria es claro que el material principal es el cartón, pues en su solicitud radicada con el número 1-2018-007832 del 9 de mayo de 2018 relaciona que este compone un 75% del producto final.

Así mismo, con las pruebas aportadas por las partes, se pudo observar que en el proceso productivo el material de envase en sí no necesita pasar por los procesos UHT – los materiales de cartón y polietileno permanecen inalterados, no obstante, requerir que el material de envase debe esterilizarse antes de llenarse con el alimento líquido en el proceso de envasado.

Ahora bien, sobre el proceso de fabricación se indicó que consta de: impresión de cartón, laminación por extrusión, recubrimiento por extrusión, laminación por extrusión, corte de bobinas y envasado aséptico. Sobre el último punto relacionado con el envasado aséptico, se solicitó tener como prueba la descripción del principio de transferencia aséptica.

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

Por último, Tetra Pak puso de presente que la clasificación arancelaria de los productos difería, debido a que el producto investigado se clasifica bajo la subpartida arancelaria 4811.59.20.00 y el nacional por la subpartida arancelaria 3920.10.00.00. Lo anterior fue confirmado por el Grupo Registro de Productores de Bienes Nacionales a través de memorando del 1 de junio de 2018, y se observa que es una situación clara para el peticionario desde su solicitud al referirse a la similaridad e identificación de los productos.

Respecto al concepto otorgado a través del memorando del 1 de junio de 2018 del Grupo Registro de Productores de Bienes Nacionales se debe precisar, que además de las diferencias encontradas sobre la subpartida arancelaria, el empaque y las materias primas, también se relacionaron algunas similitudes funcionales que se advierte desde ya no serían suficientes para considerar que se comparten características muy parecidas con el producto considerado.

Lo dicho encuentra sustento en que las características en las que se encontró que eran similares, se refieren principalmente a los usos finales. Con esto se deja de lado que a pesar de compartir algunas materias primas, en el envase de tetra pak la principal es el cartón, la cual no se encuentra presente en el producto nacional, razón por la que podría decirse que los productos no se encuentran clasificados por la misma subpartida arancelaria, si se tiene en cuenta que la 4811.59.20.00 corresponde principalmente a papel y cartón, mientras que la 3920.10.00.00 a polímeros de etileno.

En efecto, considerar que los productos son similares por su uso final, es un riesgo con el que se dejan por fuera otras características como los gustos y hábitos de los consumidores, que no fueron probados de manera suficiente en el desarrollo de la investigación; la naturaleza; las materias primas empleadas que para el presente caso se determinó no están presentes en las mismas proporciones, según se vio con la composición mayoritaria de cartón para el producto importado frente a su ausencia en el nacional; y en definitiva, otros aspectos relevantes como la subpartida arancelaria que para el caso objeto de estudio se tiene claro desde un principio difiere del producto considerado.

Aunado a lo anterior, se precisa que las características como tal no solo deben ser "parecidas" sino "muy parecidas", por lo que por lo menos en el caso de las materias primas se esperaría una proporción similar de los materiales. De no entenderse de esta manera, podría llegar a interpretarse que productos que no sean iguales sino competidores o sustitutos serían similares entre sí.

A manera de ejemplo se puede tomar el mismo artículo 43 del Decreto 616 de 2006 puesto de presente por la peticionaria, en el que se indica que pueden ser envases de leche las bolsas, garrafas o botellas de polímeros, de plasti-cartón-aluminio, de cartón cerrado, y además, todo envase autorizado por el Ministerio de la Protección Social (actualmente Ministerio de Salud y Protección Social). Bajo esta posición podría llegarse a considerar, que por el solo uso final, todos los productos con la capacidad de envasar leche según los requisitos del Decreto ibídem deberían considerarse como similares.

Por lo expuesto y en línea con las consideraciones del Grupo Especial en la controversia Comunidad Europea – Salmón, se entiende que al no haberse logrado probar que los productos son similares y por el contrario haberse refutado con argumentos sólidos que existe ausencia de similitud en diferentes características, es procedente en el marco del artículo 39 del Decreto 1750 de 2015 terminar anticipadamente la investigación, el cual se establece:

***"TERMINACIÓN ANTICIPADA:*** Una investigación puede darse por concluida en cualquier momento, entre otras cosas, cuando el margen de dumping es de minimis o el volumen de las importaciones sea insignificante en los términos definidos en el literal h) del artículo 1 y numeral 2 del artículo 16.

*En el evento que la parte solicitante desista de su solicitud respecto de la aplicación de medidas provisionales o definitivas, antes de algún pronunciamiento de la Dirección de Comercio Exterior, se dará por concluida inmediatamente la investigación.*

Continuación de la resolución, "Por la cual se da por terminada la investigación administrativa abierta mediante la Resolución 198 de 2018"

*Cuando el desistimiento en mención se presente luego que la Dirección de Comercio Exterior haya resuelto aplicar medidas provisionales, estas serán revocadas de oficio."*

De conformidad con los resultados de los análisis realizados por la Subdirección de Prácticas Comerciales en relación con las pruebas aportadas en el transcurso de la investigación antidumping, se puede concluir que es procedente dar por terminada la investigación de forma anticipada.

Que en virtud de lo anterior y conforme lo dispone el artículo 39 y del artículo 87 del Decreto 1750 de 2015, es competencia de la Dirección de Comercio Exterior dar por concluida la investigación.

En mérito de lo expuesto,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO.-** Dar por terminada la investigación administrativa abierta mediante Resolución 198 del 6 de agosto de 2018, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO.-** Comunicar a todas las partes interesadas en la investigación y a los representantes diplomáticos o consulares del país de origen, la decisión adoptada.

**ARTÍCULO TERCERO.-** Dar traslado a la Superintendencia de Industria y Comercio de la información presentada dentro de la investigación sobre posibles conductas anticompetitivas relacionadas con la venta en el mercado nacional del producto láminas de cartón y polietileno, con lámina intermedia de aluminio, con barrera de oxígeno, para envasado aséptico de productos tratados con el proceso UHT, en la industria alimentaria, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

**ARTÍCULO CUARTO.-** Contra la presente resolución no procede recurso alguno por ser un acto administrativo de carácter general, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 1750 de 2015 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**ARTÍCULO QUINTO.-** La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

**PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Dada en Bogotá D. C. a los **27 NOV. 2018**

  
**LUIS FERNANDO FUENTES IBARRA**

Proyectó: J. Joaquín Duque M.  
Revisó: Eloisa Fernández/Luciano Cheparro/Diana Pinzón  
Aprobó: Luis Fernando Fuentes Ibarra